

حق التراجع عن العقد: بحث عن تكييف قانوني Right of retraction: search for legal adaptation

بدري جمال *

جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق

dj.badri@univ-alger.dz

تاريخ القبول: 2022/12/13

تاريخ المراجعة: 2022/11/28

تاريخ الإيداع: 2022/10/21

ملخص:

لقد أقر المشرع آلية تسمح لأحد المتعاقدين في بعض العقود، بأن ينهي العقد بإرادته المنفردة خلال فترة زمنية محددة، تبدأ مباشرة بعد انعقاد العقد صحيحا، ويطلق عليها بالحق في التراجع عن العقد. يأتي السماح بحق التراجع عن العقد كآلية جديدة تضاف إلى عدة آليات أخرى اهتدى إليها المشرع، وتأتي في سياق عملية سد الفراغ في قواعد الحماية التقليدية، نظرا لتطور الواقع وضرورة مواكبة القوانين لهذا التطور. لقد ثار جدال فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لحق التراجع عن العقد، الأمر الذي يستدعي البحث عنها ضمن خيارات تقليدية وأخرى حديثة.

الكلمات المفتاحية: حق في التراجع عن العقد؛ الحق الشخصي؛ الحق العيني؛ الحق الإرادي؛ حماية المستهلك.

Abstract:

The legislator has approved a mechanism that, in some contracts, allows a contractor to terminate the contract unilaterally within a specified period of time, commencing immediately after the contract is valid, and is called the right to renounce the contract.

Allowing the right to renege on the contract as a new mechanism is tantamount to several other mechanisms to which the legislator has addressed, and comes in the context of the process of closing the vacuum in the traditional rules of protection, given the evolution of reality and the need for laws to keep pace with this development.

There has been a doctrinal debate about the legal nature of the right to renege on the contract, which calls for searching for it within traditional and modern options.

Keywords: right of retraction, personal right, real right, voluntary right, consumer protection.

* المؤلف المراسل.

على الرغم من تسهيل التعاقد عن بعد لعملية التعاقد إلا أنها ساهمت كذلك باختلال التوازن بين مراكز المتعاقدين خاصة في مجال العقود الاستهلاكية التي تبرم عن بعد، أين جعلت المتعاقد المهيمن أو المحترف في مركز قوة من جهة، والمتعاقد المستهلك في مركز ضعيف من جهة أخرى.

لا أحد ينكر ما يتعرض له المستهلك من ضغوط نفسية وتعدد الخيارات عندما يريد أن يتعاقد في بعض العقود الخاصة على سلعة ما أو خدمة معينة، كما هو الحال في العقد الإلكتروني¹، فيكون من المنطقي أن يصبح رضائه واقع لا محالة تحت تأثير تلك الضغوطات ولو قرر في الأخير إتمام العملية العقدية. من أجل ذلك، كان لزاما على المشرع التدخل لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، وذلك من خلال إقراره آلية تسمح للمستهلك الضعيف بأن ينهي العقد بإرادته المنفردة خلال فترة زمنية محددة، تبدأ مباشرة بعد انعقاد العقد صحيحا، ويطلق عليها بالحق في التراجع عن العقد².

يعرف حق التراجع³ بأنه "مكنة يمنحها القانون للطرف الضعيف في العقد تسمح له خلال أجل معين أن يرجع بإرادته المنفردة عن رضائه الذي كان قد أبداه وقت إبرام العقد من غير حاجة لبيان أسباب ذلك العدول"⁴.

يظهر لأول وهلة أن الاعتراف بحق التراجع عن العقد يعد تعد صارخ على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولكن المتمعن في ظروف وملابسات ذلك الاعتراف، يتوصل إلى نتيجة مفادها، ضرورة حماية المتعاقد الضعيف ولو عبر الخروج عن

1- يعرف العقد الإلكتروني على أنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل". راجع: عبد الرحمان بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، دار الوراق، ط 1، بيروت، لبنان، 2004، ص 01. ويعرفه آخر على أنه "ذلك العقد الذي يتلاقى فيها الإيجاب بالقبول على شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد انشاء التزامات تعاقدية". راجع: خالد ممدوح براهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ط 1، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 5.

2- جاء في التشريع الجزائري النص على حق التراجع عن العقد في مجال النقد والقرض، أين استعمل المشرع مصطلح "الرجوع عن العقد". تنص المادة 119 مكرر 1 المضافة بالمادة 13 من الأمر رقم 04-10: "يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد". الأمر رقم 04-10 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431، الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424، الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، (ج ر ع 50، ص 11). كما جاء النص عليه في مجال القرض الاستهلاكي، أين استعمل المشرع مصطلح "التراجع عن العقد".

- تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي الذي يتعلق بكيفيات وشروط العروض في مجال القرض الاستهلاكي: "لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطار من طرف المشتري بتحصله على القرض. غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما". مرسوم تنفيذي رقم 15 - 114 مؤرخ في 23 رجب عام 1436، الموافق 12 مايو سنة 2015، يتعلق بكيفيات وشروط العروض في مجال القرض الاستهلاكي. (ج ر ع 24 مؤرخة في 13 مايو 2015).

3 - يرى الدكتور علي فيلاي أن المصطلح الأصح هو ما أشار إليه المصطلح بالفرنسية "le droit de rétractation"، وهو حق التراجع وليس حق العدول، ويقول في هذا الشأن: "يجب تفادي الخلط بين نقض العقد وحق التراجع المقرر بموجب تشريعات خاصة في إطار حماية المستهلك، إذ يستند حق التراجع إلى اعتبارات أخرى تتعلق برضا المستهلك"، راجع: د. علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، ط 3، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 377.

4- راجع: أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، المتعلق بحقوق المستهلكين، وقانون الاستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، العدد 03، 2016، ص 136.

القواعد العامة أحيانا، ولن يكون ذلك إلا من خلال أعمال منطق الإستثناءات من جهة، وضرورة تأطير تلك الاستثناءات من جهة أخرى.

يأتي السماح بحق التراجع عن العقد كآلية جديدة تضاف إلى عدة آليات أخرى اهتدى إليها المشرع، وتأتي في سياق عملية سد الفراغ في قواعد الحماية التقليدية، نظرا لتطور الواقع وضرورة مواكبة القوانين لهذا التطور. ترتبط المدة المحددة للتراجع عن العقد ارتباطا وثيقا بحق الخيار الممنوح للمتعاقد خلال تلك المدة، والتي يجب أن يستعمل حقه وخياره خلالها، وإلا فلن يكون لهذه الممارسة أي مفعول قانوني بعد انقضائها، و يبدأ نطاق الحق في التراجع واستعمال حق الخيار بإبرام العقد ويستمر إلى غاية نهايته.

لقد شهد حق التراجع عن العقد جدلا بين الفقهاء بسبب صعوبة تحديد طبيعته القانونية، بحيث نظر إليه كل فريق من زوايا معينة، وحاول إعطائه تكييفا وفقا لما يغلب عليه من خصائص وصفات. من خلال اعتراف بعض القوانين بحق التراجع عن العقد والنص عليه في قوانينها، فإنها ترسم له حدودا معينة، تجعله يتميز بخصوصيات ضمن العقد الذي ترتب عنه، تبقى ما بقي ذلك العقد وتنتهي حتما بزواله، تبعا للطبيعة القانونية التي يتجسد فيها، الأمر الذي يفرض حتما التساؤل عن هذه الطبيعة القانونية، والجدل الذي ثار حولها؟ في سبيل الإجابة عن التساؤل السابق، يمكن اقتراح خطة بحث تشمل محورين، يتضمن المحور الأول حق التراجع عن العقد الإلكتروني: تجاوز التكيف القانوني التقليدي، ويتناول المحور الثاني، حق التراجع عن العقد الإلكتروني: تكيف قانوني حديث.

1- حق التراجع عن العقد: تجاوز للتكيف القانوني التقليدي

صنف البعض حقّ التراجع عن العقد¹ على أنه حق شخصي (1-1)، بينما ذهب رأي آخر إلى اعتباره حقّا عينيا (2-1). واعتبره آخرون مجرد رخصة قانونية (3-1).

1-1- حق التراجع عن العقد: حق شخصي

بعد تعريف الحق الشخصي (1-1-1)، نحاول إسقاط التعريف على حق التراجع عن العقد (2-1-1).

1-1-1- تعريف الحق الشخصي

يُعرف الحق الشخصي على أنه "رابطة قانونية بين شخصين تُخَوِّل أحدهما وهو الدائن حقّ مطالبة الطرف الآخر المدين، بإعطائه شيئا ما، أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل"².

1- يجب عدم الخلط بين حق التراجع عن العقد في بعض العقود، وحق الرجوع عن الهبة الذي أقرته المادة 211 أسرة: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه..". وقد قرره المشرح صراحة للوالدين، كما أنه مقرر في الشريعة الإسلامية، ولعل الحكمة من الاعتراف بحق الرجوع عن الهبة هو حماية الوالدين من الأضرار التي قد تلحقهما من جراء تبذير الأموال من طرف الأولاد، نظرا لتغير الظروف التي تمت فيها هذه الهبة وما يطرأ من أوضاع بعد إبرامها. راجع: علي بن محمد بن رمضان الرشيد، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 108 وما بعدها. راجع أيضا: - I. NAJJAR (I), ACTES A TITRE GRATUIT, D., DELTA, 1999, p 155.

2- راجع: محمد أحمد شحاته، القانون - دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية - المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 340.

يعرفه آخر بأنه: "حالة قانونية أو وضع قانوني يلتزم بمقتضاه شخص بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله".¹

يعتبر هذا الحقّ عنصراً إيجابياً في ذمة الدائن المالية، إلا أنه على عكس ما هو عليه الحال في الحق العيني، فإنّ الحقّ الشخصي يكون في شكل دائم عنصراً سلبياً في ذمة المدين المالية.²

1-1-2- مدى اعتبار حق التراجع عن العقد حقاً شخصياً

يتمثل مضمون الحق الشخصي في حق الدائن بمطالبة المدين منحه شيئاً ما، أي أن الأمر يتعلق باقتضاء دين من خلال إعطاء أو منح شيء ما أو من خلال عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء ما. بإسقاط عناصر هذا التعريف على حق التراجع عن العقد نجد بأنه في هذا الأخير، لا يطلب المستهلك من المتعاقد الآخر المني منحه أي شيء، كما أنه لا يطلب منه عمل شيء أو اقتضاء دين معين، لكن، بالنسبة لعدم عمل شيء ما، يمكن تصور الالتزام الواقع على عاتق المتعاقد المني طيلة مدة الخيار الممنوحة للمستهلك، حيث يتعين عليه أن لا يأتي بأي عمل من شأنه إعاقة هذا الأخير من استعمال حقه بكل حرية، الأمر الذي يقرب حق العدول من الحق الشخصي في هذه النقطة دون أن يتطابق تماماً.³

1-2-2- حق التراجع عن العقد: حق عيني

بعد تعريف الحق العيني (1-2-1)، نحاول إسقاطه على حق التراجع عن العقد (2-2-1).

1-2-1- تعريف الحق العيني

الحقّ العيني هو "سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، هذه السلطة المباشرة تُخوّل لصاحب الحقّ الإفادة من هذا الشيء مباشرة ودون توقّف على إرادة أحد غيره، فصاحب الحقّ العيني يُباشِر حقه دون وساطة من أحد آخر".⁴ وعرفه آخر بأنه "سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء معين بالذات، ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة".⁵

1-2-2- مدى اعتبار حق التراجع عن العقد حقاً عينياً

يفرض حق التراجع عن العقد أن يصبح مصير العقد في يد أحد المتعاقدين طيلة مدة الخيار المحددة، وبمجرد إبداء هذا الأخير قراره التراجع عن العقد خلالها ينتهي هذا الأخير. ويبدو من خلال التحليل السابق، أن حق التراجع عن العقد يمنح بدوره سلطة لأحد المتعاقدين بإنهاء العلاقة العقدية بإرادته المنفردة خلال المدة المقررة، وهو ما يجعل الأمر يشبه السلطة الممنوحة في الحق العيني لشخص ما على شيء معين، غير أن هذه الأخيرة معروفة ولا تثير أي غموض أو

1- راجع: محمد صبري السعدي، النظرية العامة لالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 18.

2- راجع: جورج ن شداروي، تقسيمات الأموال، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص 130

3- راجع عكس هذا الرأي: نقاش حمزة، سايفي أسماء، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، العدد 07، 2019، ص 24. راجع أيضاً: سي يوسف زاهية حورية، حق التراجع عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تمراست، المجلد 07، العدد 02، 2018، ص 17.

4- راجع: مصطفى الجمال، دنبل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 456.

5- راجع: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دمشق، 1980/1970، ص 599. ذكره علي فيلاي، نظرية الحق، موقف للنشر، الجزائر، 2011، ص 59.

إشكال، بينما تثير السلطة الممنوحة لأحد المتعاقدين في بعض العقود من خلال ممارسة حق التراجع عن العقد، بعض الغموض والإرتياب، والأكد أن تختلف كلياً عن مفهوم السلطة أو التسلط المعروفة في الحق العيني. في العقود التي يعترف فيها المشرع بحق التراجع لأحد المتعاقدين، لا يتعلق الأمر فيها بسلطة المتعاقد على شيء معين، والأكد أيضاً أن تلك السلطة ليست على شخص المتعاقد الآخر، باعتبار أن ذلك لا يجوز ابتداءً من جهة، كما لا يمكن للمتعاقد أن يصير شيئاً من جهة أخرى.

كنتيجة لما سبق، يمكن القول بأن حق التراجع عن العقد ليس حقاً عينياً ولا يمنح للدائن سلطة مباشرة على شيء معين، بل بالعكس من ذلك، يمنح له هذا الحق سلطة "إتمام العقد أو التحلل منه فقط دون ترتيب أية مسؤولية عليه"¹.

3-1- حق التراجع عن العقد: رخصة قانونية

من خلال استبعاد أن يكون حق التراجع عن العقد حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، يأتي التساؤل حول مدى اعتباره رخصة قانونية؟ بعد تعريف الرخصة القانونية (1-3-1)، نحاول مقارنتها مع حق التراجع عن العقد الإلكتروني (2-3-1).

1-3-1- تعريف الرخصة القانونية

انطلاقاً من معارضة الآراء السابقة لتكييف حق التراجع عن العقد على أنه حق شخصي أو حق عيني، ظهر رأي آخر يرى بأنه عبارة عن رخصة قانونية منحها المشرع للمتعاقد الضعيف يستعملها في مواجهة المتعاقد المحترف، من خلالها يتمكن من إنهاء الرابطة العقدية دون أن يقدم أي تبرير ودون أن يكون محلاً للمساءلة القانونية.² تعرف الرخصة القانونية بأنها "الخيار الممنوح لشخص معين، بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقاً لمصلحته، وفي حدود هذه المصلحة"³. يعرفها آخر على أنها "مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة"⁴. كما يعرفها آخر بأنها "رغبة من صاحب الحق في الحصول على الحق، وبذلك تحتل الرخصة منزلة وسطى بين الحرية والحق، وتختلف الرخصة عن الحق في أنها إجراء أو مرحلة للوصول إلى الحق، كما أنها تحتل مرتبة أدنى من الحق، بمعنى أنها لا تخول للشخص مكنة الاستئثار والتسلط"⁵.

يوجد كذلك من يسوي بين الحرية والرخصة "واعتبرهما مرادفين لنفس المعنى، غير أن هذا الرأي لم يسلم هو الآخر من النقد، لأنّ "الرخصة لا تمنح لشخص معين على سبيل الانفراد من جهة، كما أنها تثبت لجميع الناس وتقرر بنص تنظيمي"⁶ من جهة أخرى، وهذا لا ينطبق أصلاً على حق التراجع عن العقد.

1- راجع: نقاش حمزة، سايعي أسماء، المرجع السابق، ص 25.

2- راجع: سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 17.

3- راجع: عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بدون مكان نشر، بدون سنة طبع، ص 22.

4- راجع: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 01، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1967، ص 9.

5- راجع: علال آمال، محاضرات في نظرية الحق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2020/2019، ص 24.

6- راجع: نقاش حمزة، سايعي أسماء، المرجع السابق، ص 25. راجع أيضاً: سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 17.

1-3-2- مدى اعتبار حق التراجع عن العقد رخصة قانونية

الملاحظ في التعريفات السابقة أنه لا يكاد يوجد اتفاق على تعريف جامع مانع للرخصة القانونية، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال اختلاف واضح في تلك التعاريف، أين يظهر تارة الخلط الواضح بينها وبين تعريف الحق وخصائصه، وتارة أخرى، بين الحرية وخصائصها.

يبدو أنه يوجد جدال فقهي حول تكييف حق التراجع عن العقد، فلا هو من قبيل الحق الشخصي كما يقول البعض، ولا هو من قبيل الحق العيني كما يذهب البعض الآخر، كما يرفض آخرون اعتباره مجرد رخصة قانونية، وفي ظل هذا الجدل الحاصل ظهر مؤخرا من ابتعد كل البعد عن تلك التصنيفات التقليدية، وذهب إلى حد القول بانتماء حق التراجع عن العقد إلى طائفة جديدة من الحقوق، وذلك بالنظر إلى الموضوع من زاوية أخرى تختلف كلياً عن المقاربات السابقة، فأصبح الأمر لا يتعلق باقتضاء دين كما هو الحال في الحق الشخصي، ولا بسلطة شخص على شيء معين كما هو الحال في الحق العيني، كما أنه يبتعد عن مفهوم الرخصة القانونية باختلاف مفاهيمها، الأمر الذي أدى إلى التساؤل عن حقيقتها وحقيقة طبيعته القانونية.

2- حق التراجع عن العقد: تكييف قانوني حديث

إذا كان حق العدول ليس حقاً شخصياً ولا حقاً عينياً بسبب عدم تخويله صاحبه السلطات التي يمنحها أي من الحقيين السابقين، فإنه أيضاً يختلف عن مفهوم الرخصة القانونية التي يعترف بها القانون ويمنحها في حدود معينة، فحق التراجع عن العقد يتعدى كل المفاهيم والأنظمة السابقة¹.

لقد ظهر اتجاه حديث يذهب إلى القول بأن حق التراجع عن العقد ينتهي إلى طائفة جديدة من الحقوق، سنحاول تسليط الضوء عليها من خلال التعرض لمفهومها (1-2)، ثم التعرف على أهم خصائصها (2-2).

1-2- حق التراجع عن العقد: حق إرادي في السياق التعاقدي

ظهر حديثاً اتجاهها فقهي يقول بوجود طائفة جديدة من الحقوق تحتلف عن الحقوق التقليدية المعروفة، وأطلقوا عليها فئة "الحقوق الإرادية"، وأن حق التراجع عن العقد ما هو إلا حق إرادي في السياق التعاقدي (2-1-2)، سنحاول أولاً ضبط المصطلح وتسلط الضوء عليه (1-1-2).

1-1-2- ضبط مصطلح الحق الإرادي

لقد شهد الحق الإرادي تطوراً كبيراً في عدة قوانين أهمها القانون الإيطالي، والقانون السويسري، وكذا القانون الألماني، وظهرت حوله عدة أبحاث قانونية اتسمت بالتفصيل والتحليل في كثير من الأحيان، ويأتي منشأ هذا المفهوم الجديد نتيجة عجز كل من مفهوم الحق الشخصي ومفهوم الحق العيني عن تفسير هذا الحق². فالسلطة الممنوحة لصاحب الحق الإرادي لا تحتاج لشخص آخر كما هو الحال في الحق الشخصي، كما أنها ليست سلطة على شيء معين

1- راجع: موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 232.

2 - David BOSCO, Le droit de rétractation, (pour l'obtention du DEA de droit privé de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille), France, 1999. p : 51.

كما هو الحال في الحقّ العيني¹، بل هو مرتبط بمركز قانوني² قابل للتغيير بفعل إرادة صاحب الحقّ المنفردة³. لقد استعملت عدة مصطلحات في التشريعات المختلفة التي عالجت هذه المسألة في قوانينها، وما يُلاحظ عن هذه المصطلحات، أنّها تتشابه في ما بينها وتؤدي نفس المعنى وإن اختلفت في شكلها⁴.

استعمل القانون الإيطالي مصطلح "diritti potestativi" تعبيرا عن الحق الإرادي، أمّا في ألمانيا فقد استعمل مصطلح "Rechte de rechtlichen Könnens" و "KanRechte"، وهي تعبير عن حق الشخص القانوني في الفعل، أما القانون السويسري فقد استعمل مصطلح "droit formateur" أو الحقّ المولّد⁵. والحقيقة أنّه مع اختلاف تلك المصطلحات في الشكل، فإنّها توحى جميعا بمفهوم قانوني واحد تظهر من خلاله الصبغة الإرادية بوضوح⁶.

يعود الفضل في ظهور دراسة شاملة للحقّ الإرادي في فرنسا للأستاذ (M.NAJJAR)، وذلك عبر أطروحة دكتوراه تحت عنوان: "Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral"، فقد أكّد في دراسته هذه أنّ حق الخيار المعترف به في بعض العقود، ما هو إلّا حقّ إرادي⁷.

الحقوق الإرادية ليست نوعا واحدا⁸، فقد تنتج عن اتفاق أو من خلال نصوص تشريعية، كما قد يكون منشؤها القضاء، كأمثلة على ذلك، حقّ الشفعة، حقّ الخيار الناتج عن عقد الوعد⁹، حق التراجع عن العقد في العلاقة بين المستهلك والمنتج¹⁰، ... إلخ.

1 - Ibid.

2 - يُعرف الأستاذ (M.NAJJAR) المركز القانوني: "الوضعية التي يمكن وصفها بدقة وهي قانونية لأنّه ينتج عنها آثار يعترف بها القانون أو الاتفاق". راجع:

- M.NAJJAR, le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, thèse, Paris, 1966, L.G.D.J, 1967, spéc, p 16.

3 - Aurélien SIRI, LA RÉSILIATION UNILATÉRALE DU CONTRAT, (M É M O I R E pour le D.E.A, DROIT PRIVÉ, FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE, France, 2003, p 128.

4 - Aurélien SIRI, op-cit, p : 124, Voir aussi : Arnaud DUCROCQ, recherche sur la notion de droit potestatif, (mémoire de D.E.A, fac. des sciences politiques, juridiques et sociales, université de Lille 2), 1999-2000, p: 7

5 - M.NAJJAR, op-cit, p 102.

6 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, p 8.

7 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, p : 8. Voir aussi : M.NAJJAR, op-cit, p 103.

8 - مع تعدّد هذه الحقوق عبر مصادر مختلفة، فإنّها تختلف عن بعضها البعض في بعض الخصائص والآثار، كما هو الحال مثلا بين حق الموعود له في الوعد بالتعاقد، وحق فسخ العقد بالإرادة المنفردة.

"Le droit d'option se distingue des autres droits potestatifs par la mutation qu'il opère une fois que le choix s'est exprimé, qui fait cessé cet état d'attente de suspension. Or, le droit de rompre exercé par la résiliation unilatérale s'écarte du droit d'option dans la mesure où il a un effet créateur d'une situation juridique nouvelle par extinction, destruction alors que le droit d'option a en général un effet créateur d'une situation juridique nouvelle par création (exemple: les options successorales testamentaires, les options de nationalité, **le droit de bénéficiaire dans la promesse unilatérale de contrat**, le droit de préemption, le droit de retrait, le droit de rachat ...) mais aussi parce que dans la résiliation unilatérale fait défaut la situation d'attente laquelle est très souvent enfermée dans une durée. La situation n'est pas statique mais active, le contrat étant en cours d'exécution. Voir : Aurélien SIRI, op-cit, p : 128. Voir aussi : M.NAJJAR, op-cit, p 102.

9 - Ibid, p 128.

10 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, pp 8-9

لا يظهر مصطلح "الإرادية" (Potestativité) عند البحث في المصطلحات القانونية لأنه حديث نسبياً، ومع ذلك يثبت الواقع تقبل جانب من الفقه لهذا المصطلح.¹ يعود أصل هذا المصطلح إلى اللغة اللاتينية "Potestas (is)" وتعني القدرة والسلطة والسيطرة. فصفة الإرادي (Potestatif) تُعبّر عن فكرة السلطة والسيطرة المتضمنتين في فكرة الحقّ الإرادي والشرط الإرادي.² يتعلق الأمر في الشرط الإرادي بسلطة ممنوحة لأحد الأطراف يستطيع من خلالها التأثير على حادث يتعلق به الالتزام³، أمّا في الحقّ الإرادي، فيتعلّق الأمر بسلطة معترف بها لشخص ما يستطيع من خلالها التأثير على مركز قانوني يهم الغير.⁴

يهدف المشرع عادة عند نصه على مثل هذه الحقوق إلى حماية طرف ما في العلاقة العقدية، كما هو الحال في قانون حماية المستهلك، أو في العقود التي تبرم عن بعد، كما هو الحال في حق التراجع عن العقد، أو في إطار مصلحة اجتماعية، كما هو الحال في حقّ الشفعة⁵، أمّا بالنسبة للقضاء، فإنّه قد يبتدي إليها في إطار إيجاد حلول لمسائل معيّنة، معيّنة، كما هو الحال بالنسبة لمنع تأييد الالتزامات، كما هو الحال بنقض العقد بالإرادة المنفردة في بعض العقود غير محددة المدة.⁶

2-1-2- تعريف الحقّ الإرادي

ظهرت عدّة تعاريف للحقّ الإرادي أشهرها ذلك الذي قدّمه الأستاذ (M.NAJJAR) في أطروحته، فقد عرفه بأنّه "مكّنة⁷ أو سلطة يستطيع من خلالها شخص بإرادته المنفردة، التأثير على مركز قانوني قانوني قائم، وذلك بتغييره أو إنهائه، كما يمكنه إنشاء مركزاً قانونياً جديداً من خلاله".⁸

يفرض منطق الحقّ الإرادي وجود رابطة خضوع أو تسلط يمارسها صاحب الحقّ الإرادي على الدائرة القانونية للمتعاقد الآخر، فينبغي بها مركزه القانوني أو يعدله، أو ينشئ من خلاله مركزاً قانونياً جديداً.⁹

1 - "La condition potestative et le droit potestatif présentent des similitudes : ils desservent tous deux l'intérêt de de l'une des parties". Voir : ROCHFELD J, Les droits potestatifs accordés par le contrat, L.G.D.G, Mélanges offerts à J. Ghestin, 2001, p 756.

2 - ROCHFELD J, op-cit, p 756.

3 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, p 28 (en marge 87).

4 - Ibid.

5 - Ibid.

6 - Ibid.

7 - La doctrine classique assimilait la notion de faculté à des possibilités de fait, de simple pouvoirs de fait. Et pour donner un contenu à la notion en tant que prérogative juridique, d'autres auteurs opposèrent les facultés, imprescriptibles, aux droits. Voir : David BOSCO, op-cit, p 48. P.ROUBIER qui qualifia les facultés de prérogatives juridiques en les définissent comme : "une sorte de possibilité légale d'option en vue de création d'une situation juridique". Voir : P.ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, paris, 1963, p 163. Voir aussi : David BOSCO, op-cit, p : 48.

8 - M.NAJJAR, op-cit p : 102. Voir aussi : Arnaud DUCROCQ, op-cit, p : 13. Voir aussi : VALORY S, La potestativité dans les relation contractuelles, thèse, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 1999, p 24.

9 - Arnaud DUCROCQ op-cit, p : 28 (en marge de la page). Voir aussi: Sophie Hel, op-cit, p 53.

تظهر تلك السلطة بوضوح في حق التراجع عن العقد، أين يكون لأحد المتعاقدين دون الآخر، حق في الخيار¹ بين تراجعه عن العقد أو الإبقاء عليه²، على شرط ممارسة ذلك الحق خلال المدة التي حددها النص القانوني³.

2-2- حق التراجع عن العقد: حق إرادي ذي خصائص متميزة

من خلال التعريف السابق للحق الإرادي⁴، فإن حق التراجع عن العقد يمنح لأحد المتعاقدين سلطة التأثير على مركز قانوني، وذلك من خلال إنهائه بمجرد ممارسة حقه خلال المدة المحددة قانوناً، فتنتهي العلاقة التعاقدية، وينتهي المركز القانوني للمتعاقد الآخر، ومنه، يمكن استنتاج أهم خصائص الحق الإرادي، في سلطة على مركز قانوني قائم (1-2-2)، ينتج عنها علاقة خضوع (2-2-2).

2-2-1- سلطة على مركز قانوني قائم

يقتضي حق التراجع عن العقد المقرر في بعض العقود إنهاء العقد بإرادة المتعاقد المنفردة، بشرط أن يستعمل ذلك الحق خلال المدة المقررة، ويترتب على ذلك رد السلعة أو المنتج أو التنازل عن الخدمة إلى المتعاقد الآخر، دون أن تترتب عليه أي جزاءات أو مصروفات، فيما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة⁵.

1 - L'acte d'option est " un acte unilatéral nécessaire et suffisant pour lever l'incertitude et pour vider l'alternative l'alternative et pour donner naissance à une situation juridique nouvelle", voir : Aurélien SIRI, op-cit, p 128.

2 - " Le droit d'option constitue une prérogative précise, naît à l'occasion d'un événement déterminable, s'exerce selon une alternative prévisible à l'avance, modifie par son seul exercice une situation antérieure", voir : M.NAJJAR, op-cit p 71.

3- مثلاً، تنص المادة 119 مكرر 1 المضافة بالمادة 13 من الأمر رقم 04-10 المتعلق بالنقد والقرض: "يمكن أي شخص اكتتب تعهداً أن يتراجع عنه في أجل أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد".

4 - يلاحظ أنّ حق الخيار كحق إرادي حسب أنصار هذا الاتجاه، يختلف عن بقية الحقوق الإرادية الأخرى، حيث تؤدي ممارسته إلى إنهاء حالة الانتظار خلال المدة المحددة، وفي نفس الوقت خلق مركز قانوني جديد. أنظر :

- Aurélien SIRI, op-cit, p 128.

5- نصت في هذا الشأن، المادة 20/121 فقرة أولى من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه: " للمستهلك سبعة (07) أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع دون أن يكون ملزماً بإبداء أية مبررات، ودون أية جزاءات أو مصروفات، باستثناء تلك المتعلقة بإرجاع السلعة أو المنتج".

Art. L121-20 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.

Le consommateur peut déroger à ce délai au cas où il ne pourrait se déplacer et où simultanément il aurait besoin de faire appel à une prestation immédiate et nécessaire à ses conditions d'existence. Dans ce cas, il continuerait à exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités.

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.

Lorsque les informations prévues à l'article L. 121-19 n'ont pas été fournies, le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de sept jours mentionné au premier alinéa.

Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

كما قد يكون قرار المتعاقد هو الإبقاء على العقد من خلال تركه للمدة المقررة تمر دون أن يستعمل حقه خلالها، وهذا دون تدخل من المتعاقد الآخر، وما على هذا الأخير، إلا انتظار ذلك القرار طيلة المدة المحددة¹، ويبرز من خلال ما سبق، نوع من السلطة يمارسها أحد المتعاقدين على المركز القانوني للمتعاقد الآخر². يبدأ نطاق السلطة الممنوحة بمجرد انعقاد العقد محل حق التراجع ويستمر طيلة المدة المحددة، الأمر الذي يبرز من خلاله مفهوم السلطة على المركز القانوني للمتعاقد الآخر طيلة تلك المدة. المتعاقد الذي يستعمل حق التراجع عن العقد ضده، يجد نفسه في حالة انتظار لقرار المتعاقد صاحب الحق طيلة المدة المحددة، ويبقى في حالة حيرة وانتظار لذلك القرار؛ هل سيتراجع المتعاقد عن العقد أم سيبقى عليه بترك تلك المدة تمر دون إبداء أي قرار. وفي كل الأحوال، ما عليه إلا الانتظار وقبول أيًا من تلك الخيارات، وأكثر من ذلك، يترتب عليه ألا يعيق المتعاقد بأي شكل من الأشكال، كأن يقف في طريق استعماله لذلك الخيار.

2-2-2- نشأة علاقة خضوع

كما أشرنا سابقا، يجب ممارسة حق التراجع عن العقد خلال المدة المقررة قانونا، وتختلف تلك المدة من تشريع إلى آخر، وما يميزها، هو حق التراجع الممنوح للمتعاقد في بعض العقود ليستعمله بكل حرية، شريطة أن يكون ضمنها وأن لا يتجاوزها، كما تتميز أيضا بخضوع المتعاقد الآخر للقرار الذي سيتخذه المتعاقد صاحب حق التراجع. تنشأ تلك العلاقة مباشرة بعد انعقاد العقد وتستمر إلى غاية استعمال حق التراجع خلال المدة المحددة أو عدم استعماله بترك تلك المدة تنتهي، وتعرف علاقة الخضوع بأنها "الحالة التي يتعدى فيها شخص ما على الدائرة القانونية لشخص آخر دون أن يكون لهذا الأخير الاعتراض على ذلك"³. ممارسة حق التراجع عن العقد خلال المدة المقررة، يكون خارجا تماما عن إرادة المتعاقد الآخر، وتبرز عن تلك الممارسة علاقة خضوع تظهر جليا في تعدي المتعاقد صاحب حق التراجع على الدائرة القانونية الخاصة بالمتعاقد الآخر، ويجد هذا الأخير نفسه واقعا تحت تأثير الخيار المتاح للمتعاقد صاحب الحق طيلة المدة المقررة، وهذا ما يعبر بوضوح عن علاقة الخضوع⁴.

خاتمة:

يظهر من خلال تسليط الضوء على فئة الحقوق الإرادية وخصائصها المتميزة، أنها تنطبق بوضوح على حق التراجع عن العقد، وتبعده عن مفهوم الحق الشخصي، على الرغم من وجود علاقة دائنية بين شخصين دائن ومدين، كما تبعده كذلك عن مفهوم الحق العيني على الرغم من وجود بعض آثار السلطة أو التسلط من شخص ما على شيء محدد، وتبعده كذلك على مفهوم الرخصة على الرغم من وجود بعض التشابه بينهما.

1 - J. M. Mousseron, Technique contractuelle, Editions Juridiques LEFEBVRE, Paris, p 74.

2 - Ibid.

3 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, p : 23.

4 - Boyer (L), "Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contracts", RTD civ, 1949.1, n° 27.

في حق التراجع عن العقد، يستطيع أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة التأثير على مركز قانوني قائم مسبقاً بهم المتعاقد الآخر، فينهيه بإرادته المنفردة دون تدخل من هذا الأخير، ومن هنا تظهر فكرة السلطة التي يمارسها المتعاقد وتسمح له بأن يتعدى على الدائرة القانونية للمتعاقد الآخر، كما تنشأ علاقة خضوع من خلال تعدي المتعاقد صاحب حق التراجع على الدائرة القانونية للمتعاقد الآخر، ويجد هذا الأخير نفسه واقعا تحت تأثير الخيارات المتاحة للمتعاقد صاحب الحق طيلة المدة المقررة.

مما سبق، يمكن استنتاج أهم النتائج المتوصل إليها وتمثل في:

- 1- أن حق التراجع عن العقد المعترف به لأحد المتعاقدين في بعض العقود كتلك التي تبرم عن بعد، هو خروج عن المبدأ المعروف في النظرية العامة للعقد، والمتمثل في "ما أنشأته إرادتان لا تحله إرادة واحدة"؛
- 2- اعترف المشرع بحق التراجع عن العقد في سياق حماية فئات ضعيفة في المجال التعاقدي كفئة المستهلكين، وذلك في مقابل فئات قوية محترفة، الأمر الذي يستدعي تدخله لضمان استقرار المراكز التعاقدية ومنه استقرار المجتمع؛
- 3- حق التراجع عن العقد هو حق إرادي في السياق التعاقدي، ويتميز بذلك عن الحقوق التقليدية المعروفة وهي الحق الشخصي والحق العيني، كما يتميز عن الرخصة القانونية؛
- 4- يتميز الحق الإرادي ومنه حق التراجع عن العقد بخصائص تجعله يختلف عن ما هو مألوف في النظرية العامة للعقد، ومنها خاصية السلطة على مركز قانوني يهم أحد المتعاقدين، ونشوء رابطة خضوع من خلال تعدي أحد المتعاقدين على الدائرة القانونية للمتعاقد الآخر دون أن يكون لهذا الأخير الاعتراض على ذلك؛
- 5- ضرورة تكثيف الأبحاث والدراسات على هذه الفئة الجديدة من الحقوق والتعرف أكثر على حقيقتها، ومنه محاولة إيجاد انسجام ما بينها وبين ما هو معروف في المجال التعاقدي وغير التعاقدي.

قائمة المصادر والمراجع:

باللغة العربية:

أولا / قائمة المصادر:

أ. النصوص التشريعية:

- 1- الأمر رقم 58 / 75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10 / 05 المؤرخ في 20 جولية 2005، (ج. ر. العدد 44).
- 2- الأمر رقم 10-04 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431، الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424، الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، (ج. ر. ع 50، ص 11).
- 3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم. (ج. ر. العدد 24).

أ. النصوص التنظيمية:

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 15 – 114 مؤرخ في 23 رجب عام 1436، الموافق 12 مايو سنة 2015، يتعلق بكيفيات وشروط العروض في مجال القرض الاستهلاكي. (ج. ر. العدد 24).

ثانيا / قائمة المراجع:

ا. الكتب:

- 1- جورج ن شدرأوى، تقسيمات الأموال، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005.
- 2- خالد ممدوح براهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ط 1، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 3- عبد الحى حجازى، نظرية الحق فى القانون المدنى، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بدون مكان نشر، بدون سنة طبع.
- 4- عبد الرحمان بن عبد الله، الاحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، دار الوراق، ط 1، بيروت، لبنان، 2004.
- 5- عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى، ج 01، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1967.
- 6- علال آمال، محاضرات فى نظرية الحق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2020/2019.
- 7- علي بن محمد بن رمضان الرشيدى، الآثار الناشئة عن الرجوع فى الهبة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- 8- علي فيلالى، الالتزامات – النظرية العامة للعقد، ط 3، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 9- علي فيلالى، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- 10- محمد أحمد شحاته، القانون – دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية – المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 11- محمد صبرى السعدى، النظرية العامة لالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 12- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدنى، الحقوق العينية الأصلية، دمشق، 1980/1970.
- 13- مصطفى الجمال، دنبل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 14- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك فى عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

ii. المجالات:

- 1- أحمد رباحى، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبى رقم 83-2011، المتعلق بحقوق المستهلكين، وقانون الاستهلاك الفرنسى، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، العدد 03، 2016. (ص 133 – ص 151).
- 2- نقاش حمزة، سايفى أسماء، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة البحوث فى العقود وقانون الأعمال، جامعة منتورى قسنطينة، العدد 07، 2019. (ص 20 – ص 31).
- 3- سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تمنراست، المجلد 07، العدد 02، 2018. (ص 11 – ص 30).

*** Mémoires universitaires :**

- 1- Arnaud DUCROCQ, recherche sur la notion de droit potestatif, (mémoire de D.E.A, fac. des sciences politiques, juridiques et sociales, université de Lille 2), 1999-2000.
- 2- Aurélien SIRI, LA RÉSILIATION UNILATÉRALE DU CONTRAT, (M É M O I R E pour le D.E.A, DROIT PRIVÉ, FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE, France, 2003.
- 3- David BOSCO, Le droit de rétractation, (pour l'obtention du DEA de droit privé de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille), France, 1999.

*** Ouvrages :**

- 1- I. NAJJAR, ACTES A TITRE GRATUIT, D., DELTA, 1999.
- 2- J.M. Mousseron, Technique contractuelle, Editions Juridiques LEFEBVRE, Paris.
- 3- J. ROCHFELD, Les droits potestatifs accordés par le contrat, L.G.D.G, Mélanges offerts à J. Ghestin, 2001.
- 4- M. NAJJAR, le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, thèse, Paris, 1966, L.G.D.J, 1967.
- 5- P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, paris, 1963.
- 6- S. VALORY, La potestativité dans les relation contractuelles, thèse, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 1999.