الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بُعد

د. ناصر خليل جلال

أستاذ القانون المدني المساعد

جامعة صلاح الدين-أربيل-العراق

ملخص

تعد العقود المبرمة عن بُعد إلكترونياً من العقود الواسعة الانتشار. ولقد ساهم التطور والتقدم المذهل لوسائل الاتصال الحديثة في سعة الانتشار هذه. ومن بين المسائل التي أثارته ظهور هذه الطائفة من العقود مسألة العدول عنها، وكذلك تحديد أساسها القانوني. ومن خلال استقراء هذه الآراء والاطلاع على القوانين الخاصة التي تنظم العقود عن بُعد برزت لدينا فكرة أن لتحمل تبعة الهلاك اثرا في تحديد الأساس القانوني للعدول عن هذه العقود بل وله دورٌ مؤثر في تفنيد أكثر الآراء التي قيلت في هذا المجال. مما حدا بنا إلى تبني موقف ورأي مستقل من تلك الآراء.

ولأجل أغراض البحث فقد تطرقنا الى مفهوم العدول عن العقود المبرمة عن بُعد، وقد أوردنا أيضا الآراء التي جاء بها الفقه لتحديد الأساس القانوني للعدول. ثم قمنا بتقدير وتقييم للآراء التي وردت بشأن تحديد الأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد، ومن ثم عمدنا إلى الخوض في مسألة تحمل تبعة الهلاك في العقود المبرمة عن بُعد، مع بيان دور وأثر تحمل تبعة الهلاك في تحديد هذا الأساس، وبالنتيجة بينا الرأي الذي توصلنا إليه.

Abstract

The distance contract which is concluded electronically is used widely throughout the world. The development of modern means of communications involving the Internet and email has contributed to the widespread use of this type of contract. Among the reasons behind the emergence of the wide use of the distance contract is the issue surrounding withdrawal from a legal contract.

Looking at the various views and laws that regulate the distance contract, this paper explores what developments have emerged. One important idea that has emerged is the notion that the parties to the contract must bear the risk of loss and as well as its resulting impact when withdrawing from such contracts. We also refute the majority of the opinions in this area and have adopted a different position independent of those opinions.

In this research we deal with the concept of withdrawal in the distance contract, referring to the various legal opinions in the jurisprudence to date to determine the legal basis of withdrawal. We touch on the propensity to deteriorate after withdrawal, and assess the views given to the legal basis of withdrawal while indicating the role and impact of the liability of deterioration to determine an appropriate and specific legal basis for withdrawal. We clearly .state our opinions regarding these issues

المقدمة

تتسم العقود التي يبرمها المستهلك عامة والعقود عن بُعد[1] المبرمة من قبله الكترونياً بواسطة الإنترنت خاصة بالسرعة في انعقادها، ويصاحب هذه العملية مجموعة من العوامل التي ربما لايستطيع معها المستهلك التروي والتأمل كي يتخذ قراره النهائي بالعقد. ومن ثم يمكن القول إن العقود التي تبرم بهذه الطريقة يظهر فيها بلاشك أثر العجالة والسرعة على نحو يوحي بأن خللاً ما يشوب إرادة المستهلك. إلا أنه بدراسة هذه العوامل يبدو بأنها لاتشكل أسباباً يمكن الاستناد إليها فسخ أو إبطال العقد. ومع ذلك، فان مثل هذه الحالات تستلزم حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية المتمثل بالمستهلك الذي أصدر قراره بالعقد بشكل متسرع ودون تروٍ. ومن بين الحلول المفضلة هنا ما تنص عليها قوانين حماية المستهلك، وكذلك قوانين المعاملات الإكترونية والقوانين الخاصة بالعقود عن بُعد على منح المستهلك إمكانية العدول عن العقد[2]. أما الهدف من وراء منح المستهلك مكنة العدول عن العقد فهو إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لتنقية رضائه مما يتعلق به من شوائب نتيجة تسرعه في إبرام العقد.

والملاحظ أن العدول بموجب نص قانوني لايمنح في جميع أنواع العقود الاستهلاكية على نسق واحد، حيث تميز التشريعات بين منح هذه المكنة لمستهلك رأى وقبض المبيع ومستهلك أبرم أنواعاً أخرى من العقود الاستهلاكية كالعقود عن بُعد التي لم ير فيه المبيع لحين قبضه، إضافة إلى ذلك، فإن المشرع عند منحه المستهلك هذه المكنة، فانه يأخذ بنظر الاعتبار مايحيط بإبرام هذه العقود من ظروف خارجية، كالدعاية والإعلان وإظهار أسعار وأشكال السلع بصورة تؤثر على إرادته في إبرام هذا العقد بشكل متسرع فيبرز حينها مسألة الأساس القانوني لعدول المتعاقد عن هذا العقد. فكيف يتم تحديد الأساس القانوني خصوصاً بالاستناد على المبادئ والقواعد العامة

(1) هناك تسمية أخرى تطلق على العقود المبرمة عن بعد، وهي عقود المسافة (Distance Contracts)، و التي تعد ترجمة لما ورد وشاع بالنسبة لهذا النمط من العقود في الفقه و القانون الغربي.

(2) نرى في الفقه والقوانين استعمال مصطلحي العدول و الرجوع كمترادفين، أما نحن بدورنا نرجح استعمال مصطلح العدول لأن القوانين محل الدراسة قد استعملت هذه العبارة ومن جانب آخر فقد شاع في الفقه استعمال العدول للدلالة على نقض العقود غير اللازمة. إضافة إلى ذلك نجد أن المشرع قد استعمل مصطلح العدول عند تطرقه للتعاقد بالعربون للدلالة على التحلل من العقد الصحيح، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 92 من القانون المدني العراقي على أنه "فإذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً". ومن الجدير بالإشارة إلى أن الفقه لم يقصر على ما سبق فقط بل ظهر خلاف في إطلاق تسميات ومصطلحات مختلفة كحق الرجوع عن العقد و حق العدول عن العقد وأيضا الحق في إعادة النظر وآخرون سموه برخصة السحب. وأطلق عيه البعض خيار التروي للتفصيل ينظر: أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، اطروحة دكتورة مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية، 2008، ص 187.

للقانون المدني؟ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، هل إن لتحمل تبعة الهلاك في القانون المدني والقوانين الخاصة المنظمة للعقود عن بُعد دوراً في تحديد هذا الأساس؟

سنحاول الإجابة عن التساؤلات الواردة في البحث من خلال اعتماد المنهج التحليلي المقارن والذي يتمحور في ثلاثة مباحث، سنخصص أولها لمفهوم العدول عن العقود المبرمة إلكترونياً و وتكييفه القانوني، أما الثانية فتُعنى بأسانيد الفقه في تحديد الأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد، أما الثالثة فستركز على أثر تحمل تبعة الهلاك في تحديد الأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد.

وعليه، فقد فضلنا الخوض في بحث الأساس القانوني للعدول عن العقد المبرم عن بُعد إلكترونياً وتحليله ودراسته، ثم بيان الأساس السليم للعدول التشريعي في العقود عن بُعد وذلك بالاستناد إلى القواعد العامة للقانون المدني، ومن ثم مقارنته بالأحكام الواردة في بعض القوانين الخاصة في هذا المجال لبعض الدول، والتي نظمت مسألة عدول المستهلك في هذا النوع من العقود، وذلك بالنص عليها إما في قوانين المعاملات الاكترونية[3]، أو في قوانين حماية المستهلك[4]، أو بإصدار قوانين خاصة بالتعاقد عن بُعد[5]، بل وأحيانا بالنص عليها في القانون المدني[6] بالإضافة إلى التوجيه الأوروبي في مجال حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بُعد الصادر عن الاتحاد الأوروبي[7].

(3) كالقانون الخاص بالمبادلات والتجارة الإكترونية التونسي عدد 183سنة2000.

(4) قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 13068 لسنة 2004.

(5) Code de la consommation , Türk Mesafeli Sözlemeler Uygulama Usul Ve Esaslari Hakkinda Yönetmelik

(6) BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), § 312b,c,d

(7) Directive 97/7/EC Of The European Parliament And The Council Of The European Union Of 20 May 1997 On The Protection Of Consumers In Respect Of Distance Contracts.

المبحث الأول

مفهوم العدول عن العقود المبرمة إلكترونياً و تكييفه القانوني

بداية، لابد من تناول مفهوم «العدول عن العقد» بالتعريف به في الفقه أولاً ومن ثم التطرق لمسألة تكييفه القانوني. ولذلك نقسم هذا الميحث إلى مطلبين، نتناول في الأول تعريف العدول عن التعاقد وفي الثاني التكييف القانوني للعدول عن العقد.

المطلب الأول

تعريف العدول عن التعاقد

لكون موضوع بحثنا يجري في إطار إحدى صور العقود الاستهلاكية والتي تطلق عليها العقود عن بُعد نرى بصدد تعريف العدول عن التعاقد أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين، فنبحث في الأول العدول في العقود الاستهلاكية، وفي الثاني العدول عن العقود عن بُعد.

الفرع الأول

العدول عن العقود الاستهلاكية

عرف جانب من الفقه العدول عن العقد بأنه «قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد المفاضلة والاختيار بين إمضائه أو الرجوع عنه»[8]. الملاحظ أن هذا التعريف يتحدث عن قدرة المتعاقد من جانبين، الأول هو المفاضلة بين إمضاء العقد أو الرجوع فيه أي نقضه. وبالعدول لا تتحقق إلا النتيجة الثانية لا الاولى. ذلك أنه بالعدول تتحلل العلاقة العقدية الناشئة بين المستهلك والمحترف باستعمال الأول لهذه المكنة التي منحه اياه المشرع.

و تم تعريفه أيضاً بأنه "سلطة أحد المتعاقدين الأنفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة ومشيئة الطرف الآخر"[9]. وبالنسبة لهذا التعريف، فإننا لا نخالفه الرأي من حيث النتيجة بل من حيث الوسيلة أي إنهاء العقد بكونها سلطة. إذ نرى أن عد العدول واستعماله سلطة يقرب العدول من الحق العيني الذي نعلم بأنه سلطة يمارسها صاحب الحق[10].

(8) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 2008، ص 767.

(9) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة والتصرف القانوني، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الاولى 1995، ص 274، نقلا عن المصدر السابق، ص 768.

(10) ينظر محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، بدون سنة النشر، ص 5.

وقد عرف كذلك بأنه "أمر عارض محقق الوقوع يرد على العقود اللازمة فيفقدها اللزوم أثناء مدة الخيار به يستطيع أحد المتعاقدين أو كلاهما فسخ العقد أو إجازته بإرادته المنفردة" [11]. وهنا لابد من تسليط الضوء على نقطة كون العدول أمراً محقق الوقوع. صحيح إن العدول أمراً عارض إلا أنه ليس بمحقق الوقوع. فلو نظرنا إلى الأجل وميزناه عن الشرط نرى بأن النقطة الأساسية التي تميز كلاً منهما عن الآخر هو التحقق. ولو قارنا الأجل بالعدول، فالأجل محقق ومؤكد الوقوع فقد يكون واقفاً وقد يكون فاسخاً، بينما العدول قد يتحقق عندما يستعمل المتعاقد، أي المستهلك، الذي تقرر له هذه المكنة وربما لايتحقق عندما لايستعملها[12]. فالعدول أمر إرادي محض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمشيئة من يستعملها في حين أن الأجل لايبنى على الإرادة المحضة.

يذهب تعريف آخر إلى أن العدول هو "الإعلان عن إرادة مضادة يَعتزِمُ من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها، واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي اثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل" [13]. يلاحظ على هذا التعريف أنه يتجاهل بيان طبيعة هذا الإعلان، هل هو حق، أم رخصة، أم مكنة قانونية، فهو بذلك قاصرٌ في توضيح ذلك. بالإضافة إلى أنه يوضح فقط النتائج التي تترتب على استعمال مكنة العدول التي تتمثل بانهاء العلاقة العقدية الناشئة مسبقاً، كذلك يركز على الأثر المترتب على هذا الإنهاء المتمثل بإنكار أي أثر له في الماضي، وفي المستقبل.

لقد وردت التعاريف السابقة بشأن العدول بالمعنى العام أي دون أن تركز على العقود الاستهلاكية التي ينهض ويبرز فيها العدول التشريعي والمقرر لمصلحة المستهلك، إلا أن هناك من يُعرِف هذا النوع من العدول بأنه "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد أن أبرم العقد صحيحاً (أو قبل إبرامه)، دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية المتعاقد الآخر، عما قد يصيبه من أضرار بسبب الرجوع" [14].

ولكن يؤخذ على التعريف الأخير الوارد بخصوص العدول في العقود الاستهلاكية كونه يذهب

---

(11) عبدالله عبدالله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني- دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري – جامعة عين شمس، 1988، ص 26 نقلاً عن عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 768.

(12) وسنأتي في موضوع لاحق لبيان أن الأجل لايصلح أن يكون اساساً قانونياً سليماً للعدول عن العقد ولابد في تحديد هذا الأساس من التمييز بين مدة العدول وممارسة مكنة العدول.

(13) MIRABAIL (Solang) La rètractationen droit privè français L. G. D. J., 1997 P. 2 نقلاً عن المصدر السابق، ص 768.

(14) سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، العدد 14 ايلول 2005ص 168.

إلى أنه في هذا النوع من العقود يوجد نوعان من العدول التشريعي، أحدهما قبل التعاقد، والأخر بعد التعاقد. وسند هذا الرأي هو صدور "قانون 12 يونيو" في فرنسا والمتعلق بالتعليم بالمراسلة والذي ينص على عدم انعقاد العقد إلا بعد مرور مدة ستة أيام من تاريخ تقديم المستهلك لطلبه بابرام هذا العقد أي من تاريخ قبوله لإبرام العقد مع الجهة التعليمية، ومع ذلك فهذا الرأي لايستقيم في اعتقادنا مع مفهوم ومنطق العدول عن العقد، إذ أنَّ العدول يجري بخصوص شيء قد تم، بعبارة أخرى، كي نستطيع القول بالعدول عن العقد لابد من ان يكون هناك عقد مبرم مستجمع لجميع أركانه وإلا فقبل إبرام العقد يمكن الحديث فقط عن العدول عن الإيجاب أو العدول عن القبول. أما بالنسبة للقانون الفرنسي مار الذكر والذي يستند عليه التعريف الأخير فان النص القانوني الوارد فيه لايعد عدولاً عن العقد، وإنما هو عدم اعتداد المشرع بقبول المستهلك و عدم اعتداده بالعقد، المبرم، واعتباره غير منعقد للفترة السابقة عن المدة المحددة في القانون وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، والمتمثل بالمستهلك. ويبدو وجه هذه الحماية في أنه للمستهلك قبل مرور مدة الستة أيام أن يسحب تعبيره عن الإرادة سواءً أكان ذلك إيجاباً أو قبولاً، كما أن له أن لا يقوم بذلك وتمضي المدة أو يؤكد إرادته بعد مضي المدة وعندها ينعقد العقد، إذن فالنص واضح وهو نص امر، ولكون المشرع هو منشئ القاعدة القانونية، ولأن القانون هو المصدر غير المباشر لجميع الالتزامات، ومن ثم فهو الذي يضفي الحماية على الإرادات العقدية، وبالتالي له عدم الاعتداد بأي منها و لأي مبرر يراه المشرع.

الفرع الثاني

العدول عن العقود عن بُعد

فيما يتعلق بالعدول عن العقود المبرمة عن بُعد نرى أن بعض التشريعات تنص على حق المستهلك (المشتري) في العدول عن العقد، كقانون الاستهلاك الفرنسي (Code de la Consommation) في القسم الثاني الخاص بالبيوع عن بُعد في المادة R121-1-2 والتي تنص على معاقبة البائع في حالة الإحجام عن إعادة الثمن للمستهلك الذي استعمل مكنة العدول عن العقد والتي منحها إياه القانون [15]. وكذلك المادة الثامنة من التعليمات الخاصة بأسس وتطبيق العقود عن بعد التركية والتي تنص على حق المستهلك في العدول خلال مدة سبعة أيام [16]. كذلك نص على حق المستهلك في العدول التوجيه الأوروبي رقم EC/7/97 الخاص بحماية

(15) Code de la consommation Art. R121-1-2 Est puni 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 L. 121-20-1, le produit retourné par l'acheteur, lorsque celui-ci dispose d'un droit de rétractation.

(16) Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul Ve Esaslari Hakkinda Yönetmelik Yayımlandığı

المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بُعد في المادة السادسة والتي حددت إمكان المستهلك من العدول عن العقد بسبعة أيام، عمل[17]. وكذلك القانون الخاص بالمبادلات والتجارة الاكترونية التونسي[18] في المادة 30 والتي تجيز العدول عن العقود المبرمة عن بُعد خلال عشرة أيام وأيضا تتضمن المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني حكماً يقضي بأحقية المستهلك الذي انشأ العلاقة العقدية بالعدول عنها في غضون عشرة أيام [19]. فالواضح من النصوص الواردة في القوانين المذكورة أنها تمنح المستهلك مكنة العدول عن العقد المبرم بينه وبين الطرف المقابل المتمثل بالمحترف خلال فترة محددة في تلك القوانين.

واستناداً إلى التعاريف التي سبق أن أوردناها بخصوص العدول عن العقود الاستهلاكية والملاحظات التي تمت الإشارة إليها، وكذلك بالإطلاع على النصوص القانونية التي نظمت العقود

R. Gazete Tarihi: 14/6/2003 - Sayı: 25137 Cayma Hakkı Madde 8- Tüketici; mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar. Sözleşmede, hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketici ifanın başlayacağı tarihe kadar cayma hakkını kullanabilir. Cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masraflar satıcı veya sağlayıcıya aittir.

(17) Directive 97/7/EC Of The European Parliament And The Council Of The European Union Of 20 May 1997 On The Protection Of Consumers In Respect Of Distance Contracts- Statement by the Council and the Parliament Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent Article 6 Right of withdrawal. 1. For any distance contract the consumer shall have a period of at least seven working days in which to withdraw from the contract without penalty and without giving any reason. The only charge that may be made to the consumer because of the exercise of his right of withdrawal is the direct cost of returning the goods……..

والحكم نفسه تضمنته المادة 312 من القانون المدني الالماني للتفصيل ينظر:
Peter Rott, Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law? 7 German Law Journal No. 12 (1 December 2006), available on internet at: www.germanlawjournal.com, Hans-W. Micklitz, An Economic Analysis of Consumer Protection Law 4 German Law Journal No. 11 (1 November 2003) - Private Law, available on internet at: www.germanlawjournal.com

(18) القانون الخاص بالمبادلات والتجارة الإكترونية التونسي.

(19) المادة 55: خلافاً لأي نص آخر، يجوز للمستهلك، الذي يتعاقد وفقاً لأحكام هذا الفصل، العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة، وذلك خلال مهلة عشرة أيام تسري اعتباراً إما من تاريخ التعاقد، فيما يتعلق بالخدمات أو من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة.

إلا أنه لا يجوز للمستهلك ممارسة الحق المنصوص عنه في الفقرة السابقة في الحالات التالية:إذا استفاد من الخدمة أو استعمل السلعة قبل إنقضاء مهلة العشرة الأيام. إذا كان الإتفاق يتناول سلعاً صُنعت بناءً لطلبه أو وفقاً لمواصفات حددها.

إذا كان الاتفاق يتناول أشرطة فيديو أو أسطوانات أو أقراص مدمجة أو برامج معلوماتية، في حال جرى إزالة غلافها.

إذا كان الشراء يتناول الصحف والمجلات والمنشورات لا سيما الكتب. إذا تعيبت السلعة من جراء سوء حيازتها من قبل المستهلك. المادة 65: يتوجب على المحترف، في حال مارس المستهلك حقه المنصوص عليه في المادة 55، إعادة المبالغ التي يكون قد تقاضاها على أن يتحمل المستهلك، في حال عَدَل عن قراره بالتعاقد بعد إجراء التسليم، مصاريف التسليم.

عن بُعد، يمكننا القول بأن العدول عن هذه العقود ما هو إلا مكنة يمنحها القانون للطرف الضعيف في العلاقة العقدية اي المستهلك الذي ابرم العقد، بحيث إن لهُ إذا تواجد في ذلك المركز القانوني أن ينقض العقد دون الحاجة إلى تدخل الطرف المقابل، ومن دون أن يكون ملزماً لتبرير ذلك، ودون الحاجة إلى إثبات وجود عيب أو خلل في السلعة أو الخدمة محل العقد. وتُنتِجُ ممارسة هذه المكنة أثراً رجعياً بتحلل الأطراف من كل الالتزامات المترتبة على العقد.

المطلب الثاني

التكييف القانوني للعدول عن العقد

ثار خلاف وجدل في الفقه القانوني بين كون العدول حقاً أو رخصةً أو مكنة. فإزاء هذا وذاك نلاحظ في الكتب القانونية التي تتطرق إلى العدول، أن بعضها تناولتها تحت عنوان حق العدول، بينما ذهبت أخرى إلى البحث عنها تحت مسميات أخرى كالخيار والرخصة والمكنة القانونية.

فلو أخذنا بالقول الذي يذهب إلى أن العدول عن العقد هو «حق» فسيقودنا ذلك إلى بحث الموضوع من وجهة الحق الشخصي، وكذلك من وجهة الحق العيني.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العدول حقاً شخصياً، وذلك استناداً إلى كون حق الخيار حقاً شخصياً ينشأ بالاعتماد على الرابطة العقدية بين الدائن والمدين[20] و عند التمعن في الخيار يلاحظ بأن مثل هذه الرابطة موجودة بين من تقرر الخيار لمصلحته ومن يُستَعمل هذا الخيار في مقابله، فهنا يخضع الثاني للأول. إلا أنه عند النظر إلى تعريف الحق الشخصي نرى بأنها رابطة بين دائن ومدين يطالب بموجبه الدائن المدين بأداء معين من الأداءات، وهو إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو القيام بإعطاء شئ[21]. وهنا يظهر لنا بجلاء أن العدول لايمكن أن يوصف بأي شكل من الأشكال بأنه حق شخصي، ذلك أن رابطة المديونية هذه تستوجب تدخل المدين لتنفيذ الالتزام بينما نرى أن العدول لا يستلزم مثل هذا التدخل من قبل المدين، فالشخص الذي تقرر له هذه المكنة يستطيع العدول عن العقد حتى ولو رفض الطرف المقابل ذلك.

أما بالنسبة للرأي الذي يذهب إلى كون العدول حقاً عينياً، فإنه يرى بأن العدول يقع على عين معينة بحيث تمكن صاحبها سلطة مباشرة على الشيء محل التعامل يتمثل بإمكانية نقض العقد أو

(20) NAJJAR (Ibrahim), Le droit d' option, contribution á l' etude dudroit potestatif et de l' acte unilateral, L.G.D.J., Paris 1976 N° 103, P. 107. نقلاً عن عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 770

(21) تنص الفقرة الأولى من المادة 96 من القانون المدني العراقي على أن "الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن او مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل".

إمضائه[22]. إلا أننا نرى العكس، فهذا الرأي يصطدم مع طبيعة الحق العيني والذي يعرف بأنه سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، ففي العدول لايمارس المتعاقد (المستهلك) الذي تقرر له العدول سلطة مباشرة على شيء معين، بل إنه بالعدول ينهي العقد الذي أبرمه متسرعاً من دون تروٍ وتبصُر. وبالتالي لايمارس سلطة مباشرة على العين سواءً أكانت هذه السلطة تتمثل بالتصرف أو الاستغلال أم الاستعمال لتلك العين.

هذا في الوقت الذي ذهب قسم آخر من الفقه إلى أن العدول عن العقد هو رخصة و أنها تأتي بمعنى الحلية أو الإباحة أو الحرية[23]. فمعلوم أن كل مباح ممكن قانوناً، فلكل شخص التعاقد والتملك، وهو مايطلق عليه بحرية التعاقد وحرية التملك فالرخصة إذن هي وسيلة قانونية يستطيع بها الشخص أن يُحدِثَ آثاراً قانونية. إلا أنه لايمكن اعتبار العدول من قبيل الرخص، صحيحٌ أن من تقرر له ذلك يستطيع أحداث آثارٍ قانونية إلا أننا نرى أن من بين تلك الآثار أيضاً أنهُ بالعدول ينشأ التزام على عاتق الطرف المقابل وهو الامتثال للقرار الذي اتخذه المستهلك بالعدول والخضوع للآثار المترتبة عليها وهذا ما لانجده في الرخص[24]. بل نلحظها في المكن القانونية، فعلى سبيل المثال إذا اختار الشخص التعاقد مع آخر كان للطرف المقابل رفض التعاقد وعدم الامتثال لرغبة الطرف الأول، فكلاهما له الحرية في التعاقد بينما نجد العكس في العدول عن العقد، فمتى ما استعملها من تقرر له لم يكن للطرف المقابل والمتمثل بالمحترف سوى الامتثال والخضوع لإرادة المستهلك.

وذهب اتجاه أخير[25] وهو محل تأييد من قبلنا، بأن خيار العدول يخول لصاحبه، أكثر من مجرد الرخصة وأدنى من الحق وهو ما يسمى بالمكنة القانونية[26]. ولكن لم يوضح أصحاب

(22) عبدالله عبدالله محمد العلفي، نقلاً عن عمر محمد عبدالباقي، المصدر السابق، ص 771.

(23) ينظر: المصدر السابق، ص 771.

(24) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، 2، الحق وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1970، ص 120.

(25) ينظر: عمر محمد عبدالباقي، مصدر سابق، ص 771.

(26) اختلف الفقه في تسمية المكنة القانونية أو حق الامكان القانوني ليس فقط على صعيد الفقه العربي بل الغربي ايضاً، فقد اطلق عليه الفقيه الالماني Ennecerus حقوق الاكتساب ذلك أنها طائفة من الحقوق يترتب على استعمالها اكتساب الحقوق. وسماها كل من Seckel و Zeitelmann بالحق المنشئ Gestalungrecht أو حق الامكان Recht des konnens أو حق الامكان القانوني Recht des rechtlichen konnens اما في الفقه العربي فقد اطلق عليه مرقس بالحق التخييري وسمي ايضا بالحق الترخيصي واطلق عليه تسمية الحق المنشئ من قبل السنهوري وسماه حجازي في البداية بالحق الارادي ثم عدل عن هذا الرأي وسماه بحق الامكان القانوني أو المكنة القانونية أو القدرة القانونية والتي تتسق مع العبارة الالمانية Recht des rechtlichen konnens للمزيد ينظر عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص 78.

هذا الرأي ان العدول ينضوي تحت اية طائفة من المكن القانونية، فالمكنة هي قدرة صاحبها على أحداث أثر قانوني بإرادته المنفردة دون التوقف على إرادة أحد.

ونجد في الفقه القانوني تعاريف للمكن القانونية، حيث يذهب فريق الى تعريف المكنة القانونية بأنها" قدرة الشخص بالتعبير المنفرد عن إرادته دون الحاجة إلى تدخل الطرف المقابل على إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية" [27]. ويذهب فريق آخر [28]إلى أنها "قدرة الشخص بالتعبير عن إرادته المنفردة دون الحاجة إلى تدخل الغير من خلال استعمالها على تغيير المركز القانوني لهذا الأخير". ويعرفه Andreas von Tuhr [29] والذي كان له دور بارز في كشف المكن القانونية (Gestaltungsrecht, droit formateur) بأنها "قدرة وصلاحية الشخص على إحداث آثار قانونية وبإرادته المنفردة، وذلك بالاستناد إلى وضع قانوني خاص".

وعلى هذا الأساس، فإن الصلاحية والقدرة الممنوحة بموجب المكن القانونية من حيث إنها تؤثر وتغير المركز القانوني للغير من دون تدخل الأخير، هي ثلاث:

- مكن قانونية مُنشِئة:

(Begründende Gestaltungsrechte, droits formateurs générateurs)

وباستعمالها يستطيع من تقرر له مثل هذه المكنة القانونية أن يؤسس رابطة قانونية جديدة أو أن يكتسب بها حقاً. أبرز مثال على ذلك الشفعة[30].

- مكن قانونية مُعَدِلَة أو مُغيِّرة:

(aendernde Gestaltungsrechte, droits formateurs modifiants)

باستعمال هذه المكن تتغير حقوق أو روابط قانونية موجودة. ويلاحظ أن هذا النوع لايؤسس ولا يستحدث حقوقاً او روابط جديدة بل يغير ويعدل ما هو موجود منها، ويمثل لذلك بالالتزام

(27) Ergun Onen, Insai Dava, Ankara 1981, P. 8; Ahmet M. Kilicoglu, Borclar Hukuku Genel Hukumler, 2. Baski, Ankara 2002, P. 13

(28) Fikret Eren, Borclar Hukuku Genel Hukumler, 8. Basi, Beta Yayinevi. Istanbul 2003, P. 58

(29)Andreas Von Tuhr, Borclar Hukuku, Umumi Kismi, Cilt 2, Ceviren Avukat Cevdet Edege, Olgac Matbaasi – Ankara 1983, P. 22, Rona Serozan, Sozlesmeden Donme, Istanbul Universitesi Hukuk Fakultesi Yayinlari, Sulhi Garan Matbasi Varisleri Koll. Sti, Istabnbul 1975, P. 49.

(30)Andreas Von Tuhr P. 23 , Tekinay/ Akman/ Burcuoglu/ Altop, Borclar Hukuku Genel Hukumler, Yedinci Basi, Filiz Kitabevi, Istanbul 1993, P. 16

التخيري[31] أو ما يطلق عليه بخيار التعيين[32].

-مكن قانونية فاسِخة أو مُنهِية:

(aufhebende Gestaltungsrechte, droits formateurs résolutoires)

يتمثل دور المكن القانونية الفاسخة أو المنهية بإسقاط وإنهاء حق أو علاقة قانونية موجودة، وخير مثال على ذلك فسخ الدائن للعقد[33]. وكذلك استعمال خيار النقض في حالة وجود عيب من عيوب الإرادة في العقد، وكذلك العدول عن العقد، فالعدول المقرر في القوانين بالنسبة للعقود المبرمة عن بُعد هي أيضا مكنة قانونية، وهي تنضوي تحت طائلة النوع الثالث منها والتي تقال لها بالمكن الفاسخة أو المنهية، فإذا استعمل المستهلك هذه المكنة انتهت وفسخت العلاقة العقدية التي نشأت سليمة بين الأطراف ووجب على الطرف المقابل الخضوع لاستعمال المستهلك لإرادته. وبالتالي نلاحظ أن الطرف المقابل أي المحترف بالرغم من عدم تدخله، فإن عليه الانصياع لإرادة المستهلك الذي عدل عن العقد، ومن ثم يلتزم الأطراف بإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل إبرام العقد.

المبحث الثاني

أسانيد الفقه في تحديد الأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد

لقد برز خلاف فقهي حول تحديد الأساس القانوني للعدول التشريعي عن العقود الاستهلاكية [34]. ولما كانت العقود عن بُعد ضرباً من ضروب العقود الاستهلاكية التي تبرز فيها فكرة العدول عن العقد كان من اللازم التطرق إلى ما قيل بصدد هذا الأساس في العقود الاستهلاكية، ومن ثم سنحاول[35] انطلاقاً من الطبيعة الخاصة للعقود المبرمة عن بُعد والتي تميزها عن غيرها من العقود الاستهلاكية، وكذلك بالاعتماد على النصوص القانونية المنظمة للعقود عن بُعد، تحديد

(31) Fikret Eren, Op. Cit. P. 58, , Tekinay/ Akman/ Burcuoglu/ Altop, Op. Cit. P. 16.

(32) تنص المادة 298 من القانون المدني العراقي على أنه 1" – يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين او للدائن. 2 – وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن".

(33) Fikret Eren, Op. Cit. P. 60-61.

(34) سبق وان ذكرنا أن مصدر العدول عن العقد إما أن يكون اتفاقاً أو نصاً قانونياً. فالأساس القانوني للعدول الاتفاقي هو العقد وبالتالي القوة الملزمة للعقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

(35) جدير بالذكر أنه سيتم التطرق في هذا البحث للأفكار التي تتسق مع موضوع بحثنا في إمكانية تشكليها أساساً قانونياً للعدول عن العقود عن بعد لذا سنتجنب التطرق للأفكار التي تقيم هذا الأساس على سند قانوني لايتسق مع موضوع البحث كالأفكار تقيمها على أساس الوعد بالتعاقد و العربون وكذلك فكرة السبب.

الأساس القانوني للعدول عن هذا النوع من العقود الاستهلاكية، وتقدير هذه الأسس وتحليلها مع الأخذ في الاعتبار مسألة تحمل تبعة الهلاك.

المطلب الأول

فكرة التعليق على شرط

يرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني للعدول التشريعي يكمن في فكرة الشرط التعليقي[36]. في الوقت نفسه نرى انقسام أصحاب هذا الرأي فيما بينهم إلى اتجاهين مختلفين؛ أحدهما يقيم العدول على أساس الشرط الواقف والآخر يؤسسه على فكرة الشرط الفاسخ.

ووفق هذين الاتجاهين، فإن العقد يعتبر منعقداً في جميع الحالات إلا أنه وبناءً على الاتجاه الأول، فإن العقد يكون معلقاً على شرط واقف وهو اختيار المستهلك لإمضاء العقد بعد فوات مدة التروي. أما بموجب الاتجاه الثاني، فإن العقد يكون معلقاً على شرط فاسخ وهو قيام المستهلك بسحب رضاه خلال المدة المقررة للعدول في القانون. ففي الحالة الأولى لاينتج العقد آثاره إلا عند تحقق الشرط فاذا تحقق الشرط أنتج آثاره اعتباراً من تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ القبول، بينما في الحالة الثانية ينتج العقد آثاره إلى حين تحقق الشرط فإذا تحقق زالت هذه الآثار رجعياً[37].

لقد تم انتقاد هذا الرأي بشطريه أي الذي يعتبره معلقاً على شرط واقف، وذلك الذي يجعل منه معلقاً على شرط فاسخ. إذ أن الشرط امر خارج عن العقد يعلق أطرافه وجوده عليه، في حين أن العدول أي الخيار الناشئ عن مدة التروي والتدبر يتعلق بالتراضي المكون للعقد ذاته وهو ليس امراً خارجاً عنه ومضافاً إليه[38].

فبالنسبة للشرط الواقف إذا تم افتراضه أساساً للعدول أي عدم العدول عن العقد خلال المدة المحددة له، فإن ذلك يجعل من هذا الشرطاً الواقف شرطاً إرادياً والذي يذهب الفقه وحتى بعض النصوص المدنية (القانون المدني المصري في المادة 267 والقانون المدني الفرنسي في المادة

(36) ديدييه فريه-النصوص المتعلقة بالنظام العام التي تستهدف الحفاظ على تروي المتعاقدين- دالوز رق 46 و 49 نقلاً عن مصطفي محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2001، ص 221.

(37) ينظر: المصدر السابق، ص 221 .

(38) ينظر: المصدر السابق، ص 221 .

1174)[39] الى عدم الاعتداد به[40]. والأمر نفسه يقال بالنسبة للشرط الفاسخ. أضف إلى ذلك أن القول بوجود مثل هذا الشرط يتعارض مع نية الأطراف خصوصاً إذا لم يقصدوا تأجيل تنفيذ العقد حتى انقضاء مدة العدول.

أما بالنسبة للهلاك فإن صاحب الحق المعلق على شرط واقف لايتحمل تبعة الهلاك كما أنه لايستطيع التصرف بالشيء الذي هو محل الحق [41]. فحكم العقد المعلق على شرط واقف في القانون المدني العراقي أنه لاينفذ إلا إذا تحقق الشرط (المادة 288 من القانون المدني العراقي). واستناداً إلى هذا الحكم إذا ما أخذنا بالرأي الذي يقيم الأساس القانوني للعدول في العقود عن بُعد على أساس الشرط الواقف، فإن تبعة الهلاك ستكون على البائع.

أما بخصوص تحمل تبعة الهلاك عند وجود شرط فاسخ، فانه على العكس من الشرط الواقف، فإن صاحب الحق هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، إذ أن حكم وجود الشرط الفاسخ يجعل من العقد نافذاً غير لازم (الفقرة الأولى من المادة 289 من القانون المدني العراقي). لذا عند الأخذ بفكرة الشرط الفاسخ كأساس للعدول، فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، إلا أنه بالرغم من ذلك ونظراً للأسباب الأخرى المذكورة أعلاه لايمكن الأخذ بفكرة الشرط الفاسخ أساساً للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد.

المطلب الثاني

فكرة شرط التجربة

يفترض رأي بأن شرط التجربة هو الذي يكون أساساً للعدول عن العقد المقرر بنص تشريعي، وذلك بالإعتماد على حق المشتري في العدول عن العقد على أثر التصورات و النتائج التي تكونت لديه أثناء تجربة المعقود عليه واستخدامه له[42]. فالمشتري يقرر في أعقاب تجربته للمبيع وفي

(39) تنص المادة 267 من القانون المدني المصري على انه " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم ".

Code Civil Art. 1174 Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

(40) عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 774.

(41) عبد المجيد الحكيم، وآخرون، القانون المدني و أحكام الالتزام، الجزء الثاني، بغداد، بلا سنة الطبع، ص 166.

(42) Voir: J. M. Mousseron, La durée dans la formation du contrat, Mélanges Jauffret, 1974, p. 522 ; R. Baillod, Le droit de repentir, RTD civ. 1984, p. 227; Bosco D., Le droit de rétractation – un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats, Mémoire du DEA, Aix- Marseille, 1999. n° 9.

نقلاً عن يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة ابرام العقد، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة – كلية القانون- السنة الرابعة والعشرون، العدد الثالث والأربعون، 2010، ص 269، ينظر أيضاً عمر محمد عبد الباقي، مصدرسابق ص 774. كذلك عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود

المدة المحددة أما قبولها أو رفضها[43]. والملاحظ أن البيع بشرط التجربة وفق أحكام الفقرة الثانية من المادة 524 القانون المدني العراقي هو بيع معلق على شرط واقف حيث تنص على أنه " ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق والظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

ولقد لاقى هذا الافتراض نقداً يتمثل بأن مدة التروي والتفكير الممنوحة للمستهلك حال ثبوت الحق في العدول عن العقد ليس الغرض منه التحقق من ملاءمة المبيع للاستعمال المخصص له كما هو الحال في البيع بشرط التجربة بل هو السماح فقط بنضج واكتمال الرضا لدى المستهلك[44].

ومع كون هذه الفكرة تقدم تفسيراً منطقياً و مقبولاً نوعاً ما لفترة التروي في عقود الاستهلاك إلا أنها مع ذلك لاتنسجم مع نصوص القانون. فالمشرع يعتبر أن العقد الاستهلاكي منعقد من لحظة ارتباط القبول بالإيجاب، وكثير من النصوص القانونية التي تعالج أمر العدول عن العقد تتحدث عن فسخ المستهلك للعقد والفسخ والنقض لايمكن أن يكونا إلا على عقد قائم[45]. إضافة إلى ذلك، فإن اعتبار نصوص القانون المدني[46] للبيع بشرط التجربة بيعاً معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ يجعل ما قيل من نقد بشأن الشرط الواقف والشرط الفاسخ يصدق بشأن البيع بشرط التجربة أيضاً. كذلك يختلف البيع بشرط التجربة عن العدول في العقود المبرمة عن بُعد من حيث المصدر، فعلى الرغم من أن كليهما مقرران قانوناً، فان مصدر البيع بشرط التجربة هو الاتفاق أي إرادة الأطراف، اما مصدرالعدول عن العقود المبرمة عن بُعد فهو القانون، بعبارة أخرى فإن كل البيوع لاتكون معلقة على شرط التجربة إن لم يتفق الأطراف بشأنها في حين أن مكنة العدول عن العقود المبرمة عن بعد تنشأ بنص القانون لكل مستهلك بمجرد إبرامه لهذا النوع من العقود،

التجارة الإكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 90.

(43) تنص الفقرة الإولى من المادة 524 من القانون المدني العراقي أن " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجرب، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للبيع".

(44) ينظر: عمر محمد عبد الباقي، مصدرسابق، ص 774.

(45) ينظر: مصطفي محمد الجمال، مصدر سابق، ص 223.

(46) ينظر: نص الفقرة الثانية من المادة 524 من القانون المدني العراقي. وكذلك المادة 384 من القانون المدني البحريني والتي تنص "..... ويعتبر البيع بشرط التجربة أو المذاق معلقا على شرط واقف وهو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ". والفقرة الثانية من المادة 423 من القانون المدني القطري والتي تنص "ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع . إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ ".

و من دون حاجة لذكره في العقد[47].

أما بالنسبة لهلاك أو تعيب المبيع، فإذا هلك وهو لايزال تحت التجربة أي قبل إعلان المشتري للقبول أو الرفض، فإنه يهلك على البائع لاستحالة تحقق الشرط. هذا هو الوضع في القانون المقارن (1588 و 1182 من القانون المدني الفرنسي)[48].

أما في القانون المدني العراقي، فان، الأمر مختلف، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، فيد المشتري في بيع التجربة هو يد ضمان ولو كانت التجربة شرطاً واقفاً وهلك المبيع قبل أن يتحقق الشرط[49]. فالمشتري بشرط التجربة، كما يذهب الفقه، وحيث انتقلت إليه الملكية على شرط واقف، فإنه أولى بتحمل التبعة من القابض على سوم الشراء الذي لم تنتقل إليه الملكية بعد[50].

أما إذا اتفق الأطراف أو اتضح من طبيعة وظروف العقد أن شرط التجربة معلق على شرط فاسخ وهلكت العين أو تعيبت خلال هذه الفترة، فإن الهلاك يكون على صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ أي المشتري، ذلك انه في هذه الحالة ينفذ البيع وتنتقل الملكية إليه معلقة على شرط فاسخ وهو عدم ملاءمة أو عدم صلاحية المبيع[51].

وتأسيساً على ما تم ايراده من حجج نرى بأنه من غير الممكن التعويل على فكرة شرط التجربة كأساس قانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد.

---

(47) ينظر: المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني والمادة 30 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الاكترونية والمادة الثامنة من التعليمات الخاصة باسس وتطبيق العقود عن بعد التركية والمادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 7 / 97 / CE والخاص بحماية المستهلك في مجال العقود عن بعد.

(48) Art. 1588 La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.

Art. 1182 Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d' exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.

Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.

(49) ينظر: نص المادة 548 من القانون المدني العراقي.

(50) سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول في البيع والإيجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص 56-66. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع- الايجار- المقاولة، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 53.

(51) حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة- عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، 1953، ص 75-76.

المطلب الثالث

فكرة الأجل الواقف

يذهب رأي إلى اعتماد فكرة الأجل الواقف لتحديد الأساس القانوني للعدول التشريعي عن العقد ويعتمد هذا الرأي في بناء هذا الأساس على تشبيه العقد الاستهلاكي بالوصية، فالتصرفان رغم كونهما صحيحين إلا أن نفاذها أو نفاذ كل منهما مرتبط بعنصر زمني، أي بمعنى أن النفاذ معلق على أجل واقف، وهو موت الموصي في الوصية وانقضاء مدة العدول في العقود عن بُعد. وبالتالي فإن تحقق الموت في الوصية وانتهاء مهلة العدول عن العقود المبرمة عن بُعد يترتب عليهما تحقق الأجل الواقف وبالنتيجة نفاذ الالتزام، فالوصية صحيحة إلا إنها لاتنفذ إلا بعد تحقق الأجل وهو موت الموصي الذي قد يقصر وقد يطول، ولكن هذا الأمر أي الموت أمر محقق الوقوع في المستقبل وهو من هذه الناحية يتطابق مع خيار المستهلك في العدول عن العقد. فانقضاء المدة المحددة أمر مستقبلي محقق الوقوع ويترتب على حلولها نفاد العقد الذي أبرمه المستهلك بقوة القانون. كما أن هناك تشابهاً بين الوصية والعدول عن العقد من حيث السلطة المخولة لهما، فكلاهما يستطيعان وبارادتهما المنفردة العدول عن التصرف الذي نشأ صحيحاً قبل تحقق الأجل، أي قبل الموت، أو قبل انقضاء مدة العدول.

كما نعلم، فإن الأجل الواقف يرد كوصف للالتزام أو العقد فهو أمر محقق الوقوع، يضاف إليه نفاد العقد وعندها يصبح أجلاً واقفاً أو انقضاء العقد فيكون عندها أجلاً فاسخاً. وعلى هذا تنص المادة 291 من القانون المدني العراقي « يجوز أن يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضائه». كما ونصت الفقرة الأولى من المادة 293 من القانون المدني العراقي على حكم الأجل الواقف بنصها « العقد المضاف إلى أجل واقف ينعقد سبباً في الحال ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه».

إلا أننا في مورد الحديث عن هذا الرأي والذي يعتبر الأجل الواقف أساساً للعدول عن العقد نتساءل: هل يمكن اعتبار ممارسة العدول أو حتى العدول في ذاته أمراً محقق الوقوع ؟ الإجابة بالطبع تكون بالنفي فالعدول عن العقد على الرغم من تضمنه لأحد عناصر الأجل وهو كونه أمراً مستقبلياً إلا أنه يفتقد للعنصر الثاني وهو كونه أمراً محقق الوقوع، ذلك أن المستهلك قد يعدل عن العقد وربما لا يعدل عنه ولكن المدة المحددة للعدول والمنصوص عليها في القانون وحلول هذه المدة أمر محقق الوقوع، إلا أننا لانستند في تحديد الأساس القانوني للعدول الى المدة المحددة

لممارسته قانونا والتي رأينا أن القوانين المنظمة للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد تحددها بسبعة أيام أو بعشرة ايام وهكذا، فحلول هذه المدد محقق الوقوع إلا أن استعمال وممارسة المستهلك لمكنة العدول عن العقد أي العدول في ذاته واقعة غير مؤكدة الوقوع.

وفيما يتعلق بهلاك الشئ محل الحق المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل، فان الهلاك يكون على الدائن لا على المدين، لأن الشيء قد اصبح حقا مؤكداً له فيهلك على الدائن لا على المدين بخلاف الشرط، اما اذا كان العقد بيعا فان العين تهلك على البائع، فإذا حدد اجل لتسليم العين المبيعة إلى المشتري وهلكت العين قبل التسليم فالهلاك على البائع لا المشتري. ويستنتج من ذلك ان الهلاك يكون على المدين، لا على الدائن وهذا هو الحكم بالنسبة للعقود الناقلة للملكية[52]. و يستنبط من هذا التوضيح أن إقامة الأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد على الأجل الواقف يجعل من البائع المحترف مسؤولاً عن تبعة الهلاك بسبب أجنبي في مدة العدول. في حين أن الذي يتحمل تبعة الهلاك في مدة العدول هو المستهلك لا البائع لاسيما إذا كانت السلعة قد تم تسليمها إلى المستهلك.

نقطة أخرى تستدعي التوقف عندها إذا ما اعتبرنا الأجل أساساً قانونياً للعدول، وهو أن الملاحظ لنصوص القوانين المنظمة للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد يرى بأنها تجعل من ممارسة هذه المكنة من قواعد النظام العام[53]) فلا يجوز لمن تقرر له هذا العدول النزول عنه كما يقع باطلاً أي شرط يقضي بحرمان المتعاقد من ممارسته لها، ذلك أن تقرير هذه المكنة جاء لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية[54]. بينما إذا نظرنا الى الأجل، فاننا نرى العكس، حيث تنص المادة 294 من القانون المدني العراقي على انه «1 – يفترض في الاجل أنه ضرب لمصلحة المدين إلا اذا تبين من العقد أو من نص في القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً. 2 – وإذا تمخض الأجل لمصلحة أحد الطرفين، جاز لهذا الطرف أن ينزل عنه بإرادته وحده». فالفقرة الأولى من هذه المادة توضح بان الاجل قد يُضرَبُ لمصلحة احد الطرفين أو كليهما. اما الفقرة الثانية فتمنح الطرف الذي ورد الأجل لمصلحته حق النزول عن هذا الأجل. لذا يمكن القول إذا كان الأجل أساساً للعدول لأمكن للمستهلك التنازل عن العدول إلا أننا نرى العكس

(52) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (3)، نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف – الحوالة –الانقضاء، الطبعة الثالثة، بيروت 2000، ص 101.

(53) ينظر: المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني والمادة 30 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإكترونية والمادة الثامنة من التعليمات الخاصة بأسس وتطبيق العقود عن بعد التركية والمادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم CE/7/79 والخاص بحماية المستهلك في مجال العقود عن بعد.

(54) ينظر: عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 770.

في القوانين الخاصة المنظمة للعدول فهي لاتجيز للمستهلك التنازل عن العدول.

لجملة الأسباب التي عرضناها نرى بأن فكرة الأجل الواقف لاتصلح أساساً للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد.

المطلب الرابع

فكرة التعاقب في إطار تكوين العقد

ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى الاعتماد على فكرة تكوين العقد على مراحل متعاقبة لتكون هي الأساس القانوني للعدول. فبموجب هذه الفكرة، فإن العقود الاستهلاكية لاتتكون في لحظة زمنية واحدة أي بمجرد صدور القبول من المستهلك. بل إن تكوين العقد يحتاج إلى فترة زمنية ابتداءً بالقبول و انتهاءً بانقضاء مدة التروي، ويتم ذلك بتصرفين من قبل المستهلك؛ الأول هو قبوله للعقد في بداية المدة، والثاني هو تأكيده لهذا القبول في نهايته. فاذا لم يشأ المستهلك تأكيد رضاه بالعقد أو عمد إلى سحب الموافقة في مدة التروي، فإنه يحول بذلك دون تمام تكوين عقد ملزم. وعلى النقيض من ذلك، إذا أكد المستهلك رضاه السابق بالعقد يترتب عليه قيام العقد من حين التأكيد أو اتصاله بعلم الطرف الأخر دون أن يكون لهذا التوكيد أي أثر رجعي [55].

نرى بأنه من الصعب تطبيق هذه الفكرة على العدول عن العقود المبرمة عن بُعد، ذلك أن العدول عن العقد على نحو ما ذكرنا هو على نوعين، أولهما يجري قبل تنفيذ الالتزامات، وثانيهما يتم بعد تنفيذ الأطراف للالتزامات. فالعدول الذي نتحدث عنه في العقود المبرمة عن بُعد هو في الغالب من النوع الثاني الذي يكون فيه الأطراف قد نفذوا التزاماتهم. فالمستهلك يكون قد دفع الثمن والبائع قد قام بتسليم المبيع. وإذا كان من الممكن ان تطبق فكرة التوكيد الإرادي للقبول على النوع الاول من العدول الذي لم يتم فيه تنفيذ الالتزامات الا انه من غير المقبول القول بان هذه الفكرة تكون أساساً للعدول عن العقود التي تم تنفيذها. حيث إن تدرج القبول وكذلك الالتزامات قد تم واكتمل، فلولا اكتمال القبول لما نفذ المستهلك أهم الالتزامات الملقاة على عاتقه وهو دفع الثمن. وأيضاً لو قلنا بعدم نضوج القبول لما قام البائع بتسليم المبيع، فتنفيذ الالتزامات دليل على أن العقد بجميع عناصره قد تكون ذلك أن احدى العناصر الأساسية لركن الرضا هو القبول، فبدون تكونه وتكامله وتطابقه مع الإيجاب لما امكن القول بوجود العقد وبالنتيجة لم نستطع الحديث عن تنفيذ العقد.

(55) كاليه أولوى- قانون البيع في المنزل و حماية المستهلكين-دالوز 1973- تقرير دوري نقلاً عن مصطفي محمد الجمال، مصدر سابق، ص 222. أيضاً ينظر سليمان براك دايح، مصدر سابق، ص177.

أما بالنسبة للهلاك، فإنه وفق القوانين المقارنة[56] يكون الهلاك على البائع لا المشتري، ذلك أن إرادته لم تكتمل بعد، أي أن المراحل المطلوبة لتكوين قبول كامل متدرج لم تصل إلى مراحلها النهائية المتمثلة بتوكيد هذا القبول. كذلك إذا اخذنا بهذه الفكرة كان من الصعب القول بأن السلعة أي المبيع قد تم تسليمها إلى المستهلك.

المطلب الخامس

فكرة العقد غير اللازم

يستند اتجاه في الفقه إلى تأسيس العدول عن العقد على فكرة العقد غير اللازم. فالعقد رغم إبرامه صحيحاً يكون نافذاً في مواجهة أحد طرفيه فقط إما طرفه الآخر وهو من تقرر له هذا العدول فلا يلزمه العقد. حيث يكون لأحد الأطراف وهو المستهلك التحلل من العقد وفسخه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى اتفاق الاطراف بهذا الخصوص ودون الحاجة أيضاً للجوء إلى القضاء. ومن ثم، فإن العقد لايكون باتاً الا بعد انقضاء مدة العدول[57]. وتجنباً للتكرار نرى التعليق على هذا الرأي في المطلب القادم، خصوصاً أن هناك من يذهب إلى أن الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقد تُبنى على فكرة العقد غير اللازم وفكرة العقد غير النافذ[58].

المطلب السادس

فكرة العقد غير النافذ

يعتقد أصحاب هذا الاتجاه في الفقه بأنه لابد من التفريق بين ابرام عقد صحيح ونفاد هذا العقد، ويذهب هؤلاء إلى أن الفكر القانوني قد سار على الربط بين تكوين العقد ونفاده، ثم تمتعه بقوة الإلتزام المطلق والقابلية للتنفيذ بمجرد الانعقاد، الا انه لا يوجد اي عائق قانوني للفصل بين تكوين العقد ونفاذه واكتسابه الفاعلية وقوة الالزام فعلى سبيل المثال الوصية، فالتصرف موجود - أي الوصية - ولكنها غير نافذة بل إن نفاذها يتحقق بموت الموصي[59].

لذا، فان التمييز بين تكوين العقد واكتسابه الفعالية (قوة النفاذ) يقدم تفسيراً لخيار العدول. فتوافق إرادة الاطراف وتطابقها ينعقد به عقد الاستهلاك ولكن المشرع يوقف فعاليته ونفاده، وذلك بمنع الإجبار على التنفيذ من قبل المستهلك قبل مضي المدة. فاذا مرت هذه المدة من دون

(56) للتفصيل بخصوص موقف القوانين من تحمل تبعة الهلاك في العقود المبرمة عن بعد يُنظر المبحث الثالث، ص 28.
(57) مصطفي محمد الجمال، مصدر سابق، ص 224-227.
(58) ينظر: المصدر السابق، ص225.
(59) فاسيل كريستيانس نقلاً عن المصدر السابق، ص .224 وينظر أيضاً يوسف شندي، مصدر سابق، 283.

أن يمارس المستهلك خيار العدول اكتسب العقد النفاذ والفعالية اللازمة بالنسبة للمستقبل، أما اذا مارس هذا الخيار بالنقض فسينتهي العقد عندها [60].

ويضيف بعض المنادين بهذا الرأي أن فكرة العقد غير النافذ وفكرة العقد غير اللازم يمكن أن تكون تفسيراً لاستيعاب جميع حالات خيار العدول باختلاف المضامين التشريعية لها [61]. ففي هذه الأحوال ليس هناك مشكلة فيما يخص انعقاد العقد، ولكن بعد هذه المرحلة لابد من الحديث عن إضفاء صفة عدم النفاذ أو وصف عدم اللزوم عليه، تبعا لكون آثار العقد موقوفة إلى حين تأكيد المستهلك لرضاه في نهاية مدة الخيار أو كانت نافذة إلى حين عدول المستهلك عن رضاه قبل نهاية مدة الخيار. ففي الحالة الأولى يمكن القول بوجود عقد غير نافذ بين الأطراف إلى حين التأكيد من قبل المستهلك، ولكن في الحالة الثانية يكون فيه العقد منعقداً ويمنح فيه المستهلك مكنة العدول وعندها يكون العقد النافذ غير لازم بشكل يسمح له بفسخ العقد خلال مدة الخيار. اذن، فالمشرع في العقود الاستهلاكية قد يقرر عادة عدم نفاذ العقد وتارة أخرى قد يقرر عدم لزومه، على خلاف الفقه التقليدي الذي درج على الربط بين انعقاد العقد صحيحاً وقوة الالزام المطلقة بين طرفيه.

إذا كان هذا الرأي يقدم تصوراً مقبولاً نوعاً ما بالنسبة للالتزامات التي لم تنفذ بعد إلا أنه في رأينا يعجز عن تقديم سند وأساس قانوني للالتزامات التي تم تنفيذها. فالأمثلة التي تُعطى بشأن الوصية هي أمثلة مع فارق، فالوصية صحيح أن التصرف فيها موجود ويستطيع الموصي أن يرجع عنها طالما هو على قيد الحياة إلا أننا يجب الا ننسى ان الوصية لا تنفذ الا بعد الموت. ولكن العدول عن العقود المبرمة عن بُعد يجري في الغالب بعد تنفيذ المحترف لالتزاماته كلها ومن ضمنها التسليم، فأين هو عدم النفاذ!

أما بالنسبة لتحمل تبعة الهلاك في العقد غير النافذ، فانه يكون على البائع المحترف ولاشيء على المشتري، ذلك أن الالتزامات لم تنفذ بعد.

(60) مصطفى محمد الجمال، مصدر سابق، ص225. وهذا الرأي يقدم حجة مقنعة للحالات التي ينص فيها القانون على انعقاد العقد مع منح المستهلك مكنة العدول والخلاص من العقد قبل انقضاء هذه المدة.

(61) المصدر سابق، ص225.

المطلب السابع

تقدير الأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد في ضوء مبدأ تحمل تبعة الهلاك

من بين الشروط الضرورية للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد قدرة المستهلك الذي يطالب بالعدول بإعادة الحال إلى ما كان عليه واقع الأمر قبل إبرام العقد، ولما كان من المستحيل إعادة الواقع إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد في حالة هلاك أو تعيب السلعة لسبب أجنبي في يد المستهلك امتنع عليه العدول وتحمل تبعة الهلاك او التعيب الذي حدث، وهو الذي يدفعنا إلى مخالفة من يقول بأن الشرط الوحيد لممارسة العدول هو التأكد من أن رضا المستهلك قد صدر عن تمهل وترو وعدم تسرع في إبرام العقد[62]. وفي هذا الإطار قد يتبادر للذهن بأنه اذا ما أجرينا مقارنة بين العدول والانفساخ، نرى أنه من الممكن انفساخ العقد بالرغم من استحالة تنفيذ الالتزام، وبالتالي لايشترط في الانفساخ اعادة الحال الى ما كان عليه الامر قبل ابرام العقد. هنا لابد من الايضاح بان العدول عن العقود المبرمة عن بُعد يجري في المرحلة التي تلي ابرام وتنفيذ العقد من قبل الاطراف، بينما يكون الانفساخ بشأن عقود قد ابرمت ولكن لم يتم تنفيذها لاستحالتها. هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان القانون هو الذي اضفي على هذه الحالة الاخيرة حكم الانفساخ وذلك دون الحاجة الى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد. لأن الالتزام لم ينفذ حتى يجري إرجاع الامر إلى ما كان عليه[63].

في إطار ماسبق ذكره سيتم التطرق في هذا المطلب إلى تقييم عام للآراء التي قيلت بشأن الأساس القانوني للعدول عن العقود الاستهلاكية للموضوع، مع الأخذ بالاعتبار مسألة تحمل تبعة الهلاك. يليه توضيح الفكرة الارجح للأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد، ومن بعد ذلك يتم التطرق الى موقف القانون العراقي من الموضوع.

(62) عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص779.

(63) ولكن مع ذلك اذا كانت هناك التزامات قد نفذت، فعلى كل طرف أن يرد ما قبضه، وإذا استحال الرد حكم عليه بالتعويض. وفيما يتعلق بتبعة الهلاك في حالة انفساخ العقد فان المدين هو الذي بتحمله. للتفصيل ينظر: عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد، 1974، ص 432-435.

الفرع الأول

تقييم عام للآراء التي قيلت بشأن الأساس القانوني للعدول عن العقود

إن الآراء التي سيقت بشأن الأساس القانوني للعدول عن العقود الاستهلاكية المنصوص عليه في القانون (أو كما يطلق عليه أيضاً قي الفقه بالعدول أو الرجوع التشريعي) تخلط بين عدة امور لابد من بيانها في النقاط التالية:

أولاً: المدة التي قرر المشرع جواز العدول خلالها عن العقد وخاصة في العقود المبرمة عن بُعد فهذه المدة لاتشكل أساساً قانونياً للعدول، في حين نرى أن بعض الاراء[64] تستند عليها لتجعل منها أساساً قانونيا للعدول. إلا أنه لما كان العدول يعتبر مكنة قانونية، فان المدة التي تمنح للمستهلك بان يمارس فيها خيار النقض أو القبول تعتبر مدة سقوط، فاذا لم يمارس خلالها العدول سقط الحق فيه.

ثانياً: ذات العقد، أي العقود المبرمة عن بُعد الكترونيا، فان المشرع بتقديره العدول لمصلحة احد الاطراف خلال مدة محددة، فان ذلك يجعل منها عقداً غير لازم، فهذه العقود تخول أحد الأطراف المتمثل بالمستهلك سلطة التحلل من العقد بالعدول عنه وبالتالي نقضهِ.

ثالثاً: نرى أن التكييف القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد هو الذي يحدد أساسهُ القانوني. فالعدول بذاته هو مكنة قانونية تمنح المستهلك الذي أبرم العقد بهذه الطريقة سلطة التحلل منها، فالمشرع بالنص الصريح على ذلك في القانون أضفي على هذه المكنة هذه القوة وهذا الأساس القانوني.

يدعم ويسند ما توصلنا إليه من رأي، مسألة تبعة الهلاك[65]، حيث نلاحظ أن أغلب الأفكار التي سيقت بشأن الأساس القانوني للعدول تجعل من البائع المحترف رغم تنفيذه لالتزامه بالتسليم مسؤولاً عن تبعة هلاك المبيع، بل أكثر من ذلك، فان الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى أن المشتري (المستهلك) عندما يتسلم المبيع اي السلعة، فان تسلمه هذا ليس باعتباره مالكاً، فالمستهلك كمشترٍ للسلعة في مدة العدول وقبل أن ينقض العقد أو يمضيه يعتبر مجرد حائز للشئ المبيع، وبالتالي فان السلعة تبقى على الرغم من التسليم مملوكة للبائع. لذا، فان البائع هو الذي يتحمل تبعة

(64) ينظر: المطلب الثالث من المبحث الثاني والتي تقيم العدول على فكرة الأجل الواقف، ص 18.

(65) للتفصيل حول تحمل تبعة الهلاك في العقود المبرمة عن بعد ينظر المبحث الثالث، ص 28وما بعده.

هلاك المبيع اذا حدث ذلك خلال مدة العدول، فالمشتري يعتبر مجرد حائز للشئ في حين ما زال الشيء مملوكا للبائع خلال هذه المدة[66]. إلا أنه بعرضنا للقواعد العامة للهلاك علاوة على ما تم استنتاجه من خلال مطالعة ودراسة النصوص القانونية الخاصة بالعدول عن العقود المبرمة عن بُعد نرى بان المستهلك هو الذي يتحمل تبعة الهلاك او التعيب الذي حدث بسبب أجنبي، وبالتالي يمتنع عليه ممارسة مكنة العدول. ويدعم رأينا في هذا المجال نص المادة 548 من القانون المدني العراقي والذي ينظم حالتي المقبوض بسوم الشراء والمقبوض بسوم النظر. فلو افترضنا بوجود نصوص خاصة في القانون العراقي بشأن العدول عن العقود المبرمة عن بُعد، وكان المستهلك قد تسلم السلع والبضائع من المحترف حينها، أقل ما كان يمكن أن يقال بشأن هذا التصرف بأنه مقبوض بسوم الشراء. ومعلومٌ ان المشتري بسوم الشراء اذا كان قد تسلم المبيع وسمي الثمن، فانه هو الذي يتحمل تبعة الهلاك بسبب اجنبي كون يده على المبيع يد ضمان لا أمانة.

الفرع الثاني

الفكرة الأرجح بصدد طبيعة العقد خلال مدة العدول والأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد

لو ردنا تحديد طبيعة العقود المبرمة عن بُعد خلال مدة العدول من حيث مدى لزومها ستوجب علينا معرفة المقصود بالعقد اللازم والعقد غير اللازم. فالمراد بالعقد اللازم هو ذلك العقد الصحيح الذي لايستطيع أي طرف من أطرافه أو كلاهما الاستقلال بفسخ العقد، أما العقد غير اللازم فهو العقد الصحيح الذي يستطيع احد طرفيه او كلاهما فسخه اي نقضه[67]. ويرجع عدم لزوم العقد الى امرين؛ اولهما طبيعة العقد بان تكون غير لازمة كالوكالة والوديعة والعارية. فالموكل مثلا يستطيع وبارادته المنفردة ان يفسخ العقد وأن يعزل الوكيل حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 947 من القانون المدني العراقي على أنه " للموكل ان يعزل الوكيل او ان يقيد من وكالته وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك، لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير، فلا

(66) إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص 134 نقلاً عن عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 784. ولكن خلاف هذا الرأي نجده في الفقه الالماني فقد ذهب الغالب من الفقه إلى القول بان العدول عن العقد يتضمن نقضا لعقد موجود وما التسليم إلا إمارة على ذلك. وقد حدا هذا الرأي بهؤلاء إلى الاعتراض على مشرع القانون المدني الالماني BGB لأنه استخدم مصطلح Widerrufsrecht, right of withdrawal فحسب هؤلاء العدول (أو السحب بالمعنى اللغوي) يكون لمرحلة ما قبل إبرام العقد والاصح ان المشرع لو كان قد استعمل Rücktrittsrecht والتي تعني الفسخ فهؤلاء يرون ان العقد طالما ابرم فلايجوز العدول عنه بل لابد من فسخه للتفصيل ينظر
Alev ERTEN, Türk Ve Alman Hukukunda Mesafeli_Sözlesmeler (Avrupa Toplulugu Mesafeli Sözlesmeler Direktifi ile Karsilastirmali Olarak), Ankara 2007, pp. 77, 120.

(67) عبدالمجيد الحكيم، و آخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، بغداد، 1980، ص 119.

يجوز العزل او التقيد دون رضاء هذا الغير". وثاني الامرين الذي يجعل من العقد غير لازم، وبالتالي يتيح لاحد اطرافه نقضه هو وجود خيار من الخيارات في العقد كخيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار العيب[68].

بتحليل التعاريف السابقة يظهر لنا بأن العقود المبرمة عن بُعد خلال مدة العدول المنصوص عليها في القانون ذات طبيعة غير لازمة. فالمستهلك له الخيار بموجب المكنة الممنوحة له قانوناً بنقض العقد من عدمه خلال تلك المدة، اذن فالعقد موجود بكل عناصره وأركانه إلا أن المشرع أضفي عليه صبغة عدم اللزوم.

ولقد سبق وأن ذكرنا بكون الأساس القانوني الأرجح للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد خلال مدة العدول يرتكز على تكييفه القانوني بأنها مكنة نص عليها القانون[69]. فمصدر هذا العدول ومصدر إضفاء طبيعة عدم الإلزام على هذا العقد هو نص القانون. فلقد رأينا بأن للمستهلك بموجب هذه المكنة القانونية سلطة وقدرة على إحداث آثار قانونية وبإرادته المنفردة والتي تتمثل بانهاء الرابطة العقدية الموجودة بين الأطراف، وقد كنا قد صنفنا العدول ضمن المكن القانونية المنهية أو الفاسخة للالتزام[70].

الفرع الثالث

معالجة الوضع بالنسبة للقانون العراقي

نظراً لكثرة الانتقادات الموجهة للمشرع العراقي والضرورات الاجتماعية ومتطلبات حماية المستهلك الملحة في سوق تنعدم فيه أبسط مقومات الحماية (عدا الحماية المقررة بموجب القواعد العامة)، فقد أصدر المشرع العراقي على استحياء قانون حماية المستهلك رقم 1 لسنة 2010 إلا أن المطلع على أحكام هذا القانون يجد بأنها جاءتْ خالية من أحكام كثيرة كان لابد من أن يتضمنها مثل هذا القانون أسوة بقوانين حماية المستهلك في الدول المتقدمة بل أن هذا القانون لم يرق حتى إلى مستوى الكثير من قوانين حماية المستهلك في الدول العربية. ونحن هنا لسنا بصدد تفريد دراسة الجوانب الإيجابية والسلبية لهذا القانون كاملة بل نتطرق إليها من الزاوية التي تتعلق بموضوع بحثنا. إذ أن هذا القانون لم يعالج موضوع عدول المستهلك لا في العقود الاستهلاكية ولا في العقود المبرمة عن بُعد إلكترونيًا. وهذه النقطة تحسب على المشرع العراقي، لذا فان ابرام

(68) المصدر السابق، ص 119. ينظر أيضا نص الفقرة الأولى من المادة 517 وكذلك الفقرة الأولى من المادة 588.
(69) الفرع الأول من المطلب السابع من المبحث الثاني، ص 23.
(70) المطلب الثاني من المبحث الأول، ص 13.

العقود عن بُعد في ضوء أحكام القانون العراقي يخضع للقواعد العامة في القانون المدني، وحيث أن هذه القواعد لاتمنح المستهلك مثل هذه المكنة عند إبرامه العقد بصورة متسرعة ودون تروٍ[71] فقد أمكن القول بأنه لاوجود لعدول المستهلك عن العقود المبرمة عن بُعد بموجب القانون العراقي.

ولكن حتى لو افترضنا وجود مثل هذا الحكم في القانون العراقي لكنا قد توصلنا الى النتائج السابقة نفسها بالقول بان مدة العدول هي مدة سقوط، وأن العدول في ذاته هو مكنة منحها المشرع للمستهلك، وكذلك أمكن القول بأن العدول يجعل من العقد غير لازم، وكذلك لاننسى أنه اذا تم تنفيذ الالتزامات، فان تبعة الهلاك تكون على المستهلك (المشتري) لا على المحترف البائع. وكيف لا وفي التشريع العراقي المقبوض بسوم الشراء مع تسمية الثمن يجعل من المشتري مسؤولاً عن تحمل تبعة هلاك المبيع، فمن باب أولى أن يتحمل المستهلك المشتري الذي هلكت العين المبيعة في يده تبعة الهلاك، وإن كان العقد غير لازم.

ولطالما أن المشرع العراقي لم ينص لا في القانون المدني، ولا في القوانين الخاصة كقانون حماية المستهلك على العدول عن العقود المبرمة عن بُعد، نتساءل عن البدائل التي يمكن أن يلجأ إليها المستهلك الذي أبرم عقداً من هذا النوع، وجاء قبوله متسرعاً ولم يرَ المبيع؟

ذكرنا في سياق البحث أن من أهم الاسباب التي أدت بالمشرعين لتقرير العدول عن العقود المبرمة عن بُعد هو التسرع وعدم التروي بالإضافة إلى عدم رؤية السلعة أو المبيع محل العقد[72]. فبموجب الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، فانه من الممكن الاستعانة بالنصوص المتعلقة بالخيارت (فمثلا أن العاقدين قد يقرران مبدأ خيار الشرط والقانون يقر خيار رؤية المبيع وخيار العيب). ولكن أكثر مايمكن أن يسد هذه الفجوة بشكل أو بآخر لحماية المستهلك هو اللجوء إلى أحكام خيار الرؤية.

فخيار الرؤية هو مكنة تثبت لأحد المتعاقدين بفسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محله بسبب عدم رؤيته عند إبرامه للعقد أو قبله[73]. فإذا اشترى شخص سلعة معينة لم يرها كان له وبسبب عدم

(71) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك – دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 511.

(72) امانج رحيم احمد، مصدر سابق، ص 184.

(73) سعدون العامري، مصدر سابق، ص 38. للمزيد بشأن خيار الرؤية والبيع بطريق التلفزيون ينظر جاسم علي سالم الشامسي، الحماية القانونية المدنية للمشتري في البيوع التي تتم عن طريق التلفزيون، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة 6-7 ديسمبر 1998، ص 9 وما بعدها. علي أحمد صالح المهداوي، أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الإكتروني دراسة تحليلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، والقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الاكترونية، والقانون الاتحادي رقم 24 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة – كلية القانون- السنة الرابعة والعشرون، العدد الثاني والإربعون، 2010، ص 209.

رؤيتها أن يفسخ العقد أو يمضيه عندما يراها[74]. ويُعد عقود البيع المبرمة عن بُعد من أبرز الأمثلة على عدم رؤية المشتري للمبيع، حيث سبق وان ذكرنا أن عدم رؤية المبيع والتسرع وعدم التروي كان من أهم الأسباب التي دفعت بالمشرعين إلى تنظيم مكنة العدول عن العقود المبرمة عن بُعد، وكذلك كان وراء انسياق جانب من الفقه إلى رأي مفاده تطابق خيار الرؤية مع مكنة العدول عن هذه العقود [75]. الا اننا نرى بانه على الرغم من وجود نقاط تشابه بين كليهما إلا أنهما يختلفان. ونكتفي بإيراد بعض صور الاختلاف هذه. فالمراد بالرؤية، وكما هو منصوص في الفقرة الثانية من المادة 517 من القانون المدني العراقي ليس معناه الحقيقي وإنما معناه المجازي. فلا يراد بها مجرد النظر بل العلم بالمبيع على وجه تنتفي معه الجهالة والغرر الذي يبطل العقد بسبب عدم العلم بالمحل. والعلم بالمبيع هو الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو المذاق أي بكل الحواس، فإذا لم يقف المتعاقد على هذه الأمور عُدَّ بأنه لم يرَ الشئ محل العقد، وبالتالي ثبت له خيار الرؤية إلا أنه في العقود المبرمة عن بُعد حتى ولو تمكن المتعاقد من التوقف على هذه الخصائص خصوصاً أنه يتعاقد باستخدام وسائل اتصال حديثة تمكنه التقنيات الحديثة في الغالب من معرفة هذه الأمور ثبت له مكنة العدول. وكذلك نقطة اختلاف أخرى يمكن التوصل إليها من خلال عرض نص المادة 522 من القانون المدني العراقي والتي تنص "من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان رآه، فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه". نرى بان المستهلك في العقود المبرمة عن بُعد اذا كان قد رأى المبيع ومن ثم تعاقد مع البائع باستخدام الإنترنت أو غيره من وسائل الاتصال الحديثة، فان ذلك لايحرمه من مكنة العدول. وأيضا من الجدير الإشارة إلى أن المادة 523 من القانون المدني العراقي والتي تتحدث عن مسقطات خيار الرؤية تذهب إلى أنها تسقط برؤية المبيع، إلا أن مكنة العدول في العقود المبرمة عن بُعد لاتسقط بالرؤية.

يبدو لنا من خلال إيراد بعض نقاط الاختلاف الجوهرية بين خيار الرؤية ومكنة العدول عن العقود المبرمة عن بُعد انهما لايتطابقان بل إن عدم تنظيم هذا النوع من العقود والعدول عنه في قوانين حماية المستهلك أو قوانين المعاملات الاكترونية أو غيرها من القوانين الخاصة موقف يعاب عليه المشرع. فهذا النهج إذا ما اتبعه أي مشرع، فانه يدل على تركه الامر للقواعد العامة للقانون المدني والتي لايمكن أن تصل من حيث درجة الحماية إلى ما يتم تقريره في القوانين الخاصة المنظمة لهذه المسألة. فهذه الخيارات لاتكفي كبدائل عن مكنة العدول عن العقد. لذا نقترح على

(74) الفقرة الاولى من المادة 715 من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه " من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره".

(75) محمد عمر عبد الباقي، مصدر سابق، ص 850 . علي أحمد صالح المهداوي، مصدر سابق، ص 175.

المشرع العراقي ان يجري تعديلات جذرية على قانون حماية المستهلك ومن بين مايشمله هذه التعديلات إضافة نصوص تنظم العقود عن بُعد بالإضافة إلى تنظيم مسألة العدول عن مثل هذه العقود.

المبحث الثالث

أثر تحمل تبعة الهلاك في تحديد الأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد

لاشك في أن هدفنا الرئيس من البحث هو تحديد الأساس القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد والتي نرى بأنها تتأثر بشكل أو بآخر في تحديد مفهوم تحمل تبعة الهلاك بمعناه العام، أي تحمل تبعة الهلاك الكلي والهلاك الجزئي بل وحتى التعيب بسبب أجنبي[76]. وسيتم تناول هذا الموضوع في مطلبين: الأول تحمل تبعة هلاك وتعيب السلعة في القانون المدني، الثاني تحمل تبعة هلاك وتعيب السلعة في القوانين الخاصة المنظمة للعقود عن بُعد.

المطلب الأول

تحمل تبعة هلاك وتعيب السلعة في القانون المدني

من تطبيقات قاعدة «الغنم بالغرم» إن من يتسبب في ضرر ما هو الذي يتحمل نتيجته وتبعاته ايضا. فالمالك هو الذي يتحمل تبعة هلاك وتعيب ماله سواءً أكان هذا الهلاك (الكلي أم الجزئي) أم التعيب قد حصل بفعله أم بسبب أجنبي طبعاً، إذا كان مايملكه قد هلك أو تعيب تحت يده اي في حيازته[77]. وسيتم التطرق إلى هذا الموضوع بشيء من الإيجاز في عدة فروع.

(76) سيتم التطرق لهذه المواضيع لمعرفة من الذي يتحمل تبعة كل ذلك في مدة العدول، هل هو المشتري الذي تقرر له العدول أو البائع أي المحترف في المبحث الثالث، ص 28 وما بعده.

(77) فلطالما جرى الحديث في الفقه عن بيان الأساس القانوني للعدول في العقود الاستهلاكية إلا إنه لم يتم التطرق في بيان هذا الأساس بالاعتماد على مسألة تحمل تبعة الهلاك أو التعيب. ولأجل التوصل إلى فكرة ونتيجة جديدة تختلف عن الاراء السابقة نفضل التركيز على هذه المسألة لتحديد هذا الأساس.

الفرع الأول

تحمل تبعة الهلاك في العقد

أحياناً قد يهلك محل العقد بسبب أجنبي قبل أن يجري تنفيذ الالتزام العقدي مما يترتب على ذلك استحالة تنفيذ هذا الالتزام، وبالتالي ينفسخ العقد بحكم القانون. وفي هذا الخصوص تنص الفقرة الأولى من المادة 179 من القانون المدني العراقي على أنه «إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواءً كأن هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة، ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه». وأيضاً من أهم الآثار التي تترتب على هذا الهلاك هو مسألة تحمل التبعة. فقد تطرقت الفقرة الثانية من هذه المادة الى تحديد مَنِ الذي يتحمل تبعة الهلاك ومثلت لها بمثال حيث نصت على انه « فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري». فاغلب العقود المبرمة عن بُعد هي عقود ملزمة للجانبين، فاذا هلك الشئ وانفسخ العقد بسبب استحالة تنفيذ الالتزام. فالدائن لايستطيع أن يطالب المدين بتنفيذ الالتزام الذي استحال بسبب أجنبي ولايستطيع المدين ايضا مطالبة الدائن في المقابل بتنفيذ التزامه. فهو من يتحمل الخسارة بالنتيجة، اي ان الغرم يكون على المدين وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين. فبوجه عام اذن، فان المدين هو الذي يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين[78]. وهذا ما يُعرَف بأنه تحمل التبعة في العقد.

الفرع الثاني

تحمل تبعة الهلاك في المُلك

قد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً، أي غير متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، وقد يكون الالتزام بالتسليم تبعياً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية، لذا، فإنه على خلاف القانون المدني العراقي الذي اخذ في هذا الموضوع بالتفرقة والتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، تركز أغلب القوانين المدنية المقارنة وحتى العربية منها (كالمصري والإماراتي والكويتي والسوري وغيرها) في تحديد تبعة الهلاك على التفرقة بين كون الالتزاماً بالتسليم التزاما مستقلاً أو متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية. فَيُمَثَل للحالة الأولى بعقد الإيجار، فالهلاك بسبب أجنبي وان كان واقعاً تحت يد المستأجر، فإن المؤجر هو الذي يتحمل تبعة الهلاك اعتماداً على قاعدة «الغنم بالغرم» فهو الذي يستفيد من الملك وقد استحال على المستأجر بسبب أجنبي لا دخل له فيه ارجاعه إياها.

(78) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني (1) نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، 2000، ص 823.

ويمثل للحالة الثانية بعقد البيع، فالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري هو التزام تبعي متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، فالهلاك وحسب الأصل يكون على المدين أي على البائع وليس الدائن اي المشتري. والتبرير القانوني هنا هو للخروج عن القاعدة القائلة بأن الهلاك على المالك فالالتزام بالتسليم، وهو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ليس في حقيقته إلا مكملاً بل ومتمماً لهذا الالتزام إذ أن الملكية لاتخلص فعلاً للمشتري الا بالتسليم، ومن ثم كان الهلاك على البائع، وهو مدين بنقل الملكية والتسليم معاً. في حين أن بعض القوانين المدنية كالقانون المدني الفرنسي في المادة 1138[79] وكذلك قانون الالتزامات السويسري في المادة 185 وقانون الالتزامات التركي في المادة 183(80) فهذه القوانين(81) لم تميز بين التزام مستقل بالتسليم عن نقل الملكية وآخر التزام تبعي ومتفرع بالتسليم عن نقل الملكية، لذا فهذه القوانين تجعل الهلاك بسبب أجنبي ولو قبل التسليم على المشتري الذي لم يتسلم المبيع بعد. وتعتمد هذه القوانين على قاعدة الغنم بالغرم في تقرير ذلك، فالمشتري من وقت إبرام وتمام العقد هو الذي يصبح مالكاً، بالإضافة إلى أن المشتري هو الذي سيستفيد من منافع وثمار ومنتوجات وزوائد المبيع بالعقد، وعليه أن يتحمل تبعة هلاكه[82].

أما القانون المدني العراقي فقد تميز على نظرائه من القوانين العربية متأثراً بأحكام الشريعة الإسلامية، فقد أتى بما أصطلح عليه في الفقه بتحمل التبعة في الملك [83]. إذ أنه ميز من حيث تحمل التبعة بين يد الأمانة ويد الضمان، حيث تنص المادة 426 من القانون المدني العراقي على أنه "إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فان كانت

(79) Code Civil Art. 1138 L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.
Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

(80) Turk Borçlar Kanunu Madde 183 - Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder. Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunmasıda şarttır. Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer.

(81) Turgut Akinturk, Satim Akdinde Hasarin Intikali, Ankar Universitesi Hukuk Fakultesi Yayinlari, Sevinc Matbaasi, Ankara 1966, p. 69.

(82) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (4)، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، بيروت، 2000، ص 608-609.

(83) عبد الرزاق أحمد السنهوري، (3)، مصدر سابق، ص 991.

اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه".
تفترض هذه المادة بان هناك اشياء قد انتقلت من يد المالك الى يد الغير (غير المالك) ايا كان سبب هذا الانتقال عقدا (ايجار او عارية) او غير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية او غصب. بعد ذلك قد تهلك هذه الاشياء في يد غير المالك ولكن لسبب اجنبي[84]. هنا اذا كانت يد غير المالك، يد امانة فإنه وبالرغم من هلاك الشيء لدى هذا الغير، فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق المالك، لأنه بالهلاك بسبب أجنبي يتعذر على غير المالك حسن النية إرجاع ما كان في حيازته، على العكس فيما اذا كانت يد غير المالك يد ضمان، فانه بالرغم من هلاك الشيء بسبب أجنبي إلا أن تبعة الهلاك تقع على عاتق الغير لا المالك[85].

الفرع الثالث

تحمل تبعة الهلاك في عقد البيع

تطبيقاً للمبادئ العامة في تحمل تبعة الهلاك فقد عالجت النصوص الخاصة بعقد البيع هذه المسألة مع بعض التفصيلات والتي تتسق مع طبيعة هذا العقد. حيث نصت المادة 547 من القانون المدني العراقي «1 – إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد أعذار المشتري لتسلم المبيع، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبقائه مع إنقاص الثمن. 2 – على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى، وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية».

إن هذه المادة تميز من حيث الحكم ما بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي من جهة وبين الهلاك بسبب القوة القاهرة والهلاك بفعل البائع والهلاك بفعل المشتري من جهة أخرى. ويتضح من مفهوم النص ان هلاك المبيع كلياً أو جزئياً قبل التسليم اذا كان قد حدث بفعل المشتري فهو الذي يتحمل تبعة الهلاك، وعليه دفع الثمن كاملا فيما لو لم يكن قد قام بالدفع ولا يستطيع استرداده اذا كان قد قام بدفع الثمن.

(84) المصدر السابق، ص 992.

(85) لقد وضع المشرع العراقي في المادة 427 معياراً للتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان إذ نصت المادة "1 – تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد آمانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك.

2 – وتنقلب يد الأمانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه".

أما إذا كان الهلاك بفعل البائع، فانه في هذه الحالة هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الكلي والجزئي، وإذا كان قد تسلم الثمن من المشتري وجب عليه الرد وكذلك تعويضه عن الأضرار التي لحقت به.

بخصوص الهلاك بسبب أجنبي فان النص يُميِّز أصلاً بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي. فإذا كان الهلاك كلياً، فان تبعة هلاك المبيع تكون على البائع، وبذلك تنقضي التزامات المشتري المقابلة له. فنرى أن البائع هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع بعد البيع وقبل التسليم على الرغم من أن المشتري كان قد أصبح مالكا للمبيع [86]. وهذا الحكم ينسجم مع القواعد العامة في تحمل تبعة الهلاك المار الذكر وكذلك يؤكد سير المشرع العراقي على نهج أحكام الشريعة الإسلامية والتي يجعل من يد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة[87].

كذلك تتحدث المادة آنفة الذكر في فقرتها الأولى عن تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم والذي يخير المشتري بين فسخ البيع وإبقائه مع إنقاص الثمن. فيلاحظ أن هذه المادة تجعل تبعة الهلاك الجزئي ونقص القيمة لتلف ما قبل التسليم على عاتق البائع للأسباب ذاتها في تحمل تبعة الهلاك الكلي. فالبائع عليه التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في تسليم المبيع كاملاً دون تلف أو نقص إلى المشتري، وهو التزام متفرع وتابع للالتزام بنقل الملكية، فإذا لم يستطع البائع تنفيذ هذا الالتزام حتى ولو لسبب أجنبي كان عليه تحمل تبعة ذلك[88].

وما استمده المشرع العراقي من الفقه الإسلامي في هذا المجال هو الحكم الذي يتعلق بتحمل تبعة هلاك المقبوض على سوم الشراء، وكذلك حكم هلاك المقبوض على سوم النظر[89]، فقد نصت المادة 548 من القانون المدني العراقي على أنه "1 – ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض لزمه الضمان، أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه. 2 – وما يقبض على سوم النظر، سواءً بين ثمنه أم لم يبين، يكون أمانة في يد القابض، فلا يضمن إذا هلك دون تعد". فالمقبوض على سوم الشراء هو مايقبضه مريد الشراء من البائع بعد المساومة وتسمية الثمن عن طريق تحديده أو جعله قابلاً للتحديد من قبل الطرفين. وحكم هذا المقبوض انه إذا هلك بيد القابض هلك مضمونا

(86) سعدون العامري، مصدر سابق، ص 124.

(87) المصدر السابق، ص 125. أيضا ينظر سعيد مبارك، و آخرون، الوجيز في العقود المسماة البيع- الإيجار- المقاولة، العاتك لصناعة الكتاب، طبعة منقحة، القاهرة، 2007، ص 111.

(88) عبد الرزاق أحمد السنهوري، (4)، مصدر سابق، ص 617. في هذه الحالة لاتنشأ مسؤولية على البائع لان عدم التنفيذ ناشئ عن سبب اجنبي وبالتالي لايستطيع المشتري ان يطالب البائع بالتعويض.

(89) المادتان 298-299 من مجلة الأحكام العدلية

عليه بمثله إن كان مثليا وبقيمته مهما بلغت إن كان قيمياً فيده يد ضمان[90]. أما المقبوض بسوم النظر وهو المقبوض لأجل أن ينظره القابض أو أن يريه لآخر سواء بين له ثمن أم لم يبين، فالقابض لم يقصد من ذلك القبض الشراء وحكم هذا المقبوض أنه أمانة بيد القابض، فإذا هلك في يده بلا تعدٍ منه أو تقصير لا ضمان عليه[91]. وكذلك الحكم في المقبوض على سوم الشراء، من دون تسمية ثمن له لأنه يعتبر بحكم المقبوض على سوم النظر فيلحق به في الحكم[92].

ونؤيد الرأي[93] الراجح في الفقه والذي يذهب إلى أن البيع بسوم الشراء والبيع بسوم النظر ليسا ببيعين كاملين، فالمقبوض بسوم الشراء ليس هو إلا صورة من صور الوعد بالتعاقد في حين أنَّ في المقبوض على سوم النظر لايوجد أصلاً أي عقد بل هو أقرب ما يكون إلى الدعوة إلى التفاوض.

الفرع الرابع

تحمل تبعة هلاك المبيع المعيب في عقد البيع

تنص المادة 564 من القانون المدني العراقي على أنه «إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على البائع بنقصان الثمن». ففي هذه الحالة يتسلم المشتري المبيع المعيب ومن بعد ذلك يهلك. ويثير هذا الموضوع مسألة سقوط دعوى الضمان. ولكن الواضح من النص بأنه رغم الهلاك بيد المشتري يبقى له الضمان فيستطيع المطالبة بانقاص الثمن إلا أن تبعة الهلاك بسبب أجنبي تكون عليه، أي على المشتري، وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة في تحمل تبعة الهلاك، ولكن لما كان حق المشتري في رد المبيع بسبب العيب القديم قد أصبح مستحيلاً لهلاك المبيع فلايبقى امامه إلا مطالبة البائع بإنقاص الثمن[94].

(90) سعدون العامري، مصدر سابق، ص 127. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص 105.

(91) سعدون العامري، مصدر سابق، ص 128. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص 105.

(92) المصدر السابق، ص 501.

(93) عبد الرزاق أحمد السنهوري، (4)، مصدر سابق، ص 612. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص 106. سعدون العامري، مصدر سابق، ص 128. فقد اختلف الفقه بشأن تكييف المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر، فذهب رأي بأن المقبوض على سوم الشراء كأنه بيع موقوف على إجازة المشتري أو هو بيع بخيار الشرط، ويرى اتجاه آخر بأن القبوض على سوم الشراء هو بيع بشرط التجربة ولكنها معلقة على شرط فاسخ في حين يسير اتجاه في الفقه بان المقبوض على سوم الشراء هو أقرب ما يكون إلى صورة من صور البيع المعلق على شرط واقف. للتفصيل ينظر: جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص 105.

(94) وهذا الحكم الوارد في القانون المدني العراقي يختلف عما هو منصوص عليه في القوانين المدنية الأخرى كالقانون المدني المصري. ينظر: سعدون العامري، مصدر سابق، ص 155.

وقد أتى المشرع العراقي بأحوال أخرى تطرأ على المبيع المعيب في عدد من المواد منها المادة 562 والتي تنص على أنه "1- إذا ظهر بالمبيع عيب قديم، ثم حدث به عيب جديد عند المشتري، فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه، بل له ان يطالب البائع بنقصان الثمن، ما لم يرض البائع أن يأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد". بموجب الحكم الوارد في هذا النص لايمكن للمشتري رد المبيع المعيب إلى البائع إذا استحدث فيه عيوب جديدة سواءً أكانت تلك العيوب قد حدثت بسبب المشتري أو لسبب أجنبي، بل يستطيع المشتري أن يطالب بإنقاص الثمن، ولكن قد يرضى البائع بأن يسترد المبيع في حالة عدم وجود موانع أخرى للرد.

كما وتنص المادة 563 من القانون المدني على أنه "1 – زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد، كصبغ الثوب المبيع أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع.

2 – فإذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد، ثم أطلع المشتري على عيب قديم فيه، فإنه يرجع على البائع بنقصان الثمن، ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث". بموجب هذا الحكم، فإن تغيير المبيع المعيب بالزيادة عليه تمنع الرد، ولكن الزيادة التي تمنع من الرد وتجيز للمشتري بالعدول بنقصان الثمن لابد من أن تكون زيادة متصلة غير متولدة كالبناء أو زيادةً متصلة متولدة كالثمر. أما الزيادة المنفصلة غير المتولدة كالأجر والزيادة المتصلة المتولدة كالسمنة فلاتمنع من الرد[95].

يتضح لنا من خلال عرض النصوص السابقة أن المشرع العراقي قد ساوى في الحكم بين كل من هلاك المبيع المعيب و تعيبه من جديد و تغييره بالزيادة عليه، من حيث منع المشتري من رد المبيع في هذه الحالات وقصره على المطالبة بإنقاص الثمن، وكذلك من حيث تحمل المشتري لتبعة هلاك وتعيب وتغيير المبيع.

المطلب الثاني

تحمل تبعة هلاك وتعيب السلعة في القوانين المقارنة المنظمة للعقود عن بُعد

من خلال متابعة النصوص الواردة في القوانين التي تنظم العدول عن العقود المبرمة عن بُعد، نلاحظ أنها لم تنظم بأي شكل من الأشكال مسألة تأثير هلاك الشيء محل العقد في العدول لاسيما إذا علمنا بأن هناك نوعين من العدول؛ الأول هو العدول قبل البدء بتنفيذ العقد، الثاني هو العدول عن العقد بعد تنفيذه[96]. والملاحظ أيضا أن هذه القوانين لم تميز بين نوعي العدول

(95) المصدر السابق، ص 451.

(96) عبد المنعم موسى إبراهيم، مصدر سابق، ص 508 وما بعده.

هذين، ولكننا مع ذلك نرى بأنها تجيز النوعين، فلا مانع من أن يكون العدول قبل بدء الأطراف بتنفيذ التزاماتهم كما لا ضير من أن يكون بعد تنفيذ أيٍّ من الأطراف لالتزاماته، وان كان ما يتعلق بإطار ونطاق بحثنا هو النوع الثاني منه أي العدول بعد تنفيذ العقد. فقد سبق وأن تطرقنا في بداية البحث إلى أن الهدف منه هو بيان الأساس القانوني السليم للعدول في ضوء تحمل تبعة هلاك المبيع، والذي لايتصور الحديث عنه لأغراض بحثنا هذا إلا إذا كان قد تم تسليمه إلى المشتري أي المستهلك، وهلك في يده بسبب أجنبي. نتساءل هنا: هل يستطيع المستهلك استعمال خيار العدول عن العقد على الرغم من هلاك الشئ في يده بسبب أجنبي؟ نتساءل أيضاً على مَنْ تقع تبعة هلاك الشئ بسبب أجنبي بعد التسليم إلى المستهلك خلال فترة العدول؟ وعلى ماذا نعتمد في تحديد ذلك؟ أنعتمد على الأحكام الواردة في القوانين الخاصة بتنظيم العدول أم على القواعد العامة؟ لآجل الإجابة عن كل ذلك سنتطرق أولا إلى النصوص الواردة في القوانين الخاصة المنظمة للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد، والتي نستطيع من خلالها وبالاعتماد على قواعد التفسير التوصل إلى جملة من الحلول، و بما انه قد تم التطرق إلى القواعد العامة لتحمل تبعة الهلاك بسبب أجنبي فان الإشارة تكون إلى الحلول فقط تفاديا للتكرار. وسيتم التفصيل في هذا المطلب في عدة فروع، وحسبنا في ذلك أن يكون الحديث وفق مجاميع القوانين المنظمة للعقود عن بُعد. ومقصدنا من ذلك أن يخصص الفرع الأول لقوانين حماية المستهلك والتي نظمت الموضوع، والفرع الثاني لقوانين المعاملات الإكترونية، والثالثة للقوانين الخاصة بالعقود عن بُعد.

الفرع الأول

تحمل تبعة هلاك وتعيب السلعة في قوانين حماية المستهلك

لقد سبقت الإشارة إلى أن من بين قوانين حماية المستهلك التي تتضمن نصوصاً تعالج العدول عن العقود المبرمة عن بُعد كل من قانون حماية المستهلك اللبناني، وقانون الاستهلاك الفرنسي إذ يركز القانون الأخير على مسألة العقوبات التي يتعرض لها المحترف في حال إحجامه عن قبول العدول عن هذه العقود. أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك اللبناني، فانه ينص في المادة 55 «خلافاً لأي نص آخر، يجوز للمستهلك، الذي يتعاقد وفقاً لأحكام هذا الفصل، العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة، وذلك خلال مهلة عشرة أيام تسري اعتباراً إما من تاريخ التعاقد، فيما يتعلق بالخدمات أو من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة....». فهذه المادة تمنح المستهلك مكنة العدول عن التعاقد خصوصاً أنها تشير إلى أحكام هذا الفصل قاصدا من ذلك أحكام الفصل العاشر، التي تتناول مسألة العمليات التي يجريها المحترف عن

بُعد أو في محل إقامة المستهلك. فالمستهلك الذي أبرم عقداً عن بُعد بموجب هذا القانون له أن يتمسك بخيار العدول خلال مدة عشرة أيام، وتميز تلك المادة في بدء هذه المدة بين ما إذا كان العقد يتعلق بالقيام بعمل، أي بأداء خدمة أو تتصل بسلع، ففي الأولى تكون نقطة بدء سريان المدة من تاريخ إبرام العقد أما في الحالة الثانية فإنها تبدأ من حين التسليم. ومع هذا الإطلاق الوارد بشأن إمكانية العدول عن العقد في صدر المادة إلا أنها في الوقت عينه قد وضعت قيودا بخصوص العدول بنصها على «... أنه لا يجوز للمستهلك ممارسة الحق المنصوص عنه في الفقرة السابقة في الحالات التالية:

إذا استفاد من الخدمة أو استعمل السلعة قبل انقضاء مهلة العشرة أيام.

إذا كان الاتفاق يتناول سلعاً صُنعت بناءً على طلبه أو وفقاً لمواصفات حددها.

إذا كان الإتفاق يتناول أشرطة فيديو، أو أسطوانات، أو أقراص مدمجة. أو برامج معلوماتية، في حال جرى إزالة غلافها.

إذا كان الشراء يتناول الصحف والمجلات والمنشورات لا سيما الكتب.

إذا تعيبت السلعة من جراء سوء حيازتها من قبل المستهلك.

من الواضح أن حكم هذه الاحوال المنصوص عليها في هذا القانون أنها لاتمنح الخيار للمستهلك الذي ابرم عقدا عن بُعد بالعدول عنه. ولكن ماذا لو هلكت السلعة بسبب أجنبي، فهل يمكن العدول حينها عن العقد أم لا ؟ نرى ان المادة المذكورة وبقية المواد الخاصة بالعقود عن بُعد في قانون حماية المستهلك اللبناني ظلت ساكتةً عن النص والتطرق إلى هذه المسألة. إلا أن من بين الحالات التي نصت عليها تلك المتعلقة باستعمال السلعة قبل انقضاء المدة المحددة للعدول، وكذلك حالة إزالة أغلفة أشرطة الفيديو، أو الأسطوانات، أو الأقراص المدمجة، أو البرامج المعلوماتية، وأيضا إذا تعيبت السلعة في يد المستهلك. فإذا كانت هذه الحالات مانعة للعدول عن العقد نتساءل هنا أليس من الأولى أن يمنع المستهلك من استعمال مكنة العدول إذا هلكت السلعة بسبب أجنبي؟ نرى بان المطلع على ذلك لأول وهلة قد تكون إجابته بالإيجاب، إلا أن الشطر الخاص بمنع المستهلك من العدول يتحدث عن عدم إمكانية استخدام المستهلك لمكنة العدول في حالة ما إذا تعيبت السلعة وكان هذا التعيب قد حدث بسبب سوء حيازته لها. فهذا النص يؤدي بنا واستنادا على مفهوم المخالفة في التفسير[97] إلى القول بان المستهلك يستطيع أن يرجع عن العقد بالرغم من تعيب

(97) محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني و الإسلامي، الطبعة الثانية،

السلعة إذا لم يكن هذا التعيب قد نشأ عن سوء حيازة المستهلك، أو بعبارة أخرى أن التعيب لم ينشأ بفعل المستهلك. لكن ما هو الحكم بموجب هذا النص إذا كان التعيب ناتجا عن سبب اجنبي. هل يمكن للمستهلك العدول عن العقد أم لا؟ خصوصا إذا ما علمنا بان التعيب في السلعة بعد تسلمها من قبل المستهلك قد ينشأ لثلاثة أسباب، الأول، عيب ناشئ بفعل المستهلك وقد نصت المادة السالفة الذكر على عدم جواز العدول عند تحققه. الثاني عيوب راجعة إلى أسباب تعود إلى المحترف كوجود عيوب خفية تسببت في أحداث عيوب جديدة، ففي هذه الحالة لاغبار على انه بموجب الحكم الوارد في النص يستطيع المستهلك العدول عن العقد. والثالث، هو العيب الناشئ عن أسباب أجنبية لايد للمستهلك فيها. هنا إذا أخذنا النص وحملنا الكلمات على معانيها، وأيضا لو أخذنا بمطلق النص الوارد واستعنا بمفهوم المخالفة لاستوجب القول بإمكانية المستهلك من العدول عن العقد على الرغم من العيوب التي تلحق بالسلعة لأسباب أجنبية قبل انتهاء مدة العدول. خصوصاً أن المادة تحدد عدم إمكانية العدول فقط بالعيوب التي تحدث بالمبيع نتيجة سوء حيازة المستهلك.

هذا بالنسبة للعيب والذي يوجد بشأنه نص ولكن .. ماذا بخصوص الهلاك بسبب أجنبي والشئ في حيازة المستهلك؟ هل يتمكن المستهلك (المشتري) من العدول؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تثير أكثر من احتمال. الأول: إن المشرع قد سكت عن ذلك قصداً، وبذلك ترك حكم المسألة للقواعد العامة في القانون المدني (قانون الموجبات والعقود اللبناني). الاحتمال الثاني: ما دام الشطر الثاني من المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني يمنع المستهلك من استعمال خيار العدول في حالة استعماله للسلعة، فانه من باب أولى إذا هلكت العين بسبب أجنبي يمتنع على المستهلك العدول. الاحتمال الثالث: إن العدول عن العقد يقتضي إمكانية إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل العقد وهو ذات الشرط المتطلب في حالة فسخ العقد ويؤكد اتجاهنا هذا نص المادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني بقولها "يتوجب على المحترف، في حال مارس المستهلك حقه المنصوص عليه في المادة 55، إعادة المبالغ التي يكون قد تقاضاها على أن يتحمل المستهلك، في حال عَدَل عن قراره بالتعاقد بعد إجراء التسليم، مصاريف التسليم". وبالتالي إذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المستهلك امتنع عليه العدول عن العقد لأنه لم يعد بالإمكان إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد. إذن نلاحظ انه بموجب القانون اللبناني يستطيع المستهلك العدول على المحترف بالرغم من تعيب السلعة بعد التسلم بسبب أجنبي في حين لايستطيع المستهلك من العدول إذا هلكت العين لسبب أجنبي.

أربيل، 2006، ص 273.

الفرع الثاني

تحمل تبعة هلاك وتعيب السلعة في قوانين المعاملات الإلكترونية

من بين قوانين المعاملات الإلكترونية السباقة في تنظيم العقود المبرمة عن بُعد القانون التونسي الخاص بالمبادلات و التجارة الالكترونية. فقد نص الفصل 30 من هذا القانون على أنه للمستهلك العدول عن العقد خلال مدة عشرة أيام، وتبدأ هذه المدة بالسريان من يوم التسليم بالنسبة للسلع ومن تاريخ ابرام العقد بالنسبة للخدمات. وعند الاطلاع على النصوص المتعلقة بالعقود المبرمة عن بُعد في هذا القانون نرى انها قد سكتت عن الإشارة بصورة واضحة ومباشرة الى مسألة تحمل تبعة الهلاك. ومع ذلك فقد نص الفصل 32 على الحالات التي لايمكن للمستهلك العدول عن العقود المبرمة عن بُعد بقوله «مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

-عندما يطلب المستهلك توافر الخدمة قبل انتهاء اجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك،

-إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها،

-عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آلياً،

-شراء الصحف والمجلات ".

من بين الحالات المذكورة والتي قد تسعفنا في الإجابة عن تساؤلاتنا بخصوص كون هذه المادة تمنح المستهلك خيار العدول عن العقد فيما إذا هلكت السلعة في يده بسبب أجنبي هي حالة إزالة المستهلك للأختام الموجودة على بعض أنواع السلع كالبرمجيات. والمقصود بذلك أن استعمال المستهلك لبعض الأنواع من السلع يفقده خيار العدول ونرى من باب أولى أن لايتمتع بمثل هذا الخيار في حالة تعيب أو هلاك السلع بسبب أجنبي، هذا من جهة ومن جهة أخرى نلاحظ بان هذا الفصل ينص أيضا على حالة أخرى لايمكن للمستهلك فيها العدول عن العقد وهي حالة ما إذا كانت السلع والمواد التي جُهِزَ بها لايمكن إرجاعها لأنها قد تتلف أو تنتهي مدة صلاحيتها. فيمكن الاستنتاج من هذه النصوص إن البضاعة أو السلعة إذا هلكت أو تعيبت سواء بفعل المستهلك أو لأسباب أجنبية عندها يحرم المستهلك من استعمال مكنة العدول عن العقد المبرم عن بُعد. وكذلك يعيننا في هذا الموضوع ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 30 بنصها "في هذه الحالة، يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في اجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع

البضاعة أو العدول عن الخدمة. ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة". فمن المعلوم بأنه لأجل أن يتحقق العدول لابد من إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد كشرط للعدول فإذا استحالت الإعادة استحال العدول. ومن جملة ماسبق نلاحظ بأنه وفق أحكام القانون التونسي إذا هلكت السلعة أو تعيبت بعد تسليمها إلى المستهلك فلا يمكن لهذا الأخير استعمال مكنة العدول.

الفرع الثالث

تحمل تبعة هلاك وتعيب السلعة في القوانين الخاصة بالعقود المبرمة عن بُعد

عندما يتعلق الأمر بالقوانين الخاصة بالعقود المبرمة عن بُعد فلابد من دراسة الموضوع في إطار التوجيه الأوروبي رقم EC/7/97 الخاص بحماية المستهلك في مجال العقود عن بُعد وكذلك التعليمات الخاصة بأسس وتطبيق العقود عن بعد التركية كونهما التشريعين المتخصصين بتنظيم العقود عن بُعد والتي شملتهما البحث.

من ملاحظة نصوص مواد التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في مجال العقود عن بُعد نرى بإنها لم تنص على مسألة هلاك السلعة محل العقد. فعند التمعن في نص المادة السادسة من هذا التوجيه والخاصة بحق العدول Right of Withdrawal نرى بإنها وفي الشطر الأول من الفقرة الأولى تنص على أن لكل مستهلك في جميع العقود المبرمة عن بُعد مدة هي على الأقل سبعة أيام عمل يتمكن خلالها من العدول عن العقد دون آن يتعرض لأي جزاء بسبب هذا العدول، ودون أن يكون ملزماً بتسبيب هذا العدول[98]. إلا أننا نلاحظ أن الشطر الثاني من الفقرة الأولى والفقرة الثانية من هذه المادة تنص على انه في حال استعمال المستهلك لحق العدول عن العقود المبرمة عن بُعد يتعين عليه إعادة السلع، وبالمقابل، فإن على المجهز (المحترف) إعادة الثمن بالسرعة الممكنة في حد أقصاه 30 يوماً[(99)]. نرى أن ذلك يمثل إشارة إلى أنه كي يستطيع المستهلك العدول عن

98JANE K. WINN & BRIAN H. BIX, Diverging Perspectives On Electronic Contracting In The U.S. And Eu, 06 p. 186, Consumer Confidence in E-Commerce: lessons learned from the e-confidence initiative, Commission Staff Working Document, Commission Of The European Communities, Brussels, 2004 p 4.

(99)The European Directive 97/7/EC On The Protection Of Consumers In Respect Of Distance Contracts Article 6 Right Of Withdrawal

1. For any distance contract the consumer shall have a period of at least seven working days in which to withdraw from the contract without penalty and without giving any reason. The only charge that may be made to the consumer because of the exercise of his right of withdrawal is the direct cost of returning the goods.

2. Where the right of withdrawal has been exercised by the consumer pursuant to this Article, the supplier shall be obliged to reimburse the sums paid by the consumer free of charge. The only charge that may be made to the consumer because of the

العقد لابد من أن يكون من الممكن إعادة الحال إلى ما كان عليه الأمر قبل إبرام العقد. إلا أننا نلاحظ العكس في حالة هلاك السلعة بسبب أجنبي إذ أنه من المستحيل إعادة الحال إلى ما كان عليه العقد قبل إبرامه.

أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فقد نصت على انه "في حالة عدم وجود اتفاق للأطراف بخلاف ذلك فليس للمستهلك حق العدول عن العقد والذي تمنحه الفقرة الأولى من هذه المادة"[100]. ومن بين الحالات التي لايسمح فيها للمستهلك العدول عن العقد المبرم عن بُعد بموجب هذه الفقرة مانص عليه الشطر الثاني بالنسبة للسلع التي لايمكن السيطرة على أسعارها من قبل المزود بل تعتمد تلك الأسعار على تذبذبات الأسواق المالية[101]. كما وينص الشطر الثالث على عدم استطاعة المستهلك العدول عن العقد إذا كانت السلع قد صنعت خصيصاً للمستهلك وحسب طلباته الشخصية، أو أن السلع لم يكن من الممكن إعادتها لسبب يعود لطبيعتها أو إنها تكون عرضة للتدهور أو التلف أو إنها من المواد التي قد تنقضي مدة صلاحيتها[102]. فيما نص الشطر الأخير من هذه الفقرة على عدم جواز العدول بالنسبة للسلع والأجهزة الصوتية والتسجيلات الفيديوية والبرامج الالكترونية والتي قام المستهلك بإزالة أغلفتها[103]. ومع ذلك إذا كان المستهلك يمنع من العدول عن العقد في هذه الحالات فانه استنادا إلى القواعد العامة للتفسير يمكن القول بأنه من باب أولى عدم جواز عدوله نتيجة هلاك السلعة بسبب أجنبي. ويبدو لنا وجه القياس من باب أولى هنا، في أن المشرع قد رأى في الحالات المذكورة فيما سبق والتي منع فيه المستهلك من العدول عن العقد، عدم إمكانية الأطراف من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد. فعلى سبيل المثال أفترض المشرع في حالة إزالة المستهلك لأغلفة السلع والبرامج الالكترونية بأنه من غير المتصور تمكن الأطراف من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد لذا لم يجز للمستهلك العدول عن العقد، ونلاحظ أن نفس الأمر متصور أيضاً في حالة هلاك السلع كليا أو جزئياً، بل أن هلاك السلع أشد وطأة من إزالة الأغلفة إذ أنه بالهلاك لايرجى من السلعة أية فائدة سواءً بشكل تام أم كما ينبغي حسب ما إذا كان الهلاك كلياً أو جزئياً. من هنا إذا كان المشرع قد منع المستهلك من

exercise of his right of withdrawal is the direct cost of returning the goods. Such reimbursement must be carried out as soon as possible and in any case within 30 days.

(100) 3. Unless the parties have agreed otherwise, the consumer may not exercise the right of withdrawal provided for in paragraph 1 in respect of contracts:

(101)- for the supply of goods or services the price of which is dependent on fluctuations in the financial market which cannot be controlled by the supplier,

(102)- for the supply of goods made to the consumer's specifications or clearly personalized or which, by reason of their nature, cannot be returned or are liable to deteriorate or expire rapidly,

(103)- for the supply of audio or video recordings or computer software which were unsealed by the consumer,

العدول في حالة إزالة أغلفة السلع والبرامج الإلكترونية، فإنه من باب أولى عدم جواز العدول في حالة هلاك السلعة بسبب أجنبي.

أما في القانون التركي، فإننا نلاحظ أن أحكامه لاتختلف إلا في بعض الجزئيات والتفاصيل عن التوجيه الأوروبي، حيث نرى أن الفقرة الأولى من المادة الثامنة تنص على أن "للمستهلك في العقود المبرمة عن بُعد الحق في العدول عنها خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمه للسلع ودون أن تنشأ عليه أية مسؤولية ودون أن يكون ملزماً بتقديم اي مبرر للعدول وعليه رد السلع للمزود...."[104].

كما تنص الفقرة الرابعة من هذه المادة بأنه "ليس للمستهلك العدول عن العقود المبرمة عن بُعد فيما إذا كانت السلع قد صنعت بناءً على طلباته الخاصة، أو إذا أُحدِثَتْ عليها إضافات أو تغييرات. كذلك لايستطيع المستهلك استعمال حق العدول، إذا كانت طبيعة السلعة لاتسمح بذلك، أو من السلع السريعة التلف، أو أنها من المحتمل أن تنتهي مدة صلاحيتها" [105]. وهذا القانون كسابقيه لم يتطرق بصورة مباشرة إلى الهلاك بسبب أجنبي، وأثره على العدول، وإن كان من الممكن القول بأنه من الأولى أن يشمل عدم إمكانية المستهلك من العدول في هذه الحالة أيضاً.

(104) Cayma Hakki Madde 8- Tüketici; mal satişina ilişkin mesafeli sözleşmelerde, teslim aldiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin mali reddederek sözleşmeden cayma hakkina sahiptir. Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandiği tarihte başlar. Sözleşmede, hizmetin ifasinin 7 günlük süre dolmadan yapilmasi kararlaştirilmişsa, tüketici ifanin başlayacaği tarihe kadar cayma hakkini kullanabilir. Cayma hakkinin kullanimindan kaynaklanan masraflar satici veya sağlayiciya aittir.

ونرى في هذه المادة مسألة أخرى لم تنص عليها بقية القوانين التي عالجت موضوع العقود عن بعد وهي أنه في حالة تسليم السلع إلى شخص اخر يستطيع المستهلك ممارسة حق العدول عن العقد

Malin teslimi sözleşmeye taraf olan tüketici dişinda bir kişiye yapilsa dahi tüketici cayma hakkini kullanabilir. Bu durumda satici mali 9 uncu maddenin dördüncü fikrasi hükmü uyarinca üçüncü kişiden teslim alir.

(105) Tüketicinin özel istek ve talepleri uyarinca üretilen veya üzerinde değişiklik ya da ilaveler yapilarak kişiye özel hale getirilen mallarda tüketici cayma hakkini kullanamaz. Ayrica tüketici, niteliği itibariyle iade edilemeyecek, hizla bozulma veya son kullanma tarihi geçme ihtimali olan mallar söz konusu olduğunda cayma hakkini kullanamaz.

الخاتمة

توصلنا بالبحث الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نجملها فيما يلي:

أولاً: الاستنتاجات

1 - توصلنا من خلال البحث إلى أن العدول عن العقود المبرمة عن بُعد ما هو إلا مكنة يمنحها القانون للطرف الضعيف في العلاقة العقدية أي المستهلك الذي ابرم العقد. وبموجبها له إذا تواجد في ذلك المركز القانوني أن ينقض العقد من دون الحاجة إلى تدخل الطرف المقابل، أو أن يكون ملزماً بتبرير ذلك أو إثبات وجود عيب أو خلل في السلعة، أو الخدمة محل العقد. وتنتج ممارسة هذه المكنة أثراً رجعياً بتحلل الأطراف من كل الالتزامات المترتبة على العقد من حين إبرامه.

وباعتبار العدول عن العقود المبرمة عن بُعد يعد مِن المكن، فهو يدخل في خانة المكن القانونية الفاسخة أو المنهية حيث يترتب على استعمالها إنهاء علاقة قانونية موجودة.

2 - إن الكثير من الآراء التي قيلت بصدد تحديد الأساس القانوني للعدول عن العقد يمكن تفنيدها حسب مبدأ تحمل تبعة الهلاك، وإن كانت قائمة في اغلب القوانين على التسليم.

3 - إن بعض الآراء تقيم الأساس القانوني للعدول على المدة التي حددها المشرع والتي أجاز فيها العدول عن العقد. وتبين لنا أن هذه المدة لا تعتبر سوى مدة سقوط، فإذا لم يمارس المستهلك خلالها العدول سقط حقه في القيام بذلك.

4 - إن طبيعة العقد المبرم عن بُعد إلكترونياً خلال مدة العدول المنصوص عليها في القانون هي غير لازمة. فالمستهلك له الخيار بموجب المكنة الممنوحة له قانوناً بنقض العقد من عدمه خلال تلك المدة. إذن فالعقد موجود بكل عناصره وأركانه إلا أن المشرع أضفي عليه صبغة عدم اللزوم.

5 - إن التكييف القانوني للعدول عن العقود المبرمة عن بُعد هو الذي يحدد أساسه القانوني. فالعدول بذاته هو مكنة قانونية تمنح المستهلك الذي أبرم العقد سلطة التحلل منه، والمشرع بالنص الصريح على ذلك في القانون أضفي على هذه المكنة هذه القوة وجعل منها أساساً قانونياً للعدول.

6 - استنتجنا بالبحث رأيا مخالفاً لما يذهب إليه الرأي الغالب في الفقه والذي يلقي بتبعة الهلاك على البائع (المحترف) وإن قام بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع. فبعرضنا للقواعد العامة للهلاك ودراسة النصوص القانونية الخاصة بالعدول عن العقود المبرمة عن بُعد رأينا بان المستهلك إذا كان قد تسلم المبيع، فانه هو الذي يتحمل تبعة الهلاك أو التعيب الذي يحدث بسبب أجنبي وبالتالي يمتنع عليه ممارسة مكنة العدول.

7 - يبدو لنا من خلال إيراد بعض نقاط الاختلاف الجوهرية بين خيار الرؤية ومكنة العدول عن العقود المبرمة عن بُعد إنهما لايتطابقان، بل إن عدم تنظيم هذا العقد في قوانين حماية المستهلك أو قوانين المعاملات الإلكترونية أو غيرها من القوانين الخاصة موقف يعاب على المشرع ويدل على انه قدر ترك الأمر للقواعد العامة للقانون المدني، والتي لايمكن أن تصل من حيث درجة الحماية إلى ما يتم تقريره في القوانين الخاصة المنظمة لهذه المسألة.

ثانياً: التوصيات

1 - نقترح على المشرع تنظيم التعاقد عن بُعد سواءً في إطار قانون حماية المستهلك أم في قانون المعاملات الإلكترونية أم حتى تنظيمها في أي قانون خاص آخر. فانتشار وسائل الاتصال الحديثة وشيوع إبرام العقود بواسطتها يستوجب مثل هذا التنظيم بل يجعله حاجة ملحة.

2 - على المشرع عند تنظيمه للتعاقد عن بُعد، الاستفادة من التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بُعد وبالتحديد بشأن مدة العدول وكيفية العدول.

3 - على المشرع عند تنظيمه للعقود عن بُعد أن يجعل تبعة هلاك السلعة على المستهلك. فهدف القانون وإن كان هو حماية المستهلك إلا أن هدفه الأسمي هو إقامة العدل. فمن الظلم القول بان المحترف هو الذي يتحمل تبعة الهلاك بسبب أجنبي وقد خرجت السلعة من بين يديه.

4 - نوصي المشرع عند تنظيمه للعقود المبرمة عن بُعد أن لايمنح المستهلك مكنة العدول بشكل مطلق، بل أن يورد عليها استثناءات على غرار القوانين المقارنة التي منعت المستهلك من العدول في حالة كون السلع مصنعة بناءً على طلبه أو مواصفات مقدمة من قبله، أو

أن السلع من المواد سريعة التلف، أو أنها كانت من المواد الإلكترونية كالأقرصة والبرامج المعلوماتية وقام المستهلك بنزع أغلفتها وغيرها من الحالات.

5 - عند سن تشريع لتنظيم التعاقد عن بُعد لابد من وضع نص صريح يشترط للعدول عن العقود المبرمة بهذه الطريقة أن يكون المستهلك قادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد.

6 - نقترح على المشرع عند تنظيمه للتعاقد عن بُعد أن يتطرق بصورة واضحة إلى مسألة العيب في السلعة أو الخدمة، وأن يُفَصِلَ في العيب الحادث بعد التسليم بحيث يميز في الحكم بين العيوب الناشئة بسبب المجهز (المحترف) وتلك الناشئة بسبب المستهلك، وأن يمنعه من العدول عن العقد في هذه الحالة الأخيرة.

المصادر:

أولاً: المصادر العربية

1- أمانج رحيم أحمد : حماية المستهلك في نطاق العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية، 2008.

2- جاسم علي سالم الشامسي : الحماية القاونية المدنية للمشتري في البيوع التي تتم عن طريق التلفزيون، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة 6 - 7 ديسمبر 1998.

3- جعفر الفضلي : الوجيز في العقود المدنية البيع- الإيجار- المقاولة، عمان: مكتبة دار الثقافة والنشر و التوزيع، 1997.

4- حسن علي الذنون : شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة- عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، 1953.

5- سعدون العامري : الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول في البيع والإيجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني، بغداد، 1974.

6- سعيد مبارك، وآخرون : الوجيز في العقود المسماة البيع- الإيجار- المقاولة، العاتك لصناعة الكتاب، طبعة منقحة، القاهرة، 2007.

7- سليمان براك دايح : الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق جامعة - النهرين، العدد 14، أيلول، 2005.

8- عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية، 2، الحق وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1970.

9- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني (1) نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت 2000.

10- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (3)، نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف – الحوالة –الانقضاء، الطبعة الثالثة، بيروت، 2000.

11- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (4)، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، بيروت، 2000.

12- عبد الفتاح بيومي حجازي : حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

13- عبدالمجيد الحكيم، وآخرون : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، بغداد، 1980.

14- عبد المجيد الحكيم، وآخرون : القانون المدني و أحكام الالتزام، الجزء الثاني، بغداد، بلا سنة الطبع.

15- عبد المنعم موسى إبراهيم : حماية المستهلك – دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

16- علي أحمد صالح المهداوي : أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الإلكتروني دراسة تحليلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، والقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون الاتحادي رقم 24 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة – كلية القانون- السنة الرابعة والعشرون، العدد الثاني والأربعون، 2010.

17- عمر محمد عبد الباقي : الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2008.

18- محمد شريف أحمد : نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، الطبعة الثانية، أربيل، 2006.

19- مصطفي محمد الجمال : السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي لحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2001.

20- يوسف شندي : اثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة – كلية القانون- السنة الرابعة والعشرون، العدد الثالث والأربعون، 2010.

ثانياً: المصادر الأجنبية

21- Alev ERTEN : Türk Ve Alman Hukukunda Mesafeli_ Sözlesmeler (Avrupa Toplulugu Mesafeli Sözlesmeler Direktifi ile Karsilastirmali Olarak), Ankara 2007.

22- Andreas Von Tuhr : Borclar Hukuku, Umumi Kismi, Cilt 2, Ceviren Avukat Cevdet Edege, Olgac Matbaasi – Ankara 1983.

23- Fikret Eren : Borclar Hukuku Genel Hukumler, 8. Basi, Beta Yayinevi. Istanbul 2003.

24-	Hans-W. Micklitz	:	An Economic Analysis of Consumer Protection Law 4 German Law Journal No. 11 (1 November 2003) - Private Law, available on internet at: www.germanlawjournal.com
25-	JANE K. WINN & BRIAN H. BIX	:	Diverging Perspectives On Electronic Contracting In The U.S. And Eu,
26-	Peter Rott	:	Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law? 7 German Law Journal No. 12 (1 December 2006), available on internet at: www. germanlawjournal.com,
27-	Rona Serozan	:	Sozlesmeden Donme, Istanbul Universitesi Hukuk Fakultesi Yayinlari, Sulhi Garan Matbasi Varisleri Koll. Sti, Istabnbul 1975, P. 49.
28-	Tekinay/ Akman/ Burcuoglu/ Altop	:	Borclar Hukuku Genel Hukumler, Yedinci Basi, Filiz Kitabevi, Istanbul 1993.
29-	Turgut Akinturk	:	Satim Akdinde Hasarin Intikali, Ankar Universitesi Hukuk Fakultesi Yayinlari, Sevinc Matbaasi, Ankara 1966.

ثالثاً- القوانين

30 – القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
31 – قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010 .
32 – القانون الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي عدد 83 لسنة 2000.
33 – قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 13068 لسنة 2004.
34 - Code de la Consommation
35 - Code Civil
36 - Türk Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul Ve Esaslari Hakkinda Yönetmelik
37 - BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)
38 - EC Of The European Parliament And The Council Of The European/7/Directive 97
.Union Of 20 May 1997 On The Protection Of Consumers In Respect Of Distance Contracts