

التراجع عن العقد: بين الاطلاق والتقييد

Retraction from the contract: between unlimited and restricted

الدكتورة: شرابي دليلة *

جامعة الجزائر 1/الجزائر

d.cherrabi@univ-alger.dz

تاريخ نشر المقال: 2023 /09 /15

تاريخ قبول المقال: 2023 /08 /14

تاريخ إرسال المقال: 2023 /05 /30

الملخص:

قد يقدم المستهلك على إبرام عقد برضا خال من عيوب الإرادة التقليدية، إلا أن هذا الرضا لا يعبر عن رغبته الحقيقية نتيجة لتسرع وعدم اتخاذه الوقت الكافي للتفكير في العقد المراد إبرامه، فيشوب رضاه عيب آخر وهو عيب التسرع وعدم التمهل ويندم على ما أقدم عليه من معاملات، فحماية له باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، خرجت تشريعات الاستهلاك عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ومكنته من التراجع عن العقد مجانا، بإرادته المنفردة وبصفة تقديرية. لكن وبالنظر لما قد يسببه هذا الحق من ضرر للمتدخل، فإن تشريعات الاستهلاك حاولت الموازنة بين طرفي العلاقة العقدية، فقيدت هذا الحق وجعلت ممارسته مرتبطة بمدة معينة وبشروط محددة، وباعتباره حكم خاص لا يمكن تعميمه فقد تم تكريسه في عقود محددة ومنع اعماله في عقود محددة كذلك حماية للمتدخل.

الكلمات المفتاحية: حق التراجع، مبدأ القوة الملزمة للعقد، حماية المستهلك.

Abstract:

The consumer may conclude a contract with a consent free of the traditional defects of will, but this consent does not express his true will because of his haste and lack of time to reflect on the contract to be concluded, so that his consent is vitiated by another defect, which is the lack of haste. In order to protect him as a weak party in the contractual relationship, consumer law has departed from the principle of the binding force of the contract and allows him to retract free of

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

charge, of his sole will and discretion. Given the harm that this right can cause to the intervener, consumer law has attempted to balance both parts of the contractual relationship, so it has restricted this right and tied its exercise to a specific period and conditions, and since it is a specific provision that cannot be generalise. It was enshrined in specific contracts and banned in other contracts to protect the intervener.

Keywords: the right of retraction, principle of binding force of contract, consumer protection.

مقدمة:

إنّ تنوّع السلع والخدمات، والتّقدم التّقني في طريقة عرضها، وقلة خبرة المستهلك الفنيّة مقارنة مع المتدخل، أدّى إلى اختلال التّوازن العقدي في عقود الاستهلاك، ممّا استلزم توفير حماية للمستهلك باعتباره الطرف الضّعيف في العقد، بأن فرضت مختلف التّشريعات على المتدخل ضرورة إعلام هذا المستهلك عن خصائص المنتجات المعروضة للاستهلاك، وما يكتنفها من مخاطر، حتى يقدم هذا الأخير على التّعامل وهو على بينة من أمره.

رغم ذلك فقد يقدم المستهلك على إبرام عقود دون التّأكد الكلي من رغبته في إبرامها، فعادة ما يتعجل في إبرام عقد دون أن يمنح نفسه فرصة التفكير بما يفرضه عليه من التزامات وأعباء ماليّة، فيندم على ما أقدم عليه من معاملات، ويرغب في التّراجع عنها، بعد أن يكون قد أبرمها برضا خال من عيوب الإرادة التّقليدية، إلا أن هذا الرّضا لا يعبر عن رغبته الحقيقيّة، نتيجة لتسرّعه وعدم اتّخاذ الوقت الكافي للتّفكير والتّمعن في العقد المراد إبرامه، فيشوب رضاه عيب آخر غير معروف في القواعد العامة وهو عيب التسرّع وعدم التمهّل¹، فأصبحت القواعد العامة عاجزة عن حماية رضا المستهلك، كون أنّها لا تعطيه فرصة لإعادة التّفكير والتّروي بعد إبرام العقد. نتيجة لذلك خرجت معظم التّشريعات عن الأصل العام القاضي بالقوة الملزمة للعقد، ومكّنت المستهلك من التّراجع عن العقد رغم ما قد يشكلّ هذا الحق من اضعاف لهذا المبدأ.

يعرّف التّراجع عن العقد أنّه: " حق المستهلك في إعادة النظر في العقد الذي أبرمه والعدول عنه خلال مدّة معينة"²، كما يعرّف على أنّه: " مكنة أباحها القانون للمستهلك يسمح له بأن يعدل عن التعاقد خلال فترة زمنية معينة وفي الأحوال التي ينص عليها القانون، لكي يتدارك من خلالها النتائج السّلبية النّابعة من الظروف التي أحاطت بتعاقده أو التي تلتها، والتي لا يد للتّاجر فيها، بدون أن يكون ملزماً

¹ - ياسين الكوي، حق التراجع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، مجلة الفقه والقانون الدولية، العدد 91، ماي 2020،

ص 89.

² - أيمن مساعدة، علاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، العدد

46، أبريل 2011، ص 162.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

بتعويض الأخير عن استعماله لهذا الحق³، يمكن حق التراجع إذن المستهلك من إلغاء الأثر القانوني للعقد خلال مدة معينة بالإرادة المنفردة، رغم أن تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية هو المقصود، فالأصل أن يحرم المتعاقد من نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون⁴، فيعدّ حق التراجع أكثر الخطوات جرأة، إذ أنه يقدّم حماية فعّالة للمستهلك خلال مرحلة تنفيذ العقد، بحيث يمكنه من التراجع عن عقد أبرم صحيحاً لا يشوبه أي عيب من عيوب الإرادة، لكنه كان ناتجاً عن تسرع وعدم تدبر، فحق التراجع يوفر حماية للمستهلك الذي ندم على إبرام العقد، فهو تراجع عن رضا سابق على تصرف قانوني انعقد صحيحاً⁵.

لكن إن كان حق التراجع عن العقد يشكل حماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، فإنه بالمقابل سيبقي المتدخل تحت رحمة هذا الأخير، فيجهل إن كان سيستمر في العقد أو سيتراجع عنه، وذلك يشكل ضرراً للمتدخل خاصة لما تفرضه المعاملات التجارية من سرعة في التنفيذ، وأن أي تأخير فيها قد يؤدي إلى عدم استقرار العقود وثقلها.

إن تكريس حق التراجع على إطلاقه سيؤدي إلى الإفراط في حماية المستهلك على حساب مصلحة المتدخل، مما ينجّر عنه التمييز بين أطراف العلاقة العقدية وعدم تحقيق التوازن العقدي الذي تصبو إليه قوانين الاستهلاك، لذا كان من الضروري تقييد هذا الحق وتحديد نطاقه. وعليه ندرس هذا الموضوع من خلال الإشكالية التالية: كيف يمكن التوفيق بين مصلحة المستهلك ومصلحة المتدخل عند أعمال حق التراجع؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ننتهج المنهج الوصفي التحليلي عبر تقسيم الموضوع إلى قسمين:

1- تكريس التراجع عن العقد حماية للمستهلك.

2- تقييد التراجع عن العقد حماية للمتدخل.

المبحث الأول: تكريس التراجع عن العقد حماية للمستهلك:

إذا نشأ العقد صحيحاً، يحرم المتعاقد من نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، لكن اقتضت الضرورة إضعاف هذا المبدأ، خاصة في عقود الاستهلاك التي تعرف تباين

³ - رد هاشم أمين التميمي، رد عداي حسين المسعودي، العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية المستهلك العراقي، دراسة في ضوء التوجيه الأوروبي لعام 2011، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 21، العدد 4، السنة 2019، ص 266.

⁴ - تنص المادة 106 من ق م "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

⁵ - Revue juridique de l'ouest année 1997/2, p 166. 'le droit de repentir' Isabelle Demeslay

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

فى مراكز المتعاقدين، أحدهما قوى والآخر ضعيف، هذا الأخير الذى يكون قد تسرع فى إبرام العقد، فنظرا لمركزه هو بحاجة إلى الحماية، وذلك بتمكينه من التراجع على ما أقدم عليه من عقود بصفة انفرادية (المطلب الأول) دون أن يلزم بتسبب هذا التراجع (المطلب الثانى) ودون تحميله أى مصاريف أو أعباء اضافية (المطلب الثالث)

المطلب الأول: تمكين المستهلك من التراجع عن العقد بإرادته المنفردة

خروجا عن القاعدة العامة التى تقضى بعدم جواز نقض العقد بالإرادة المنفردة، أقرت قوانين الاستهلاك التراجع عن العقد باعتباره تصرفا انفراديا يرتكز على الإرادة المنفردة للمستهلك⁶، ويكون له بموجبه الحق فى التفكير بعيدا عن الضغوطات التى تكون قد رافقته خلال الاقدام على التعاقد، فهو تقنية قانونية حمائية قررت لحماية الطرف الضعيف فى التعاقد بتمكينه من تدارك ما أقدم عليه، على أساس أن رضاه لم يكن حرا وإرادته لم تكن كاملة وقت إبرام العقد، فلا بد من إعطائه مهلة للتفكير والتروى⁷، لذا فإن الحق فى التراجع يرتكز على الإرادة المنفردة للمستهلك وحالته النفسية⁸، يمارسه بمجرد أن حصل تغيير فى قناعته بعد إبرام العقد، فهو يقوم على وجود تعارض بين ارادتين صادرتين من نفس الشخص. منح الحق فى التراجع للطرف الضعيف فى العقد ليقرر تأكيد العقد أو وضع نهاية لوجوده⁹، وهو ما يعبر عنه بخاصية الأحادية، والتى تتقرر لصالح أحد طرفي العقد وليس لكليهما، ويظهر ذلك جليا فى النصوص القانونية التى تقر هذا الحق، فى نص المشرع فى المادة 19 / فق 2 و3 من قانون 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹⁰، على أنه: " العدول هو حق المستهلك فى التراجع عن اقتناء

⁶ - يختلف التراجع عن العقد عن انتهاء العقد بالإرادة المنفردة الذى يسمح بموجب الاتفاق أو القانون لأحد المتعاقدين أو كليهما بوضع حد للعقد بمحض ارادته دون الحاجة إلى اثبات اخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته العقدية، ودون تدخل القاضي، لكن انتهاء العقد فيه يكون لما بقي من العقد بعد الانهاء عكس التراجع عن العقد الذى ينهي العقد كليا، بناسى شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق السنة الجامعية 2015/ 2016 ص 326. وانظر كذلك: فاطمة الزهراء ربحى تبوب، حق المستهلك فى العدول عن العقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، ص 797.

⁷ - Charlaïne Bouchard et Marc Lacoursière, Les enjeux du contrat de consommation en ligne, générale de droit, volume 33, numéro 3, 2003, p 425. Revue

⁸ - رضوان جبراني، الحق فى التراجع كآلية لحماية المستهلك فى عقود التجارة الإلكترونية، المجلة العربية للدراسة القانونية الاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة 1، 2020، ص 32.

⁹ - زوية سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة دكتوراه، جامعه مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص 800.

¹⁰ - المؤرخ فى 25 فيفري جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة فى 8 مارس 2009 المعدل بموجب القانون رقم 18/09 المؤرخ فى 10 يونيو 2018 المعدل والمتمم للقانون رقم 09/03 جريدة رسمية عدد 35 مؤرخ فى 13 يونيو 2018.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف اضافية"، كما تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 15/114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على أنه: "لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد اخطاره من طرف المشتري بتحصيله على القرض، غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل تحسب من تاريخ امضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به"¹¹، كما تنص المادة 90 مكرر فق 1 من الأمر المتعلق بالتأمينات: "باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط"¹².

نظرا لكون التراجع عن العقد مقرر لمصلحة الطرف الضعيف في العقد، فإنه لا يحتاج إلى موافقة الطرف الآخر عليه، وبالمقابل لا يجوز للمتدخل التمسك به ويبقى خاضعا لمبدأ القوة الملزمة للعقد وكل شرط يخول له هذا الحق هو شرط باطل¹³، فهو بذلك يختلف عن العدول عن العقد¹⁴ الذي يكون مقررًا بموجب الاتفاق لكلا الطرفين¹⁵.

إذا كان الحق في التراجع عن العقد لا يحتاج إلى موافقة الطرف الآخر في العقد، فإنه كذلك لا يحتاج في ممارسته اللجوء إلى القضاء، ولكن يشترط فيه باعتباره تصرف قانوني موضوعه التراجع عن قرار سابق اتخذه المستهلك، ما يشترط في التصرفات القانونية من أهلية وإرادة خالية من العيوب¹⁶، كما يجب أن يعبر عنه تعبيرًا صريحًا كون أن التعبير الضمني في التراجع عن العقد لا يتلاءم مع التطبيقات

¹¹ - المرسوم التنفيذي المؤرخ في 12 ماي 2015، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 13 ماي 2015.

¹² - المادة مضافة بموجب القانون رقم 06/04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 الذي يعدل ويتمم الأمر 95/07، المؤرخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات الجريدة الرسمية، عدد 15، مؤرخة في 12 مارس 2006.

¹³ - Virginie Geslak, La protection du consommateur et le contrat en ligne, mémoire master 2, consommation et concurrence 2010/2011, p 78.

¹⁴ - محمد الأمين نويرة، عبد الحق لخذاري، حق المستهلك في العدول عن عقد الاستهلاك في ظل القانون رقم 09/18 بين الضرورة والتقييد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 02 السنة 2020، ص 234، وانظر كذلك: سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، السنة 2018 ص 15. تنص المادة 72 مكرر من ق م: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا اقتضى الاتفاق بخلاف ذلك فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر."

¹⁵ - علي فيلاي العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر 2018، ص 119، وانظر أيضا بلس آسيا، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد بين الحاجة وغموض النص، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 14، ابريل 2017 ص 515.

¹⁶ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، مرجع سابق، ص 322.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

الواردة في تشريعات الاستهلاك¹⁷، ولعل في اشتراط التعبير الصريح في التراجع عن العقد مع اشتراط شكليات معينة في ممارسته من شأنه أن يعزز الحماية المقررة للمستهلك ويشكل له دليل اثبات في مواجهة المتدخل.

المطلب الثانى: تمكين المستهلك من التراجع عن العقد بصفة تقديرية.

يمارس الحق في التراجع بمجرد أن يحصل تغيير في قناعة المستهلك بعد ابرامه العقد، فيمارسه بإرادته المنفردة دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، ودون أن يشترط اخلال هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية¹⁸، فالتراجع عن العقد ذو صفة تقديرية يمارسه المستهلك كلما حدث تغيير في قناعته (الفرع الأول) ودون أن يعلل أو يذكر أسباب تراجعته عن العقد (الفرع الثانى).

الفرع الأول: التراجع عن العقد لا يخضع لأحكام التعسف في استعمال الحق.

أقرت تشريعات الاستهلاك حق المستهلك في التراجع عن العقد بصفة تقديرية، فيتبادر إلى الذهن التساؤل حول ما إذا كان ذلك يعني أنه حق مطلق لا يخضع لأحكام التعسف في استعمال الحق؟ هناك من يرى أن الحق في التراجع كرّس لحماية رضا المستهلك، لذا عليه ألاّ يتعسف في استعماله، إذ يجب أن يمارسه في الوقت المناسب ولبواعث مشروعة وفي ظروف لا تلحق ضرراً بالمتدخل¹⁹. فالجانب من الفقه القائل بضرورة تقييد الحق في التراجع، يصعب عليه تقبل فكرة عدم خضوع الحقوق لأية رقابة عند ممارستها، وتساءل إن كانت حرية الطرف المحمي يمكن لها أن تمتد لدرجة تمكينه من التراجع عن عقد أبرمه، لمجرد رغبة أو عدم اقتناع أو حتى بهدف الاضرار²⁰. حسب هذا الرأي لا يوجد حق تقديري مطلق من كل قيد، بل لابد أن يخضع هذا الحق إلى مبدأ حسن النية والذي يترتب عنه نتيجة هامة وهي عدم التعسف في استعمال الحق²¹.

¹⁷ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، نفس المرجع، ص 348. وهذا ما نستشفه مثلاً في نص المادة 90 مكرر من الأمر المتعلق بالتأمينات المشار إليها سابقاً والتي تشترط أن يمارس التراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل الاستلام.

¹⁸ - وهو بذلك يشبه الحق في العدول المذكور في المادة 72 مكرر من ق م، ويختلف عن فسخ العقد، كون أن هذا الأخير هو جزاء لعدم تنفيذ العقد أما حق التراجع فإنه يبتعد عن فكرة الجزاء: أحمد صبري كاظم عبد السعدي، خيار المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، 2015، ص 17

¹⁹ - يلس آسيا، المرجع السابق، ص 518.

²⁰ - Isabelle Demeslay, o p .cit p 171.

²¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول دار النهضة العربية، 2012، ص 148، مذكور في: بناسي شوقي، تأثير تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 352.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

بالمقابل يتجه أغلب الفقه، إلى أن حق التراجع عن العقد يصنف ضمن طائفة الحقوق التقديرية التي تخضع إلى محض إرادة صاحبها، دون أن تكون خاضعة لأحكام التعسف في استعمال الحق، فهو حق غير خاضع لرقابة القضاء إلا في شأن مدة ممارسته وكيفية استعماله²²، وذهبت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها إلى أن للمستهلك أن يمارس هذا الحق حتى ولو كان سيئ النية وليس للقاضي مراقبة تصرفات المستهلك²³.

نرى من جانبنا أنه لا يمكن ربط التراجع عن العقد بعدم التعسف في استعمال الحق، فقد أقرته التشريعات المختلفة في حالات معينة حماية لرضا المستهلك، فله الحرية المطلقة في التمسك به وفقا لما يحقق مصالحه الشخصية، هو حكم خاص أساسه ندم المستهلك على تسرعه في إبرام العقد فلا يعتد فيه بحسن أو سوء نيته ولا مدى تعسفه في اتخاذ قرار التراجع هذا.

الفرع الثاني: التراجع عن العقد لا يحتاج إلى تسبب.

للمستهلك الحق في التراجع عن العقد بمجرد عدم رضاه على مواصلته، فيستعمل هذا الحق بمحض إرادته وبصفة مطلقة شرط احترام مواعيد وأشكال التراجع، والقول بغير ذلك سيجعل هذا الحق مجرد تطبيق للقواعد العامة التي تشترط التسبب لإنهاء العقد. يثبت حق التراجع للمستهلك ولو لم يخل المتدخل بالتزاماته، ودون أن يثبت المستهلك أن هذا الأخير قد مارس عليه أي ضغط من الضغوطات أو وقع ضحية تدليس²⁴.

هناك من يرى أن حق التراجع بهذا المفهوم غير محقق في بعض التشريعات العربية، ومثالها القانون المصري الذي أوجب على المستهلك أن يذكر الأسباب والمبررات التي دفعته إلى التراجع عن عقده²⁵، أو حتى ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون 18/05²⁶، والذي من خلاله مكن المستهلك

²² - أدمين محمد الطاهر، حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 01، السنة 2020، ص 38.

²³ - كريم علي سالم الهريري، حق المستهلك في العدول، ماجستير، جامعة الاسكندرية، 2017، ص 32، وانظر أيضا: جريفي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة دكتوراه، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2017/2018، ص 219. يستبعد الدكتور بناسي شوقي الحق في التراجع من مجال التعسف في استعمال الحق، على أساس أن هذا الأخير مجاله الخطأ التقصيري لا العقدي: تأثير تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق ص 352.

²⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 236.

²⁵ - كريم علي سالم الهريري، المرجع السابق، ص 182.

²⁶ - مؤرخ في 10 ماي 2018، قانون متعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية عدد 28، مؤرخة في 16 ماي 2018.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

الالكتروني في المادة 23 منه من إرجاع السلعة إلى المورد الالكتروني في غلافها الأصلي في حالة ما إذا كانت غير مطابقة لطلبه أو إذا كان المنتج معيباً، خلال مدة أقصاها 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، فحسب هذا الرأي أن المشرع الجزائري تأثر بالمشرع المصري من خلال تقييده لحق التراجع في هذه المادة بأن جعله لا يمارس إلا بعد تسببيه²⁷.

إن ما نص عليه المشرع المصري في المادة 08 من قانون رقم 67 لسنة 2006²⁸، وما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 23 المشار إليها أعلاه أو حتى المادة 13 من قانون 09/03، لا يمكن أن يعتبر حق تراجع عن العقد، كون أن هذه النصوص تشترط لإرجاع السلعة ضرورة أن تكون مشوبة بعيب أو تكون غير مطابقة للمواصفات، وهذا يدخل في إطار الالتزام بالضمان الذي يقع على المتدخل وفقاً للقواعد الخاصة بحماية المستهلك ولا يشكل بأي صورة من الصور حق التراجع الذي تناولته قوانين الاستهلاك والتي لا تشترط للتمسك به توافر مثل هذه الشروط.

حق التراجع إذن هو حق تقديري محض، يخضع لإرادة المستهلك وحده دون تسبيب، ودون رقابة من القضاء، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في التعديل الذي مس قانون حماية المستهلك وقمع الغش في المادة 19 منه والتي تنص في فقرتها 3: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب."، منطلقاً في ذلك من أن المستهلك تسرع في إبرام العقد فلا بد من حمايته بالاعتراف له بالتراجع عنه دون أن يلزم بتقديم أي تسبيب.

²⁷ - انظر في ذلك: تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 793، وأدحيم محمد الطاهر، المرجع السابق، ص 29، وانظر كذلك: محمد الأمين نويري وعبد الحق لخداري المرجع السابق، ص 239. هناك من ذهب أبعد من ذلك بأن اعتبر الحق في التراجع هو ذاته الحق في ضمان العيوب الخفية، ويرى أن للمستهلك الذي تراجع عن العقد الحق في أن يسترد الثمن الذي دفعه أو يستبدل المنتج استناداً على المادة 13 من ق 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والمادة 12 من المرسوم التنفيذي 13/327 الذي يحدد شروط وضع السلع والخدمات حيز التنفيذ: بلس آسيا، المرجع السابق، ص 516، إلا أننا نرى أنه لا يمكن القول بذلك لأن التراجع عن العقد يهدف إلى إنهاء العقد وليس تنفيذه. هناك من يرى كذلك أن نصوص القانون المدني تضمنت صوراً للتراجع عن العقد وذكر على سبيل المثال البيع بالتجربة والبيع بالمذاق المذكورين في المادة 355/354: محمد الأمين نويري وعبد الحق لخداري، المرجع السابق، ص 240، إلا أننا نرى أن ذلك لا يمكن اعتباره تراجع عن العقد كون أن البيع بالتجربة هو بيع معلق على شرط مرتبط بنتيجة التجربة والهدف منها، أما البيع بالمذاق هو وعد بالبيع مرتبط بإبداء الرغبة من الموعود له وليس بيع تام حتى يمكن التراجع عنه.

²⁸ - نص المشرع المصري في قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018 على حق المستهلك المتعاقد عن بعد في التراجع عن العقد دون أن يشترط وجود العيب في السلعة.

المطلب الثالث: تمكين المستهلك من التراجع عن العقد بصفة مجانية

لم تكثف تشريعات الاستهلاك بجعل حق التراجع عن العقد حقا تقديريا، وإنما جعلته إضافة لذلك حقا مجانيا، لا يكلف المستهلك عند ممارسته بأي تعويضات أو مصاريف، وهذا ما كرّسه المشرع في الفقرة 4 من المادة 19 من قانون 09/03 بنصّه: " للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون مصاريف اضافية ."

لا يحمل المستهلك الذي يمارس حق التراجع-محترما لشروط التعاقد وبالأخص المدة التي يجب أن يبدي فيها تراجعها عن العقد-أي جزاءات أو مصروفات إضافية، وإلا أدى ذلك في حالات كثيرة إلى عزوفه عن استعمال هذا الحق رغم حاجته إليه²⁹. وإذا كان الأمر كذلك فإنه يبطل كل اتفاق يفرض على المستهلك دفع مقابل مالي عن تراجعها عن العقد³⁰، فصفة المجانية التي يتصف بها الحق في التراجع تجعله يختلف عن البيع بالعربون والذي يفقد فيه قيمته من دفعه ويرجعه ومثله من قبضه، كما يختلف عن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة والتي يلزم فيها منهي العقد بالتعويض للطرف الآخر إذا ما لحقه أي ضرر³¹. إن مجانية حق التراجع عن العقد لا تعني اعفاء المستهلك من كل الأعباء المالية المرتبطة بممارسة هذا الحق، وذلك ما نصت عليه التوصية 16 من التوجيه الأوروبي رقم CE/07/97 المتعلقة بالبيع عن بعد، أو حتى القانون الفرنسي في مادته L121-16 المتعلقة بالبيع عن بعد، أو حتى القانون المصري في المادة 4 من قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018، فهل ذلك يشكل استثناء على خاصية المجانية التي يتصف بها حق التراجع؟

هناك من يرى أن دفع المستهلك لمصاريف ونفقات ارجاع المنتج يشكل استثناء على مجانية حق التراجع³²، لكن نرى من جهتنا أن هذه المصاريف لا تعد مقابل أو تعويض عن التراجع عن العقد حتى

²⁹ - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2005، ص 70 وانظر كذلك: ياسين الكوي، المرجع السابق، ص 87.

³⁰ - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 16.

³¹ - انظر في ذلك المواد 566، 587 و 588 من ق م.

³² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 353. ثار خلاف فقهي حول مسألة تكيف فسخ عقد حفظ الحق والذي نصّ عليه المشرع في المادة 32 من قانون 11/04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 06 مارس سنة 2011 بنصها: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال انجاز المشروع العقاري: - بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر - بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرفق العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمائة (15%) من مبلغ التسبيق المدفوع... "، فهناك من كيف هذا الفسخ على أنه تراجع من نوع خاص يختلف عن التراجع المعروف في عقود الاستهلاك، وهناك من قال بأنه قريب من حق التراجع المعروف في قوانين الاستهلاك، وهناك من يرى أنه لا يمكن اعتباره تراجع عن العقد بالنظر للمقابل المفروض

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

يمكن اعتبارها استثناء على طابع المجانية للتراجع، وإنما يتحملها المستهلك كأثر لممارسة هذا الحق، ولا يوجد ما يمنع أن يتفق الطرفان على اعفاء المستهلك من كل المصاريف، وهو اتفاق صحيح باعتبار أنه سيزيد من الحماية المقررة قانوناً لهذا الأخير³³.

إن مجانية حق التراجع لاقت معارضة فقهية على اعتبار أنها قد تؤدي إلى تعسف المستهلك في استعمال حقه، دون أن يكون بالإمكان مساءلته عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر³⁴، لكننا نرى أن صفة المجانية هاته تعزز من الحماية المرجوة، و أن الغاءها سيؤدي إلى عزوف المستهلك عن استعمال هذا الحق إذا كان مرهقا له، فقصد المشرع من تكريس حق التراجع كما تم الإشارة إليه، هو حماية ذلك المستهلك الذي تسرع في التعاقد ولم يمنح نفسه فرصة للتفكير والتدبر ولا يمكن تحقيق هذه الحماية إلا إذا مورس هذا الحق بصفة مجانية، لكن ورغم ذلك يجب الاعتراف بضرورة تقييد هذا الحق حماية للمتدخل.

المبحث الثاني: تقييد التراجع عن العقد حماية للمتدخل

الغاية من تكريس التراجع عن العقد هو حماية المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إلا أنه ليس من العدالة الافراط في هذه الحماية بشكل يضر بالطرف الآخر، لذا لابد من فرض ضوابط وقيود على حق التراجع وذلك بتقييد ممارسته في مدة معينة مع استعداد المستهلك على ارجاع الحال لما كان عليه (المطلب الأول) وتقييد ممارسته بعقود محددة (المطلب الثاني) ومنع ممارسته في عقود معينة حماية للمتدخل (المطلب الثالث).

على صاحب حق الحفظ في المادة 32 (15% من مبلغ التسبيق) وما هو إلا إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة. انظر في ذلك: بناسي شوقي، عقد الترقية العقارية في ضوء القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، دار الخلدونية، الجزائر 2019، ص112. نرى من جانبنا أن الفسخ المشار إليه في المادة 32 أعلاه، هو تراجع عن العقد ولا يمكن اعتباره إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة، على أساس أن إنهاء العقد يزيل العقد بالنسبة للمستقبل كما أنه في ممارسته يبنى على أسباب وتبريرات، انظر في ذلك: بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، أقيمت =على طلبه الطور الثاني ماستر ، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1 كلية الحقوق، 2020/2021 ص 60 و 93 ، في حين أن الحق في التراجع كرس للمستهلك بمجرد حصول تغيير في ارادته، ونرى أن قيمة 15 % التي يقتطعها المرقى العقاري من التسبيق المدفوع ما هو إلا استثناء عن المبدأ ويبقى الأصل مجانية حق التراجع.

³³ - عيبر محمد الأمين، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق 2010/ 2011

ص 54.

³⁴ - كريم علي سالم الهريري، المرجع سابق ص 32.

المطلب الأول: تقييد ممارسة حق التراجع عن العقد بمدة معينة مع قدرة المستهلك

على رد الحال لما كان عليه

إن الحق في التراجع هو من الحقوق المؤقتة ربطت التشريعات ممارسته بمدة زمنية (الفرع الأول) ولا يمكن للمستهلك ممارسته إلا إذا كان قادرا على رد الحال لما كان عليه قبل التعاقد وإلا لا يمكنه التراجع عن العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييد ممارسة حق التراجع عن العقد بمدة معينة

قيدت جلّ التشريعات التي كرّست حق التراجع عن العقد ممارسته بمدة معينة، فإذا لم يمارس خلال هذه المدة يصبح العقد ملزما للمستهلك، والحكمة من ذلك تتمثل في عدم المساس بمبدأ استقرار المعاملات، خاصة ما ينتج عن هذا الحق من شك لدى المتدخل وعدم تيقنه من استمرار المستهلك في العقد المبرم من عدمه، فكان من الضروري الاهتمام بمصلحة المتدخل كذلك، وجعل التراجع عن العقد من الحقوق المؤقتة ينقضي إما باستعماله أو بانقضاء المدة المحددة لممارسته³⁵. فلم تترك الحرية للمستهلك في استعماله متى شاء لما في ذلك من اضرار للمتدخل الذي يكون تحت رحمته، فيجهل إن كان هذا المستهلك سيتراجع عن العقد أو سيستمر فيه³⁶، فكان من الضروري انهاء حالة الشك التي تعتري العقد وعدم الاستقرار الذي يشوبه، بتقييد ممارسته بمدة زمنية محددة. فإن كان تكريس التراجع عن العقد يهدف إلى اعادة التوازن العقدي بين الأطراف لحماية المستهلك، فإن ذلك يجب ألا يكون على حساب المتدخل الذي يبقى مهددا بزوال العقد لمدة غير محددة.

إضافة إلى تقييد ممارسة حق التراجع بمدة زمنية، فإن التشريعات قد حرصت على أن تكون هذه المدة قصيرة لا طويلة، حتى يتمكن المتدخل من أن يتحلل من عقد لا يعرف مصيره في وقت قصير. فإن كان من مصلحة المستهلك أن تطول مدة التراجع عن العقد حتى يتدبر أمره ويبيت في التعاقد، فإن مصلحة المتدخل تستدعي ألا يبقى قلقا لمدة طويلة يمكن أن يفاجأ بطلب نقض عقد مضت على إبرامه مدة من الزمن³⁷، فلذلك جعلت التشريعات حق التراجع مرتبط بمدة قصيرة، فنجد مثلا المشرع جعل مدة ممارسة

³⁵ - خلوي نصيرة، نوبس نبيل، حق العدول عن عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية. P.ISSN 2507.7295، 2016، ص 302، وانظر كذلك: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 225.

³⁶ - أحمد صبري كاظم عبد السعدي، المرجع السابق، ص 27.

³⁷ - كريم علي سالم الهديري، المرجع سابق، ص 92.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

التراجع عن العقد 30 يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط في عقود التأمين على الأشخاص³⁸، وجعله ثمانية أيام تحسب من تاريخ إمضاء العقد في البيوع في مجال القرض الاستهلاكي³⁹، وجعله 7 أيام في نفس البيوع إذا تم بيع المنتج على مستوى المنزل⁴⁰، مع الإشارة إلى أنه يمنع تقصير هذه المدد لتعلقها بالنظام العام، ولكن بالمقابل يمكن الاتفاق على الزيادة فيها حماية للمستهلك⁴¹.

بتكريس المشرع لحق التراجع عن العقد بموجب تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فإنه وعند تنظيمه يجب أن يستفيد مما توصلت إليه التشريعات في هذا المجال، بجعل حق التراجع عن عقود الاستهلاك حقا مؤقتا يمارس في مدة معقولة، وذلك لتحقيق التوازن العقدي بحماية رضا المستهلك من جهة وعدم الاضرار بمصلحة المتدخل من جهة أخرى.

الفرع الثاني: تقييد ممارسة حق التراجع عن العقد بقدرة المستهلك على إرجاع

الحال لما كانت عليه

إذا أراد المستهلك ممارسة حقه في التراجع عن العقد، فإنه من الضروري أن يكون مستعدا لأن يعيد الحال لما كانت عليه قبل التعاقد، فيقع عليه التزام بالمحافظة على محل العقد خلال فترة التراجع ويبذل في ذلك عناية الرجل العادي⁴²، وإذا أصاب هذا المحل أي تلف فإنه يمنع عليه الرد. يطرح التساؤل بحدّة حول ما هو الحكم في حالة عدم تلف المحل وإنما أصابته بنقص في قيمته الاقتصادية ومساس بصفته الجديدة، الناتج عن استعمال المستهلك له استعمالا مفرطا خلال فترة التراجع، بصفة تزيد عن التعرف عليه والتأكد من مدى ملاءمته وسلامته؟

نرى أنه لا يمكن حرمان المستهلك من ممارسة حقه في التراجع عن العقد بمجرد أن فقد المحل صفته الجديدة أو نقصت قيمته الاقتصادية، لكن تحقيقا للتوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة لابد من

38 - انظر المادة 01/90 مكرر من الأمر المتعلق بالتأمينات المشار إليها آنفا.

39 - انظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي 15/114 المشار إليها آنفا.

40 - انظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي 15/114 المشار إليها آنفا. ثار تساؤل بصدد طبيعة المدة القانونية لممارسة حق التراجع فيما إذا كانت مدة تقادم أو سقوط، اتجه أغلب الفقه إلى أنها مدة سقوط لا تقادم، وبالتالي لا تخضع للوقف ولا للانقطاع. انظر في ذلك أحمد صبري كاظم عبد السعدي، المرجع السابق ص 115 وانظر كذلك :

Isabelle Demslay op .cit p 170

41- Virginie Geslak, op cit p 78.

42 - احمد صبري كاظم عبد السعدي، المرجع السابق، ص 117.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

فرض تعويض مناسب على المستهلك عن هذا الاستعمال المفرط، وهذا التعويض سوف لن يمسّ بصفة المجانية التي يتميّز بها حق التراجع، كون أن أساسه هو خطأ المستهلك وترتب مسؤوليته، وليس تراجعاً عن العقد الذي يبقى مجانياً. نجد أن المشرع الفرنسي قد ربط هذا التعويض بضرورة أن يكون المهني قد أعلم مسبقاً المستهلك بحقه في التراجع وبالتالي يتحمل هذا الأخير مسؤولية انخفاض قيمة السلعة لاستعمالها المفرط، وإذا أخلّ المهني بالتزامه بالإعلام، فإنه يفقد حقه في الحصول على هذا التعويض⁴³.

المطلب الثاني: تقييد ممارسة التراجع عن العقد بحصره في بعض العقود

نظراً لكون التراجع عن العقد يمسّ بالقوة الملزمة للعقد، ومن شأنه أن يلحق ضرراً بالمتدخل، نجد أن تشريعات الاستهلاك لم تركزه بصفة مطلقة وإنما حصرت ممارسته في بعض العقود لاعتبارات معينة.

نجد أن المشرع الجزائري قد كرس التراجع عن العقد في مجال القرض الاستهلاكي، وهو ما نص عليه في المادة 11 و 14 من المرسوم التنفيذي 15/114، وذلك حماية للمستهلك من التسرع الذي دفعه إلى إبرام عقد قد يضر بذمته المالية⁴⁴.

تم تكريس حق التراجع عن العقد في القانون الجزائري كذلك في العقود المتعلقة بالتأمين، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 90 مكرر من الأمر 95/07 المتعلق بالتأمينات والمضافة بموجب القانون 06/04 المشار إليها سابقاً، وذلك لكون المؤمن له طرف ضعيف في العقد، وليست له القدرات الفنية والقانونية والوقت الكافي للتفكير في العقد وعدم خبرته في مجال التأمين كذلك⁴⁵، وما يلاحظ أن المشرع حصر حق التراجع في عقد التأمين على الأشخاص بشروط، دون غيره من عقود التأمين عكس التشريعات الأخرى⁴⁶.

تم تكريس التراجع عن العقد كذلك في العقود المبرمة عن بعد والعقود خارج الوطن، باعتبار أن المستهلك لم ير المنتج يوم التعاقد فلا بد من تمكينه من التراجع عن العقد⁴⁷، وهو ما كرّسه المشرع

⁴³ - L221-23-3 : code la consommation : " la responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autre que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens, sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétractation..."

⁴⁴ - جريفي محمد، المرجع السابق، ص 230.

⁴⁵ - عمرو جويده، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2014/2013 ص 156

⁴⁶ - عمرو جويده، المرجع نفسه، ص 157

⁴⁷ - Charlaïne Bouchard et Marc Lacoursière, op cit, p 426.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

الفرنسي مثلا في المادة 18-221 L من قانون الاستهلاك، أو حتى المشرع المصري في المادة 40 من قانون حماية المستهلك لسنة 2018، أما بالنسبة للقانون الجزائري فرغم تنظيم المشرع للتعاقد الإلكتروني بموجب القانون 18/05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يشر إلى حق التراجع عن العقد إلا في المادة 11 بنصه: "شروط وأجال العدول عند الاقتضاء" باعتباره شرطا اتفاقيا، ولم يحدد من له الحق في التمسك به. إلا أنه وبموجب المادة 19 من قانون 09-18 المعدل والمتمم لقانون 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، تم تكريس حق التراجع عن العقد في عقود الاستهلاك بالنص: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب ... للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون مصاريف اضافية... تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية عن طريق التنظيم"، وعليه فإن المشرع سيحدد لاحقا مجال ممارسة حق التراجع كون أنه أكيد سوف لن يشمل جميع عقود الاستهلاك لأن ذلك يعد اجحافا في حق المتدخل⁴⁸.

المطلب الثالث: تقييد التراجع عن العقد بمنع ممارسته في بعض العقود

رغم تكريس التشريعات المختلفة لحق التراجع عن العقود الاستهلاكية، إلا أنها حرصت على منع ممارسته في بعض العقود وذلك حماية للمتدخل الذي يجب ألا يضار من الضمانات المكرسة للمستهلك. نجد أن القانون الفرنسي ورغم نصّه على إمكانية التراجع في العقود المبرمة عن بعد أو خارج الوطن، فإنه استبعد مجموعة من العقود من إمكانية التراجع عنها في المادة 28-221 L من قانون الاستهلاك، وذلك إما بسبب تصرف المستهلك ذاته: فمنع هذا الأخير من التراجع عن عقود الخدمات التي تم تنفيذها قبل نهاية فترة التراجع، أو التي تم البدء في تنفيذها بعد موافقته المسبقة وتنازله عن هذا الحق، وعقود توريد السلع التي قام بنزع غلافها والتي يتعذر اعادتها للحالة الأصلية لأسباب تتعلق بالنظافة أو الحماية الصحية، أو حتى عقود توريد السلع التي تم خلطها مع مواد أخرى. نفس الأمر بالنسبة للعقود المتعلقة بتوريد تسجيلات سمعية أو تسجيلات فيديو أو برامج الحاسوب التي تم نزع أختامها، كما حضر المشرع الفرنسي ممارسة حق التراجع إذا كان ذلك لا يتفق مع طبيعة المعاملة أو طبيعة محل المعاملة،

⁴⁸ - هناك من يرى أن حصر المشرع حق التراجع عن العقد في منتجات معينة لا يتفق مع الحكمة من تقريره باعتباره من الضمانات المقررة لحماية المستهلك، لكن نرى من جهتنا أن تعميم حق التراجع عن العقد في كل عقود الاستهلاك من شأنه أن يلحق ضررا بالمتدخل وذلك سوف لن يحقق التوازن العقدي المرجو.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

كأن يكون هذا الأخير سلع أو خدمات ذات أسعار متقلّبة أو أنها سريعة التلّف أو تنتهي صلاحيتها سريعاً، وكذلك عقود توريد الصّحف أو الدّوريات أو المجلّات.

كرّس المشرع الفرنسي حق التراجع في العقود التي تبرم عن بعد وخارج الموطن بصفة مجّانية تقديرية، إلّا أنه قيد نطاق ممارسة هذا الحق باستثناء مجموعة من العقود منه.

نفس الأمر كذلك نجده في القانون المصري، فبعد أن كرّس المشرع حق التراجع عن العقد في المادة 40 من القانون المتعلق بحماية المستهلك لسنة 2018، فإنّه استبعد مجموعة من العقود من حق التراجع عنها وذلك في المادة 41 منه⁴⁹.

نفس الحل يتّجه إلى تكريسه المشرع الجزائري بنصّه في المادة 19 من قانون 09/03 معدلة، في فقرتها الأخيرة على أن: "تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم"، فالمشرع سوف يحدّد نطاق ممارسة حق التراجع عن العقد بتكريسه في عقود معينة، ومنع ممارسته في عقود أخرى حماية للمتدخل، مسترشداً في ذلك بما توصلت إليه التشريعات الأجنبية.

إنّ تقييد حق المستهلك في ممارسة التراجع عن العقد في عقود محدّدة وحظره في عقود أخرى من شأنه أن يحمي مصالح طرفي العلاقة العقدية، كون أن تعميمه سيؤدي إلى الافراط في التمييز بين طرفي العقد والإخلال بالتوازن العقدي الذي يصبو إلى تحقيقه قانون الاستهلاك، فالحق في التراجع هو حق استثنائي يجب تكريسه في حالات يستحق فيها المستهلك الحماية، ويجب حضره في حالات لو مورس فيها لألحق ضرراً بالمتدخل، ورغم ذلك هناك من يرى أنه لا مانع من تعميم هذا الحق في القانون المدني، بحجة أن التعامل اليومي في الأسواق كشف أن العديد من المحترفين ينبّهون المستهلكين إلى امكانية رد السلعة إذا لم تتوافق مع رغباتهم⁵⁰.

49 - تنص المادة 41: "يسقط حق المستهلك في العدول عن التعاقد المنصوص عليه في المادة 40 من هذا القانون في الحالات الآتية:

- إذا انتفع كلياً بالخدمة قبل انقضاء المهلة المقررة للحق في العدول.
-إذا كان الاتفاق يتناول سلع صنعت بناء على طلبه ووفقاً لمواصفات حدّدها.
-إذا كان الاتفاق يتناول أشرطة فيديو أو أسطوانات أو أقراصاً مدمجة أو برامج معلومات أو مطبوعات أزال المستهلك غلافها.

-إذا حدث عيب في السلعة نتيجة سوء حيازتها من قبل المستهلك.
-في الأحوال التي يعدّ فيها طلب العدول متعارضاً مع طبيعة المنتج أو يخالف العرف التجاري أو يعدّ تعسفاً من جانب المستهلك في ممارسة حق العدول، وذلك كله على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون."

50 - انظر في ذلك: بناسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 368.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

نرى من جهتنا أن الحجة التي يستند عليها هذا الرأي للقول بتعميم حق التراجع عن العقد في القانون المدني مردود عليها من زاويتين، الأولى أنها تؤكد أن المجال الخصب لإعمال هذا الحق هو القواعد الخاصة بحماية المستهلك لا القانون المدني، باعتبار أنها تتحدث عن العلاقة بين المحترفين والمستهلكين، والثانية أن التراجع عن العقد الذي تتحجج به هو تراجع اتفاقي أدرجه المتدخل في العقد بمحض إرادته، ولم يفرض عليه بموجب قواعد قانونية آمرة، كما أن التمسك به من طرف المستهلك هو تنفيذ لبنود العقد وليس خروجاً عن القوة الملزمة للعقد، ولا يوجد ما يمنع الأطراف من ادراج أي بند يروونه مناسباً في العقد الذي يربطهما شرط ألا يخالف النظام العام والآداب العامة.

إن التراجع عن العقد المكرس في قوانين الاستهلاك هو حكم خاص جاء لحماية طرف ضعيف في العلاقة العقدية والذي شاب إرادته عيب لا تعرفه القواعد العامة والمتمثل في عيب التسرع في التعاقد دون بصيرة ودون تروي، وبالنظر إلى مركزه الضعيف فإنه يستحق حماية خاصة تتمثل في تمكينه من التراجع عن بعض العقود بصفة انفرادية، تقديرية ومجانية، بشكل لا يضر بمصلحة المتدخل، وهذه الحماية لا يمكن تكريسها في القانون المدني كون أنه ينظم العلاقة بين أطراف متعاقدة متساوية، فهي ملزمة بالعقد ولا يمكنها نقضه إلا بالاتفاق أو للأسباب التي يقرها القانون.

فمجال الحق في التراجع هو عقود الاستهلاك، وحتى في هذه الأخيرة التشريعات لم تعمم تطبيقه حماية للمتدخل، فالحق في التراجع عن العقد يجب أن يبقى حكم خاص محدد المجال حتى يحقق الهدف المرجو منه المتمثل في التوازن العقدي والذي لن يكون إلا بحماية الطرف الضعيف دون الاضرار بالطرف القوي.

الخاتمة:

توصلنا من خلال دراستنا إلى أن التراجع عن العقد باعتباره استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، هو آلية كرسست لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، بتمكينه من إلغاء الأثر القانوني للعقد الذي أبرمه دون تروي وتبصر، بإرادته المنفردة وبصفة تقديرية ومجانية. لكن وقصد تحقيق التوازن العقدي الذي تهدف إليه قوانين الاستهلاك فلا بد من عدم الافراط في هذه الحماية، وذلك بتقييد هذا الحق، وتحديد نطاق اعماله، والنص على ضمانات تحول دون الاضرار بمصالح المتدخل.

فقصد التوفيق بين مصلحة المستهلك والمتدخل عند اعمال حق التراجع عن العقد توصلنا إلى

النتائج التالية:

- حماية لمصلحة المستهلك جعلت التشريعات حق التراجع:

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

* يمارس بإرادة المستهلك المنفردة دون موافقة المتدخل ودون اللجوء إلى القضاء.

* يمارس بصفة تقديرية دون خضوعه لأحكام التعسف في استعمال الحق ودون إبداء الأسباب التي أدت إليه.

* يمارس بصفة مجانية حتى لا يكون مرهقا للمستهلك.

- حماية لمصلحة المتدخل جعلت التشريعات حق التراجع:

* يمارس خلال مدة معينة منصوص عليها قانونا لإنهاء فتره الشك التي تعتري العقد.

* يمارس إذا كان المستهلك قادرا على ارجاع الحال لما كانت عليه.

* يمارس في عقود محددة، وتمنع ممارسته في عقود محددة كذلك لاعتباره حكم خاص لا يجب تعميمه لعدم الاضرار بالمتدخل.

نتيجة لذلك نقدم التوصيات التالية:

- ضرورة مواكبة القانون الجزائري القوانين الأجنبية فيما توصلت إليه في هذا الموضوع، خاصة اقرار حق التراجع في العقود التي تبرم عن بعد.
- ضرورة تحديد بدقه العقود التي يجوز فيها ممارسة حق التراجع، والعقود التي لا يمكن ممارسة فيها هذا الحق لما قد يلحقه من ضرر للمتدخل.
- ضرورة النص على إلزام المتدخل بإعلام المستهلك بحقه في التراجع عن العقد في الأحوال التي يجوز فيها اعمال هذا الحق.
- ضرورة فرض شكليات معينة للتعبير عن حق التراجع عن العقد قصد تشكيل دليل إثبات لصالح المستهلك.
- ضرورة النص على تقييد ممارسة حق التراجع عن العقد بقدرة المستهلك على ارجاع الحال لما كان عليه قبل التعاقد.
- النص على تحميل المستهلك مصاريف ونفقات ارجاع المنتج.
- تقييد ممارسة حق التراجع عن العقد بمدة زمنية قصيرة لإنهاء حالة الشك التي تعتري العقد في فترة وجيزة.
- النص على قيام مسؤولية المستهلك عند الاستعمال المفرط للسلعة خلال فترة التراجع عن العقد خاصة إذا تم اعلامه بهذا الحق مسبقا.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: النصوص القانونية

- أمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 25 جانفي 1995، جريدة رسمية عدد 13 مؤرخة في 08 مارس 1995.
- قانون 04/06 يعدل ويتمم الأمر 07/95 المؤرخ فيه 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات مؤرخ في 20 فبراير 2006 جريدة رسمية، عدد 15 مؤرخ في 12 مارس 2006.
- قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 فيفري 2009 جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 08 مارس 2009 معدل ومتمم.
- قانون 04/11 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية مؤرخ في 17 فبراير 2011 جريدة رسمية، عدد 14 مؤرخ في 06 مارس 2011.
- قانون 05/18 متعلق بالتجارة الإلكترونية مؤرخ في 10 ماي 2018، جريدة رسمية عدد 28 مؤرخة في 16 ماي 2018.
- قانون 09/18 المعدل والمتمم للقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مؤرخ في 10 يونيو 2018 جريدة رسمية عدد 35 مؤرخ في 13 يونيو 2018.
- المرسوم التنفيذي رقم 15/114 المتعلق بشروط وكيفية العروض في مجال القرض الاستهلاكي مؤرخ في 12 ماي 2015 جريدة رسمية عدد 24 مؤرخة في 13 ماي 2015.

ثانياً: قائمة المراجع باللغة العربية

1- الكتب

- خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- شوقي بناسي، عقد الترقية العقارية في ضوء القانون رقم 11/04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2019.
- علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دار النهضة العربية، 2012.

2- الرسائل والمذكرات

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

- أحمد صبري كاظم عبد السعدي، خيار المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2015.
- جويده عمريو، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق 2013/2014.
- سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة دكتوراه، جامعه مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016.
- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015/2016.
- كريم علي سالم الهريري، حق المستهلك في العدول، ماجستير، جامعة الاسكندرية، 2017.
- محمد أمين عيطر، ابرام العقد الإلكتروني واثباته، مذكرة ماجستير، جامعه الجزائر 01، كليه الحقوق 2010/2011.
- محمد جريفي، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أحمد دراية أدرار، 2017/2018.

3-المقالات

- آسيا يلس، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد بين الحاجة وغموض النص، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 14، أفريل 2017.
- أيمن مساعدة، علي خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 46، أفريل 2011.
- حورية سي يوسف زاهية، حق العدول عن العقد لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، السنة 2018.
- رضوان جبراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة 1، السنة 2020.
- رعد هاشم أمين التميمي، رعد عداي حسين المصمودي، العدول عن عقود الاستهلاك الحماية المفقودة في قانون حماية المستهلك العراقي، دراسة في ضوء التوجيه الأوروبي لعام 2011، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 21، العدد 4، السنة 2019.

التراجع عن العقد بين الاطلاق والتقييد

- فاطمة الزهراء ربحي تبوب، حق المستهلك في العدول عن العقد الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 3، ديسمبر 2019.
- محمد الأمين نويري عبد الحق لخذاري، حق المستهلك في العدول عن عقد الاستهلاك في ظل قانون 09/18 بين الضرورة والتقييد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 02، السنة 2020.
- محمد الطاهر أديمين، حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 1، السنة 2020.
- نصيرة خلوي، نبيل نويس، حق العدول عن عقد الاستهلاك الالكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية الايداع القانوني 857-2016.
- نصيرة غزالي، رزق الله العربي بن مهدي، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 03، السنة 2019.
- ياسين الكيوي، حق التراجع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، مجلة الفقه والقانون الدولية، العدد 91، ماي 2020.

4-المحاضرات

- بدري جمال، محاضرات في مادة انتهاء الرابطة العقدية، أُلقيت على طلبة الطور الثاني ماستر فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2020/2021.

ثالثا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية**1-Articles**

- Charlaïne Bouchard et Marc Lacoursière, Les enjeux du contrat de consommation en ligne, Revue générale de droit, volume 33 numéro3, 2003.
- Isabelle Demeslay, le droit de repentir, Revue juridique de l'ouest, année 1997/2.

2-Mémoire

- Virginie Geslak, la protection du consommateur et le contrat en ligne, mémoire master 2, consommation et concurrence, année universitaire 2010/2011.