التعاقد بطريق فض الغلاف دراسة تحليلية مقارنة

أ.م.د. فتحي علي فتحي
جامعة الموصل- كلية الحقوق

Contracting by way of breaking the envelope, a comparative analytical study

A.M.D. Fathi Ali Fathi
University of Mosul - College of Law

المستخلص: الاصل في العقود انها تكون بالتراضي فالرضائية هي الاصل في جميع العقود مالم يشترط القانون شكلا معينا للبعض من هذه العقود والاصل في العقود ايضا يكون فيها للمتعاقد مجموعة الخيارات ومن ضمنها خيار الرؤية وخيار التجربة ولا يتم العقد بين المتعاقدين الا بعد رؤية المبيع والوقوف على جميع صفاته الا ان تطور الحياة الاقتصادية والقانونية جعلنا امام نموذج من العقود التي تنعقد بمجرد فظ غلافها والتي لا يكون فيها للمتعاقد خيار الرؤية ولا حتى خيار التجربة والتي قد يظن البعض بأنها قريبة جدا من عقود الاذعان ان لم تكن منها، الا ان الواقع يفرض علينا ان بعض الاشياء بمجرد فظ غلافها ينعقد العقد عليها اما لاعتبارات متعلقة بطبيعة الشيء والتي تأبه فض الغلاف واما لاعتبارات اقتصادية او صحية هذه الافكار وغيرها هي موضوع بحثنا الموسوم بالتعاقد بطريق فض الغلاف.**الكلمات المفتاحية:** فض الغلاف، النقر على المفتاح، الروية، التجربة.

Abstract

The principle in contracts is that they are consensual, so consensual is the principle in all contracts unless the law stipulates a specific form for some of these contracts, and the principle in contracts also has a set of options for the contractor, including the option of vision and the option of experimentation, and the contract is not concluded between the two contracting parties except after seeing the thing sold and standing on all its characteristics except The development of economic and legal life has brought us before a model of contracts that are concluded by simply breaking their cover and in

which the contracting party does not have the option of seeing or even the option of experimenting, which some may think is very close to contracts of compliance if not one of them, but the reality imposes on us that some things are just Uncovering the cover, the contract is concluded either for considerations related to the nature of the thing that do not care about unpacking, or for economic or health considerations. These ideas and others are the subject of our research marked by contracting by unwrapping .**key words**:Opening the cover ، clicking on the key ، observation ، experiment

المقدمة

أولا: مدخل تعريفي بموضوع البحث: مع ظهور المعاملات الإلكترونية، أصبح من غير الممكن اتّباع الطريقة التقليدية للتعاقد التي يتناقش الأطراف في إطارها حول شروط التعاقد قبل التقاء الإيجاب بالقبول، وذلك فيما يتعلق بالكثير من أشكال التصرفات المتعلقة بالبضائع والخدمات، فكثيراً ما تتم المتاجرة بطريقة سريعة لا يتوفر فيها الوقت الكافي لمناقشة شروط العقد. ومن الصعوبة بمكان أن ينطبق قانون العقود التقليدي فيما يتعلق بعمليات بيع برامج الحاسوب مثلا، الامر الذي دفع ابتكار الباعة لطرق جديدة تجعل الاتفاق مع المشترين سريعاً وأكثر كفاءة.

إن أكثر أنواع هذه العقود شيوعاً هي عقد فض الغلاف وعقد النقر على المفاتيح والمقصود لوحة لمفاتيح وتعتبر الأولى المصدر التاريخي للثانية. وتعني هذه العقود أنها تنعقد بمجرد فض المغلف وليس للمتعاقد فيه خيار الرؤية، وليس للمتعاقد التمسك بحقوق المستهلك، لان هذه العقود تنعقد بمجرد فض الاغلفة، كما في برامج الحاسوب الالي، وكذلك ما متعارف عليه في بلدنا بالنسبة لبعض السلع والبضائع مثلا بيع اجهزة الهاتف النقال ذات الاغلفة المحكمة فأن مجرد فض الغلاف يعني القبول بالشراء وكذلك الحال بالنسبة لبعض المطعومات والملبوسات. الامر الذي يتطلب منا توضيح الموقف القانوني والقضائي من هذه العقود.

ثانياً: أهمية الموضوع وسبب اختياره: تكمن اهمية الموضوع وسبب اختياره في أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند سن أو تعديل التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية توضيح هذه العقود من خلال تحديد الحقوق والإلتزامات لكل من المتعاقدين عبر الإنترنت، ذلك أن عدم تنظيم هذه العقود تشريعياً قد يؤدي إلى عدم الثقة في التعاقد الإلكتروني الذي يعتمد على مثل

هذه التعاقدات، كما يجب أن نستفيد من التجارب القضائية لبعض الدول لمعرفة الطريق الأنسب لتنظيم هذا النوع من العقود والذي إما أن يطبق القواعد العامة للعقود أو صياغة وتعديل القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية.

تكمن اهمية الموضوع في ضوء غياب المعالجات التشريعية في التشريعات التي تنظم المعاملات الإلكترونية في العراق الامر الذي يدفعنا الى التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق قواعد العقود التقليدية على هذا النوع من العقود؟؟

ثالثاً: تساؤلات الدراسة ومشكلاتها: تكمن مشكلة الدراسة في ايجاد الاجوبة المناسبة للتساؤلات الاتية:

١. ما المقصود بعقد فض الغلاف؟
٢. ما المقصود بعقد النقر على المفتاح؟
٣. ما الموقف القانوني والقضائي من هذه التعاقدات؟
٤. هل تكفي القواعد العامة للعقود أم نحن بحاجة الى قوانين خاصة؟
٥. هل يجوز للمتعاقد التمسك بخيار الرؤية؟
٦. هل يجوز للمتعاقد التمسك بخيار التجربة؟
٧. وهل يحق للمتعاقد بطريق فظ الغلاف ان يطلب استرجاع واعادة الشيء محل العقد؟
٨. هل تعد هذه التعاقدات من قبيل عقود الاذعان؟
٩. هل للمتعاقد التمسك بحقوق المستهلك؟

ويحرص الباحث على إيجاد الأجوبة المناسبة للتساؤلات في أعلاه وغيرها من التساؤلات التي قد تتبادر للذهن ولا تسعف النصوص القانونية في إيجاد الإجابة عنها.

رابعاً: منهجية الدراسة: سنعتمد في دراستنا إن شاء الله تعالى الأسلوب المقارن والتحليلي، لبيان موقف التشريعات المنضمة لموضوع لحقوق المستهلك كالقانون المصري والفرنسي ومعرفة مدى انطباقها على موضوع بحثنا. ومع الاعتماد على القرارات القضائية الصادرة في الولايات المتحدة، واعتماد أسلوب الترجيح المعلل قدر الامكان أن شاء الله.

خامساً: هيكلية الدراسة: المبحث الأول: تعريف التعاقد بطريق فض الغلاف. المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد فض الغلاف والموقف القضائي منه

المبحث الأول: تعريف التعاقد بطريق فض الغلاف: من العقود ما ينعقد بمجرد تراضي الاطراف ومنها لا يكفي لأنعقاده هذا التراضي ويشترط فيها شكل معين كالكتابة مثلا ومنها

بالاضافة الى التراضي والشكل يشترط ايضا القبض كي ينعقد صحيحا اما موضوع بحثنا فسنرى أنه بمجرد فظ الغلاف ينعقد العقد ولغرض الوقوف على تعريف عقد فض المغلف او المظروف كان لابد من تقسيم هذا المبحث على مطلبين كالاتي: المطلب الأول: التعريف بعقد فض الغلاف المطلب الثاني: خصائص عقد فض الغلاف وتمييزه ما يشتبه به

المطلب الأول: التعريف بعقد فض الغلاف: تعريف الشيء هو جزء من الوقوف على ماهيته وحقيقته ولغرض الوقوف على تعريف عقد فض الغلاف كان لابد من تعريفه لغة واصطلاحا وقانونا كالاتي:

١. تعريف عقد فض الغلاف لغة:

العقد لغة هو: **عقد** الحبل والبيع والعهد **يعقده** شده و عنقه إليه لجأ **والعقد** الضمان والعهد[١]

أما مصطلح فض لغة فهو: **فض** ختم الكتاب[٢] وفض ختم الرسالة.

الغلاف لغة: **الغلاف غلاف** السيف والقارورة و غلف الشيء جعله في **الغلاف** وبابه ضرب و أغلفه جعل له **غلافا** وأغلفه أيضا جعله في **الغلاف** .

٢. التعريف بعقد فض الغلاف في الاصطلاح القانوني:

عرفه جانب من الباحثين[٣] بأنه" عقد يرد على برنامج من برامج الحاسوب الذي يكون مغلفاً بغلاف بلاستيكي، يحمل تنبيهاً بأن شروط الترخيص المتعلقة باستخدام البرنامج ملصقة على هذا الغلاف، وأن فتح الغلاف يعني القبول بشروط العقد المرفقة به"

وعرفه جانب اخر من الباحثين[٤] بأنه" العقد الذي ينعقد بمجرد فض المغلف وليس للمتعاقد فيه خيار الرؤية، وليس للمتعاقد التمسك بحقوق المستهلك، لان هذه العقود تنعقد بمجرد فض الاغلفة"

٣. تعريف عقد فض الغلاف قانونا:

(١) محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط, ج١، مؤسسة الرسالة، بيروت، بلا تاريخ نشر، ص ٣٨٣.
(٢) محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، ج١، طبعة جديدة، لبنان، بيروت، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥، تحقيق: محمود خاطر، ٢١٢.
(٣) هدى نور الدين السيد الثلثي، عقود الترخيص في التجارة الالكترونية، بحث منشور في منتدى شوؤن قانونية، ص٣. على الموقع التالي : www.mahmod.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١١/٢٨.
(٤) أ.د. محمد حسام محمود لطفي، العقود، اشكاليات قانونية، التعاقد عن طريق فض المغلف، محاضرة صوتية، منشورة على موقع ال .youtube تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٢٥.

عرف المشرع العراقي [١] العقد بأنه" العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه".

اما عقد فظ الغلاف لم نجد هناك تعريف لعقد فظ الغلاف في القوانين المقارنة[٢] ، وهو امر جيد يحسب لمشرعي هذه القوانين كون ان وضع التعريف ليس من عمل المشرع.

فالخلاصة التي نستطيع الخروج بها هي أن عقد فض الغلاف ((هو العقد الذي ينعقد بمجرد فض المغلف دون أن يكون للمتعاقد خيار رؤية المبيع أو تجربته، وليس له ايضا ان يتمسك بحقوق المستهلك)). وسبب اقتراح هذا التعريف كونه ينسجم مع طبيعة هذا العقد الذي تفرض بعض الاعتبارات على المتعاقد عدم فض الغلاف والا انعقد العقد.

المطلب الثاني: خصائص عقد فض الغلاف وتمييزه مما يشتبه به: يتميز اي عقد من العقود بمجموعة من الخصائص منها يشترك بها اغلب العقود منها ما تميزه بذاته عن سائر العقود ولغرض الوقوف على اهم خصائص عقد فض الغلاف وتميزه مما يشتبه به كان لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين كالاتي

الفرع الاول: خصائص عقد فض الغلاف

الفرع الثاني: تمييز عقد فض الغلاف مما يشتبه به.

الفرع الأول: خصائص عقد فض الغلاف: من خلال التعريف اعلاه يمكن ان نستنتج مجموعة من الخصائص التي يتميز بها عقد فض الغلاف فهو كغيره من العقود رضائي وملزم للجانبين، ولكن هل للمتعاقد فيه بعض الخيارات كخيار الرؤية والتجربة واستبدال المبيع ؟ هذا ما سنوضحه في الآتي:

١. عقد رضائي : هو ما يكفي لتكوينه مجرد تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين هو ما يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، باقتران الإيجاب بالقبول فالتراضي وحده

---

(١) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، اما المشرع المصري فلم يعرف العقد في القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٢) القانون المدني المصري، والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

هو المكون للعقد، و أغلب العقود وفق القوانين الحديثة تعتبر رضائية، و لم يكن وصول القانون إلى ذلك طفرة و لكن بالتطور التدريجي، ولا يمنع من كون العقد رضائي أن يشترط في إثباته شكلاً معيناً، وعلى ذلك يجب أن نفرق بين وجود العقد، و طريقة إثباته. فإذا كان يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين، فإن العقد رضائي؛ حتى و لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها، و الفائدة من ذلك أن الكتابة إذا كانت لازمة للإثبات فالعقد غير المكتوب، يجوز إثباته بالإقرار أو باليمين، و إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد[١] ، فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين، ومن ذلك لزوم تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري وكذلك بعض المنقولات [٢] كما في بيع المركبات التي لابد من تسجيلها في دائرة المرور بمعنى ان الشكل يكون ركنا لازما لأنعقاده وبدونه يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا[٣].

٢. عقد ملزم لجانبين: عرف القانون المدني الفرنسي[٤] العقد الملزم للجانبين بأنه "العقد الذي يلتزم فيه المتعاقدان بصورة متبادلة ومتقابلة الواحد تجاه الآخر، ففي هذا العقد يكون كلُ من المتعاقدين دائناً ومديناً في الآن ذاته" ففي عقد البيع مثلاً يكون البائع دائناً بالثمن ومديناً بالتسليم، ويكون المشتري دائناً بالتسليم ومديناً بالثمن.[٥]

٣. ليس للمتعاقد فيه خيار الرؤية: خيار الرؤية هو ما يثبت للمشتري عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية المحل عند إنشاء العقد أو قبله، فإذا باع رجل لأخر سيارة أو دار على الوصف وقبل الأخر واتفقا على الثمن فللمشتري الخيار في أن يرى المبيع فإذا رآه كان له الخيار في أمضاء العقد أو فسخه لأن علم المشتري بالمبيع على الوصف وان كان نافيا

(١) ينظر: الفقرة١ من المادة ٩٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
(٢) د. مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، ط١، دار القلم، دمشق،١٩٩٩،ص٣٤-٣٥.
(٣) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف الاسكندرية،٢٠٠٦، ص٢٠.
(٤) المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ .
(٥) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط١، المكتبة القانونية،بغداد، ٢٠٠٧، ص٤٥.

للجهالة إلا أنه ليس كالعلم به عند رؤيته لأنها تفيد معرفة أدق واشمل وأوضح من الوصف.

تناول فقهاء القانون خيار الرؤية بالتعريف به وبيان أحكامه كما فعل فقهاء الشريعة لأهمية هذا الخيار في نظام المعاملات، وعرفوه بتعريفات عديدة: منها أن خيار الرؤية " عبارة عن ثبوت الحق للمشتري الذي اشترى شيء لم يره في أخذه أو رده" [١] ويُلحظ على هذا التعريف عدم الإشارة إلى وقت ثبوت الخيار للمشتري الذي حدده فقهاء المسلمين بوقت رؤية المعقود عليه، وعرف خيار الرؤية بأنه "حق قانوني سببه عدم رؤية محل العقد يرد على عقود محددة يخول صاحبه سلطة فسخ العقد أو إمضائه بإرادة منفردة"[٢] وانتقد جانب من الباحثين هذا التعريف بأنه لم يحدد وقت انعدام الرؤية الموجب لثبوت الخيار وكان يكفي ذكر عبارة "للعاقد الذي لم ير محل العقد لا وقت التعاقد ولا قبله" هذا من ناحية و يؤخذ من ناحية أخرى على هذا التعريف عدم الإشارة إلى وقت ثبوت الخيار أو استعماله، وعرفه ثالث بأنه "يقصد به أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما عند رؤية محل العقد الحق في فسخه بسبب عدم رؤية محله عند أنشاء العقد أو قبله"[٣] وعرفه آخر بأنه " هو حق من يثبت له شرعاً في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محله " ومن المهم هنا أن نشير إلى أن خيار الرؤية لا يثبت في عقد بعينه وإنما يجري في عقود عديدة لا تقتضي بطبعها اللزوم وهي التي تكون لازمة من احد الطرفين وجائزة من الطرف الآخر فمن ملك التزامه تقيد بالعقد ومن لم يملك التزامه لورود الخيار الشرعي فله الفسخ أو الإمضاء استعمالاً للخيار وبناءً على ذلك فأن خيار الرؤية لا يتحدد في عقد البيع وإنما يجري في عقود المعاوضات الأخرى التي تحتمل الفسخ كالإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على عين ولا يجري هذا الخيار في المهر فإذا كان مهر المرأة عيناً لم ترها فلا يثبت لها عند رؤيتها ولا يثبت الخيار في الخلع فمن خالع زوجته على عين فلا يثبت له خيار الرؤية أن لم ير تلك العين ولا يثبت أيضا في الصلح عن دم العمد إذا كان بدل الصلح عين لم يرها ورثة المقتول فليس لهم الخيار عند رؤيتها والقوانين المدنية استوحت أحكام هذا الخيار من النصوص الشرعية وقننتها في شرح مرشد الحيران ومجلة الإحكام العدلية [٤] . وهكذا فعل

---

(١) المستشار عبدالستار آدم، القانون المدني المصري دراسة مقارنة، الكتاب العاشر، الجمهورية العربية المتحدة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة الخبراء، القاهرة، ١٣٨٩هـ،١٩٦٩م، ص٦٤.

(٢) عبدالله عبدالله العلفي، احكام الخيارات في الشريعة والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨م، ص٣١٨.

(٣) د. رمضان أبو السعود، دروس في العقود المسماة عقد البيع في القانون المصري واللبناني، بدون سنة طبع، ص٩٣.

(٤) ينظر: المواد من (٣٢٠) وما بعدها من مجلة الإحكام العدلية.

القانون المدني العراقي[١] الذي أورد نصوص هذا الخيار ضمن تشريعه فضلاً عن التقنين المدني المصري الملغي، وأورد التقنين المصري الحالي نصاً واحداً وبدا جلياً في الأعمال التحضيرية أن الأصل في هذا النص هو خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية مع محاولة تقريبه من القواعد العامة في القانون المدني وهذا هو مسلك بعض القوانين العربية الأخرى[٢].

فهل للمتعاقد بطريق فظ الغلاف خيار الرؤية كون ان هذا العقد رضائي في الاصل؟ ام ليس للمتعاقد خيار الرؤية كونه يتعارض مع طبيعة هذا التعاقد؟

أن التعاقد بطريق فض الغلاف من العقود التي لا تثبت فيها خيار الروية للمتعاقد كما في برامج الحاسوب، والسلع التي تصنع بناء على مواصفات خاصة حددها المستهلك، أو اذا كانت من السلع التي تحول طبيعتها أو طريقة تعبئتها من رؤيتها قبل التعاقد، لأن خيار الرؤية يتعارض مع طبيعة هذا النوع من التعاقد.

وبهذا الخصوص جاء موقف المشرع المصري[٣] حيث نص على أنه "إذا كانت من السلع التي تصنع بناءً على مواصفات خاصة حددها المستهلك، وكانت السلعة مطابقة لهذه المواصفات" ونامل من المشرع العراقي الاخذ بما ذهب اليه المشرع المصري كون ان التعاقد بطريق فظ الغلاف من اهم ما يميزه بانه ليس للمتعاقد فيه خيارالرؤية لانه يتعارض مع طبيعة هذا العقد.

وهل يحق للمتعاقد بطريق فظ الغلاف ان يطلب استرجاع واعادة الشيء محل العقد؟

الاصل ان للمستهلك الحق في استبدال السلعة واعادتها مع استرداد قيمتها النقدية دون ابداء اي اسباب او تحمل اي نفقات خلال المدة التي يحددها القانون[٤] ، دون الاخلال بأي ضمانات او شروط قانونية او اتفاقية تعد الأفضل للمستهلك.

الا ان خصوصية عقد التعاقد بطريق فظ الغلاف دفع المشرع المصري[٥] في قانون حماية المستهلك وفي اللائحة التنفيذية لهذا القانون على نص بأنه" أستثناء من أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، لا يجوز للمستهلك مباشرة حق الاستبدال أو الإعادة في الأحوال الآتية :

(١) ينظر: المواد (٥١٧-٥٢٣) بشأن عقد البيع؛ و المواد (٧٣٣-٧٣٥) بشأن عقد الإيجار من القانون المدني العراقي.
(٢) معتز محمد حمزة المعموري، مصدر سابق، ص٨.
(٣) المادة (١٧) من قانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨. ليس هناك نص مشابه لهذا النص في القوانين المقارنة الاخرى.
(٤) حدد المشرع المصري مدة أربعة عشر يوم من تاريخ تسلم البضاعة: ينظر نص المادة (١٧) من القانون اعلاه.
(٥) المادة (١٧) من قانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨. ليس هناك نص مشابه لهذا النص في القوانين المقارنة الاخرى.

١. إذا كانت طبيعة السلعة أو خصائصها أو طريقة تعيشتها أو تغليفها تحول دون استبدالها أو ردها، أو يستحيل معه إعادتها إلى الحالة التي كانت عليها عند التعاقد
٢. إذا كانت السلعة من السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع
٣. إذا لم تكن السلعة بذات الحالة التي كانت عليها وقت البيع لسبب يرجع إلى المستهلك.

ونجد في انفسنا ان الواقع العملي فرض على المتعاقد عدم استطاعة رد أو استبدال بعض الاشياء محل العقد اذا ما تم فظ الغلاف عنها كون فظ الغلاف يؤدي الى نقصان ثمن المبيع المسترجع كما هو الحال لدينا في بيع اجهزة الموبايل، فبمجرد فتح الغلاف – الكارتون– يعتبر الجهاز مستخدم وبالتالي ليس للمتعاقد رده او استبداله الا اذا ادى ذلك من انتقاص الثمن الذي اتفق عليه ابتداءً.

٤. ليس للمتعاقد فيه خيار التجربة: يرد خيار التجربة عند البحث في التصرفات القانونية، لذا فقد عرف البيع بشرط التجربة بانه " هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع قبل شراءه نهائياً، وذلك اما لغرض التأكد من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه، او للتأكد من ملائمته لحاجته الشخصية " أي يتم الاتفاق فيه على ان يكون للمشتري حق تجربة المبيع للتعرف على صلاحيته للغرض الذي يقصد شراؤه لأجله او ليتأكد من ان المبيع هو الشيء الذي يطلبه [١]

وان اشتراط خيار التجربة، قبل الموافقة النهائية لإتمام عقد البيع، يكون بسبب رغبة المشتري في عدم الالتزام بالعقد حالاً، وترجيحه ابداء الموافقة النهائية بالعقد، بعد معاينة المبيع وتجربته، لما قد يترتب عليه من نتائج خطيرة، فيما لو كان البيع منصباً على اشياء ثمينة .

ويشترط في البيع بشرط التجربة شرطان ، اولهما: تمكين المشتري من تجربة المبيع وعلى المشتري ان يراعي بعض الضوابط كالتزام المشتري باستعمال المبيع بالقدر اللازم للتجربة، وان تتم التجربة بحسب طبيعة المبيع وما تعارف عليه الناس، فضلا عن ان تتم التجربة خلال فترة الخيار، وثانيهما: تحديد مدة التجربة.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، ج ٤، ص١٣٠.

وقد نص القانون المدني العراقي[١] على أنه " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة، فاذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فاذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للبيع " .

ونعتقد ان المشرع في النص اعلاه قد تطرق الى المدة في مرحلتين قد يمر بهما العقد، الاولى هي بعد تجربة المبيع من المشتري ، اذ اجاز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه ولكن بعد تجربته مع تمكين البائع للمشتري من تجربة المبيع ، على ان يعلن الرفض خلال المدة التي اتفق عليها الاطراف، او خلال مدة معقولة، اما الثانية فتكون بمرور المدة المتفق عليها او المدة المعقولة، مع تمكن المشتري من تجربة المبيع، وان لم يجربه، عدَ سكوته بمرور تلك المدة قبولاً للبيع .

وفي كلتا الحالتين، فان المدة التي اشترطها المشرع، سواء أحددت تلك المدة من قبل الاطراف ام حددت من قبل القاضي، تعد من العوامل التي تساعد على تحقيق الاستقرار للعقد والمعاملات المالية، ولم يتبقَ الا فرض ان لو ثار نزاع حول المدة المعقولة، فالأمر متروك لتقدير المحكمة ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها لان القضاء فيه قضاء في مسألة موضوعية.

ويتبين ان اعلان الرغبة في قبول او رفض المبيع ما هو الا استعمال للخيار الذي يؤدي الى التعجيل في تحقيق الاستقرار للعقد خصوصاً وللمعاملات المالية عموماً .

وهذا ما لا نجده في عقد فض الغلاف خاصة في بعض صوره كما في برامج الحاسوب حيث ان مجرد فظ الغلاف يعني القبول بشروط التعاقد، وكذلك بالنسبة لبعض الاشياء الاخرى التي نصت بعض التشريعات الى عدم جواز تجربتها كالكتب والصحف والمجلات والبرامج المعلوماتية المجوهرات والحلي والملابس التي تكون تجربتها عن طريق ملامستها المباشرة لجسم الانسان – الملابس الداخلية – وملابس الزفاف منعا من انتقال الامراض المعدية وبهذا اخذ المشرع المصري في قانون حماية المستهلك. [٢]

حيث نص على أنه" " أستثناء من أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، لا يجوز للمستهلك مباشرة حق الاستبدال أو الإعادة في الأحوال الآتية : ٥.الكتب والصحف والمجلات، والبرامج المعلوماتية وما يماثلها – ويجوز للائحة التنفيذية لهذا القانون إضافة حالات أخرى".

(١) المادة (١/٥٢٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (١٧) من قانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨. ليس هناك نص مشابه لهذا النص في القوانين المقارنة الاخرى.

وقد أضافت اللائحة التنفيذية زيادة على ما سبق " أذا كانت السلعة تعد من الحلي والمجوهرات وما في حكمها. والملابس الداخلية وملابس الزفاف اذا ما تمت ازالة اغلفتها". [١]

ولم نجد نصا مماثلا لهذا النص لا في القانون المدني العراقي ولا حتى في قانون حماية المستهلك العراقي وبناء على ما تقدم نأمل على المشرع العراقي النص على أنه" للمستهلك الحق في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد قيمتها النقدية، دون إبداء أي أسباب ودون تحمل أي نفقات خلال خمسة عشر يوما من تسلمها، وذلك دون الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وللقضاء أن يحدد مددا أقل بالنظر إلى طبيعة بعض السلع : **وليس للمتعاقد مباشرة حق الاستبدال أو الإعادة او خيار الرؤية أو التجربة في الأحوال الآتية :**

أ. إذا كانت السلعة من السلع التي تصنع بناءً على مواصفات خاصة حددها المتعاقد، وكانت الشيء مطابقة لهذه المواصفات.

ب. إذا كانت طبيعة السلعة أو خصائصها أو طريقة تعيشتها أو تغليفها تحول دون استبدالها أو ردها، أو يستحيل معه إعادتها إلى الحالة التي كانت عليها عند التعاقد.

ت. إذا كانت السلعة من السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع.

ث. إذا لم تكن السلعة بذات الحالة التي كانت عليها وقت البيع لسبب يرجع إلى المستهلك.

ج. الكتب والصحف والمجلات، والبرامج المعلوماتية وما يماثلها وأذا كانت السلعة تعد من الحلي والمجوهرات وما في حكمها والملابس الداخلية وملابس الزفاف اذا ما تمت ازالة اغلفتها ".

٥. ليس للمتعاقد مناقشة شروط العقد: الاصل في العقود انها لا تتم الا بعد مفوضات ومناقشات من قبل المتعاقدين في شروطه، فلا يقدم احدهما على الدخول في العلاقة التعاقدية إلا بعد التأكيد من وجود مصلحة له في ذلك، ولكن التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة أدى إلى ظهور طبقتين من الناس: طبقة قوية اقتصاديا، وطبقة ضعيفة اقتصاديا. وقد نتج عن ذلك ظهور نوع من العقود يبرم بين افراد هاتين الطبقتين لا يستطيع الضعيف اقتصاديا فيها ان يناقش

(١) المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨.

شروط العقد، بل عليه ان يقبله كما يعرضه عليه المتعاقد الآخر، وهو القوي اقتصاديا، لانه محتاج اليه في حياته اليومية، والطرف الضعيف اقتصاديا حر من الناحية النظرية في التعاقد وعدمه، ولكن حريته تنحصر في قبول العقد برمته او رفضه برمته، ولكن لما كانت هذه العقود تتصل بسلع وخدمات لا غنى عنها للفرد في حياته اليومية، كالتعاقد مع مصالح الماء والكهرباء والبريد والتلفون، ومع شركات النقل البرية والبحرية والجوية[١] ، الخ ... فالشخص الذي يريد الحصول على هذه السلع والخدمات مضطر الى قول ما يعرضه عليه الطرف القوي اقتصاديا، وبالشكل الذي يعرضه عليه، فقبوله ليس في الحقيقة قبولا حرا، بل هو مجرد اذعان لارادة الطرف الآخر، ومن هنا جاءت تسمية هذه العقود بعقود الاذعان، ولكن يجب ان يلاحظ من الان ان هذا النوع من الاضطرار ليس هو الاكراه المعروف كعيب من عيوب الرضاء بل هو اكراه متصل بعوامل اقتصادية لا بعوامل نفسية[٢]

لذا يرى جانب من الباحثين [٣] أن التعاقد بطريق فظ الغلاف دون ترك مجال للمتعاقد في مناقشة شروط العقد يجعله من مصاف عقود الاذعان [٤] التي تفرض على المتعاقد القبول او الرفض دون مناقشة في بنود العقد.

الفرع الثاني: تمييز عقد فض الغلاف مما يشتبه به: مع ظهور شبكة الإنترنت أصبحت البرامج متاحة للتنزيل بسهولة من خلال المواقع الإلكترونية، ووجدت شركات البرامج أنها أصبحت بحاجة إلى حماية نفسها من مطالبات التعويض عن الأضرار الناجمة عن استخدام برامجها، لذا وضعت عقود الترخيص على المفاتيح– أي النقر على مفتاح الحاسوب– ويرى جانب من الباحثين[٥] أن عقود ترخيص المفاتيح وُضعت كردٍّ على تطوّر تكنولوجيا الإنترنت والنمو الهائل في استخدامها.

تعتبر عقود الترخيص على المفاتيح المعادلَ الإلكتروني لعقود التراخيص على الغلاف، ذلك أن شراء البرامج عن طريق الإنترنت، أو الاشتراك في خدمات المواقع على الإنترنت عادة ما يحكمه عقد من عقود الترخيص على المفاتيح، كما أن أصحاب الكثير من المواقع الإلكترونية

(١) علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقود الاذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١١، ص١٤.
(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق، ص٨٢ وما بعدها.
(٣) هدى الثلثي، مصدر سابق. ص ٤.
(٤) سيتم توضيح هذا عند الكلام عن التكييف القانوني لعقد فض الغلاف منعا للتكرار.
(٥) هدى الثلثي، المصدر السابق.

يضعون على صفحتهم الرئيسية بياناً بالقيود على التنزيل أو اعادة إرسال مواد الموقع أو اعادة استعمالها. وعادة ما تكون هذه القيود ورادة في عقد الترخيص على المفاتيح.

في مثل الحالات السابقة، وقبل انتهاء عملية التنزيل أو الاشتراك أو اعادة الإرسال، تظهر على الشاشة أمام المستخدم، نافذة تتضمن شروط العقد وحقوق والتزامات المستخدم والجهة صاحبة الموقع، منتهية بمكان متروك لطباعة عبارة القبول، وهذا هو النوع الأول من عقود الترخيص على المفاتيح، وقد تنتهي النافذة بعبارتي (أقبل) أو (لا أقبل) أو عبارة أخرى مشابهة، ويطلب من المستخدم النقر على إحدى العبارتين، وهذا هو النوع الثاني لعقود الترخيص على المفاتيح.

وعليه أوجه الشبه بين عقد فض الغلاف و النقر على المفتاح يكمن في:

١. يعد عقد فض الغلاف المصدر التاريخي لعقد النقر على المفاتيح –والمقصود لوحة لمفاتيح.
٢. تعد عقود الترخيص على المفاتيح المعادلَ الإلكتروني لعقود التراخيص على الغلاف.
٣. يعد كلاهما من عقود الأذعان التي ليس فيها للمتعاقد مناقشة شروط وبنود العقد.
٤. الموقف القضائي من كلا العقدين عدهما عقود ملزمة قانونا.

ومع ذلك فان لكلٍّ من عقود الترخيص على الغلاف وعقود الترخيص على المفاتيح عيوبٌ ومميزات، سواء بالنسبة للمستخدم أو للشركة التي تستخدم مثل هذه العقود. ولكن، وبشكلٍ عام، فإن عقود الترخيص على المفاتيح تتميز عن عقود الترخيص على الغلاف بعدة مميزات:

١. من حيث قراءة شرط العقد ففي عقد النقر على المفتاح تظهر جملة من الشروط امام المستهلك وله قراءتها والموافقة عليها أو الرفض، فهي تعطي الفرصة للمستهلك لقراءة أحكام وشروط العقد، في حين أن عقود الترخيص على الغلاف لا تسمح بذلك، فالمستخدم لا يستطيع معرفة شروط العقد إلا بعد فتح الغلاف الذي يعتبر موافقة على هذه الشروط، وعندها يكون الوقت متأخراً لاسترداد المال الذي تم دفعه.
٢. ومن ناحية ثانية، توفّر عقود الترخيص على المفاتيح على البائع تكلفة التغليف والتوزيع، وتفيد المستخدم الذي أصبح بإمكانه الحصول على المطلوب سواء كان برنامجاً أو غيره في وقت أقصر بكثير وتكلفةٍ أقل، إن مثل هذه المميزات ستؤدي إلى جعل عقود الترخيص على المفاتيح أكثر رواجاً من عقود الترخيص على الغلاف، في حين تصبح الأخيرة جزءاً من الماضي، فقد أصبح شائعاً الآن شراء البرامج عبر الإنترنت وتنزيلها من

خلالها، ورغم ذلك فإن عقود الترخيص على الغلاف تظل إحدى أنواع العقود المستخدمة للترخيص، حتى في بعض حالات البرامج المباعة عبر الإنترنت، وذلك إذا ما كان التسليم بالطرق العادية[١] .

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد فض الغلاف والموقف القضائي منه

المطلب الأول: التكييف القانون لعقد فض الغلاف: يعد عقد فض الغلاف في اغلب وجوهه من العقود الإلكترونية، والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هو هل تعتبر هذه العقود من عقود الإذعان؟ وذلك باعتبار وجود الشروط العامة للعقد إما على الغلاف من الداخل أو على الموقع الإلكتروني، وليس أمام المشتري إلا أن يقبلها أو أن لا يتعاقد مطلقاً. ذلك أن عقود الإذعان عبارة عن عقود يضع كل أو أغلب شروطها الطرف القوي في العقد، ولا يستطيع الطرف المذعن أن يعدّل فيها أو يناقش شروطها [٢] ويكون القبول في هذه الحالة مقتصراً على التسليم بعقد أُعدّت شروطه مسبقاً من الطرف القوي في العقد الاذعان بأنها" تولى المشرع العرقي بحث عقود الاذعان في "المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ اذ تنص الفقرة الاولى منها (على ان القبول في عقد الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة)" وهذا يعني ان عقد الاذعان طبقا للقانون المدني العراقي يتطلب امرين:

الاول : قيام احد المتعاقدين أي الموجب بوضع شروط العقد وعرضها على المتعاقد الاخر أي الموجه اليه.

اما الامر الثاني: فهو عدم قبول الموجب مناقشة هذه الشروط من الطرف الاخر الذي اما ان يقبل بها جملة او يرفضها جملة.

فاذا قبل بها انعقد العقد وعد عندئذ من قبيل عقد الاذعان ومما يلاحظ على المادة (١٦٧) انفة الذكر ان المشرع العراقي لم يتطلب توافر الاحتكار القانوني او الفعلي للسلعة او الخدمة لاسباغ صفة الاذعان على العقد المبرم بشأنها اضافة الى الشروط الاخرى . وهذا ينطبق تماما مع ما اتجه اليه الفقه الحديث فيما يتعلق بمفهوم عقد الاذعان.

(١) د.هدى الثلثي، مصدر سابق. ص٤.

(٢) د. منهل عبد الغني قلندر، الاذعان بين العقد والنظام القانوني، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٦، العدد٥٩،السنة ١٨، ص٤٣.

وتتميز عقود الإذعان بخصائص معينة [١] ، وهي أنها متعلقة بسلع أو خدمات تعتبر ضرورية للمستهلك، وباحتكار هذه السلع أو الخدمات من قبل الموجب، احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، وبأن الإيجاب بها يصدر بشروط متشابهة على وجه الدوام، وفي صالح الموجب وتكون في صورة نموذج مطبوع سابقاً.

ويرى جانب من الباحثين[٢] " ان عقد فض الغلاف وعقد النقر على المفتاح يمكن عدها من عقود الإذعان متى أتصفت بالخصائص السابقة، إذا أمكن اعتبار السلع محل التعاقد وهي هنا برامج الحاسب الآلي من السلع الضرورية، وهذه المسألة نسبية ومتعلقة بتعريف ما يمكن اعتباره من السلع الضرورية من عدمه.

أما شرط الاحتكار فغالبا لا يمكن الجدل بشأنه باعتبار أن هذه البرامج محتكرة من قبل شركات كبرى تفرض شروطاً متشابهة على المستخدمين وتكون معدة سلفاً"

ونرى من جانبنا انه ليس جميع عقود فض الغلاف عقود اذعان كون ان عقود الاذعان يشترط فيها أولها : تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين. والثاني: احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها. والثالث: صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر. وهذه الشروط قد لا تتوافر في بعض صور التعاقد بطريق فظ الغلاف كما في حالة فظ غلاف اجهزة الموبايل مثلا او بعض برامج الحاسوب، ففي هذه الصورة حتى وان اجبر المتعاقد على ابرام العقد الا ان شروط الاذعان اعلاه غير متحققة وانما الاجبار على ابرام العقد يأتي من خلال حماية البائع الذي قد يصيبه الضرر نتيجة فعل المشتري كون ان قيمة المبيع وعدم استعماله يحددها وجوه داخل الغلاف دون فتحه. بمعنى ان وجود المبيع داخل الغلاف اعلى قيمة من وجوده بلا غلاف.

ونأمل من المشرع العراقي النص على أنه" ليس للمتعاقد فظ غلاف المبيع اذا كان ذلك من شأنه ان يسبب ضرر للبائع وبخلافه يعد العقد منعقدا".

المطلب الثاني: الموقف القضائي لعقد فض الغلاف: يرى جانب من الباحثين[٣] أن الراسخ الآن أن عقود الترخيص على الغلاف عقودٌ ملزمةٌ قانوناً. وقد صدرت عدة أحكام ضد

(١) د. ملاك بنت محمود السديس، عقود الاذعان في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة كلية دار العلوم، العدد١٤٢، سبتمبر٢٠٢٢، ص٣٠٥.
(٢) هدى الثلثي، مصدر سابق، ص١٣.
(٣) هدى الثلثي، مصدر سابق، ص١٣.

المستخدمين الذين جادلوا حول نفاذ شروط عقود الترخيص على الغلاف أو على المفاتيح بحجة عدم قراءتها قبل السداد.

من أمثلة الأحكام الصادرة حول اعتبار عقود الترخيص على الغلاف وعقود الترخيص على المفاتيح ملزمةً، قضيةُ بروسيدي ضد زايد نبرج (ProCD v. Zidenberg). "حيث اشترى زايدنبرج قاعدةَ بيانات شخصية من بروسيدي، جاءت داخل غلاف بلاستيكي يغطي عقد الترخيص بالداخل، والذي يصف كيفية استخدام قاعدة البيانات". استخدم زايدنبرج بعض بيانات قاعدة بيانات بروسيدي لإنشاء محرك بحث خاص به قام بتحميله على شبكة الإنترنت. واعتقد زايدنبرج أنه لم ينتهك عقد ترخيص الغلاف لأنه لم يستخدم البرنامج المحمي الذي جاء مع قاعدة بيانات بروسيدي [١] . "دفعت بروسيدي أمام محكمة أول درجة بأن زايدنبرج تجاهل عقد ترخيص الغلاف المرفق مع نسخة البرنامج عندما بدأ موقع الخدمات الخاص به، والذي حمّل عليه محرك البحث، في حين أن عقد الترخيص يمنع الاستخدام التجاري للبرنامج، وقد ذهبت المحكمة إلى أن زايدنبرج غير ملزم بعقد ترخيص الغلاف". "إلا أن محكمة استئناف الولايات المتحدة الدائرة السابعة ومقرها مدينة شيكاغو في ولاية ايلينوي نقضت هذا الحكم وقضت بأن زايدنبرج كان ملزماً بشروط عقد الترخيص طالما أن هذه الشروط معقولة. وذكرت المحكمة أن المعاملات التي يتم فيها الدفع أولاً قبل الإخطار أو بيان الشروط التفصيلية، هي معاملات موجودة ومعترف بها، ومن أمثلتها الشراء عن طريق الهاتف، حيث أنه من غير العملي أن تتم قراءة شروط البيع لكل زبون على حدة".

"وكما هو الحال في عقود الترخيص على الغلاف، هناك قضايا قليلة في الولايات المتحدة متعلقة بهذه بعقد الترخيص على المفتاح، ومنها قضية الهوت مايل ضد فان مونى باي Hotmail v. Van Mooney Pie)) [٢] تعتبر هذه القضية من أولى القضايا المتعلقة بعقود الترخيص على المفاتيح، وبالرغم من أن المحكمة لم تتعامل بشكل مباشر مع مسألة نفاذ عقود الترخيص على المفاتيح، إلاّ أنها لمَّحت إلى أن العقود التي تنظم الترخيص على شبكة الإنترنت نافذة، بمعنى أنها قابلة للتطبيق بقوة القانون، تتعلق القضية بـ الهوت مايل، وهو مزود خدمات انترنت، ويوفر خدمات بريد إلكتروني مجانية، مقابل الإلتزام بالشروط التي يضعها عقد الخدمات. بعض هذه الشروط كان يتعلق بإرسال الرسائل غير المرغوب بها، علمت الهوت

(١) حكم استئناف الولايات المتحدة، الدائرة السابعة، منشور على الانترنت على الموقع الاتي: www.elaw\issues\v10n4\halbert104_text.html.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/٢٥.

(٢) حكم استئناف الولايات المتحدة، منشور على موقع الانترنت www.design_ireland.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/٢٥.

مايل أن المدَّعى عليهم استخدموا حساب البريد الإلكتروني لغرض إرسال مثل هذه الرسائل غيرِ المرغوب بها، وادعت الهوت مايل أن ذلك ألحق ضرراً بسمعتها بعد تلقيها عدداً من الشكاوى، لذلك قامت بمقاضاة فان موني باي".

"أمرت المحكمة المدعى عليه بالتوقف عن إرسال مثل هذه الرسائل، دون اصدار حكم قطعي بما إذا كان المدعى عليه قد أخل بشروط العقد، ورغم ذلك، فقد اعتبر المشتغلون بالتجارة الإلكترونية قرار المحكمة بمثابة استعداد منها للتعامل مع عقود الترخيص على المفاتيح بنفس الطريقة التي تعاملت بها مع عقود الترخيص على الغلاف."

الخاتمـة: بعد أن انتهينا من الدراسة في التعاقد بطريق فظ الغلاف فإن هناك عدداً من النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نأمل أن تكون ذات نفع وفائدة، وندرج أهم النتائج و التوصيات فيما يأتي :

أولا:الاستنتاجات:

١. العقد الذي ينعقد بمجرد فض المغلف وليس للمتعاقد فيه خيار الرؤية، وليس للمتعاقد التمسك بحقوق المستهلك، لان هذه العقود تنعقد بمجرد فض الاغلفة.
٢. عقد فض الغلاف فهو كغيره من العقود رضائي وملزم للجانبين.
٣. ليس للمتعاقد في عقد فظ الغلاف بعض الخيارات كخيار الرؤية والتجربة واستبدال المبيع.
٤. ليست جميع صور التعاقد بطريق فظ الغلاف تعد عقود اذعان.
٥. على الرغم من اوجه الشبه بين عقد فظ الغلاف وعقد الترخيص على المفتاح الا ان كل منهم له ما يميزه عن الاخر.

ثانياً: المقترحات:

١. على الرغم من ان التعريف ليست من عمل المشرع الا اننا نقترح على المشرع العراقي تعريف التاعقد بطريق فظ الغلاف بأنه" **هو العقد الذي ينعقد بمجرد فض المغلف دون أن يكون للمتعاقد خيار رؤية المبيع أو تجربته، وليس له ايضا ان يتمسك بحقوق المستهلك** ".
٢. تعديل نص المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقي وذلك بأضافة (٢. لليس للمشتري شرط التجربة اذا كانت طبيعة المبيع أو تجربته يترتب عليها اضرار اقتصادية أو صحية)

٣. نامل من المشرع العراقي في نطاق قانون حماية المستهلك النص على أنه" للمستهلك الحق في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد قيمتها النقدية، دون إبداء أي أسباب ودون تحمل أي نفقات خلال خمسة عشر يوما من تسلمها، وذلك دون الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وللقضاء أن يحدد مددا أقل بالنظر إلى طبيعة بعض السلع : **وليس للمتعاقد مباشرة حق الاستبدال أو الإعادة او خيار الرؤية أو التجربة في الأحوال الآتية:**

أ. إذا كانت السلعة من السلع التي تصنع بناءً على مواصفات خاصة حددها المتعاقد، وكانت السلعة مطابقة لهذه المواصفات.

ب. إذا كانت طبيعة السلعة أو خصائصها أو طريقة تعيشتها أو تغليفها تحول دون استبدالها أو ردها، أو يستحيل معه إعادتها إلى الحالة التي كانت عليها عند التعاقد.

ت. إذا كانت السلعة من السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع.

ث. إذا لم تكن السلعة بذات الحالة التي كانت عليها وقت البيع لسبب يرجع إلى المستهلك.

ج. الكتب والصحف والمجلات، والبرامج المعلوماتية وما يماثلها وأذا كانت السلعة تعد من الحلي والمجوهرات وما في حكمها والملابس الداخلية وملابس الزفاف اذا ما تمت ازالة اغلفتها ".

٤. نأمل من المشرع النص على أنه: ليس للمتعاقد فظ غلاف المبيع اذا كان ذلك من شأنه ان يسبب ضرر للبائع وبخلافه يعد العقد منعقدا.

المصادر

أولا: كتب اللغة العربية:

١. محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط, ج١، مؤسسة الرسالة، بيروت، بلا تاريخ نشر.
٢. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، ج١، طبعة جديدة، لبنان، بيروت، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥، تحقيق: محمود خاطر، ٢١٢.

ثانياً: الكتب العامة:

١. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف الاسكندرية،٢٠٠٦،
٢. د. رمضان أبو السعود، دروس في العقود المسماة عقد البيع في القانون المصري واللبناني، بدون سنة طبع.
٣. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، ج ٤. العقود التي تقع على الملكية، بلامكان نشر، ٢٠٠٨.
٤. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط١، المكتبة القانونية،بغداد، ٢٠٠٧.
٥. عبدالله عبدالله العلفي، احكام الخيارات في الشريعة والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨م.
٦. جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، دار كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هواويني.

٧. المستشار عبدالستار آدم، القانون المدني المصري دراسة مقارنة، الكتاب العاشر، الجمهورية العربية المتحدة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة الخبراء، القاهرة، ١٣٨٩هـ،١٩٦٩م.
٨. د. مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، ط١، دار القلم، دمشق.

ثالثا: الرسائل والاطاريح:
١. علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقود الاذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط،٢٠١١.

رابعاً: البحوث والدوريات:
١. د. ملاك بنت محمود السديس، عقود الاذعان في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة كلية دار العلوم، العدد١٤٢، سبتمبر٢٠٢٢.
٢. د. منهل عبد الغني قلندر، الاذعان بين العقد والنظام القانوني، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٦، العدد٥٩،السنة ١٨.

خامساً: مواقع الانترنت:
١. أ. هدى نور الدين السيد الثلثي، عقود الترخيص في التجارة الالكترونية، بحث منشور في منتدى شوؤن قانونية على الموقع التالي : www.mahmod.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١١/٢٨.
٢. أ.د. محمد حسام محمود لطفي، العقود، اشكاليات قانونية، التعاقد عن طريق فض المغلف، محاضرة صوتية، منشورة على موقع ال .youtube تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٢٥.
٣. حكم استئناف الولايات المتحدة، الدائرة السابعة، منشور على الانترنت على الموقع الاتي: www.elaw\issues\v10n4\halbert104_text.html.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/٢٥.
٤. حكم استئناف الولايات المتحدة، منشور على موقع الانترنت www.design_ireland.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/٢٥.

سادساً: القوانين:
١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠.
٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
٤. قانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨
٥. اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨.
٦. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

Sources

First: Arabic language books:

1. Muhammad bin Yaqoub Al-Fayroozabadi, Al-Qamos Al-Muheet, Part 1, Al-Risala Foundation, Beirut, without a publication date.
2. Muhammad bin Abi Bakr bin Abdul Qadir Al-Razi, Mukhtar Al-Sahah, Part 1, new edition, Lebanon, Beirut, 1415 AH, 1995, investigation: Mahmoud Khater, 212.

Second: General Books:

1. d. Ahmed Shawky Mohamed Abdel Rahman, Research Studies in Contract Theory, Alexandria Knowledge Foundation, 2006,
2. d. Ramadan Abu Al-Saud, Lessons in Contracts Called the Sale Contract in Egyptian and Lebanese Law, without a year of publication.
3. d. Abd al-Razzaq al-Sanhouri, The Mediator in Explanation of Civil Law, Sale Contract, Part 4. Contracts that fall on ownership, without publication, 2008.
4. d. Abd al-Majid al-Hakim, The Brief Explanation of Civil Law, Part 1, Sources of Commitment, 1st Edition, The Legal Library, Baghdad, 2007.
5. Abdullah Abdullah Al-Alfi, Judgments of Choices in Sharia and Civil Law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo 1988 AD.
6. Majalla Association, Journal of Justice Rulings, Dar Karkhaneh Tejarat Books, investigation: Najib Hawawini.

7. Counselor Abdel Sattar Adam, Egyptian Civil Law, a Comparative Study, Book Ten, United Arab Republic, Supreme Council for Islamic Affairs, Committee of Experts, Cairo, 1389 AH, 1969 AD.
8. d. Mustafa Ahmed Al-Zarqa, Named Contracts in Islamic Jurisprudence, 1st Edition, Dar Al-Qalam, Damascus.

Third: Letters and treatises:

1. Ali Mosbeh Saleh Al-Haisah, The Authority of the Judge to Amend the Content of Submission Contracts, Master Thesis, Faculty of Law, Middle East University, 2011.

Fourth: Research and Periodicals:

1. d. Malak Bint Mahmoud Al-Sudais, Contracts of Obedience in Islamic Jurisprudence, a research published in the Journal of the College of Dar Al-Uloom, Issue 142, September 2022.
2. d. Manhal Abdul Ghani Qalandar, Submission between the contract and the legal system, a comparative analytical study, research published in Al-Rafidain Journal of Law, Volume 16, Issue 59, Year 18.

Fifth: Internet sites:

1. a. Hoda Noureddine Al-Sayed Al-Thulthi, Licensing Contracts in Electronic Commerce, a research published in the Legal Affairs Forum on the following website: www.mahmod.com, date of visit 11/28/2021.
2. Prof. Muhammad Hossam Mahmoud Lotfi, contracts, legal problems, contracting by opening the envelope, an audio lecture, published on YouTube. Date of visit 12/25/2021.
3. United States Appeal Ruling, Seventh Circuit, posted online at: www.elaw\issues\v10n4\halbert104_text.html.com, accessed 10/25/2021.
4. US Appeal Judgment, published on the website www.design_ireland.net, dated 10/25/2021.

Sixth: Laws:

1. Iraqi Civil Law No. 40 of 1951.
2. Iraqi Consumer Protection Law No. 1 of 2010.
3. The Egyptian Civil Code No. 131 of 1948
4. Egyptian Consumer Protection Law No. 181 of 2018
5. The executive regulations of the Egyptian Consumer Protection Law No. 181 of 2018.
6. The French Civil Code of 1804.