حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي

تاريخ استلام المقال: 01 مارس 2017 تاريخ القبول النهائي:16 مارس 2017

الدكتور بخالد عجالي
أستاذ محاضر "أ"
جامعة ابن خلدون تيارت - الجزائر
khaledadjalidroit@yahoo.com

الملتقى الدولي السابع عشر حول: "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة"
المنعقد يومي 11/10 أفريل 2017
من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة
ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع
قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية -
جامعة محمد خيضر - بسكرة -

الملخص:

طبقا للمادة 106 من التقنين المدني الجزائري، فإن العقد متى نشأ صحيحا مستوفيا جميع شروط انعقاده وصحته، فإنه يكون بمثابة القانون بين الطرفين فلا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ولكن نظرا لأن المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس لديه من الوسائل ما يكفل معاينة السلعة والإلمام بخصائصها قبل إبرام العقد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد عموما، ونظيراتها المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، أجازت للقابل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه تسرع في التعبير عن إرادته أو أن قبوله صدر عن غير يقين وهذا ما يسمى بالحق في التراجع عن العقد، وهذا ما يجعل هذا الحق وسيلة من وسائل حماية رضاء المتعاقد وضمانة حقيقة لصد ما قد يرتكبه المتعاقد الآخر الذي يملك تقنية المعلومات ويملك السلعة أو الخدمة من وسائل تغري المتعاقد الذي تسيطر عليه حالة الضعف وتدفعه إلى إبرام العقد.

Résumé :

Selon l' article 106 du code civil algérien lorsqu' un contrat nait de manière régulière et dans les conditions pour lesquelles il a été stipulé ce contrat fait force de loi à l'égard de ses parties .

Il ne peut être révoqué modifié ou annulé qu'avec l'accord de ces derniers. ou selon les moyens et causes dont dispose la loi.

Cependant , lorsqu'il s'agit du contrat électronique et vu que le contractant n'a pas en sa position au moment de l'acte, tous les moyens qui lui permettent de visionner cette marchandise et de connaitre ses caractéristiques, les différentes législations qui régissent les contrats à distance concernant les transactions électroniques ont permis à la partie qui a acquiesce à ce genre de transaction de revenir sur sa décision après l'exécution du contrat dès lors qu'elle prouve qu'elle s'est précipitée en exprimant sa volonté. ou lorsqu'Ille prouve que son acceptation s'est faite dans l'incertitude c'est ce qu'on appelle le Droit à Repentir qui permet de protéger la volonté du contractant en lui donnant une véritable garantie contre les dépassements éventuels commis par l'autre partie qui détient la technique de l'information. la marchandise ou encore la prestation de service .avec à sa disposition des moyens qui induisent en erreur son faible vis à vis en le poussant en.fin de compte à conclure ce contrat.

مقدمة:

طبقا للمادة 106 من التقنين المدني الجزائري[1]، فإن العقد متى نشأ صحيحا مستوفيا جميع شروط انعقاده وصحته، فإنه يكون بمثابة القانون بين الطرفين فلا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ولكن نظرا لأن المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس لديه من الوسائل ما يكفل معاينة السلعة والإلمام بخصائصها قبل إبرام العقد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد عموما، ونظيراتها المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، أجازت للقابل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه تسرع في التعبير عن إرادته أو أن قبوله صدر عن غير يقين وهذا ما يسمى بالحق في التراجع عن العقد[2]، وهذا ما يجعل هذا الحق وسيلة من وسائل حماية رضاء المتعاقد وضمانة حقيقة لصد ما قد يرتكبه المتعاقد الآخر الذي يملك تقنية المعلومات ويملك السلعة أوالخدمة من وسائل تغري المتعاقد الذي تسيطر عليه حالة الضعف وتدفعه إلى إبرام العقد.

[1] - وهي تقابل المادة 147 من التقنين المدني المصري، والمادة 148 من التقنين المدني السوري، والمادة 196 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي.

[2] - يطلق الفقه الفرنسي على هذا الحق عبارة Droit à Repentir وقد اختلف الفقه العربي حول هذا المصطلح فمنهم من عبر عنه بالحق في إعادة النظر كالدكتور أحمد سعيد الزقرد في مقاله: حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19 عدد 03، سبتمبر 1995 ص 179 وما بعدها، ومنهم من فضل استعمال خيار العدول، كالدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل في مؤلفه العقد غير اللازم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994، ص 28؛ وفضل آخرون مصطلح الحق في التراجع كالدكتور محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة **2008**، ص 97؛ ومنهم من استعمل مصطلح الحق في التراجع كما ذهب إلى ذلك الدكتور محمد حسن قاسم في كتابه التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة **2005**، ص55؛ ونحن في هذه الدراسة نستعمل مصطلح الحق في التراجع وإن كان مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري قد استعمل مصطلح الحق في العدول، وسنخلص إلى أن المصطلح الدقيق الذي يعبر عن هذا الحق هو الحق في التراجع. أما المصطلح المتداول في الفقه الإسلامي ونصت عليه الكثير من التشريعات المستمدة منه هو خيار الرؤية.

والحق في التراجع عن العقد في التشريعات التي نصت عليه، يعد وسيلة إضافية إلى جانب نظرية عيوب الإرادة تكفل حماية للطرف الجدير بها، والذي صدر رضاؤه دون بينة من أمره.

إن ما يدعو إلى البحث في مفهوم الحق في التراجع عن العقد هو تحديد مضمون هذا الحق ومدى تأثيره على العقد الذي يرد عليه، والنظر فيما إذا كان الحق في التراجع يرد على عقد تم إبرامه أم على عقد لم يبرم بعد، والإجابة على ذلك تمس في اعتقادنا بمبدأ الرضائية في العقد، وهو المبدأ الذي يجعل العقد مبرما بمجرد تبادل الإرادتين المتطابقتين، كما يجعل الحق في التراجع عن العقد في حال اعتناقه مبدأ القوة الملزمة للعقد محل التباس وتزعزع، إذ كيف يمكن لأحد الطرفين العدول عن عقد أبرم صحيحا وعلى أي أساس قانوني.

بغرض وضع هذه المسائل على بساط البحث فإننا نقسم هذا البحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما مضمون هذا الحق، لنعالج في الثاني أحكام الحق في التراجع عن العقد.

المطلب الأول: مضمون الحق في التراجع

يعد الحق في التراجع عن العقد من الوسائل التي تتيحها التشريعات المنظمة لعمليات البيع عن بعد بغرض حماية رضا المستهلك باعتباره يقدم في هذا النوع من العقود على التعبير عن إرادته دون وعي تام أو كامل، فإذا تم تنفيذ العقد اتضح له أنه تسرع في قبول العقد وأنه لم يكن يعتقد أن السلعة أو الخدمة بهذا الشكل.

فالعقد الإلكتروني بوصفه عقدا عن بعد لا يسمح للمشتري مثلا بمعاينة محل العقد كما يتيح ذلك العقد التقليدي، فضلا عن أن طريقة إبرامه لا تسمح له بمناقشة الشروط بنفس الحرية التي يملكها في العقود العادية، وإذا كان واضحا أن الحق في التراجع عن العقد على هذا النحو يمثل خروجا عل مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن هذا الخروج قد أملته ضرورات حماية المستهلك ولذلك فإن بعض الفقه يرى بأن ظهور هذا الحق لم يرتبط بتنظيم التعاقد عن بعد، وإنما ارتبط وجوده بظهور التشريعات الرامية إلى حماية المستهلك[1].

وعلى ذلك فإننا نقسم هذا المطلب على فرعين، نعالج في الفرع الأول مفهوم الحق في التراجع وكيفية ظهوره، لنتولى في الثاني معالجة نطاق هذا الحق.

[1] - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 55.

الفرع الأول: مفهوم الحق في التراجع عن العقد ونشأته

الحق في التراجع عن العقد هو وسيلة بمقتضاها يتيح المشرع لأحد المتعاقدين أن يعيد النظر من جديد، من جانب واحد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا فهو يفترض أن عقدا تم إبرامه لكن أحد طرفيه، ويكون المستهلك غالبا، يستفيد من مهلة للتفكير خلالها يكون بوسعه سحب قبوله الذي ارتبط بموجبه بالعقد[1].

والحق في التراجع عن العقد بهذا المعنى يتشابه إلى حد بعيد مع خيار الرؤية الذي قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، فخيار الرؤية هو حق المتعاقد في أن يبطل العقد أو يجيزه بعد رؤية محل العقد إن لم يكن قد رآه أثناء العقد أو بعده[2].

وقد نصت على خيار الرؤية المادة 320 من مجلة الأحكام العدلية عندما عرفته بقولها: **"من اشترى شيئا ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية"**[3].

ويتفق خيار الرؤية مع الحق في التراجع في الدافع إلى تقريره أو أساس كل منهما، فلقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية، على اختلاف فيما بينهم[4]، خيار الرؤية في العقد الذي لم يتمكن المشتري فيه من رؤية محل العقد، كما أن التشريعات الحديثة قررت الحق في التراجع في العقود عن بعد عموما والعقود الإلكترونية خاصة لأن في مثل هذه العقود لا يتمكن المتعاقد من رؤية محل العقد وإن أتيح له ذلك فإنما يتاح له على دعامة إلكترونية في شكل صور قد لا تعبر عن الواقع.

---

[1] - د/ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، طبعة **2008**.ص 321.

[2] - راجع في موضوع الخيارات د/ محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر طبعة 1998، ص 75، 76.

[3] - وفي التقنينات المدنية العربية المستمدة من الفقه الإسلامي راجع المواد 517 من التقنين المدني العراقي، والمادة 235 من التقنين المدني اليمني والمادة 184 من التقنين المدني الأردني.

[4] - لم يقل الإمام مالك، ولا الإمام الشافعي في مذهبه الجديد، ولا الإمام أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه بخيار الرؤية، في حين ذهب المذهب الحنفي ووافقهم الشافعية في المذهب القديم وابن حنبل في إحدى الروايتين إلى القول بمشروعية وجواز خيار الرؤية. في تفصيل ذلك راجع: د محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص 77، 78؛ د/ محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، قواعد الفقه ونظرياته العامة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2004، ص 195.

ويلاحظ مما سبق أن الحق في التراجع عن العقد مثله مثل خيار الرؤية فكلاهما حق مطلق يخضع لتقدير المشتري وحده بإرادته المنفردة دون معقب عليه في ذلك ودون اشتراط موافقة الطرف الثاني، ودون اللجوء إلى القضاء بل ويعفى صاحب هذا الحق من تقديم مبرر استعماله.

فمدلول الحق في التراجع عن العقد يعني أنه يحق للمشتري خلال المهلة التي حددها القانون أن يعدل عن هذا العقد بإراداته المنفردة وذلك بأن يعلن للبائع رغبته في العدول، وعندئذ يجب على البائع أن يقوم بإرجاع الثمن واستعادة البضاعة أو السلعة[1].

وظهر حق المشتري في العدول عن العقد في فرنسا بمناسبة حماية المستهلك من التسرع في التعاقد في بعض أنواع البيوع، وهي تلك التي تكون فيها إرادة المشتري متسرعة في ظل تأثرها بوسائل الدعاية والإعلان وتدفع المشتري إلى التعاقد دون أن يأخذ وقته الكافي للتدبر، فضلا عن قلة خبرته أو انعدامها أحيانا فيما يتعلق بموضوع العقد[2].

وقد لجأ المشرع الفرنسي إلى سن هذا الحق في التشريع الصادر في 1971/07/12 الخاص بالتعليم عن طريق المراسلة حيث منح هذا القانون طالب العلم الذي يتلقى الدروس عن طريق المراسلة أن يتراجع عن العقد الذي سبق وأبرمه مع المؤسسة التعليمية وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطالب وسائل التعليم، وهذا الخيار متروك لمحض إرادة الطالب ولظروفه الخاصة على أن يلتزم بتعويض المؤسسة التعليمية بمبلغ لا يزيد عن 30% من أجر التعليم[3].

ثم كرس المشرع الفرنسي هذا الحق في القانون المؤرخ في 1972/12/22، وأتاحه للمستهلك في جميع عقود البيع أو أداء الخدمات التي تبرم على إثر السعي إلى منزله من

---

[1] - د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006، ص 113.

[2] - د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، ، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2007 ، ص 114.

[3] - د/ عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2005، ص 69، 70؛ عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص126.

قبل البائع أو مقدم الخدمة، حيث أجاز للمستهلك في مثل هذه العقود الحق في التراجع عن العقد الذي أبرمه خلال سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ الطلب أو الالتزام بالشراء[1].

وجاء بعد ذلك القانون رقم 12/88 المؤرخ في 1988/01/06 بشأن عقد البيع عن بعد والبيع من خلال التلفزيون ومنح المشتري الحق في التراجع عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه البضاعة وذلك في المادة الأولى منه التي جاء فيها:" **في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع، الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر، أورده واسترداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد**"[2].

ولم يقف تقرير الحق في التراجع عند حدود التشريعات الفرنسية، بل تقرر أيضا في دول كثيرة منها لوكسمبورغ التي أصدر المشرع فيها القانون المؤرخ في 1983/08/25 بشان البيع بالمراسلة حيث جاء في المادة السابعة منه ما يلي:" **في العقود التي تبرم عن طريق المراسلة بين مورد مهني ومستهلك غير مهني يكون من حق هذا الأخير خلال مهلة سبعة أيام من تاريخ الطلب أومن تاريخ تمام الشراء وخلال مهلة خمسة عشر يوما من تاريخ استلام البضاعة، أن يرجع في الصفقة بخطاب مسجل بعلم الوصول**"[3].

كما أن القانون الإنجليزي الصادر سنة 1946 المتعلق بالبيع الإيجاري خول للمشتري حق العدول عن تعاقده في مهلة أربعة أيام تبدأ من تاريخ تسلم المشتري نسخة من العقد، واعتنق المشرع الألماني حق العدول في القانون الصادر سنة 1974 المتعلق بالبيع بالتقسيط حيث منح المشتري الحق في التراجع عن العقد خلال سبعة أيام من إبرام العقد[4].

وانتقل تنظيم الحق في التراجع عن العقد إلى التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بتنظيم التعاقد عن بعد، حيث نصت الفقرة الأولى من

---

[1] -د/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1987، ص 93؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة **2007**، ص 267.

[2] - جاءت صياغة المادة باللغة الفرنسية كمايلي:

« Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échanges ou remboursement sans pénalités, à l'exception des frais de retour. »

[3] - أورد هذا النص وعلق عليه د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 86.

[4] - د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص 93.

المادة 6 منه على ما يلي: **"كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أومن تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسة للعقد"**[1].

وإعمالا لتوصيات التوجيه الأوروبي، أصدر المشرع الفرنسي المرسوم 741/2001 الذي سبقت الإشارة إليه والذي بمقتضاه تم إضافة المادة 121-20 إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي متضمنة الحق في التراجع عن العقد في كل العقود التي تبرم عن بعد حيث نصت هذه المادة على ما يلي:" **للمستهلك خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه في العدول دون إبداء أسباب أو دفع أية جزاءات باستثناء مصاريف الرد"**[2].

أما عن القوانين العربية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، فإن القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية فقد نظم هذا الحق في المادة 30 منه التي نصت على أنه يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.
- بالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد.

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها في العقد، وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة.

وخلافا لذلك لم يتضمن قانون المملكة الأردنية ولا قانون مملكة البحرين أو قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية نصا خاصا يقرر حق العدول في هذا النوع من

---

[1] - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 58؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 128

[2] - تجري صياغة المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

« Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception le cas échéant, des frais de retour ».

ويلاحظ أن هذا النص يتطابق مع المادة الأولى من التقنين رقم 12/88 المؤرخ في 88/01/06 المتعلق بالبيع عن بعد الذي سبقت الإشارة إليه.

المعاملات وكذلك فعل القائمون على إعداد مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

أما مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين فقد تضمن المادة 56 منه التي قررت حق العدول للمستهلك[1].

أما مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع والمخصص لتنظيم البيع عن بعد فقد أورد القائمون على المشروع نص المادة 412 مكرر 06 التي جاء فيها:

"للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبيب ذلك، ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن كانت..."

وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري قد اقتنع أخيرا بضرورة تنظيم الحق في التراجع عن العقد في البيوع التي تتم عن بعد والتي من أهم صورها العقد الإلكتروني وإذا كان الحق في التراجع عن العقد بهذا المفهوم وتلك النشأة، فإن التساؤل الذي يثار هو حول نطاقه، فما هي العقود التي يجد الحق في التراجع مجالا له فيها وما هي العقود التي يستبعد من نطاقها.

الفرع الثاني: نطاق الحق في التراجع

كان نتيجة لتواتر التشريعات المنظمة للحق في العدول عن العقد، أن أصبح هذا الحق متاحا في كل العقود التي تتم عن بعد بما فيها العقود التي يكون محلها أداء خدمات وهذا بعدما كان قاصرا في بداياته التشريعية على بعض العقود دون غيرها.

وباستقراء نصوص مواد التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد وأحكام تقنين الاستهلاك الفرنسي المضافة إلى هذا التقنين بالمرسوم رقم 741/2001، ونصوص مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري يلاحظ أن حق المشتري في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود الخدمات التي تتم بوسائل اتصال إلكترونية[2] وإذا كان ذلك أصلا ثابتا في تلك النصوص ونظيراتها، فإنها من جانب آخر أوردت استثناءات لا تقبل فيها ممارسة الحق في التراجع عن العقد ومن تلك الاستثناءات ما يلي:

---

[1] - وقد جاء في النص ما يلي: **"يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع أوإذا لم يحترم البائع آجال تسليمه وذلك خلال عشرة أيام تحسب من تاريخ التسليم".**

[2] - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 59؛ د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 205.

أولا- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول:

أوردت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 هذا الاستثناء ونصت عليه أيضا المادة 121-20 فقرة 02 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[1] وهذا الاستثناء خاص بعقد من عقود تقديم الخدمات ويتم الاتفاق فيه بين المهني البائع والمشتري المستهلك على أن بداية تنفيذ هذا العقد ستكون قبل انتهاء مهلة العدول.

وصورة هذا الاستثناء أن يبرم عقد عن بعد بوسيلة إلكترونية يكون محله مثلا تقديم خدمات من طرف المهني لصالح المستهلك، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على البدء في التنفيذ قبل انتهاء المهلة القانونية المقررة لممارسة الحق في التراجع، فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بالعدول عن العقد.

ويرى بعض الفقه أنه إذا كان الهدف من وراء هذا الاستبعاد هو تفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل عن العقد بعد ذلك، مما يلحق أضرارا بالمهني فإن المستهلك في كثير من الحالات لا يتمكن من الحكم على الخدمة إلا بعد البدء في الاستفادة منها، يضاف إلى ذلك أن المهني بما يملك من وسائل تقنية، قد ينجح في إقناع المستهلك بالبدء في تنفيذ الخدمة قبل انتهاء المدة ولذلك ينتهي هذا الرأي إلى أن هذا الاستثناء لا مبرر له[2].

ولتفادي هذا النقد عرض بعض الفقه إلى أنه يجب أن يكون اتفاق المستهلك مع المهني على بداية تنفيذ العقد خلال مدة ممارسة الحق في التراجع صريحا، وأن يتم من خلاله تبصير المستهلك بأنه في هذه الحالة يسقط حقه في العدول عن العقد[3].

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 32 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية حيث جاء فيها:" **مع مراعاة أحكام المادة 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:**

1- De fourniture de service dont l'exécution a commencé avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs.

2 - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 60.

3 - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 324؛ د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، المرجع السابق، ص182.

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك..."[1].

أما مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فقد تضمنت المادة 412 مكرر 08 الحالات التي يستبعد فيها الحق في التراجع عن العقد لكنها لم تشر إلى هذا الاستثناء.

ثانيا - العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها:

فالعقود التي ترد على السلع والخدمات التي يتغير سعرها مع تقلبات السوق المالي تستثني من نطاق ممارسة الحق في التراجع عن العقد، وهذا الاستثناء يشمل السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها باستمرار مع تقلبات السوق المالي، وواضح من هذا الاستثناء أنه إذا مارس المستهلك حقه في العدول عن العقد، فإن المهني أي البائع يكون ملزما برد المبلغ الذي دفعه المستهلك عند إبرام العقد وهذا ما قد يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة عند الرد[2].

ويلاحظ أن التوجيه الأوروبي وتقنين الاستهلاك الفرنسي، لم يذكرا ما إذا كان هذا الاستبعاد يشمل أيضا العقود الواردة على السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها وفقا لظروف المواد الأولية.

ولذلك فإن القائمين على أمر تعديل التقنين المدني الجزائري أوردوا في المادة 412 مكرر 08 أن الحق في التراجع لا يقبل في العقود التي يكون محلها أموالا يرتبط ثمنها بتقلبات سعر السوق المالية أو المواد الأولية.

وبهذا سيتفادى التقنين المدني إذا عرض للمناقشة وصدر، النقد الموجه للتوجيه الأوروبي ولتقنين الاستهلاك الفرنسي.

ولم يتضمن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي ولا مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين نصا على هذا الاستثناء.

---

[1] - ويلاحظ أن هذا النص يتطابق حرفيا مع المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[2] - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 82؛ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص97

ثالثا- العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة:

وهذا الاستثناء خاص بالسلع التي يتم تصنيعها لمستهلك معين ووفق متطلبات معينة استجابة لرغبته، مثلما هو الأمر في الأزياء التي يتم تصميمها بمقاسات محددة وفقا لطلب المستهلك، كالمنتوجات المصنعة لفائدة شخص ما بناء على رغبته.

فلو اتفق شخص ما مع شركة لإنتاج السيارات على تصنيع سيارة بمواصفات معينة، كالسيارات المعدة لذوي الاحتياجات الخاصة، فلا يمكن بعد تجهيزها تخويل هذا الشخص الحق في التراجع عن العقد وإلا وقع ضرر على المنتج الذي لا يستطيع بيعها إلى شخص آخر إلا بتحمل ضرر أكبر.

وقد نصت على هذه الحالة المادة 412 مكرر 08 في البند الثاني منها الذي جاء فيه:

- الأموال المنجزة وفقا لرغبات المستهلك أو المشخصة.

كما نصت عليه المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية في البند الثاني الذي جاء فيه:

- إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية[1].

رابعا- السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أوالسلع سريعة الهلاك والتلف:

ويقصد بالسلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها، كل شيء يؤدي إرساله وإرجاعه للبائع على حدوث تغيير فيه، كالأدوية التي يتم تركيبها من محلولين، إذ لا يمكن إرجاعها بعدما تم تركيبها، أما الأشياء التي يسرع إليها الهلاك أو التلف فمثالها المواد الغذائية والأزهار.

وعلة تقرير هذا الاستثناء واضحة، وهي عدم الإضرار بالمهني فإعادة سلعة بعد انتهاء مدة صلاحيتها لا يمكن أن يكون وسيلة لحماية المستهلك.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 6 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 وتقنين الاستهلاك الفرنسي في المادة 121-20 فقرة 4 والبند الثالث من المادة 412 مكرر 08 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري[2].

---

[1] - وهو يطابق المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[2] - كما نص على هذا الاستثناء البند الثاني من المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي وهي تتطابق مع المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

خامسا- العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري:

فلا يتقرر حق العدول للمستهلك إذا كان محل العقد تسجيلات سمعية بصرية أو برامج إعلام الآلي إذا كان قد قام بنزع الغلاف الخاص بالتسجيل السمعي البصري أو قام بفتح برنامج الإعلام الآلي أوالقرص المضغوط[1].

والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو حماية حقوق الملكية الفكرية، فمنح المستهلك الحق في التراجع عن العقد قد يمكنه من الحصول عليها دون مقابل، فقد يفتح المستهلك التسجيل السمعي البصري أو برنامج الحاسوب وينسخه ثم يرجعه إلى المعني مستندا على حقه في العدول وهذا ما يشكل مساسا بالملكية الفكرية[2].

وقد نص على تقرير هذا الاستثناء مشروع تعديل التقنين المدني في البند الرابع من المادة 412 مكرر 08 الذي جاء فيه: "**التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري**"[3].

وقد ثار خلاف بين الفقه حول إمكانية تطبيق هذا الاستثناء على التسجيلات السمعية أو البصرية أو برامج الحاسوب التي يتم شراؤها عبر الإنترنت وتحميلها من طرف المشتري على جهازه مباشرة، ففي هذه الصورة فإن المستهلك بعد تحميل الفيلم أو البرنامج أو الكتاب على جهازه سيقرؤه، فهل يمكن تطبيق هذا الاستثناء وحرمانه من الحق في التراجع.

ذهب البعض إلى أن الاستثناء لا ينطبق على هذه الحالة لأن النص استعمل لفظ عند نزع الأختام عنها. Lorsqu'ils ont été descellés.

[1] - وردت الفقرة الرابعة من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بصياغتها كما يلي:
« De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatique lorsqu'ils ont été descelles par le consommateur. »

[2] - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 126؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 277.

[3] - كما نصت على هذا الاستثناء المادة 32 من قانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية إذ جاء فيها: "عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا" وهو يتطابق مع المادة 57 من مشروع قانون دولة فلسطين للمبادلات الإلكترونية.

والمقصود بالنزع هو النزع المادي أما التحميل فلم يذكره النص، وهذا مع ملاحظة أن مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري استخدم لفظ عند فتحها ولم يستعمل عبارة نزع الأختام. في حين ذهب آخرون إلى أن الحكمة من النص متوافرة والعلة أيضا وهي حماية الملكية الفكرية[1].

سادسا -العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات:

والحكمة من استثناء العقود الواردة على الصحف والمجلات تتمثل في أن استعمالها يكون ذا طابع زمني وبعد انقضائه لا يكون للصحيفة أو المجلة أية قيمة، فلا يجوز منطقيا أن يتلقى المستهلك صحيفة أو مجلة فيقرأها ثم يتمسك بحقه في العدول، 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 الإنترنت. وقد نص البند الأخير من المادة 412 مكرر 08 على هذا الاستثناء وكذلك المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[3].

سابعا- العقود الواردة على خدمات الرهان المصرح بها:

لاشك أن جوهر هذه العقود يتنافى والحق في التراجع عن العقد المقرر لحماية المستهلك، فالمتعاقد في هذا النوع من العقود يقدم عليها انطلاقا من روح المجازفة والمغامرة على نحولا يسمح بتخويله الحق في التراجع وإلا فقد العقد جوهره ومغزاه[4].

ولم يتضمن نص المادة 412 مكرر 08 هذا النوع من العقود ولعل القائمين على المشروع أغفلوا النص عليه لوضعهم في الحسبان نص المادة 612 من التقنين المدني الجزائري التي تحظر القمار والرهان.

وبالإضافة إلى الاستثناءات السابقة أوردت المادة 121-4/20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي حالات خاصة هي عقود توريد سلع استهلاكية عادية[5]، وهي التي يتم تنفيذها

---

[1] - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 257.

[2] - د/ عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 475؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص131

[3] - وهي تطابق المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[4] - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 61.

[5] - جاء في المادة 412 مكرر 10 من مشروع تعديل التقنين المدني: "**لا يخضع لهذه الأحكام توزيع الأموال ذات الاستهلاك العادي التي تتم في محل سكن المستهلك أوعمله عن طريق عمليات توزيع متكررة ومنتظمة**".

في مكان مسكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة وكذلك العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة أو الإطعام، أو النقل وعموما كل تلك العقود التي يتم الوفاء بها في مكان معين أو على فترات متجددة، فقد يقوم المستهلك بحجز غرفة في فندق عن طريق الإنترنت أو تذكرة سفر في الطائرة ثم يمارس حقه في العدول لحظات قبل إقلاع الطائرة أوفي الليلة المعنية بالحجز في الفندق. أو كمن يطلب من مطعم يوفر خدمة توزيع الوجبات على المنازل إحضار وجبة، وبعد وصول العامل إلى منزله يتمسك بحقه في العدول عن العقد، وهذا ما يسبب للمهني خسارة كبيرة لا تحقق أي توازن في العلاقة الاستهلاكية.

وقد رأى بعض الفقه أن الاستثناءات التي قررها القانون على ممارسة الحق في العدول تقلل إلى حد بعيد من الحماية الواجبة للمستهلك، وذلك أن هذه الاستثناءات ستنطبق على كثير من العقود الإلكترونية، غير أن الواضح من خلال الوقوف على كل استثناء على حدى أنها إنما قررت في حدود ضيقة حتى لا تتحول حماية المستهلك إلى ذريعة للإضرار بالمهني[1].

وإذا كان المبدأ العام يقضي بأنه يجوز الاتفاق على توسيع مجال حماية المستهلك فإنه لا يجوز التضييق منها، إذ لا يجوز الاتفاق على استثناء عقد معين من الحق في التراجع إذا كان هذا العقد غير وارد في الحالات المحصورة من طرف المشرع وإلا كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته مقتضيات النظام العام.

ولذلك أورد المشرع الفرنسي في المادة 121- 20 في فقرتها الثامنة أن الأحكام الواردة في هذا القسم ومنها المتعلقة بالحق في التراجع من النظام العام[2].

المطلب الثاني: أحكام الحق في التراجع عن العقد

في الحالات التي يثبت فيها للمتعاقد الحق في التراجع عن العقد الذي أبرمه، فإنه من الطبيعي أن يبين المشرع المدة التي يحق فيها للمتعاقد استخدام هذا الحق وكيفية ذلك، كما أن الحق في التراجع متى تم استخدامه فإنه سيؤثر في المركز القانوني لكلا الطرفين بل وفي العقد ذاته.

[1] - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 331.

[2]- Article 121- 20/8: « les dispositions de la présente section sont d'ordre public ».

وعليه فإننا نكرس هذا المطلب لبحث المهلة التي يجوز للمتعاقد ممارسة هذا الحق وكيفية ممارسته في الفرع الأول، لنعالج في الفرع الثاني آثار التمسك بهذا الحق.

الفرع الأول: مهلة ممارسة الحق في التراجع وكيفيته

إن بدء سرين المهلة التي يكون للمتعاقد أن يمارس خلالها حقه في العدول عن العقد تختلف باختلاف محل العقد. فإذا كان محل العقد بيع سلع أو منتجات، فإن مهلة ممارسة حق العدول عن العقد تبدأ منذ لحظة تسلم المتعاقد للسلعة أو الخدمة، وعلى هذا الحكم نصت المادة 121- 20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي في فقرتها الثانية[1].

أما إذا كان محل العقد أداء خدمة فإن مهلة سريان الحق في التراجع عن العقد تبدأ منذ لحظة قبول الإيجاب.

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري ما يلي:

- للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبيب ذلك ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن وجدت.

- يسري الأجل المذكور في الفقرة السابقة ابتداء من تسلم المال المباع (المبيع).

ويلاحظ أولا أن مشروع التعديل لم يفرق في بدء حساب المهلة بين ما إذا كان محل العقد خدمة أو سلعة أو منتوجا كما فعل المشرع الفرنسي.

أما المشرع التونسي فقد اتبع نهج نظيره الفرنسي، فنصت المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على ما يلي:" **يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:**

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.

- بالنسبة للخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد[2].

كما لاحظ بعض الفقه أن تلك النصوص لم تبين من الطرفين يكلف بإثبات التسليم[3].

---

[1] - Article 121-20/2: « le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services ».

[2] - وهذا النص يتطابق مع المادة 55 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[3] - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 63؛ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 112.

والواقع أن التشريع لم يكن في حاجة إلى إيراد ذلك لأن القواعد العامة كفيلة بأن تجعل المدعي هو صاحب المصلحة في الإثبات، فإن احتج المشتري وتمسك بحقه في العدول فعليه يقع إثبات أنه تمسك بهذا الحق في الأجل القانوني، وإن تمسك بحقه في العدول خارج الأجل ونازعه البائع، وقع على هذا الأخير إثبات أن واقعة التسليم حدثت قبل التمسك بالحق في التراجع لمدة أطول.

ولابد من الإشارة في هذا الموضع، إلى أن المشرع يجعله مهلة التمسك بالحق في التراجع تبدأ من تاريخ تسلم المبيع فإن هذا يعني أن العقد الذي ورد عليه الحق في التراجع هوعقد قائم ونهائي وأن التمسك بهذا الحق هو نقض للعقد من جانب واحد خوله المشرع بنص صريح، وفي المادة 106 من التقنين المدني ما يسمع بذلك إذا ذكرت عبارة **"أو للأسباب التي يقررها القانون"** وهذا سبب وجيه قرره المشرع بصريح النص للطرف الذي يراه جديرا بالحماية حتى لا تصبح قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كلمة حق يراد بها إرهاق طرف ضعيف.

أما عن المدة التي يتعين فيها على صاحب الحق ممارسة حقه في العدول عن العقد، فإن المواد التي قررت هذا الحق في القوانين المختلفة قد وضعت مدة أصلية ومدة استثنائية.فقد جاء في المادة 121- 01/20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي أن للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في العدول عن العقد[1] أما التوجيه الأوروبي فقد عبر عنها في المادة 06 منه بسبعة أيام عمل sept jours ouvrables[2].

والفرق بين سبعة أيام عمل وسبعة أيام كاملة، هوأن الأيام الكاملة يقصد بها 24 ساعة لكل يوم ولكنها قد يصادف أول يوم منها أو آخر يوم يوم عطلة، فلو صادف آخر يوم يوم عطلة وتم احتسابه فإن ذلك يعني أن صاحب الحق قد أمهل ستة أيام فقط، أما عبارة سبعة أيام عمل فهذا يعني أن اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة فلا يتم حسابه في المهلة،

1- Article 121-20/1 « le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation… »

2 - يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما تحدثوا عن خيار الرؤية وهوالمقابل للحق في العدول عند شراح التقنين لم يحددوا مدة زمنية توجب على صاحب الخيار أن يمارس حقه خلالها كما فعلوا بمناسبة خيار الشرط فحدده بعضهم بثلاثة أيام وتركه البعض الآخر دون تحديد، أما بالنسبة لخيار الشرط فلم يحدد الفقهاء الذين أجازوا مشروعية خيار الرؤية مدة معينة لاستعماله، وخلاصة اختلافهم أنه يجب أن يترك لصاحب الخيار مهلة معقولة لاستعمال حقه، راجع تفصيل ذلك: د/ محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية، المرجع السابق، ص 94.

وتفاديا لذلك أورد المشرع الفرنسي الفقرة الأخيرة من المادة 121- 20 من تقنين الاستهلاك التي قضت بأنه إذا صادق اليوم الأخير من الأيام السبعة المذكورة يوم سبت، يوم أحد، أو يوم عيد أو يوم عطلة فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل تال[1].

وإذا كان مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري قد سار على خطى المشرع الفرنسي فجعل مهلة ممارسة الحق في التراجع سبعة أيام فإنه استعمل لفظ كاملة وهنا تطبق القواعد العامة في المواعيد والتي لا يحتسب بموجبها اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة.

أما المشرع التونسي فقد نص في المادة 30 على أن مهلة استعمال الحق في التراجع هي عشرة أيام عمل[2].

على أن مهلة سبعة أيام المقررة لممارسة الحق في التراجع تمدد إلى ثلاثة أشهر في الحالة التي لا يتضمن فيها الإيجاب الموجه من طرف الموجب المعلومات التي فرض القانون أن يحتويها الإيجاب والمذكورة في المادة 412 مكرر03، وهي التي سبق أن عرضنا لها عند الحديث عن الإيجاب ومنها: هوية بائع المال ورقم هاتفه وعنوانه، مدة صلاحية العرض والثمن المقترح للبيع، كيفيات دفع الثمن وتسليم المال، مصاريف التسليم وكذا تكلفة تقنية الاتصال إذا كانت على عاتق المشتري، المميزات الأساسية للمال المعروض، كيفية خدمة ما بعد البيع ومدة توافر قطع الغيار، حق المشتري في العدول، المدة الدنيا لعقد البيع بالنسبة للعقود المستمرة.

وتمديد مهلة سبعة أيام إلى ثلاثة أشهر هو بمثابة الجزاء المدني الذي فرضه المشرع على الموجب الذي يوجه إيجابا لا يتضمن البيانات الأساسية التي نص القانون على ضرورة إحاطة من وجه إليه الإيجاب بها حتى يقدم على إبرام العقد على بصيرة من أمره.

أما إذا تدارك الموجب التزامه وقام بتبصير المشتري بالبيانات الإلزامية خلال ثلاثة أشهر التي تم تمديد مهلة الحق في التراجع إليها، فإن المشتري لا يبقى له إلا مهلة سبعة أيام من تاريخ تبصيره لممارسة الحق في التراجع، وعلى هذا الحكم نصت المادة

[1] - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 64.

[2] - أما مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين فقد ورد في المادة 55 منه عبارة خلال عشرة أيام دون وصف.

121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وتبعتها المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري[1].

وإذا كان الأصل أن المدة التي يجوز للمتعاقد أن يعدل فيها عن العقد هي سبعة أيام كاملة، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على زيادة هذه المدة بجعلها أكثر، ويكون اتفاقهم صحيحا لأنه ينسجم مع الأساس القانوني الذي تقرر بموجبه الحق أصلا وهو حماية مصلحة جديرة بالحماية، غير أنه لا يجوز إنقاص المدة لتعلقها بالنظام العام.

أما عن كيفية ممارسة الحق في التراجع فطبقا للمادة 121-20 في فقرتها الأولى من تقنين الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة 412 مكرر06 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري[2] فإن المشتري يكون له ممارسة حقه في العدول عن العقد خلال المدة المحددة له دون إبداء أسباب ذلك، فهو حق خالص للمشتري يمارسه بإرادته المنفردة دون العدول إلى القضاء وبغض النظر عن موقف المهني ودونما حاجة إلى تبرير[3].

ولذلك فإن المشرع لم يحدد شكلا للتعبير عن ممارسة هذا الحق وإن كانت الجوانب العملية تفرض على المشتري أن يتمسك بهذا الحق عن طريق وسيلة تضمن له الإثبات في حال قيام نزاع حول تاريخ التمسك بهذا الحق.

فقد يعدل المشتري عن العقد إذا وجد أن السلعة أوالمنتوج الذي أقدم عليه غير متوافق مع ما كان يتوقعه أو يتصوره، بل يتاح له هذا الحق حتى ولووجد أن السلعة أو المنتوج متوافق مع ما كان يتوقعه لكنه تبين له أنه تسرع فهوليس بحاجة إليه، وبذلك فإن الحق في التراجع عن العقد هو حق مطلق.

ويستطيع المشتري أن يمارس حقه في العدول بإحدى طريقتين، فإما أن يطلب رد المبيع واسترداد الثمن أو أن يطلب استبدال المبيع بآخر، ويلاحظ في الحالة الأخيرة أن ممارسة الحق في التراجع إذا انصبت على تغيير المنتوج فإن ممارسة هذا الحق لن تغير من جوهر العقد ولن تمس بقوته الملزمة.

---

[1] - ولم يتضمن التشريع التونسي نصا مماثلا، وكذلك مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[2] - وهي توافق المادة 30 من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي والمادة 55 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[3] - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 337؛ د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 86.

ويمكن للمشتري أن يمارس حقه في العدول عن العقد بالطريقتين معا، فقد يقدم على طلب تغيير البضاعة بأخرى خلال المهلة المحددة ويتبين له بعد تغييرها أن المبيع لا يصلح أوأنه ليس بحاجة إليه وعندئذ يطلب رد المبيع واسترداد الثمن[1].

ولا يخل استخدام الحق في التراجع أو ممارسته بالقواعد العامة المطبقة على عقد البيع، فالمشتري بعد التسليم يفترض فيه أنه تسلم المبيع مطابقا تماما لما تم الاتفاق عليه فإذا وجد أن المبيع به نقص، أوأن الصفات التي تعهد به البائع لا توجد به فإن من حقه طبقا للقواعد العامة طلب فسخ العقد أو إنقاص الثمن مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى[2]، وهذا بخلاف الحق في التراجع فلا يأخذ المشتري أي تعويض ولا يمكن إنقاص الثمن فيه.

الفرع الثاني: آثار الحق في التراجع عن العقد

إذا كان العقد الإلكتروني عقدا قوامه التراضي، وينعقد كما أشرنا سابقا، بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين، فإن تمكين المشتري في هذا العقد من الحق في التراجع يجعلنا أمام صورة جديدة من التعاقد تتيح لطرف واحد الاستقلال بنقض العقد بإرادته المنفردة وفي هذا خروج على القواعد العامة.

فمتى ثبت الحق في التراجع عن العقد في الحالات التي ذكرناها بالشروط التي فصلناها فإنه يرتب آثارا تغير من طبيعة العقد، ومتى تمت ممارسة الحق في التراجع ترتبت أيضا آثار على طرفيه.

ولذلك فإن آثار الحق في التراجع يمكن تقسيمها إلى مرحلتين، مرحلة ثبوت الحق في التراجع وهذه المرحلة تؤثر في الوصف القانوني لهذا العقد، ومرحلة استعمال الحق في التراجع وهي تؤثر على المراكز القانونية للطرفين.

أولا- تأثير الحق في التراجع عن العقد في ذاته:

حول ما إذا كان الحق في التراجع عن العقد يمثل اعتداء على مبدأ الرضائية أوخرقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن الفقه قد اختلف بصدد هذه المسألة حيث ذهب البعض بأن العقد الذي يتضمن حق العدول لا يبرم بصفة نهائية وإنما هوفي الحقيقة

---

[1] - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 214؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 279.

[2] - وهذا ما تقضي به المادة 366 مدني جزائري المطابقة لنص المادة 434 مدني مصري، و498 مدني كويتي، و402 مدني سوري.

مازال في طور التكوين، وأن المهلة القانونية، التي منحها المشرع للمشتري ما هي إلا فترة للتفكير والتروي في أمر هذا العقد، ومعنى ذلك أن الاتفاق الذي تم بين البائع والمشتري عن بعد لم يكن المقصود منه إبرام العقد بصفة نهائية وإنما كان مجرد رغبة في إبرام العقد، وأن العقد لا يوجد إلا بانقضاء المهلة المقررة لممارسة الحق في التراجع وبانقضاء هذه المهلة يكون المتعاقد الذي تقررت لمصلحته قد حظي بالوقت الكافي للتأمل والتدبر ويكون رضاؤه قد اكتمل بصفة نهائية[1].

وخلاصة هذه النظرة إلى الحق في التراجع عن العقد هي أنه لا يمثل أي اعتداء على القوة الملزمة للعقد، فيحدث العدول في لحظة لم يكن العقد قد أبرم فيها بعد، ذلك أن هذا الحق يتطلب تراضيا عليه، وهذا التراضي يتم على مرحلتين متتابعتين.

ففي المرحلة الأولى يولد العقد بتطابق إرادتي الطرفين، لكنها مرحلة لا تكفي بذاتها لتمام العقد ففيها يتشكك المشرع من تسرع المتعاقد لأسباب معينة ولذلك منحه مهلة للتفكير والتأمل تبدأ من لحظة تسلمه محل العقد أومن تاريخ إبرام العقد، ولا يكتمل وجود العقد إلا بانتهاء المهلة وهذه هي المرحلة الثانية النهائية، فالعقد لا يبرم نهائيا طالما أن الفترة المقررة لممارسة الحق في التراجع لم تنته وخلالها يكون العقد مهددا بالزوال[2].

ومن الواضح أن القول بفكرة انعقاد العقد على مرحلتين هو قول لا يستند إلى أي أساس قانوني، إذ من المعلوم أن العقد ينشأ متى تم التراضي عليه، ولم يعترف أي تشريع بفكرة انقسام التراضي على مرحلتين.

بينما ذهب آخرون إلى أن تقرير الحق في التراجع لا يغير من أمر العلاقة العقدية شيئا، فالعقد يكتمل وجوده بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين على العناصر الجوهرية للعقد، وصاحب الحق في التراجع يملك هذا الحق بمقتضى عقد قائم ومنعقد، ويدعم هؤلاء رأيهم بأن آثار العقد قد ترتبت عليه، فالملكية تنتقل إلى المشتري ويتحمل تبعة الهلاك حتى خلال مهلة ممارسة الحق في التراجع، كما له أن يتصرف في محل العقد[3].

---

[1] - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 88؛ د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص121.

[2] - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 227.

[3] - د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 106؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 137.

وقد حاول البعض الآخر البحث عن أساس العقد المتضمن الحق في التراجع في الوعد بالتعاقد، وشبهوا الفترة المتاحة للمشتري في التمسك بحقه في العدول بفترة الوعد، لكن انتقادا شديدا وجه لهذا الرأي على اعتبار أن الواعد يبقى مالكا للشيء ولثماره في فترة الوعد بينما تنتقل الملكية للمشتري صاحب الحق في التراجع، كما أن المشتري في العقد المتضمن حق العدول يملك أن يفسخه، أو ألا يمارس هذا الحق فيحصن العقد، بينما الموعود له لا يملك إلا أن يوافق على الوعد فيقتصر دوره على التعبير عن القبول[1].

كما أن انقضاء المدة المعددة للموعود له لإظهار رغبته في العقد، يجعل من الوعد كأن لم يكن، في حين أن انقضاء المهلة المخولة للمشتري في ممارسة حقه في العدول تجعل العقد محصنا.

وحاول آخرون تلمس الأساس القانوني للعقد المتضمن الحق في التراجع في البيع بشرط التجربة، وذلك أن المتعاقد الذي يملك حق العدول يتاح له رؤية المبيع وتجربته فإن لم يقبله أرجعه للبائع، وفي هذا تطابق مع البيع بشرط التجربة، والواقع أنه من غير المقبول الأخذ بهذه النظرة القاصرة إلى الحق في التراجع، ففي العقد المقترن بشرط التجربة يقتصر حق المشتري على قبول المبيع أو رفضه، في حين يتسع المجال لصاحب الحق في التراجع فهو يملك الإبقاء على العقد مع تغيير البيع أورده مع استرداد الثمن[2].

كما أن الحق في التراجع هو حق مطلق يعفى فيه المتعاقد الذي مارس حقه في العدول من إبداء الأسباب أو اللجوء إلى القضاء في تقرير حقه، بينما يخضع المشتري في البيع بشرط التجربة لرقابة القضاء، يضاف إلى ذلك أن البيع بشرط التجربة هوفي واقع الأمر عقد معلق على شرط واقف فإذا تسلم المشتري المبيع لتجربته وهلك بسبب أجنبي، فإنه يهلك على مالكه أي البائع الذي يتحمل تبعة الهلاك أما إذا هلك المبيع في يد المشتري الذي يملك حق العدول فإنه يهلك عليه باعتبار أن الملكية قد انتقلت إليه[3].

ورجح بعض الفقهاء أن فكرة العقد غير اللازم تعد وصفا دقيقا للحالة التي يكون عليها العقد المتضمن الحق في التراجع وهي صفة استثنائية لأنها تخالف الأصل العام وهي

---

[1] - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 95.

[2] - د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 124.

[3] - د/ أبوالخير عبد الونيس الخويلدي، المرجع السابق ص 132.

القوة الملزمة للعقد، وهي صفة مؤقتة لأنها تزول بانتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في التراجع[1].

وفكرة العقد غير اللازم معروفة في الفقه الإسلامي وهي تعني العقد الجائز أي الذي يجوز لأحد الطرفين أو لكليهما فسخه فهي عقود قبل الفسخ بطبيعتها كالوكالة والوصية والعارية والوديعة، والمقصود بالفسخ في الفقه الإسلامي هو إنهاء العقد[2].

ننتهي إلى القول بأن العقد الإلكتروني بما أنه ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، وبما أن المشرع خول للمشتري في هذا النوع من العقود ممارسة الحق في التراجع في الحالات التي يجيزها، فإنه هذا العقد هو عقد غير لازم بالنسبة إليه فيملك ممارسة الحق في التراجع في الحالات التي يجيزها القانون وفي المهلة التي يحددها.

ثانيا - آثار ممارسة الحق في التراجع على أطراف العقد:

إذا مارس المتعاقد حقه في العدول في المهلة المحددة ترتبت على ذلك آثار بالنسبة إليه وآثار بالنسبة إلى الطرف الثاني.

فبالنسبة للمشتري المستهلك فإنه متى تمسك بحقه في العدول زال العقد وأعتبر كأن لم يكن منذ لحظة إبرامه، وهذا ما يعني التزامه برد السلعة أو المنتوج للبائع أو التنازل عن الاستفادة من الخدمة، ويجب أن يعيد البضاعة أوالمنتوج بالحالة التي تسلمها عليها فإن أصابها تلف أو هلاك تحمله هو باعتباره كان مالكا لها.

وطبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وهي تقابل المادة 412 مكرر 06 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فإن المشتري متى مارس حقه في العدول فإنه لا يتحمل أية جزاءات أو مصاريف ماعدا مصاريف الإرجاع إن وجدت، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى التعليق على هذا الحق بأنه بالإضافة إلى كونه حقا مطلقا وتقديريا فإنه أيضا حق مجاني[3].

[1] - د/ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 230.

[2] - د/ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 275؛ د/ محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية، المرجع السابق ص75.

[3] - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 71.

ولا يوجد ص يمنع اتفاق الطرفين على إعفاء المشتري حتى من مصاريف الإرجاع أما الاتفاق على تحمل المشتري أية نفقات إضافية فمصيره البطلان لمخالفته قواعد حماية المستهلك[1].

وإذا انقضت مهلة العدول دون أن يتمسك المشتري بحقه في العدول عن العقد، فإن صفة اللزوم تلحق بالعقد ويصير باتا ويستقر نهائيا ولا يكون للمشتري ممارسة هذا الحق مرة أخرى.

غير أن سقوط الحق في التراجع بانقضاء المهلة لا يمنع المشتري من الاستفادة بالقواعد العامة في التقنين المدني الخاصة بضمان العيوب الخفية أو الاستناد إلى نظرية عيوب الإرادة إذا تبين أن إرادته كانت معيبة، وذلك أن الحق في التراجع هو وجه من أوجه الحماية الخاصة التي لا تسقط الحماية العامة المقررة في التقنين المدني.

أما بالنسبة للبائع فيلتزم في حالة ممارسة الحق في التراجع من قبل المشتري، برد ما قبضه من ثمن، كما يترتب بالنسبة إليه فسخ عقد القرض الذي يكون قد أبرمه مع المشتري لتمويل شراء البضاعة أو الاستفادة من الخدمة[2].

فوفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة 412 مكرر 07 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فإنه يجب على البائع المهني أن يقوم برد الثمن خلال ثلاثين يوما من اليوم الذي أعلن فيه المشتري تمسكه بالعدول، وفي حالة تجاوز البائع هذا الأجل دون أن يرد الثمن فإنه يتعرض لزيادة في الثمن على سبيل الغرامة وهي الغرامة التي يعود تقديرها للقانون الذي ينظم الفوائد القانونية في فرنسا، أما في الجزائر فقد حددها مشروع التعديل بـ10% من ثمن المبيع عن كل يوم تأخير[3].

بالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع الفرنسي قد نص على جزاء جنائي يوقع على البائع في حالة رفضه إرجاع ثمن البيع إلى المشتري، حيث جاء في المادة 121-20 فقرة 02 على أن توقع عقوبة جزائية على كل بائع رفض رد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال ثلاثين

---

[1] - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 342.

[2] - د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 120؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 137.

[3] -Article 121-20/1 « lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé, Au-delà, la somme due est de plein droit, productive d'intérêts aux taux légal en vigueur ».

يوما من إعلان المستهلك عدوله عن العقد، ويلاحظ أن هذه العقوبة التي تطبق على البائع هي العقوبات المطبقة في مجال المنافسة وقمع الغش[1]، وهي قد تصل إلى الحبس 6 أشهر وغرامة قدرها 7500 أورو[2].

وإذا كان ثمن البيع ممولا كليا أو جزئيا بقرض ممنوح من البائع أومن الغير باتفاق مع البائع، فإنه يترتب قانونا على تمسك المشتري بحقه في العدول فسخ عقد القرض وذلك دون تعويض ولا مصاريف باستثناء تلك المتعلقة بفتح الاعتماد، وهذا ما نصت عليه المادة 311-25 في فقرتها الأولى والتي أضيفت إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي بمقتضى المرسوم 741/2001 الذي سبقت الإشارة إليه والذي صدر إعمالا لأحكام التوجيه الأوروبي لاسيما المادة 6 فقرة 04 من التوجيه رقم 07/97.

وهذا النص مطابقا للمادة 412 مكرر 12 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري[3] وبذلك يكون المشرع قد نظر إلى العقدين، العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلا له، باعتبارهما كلا لا يتجزأ فقرر أن زوال الأصلي منها يستتبع زوال التابع، فالمشتري لم يبرم عقد القرض إلا لتمويل شراء المنتوج أو الاستفادة من الخدمة فإن تمسك بحقه في العدول فلم يبق مجال للقرض.

ومن خلال استعراض مظاهر الحماية الخاصة للمتعاقدين في العقد الإلكتروني، فإنه يمكن القول بأن حماية المستهلك في العقد الإلكتروني قد ألقت بظلالها الكثيفة على عدد من المبادئ التقليدية التي تحكم النظرية العامة للعقد، إما لحظة إبرام العقد بهدف حماية رضا المتعاقد المستهلك، وإما بالتدخل في مضمون العقد بهدف إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية، أو حتى بالنسبة لآثار العقد بزيادة التزامات المهني (المنتج، الموزع، البائع) أو التوسع في حقوق المستهلك، بتقرير حق العدول عن العقد الذي أبرم صحيحا، وإعفاءه من إبداء الأسباب أو تحمل المصاريف، بل وبلغت الحماية إلى تدخل التشريع الجزائي لفرض عقوبات جزائية على عدم تنفيذ التزامات مدنية.

---

[1] - Article 121-20/02: « est punie de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le refus du vendeur de rembourser dans les conditions fixées à l'article 121-20-1 le produit retourné par l'acheteur, lorsque celui-ci disposes d'un droit de rétractation ».

[2] - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 67.

[3] - وهذا النص يقابل نص المادة 33 من قانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي، والمادة 58 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.