جامعــة محمد الصديق بن يحيى- جيجل
كليـة الحقوق والعلوم السياسيــة
قســـــم الحقـــــوق

مذكرة بعنوان

حق التراجع عن العقد

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص للأعمال

إعداد الطالبين:
- بوزراع مولود
- ظريف وليد

إشراف الأستاذ:
د/ عبد الحق قريمس

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
الدكتور/ مسعودان الياس	أستاذمحاضر ب	رئيسا
الدكتور/ عبد الحق قريمس	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
الأستاذة /أحلام بلجودي	أستاذة مساعدة أ	مناقشا

الـسنـة الـجا مـعيـة 2016– 2017

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنّا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

اللهمّ لك الحمد ولك الشكر وإليك يرجع الفضل كلّه سرّه وعلانيته

الحمد لله الواحد المنان الذي هدانا ووفقنا لإتمام هذا العمل

نتقدم بالشكر الجزيل مع فائق التّقدير والاحترام

إلى الأستاذ" قريمس عبد الحق "

الذي أفادنا بنصائحه وإرشاداته الوجيهة من بداية هذا العمل إلى نهايته.

والشّكر الجزيل إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل

إهداء

إلى الوالدين ...

إلى كل من علمنا حرفا أساتذتنا الكرام..

إلى الزملاء والزميلات...

إلى محبي الخير على هذه المعمورة ...

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ص: الصفحة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ق م ج: قانون مدني جزائري

ق م ف: قانون مدني فرنسي

ج ر: جريدة رسمية

ثانيا: باللغة الأجنبية

P : Page

Art : Article

Op.cit : Ouvrage précitée

N^0: Numéro

R.T.D, Civ: Revue trimestrielle de droit civil

L.G.D.J: Librairie générale de droit et jurisprudence

CE: Communauté européenne

UE: Union européenne

مقدمة

مقدمة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعني حرية الإرادة في إنشاء وترتيب الآثار القانونية أساس القوة الملزمة للعقد،ليكون في الأخير هو القانون الذي يحكم العلاقة بين طرفيه ويكون إخلال أحد المتعاقدين بالالتزامات الناشئة عنه مصدرا لمسؤوليته العقدية.

وإذا كانت العوامل الاقتصادية هي التي ساعدت في بادئ الأمر على انتشار مبدأ سلطان الإرادة، فإن التطور الحاصل على هذا المستوى لاحقا كان مصدرا لعرقلة وتعطيل هذا المبدأ.

لقد ساهم استعمال التقنيات الحديثة والوسائل التكنولوجية في عالم المال والإعمال إلى التأثير على القيمة الحقيقية للتراضي، حيث أصبح التعبير عن الإرادة يتم بوسائل ظهرت حديثا ولا تسمح بالتعبير الحقيقي والواعي عن الإرادة في التعاقد، نتيجة الاعتماد الواسع لوسائل الدعاية والإعلان بغرض تسويق منتجاتهم، بشكل يسمح للمحترفين باستدراج المستهلك والتحكم في نفسيته، وأصبحت ظاهرة إقدام المستهلك على التعاقد دون أن يأخذ لنفسه الوقت الكافي للتأمل قبل إبرام العقد بصورة نهائية تتنامى بشكل رهيب في العصور الحديثة.

وإذا كانت عقود الاستهلاك تخضع في إبرامها وآثارها من حيث الأصل للقواعد العامة المقررة في القانون المدني، وهذه الأحكام العامة المبنية على افتراض وجود توازن ومساواة في المراكز القانونية خاصة في أحكام العلم بالمبيع في عقد البيع، فإنّها تتأثر في الواقع بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والتقنية المحيطة بالعقد الذي يبرمه المحترف مع المستهلك وبالاختلال الحاصل في ميزان القوى بين طرفي عقد الاستهلاك، ويجعل من تلك القواعد قاصرة عن حماية رضا المستهلك أثناء إبرام العقد وتنفيذه.

وفي ظل عجز القواعد العامة عن توفير الحماية الفعالة لرضا المستهلك كان لزاما على المشرع معالجة القصور الذي افرزه الواقع العملي في البناء القانوني لعقد الاستهلاك

فأصبحت فكرة إصدار تشريعات خاصة أمرا لابد منه، وإقرار تدابير من شأنها أن تسمح بالتفكير المتأني والعميق للمستهلك، ومن بينها "حق التراجع عن العقد" بهدف منح المستهلك مهلة إضافية للتروي والتدبر في الاستمرار في العلاقة التعاقدية من عدمه.

فكان لزاما على المشرع إصدار عدة قوانين تنظم حق التراجع عن العقد وتجلى ذلك في المادة 90 مكرر من قانون التأمينات ثم نص عليه في المادة 119 مكرر 01 فقرة 04 من قانون النقد القرض ومؤخرا نص عليه ضمن أحكام القرض الاستهلاكي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

يهدف هذا البحث إلى بيان فكرة حق المستهلك في التراجع عن العقد الذي أبرمه مع المحترف، ومدى الحاجة إلى هذه الوسيلة القانونية الهامة وخاصة أثناء تنفيذ العقد، وهو ما يتطلب توضيح وإبراز العلاقة التعاقدية غير المتوازنة بين المستهلك والمحترف والتي تؤثر فيها الظروف الاقتصادية والتكنولوجية التي تحيط بها، حيث يكون المستهلك في حاجة الماسة إلى السلع والخدمات، وقد تكون هذه السلع غير ملائمة لرغباته، ولا يتبين له ذلك إلا عند استشارته لجهات مختصة.

ويعود سبب اختيار الموضوع إلى حداثته، حيث تم تكريسه مؤخرا ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، من خلال أمثلة عقود الاستهلاك المقترنة بحق التراجع عن العقد، مما يتطلب تبيين أهمية هذا الحق بوصفه تدبيرا قانونيا لحماية المستهلك، إلى جانب محاولة تقديم إضافة للمكتبة القانونية الجامعية في هذا المجال.

وتكمن أهم الصعوبات التي واجهتنا، في عدم تطرق الدراسات السابقة لهذا الموضوع خاصة في جانبيه التقني والفني، وأن فكرة حق التراجع عن العقد هي فكرة مستمرة في التطور، ولذلك كان من الأفضل اعتماد المراجع المتخصصة في القانون الجزائري على عكس المراجع المقارنة وبعض الأطروحات والرسائل والمقالات والتي كانت أساس موضوع بحثنا.

إشكالية الدراسة تنطلق من متغيرين، المتغير الأول ينطلق من القوة الملزمة للعقد الذي يتجسد في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ لا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه أو للأسباب التي يقررها القانون، وبالتالي يعتبر العقد بمثابة القانون بالنسبة لطرفيه، والمتغير الثاني هو الاعتراف للمتعاقد المستهلك بحق التراجع عن العقد الذي يبدو كاستثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مما يقتضي التساؤل عن كيفية التوفيق بين مبدأ القوة الملزمة للعقد وحق التراجع عن العقد؟

ومن الجانب المنهجي تم اعتماد المنهج الوصفي في دراستنا وذلك لأننا أمام وصف نظام قانوني جديد تم استحداثه، كما اعتمد المنهج المقارن، وذلك من خلال تطبيقات حق التراجع في القانون الفرنسي وكذلك التوجيهات الأوربية، ومقارنتها بالتشريعات العربية واعتمد كذلك على المنهج الاستقرائي، من خلال تحليل النصوص القانونية التي كرست حق التراجع عن العقد لمحاولة الوصول إلى تصور متكامل لهذا التدبير.

وللإحاطة بهذا الموضوع تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين، الأول خصص لماهية حق التراجع عن العقد، وقسم إلى مبحثين تناولنا في الأول مفهوم حق التراجع عن العقد، وفي الثاني التكييف القانوني لحق التراجع عن العقد.

وفي الفصل الثاني تم التطرق للتنظيم التشريعي لحق التراجع عن العقد، وقسم إلى مبحثين، تناولنا في الأول نطاق ممارسة حق التراجع عن العقد، وفي الثاني ممارسة حق التراجع عن العقد.

الفصل الأول:

ماهية حق التراجع عن العقد

الفصل الأول–

ماهية حق التراجع عن العقد:

إن إعطاء أحد المتعاقدين حق التراجع عن العقد أمر ينطوي على خطورة كبيرة وهذا يعتبر انتهاك صريح لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وفي نفس الوقت التعدي على قوته الملزمة.

إن منح المستهلك مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه يكون درءا للأخطار التي تلحق به نتيجة تسرعه في التعاقد خاصة في ظل المعاملات الحالية التي تتسم بالإغراء والجذب[1]، فرغم تشارك قانون الاستهلاك والقانون المدني في حماية المشتري إذ كانت نظرية عيوب الإرادة تحمي كلا المتعاقدين من بعضهم البعض، فإن حق التراجع عن العقد هي مكنة مقررة إلا للمستهلك بوصفه طرفا في وضعية غير متوازنة مع المهني وكما تحمي المستهلك من نفسه بما يقدم عليه من عقد غير متوازن نظرا لضعفه أو عجزه[2] وكما أن حق التراجع عن العقد يتجاوز عجز نظرية عيوب الرضا التي تجعل عبء إثبات وجود عيب في الرضا، يقع على عاتق المستهلك، أما في مهلة التفكير تجعله قرينة على إضراب الرضا وبالتالي تحمي المستهلك من كل الضغوطات والاختلال في التوازن المعرفي الذي يضر بمصالحه الاقتصادية.

[1]– عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر 2008، ص763.

[2]- عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، الجزائر 1، الجزائر 2015، ص 257.

المبحث الأول-

مفهوم حق التراجع عن العقد:

يعد العقد وبنوده شريعة المتعاقدين، لا يمكن للمتعاقدين التعدي على قوته الإلزامية واعتباره بمثابة القانون، لا يقوى أحد المتعاقدين على التحلل منه بالإرادة المنفردة ولا تعديله ولا نقضه إلا باتفاقهما على ذلك، غير أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ليس على إطلاقه، لأسباب يقررها القانون[1] منها ما يجد أساسه في احترام الحرية الفردية للمستهلك في التعاقد وتمكينه من مهلة التروي والتفكير حيث يمكنه ممارسة حقه في التراجع عن العقد أو إبرامه[2].

المطلب الأول- التعريف بحق التراجع عن العقد:

يعني التراجع عن العقد أن يمنح المشرع أحد المتعاقدين خيار الرجوع عن العقد خلال مدة معينة على الرغم أن العقد انعقد صحيحا ونافذا، ويعتبر هذا الخيار إباحة قررها المشرع، وهذه الإباحة استثناء من الأصل العام وهي قاصرة على عقود الاستهلاك فقط[3].

الفرع الأول- تعريف حق التراجع عن العقد:

رغم تناول التشريعات الحديثة حق التراجع عن العقد إلا أنها لم تعرفه لان التعريف ليس من اختصاص المشرع، غير ان الفقه القانوني وفقه الشريعة الإسلامية أوردوا جملة من التعاريف.

---

[1]- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 78 مؤرخة في 12/30/ 1975، معدل ومتمم.

[2]-إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة والتصرف القانوني، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص274.

[3]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي الكويتية، الكويت، أعداد يوليو-أغسطس 1980، ص19.

أولا- تعريف حق التراجع في الفقه القانوني:

اختلفت التعريفات لحق التراجع عند الفقهاء[1] ومنهم من اتفقوا على الأقل على آثاره لأن هذا الحق يمنح القدرة للمستهلك على نقض العقد أو إجازته.

ويعرف الفقه حق التراجع سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر[2].

عرف الفقيه الفرنسي CORNU حق التراجع بأنه "الرجوع تعبير عن إرادة مخالفة يرجع من خلالها صاحب التصرف أو التصريح المنفرد بالإرادة عن إرادته ويسحبها فتزول وتصبح كأن لم تكن وذلك لغاية تجريدها من كل أثر ترتب عنها في الماضي أو سيترتب في المستقبل".

---

[1]- يطلق الفقه الفرنسي على هذا الحق droit de repentir، والفقه الإنجليزي right to repent؛
أما الفقه العربي فيستعمل مصلحات عدة للدلالة على هذا الحق، منها:

- حق العدول؛ خالد ممدوح إبراهيم خالد، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر2007، ص278. وفاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة مقارنة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد الكترونيا، ص137؛ أسامة أحمد بدر حماية، المستهلك في التعاقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق جامعة طنطا، 2005، ص 211. وقد لاحظنا استخداما شائعا لها المصطلح.
- الحق في إعادة النظر أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون مجلة الحقوق السند 19، العدد 03، سبتمبر، 1995، ص 33.
- الخيار القانوني للعدول عن العقد، وليد خالد عطية، م.م عباس عبد الصمد، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ص872.

وكان المشرع الجزائري قد استخدم مصطلح حق التراجع في قانون التأمين ثم في قانون النقد والقرض.

[2]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نفس المرجع، ص 274.

وعرفه البعض الآخر بأنه" وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع للمستهلك بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا، بحيث يستفيد من مهلة التفكير في خلالها يكون بوسعه الرجوع"[1].

وعرف أيضا بأنه" إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع لعرض توفير الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد"[2].

ثانيا- تعريف حق التراجع في فقه الشريعة الإسلامية:

يعبر عن حق التراجع بالخيار وعرف بأنه" حق يقتضي السلطنة على فسخ العقد بإلغاء مضمونه وإن كره الطرف الآخر"[3].

وعرف أيضا بأنه" حق خاص يقتضي الاستيلاء على فسخ العقد"

وهو "حق العاقدين أو أحدهما في إمضاء العقد أو فسخه لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي"[4].

وعرف أيضا بأنه "أمر عارض غير محقق الوقوع يرد على العقد اللازم فيفقده اللزوم أثناء فترة الرجوع، به يستطيع أحد أطراف العقد نقضه أو إجازته"[5].

---

[1]- مصطفى احمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، دون دار نشر، القاهرة، مصر، 2012، ص30.

[2]- Bernardeau Droit communautaire et protections des consommateurs نقلا عن بخيث عيسى- كتو محمد الشريف، ماهية العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية، الشلف،2015-2016.

[3]- محمد الصدر، منهج الصالحين، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الأضواء، بيروت، 2008، ص50.

[4]- الكاساني، البدائل والصنائع، نقلا عن مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2010.

[5]- أحمد بن محمد بن علي القيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان 2006 ص150.

الفرع الثاني- خصائص حق التراجع عن العقد:

يتميز حق التراجع عن العقد بعدة خصائص منها ما يتعلق بالمستهلك في حد ذاته ومنها ما يتعلق بطبيعة العقد المبرم.

أولا- الحق في التراجع عن العقد من النظام العام:

يعد حق المستهلك في التراجع عن العقد من النظام العام وبالتالي لا يمكن التنازل عنه مسبقا، كما يقع باطلا كل اتفاق أو شرط يقيد ممارسة هذا الحق أو يحد منه، لأنه يهدف إلى حمل البائع على مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد وتسليم سلع مطابقة للكيفية والمواصفات المعلن عنها، فضلا عن حماية الرضائية التي تعد ركنا من أركان العقد وأخيرا أنها تدخل في إطار القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية المستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد[1].

إلا أنه يجوز للمستهلك، وفقا للقواعد العامة، التنازل عن هذا الحق بعد نشوئه وثبوته، وذلك بعدم ممارسة هذا الحق خلال المدة المحددة للرجوع[2].

ثانيا- الصفة التقديرية لممارسة الحق في التراجع:

باستقراء المادة 90 مكرر[3] من قانون التأمينات التي نظمت حق التراجع عن العقد، يتضح من خلالها بأنه حق شخصي للمستهلك يمارس بإرادته المنفردة، حيث يخضع لتقديره المطلق، ويمارسه وفقا لما يراه محققا لمصالحه، دون أن يكون ملزما بإبداء أسباب التراجع

[1]- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 189.

[2]- ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، رسالة الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، مصر 1998، ص594.

[3] - أمر رقم 07/95 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 صادر في 08 مارس 1995 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04/06 المؤرخ في 30 فبراير 2006، ج ر عدد 15 صادر في 2006/03/12.

ولا تترتب على ممارسة المستهلك هذا الحق قيام المسؤولية، ويكفي أن يكون سبب الرد هو عدم رضا المستهلك بالسلعة، ولا رقابة للقضاء على ذلك[1].

ثالثا– حق التراجع عن العقد استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد:

وفقا للقواعد العامة ونظريات مبدأ سلطان الإرادة فإن العقد شريعة المتعاقدين، لا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف أو للأسباب التي يقررها القانون وهذا ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد، فمتى تم تطابق الإيجاب والقبول قام العقد حيث يصبح تنفيذه لازما ولا رجعة فيه.

غير أن التشريعات الحديثة، وبغية حماية المستهلك في بعض العقود التي يبرمها مع المحترف حيث تكون إرادته مشوشة ومفتتة، نصت على إعطاء المستهلك حق الرجوع عن العقد بعد صدور قبول منه وبعد أن يصبح العقد لازما[2].

رابعا– حق التراجع عن العقد حق مقيد:

حق التراجع عن العقد هو حق مقترن بمدة زمنية يجب ممارسته ضمنها، وإلا سقط بانتهاء هذه المدة.

وتقيد ممارسة حق الرجوع عن العقد أيضا بالنظر لفئة العقود المعنية، إذ يقتصر على بعض أنواع عقود الاستهلاك فحسب، وذلك تبعا لطبيعة العقد نفسه والظروف التي يتم فيها التعاقد تبعا للأهداف المرجوة من منح هذا الحق.

[1]-B.BIZEUL, la télé et le droit des contrats، th. Paris, 1996, p346.

[2]– نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجيستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر2014 ، ص137.

خامسا- مجانية ممارسة حق التراجع عن العقد:

حق التراجع عن العقد تتم ممارسته دون مقابل مالي باستثناء مصاريف إرجاع السلعة الذي يجد تطبيقه في البيع بالمراسلة والهدف من ذلك هو تعويض البائع[1]، هذه الميزة تضمن الفعالية لممارسة هذا الحق حيث نجد المشرع الفرنسي أكد على مجانية هذا الحق في المادة L. 121-21-7 من قانون الاستهلاك الفرنسي[2]، وفي القانون الجزائري في المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بالقرض الاستهلاكي[3]، حيث يعتبر بعض الفقه أن مصاريف رد السلعة لردع المستهلك عن التعسف في استعمال هذا الحق والتأكد من إرادته أنه لا يرجع عن العقد إلا إذا كان لا يرغب في إتمامه[4].

سادسا- اقتران حق التراجع بالعقود ذات طبيعة خاصة[5]:

يعتبر التعاقد قد تم عن بعد، أو التعاقد ما بين غائبين أو بالمراسلة عندما لا يكون الموجب والقابل حاضرين في مجلس واحد لحظة إبرام العقد، ويتم التعبير عن الإرادتين بواسطة أدوات التواصل (رسالة، تيليكس، تيليقرام، انترنت...)[6].

لأن المستهلك في هذا النوع من المعاملات الإلكترونية، ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة أو استعمال الخدمة، فقد أقرت له التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك ضمان التراجع حتى لا يلزم بأية سلعة أو خدمة غير ملائمة للغرض المخصص لها[7].

---

[1] - Puing Pascal, Contrats Spéciaux, 4éme édition، Dalloz, 2011. p103.

[2]- قانون رقم 2014-344 المؤرخ في 2014/03/17 والمتعلق بالاستهلاك، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 2014/03/18. المنشور على الموقع:
http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=328855

[3]- المرسوم التنفيذي 15-114 المؤرخ في 2015/05/21 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24 الصادرة في 13 ماي 2015.

[4]- Raymond.Baillod, Le Droit de Repentir.R.T.D.Civ.1984.P250.

[5]- العقد المبرم عن بعد: هو البيع عبر المسافة سواء يتم بالمراسلة أو يتم بطريق غير المراسلة، ومن ذلك تستعمل وسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والانترنت. أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص ص 179-245.

[6]- Christophe Lachiéze, Droit des Contrats, 2003, Paris, p51.

[7]- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2006، ص125.

المطلب الثاني- تمييز حق التراجع عن العقد عن الأنظمة القانونية المشابهة:

يتشابه حق التراجع عن العقد من حيث كيفية ممارسته أو بالنظر إلى الآثار المترتبة عن استعماله مع بعض الأنظمة القانونية القريبة منه، سواء ما ارتبط منه بالتصرفات التعاقدية، أو تلك التي تمارس بالإرادة المنفردة؛ فالنتيجة المرتبة عنها في الأخير هي زوال الرابط التعاقدي الذي يجمع بين الطرفين، ويمكن أن تكون لذلك سببا لانعدام الثقة في الوسط التعاقدي.

الفرع الأول- حق التراجع والقابلية للإبطال:

يقترب حق التراجع عن العقد من طلب الإبطال في العقد القابل للإبطال من حيث أنّه ينشأ في الحالتين عقد تام بين طرفيه، ويكون ركن الرضا فيهما معيبا، وبالتالي يثبت في كلا النظامين لأحد المتعاقدين خيار الاستمرار في العقد والإبقاء عليه أو إعدامه وإزالته[1].

ورغم هذا التقارب بين النظامين، فإنّهما يختلفان في عدة فوارق، فالعقد القابل للإبطال هو عقد منتج لجميع آثاره ما لم يستعمل المتعاقد حقه في طلب الإبطال، وذلك بعكس حق التراجع الذي يمنع العقد من ترتيب آثاره إلى حين انقضاء المدة الممنوحة لممارسته.

وبالنظر لسبب كل منهما، فالبطلان النسبي يكون بناء على أسباب محددة مسبقا وهي ما يصيب ركن الرضا من عيوب، وإذا أراد المتعاقد الذي عيبت إرادته ترتيب أثره فلا بد من إقامة دعوى طلب إبطال، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، بينما يثبت حق التراجع للمستهلك الذي يباشره بإرادته المنفردة، وله أن يرجع عن العقد أو أن يبرمه دون حاجة لإقامة دعوى، أو تقديم الأدلة والأسباب[2].

---

[1]- موفق حماد عبده، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، مصر 2011، ص220.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، 1993.

الفرع الثاني- حق التراجع والفسخ:

الفسخ هو انحلال الرابطة العقدية لعدم قيام المدين بتنفيذ ما عليه من التزام، فهو جزاء يرتبه القانون لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بالعقد، وهو ما يترتب عنه زوال العقد[1].

ومن خلال هذا التعريف والتعاريف السابقة لحق للتراجع عن العقد يمكن إجراء مقارنة بين النظامين في عدة نقاط أهمها:

أولا- أوجه الاتفاق:

- أن حق التراجع والفسخ نظامان يلحقان بعقد صحيح نافذ والأصل فيه يكون ملزما لكلا الطرفين، وأن كلا النظامين ينهيان الرابطة العقدية بأثر رجعي، أما إذا كان إذا العقد من العقود المستمرة التنفيذ فأثر العقد هنا يكون في المستقبل.

- حق التراجع يمارس في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وهي مرحلة تنفيذ العقد، وذلك اتفاقا مع فسخ العقد والذي يعني جزاء لعدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة الذي يكون مفاده انحلال الرابطة العقدية[2].

ثانيا- أوجه الاختلاف:

تتجلى أوجه الاختلاف بين حق التراجع والفسخ فيما يلي:

- أن مبررات الفسخ تتماشى مع وظيفة القانونية التي تهدف إلى المساواة وسيادة العدالة، وكما حق الفسخ يجد مبرره في أن العقود تنفد بحسن نية، وهذا في حالة إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزامه المقابل لالتزام الطرف الآخر والذي قام بتنفيذه أو مستعد لتنفيذه.

- حق التراجع يمارس بمحض إرادة المستهلك دون تقديم مبررات أما الفسخ يجب أن تتوفر شروطه القانونية، حق التراجع يمارس ليعدم العقد فالفسخ لا يمارس إلا على الجزء الذي لم يوفى فيه الالتزامات[3].

---

[1]- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2003، ص 380.

[2]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص792-793.

[3]- محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام بدون طبعة ومكان طبع، 1999، ص ص 433-434.

– تخضع دعوى الفسخ للتقادم العادي وهي 15 سنة حسب القانون المدني بينما حق التراجع عن العقد مدتها في القانون الجزائري 08 أيام وهي مدة السقوط، وذلك حسب المادة 119 مكرر 1/ 4 من قانون النقد والقرض[1].

يعد الفسخ بمثابة جزاء وذلك لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، في العقود الملزمة لجانبين، وبالتالي قد يرتب تعويض المدين للدائن عكس حق التراجع عن العقد الذي لا يكون فيه تعويض للمستهلك المحترف.

الفرع الثالث– حق التراجع ومهلة التفكير:

تندرج مهلة التفكير ضمن المرحلة السابقة على التعاقد، وهي مهلة ينبغي انتظار فواتها حتى يمكن القول بانعقاد العقد، حيث لا يمكن أن يقترن إيجاب بالقبول خلال هذه المهلة.

وكمثال عن هذه المهلة، ما ورد في المادة 05 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1978 بشأن حماية المستهلك في عقود القرض، بإلزامها المقرض بأن يبقي على العرض المقدم إلى طالب الاقتراض مدة خمسة عشر يوم، وبالتالي لا يستطيع المقرض التراجع عن إيجابه خلال هذه الفترة التي تسمح للمقترض بالتفكير والتروي في عقد القرض.

ويبدو قريبا من هذا الحكم ما ورد في نص المادة[2] 20 قانون حماية المستهلك وقمع الغش[3]، وينظر إليه باعتباره امتداد للالتزام بالإعلام.

---

[1]– الأمر رقم 03/ 11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، جر عدد 52، مؤرخة 2003/08/27، معدل ومتمم بالأمر 04/10 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50 مؤرخة في 09/01 /2010 .

[2]– "دون الإخلال بالأحكام التشريعية السارية المفعول، يجب أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال تسديده ...".

[3]– القانون رقم 09–03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

إن مهلة التفكير ترد زمنيا قبل تلاقي الإيجاب بالقبول وتمام العقد، بينما حق التراجع عن العقد يكون بعد إبرام العقد ويمنح لصاحبه حق التعبير عن إرادة جديدة مخالفة للإرادة الأولى بإمكانها حل الرابطة التعاقدية بأثر رجعي، أي أن المشرع يمنح فرصة ثانية للتراجع عن العقد.

المبحث الثاني-

التكييف القانوني لحق التراجع عن العقد:

إذا كانت الإرادة هي أساس الحق حيث يقوم صاحبها بتصرفات قانونية للحصول على مصلحته المشروعة والتي تتمتع بالحماية القانونية، فإن المشرع منح للمستهلك حقه في الرجوع بإرادته المنفردة عن العقد الذي أبرمه وهو ما يستدعي البحث عن التكييف القانوني لحق التراجع.

المطلب الأول- أساس حق التراجع عن العقد:

باستقراء المادة 106 ق.م.ج، يستنتج بأن التراجع عن العقد، في صورة نقض أو تعديل له، يكون باتفاق الأطراف أو في نصوص القانون، حيث ميز الفقه بين نوعين من التراجع الإتفاقي والتراجع القانوني عن العقد، ولكل منهما أساسه القانوني، حيث يمكن للمتعاقدين الاتفاق على منح خيار التراجع عن العقد لكليهما أو لأحدهما بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر، وفي هذه الحالة يصبح العقد غير لازم وقابلا للرجوع عنه، ويطلق عليه هنا التراجع الإتفاقي، ويكون هذا الحق مقيدا بمدة زمنية.

أما بالنسبة لحق التراجع عن العقد المقرر بنص خاص موضوع البحث فقد اختلف الفقه حول أسسه، وثار حوله جدل كبير.

الفرع الأول– نظرية التكوين التدريجي للعقد كأساس لحق التراجع عن العقد:

إن فكرة التكوين التدريجي للعقد، تعني أن العقد لا يتكون دفعة واحدة، ولكن بشكل متتابع ويصل إلى درجة كماله ببلوغ الأجل المقرر للتراجع، ويعود أصل هذا الرأي إلى الممارسة المعروفة في القانون الجرماني باسم punktation أوpunctation ، في سياق المرحلة السابقة للتعاقد والتي يلجأ إليها في إبرام العقود التي تتطلب تفاوضا طويلا ومعقدا، والحاجة إلى تقييم النقاط التي تم الاتفاق حولها.

فحسب هذه النظرية، فإن العقد يتم عبر مراحل أو نقطة بنقطة، وهو ما يؤدي في النهاية إلى تأخير لحظة تكوينه، واستعمال الحق في التراجع لا ينقض عقد مكتمل التكوين، بل يهيئ الظروف للتكوين التدريجي للتراضي، والسماح للمستهلك بتشكيل تراضيه تدريجيا خلال الأجل المقرر للتراجع.

إن نظرية التكوين التدريجي للعقد تتفق في روحها مع نية المشرع في توفير الظروف الملائمة للمستهلك للتعبير عن إرادته في العقود التي تتم في ظروف غير اعتيادية، مثل البيع عن بعد أو البيع عند العتبة، حيث لا تسمح تلك الظروف للمستهلك باتخاذ قراره بشأن التعاقد مع إحاطة كاملة بمضمون العقد المراد إبرامه، حيث تكون المحطة الأولية في التعبير عن الإرادة هي الاتفاق الأولي، ولا يترسخ التلاقي النهائي للإرادتين إلا بغياب التراجع من طرف المستهلك خلال الأجل الممنوح له قانونا[1].

بناء على نظرية التكوين التدريجي للعقد، يبدو أن حق التراجع عن العقد لا يتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن العقد لا يكون تامـا ومكتمل الوجود القانوني عندما يمارس المستهلك هذا الحق، طالما لم تنقض المهلة القانونية للتراجع.

[1]– عبد الحق قريمس، حق التراجع عن العقد: القوة الملزمة للعقد واعتبار حماية المستهلكين، الملتقى الدولي حول "التحول في فكرة النظام العام :من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة بجاية، 07 و08 ماي 2014، غير منشور، ص03.

إن فكرة التكوين التدريجي للرضا أو عدم الاعتداد بالقبول الأول لحين صدور القبول الثاني أفكار لم يتم قبولها لافتقادها إلى أساس تستند إليه، غير أنها قد يكون لها محل نظر في التعاقد الالكتروني، بظهور نظريات جديدة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد وهي نظرية تأكيد القبول، كون مجرد الضغط على الأيقونة بالقبول غير كاف، وإنما لابد من التأكيد بالضغط على الأيقونة مرة ثانية[1].

الفرع الثاني- العقد غير اللازم أساس التراجع عن العقد:

على الرغم من أن الأصل في العقود اللزوم وتقيّد أطرافها بها، إلا أنه من مصلحة عاقديها استيثاقا من حقيقة رضائهم أن تكون هذه العقود بحسب الأصل غير لازمة أحيانا سواء من كلا الطرفين أو من أحدهما فقط، وتخلّف اللّزوم إما أن يكون مبعثه من طبيعة العقد وغايته تقتضي عدم اللزوم سواء لكلا الطرفين أو لأحدهما، وإما أن يكون مبعثه حكم أو نص تشريعي خاص أو الاتفاق[2].

ويقصد بعدم لزوم العقد إمكان تراجع العاقد عن العقد ونقضه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك النقض، ثبت لأحد المتعاقدين أو كلاهما حق الانفراد بالتراجع عن العقد دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر، إذن هو العقد الذي يقبل الرجوع عنه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون توقف ذلك على رضا المتعاقد الآخر[3].

---

[1]- وليد خالد عطية، المرجع السابق، ص 914-915. منشور على الموقع:
www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109008

[2]- مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص ص 220-221.

[3]- مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع نفسه، ص 221.

فالعقد الذي يبرمه المستهلك مع المتدخل هو عقد صحيح نافد من جهة هذا الأخير أما من جهة المستهلك، فيمكنه أن ينقضه ويتحلل منه بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن العقد لا يصبح لازما إلا بعد انقضاء مهلة التراجع[1].

إن تكييف العقد بكونه غير اللازم لا يحول دون ترتيبه لآثاره، وكل ما في الأمر أن المتعاقد يملك إنهاءه بإرادته المنفردة ودون إلحاق الضرر بالمتعاقد معه، في حين أن حق التراجع يحول دون ترتيب العقد لآثاره حتى تنقضي المدة المقررة لممارسة حق التراجع هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الأخير يستغل من دون تبرير ومن دون تعويض للمحترف لأن المستهلك يستعمل خيار متاح له.

يتضح مما سبق اتجاه بعض الفقه إلى تأسيس حق التراجع على فكرة العقد غير اللازم، بمعنى أن العقد لا يكون لازما لأحد المتعاقدين وهو المستهلك إلا بعد انقضاء المدة المحددة قانونا، فخلال هذه المدة يكون الحق في التراجع عن العقد أو قبوله[2]، وأكثر من هذا يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد المتضمن حق التراجع هو تطبيق لنظرية العقد غير اللازم[3].

إن هذه الفكرة لم تسلم من النقد، فإذا اعتبرنا عقد البيع في أول الأمر عقد غير لازم خلال فترة التراجع، وبعد فترة ينتهي العقد إلى عقد لازم ذلك يعني أن نقر للعقد بطبيعتين مختلفين ومتعارضتين، وبالتالي يمكن القول أننا جمعنا بين صفة اللزوم وعدم اللزوم بينما يجب أن يتوفر العقد على صفة اللزوم أو عدم اللزوم ابتداء وانتهاء[4].

---

[1]– أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك – دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر،2016، ص221.

[2]– مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد، بدون طبعة، بيروت،2002، 146–147.

[3]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص95.

[4]– وليد خالد عطية. م.م عباس عبد الصمد عباس، المرجع السابق، ص 912.

الفرع الثالث– تأسيس حق التراجع على بعض صور التعاقد:

هي أوصاف تلحق العقد بشكل عام، اعتمدت من طرف بعض الفقه للتأسيس لحق التراجع.

أولا– التعاقد بالعربون كأساس لحق التراجع عن العقد:

العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت التعاقد، فإذا تم التعاقد حسب المبلغ المدفوع ضمن جملة ما هو متفق عليه، وإذا لم يتم التعاقد خسر من عدل قيمـة العربون[1].

وحسب المادة 72 مكرر ق. م، "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق فيها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

لقد أعطت أغلب التشريعات لدفع العربون وقت إبرام العقد دلالة على حق كل من المتعاقدين في العدول عن إبرامه ويكون ذلك خلال المدة المتفق عليها، فإذا انقضت المدة دون أن يظهر أي من المتعاقدين رغبته في العدول فيتأكد العقد ويعتبر تنفيذا جزئيا له كما تكون للعربون دلالة تأكيد العقد، لكن يشترط اتفاق الأطراف على ذلك، ويكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا.

ولتحديد ما إذا كان العربون يدل على خيار العدول أو تأكيدا للبيع يرجع إلى نية المتعاقدين أو يخضع إلى سلطة قاضي الموضوع، فإذا تبين للقاضي بأن ما دفع يعتبر جزءا

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، دون سنة نشر، ص21.

من الثمن فهنا البيع باتا وغير موصوف، وإذا تبين أن العربون هو خيار العدول فهنا البيع موصوفا[1].

أما بالنسبة لمجال تطبيق العربون فيكون إما في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة التنفيذ، أما ما يهمنا هي مرحلة تنفيذ العقد، أي منح المشتري حق الرجوع عن العقد بعد إبرامه[2].

فبالنظر إلى النتيجة المترتبة عن استعمال حق التراجع يمكن الاعتماد على تلك النتيجة بإسقاطها على المرحلة الأخيرة من تنفيذ التعاقد بالعربون من قبل المشتري لوصفه عدولا عن العقد.

لكن رغم ما ذهب إليه هذا الاتجاه إلا أنه وجهت له العديد من الانتقادات نظرا للفوارق الجوهرية الموجودة بينهما أبرزها:

- العدول في العربون يمارس بمقابل في حين حق التراجع نجده مكرس مجانيا.
- حق التراجع يتقرر دائما لمصلحة المستهلك، بينما حق العدول يتقرر لمصلحة البائع والمشتري.

ثانيا- البيع بشرط التجربة كأساس لحق التراجع عن العقد.

يعرف البيع بشرط التجربة بأنه البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بخيار تجربة المبيع لمعرفة مدى مناسبته له أو مدى صلاحيته للغرض الذي أعد له خلال الفترة المتفق عليها لذلك[3]، ولكن في بعض العقود يثبت له دون اشتراطه صراحة عند التعاقد، فيلتزم البائع بأن يمكن المشتري من تجربة المبيع بأن يضعه تحت يده لمدة يتم الاتفاق عليها، كما يلتزم المشتري بتجربة المبيع في المدة المتفق عليها، وعليه أن يعلن للبائع قبوله أو رفضه للمبيع

[1]- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 74.

[2]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص833.

[3]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص45.

في تلك المدة كنتيجة للتجربة وإلا اعتبر قابلا للمبيع، ويمكن أن يجرب المشتري المبيع بنفسه أو باستعانة شخص آخر متخصص سواء في حضور البائع أو غيابه[1].

وقد نصت عليه المادة 02/355 ق.م " يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

ويتشابه حق التراجع عن العقد بصورة البيع بشرط التجربة، في الحالة التي يكيف فيها كشرط فاسخ، بحيث يقوم العقد ويبقى مصيره متوقفا على نتيجة التجربة، وإعلان المشتري رفض المبيع الذي يشبه باستعمال حق التراجع من طرف المستهلك[2].

لكن الملاحظ أن البيع بشرط التجربة يتعلق بركن المحل، فيجري المشتري فحص المبيع وتجربته والتأكد من مدى ملاءمته مع الغرض المقصود منه أو مواصفاته الشخصية في حين أن حق التراجع يتعلق بركن الرضا لحمايته من ضعف خبرته ومعرفته، ففي البيع بشرط التجربة يملك المشتري معرفة شبه شاملة عن المبيع بالإضافة إلى سلامة رضاه من أي عوامل خارجة عن إرادته، كما أن حق التراجع يمارس دون اشتراط من طرف المستهلك فهو مقرر له بنص خاص، أما البيع بشرط التجربة غالبا ما يكون باشتراط من طرف المشتري[3].

الفرع الرابع– أساس الوعد بالتعاقد من جانب واحد:

الوعد بالتعاقد حسب المادتين 71 –72 من ق م ج هو وعد ملزم لجانب واحد وهو الواعد، كما في عقد البيع، بأن يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيعه هذا الشيء، إذا رغب الآخر في الشراء في مدة معينة، يكون صاحب الشيء هو الملزم وحده بالبيع إذا اظهر الطرف الأخر رغبته في الشراء في تلك المدة، أما الموعود له بالبيع فلا يكون ملزما

[1]– علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص56.

[2]– عبد الحق قريمس، المرجع السابق، ص 06.

[3]– وليد خالد عطية. م.م عباس عبد الصمد عباس، المرجع السابق، ص 909.

بل حرا بين إعلان رغبته في الشراء خلال المدة المتفق عليها، فيتم البيع النهائي وان امتنع فلا يتم البيع، بل يسقط الوعد بالبيع، والوعد بالبيع لا يعتبر عقد بيع في حد ذاته، بل ينصب الإيجاب والقبول على مجرد الوعد به.

ترى بعض الاتجاهات الفقهية أن عدم قبول الوعد بالبيع من جانب واحد وهو المشتري يجسد ممارسة المستهلك حقه في التراجع عن العقد[1].

غير أن هذا الرأي وجهت له عدة انتقادات، وذلك لوجود عدة فوارق بين حق التراجع عن العقد والوعد بالبيع، فالمدة المحددة في عقد الوعد بالبيع تكون غالبا محددة من طرف البائع أو يتم الاتفاق عليها، غير أن المدة اللازمة لممارسة حق التراجع عن العقد مقررة بنص قانوني آمر؛ بالإضافة إلى كون حق التراجع ملحقا بعقد تام نافذ من جهة المحترف، بينما الوعد بالبيع هو مجرد إيجاب وقبول محله الوعد بالبيع.

إن حق التراجع عن العقد يخول للمستهلك حقوقا أوسع، فيمكنه أن يتسلم المبيع لمعاينته، كما يمكنه خلال هذه الفترة استبدال المبيع دون أن يقوم العقد في جانبه، بينما الموعود له إذا سلم المبيع دلالة على قبوله وبالتالي يصبح العقد ملزما لكلا الجانبين.

تكون إرادة المستهلك وقت إبرام للعقد هي محل الاعتبار وهي الغاية من الأحكام التي تهدف إلى حماية المستهلك، بينما في عقد وعد البيع إن إرادة المشتري لا تكون محل اعتبار.

يترتب عن استعمال الموعود له حقه في إبداء رغبته إبرام عقد البيع، عكس حالة استعمال المستهلك لحقه في التراجع عن العقد، إذ ينعدم العقد بأثر رجعي.

وبهذا يمكننا أن نقول أن عقد وعد البيع يبتعد كل البعد عن حق التراجع عن العقد وذلك أن أهدافه لا ترمي إلى حماية الإرادة المتسرعة للمستهلك.

[1]–احمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص228.

الأسس السابقة تتشابه مع حق التراجع عن العقد فإنها لا تصلح له كأساس قانوني تبرر خروجه عن الأصل.

إن الأصل في العقد الذي يبرم صحيحا ويكون بطبيعته ملزما لطرفيه، لأنه يتمتع بالقوة الملزمة للعقد، غير أنه في بعض العقود المشرع يتدخل مباشرة بنص قانوني آمر لتعطيل القوة الملزمة للعقد لغاية مشروعة وهي حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية حيث تعتبر أحكام قانون الاستهلاك مكملة للنظام العام الحمائي.

واعتبر بعض الفقه أن التراجع عن العقد الاستهلاكي أساسه نص تشريعي آمر وأن أساسه موجود في قانون حماية المستهلك الذي أصبح يشكل نظرية مستقلة تجعل من المستهلك دائما الطرف الضعيف الذي لا يملك الخبرة في مواجهة البائع المحترف[1].

المطلب الثاني- الطبيعة القانونية لحق التراجع عن العقد:

إن تحديد طبيعة حق التراجع عن العقد مسألة مهمة من الناحية القانونية، ويكون ذلك من خلال النظر إليه كحق ومقارنته بتصنيف الحقوق في القوانين الوضعية إلى حقوق عينية وشخصية فضلا عن الحقوق المعنوية، والبحث عن الصنف الذي ينتمي حق التراجع إليه من هذه، وبين اعتباره التراجع عن العقد مجرد رخصة لا يرتقي إلى مرتبة الحق، واحتمال أن يقف هذا الحق في مركز وسط بين الحق والرخصة.

[1]- عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري، " مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)"، المجلد 27 (1)، 2014، ص08.

الفرع الأول- التراجع عن العقد بوصفه حقا:

يرى بعض الفقه[1] " أن حق التراجع من الحقوق الشخصية انطلاقا من العلاقة القانونية بين المستهلك والمحترف هي نفس العلاقة القانونية بين الدائن والمدين حيث يعتبر المستهلك دائن والمحترف مدين، وحق التراجع ما هو إلا سلطة يملكها المستهلك في مواجهة المحترف"[2].

غير أن هذه المقارنة ليست صحيحة لأن المستهلك الذي ثبت له حق التراجع عن العقد لا يتمتع بسلطات الدائن اتجاه مدينه، حيث أن حق التراجع يتمثل في تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه لمعالجة تسرع المستهلك.

بالتالي لا يكون للحق الشخصي المدعي به محل وموضوع والمستهلك لا يستطيع مطالبة المحترف بالقيام بعمل أو إعطاء أو الامتناع عن عمل، وإنما دوره يقتصر على جعل العقد نافذا أو غير نافذ من جهته فقط، كما أن رابطة المديونية في الحقوق الشخصية تتيح للمدين أن يتدخل لكي ينفذ التزامه بحسن نية، بينما حق التراجع لا يستلزم مثل هذا التدخل[3].

ويرى بعض الفقه[4] أن حق التراجع هو حق عيني بمعنى أن حق التراجع يخول للمستهلك سلطة مباشرة على الشيء الذي يكون محل العقد، أي أن السلعة أو الخدمة هي التي تكون أساس هذه السلطة، كما أنّ حق التراجع يمنح للمستهلك نقض العقد بإرادته

[1]-Najar Ibrahim, «Le droit d'option contribution à l'étude positif et de l'acte unilatérale» L.G.D.J Paris 1976,N°103. p107.

[2]– موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص 231.

[3]– ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، المجلد التاسع، العدد الأول، ص355.

[4]– موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص 131.

المنفردة دون ترتيب أية مسؤولية وهو نفس الشيء بالنسبة للحق العيني الذي يمنح سلطة مباشرة على الشيء محل العقد[1].

انتقد هذا التكييف لعدة اعتبارات لأن التسرع وتشويش إرادة المستهلك لم تكن بسبب الشيء محل العقد ولكن كانت بسبب ضعف المستهلك، وكما أن الحق العيني يمنح صاحبه الحماية من الكافة، بينما حق التراجع يمنح للمستهلك الحماية من المحترف فقط، وممارسة حق التراجع هو تقدير شخصي يختلف من شخص إلى أخر وأن السلطة الناتجة عن الشيء المعين بذاته هي نفسها لجميع الأشخاص وكما الحق العيني هو دائم بينما حق الرجوع هو حق مؤقت وكما أن بعض الأشياء المعينة بذاتها لا تصح أن تكون محل عقد الاستهلاك.

ويذهب الفقه إلى أن حق التراجع لا ينتمي إلى الحقوق الشخصية ولا الحقوق العينية وإنما ينتمي إلى طائفة أخرى من الحقوق ظهرت حديثا وهي الحقوق الإرادية المحضة[2].

الفرع الثاني- حق التراجع رخصة.

إذا كان حق التراجع ليس حقا شخصيا ولا حقا عينيا لأنه لا يخول لصاحبه السلطات التي يمنحها أي من الحقّين ذلك ما أدى ببعض الفقه إدراج تساؤل حول مدى إمكانية تكييفه على أنه رخصة، وتعني الرخصة شرعا ما شرع من الأحكام للتخفيف عن الناس المكلفين في أحوال وأعذار خاصة تقع عليهم، وكما تعني الرخصة اصطلاحا استباحة المحظور مع قيام السبب الحاضر[3].

وعرفت بأنها "مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة[4]." أو "هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة"[5].

---

[1]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 770.

[2]-Najar Ibrahim, op. cit, p150.

[3]- ابن منظور، لسان العرب، الجزء7، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، ص 40.

[4]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص771.

[5]- د/ وليد خالد عطية. م.م عباس عبد الصمد عباس، المرجع السابق، ص908.

وكما علمنا سابقا أن حق التراجع عن العقد يعتبر وسيلة لانسحاب أحد المتعاقدين من العقد بإرادته المنفردة دون أن تترتب عليه أية مسؤولية وهو ما يمس من قدسية العقد وهذه الوسيلة في حد ذاتها تعتبر استثناء من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتعتبر الرخصة استثناء من أصل كلي وهي العزيمة.

إلا أن هذا الرأي لم يسلم هو كذلك من الانتقاد على اعتبار أن الرخصة أشمل وأهم من حق التراجع هي تثبت لجميع الناس، وذات مصادر مختلفة بينما حق التراجع يثبت للمستهلك فقط، وكما حق التراجع عن العقد هو تعبير عن إرادة مخالفة لإرادته الأولى والرخصة هي تكون بعامل خارجي بعيدا عن إرادة المرخص له، أي لا تثبت لسبب معين بذاته كالحقوق وإنما بسبب الإذن العام من المشرع.

والرخصة إذا ثبتت للطرف الثاني لا يمكنها ترتيب آثار قانونية بينما قرار المستهلك بممارسة حقه في التراجع ينتج عنه آثار قانونية.

الفرع الثالث- حق التراجع حق إرادي محض:

الشرط الإرادي المحض هو ما توقف تحققه أو تحلفه على إرادة أحد المتعاقدين دون اقترانها بعمل خارجي معين، وكما يعتبر الشرط الإرادي المحض شرطا تقييدا[1] وذلك إذا كان فسخ العقد منوطا بإرادة الدائن أو المدين ومبني على شرط فاسخ عندئذ يكون الدائن أو المدين بمقتضى هذا الشرط يحتفظ الدائن أو المدين بالحق في إصدار إرادته في التراجع عن العقد وحل الرابطة التعاقدية في وقت لاحق على إبرام العقد[2].

[1]- شرط التقييد: هو التزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدين إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به أثر العقد تغييرا أو تعديلا أو إضافة.

[2]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني المصري الجديد، الجزء 3، مكتبة النهضة المصرية، ص ص،17-21.

وقد عرف الشرط الإرادي المحض بالحق المنشئ أو حق الإمكان القانوني، ويقصد به ذلك الخيار الذي يمنح للشخص ويمكنه بمقتضاه التعديل في مراكز قانونية سابق وجودها بمحض إرادته المنفردة دون توقف على إرادة الطرف الآخر، ويتميز هذا الحق بأنه يولد خال من التبعية والخضوع لدى من يمارس هذا الحق في مواجهته لصالح صاحب الحق[1].

والفرق بين الشرط الإرادي وحق التراجع عن العقد واضح، حيث يلاحظ أن الشرط الإرادي المحض مبني على شرط فاسخ، وأن حق التراجع يثبت للمستهلك بينما شرط التقييد يثبت لكلا المتعاقدين.

كما يرى بعض الفقه، أن إقرار حق التراجع للمستهلك بصفة فردية مخالفة صريحة لنص المادة 205 ق.م.ج[2]، وكذلك لنصي المادتين 1170 و1174 ق.م.ف المتعلقتين بعدم جواز تعليق وجود الالتزام على شرط إرادي محض، بعد أن أصبح كله مرهون بمشيئة المستهلك[3].

ومن هذا يمكن أن نقول أن خيار المستهلك في التراجع ليس حقا شخصيا ولا حقا عينيا ولا رخصة ولا حق إرادي محض.

الفرع الرابع- حق التراجع مكنة قانونية:

يذهب بعض الفقه[4]، إلى أن حق التراجع عن التعاقد هو منزلة وسطى بين الحق والرخصة وتسمى بالمكنة القانونية، إذ تخول صاحبها سلطة أكثر من الرخصة وأقل من الحق، وذلك لأن الحق يمنح صاحبه قدرة معينة، بحيث تمنح لصاحبها الخيار أكثر من الرخصة، فهذه الأخيرة لا تثبت لفرد معين ولا على سبيل الاستثناء، بل تثبت لجميع الناس، وكما تكون مختلفة المصادر.

---

[1]- رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني مع التطبيق على عقد البيع التقليدي والالكتروني في مرحلتي المفاوضات والإبرام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 161.

[2]- "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"

[3]- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي دار الكتاب الحديث، القاهرة،2006، ص577.

[4]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد وسيلة لحماية الرضاء، المرجع السابق، ص 111.

عرفت المكنة القانونية لدى فقهاء القانون أنها "قدرة الشخص بالتعبير المنفرد عن إرادته دون الحاجة إلى تدخل الطرف المقابل على إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية"[1].

وتتميز المكنة القانونية بقدرة صاحبها على إنشاء مركز قانوني أو منع نشوئه بإرادته المنفردة، و هذه المكنة تمارس بالإرادة المنفردة لصاحبها، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر، وأخيرا يرى جانب من الفقه[2] بأن هناك منزلة وسطى بين الرخصة والحق تتميز عنهما ويضرب مثلا للتعريف بينهما وهو أن شخص رأى دارا أعجبته ورغب في شرائها، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع، كان له الحق في التملك في الدار أو في غيرها، فهذه مجرد رخصة، وبعد أن يصدر منه القبول بشراء الدار صارت له ملكية وهذا هو الحق، وفي الفترة ما بعد إعلان الإيجاب وانتظار صدور القبول يوجد في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار ذاتها.

يعد حق التراجع مكنة قانونية[3]، ويقصد بها باعتبارها قدرة الشخص على إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة ودون توقف ذلك على إرادة شخص آخر، فهي مكنة جوهرها سلطة التحكم في مصير العقد وأن خيار الرجوع لا يقابله واجب أو التزام على من يستعمل هذا الحق في مواجهته.

يخلص مما سبق إلى أن حق التراجع يحمل في طياته معنى مغايرا كما بينا سابقا وهو ما أدى ببعض الفقه إلى منحه منزلة خاصة، وهذه المنزلة هي مركز قانوني تمكن صاحبها من إحداث أثر قانوني بمحض إرادته يعدم العقد من أساسه وقد سميت هذه المنزلة لدى رجال القانون "بالمكنة القانونية".

---

[1]– ناصر خليل جلال، مرجع سابق، ص347.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، ط الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 9.

[3]– عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 771.

الفصل الثاني:

التنظيم التشريعي لحق التراجع عن العقد

الفصل الثاني-

التنظيم التشريعي لحق التراجع عن العقد:

يعتبر حق التراجع عن العقد أحد الآليات التشريعية التي تلعب دورا أساسيا في حماية رضا المستهلك وذلك عندما يتعاقد دون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط التعاقد، لذلك كان من الواجب إعطاء هذا الحق للمستهلك، حيث تظهر في هذه العقود الاعتبارات والمبررات لتقرير هذا الحق، والتي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم 07 لسنة 1997[1] المتعلق بالتعاقد عن بعد، في الحيثية رقم 14منه[2]، على أنها عدم إمكانية المستهلك من رؤية السلعة أو التعرف على الخصائص الأساسية للخدمة قبل إبرام العقد.

لقد تم تناول حق التراجع عن العقد من خلال تطبيقات معينة، دون أن يعمّم تطبيقه إلى مختلف عقود الاستهلاك، وقد تم في هذه التطبيقات مراعاة الظروف التي يبرم فيها العقد والغاية المقصودة من تقرير حق التراجع، وهي حماية فئة معينة من الأشخاص أثناء العملية التعاقدية، وضمن مدة زمنية محددة تكفل ممارسة المستهلك حقه في التراجع دون تعسف في ذلك، وذلك للحفاظ على توازن آثار العقد لكل من طرفيه.

[1]- التوجيه الأوروبي بصدد البيع عن بعد الصادر في 20 ماي 1997، منشور في الموقع الالكتروني :
www.Eur – Lex. Europe. Eu/

[2]-« Considérant que le consommateur n'a pas la possibilité in concreto de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat; qu'il convient de prévoir un droit de rétractation, sauf disposition contraire dans la présente directive… ».

المبحث الأول-

نطاق حق التراجع عن العقد:

يمارس حق التراجع عن العقد بمحض إرادة المستهلك، خلال مهلة محددة من الزمن، ومن أجل الوصول إلى الهدف المرجو من إقراره، فإن المشرع قد ضبط نطاقه القانوني، في كل من: قانون التأمين[1] من خلال حق التراجع عن اكتتاب عقد التامين على الأشخاص بموجب المادة 90 مكرر وكما نظمه بشكل عام في قانون النقد والقرض[2]، وبعض أحكام المرسوم التنفيذي 15-114 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[3]، على حق المستهلك في التراجع على عقد البيع وعقد القرض.

المطلب الأول- النطاق الشخصي لحق التراجع عن العقد:

يتميز حق التراجع بأهمية وخصوصية كبيرة في مجال التعاقد، لكن رغم ذلك لم ترد تطبيقاته في جميع العقود، رغم ما نصت عليه المادة L. 121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي جاءت مطلقة فيما يتعلق بحق المستهلك في إعادة المبيع إلى البائع، ولم يفرق المشرع الفرنسي ما إذا كان البيع بثمن فوري أو يدفع على أقساط، وبين ما إذا كانت قيمة المبيع محددة الثمن أم لا[4].

[1]- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، المرجع السابق.

[2]- الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض ، المرجع السابق.

[3]- المرسوم التنفيذي 15-114 المؤرخ في 2015/05/21 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24 الصادرة في 13 ماي 2015.

[4]- محمود السيد خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مكتبة دار النهضة، مصر، 2000، ص 93.

وقد حرصت التشريعات التي أقرته في مجالات معينة، على تحديد نطاقه من حيث الأشخاص وتتمثل في فئة المستهلكين، تجاه فئة أخرى هي فئة المهنيين، وهاتان الفئتان يتحدد من خلالهما النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الحق في التراجع، وكما أن القانون حدد موضوع هذا الحق والذي يتمثل في السلعة والخدمة المعروضة للاستهلاك، بالإضافة إلى المدة اللازمة لممارسة هذا الحق.

الفرع الأول- المستهلك صاحب الحق في التراجع:

لم تشر معظم النصوص التي نظمت حق التراجع عن العقد بشكل واضح وصريح إلى صاحب الحق في التراجع عن العقد، وما إذا كان الأمر ينحصر في المستهلك أم أنّه يتسع ليشمل المتدخّل أيضا، غير أنّ الطرف الجدير بالحماية القانونية المستفادة من تشريعات حماية المستهلك يبقى الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو المستهلك.

وقد ثار جدل فقهي حول وضع تعريف دقيق للمستهلك[1]، وبالمقابل من الناحية القانونية لا يوجد تعريف موحد للمستهلك، وقد درج الفقه والقانون على وضع معيارين يتراوح بينهما المقصود بالمستهلك.

[1]- لقد أثار تعريف المستهلك لدى الفقه جدلا كبيرا وانقسم تبعا لذلك إلى قسمين، فمنهم من ضيق من مفهوم المستهلك ومنهم من وسع في مفهومه، فأنصار الاتجاه الأول ركزوا عند تعريفهم للمستهلك على الهدف أو الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه عند التعاقد في الحصول على السلعة أو الخدمة،

فقد عرفه الفقيه الفرنسي Raymond بأنه "شخص طبيعي يحصل أو يمكن أن يحصل على أشياء استهلاكيه أو خدمات من نفس الطبيعة لغرض منفرد وهو إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية. مع استبعاد المشاريع والمهن الحرة من ذلك"

وعرفه آخر بأنه " الشخص الذي يملك أو يستخدم سلعا أو خدمات للاستخدام غير المهني"

أما أنصار الاتجاه الثاني فقد اعتبروا المستهلك هو كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك أي بغرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة، حتى وإن كان هذا الشخص مهنيا ما دام يتعاقد خارج مجال اختصاصه المهني، ذلك لوجود المهني غير المتخصص في الواقع في مركز ضعف كالمستهلك العادي، طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، مجلة الجامعة العربية الأمريكية، المجلد 0 العدد 0، دون سنة نشر، ص67.

أولا- المفهوم الضيق للمستهلك:

يعرف هذا الاتجاه المستهلك على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يهدف إلى تلبية وإشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية[1].

وعرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 3-1 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[2] "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

وعرفه المشرع الفرنسي في قانون تنظيم الإعلان عن أسعار السلع، بأنه" من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجياته الشخصية وحاجيات من يعولهم وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق نشاطه المهني".

وعرفه المشرع المصري في المادة السادسة بأنه " كل شخص تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"[3].

وعرفه المشرع القطري[4] بأنه "كل من يحصل على سلعة أو خدمة، بمقابل أو بدون مقابل، إشباعا لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بشأنها".

---

[1]- جمال زكي، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2008، ص66.

[2]- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

[3]- قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، المنشور على الموقع:
http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=311851

[4]-المادة 1 من قانون حماية المستهلك القطري رقم 08 لسنة 2008.منشور على الموقع:
http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=226130

وهناك اتجاه من الفقه يرى أن المستهلك هو الشخص الطبيعي[1] دون المعنوي، بينما يرى اتجاه آخر أن مصطلح المستهلك لا يقتصر على الشخص الطبيعي[2] وإنما يشمل الأشخاص المعنوية، فالمستهلك قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا مثل الجمعيات الخيرية وغيرها.

من خلال التعاريف السابقة للمستهلك وحسب أصحاب الاتجاه الضيق يجب توافر الشروط التالية لإضفاء هذه الصفة:

1-أن يكون الشخص طبيعيا ويتم إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي الذي يمارس نشاطا غير مهني كاستثناء.

2-أن يكون الغرض هو الحصول على سلعة أو خدمة.

3-أن يكون الهدف من التعاقد هو إشباع حاجات شخصية أو عائلية، ويعد هذا الأخير هو النقطة الفارقة بين الشخص المعنوي والطبيعي، والتي تجعل من مفهوم المستهلك أكثر ضيقا ودقة.

وقد حدد المشرع الجزائري صفة المستهلك في عدة حالات من خلال تطبيق حق التراجع عن العقد، وهو المؤمّن له الذي يستفيد من خدمة التأمين على الحياة والمكتتب تعهدا مع البنك، وكما يكون المستهلك المقترض من أجل تمويل سلعة محل عقد البيع، وقد يكون المستهلك المشتري وذلك ضمن أحكام المرسوم التنفيذي السالف الذكر.

---

[1]- حسن عبد الباسط، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص10.

[2]- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، في عقود الاستهلاك، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1997، ص11.

من خلال تعاريف التشريعات السابقة يتبين أنها قد تبنت المفهوم الضيق للمستهلك لاسيما قانون الاستهلاك الفرنسي وفي الدول العربية كقانون حماية المستهلك الجزائري والمصري والقطري.

والجدير بالإشارة أن الشخص الذي يستفيد من حماية أحكام حق التراجع عن العقد هو الشخص الذي يبرم العقد مباشرة مع المتدخل، وبالتالي تكون هذه الحماية مقتصرة على المستهلك المتعاقد فقط أي لا تمتد إلى مستعمل السلعة أو المستفيد من الخدمة.

ثانيا- المفهوم الموسع المستهلك:

ينظر هذا الاتجاه للمستهلك على أنه شخص يتصرف خارج نشاطه التجاري دون الأخذ بالغاية التي كانت وراء تصرفه، أو هو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك، أي بمعنى استعمال سلعة أو خدمة بغض النظر عما إذا كان استعمالها لأغراض شخصية أو مهنية[1].

وقد عرف المشرع الفلسطيني، المستهلك في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك رقم21 لسنة 2005 بأنه" كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة"[2]، لكن ما يلاحظ على تعريف المشرع الفلسطيني عدم تأثره لا بالمفهوم الضيق ولا الواسع، فهذا النص جاء مطلقا لم يحد لا من حيث الأشخاص ولا من حيث العرض.

وفي تعريف قريب منه عرفه المشرع التونسي بأنه" كل من يشتري منتوجا لاستعماله لغرض الاستهلاك"[3].

---

[1]- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009 ص14.

[2]- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، منشور على الموقع:
http://library.mas.ps/records/1/21797.aspx

[3]- الفصل الثاني (د) من قانون حماية المستهلك التونسي رقم 117 لسنة 1992، منشور على الموقع:
http://www.legislation.tn

كما عرفه قانون حماية المستهلك الأردني رقم 07 لسنة 2017 في المادة الثانية منه بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل إشباعا لحاجاته الشخصية أو لحاجات الآخرين ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة أو الخدمة لا لإعادة بيعها أو تأجيرها"[1].

ويمكن تجميع عناصر تحديد المفهوم الموسع للمستهلك كالتالي:

- ينصرف الوصف إلى الشخص الطبيعي والمعنوي سواء.
- لا يتوقف وصف المستهلك عند الغرض من التعاقد حيث يعد مستهلكا سواء كان لأغراض شخصية أم عائلية أم مهنية.
- لا يتعلق التصرف بنشاطه المباشر.
- لا يكون هو المستفيد النهائي من السلعة أو الخدمة.

وبالنظر إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة 119 مكرر من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، يلاحظ ورودها بشكل مطلق دون أن تحدد بصورة مباشرة صاحب الحق في التراجع عن الاكتتاب المبرم مع البنك، وما إذا كان يشمل كل الأشخاص بما فيهم الأشخاص المعنويين والأشخاص الذين يتصرفون لأغراض مهنية.

وانطلاقا من هذا فإن حق التراجع عن الاكتتاب يكون مقتصرا على عقد القرض الذي محله تمويل عقد البيع الذي يكون سلعة أو خدمة لتلبية احتياجات الشخصية أو العائلية وليس للغرض المهني.

الفرع الثاني- المتدخل الملتزم بحق التراجع:

أطلق المشرع وصف المتدخل على الطرف الآخر في عقد الاستهلاك، وهو الوصف المقابل للمستهلك في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، غير أن المشرع يطلق عليه

[1]- قانون حماية المستهلك الأردني رقم 07 لسنة 2017، منشور على الموقع:
http://www.ammanchamber.org.jo/node/news.aspx?id=2976&lang=

تسميات أخرى مثل المحترف في عدة مراسيم على غرار المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2013 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، وتسمية العون الاقتصادي في المادة 03[1] من القانون رقم 04-02 معدل ومتمم المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2].

فإن كان المستهلك هو المستفيد من قواعد حماية المستهلك وقمع الغش فإن المتدخل هو الملتزم بتطبيق هذه القواعد طوال عملية وضع المنتوج للاستهلاك.

وجاء تعريفه في المادة الثالثة من نفس القانون "المتدخل بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"، ومصطلح المتدخل حسب المشرع يشمل منتج السلعة أو مقدم الخدمة، والمستورد والمخزن والناقل والموزع لها بالجملة أو بالتجزئة، فكل ممتهن لهذه الأنشطة يعتبر متدخلا بغض النظر عن طبيعة نشاطه.

فتعريف المتدخل يرتبط بالعمل الذي يباشره حيث تشترط القوانين أن الشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا، أن تكون الأعمال التجارية التي يمارسها ويحترفها لاكتساب صفة المحترف أعمالا تجارية بحكم ماهيتها[3].

والمتدخل حسب ما نص عليه المشرع من خلال تطبيقات حق التراجع هو شركة التأمين[4] التي تقدم خدمة التأمين، والبنوك[5] التي تقوم بعمليات الإقراض بالنسبة لحق التراجع

---

[1]- " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1-عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي..."

[2]- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر 41 مؤرخة في 27-06-2004.

[3]- يا ملكي، أكرم، القانون التجاري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 121.

[4]- المادة 203 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات" إن شركات التأمين و/ أو إعادة التامين هي شركات تمارس اكتتاب وتنفيذ عقود التأمين و/ أو إعادة التأمين كما هي محددة في التشريع المعمول به.

يقصد من لفظ الشركة في مفهوم هذا الأمر مؤسسات و تعاضديات التأمين و / أو إعادة التأمين".

[5]- المادة 83 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض" يدب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة، ويدرس المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل التعاضدية".

الوارد ضمن أحكام قانون النقد والقرض، وتطبيقها في مجال القرض الاستهلاكي بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009[1].

المطلب الثاني- النطاق الموضوعي لحق التراجع:

يقترن حق التراجع بالعقد المبرم بين المستهلك والمتدخّل، والذي يكون محله سلعة أو خدمة يقتنيها المستهلك لتلبية حاجاته الشخصية.

الفرع الأول- نطاق حق التراجع بالنسبة للسلع:

يتم تحديد نطاق هذا الحق فيما يخص السلع المعنية به والمستثناة من نطاقه.

أولا- السلع المعنية بحق التراجع:

السلعة هي كل مال منقول سواء كان مركبا أو غير مركب أو مادة أولية أو تم تحويلها أو استعملت مرة واحدة أو عدة مرات.

وعرف المشرع السلعة في عدة نصوص منها:

- المادة الثالثة من قانون حماية المستهلك وقمع الغش: " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا".
- المادة 2 من المرسوم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش: " المنتوج كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية".
- المادة 140 مكرر فقرة 02 من التقنين المدني: "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بالعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البحري والبري والطاقة الكهربائية".

[1]- المادة 75 منه:" يرخص للبنوك بمنح قروض استهلاكية موجهة حصريا لاقتناء السلع"

- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ "هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة".

إن حق التراجع عن العقد أو على تنفيذ العقد يرد على المنقولات دون العقارات نظرا للشكلية المطلوبة في عقد البيع العقاري، فتمنح للمستهلك فرصة للتروي والتفكير قبل إبرام العقد، وكما لا يرد هذا الحق على النقود والأوراق المالية كالأسهم والسندات لأنها تخضع لقانون خاص به.

والسلع التي تكون محلا لحق التراجع عن العقد حسب التشريع الجزائري في القرض الاستهلاكي هي السلع ذات المصدر الوطني والسلع التي تتوفر على شرط نسبة الإدماج المحدد في التنظيم[1].

ثانيا- السلع المستثناة من نطاق حق التراجع:

تستثنى بعض السلع، لاعتبارات معينة، من نطاق العقود المعنية بحق التراجع

أ- السلع متقلبة الأسعار:

فالعقود التي ترد على السلع التي يتغير سعرها مع تقلبات السوق المالي تستثنى من نطاق ممارسة الحق في التراجع عن العقد وهذا الاستثناء يشمل السلع التي تتقلب أسعارها باستمرار مع تقلبات السوق المالي، والعلة من هذا الاستثناء أنه إذا مارس المستهلك حقه في التراجع عن العقد فإن المهني يكون ملزما برد المبلغ الذي دفعه المشتري عند التعاقد وهذا يكون مخالفا لسعر السلعة عند الرد[2].

[1]- عبد الحق قريمس، التنظيم القانوني للقرض الاستهلاكي، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول "العقود الاستهلاكية"، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، يومي 09 و10 ديسمبر 2015، غير منشور، ص06.

[2]- عبد العزيز المرسى حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص 2005، ص 82.

ويمكن القول أن هذا الاستثناء لا يخدم مصلحة المستهلك بل في حد ذاته يتنافى مع أحكام حق التراجع عن العقد الذي جاء نتيجة لظروف معينة.

ويلاحظ أن هذا الاستبعاد لم يشر إلى العقود الواردة على السلع التي تتقلب أسعارها وفقا لظروف المواد الأولية.

ب- السلع المنتجة بطلب من المستهلك:

يتعلق هذا الاستثناء بالسلع التي يتم تصنيعها لمستهلك معين بالذات ووفق متطلبات معينة وفقا للاتفاق المبرم بين المستهلك والمهني ويكمن الهدف الأساسي من وراء الاستثناء هو عدم الإضرار بالمهني، وذلك لأن هذه السلعة قد صنعت خصيصا للمستهلك ويصعب على المهني بيعها مرة أخرى بعد إرجاعها من المستهلك.

ج- السلع سريعة الهلاك والتلف:

وكذلك الأشياء سريعة التلف والهلاك وهي مثل المواد الغذائية والأزهار[1] ويكمن الهدف الأساسي من وراء هذا الاستثناء في عدم الإضرار بالمتدخل بعدما تكون السلعة قد فسدت وتلفت.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 6 من التوجيه الأوروبي رقم 97-7، والمادة[2] L. 121-20-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وبالنسبة للاستثناء الخاص بعقود توريد سلع استهلاكية عادية، فتكمن العلة منه في علم المستهلك بمواصفاتها وخصوصياتها، ذلك لأنها محل استهلاك دائم، وبالتالي فلا يكون في حاجة إلى استخدام الحق في التراجع عن العقد بالنسبة لهذه الأشياء.

[1]- سامح عبد الواحد تهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، 2008، ص 326.

[2]- Art. L. 121-21-8 – « le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contacts :
« 4° fourniture des biens susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ».

د- الصحف والمجلات والدوريات:

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة L. 121-20-8 [1] من قانون الاستهلاك الفرنسي وتتميز العقود التي يكون محلها الصحف والمجلات في أن استعمالها يكون له مدى زمني معين، وبعد انقضائه لا يكون للصحيفة أو المجلة أية قيمة، فلا يجوز منطقيا أن يتلقى المستهلك صحيفة أو مجلة فيقرأها ثم ينهك بحقه في التراجع، أما بالنسبة للدوريات فإن العلة من استثنائها تتمثل في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية حتى لا يقوم المستهلك بنسخها ثم إعادتها[2].

وينطبق هذا الاستثناء على عقود شراء الجرائد والمجلات والدوريات التي يتم تنفيذها عبر شبكة الانترنت.

هـ- التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الكمبيوتر:

قد تم النص على هذا الاستثناء في المادة L. 121-20-8 [3]، ويفقد المستهلك وفقا لهذه الحالة، حقه في التراجع عن العقد إذا كان محله تسجيلات سمعية بصرية أو برامج إعلام الآلي إذا كان قد قام بنزع الغلاف الخاص بالتسجيلات السمعية البصرية أو قام بفتح برنامج الإعلام الآلي أو القرص المضغوط[4]، والعلة من وراء هذا الاستثناء هو الحفاظ وحماية الحقوق الملكية الفكرية، فمنح المستهلك الحق في التراجع عن العقد قد يمكنه الحصول عليها دون مقابل، فقد يفتح المستهلك التسجيل السمعي البصري أو برنامج

[1]- Art. L. 121-21-8 – « le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contacts « 10° de fourniture d'un journal,… ».

[2]- عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، مصر، 2008، ص 475.

[3]- Art. L. 121-21-8 – « le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contacts : « 9° De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur après la livraison ».

[4]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 264.

الحاسوب وينسخه ثم يرجعه إلى المعني مستندا على حقه في التراجع وهذا ما يشكل مساسا بالملكية الفكرية[1].

ويثور التساؤل حول تطبيق هذا الاستثناء على التسجيلات السمعية البصرية والبرامج التي يتم عبر الانترنت، ويتم إرسالها إلى المستهلك من خلال شبكة حيث يقوم بتحميلها على الكومبيوتر الخاص إليه، فإذا قام المستهلك بشراء أغنية أو فيلم أو برنامج كمبيوتر من موقع محلي في شبكة الإنترنت وقام بتحميله على جهازه وقام بسماع أغنية أو مشاهدة الفيلم أو استخدام البرنامج.

وحسب رأي في الفقه الفرنسي، فإن الاستثناء الوارد في المادة سابقة الذكر من قانون الاستهلاك الفرنسي لا ينطوي على هذه الحالة، لأن هذا النص قد استخدم لفظ Descellés أي نزع، فالمقصود بالنص هو التسجيلات والبرامج التي تكون موجودة على شريط أو أسطوانات، وليست التي يتم تحميلها من شبكة الانترنت لأي لفظ نزع أو قد يدل على شيء مادي؛ فهذا الرأي قد أخذ بظاهر النص، وبالتالي فهو لا يعطي الحق للمستهلك في عقود بيع التسجيلات السمعية والبصرية والبرامج التي يتم تنفيذها عبر شبكة الانترنت[2].

أما الرأي الثاني فأخذ بروح النص وليس بظاهره، لأن الحكمة من النص متوافرة والعلة أيضا هي حماية الملكية الفكرية[3].

والجدير بالإشارة أن المشرع عندما تناول تطبيقات حق التراجع عن العقد الذي يكون محله سلعة كالبيع عند المنزل لم يذكر الاستثناءات الواردة على السلع أي ان المشرع حافظ على القوة الملزمة للعقد.

---

[1]– محمد حسين منصور، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[2]– سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 327.

[3]– أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2007، ص 257.

الفرع الثاني- نطاق حق التراجع بالنسبة للخدمات:

يتم تحديد نطاق هذا الحق فيما يخص الخدمة المعنية بحق التراجع والخدمة المستثناة منه.

أولا- الخدمة المعنية بحق التراجع:

عرفت المادة 03-13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الخدمة بأنها " كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة".

وعرفتها المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[1] بأنّها" كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتوج ولو كان هذا السليم ملحقا بالمجهود المقدم أو مدعما له".

كما عرفها المشرع اللبناني في المادة الثانية من قانون حماية المستهلك بأنها:" كل عمل يتمثل بنشاط تقني أو حرفي، أو فكري وذلك أيا كان الوصف المعطى به من المحترف والمستهلك"[2].

فالمقصود بالخدمة بالتالي الأنشطة الاقتصادية غير المجسدة في صورة سلعة مادية، وإنما تقدم في صورة خدمة أو نشاط مفيد لمن يطلبه مثل الخدمات المالية من البنوك أو الخدمات السمعية والبصرية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد حصر محل الخدمة التي يستفيد منها المستهلك في خدمة التأمين على الحياة والتمويل عن طريق القرض الاستهلاكي.

[1] – مرسوم تنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30ن المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش.

[2]– المادة 2 من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005 الصادر بتاريخ 2005/02/04 منشور على الموقع: http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=364355

نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 119 مكرر1 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض على أنه "يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية أيام من تاريخ ابرام العقد"[1].

وتطبيق هذا الحق تم قانونا في مجال القرض الاستهلاكي، الذي ورد تعريفه في المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي هو " كل بيع لسلعة يكون الدفع فيها على أقساط مؤجلا أو يجزأ "

وانطلاقا من هذا فإن حق التراجع عن الاكتتاب مع بنك يكون بشكل مطلق غير أن حق التراجع يكون مقتصرا على عقد القرض الذي يكون محله تمويل عقد البيع الذي يكون سلعة لتلبية احتياجات الشخصية أو العائلية وليس للغرض المهني.

والمشرع تناول خدمة التامين كمحل لحق التراجع للمؤمن له في العقد الذي يبرمه مع مؤسسات وبنوك التأمين.

ثانيا- الخدمات المستثناة من نطاق حق التراجع:

يتعلق الأمر بتطبيقات مستفادة من القوانين المقارنة، من بينها:

أ- الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للتراجع:

تم إيراد هذا الاستثناء ضمن المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 ونصت عليه أيضا المادة L. 121-20-8[2] من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ومضمون هذا الاستثناء خاص بعقود تقديم الخدمات ويتم الاتفاق فيه بين المهني البائع والمشتري المستهلك على أن بداية تنفيذ هذا العقد ستكون قبل انتهاء أجل التراجع، فهو

[1]- الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض.

[2]- « 2° De fourniture de biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation ».

استثناء مشروط بأن يتم أداء هذه الخدمات في تاريخ معين، وبالتالي فإن استخدام حق التراجع قد يمثل خسارة كبيرة بالنسبة للمهني.

وتكمن الحكمة من هذا الاستثناء في عدم الإضرار بالمهني، وذلك بتراجع المستهلك عن العقد بعد أن يكون قد استفاد من الخدمة المقدمة له، فطالما أن المستهلك قد اتفق مع المهني على البدء في تنفيذ العقد خلال مدة التراجع، فلا يجوز له أن يلحق الضرر بالمهني وذلك بالتراجع عن العقد[1].

لكن هناك حالات لا يستطيع المستهلك الحكم على الخدمة المقدمة له إلا عند البدء في تنفيذها وتلقي منافعها، فضلا عن ذلك يخشى في هذه الحالة من ممارسة المهني من إلحاح وإقناع على المستهلك لبدء الحصول على منافع الخدمة قبل انقضاء المدة المحددة لمباشرة الحق في التراجع على نحو يؤدي إلى تفريغ هذا الحق من مضمونه.

وهذا ما يمكن اعتباره تنازلا ضمنيا عن حق التراجع من قبل صاحب الحق.

ب- خدمات الرهان المرخص بها:

إن حق التراجع المقرر لحماية المستهلك يتنافى مع جوهر هذه الحقوق، فالمتعاقد في هذه العقود ينطلق فيها من روح المجازفة والمقامرة على نحو متناقض مع الإقرار له بالحق في التراجع عنها بعد إبرامها، وإلا كان متناقضا مع جوهر العقد ذاته.

ويتعلق الأمر هنا بخدمة يلجأ إليها أشخاص لا يلحق بهم وصف المستهلك الذي يقتني الخدمة الذي يكون في حاجة ماسة إليها وذلك من أجل إشباع رغباته المشروعة التي تتوافق مع الحماية البعدية لحق التراجع عن العقد.

بالإضافة للحالات السابقة التي نص عليها المادة في L. 121-20-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي فهناك حالات أخرى وهي المنصوص عليها في نفس المادة المذكورة

[1]- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دراسة تحليلية في التجربة الفرنسي مع الإشارة الى قواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون سنة نشر، ص60.

سالفا من قانون الاستهلاك الفرنسي وهي خاصة بعقود توريد سلع استهلاكية عادية يتم تنفيذها في مكان سكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة، وكذلك العقود التي يجب أدائها في تاريخ معين أو على فترات دورية محددة.

أما المشرع تناول تطبيقات حق التراجع التي محلها خدمة دون التطرق إلى الاستثناءات الواردة على الخدمات.

ويرى بعض الفقه بأن الاستثناءات التي قررها القانون على ممارسة الحق في التراجع تقلل إلى حد بعيد من الحماية الواجبة للمستهلك، لكونها ستنطبق على كثير من العقود الالكترونية، غير أن الواضح من خلال الوقوف على كل استثناء على حدة أن هذه الحالات قررت في حدود ضيقة حتى لا تتحول حماية المستهلك إلى ذريعة للأضرار بالمهني[1].

[1]- سامح عبد الواحد تهامي، المرجع السابق، ص ص330-331.

المبحث الثاني-

ممارسة حق التراجع عن العقد:

ينظر إلى ممارسة المستهلك لحق التراجع عن العقد بكونها بمثابة إعلان لإرادة جديدة منه مخالفة للإرادة الأولى، حيث تحتاج هذه الإرادة الأخيرة إلى شكل معين يعبر المستهلك من خلاله عن رغبته في الاستفادة من هذه المكنة القانونية، وهو ما يقتضي تناول كيفيات وآثار ممارسة حق التراجع عن العقد.

المطلب الأول- كيفيات ممارسة حق التراجع عن العقد:

لا تتطلب قوانين حماية المستهلك التي كرست حق المستهلك في التراجع، في الأصل، شروطا وإجراءات معينة لذلك، حيث يكفي صدور تعبير من المستهلك عن إرادته تلك بشكل صريح أو ضمني[1]، ويستنتج الموقف الضمني من رد المستهلك المبيع إلى المحترف قبل انتهاء أجل التراجع؛ فالتعبير الضمني هو موقف إيجابي يدل على ما يقوم به من تصرفات، وفي المقابل، لا يعتبر السكوت تعبيرا ضمنيا يفيد الرفض ولو أن الشك يفسر لصالح المستهلك، لأن السكوت وعدم إفصاح المستهلك عن موقفه هو موقف سلبي، فإذا سكت المستهلك عند التعاقد لا يمكن أن يفهم منه التراجع أو المضي في العقد.

وإذا كانت معظم التشريعات لم تحدد شكلا لتراجع المستهلك عن العقد، يكون من مصلحة المستهلك لدى ممارسة هذا الحق من الناحية العملية، أن يقوم بإعلام المتدخل برجوعه بأي وسيلة أو دعامة تمكنه من إثبات تراجعه عند منازعة المتدخل في حدوثه[2].

ويرى بعض الفقه فيما يخص هذه المسألة أن التعبير الصريح يتطابق مع الطابع الاستثنائي لحق التراجع، فهو يعد امرا ضروريا لضمان استقرار المعاملات وسلامتها وعدم

[1]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص66.

[2]- موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص 240.

تهديد مصلحة الباعة، وهو ما لا يتحقق إذا كان هذا التعبير بصفة ضمنية، بحيث يؤدي الى عدة تأويلات ونقاشات.

ومن السهل عمليا أن يتم مباشرة حق التراجع بواسطة إرسال فاكس أو البريد الالكتروني في العقود المبرمة عن بعد مثل العقود الالكترونية الحديثة.

الفرع الأول- وسيلة ممارسة حق التراجع:

قد يقع الاتفاق بين المتدخل والمستهلك حول الوسائل التي يتم بواسطتها ممارسة حق التراجع عن العقد، ويتم الإعلام بالتراجع عن طريق جميع الوسائل المنصوص عليها في العقد.

يشترط القانون في بعض عقود الاستهلاك شكلا معينا لممارسة الحق في التراجع، بأن يتم عن طريق دعامة أو وسيلة يحددها، وفي هذه الحالة فإن اشتراط هذه الوسيلة دون سواها تفرض على المستهلك شكل التراجع المقرر قانونا دون غيره من الوسائل، وإذا كانت هذه الوسيلة أو الشكلية تعني مصلحة المستهلك بالدرجة الأولى كوسيلة اثبات وشرط صحة في نفس الوقت لتراجع المستهلك.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة[1] L. 121-21-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي الذي اشترط، في إطار توفير ضمانات ممارسة المستهلك لحقه في التراجع في كل المجالات التي تتدخل فيها مهلة التفكير، أن يرفق العقد باستمارة التراجع تكون متصلة بالعقد وفي نفس الوقت سهلة القص أو الانفصال عنه.

[1]- « Art. L. 121-21-2. - Le consommateur informe le professionnel de sa décision de rétractation en lui adressant, avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 121-21, le formulaire de rétractation mentionné au 2° du I de l'article L. 121-17 ou toute autre déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter.
« Le professionnel peut également permettre au consommateur de remplir et de transmettre en ligne, sur son site internet, le formulaire ou la déclaration prévus au premier alinéa du présent article. Dans cette hypothèse, le professionnel communique, sans délai, au consommateur un accusé de réception de la rétractation sur un support durable.

وقد حدد المشرع الجزائري هذه الشكلية في المادة 90 مكرر قانون التأمين، ممثلة في شكل الرسالة المضمونة مع وصل الاستلام.

إن مصير العقد الذي لا يكون مرفقا بأي وسيلة يتم من خلالها التراجع عن العقد هو البطلان، وذلك نظرا لأهمية هذه الوسائل من حيث الشكل، حيث تبين للمستهلك كيفية ممارسة حقه من جهة ومن جهة أخرى تعتبر هذه الوسائل بمثابة إعلام وتذكير وحث المستهلك على الاستفادة من الحماية التي توفرها له مهلة التفكير، إن مجرد وجود هذه الاستمارة المتصلة بالعقد تجعل المستهلك يدرك حقه حتى وإن قصر المهني في إعلامه عن ممارسة حقه في التراجع.

ويتم استعمال حق التراجع من خلال ملء فراغات الاستمارة إذا كان العقد يتوفر على الشكلية وإرسالها عن طريق رسالة مصادق عليها.

والأصل أن عبء إثبات ممارسة حق التراجع يقع على المستهلك لأنه الذي يدعي ممارسته هذا الحق، ويكون الإثبات بواسطة الوسائل المحددة لممارسة حق التراجع عن العقد.

وقد جعلت الحيثية 44 من التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011 عبء الإثبات على عاتق المستهلك، وينصب على مسألتين:

- أن المستهلك باشر بالفعل ممارسة حقه في التراجع.
- أن التراجع قد تم فعلا خلال المدة المحددة قانونا[1].

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 141.

الفرع الثاني- التقيد بالأجل المقرر لممارسة حق التراجع:

ومن خصائص حق التراجع أنه حق مؤقت وذلك ليس من العدل أن يبقى البائع ملتزما لفترة زمنية غير محددة وهذا ما جعل حق التراجع مقترنا بها، ينقضي بانقضائها[1] وفي هذه اللحظة تلحق صفة اللزوم بالعقد ويصبح المستهلك ملتزما.

أولا: أجل التراجع في عقد الاستهلاك الوارد على السلع:

نص المشرع على حق التراجع عن العقد الذي يكون محله سلعة في المرسوم التنفيذي 15-114 في المادة 11 فقرة 02 "غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية أيام (8) عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد..."، والمادة 14 بمناسبة البيع على مستوى المنزل.

وفي حالة ما إذا ورد عقد الشراء على جملة من السلع والمنتجات ولكن المستهلك تسلمها على دفعات، يبدأ سريان أجل التراجع عن العقد من وقت تسليم آخر دفعة من السلع أو المنتجات محل التعاقد، وهذا إذا تسلمها على دفعات، مثلما هو مقرر في قانون الاستهلاك الفرنسي[2].

حدد قانون الاستهلاك الفرنسي في موضوع البيوع عن بعد، مدة ممارسة حق التراجع بـ 14 يوم عمل، من خلال نص المادة L. 121-21، وقد تمتد هذه المدة في حالة عدم قيام المحترف بالتزامه بالإعلام اللاحق على إبرام العقد، وتجدر الإشارة أنها قد تمتد باتفاق المحترف مع المستهلك.

[1]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 782-783.

[2] -Art. L. 121-2/2 « Dans le cas d'une commande portant sur plusieurs biens livrés séparément ou dans le cas d'une commande d'un bien composé de lots ou de pièces multiples dont la livraison est échelonnée sur une période définie, le délai court à compter de la réception du dernier bien ou lot ou de la dernière pièce. Pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période définie, le délai court à compter de la réception du premier bien ».

وتبدأ مدة التراجع في السريان في حالة استلام أول بضاعة في العقود التي يكون محلها التسليم منتظما للسلع والمنتجات في فترة محددة، كما نصت على ذلك المادتين 05 من قانون الاستهلاك اللبناني والمادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

ثانيا- أجل التراجع في عقد الاستهلاك الوارد على الخدمات:

منح المشرع لكل مكتتب في عملية القرض، بموجب المادة 119 مكرر1-4، أن يتراجع عن العقد خلال ثمانية أيام من لحظة التوقيع عليه، ولمكتتب عقد التأمين أجل ثلاثين يوما تبدأ من الدفع الأول للقسط، بموجب المادة 90 مكرر من قانون التأمين.

ففي حالة العقد الذي يكون محله خدمة، تبدأ مهلة ممارسة حق التراجع عن العقد من الوقت الذي يتم فيه إبرام العقد، أي من لحظة التوقيع على العقد.

وقد أثير نقاش حول اليوم الأول من تسليم السلعة أو إبرام العقد، وبالنظر لأحكام حق التراجع عن العقد على أساس أنها قد شرعت خصيصا لحماية رضا المستهلك فقد تقرر عدم احتساب يوم استلام السلعة أو إبرام العقد، وهذا ما اعتمده المشرع الفرنسي عند صياغته لقانون 1988 المتعلق بالبيع عن بعد.

وتبنى التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد في مادته السادسة[1]، حق المستهلك في التراجع، حيث منحه أجل للتراجع خلال سبعة أيام عمل.

ثالثا: تمديد أجل التراجع عن العقد:

حدد المشرع أجل التراجع بالنسبة للاكتتاب مع البنوك هو ثمانية أيام من يوم اكتتاب تعهد لدى البنك، وأجل ثلاثين يوما في عقود التأمين على الحياة وذلك حسب المادة 90

[1]- L'art 6 .1 de la directive 97/7 CE du 20 Mai1997, dispose que : « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'un moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. »

مكرر من قانون التأمين، لكنه لم يتطرق إلى مسألة تمديد أجل التراجع الذي تقرره بعض التشريعات في حالة إخلال المتدخل بالتزامه بالإعلام اللاحق.

فبالرجوع إلى قانون الاستهلاك الفرنسي، يلاحظ بأنه في حالة عدم قيام المهني بتنفيذ التزامه بالإعلام اللاحق على إبرام العقد، تمتد مهلة التراجع إلى 12 شهرا تحتسب من تاريخ انتهاء فترة التراجع الأولية المحددة في المادة L.121-21-1[1]، وهذا يعتبر جزاء مدني خاص يتمثل في ضمان حق المستهلك في التراجع عن العقد، وقد تظهر مهلة 14 يوما من جديد إذا نفذ المهني التزامه بالإعلام خلال مهلة 12 عشرة شهرا يبدأ حسابها من لحظة قيام المحترف بالتزامه بالإعلام، وللمستهلك الحق أن يمارس حقه في التراجع خلال هذه المدة بحسب ما يراه مناسبا له.

إذا كان المبدأ العام يقضي بأنه يجوز الاتفاق على توسيع مجال حماية المستهلك فإنه لا يجوز التضييق منها، ولذلك أورد المشرع الفرنسي في المادة L. 121- 33 [2] أن الأحكام الواردة في هذا القسم ومنها المتعلقة بالحق في التراجع من النظام العام[3]، غير أنه يجوز إنقاص هذه المدة بالاتفاق إذا كانت في مصلحة المستهلك[4].

وينقضي حق المستهلك في رجوعه عن العقد بثلاث طرق، الطريقة الأولى تتمثل في انقضاء المدة اللازمة لممارسته والطريقة الثانية بالتخلي عنه صراحة، والأخيرة بالتنازل ضمنيا عن حق التراجع.

---

[1]- « Art. L. 121-21-1. - Lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° du I de l'article L. 121-17, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 121-21.
« Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations.

[2]- Art. L. 121-33 « les dispositions de la présente section sont d'ordre public ».

[3]– سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ص 331.

[4] - Le consommateur peut toutefois demander expressément la livraison immédiate du bien, auquel cas le délai expire à la date de livraison sans pouvoir être inférieur à trois jours (art. L 311-35 C. consom.). Pascal Puing, Contrats spéciaux, 4éme édition, Dalloz, 2011, p103.

أن المستهلك يتخلى عن حقه في التراجع بإعلانه صراحة على ذلك بعد إبرام العقد أو ضمنيا بتخليه عن حق التراجع حتى وإن كانت السلعة أو الخدمة لا تستجيب لرغباته وفي هذه الحالة يصبح العقد لازما لكلا الطرفين، وزيادة على ذلك قد يتصرف المستهلك في المبيع، غير أنه خلال مدة التراجع أكتشف أن البيع به عيوب خفية أو ظاهرة، في هذه الحالة يمكنه اللجوء إلى القواعد العامة دون اللجوء إلى الأحكام المقررة بموجب حقه في الرجوع[1].

والحالة الأخيرة هي عند ممارسة المستهلك حقه في التراجع ويعلن ذلك بإرادته المنفردة إلى المحترف، في هذه الحالة يزول العقد بأثر رجعي ويزول معه حق التراجع عن العقد ويرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها بحيث يلتزم المحترف برد الثمن ويلتزم المستهلك برد المبيع إلى البائع[2].

المطلب الثاني- آثار ممارسة حق التراجع عن العقد:

عندما يتسلم المستهلك السلعة أو يوقع على العقد، في العقود التي قرر فيها حق التراجع، يبدأ حساب مهلة التراجع، وتنشأ خلال هذه المدة التزامات لكلا الطرفين، وخاصة الالتزامات المتولدة عن تسليم السلعة، ولكن هذه الالتزامات ترتخي عند إبرام عقد الخدمة وذلك من أجل الحفاظ على إمكانية ممارسة المستهلك لحقه في التراجع وكذلك فسخ الالتزام التابع الذي أبرمه المستهلك بمناسبة تمويل العقد الذي تخلى عنه.

الفرع الأول- آثار ممارسة حق التراجع بالنسبة للمتدخل:

يترتب عن تنفيذ الحق في التراجع آثار يتحملها المتدخل أو مورد السلعة أو مقدم

[1]- أيمن مساعدة، علاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون العدد 46، أفريل 2011، ص 181.

[2]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 783.

الخدمة، وتتمثل هذه الآثار بصفه أساسية في رد الثمن الذي دفعه المستهلك نظير حصوله على الشيء المبيع.

رد مقابل السلعة أو الخدمة إلى المستهلك:

ألزم المشرع المؤمّنَ في عقد التأمين على الأشخاص، في هذا الصدد، بإعادة القسط الذي تقاضاه من المؤمن له خلال أجل ثلاثين يوما الموالية لاستلام الرسالة وذلك بعد خصم تكلفة عقد التأمين[1].

غير أن المشرع، وخلافا لما ورد أعلاه، منع أي دفع نقدي من جهة المستهلك لصالح المتدخل بمناسبة القرض الاستهلاكي، حيث نص بأنّه" عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة.

لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة"[2].

لقد أقر المشرع هذا الحكم بمناسبة تنظيمه لعملية البيع على مستوى المنزل، وكان من الأفضل إيراده كحكم عام، وبالتالي يمكن التصور خلال مهلة التراجع عدم وجود التزامات متعلقة برد الثمن، إلا إذا قام المتدخل بتسليم السلعة قبل انقضاء أجل التراجع، فانه يتحمل الأعباء المترتبة على ذلك، بما فيها تلك المرتبطة باسترداد الشيء المبيع من المستهلك[3].

وفي التشريع الأوروبي، ألزم المحترف في البداية برد الثمن في فترة أقصاها 30 يوما تحسب من تاريخ استعمال المستهلك لحق التراجع[4]، ثم طرأ تغيير على المدة التي يلتزم

---

[1]– المادة 90 مكرر من القانون رقم 04/06 المؤرخ في 30 فبراير سنة 2006، ج ر عدد 81 صادرة في 12–03–2006.

[2] - المادة 14 من المرسوم التنفيذي 15–114 المتعلق بالقرض الاستهلاكي.

[3]– قريمس عبد الحق، التنظيم القانوني للقرض الاستهلاكي، مرجع سابق، ص08.

[4]– طبقا للمادة (2/6) من التوجيه الأوروبي رقم 97–7 سنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك المتعاقد عن بعد والمادة (121–20–1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

خلالها البائع المحترف بالردّ، حيث خفضت المدة إلى 14 يوما، يلزم البائع المحترف خلالها برد ما قبضه من المستهلك بما في ذلك نفقات التسليم وذلك من تاريخ استعمال أو إعلام المتدخل بالتراجع[1]، وهي نفقات أقل تكلفة للتسليم المعياري أو القياسي والتي يكون اقترحها عليه[2].

وفي المقابل، لم تحدد بعض التشريعات مدة لرد الثمن، كالمشرع اللبناني الذي نص من خلال المادة 56 من قانون حماية المستهلك على إلزام البائع برد الثمن الذي تقاضاه من المشتري إلا انه لم يحدد المدة التي يتم من خلالها رد المبلغ[3]، وألزم المشرع البريطاني البائع بإعادة الثمن إلى المستهلك فور أعماله لحق التراجع وقبل تسلمه البضائع من المستهلك[4].

وفي حالة تجاوز هذه المدة دون وفاء المتدخل بالتزامه برد المبلغ، فإنه يتعرض لجزاء مدني، يتمثل في فرض زيادة الثمن على سبيل الفوائد القانونية والتي يبدأ سريانها من اليوم التالي لانقضاء المهلة المحددة للرد الثمن[5]، وهذا تؤكده المادة L.121-21-4 في فقرتها الثالثة[6] من تقنين الاستهلاك الفرنسي وتلزم البائع المحترف بأداء الفوائد القانونية مقابل تأخره عن دفع الثمن، وذلك اعتبارا من اليوم التالي من انقضاء مهلة الرد.

[1]- Art.13 directive 83/11 « Le professionnel rembourse tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris, le cas échéant, les frais de livraison, sans retard excessif et en tout état de cause dans les quatorze jours suivant celui où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter du contrat conformément à l'article 11. »

[2]– أشرف محمد رزق قايد، المرجع السابق، ص 995.

[3]– المادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005، المرجع السابق.

[4]– أيمن مساعدة، علاء خصاونة، المرجع السابق، ص186.

[5]– مصطفى احمد ابو عمرو، المرجع السابق ص65.

[6]- Art. L. 121-21-4 « Au-delà, les sommes dues sont de plein droit majorées du taux d'intérêt légal si le remboursement intervient au plus tard dix jours après l'expiration des délais fixés aux deux premiers alinéas... ».

وذلك في حالة رفض المتدخل رد المبلغ الذي قبضه من المستهلك خلال المدة المحددة قانونا، ومعاينة هذه العقوبة يكون من طرف الأعوان المختصين في مجال الاستهلاك وقمع الغش والمنافسة[1].

وقد نص قانون الاستهلاك الفرنسي على جزاء هذه الجريمة بالحبس لعامين وغرامة تصل إلى 150.000 أورو[2]، تناغما مع التوجيه الأوروبي رقم 2011/83 الصادر في 25 أكتوبر 2011 المتعلق بحماية المستهلك.

غير أن المشرع لم يشر إلى الجزاء المدني ولا الجزائي وذلك لأنه لم يلزم المستهلك بدفع الثمن خلال اجل التراجع وهذا ما يفهم ضمنيا أن المتدخل لا يمكنه قبض الثمن وبالتالي إذا قبض المتدخل الثمن فتقع عليه المسؤولية.

الفرع الثاني- آثار ممارسة حق التراجع بالنسبة للمستهلك:

تبرز هذه الآثار بشكل خاص في حالة شروع المتدخل في تنفيذ التزامه تجاه المستهلك عقب إبرام العقد مباشرة، ودون انتظار انقضاء الأجل المقرر لحق التراجع.

أولا- إعادة تسليم المبيع إلى المتدخل:

إذا تمسك المستهلك بحقه في التراجع عن العقد خلال المدة المحددة قانونا للتراجع ترتب عن ذلك انقضاء العقد واعتباره كان لم يكن، وعلى المستهلك رد السلعة أو المنتج أو التنازل عن الخدمة، وهذه الصورة تعتبر الصورة النهائية والخيار الأخير للمستهلك.

إنّ من بين الخصائص العملية لحق التراجع انه يمنح للمستهلك أكثر من فرصة من اجل الحصول على السلعة أو الخدمة التي تلبي رغباته الشخصية، ومن ذلك ما نصت عليه

[1]- احمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، التعاقد، المرجع السابق، ص67.

[2]-Art. L. 121-23 « toute infraction …est punie d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 150.000 Euro».

المادة L. 121-21-3[1] من تقنين الاستهلاك الفرنسي بأنه يحق للمستهلك في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة 14 يوم عمل تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو استرداد ثمنه ..."، وهذا الحلّ يمثل بعدا للحماية بالنسبة للمستهلك يتجلى في استبدال المبيع حيث تعتبر هذه الحالة الأخيرة إن المستهلك حافظ على العملية التعاقدية أي أن العقد لا يسري بأثر رجعي ولم تتعرض القوة الملزمة للخرق[2].

ويجب أن تكون السلعة بنفس الحالة التي كانت عليها وقت تسلمها من قبل المستهلك، وإلا وقعت عليه تبعة الهلاك إذا كان بسبب خطئه أو تقصيره.

حتى وإن نفذ المتدخل التزامه يمنع خلال مدة التراجع من الحصول على تأمين ليضمن استعادة ما نفذه وذلك إذا قرر المستهلك التراجع عن العقد، لان من شأن هذا الضمان أن يؤثر في قرار المستهلك في التراجع من عدمه، وبالتالي يتحمل المتدخل كافة النفقات والمخاطر التي تترتب على تنفيذ التزامه قبل انتهاء مدة التراجع، فإذا كان العقد بيعا فلا تنتقل الملكية إلى المستهلك وان تسلم هذا الأخير المبيع فضلا على أن البائع يتحمل تبعة الهلاك[3].

وهذا ما أكده المشرع الجزائري بجعل تبعة الهلاك تقع على المتدخل على مستوى البيع لدى المنزل، خلال مدة التراجع عن العقد[4].

إذا كان المشرع لم يلزم المستهلك إلا بمصاريف الرد، فإن تطبيق نظرية عدم التعسف في استعمال الحق تفرض على المستهلك أن يرد الشيء المبيع على الحالة التي كان عليها

[1]- « Art. L. 121-21-3. - Le consommateur renvoie ou restitue les biens au professionnel ou à une personne désignée par ce dernier, sans retard excessif et, au plus tard, dans les quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter conformément à l'article L. 121-21-2, à moins que le professionnel ne propose de récupérer lui-même ces biens.

[2]- احمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص214.

[3]- سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقد الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد 08العدد 14لسنة 2005.

[4]- المادة 14 من المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بالقرض الاستهلاكي.

وقت التسليم، وهو الأمر الذي يصعب تحقيقه في البيوع الواردة على سلع او منتجات سريعة الهلاك والتلف خصوصا في المدة المحددة قانونا.

ثانيا- تحمل مصاريف رد السلعة أو الخدمة:

إنّ من خصائص حق التراجع انه حق إرادي محض ومجاني، وهو ما يقتضي القول بعدم تحميل المستهلك مصاريف إضافية أو جزاءات وهذا ما يسمح له بممارسة حقه في التراجع عن العقد، وقد أكدت هذا الالتزام المادتين L. 121-21-3 فقرة 02 و L. 121-21-7 فقرة 02[1] من قانون الاستهلاك الفرنسي.

إن المستهلك يمارس حقه في التراجع عن العقد، ولا يتحمل في مقابل ذلك أية جزاءات أو مصروفات فيما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلع إلى البائع وهي نتيجة مباشرة في استعمال هذا الحق، وقد أكد المشرع هذا الحكم من خلال المادة 90 مكرر من قانون التأمين"...بعد خصم تكلفة التأمين..." أي أن المستهلك يتحمل أعباء إبرام العقد.

ولا يكون المستهلك ملزما، في ممارسته لحق التراجع، وهو حق إرادي محض بتقديم الأسباب التي تقف وراء ذلك، كما أن هذا الحق مقرر لصالح المستهلك بنص القانون ولا حاجة للجوء إلى القضاء بشأنه أو تحمل نفقات إضافية بأي شكل كانت، وذلك من أجل حماية المستهلك من ممارسة حقه في التراجع.

إذا كانت فكرة حق التراجع في حد ذاتها تتعارض مع أي اشتراط لتقديم مبررات الرجوع[2]، فإنّه لا مجال لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في هذا الشأن، ذلك أن

[1]- «Art. L. 121-21-3. Le professionnel récupère les biens à ses frais s'ils ne peuvent pas être renvoyés normalement par voie postale en raison de leur nature.
- « Art. L. 121-21-7. L'exercice du droit de rétractation d'un contrat principal à distance ou hors établissement met automatiquement fin à tout contrat accessoire, sans frais pour le consommateur … ».

[2]- Philippe Brun, Le Droit de revenir sur engagement, Droit et patrimoine, n°60-1998, p82.

حق التراجع هو حق شخصي مرتبط بالظروف المحيطة بالمستهلك[1]، وبالتالي لا يمكن للقضاء تحليل الدوافع الذاتية لممارسة هذا الحق.

ولهذا قررت القوانين التي تضمنت هذا الحق قيدا مفاده إذا كان حق المستهلك في التراجع يخضع لمطلق إرادته ولا يتحمل أية مصروفات، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمصروفات كنفقات أو تكاليف إعادة السلعة حيث يتحملها بمفرده، فالمصروفات التي يمكن أن يتحملها المستهلك بسبب رجوعه عن العقد هي فقط المصروفات المباشرة لإعادة البضائع إلى المهني[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري منح للمستهلك حماية مطلقة بمناسبة البيع على مستوى المنزل وذلك بعدم تحميله أية أعباء عند ممارسته حقه في التراجع رغم تسلمه المبيع[3].

وقد اعتبر بعض الفقه أن تحميل المستهلك مصاريف رد السلعة أو الخدمة يعتبر حماية للبائع من تعسف المستهلك في ممارسة حقه في التراجع عن العقد، وضمان جدية المستهلك في اتخاذ قرار التراجع، بحيث يكون أكثر تأملا وتمهلا قبل استعماله، ولن يلجأ إليه إلا إن كانت السلعة أو الخدمة لا تتناسب فعلا مع رغباته[4].

[1]- Jean Calais, Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs (la loi du 22 décembre 1972), D, 1972, chorn, p266.

[2]- أيمن مساعد / علاء خصاونة، المرجع السابق، ص198.

[3]– قريمس عبد الحق، التنظيم القانوني للقرض الاستهلاكي، ص08.

[4]– أيمن مساعد / علاء خصاونة، المرجع السابق، ص198.

الفرع الثالث– فسخ عقد القرض المرتبط بالعقد المتراجع عنه:

باستقراء المادتين 11 و12[1] من المرسوم التنفيذي المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي أن المشرع الجزائري أكد على هذا التلازم بين عقد البيع وعقد القرض وذلك عندما يمارس المشتري حقه في التراجع عن عقد البيع فإن عقد القرض ينفسخ، وإذا مارس المقترض حقه في التراجع عن عقد القرض ضمن الآجال المحددة لا تسري آثار عقد البيع.

نصت المادة(33) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي على أنه "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبله البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير فان عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض "[2].

والمشرع التونسي بهذا نظر إلى العقد الالكتروني المبرم عن بعد وعقد القرض المبرم تمويلا له باعتبارهما كلا لا يتجزأ، فقرر بالتالي زوال الأصلي منها أي العقد الالكتروني وهو العقد الذي بمناسبته يبرم عقد القرض، يتبع زوال تابعه أي زوال عقد القرض، ولا شك أن ذلك يمثل حماية للمستهلك في هذا المجال فهو في الواقع لم يبرم عقد القرض إلا بقصد

[1]– المادة 11 " لا يلزم البائع بتسليم او تمويل السلعة موضوع العقد الا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصله على القرض.

غير أنه يتاح للمشتري اجل للعدول مدته ثمانية أيام (8) عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد...".

المادة 12 " لا تسري آثار عقد البيع إذا: –... مارس المقترض حقه في العدول ضمن الآجال المحددة له..."

[2]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ص312.

تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا زال العقد الذي قصده أصلا بممارسة الحق في الرجوع عنه تعين إنهاء العقد المرتبط به وبالتالي لم يعد هناك مبرر للإبقاء عليه[1].

تم تكريس نفس الحكم في التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011، في المادة 15 منه، بإلزام الدول الأعضاء بالنص في تشريعاتها الوطنية بأن العقد التابع للعقد الأصلي الذي ابرمه المستهلك ورجع عنه، يفسخ بقوة القانون، وكما بينت المادة 1/18 منه أن المستهلك عندما يمارس حقه في التراجع فانه يتحرر من عقود القرض المرتبطة به " وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي في نص المادة L. 311-9[2] من قانون الاستهلاك لسنة 2014.

ويستنتج من مضمون هذه المادة أن المشرع الفرنسي اعتبر العقد القديم أي العقد الذي أبرمه المستهلك عن بعد والعقد المبرم تمويلا له لا يتجزأ، لذلك قرر أن زوال العقد الأصلي التابع له، أي الذي ابرمه المستهلك فيستتبع زوال العقد الذي أبرمه من أجل تمويله[3].

[1]– محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 69.

[2]- l'article L. 311-9. Dans le cas où l'emprunteur n'a pas demandé la levée de la suspension à l'expiration du délai d'un an suivant la date de la suspension de son contrat de crédit, le contrat est résilié de plein droit. »

[3]– بخيث عيسى–كتو محمد الشريف، ماهية العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية، الشلف،2015–2016.

وهذه القاعدة في حد ذاتها تمثل حماية للمستهلك وذلك في الواقع القصد من إبرام عقد القرض كان بمناسبة العقد الذي ابرمه المستهلك، لذلك إذا زال العقد الأصلي بإعمال المستهلك حقه في التراجع زال معه العقد المرتبط به وبذلك لم يعد هناك سببا للإبقاء عليه[1].

إن التشريعات المقارنة نظمت حق التراجع عن العقد في جملة من العقود التي يكون محلها سلعة أو خدمة ويقتنيها المستهلك من التدخل، ومن اجل فعالية هذا الحق تقرر للمستهلك ممارسته في إطاره القانوني وضمن شروط وإجراءات محددة وهذا من اجل الحفاظ على الآثار الناتجة عن تطبيقات حق التراجع بين المستهلك والمتدخل، وان تطبيقات حق التراجع في التشريع الجزائري مازالت مقتصرة على الخدمات كما أنها جاءت بصيغة مطلقة خالية من تفاصيل ممارسة هذا الحق.

[1]- موفق حماد عبده، المرجع السابق ص 243 ،244.

الخاتمة

الخاتمة

إن إقرار مكنة للمستهلك في التراجع عن العقد هو إحدى الركائز الأساسية التي يرتكز عليها بناء حماية فعالة له، وتعتبر مكنة التراجع عن العقد تكريس للقوة الملزمة للعقد وذلك من أجل إعطاء الرضا قيمته الحقيقية والحفاظ على التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل، حيث أصبحت هذه المكنة في حد ذاتها تمثل نظرية حماية المستهلك على القوة الملزمة للعقد.

وتتمثل أهمية حق التراجع عن العقد أنها تتميز بالحماية المضاعفة، حماية المستهلك من نفسه وضعفه الشخصي ومن جهة أخرى حمايته من المحترف، لما كانت الرضائية من النظام العام وأمام عجز نظرية سلطان الإرادة من توفير الحماية للمستهلك إلى ما بعد العقد فان مكنة الرجوع عن العقد تتميز بعدة خصائص تضمن للمستهلك حماية فعالة ومن أهمها:

– إن حق التراجع عن العقد من النظام العام لا يمكن المستهلك التنازل عنه وكما لا يمكنه الاتفاق مع المتدخل عن التخلي عنه.

– إن مكنة التراجع عن العقد هي حق إرادي محض للمستهلك، يمارسه بإرادته المنفردة ومن اجل فعالية حق التراجع عن العقد فقد أحاطه المشرع بضوابط قانونية، فجعله حقا مؤقتا وتقتصر ممارسته على المستهلك الطرف الضعيف في العقد، ولما كان يمارس هذا الحق بالإرادة المنفردة للمستهلك فقد ألزمه المشرع بدفع مصاريف رد المبيع وذلك من أجل عدم تعسفه.

إن البحث عن أساس قانوني تستند إليه مكنة الرجوع عن العقد من طرف المستهلك في المفاهيم القانونية التقليدية، والنظم القانونية التي شيدت بناءها القانوني على أساس مبدأ استقلال الإرادة، ليس بالأمر المجدي، ومن ثم، لا يمكن تبرير هذه المكنة، إلا بكونها استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد مقرر بمقتضى نص قانوني آمر.

إنّ تبني المشرع لحق التراجع عن العقد في الوقت الحالي قد تم بشكل جزئي ومحدود، من خلال إيراد تطبيقات هذا الحق بموجب قوانين خاصة وفي مجالات محدودة هي القرض والتأمين، وقد جاءت هذه التطبيقات بأحكام جزئية، خالية من إجراءات وشروط ممارسة حق التراجع عن العقد.

هذه الملاحظة تفرض القول بعدم وجود نظام قانوني متكامل لحق التراجع عن العقد في القانون الجزائري، الأمر الذي يمكن أن يتم من خلال توحيد هذه التطبيقات ضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ويمكن الاستفادة في ذلك من نظرية الخيارات التي يشتهر بها فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية.

على أمل أن تكون أحكام حق التراجع عن العقد مفصلة بدقة عندما يصدر هذا القانون، وأن تكون مسايرة لأحكام القوانين المقارنة.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المراجع باللغة العربية.

أ-المعاجم:

1. ابن منظور، لسان العرب، الجزء 7 الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت.

2. احمد بن محمد بن علي القيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان 2006.

3. أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسن، مقاييس اللغة، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي.

ب-الكتب العامة:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة والتصرف القانوني، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995.

2. أكرم يا ملكي، القانون التجاري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.

3. حورية سي يوسف زاهية ، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات فقهية وفقهية، دار هومة، الجزائر، 2012.

4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، 1993.

5. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

6. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، القاهرة دون سنة نشر.

7. علي حسن نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

8. محمد الصدر، منهج الصالحين، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الأضواء، بيروت، 2008

9. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام بدون طبعة ومكان طبع، 1999.

10. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2003.

11. مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد بدون طبعة، بيروت،2002.

ج-الكتب المتخصصة:

1. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2007.

2. أسامة أحمد بدر، المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق جامعة طنطا، 2005.

3. أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك – دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر،2016.

4. جمال زكي، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2008.

5. حسن عبد الباسط، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.

6. حمد الله، محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، في عقود الاستهلاك، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1997.

7. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، مصر 2007.

8. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني مع التطبيق على عقد البيع التقليدي والالكتروني في مرحلتي المفاوضات والإبرام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.

9. سامح عبد الواحد تهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، 2008.

10. عبد العزيز المرسى حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص 2005.

11. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2009.

12. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر 2008.

13. محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي دار الكتاب الحديث، القاهرة،2006.

14. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دراسة تحليلية في التجربة الفرنسي مع الإشارة إلى قواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون سنة نشر.

15. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.

16. محمود السيد خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مكتبة دار النهضة، القاهرة 2000.

17. مصطفى احمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، دون دار نشر، القاهرة، مصر، 2012.

18. مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، ، مصر، 2010.

19. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، مصر 2011.

د-الرسائل والمذكرات.

1. عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2008.
2. عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، الجزائر 1، الجزائر 2015.
3. ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، رسالة الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، مصر 1998.
4. نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجيستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2014.

هـ-المقالات:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد وسيلة لحماية الرضا ، دراسة لفكرة القانون العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي إعداد يوليو، السنة الثانية، أغسطس 1980، ص ص 11-140.
2. أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون مجلة الحقوق السنة 19، العدد 03، سبتمبر، 1995، ص ص 179-245.
3. أيمن مساعدة، علاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون العدد 46، أفريل 2011، ص ص 157-205.
4. بخيث عيسى-كتو محمد الشريف، ماهية العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية، الشلف،2016.

5. سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقد الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد 08العدد 14لسنة 2005، ص ص 192-215.
6. طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، مجلة الجامعة العربية الأمريكية، المجلد 0 العدد 0، دون سنة نشر.
7. عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 27 (1)، 2014.
8. منصور حاتم محسن-إسراء خيضر مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني السنة الرابعة، جامعة بابل، العراق، 2012، ص ص 49-85.
9. ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، المجلد التاسع، العدد الأول، دون سنة نشر.
10. وليد خالد عطية. م.م عباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ص ص 868-964، منشور على الموقع: www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109008

و- مداخلات في ملتقيات:

1. عبد الحق قريمس، حق التراجع عن العقد: القوة الملزمة للعقد واعتبار حماية المستهلكين، الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام :من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة بجاية، 07 08 ماي 2014، غير منشور.

2. عبد الحق قريمس، التنظيم القانوني للقرض الاستهلاكي، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول "العقود الاستهلاكية "، كلية الحقوق-جامعة قسنطينة 01، يومي 09 و10 ديسمبر 2015، غير منشور.

ز-النصوص القانونية:

1-النصوص القانونية الوطنية:

- **النصوص التشريعية:**

1. أمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/05/26، يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 78 لسنة 1975، معدل ومتمم.

2. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات ج ر عدد 13، صادرة في 08-03-1995 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04/06 المؤرخ في 30 فبراير سنة 2006، ج ر، عدد 15 صادر في 12-03-2006.

3. الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض (ج ر عدد 52 مؤرخة في 27-08-2003)، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010 (ج ر 50 مؤرخة في 01-09-2010).

4. قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر 41 مؤرخة في 27-06-2004.

5. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

-النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد 05 المؤرخة في 1990/01/31، الأمانة العامة للحكومة، المطبعة الرسمية، الجزائر، 1990.

2. مرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج.ر عدد 49، الصادرة في 21 أكتوبر 2013.

3. مرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 2015/05/21 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24 الصادرة في 13 ماي 2015.

2- النصوص القانونية الأجنبية:

1. قانون حماية المستهلك التونسي رقم 117 لسنة 1992. منشور على الموقع: http://www.legislation.tn

2. قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 الصادر بتاريخ 09 أوت 2000، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 2000/08/11.

3. قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005 الصادر بتاريخ 04-02-2005 منشور في الجريدة الرسمية، العدد السادس الصادر بتاريخ 10-02-2005. منشور على الموقع: http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=364355

4. قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005، المنشور بجريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 63 الصادر بتاريخ 2005/02/27. منشور على الموقع: http://library.mas.ps/records/1/21797.aspx

5. قانون حماية المستهلك المصري رقم67 لسنة 2006، المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد 241 بتاريخ 2006/10/22. منشور على الموقع: http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=311851

6. قانون حماية المستهلك القطري رقم 08 لسنة 2008. منشور على الموقع:
http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=226130

ثانيا- المراجع باللغة الأجنبية:

A- Ouvrages :

1. B.BIZEUL، la télé et le droit des contrats، th. Paris, 1996.
2. Christophe lachiéze, droit des contrats, ELLIPSES édition, paris 2003.
3. Pascal puing, contrats spéciaux, 4éme édition, Dalloz, 2011.

B-Articles :

4. Jean Calais Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs (la loi du 22 décembre 1972), Dalloz, 1972.
5. Najar Ibrahim, Le droit d'option : contribution à l'étude positif de l'acte unilatéral, L.G.D.J Paris 1976.
6. Philippe Brun, Le droit de revenir sur engagement, revue Droit et Patrimoine, n°60-1998.
7. Raymonde Baillod, Le droit de repentir, R.T.D.Civ.1984.

C-Textes juridiques :

1. Directive 9 7/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance Sur le site : www.Eur – Lex. Europe. Eu/.
2. Directive 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU Conseil du 25 octobre 2011relative aux droits des consommateurs.
3. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation sur le site : http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=328855.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول: ماهية حق التراجع عن العقد	4
المبحث الأول: مفهوم حق التراجع عن العقد.....	5
المطلب الأول: التعريف بحق التراجع عن العقد.....	5
الفرع الأول: تعريف حق التراجع عن العقد.....	5
أولا: تعريف حق التراجع في الفقه القانوني.....	6
ثانيا: تعريف حق التراجع في فقه الشريعة الإسلامية.....	7
الفرع الثاني: خصائص حق التراجع عن العقد.....	8
أولا: الحق في التراجع عن العقد من النظام العام.....	8
ثانيا: الصفة التقديرية لممارسة الحق في التراجع.....	8
ثالثا: حق التراجع عن العقد استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد.....	9
رابعا: حق التراجع عن العقد حق مقيد.....	9
خامسا: مجانية ممارسة حق التراجع عن العقد.....	9
سادسا: اقتران حق التراجع بالعقود المبرمة عن بعد.....	10
المطلب الثاني: تمييز حق التراجع عن العقد عن الأنظمة القانونية المشابهة.....	10
الفرع الأول: حق التراجع والقابلية للإبطال.....	11
الفرع الثاني: حق التراجع والفسخ.....	11
أولا: أوجه التشابه.....	12
ثانيا: أوجه الاختلاف.....	12
الفرع الثالث: حق التراجع ومهلة التفكير.....	13
المبحث الثاني: التكييف القانوني لحق التراجع عن العقد.....	14
المطلب الأول: أساس حق التراجع عن العقد.....	14

الفرع الأول: نظرية التكوين التدريجي للعقد.....	**14**
الفرع الثاني: العقد غير اللازم أساس التراجع عن العقد.....	**16**
الفرع الثالث: تأسيس حق التراجع على بعض صور التعاقد.....	**17**
أولا– أساس التعاقد العربون.....	**17**
ثانيا–أساس البيع بشرط التجربة.....	**19**
الفرع الرابع: أساس الوعد بالتعاقد من جانب واحد.....	**20**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحق التراجع عن العقد.....	**22**
الفرع الأول: حق التراجع بوصفه حقا.....	**22**
الفرع الثاني: حق التراجع رخصة.....	**24**
الفرع الثالث: حق التراجع حق إرادي محض.....	**25**
الفرع الرابع: حق التراجع مكنة قانونية.....	**26**
الفصل الثاني: التنظيم التشريعي لحق التراجع عن العقد.....	**28**
المبحث الأول: نطاق حق التراجع عن العقد.....	**29**
المطلب الأول: النطاق الشخصي لحق التراجع عن العقد.....	**29**
الفرع الأول: المستهلك صاحب الحق في التراجع.....	**30**
أولا: المفهوم الضيق للمستهلك.....	**31**
ثانيا: المفهوم الموسع المستهلك.....	**33**
الفرع الثاني: المتدخل الملتزم بحق التراجع.....	**34**
المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لحق التراجع.....	**36**
الفرع الأول: نطاق حق التراجع بالنسبة للسلع.....	**36**
أولا: السلع المعنية بحق التراجع.....	**36**
ثانيا: السلع المستثناة من نطاق حق التراجع.....	**37**
أ–السلع متقلبة الأسعار.....	**37**
ب–السلع المنتجة بطلب من المستهلك.....	**38**
ج–السلع سريعة الهلاك والتلف.....	**38**

د–الصحف والمجلات والدوريات.....	**39**
هـ–التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الكمبيوتر.....	**39**
الفرع الثاني: نطاق حق التراجع بالنسبة للخدمات.....	**41**
أولا–الخدمة المعنية بحق التراجع.....	**41**
ثانيا: الخدمات المستثناة من نطاق حق التراجع.....	**42**
أ–الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للتراجع.....	**42**
ب–خدمات الرهان المرخص بها.....	**43**
المبحث الثاني: ممارسة حق التراجع عن العقد.....	**45**
المطلب الأول: كيفيات ممارسة حق التراجع عن العقد.....	**45**
الفرع الأول: وسيلة ممارسة حق التراجع.....	**46**
الفرع الثاني: التقيد بالأجل المقرر لممارسة حق التراجع.....	**48**
أولا: أجل التراجع في عقد الاستهلاك الوارد على السلع.....	**48**
ثانيا: أجل التراجع في عقد الاستهلاك الوارد على الخدمات.....	**49**
ثالثا: تمديد أجل التراجع.....	**49**
المطلب الثاني: آثار ممارسة حق التراجع عن العقد.....	**51**
الفرع الأول: آثار ممارسة حق التراجع بالنسبة للمتدخل.....	**51**
أولا: رد مقابل السلعة أو الخدمة إلى المستهلك.....	**52**
الفرع الثاني: آثار ممارسة حق التراجع بالنسبة للمستهلك.....	**54**
أولا: إعادة تسليم المبيع إلى المتدخل.....	**55**
ثانيا: تحمل مصاريف رد السلعة أو الخدمة.....	**56**
الفرع الثالث: فسخ عقد القرض المرتبط بالعقد المتراجع عنه.....	**58**
خاتمة.....	**61**
قائمة المصادر والمراجع.....	**63**
فهرس المحتويات.....	**71**

ملخص:

يلعب مبدأ سلطان الإرادة دورا بارزا في إضفاء القوة الملزمة على العقد، وهو يقتضي أن يكون العقد نتيجة تلاقي إرادتين متساويتين من الناحية الفكرية والاقتصادية، غير أن الظروف الاقتصادية المستجدة أثرت على مدلول هذا المبدأ في الوقت الراهن، لما أدت إليه من اختلال لتوازن العلاقة بين المستهلك والمتدخل، وعجز القواعد العامة عن معالجة هذا الاختلال.

لتدارك هذا العجز، أقر القانون بعض التدابير التي تمنح الحماية اللازمة للمستهلك، من بينها منحه حق التراجع عن العقد للمستهلك بعد إبرامه، من أجل التروي والتفكير في الاستمرار في العلاقة التعاقدية من عدمها، وهي إمكانية تبدو كخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، تهدف إلى إعطاء رضا المستهلك قيمته الحقيقية.

Résumé :

Le principe de l'autonomie de la volonté joue un rôle éminent, en donnant au contrat la force obligatoire. Il implique le fait qu'un contrat est le résultat de réunion de deux volontés égales du point de vue intellectuel et économique. Cependant, la nouvelle conjoncture économique a, pour le moment, affecté la signification de ce principe, elle a déséquilibré la relation entre le consommateur et l'intervenant, alors que les règles générales restent incapables de régler ce déséquilibre.

Pour rattraper cette défaillance, la loi a prévu quelques dispositions qui confèrent la protection nécessaire au consommateur; ainsi le droit de renoncer au contrat après sa conclusion est octroyé au consommateur pour réfléchir et juger de la continuation ou de la rupture de relation contractuelle. Cette faculté semble être une déviation du principe de la force obligatoire du contrat, elle vise à donner à la satisfaction du consommateur sa valeur réelle.