الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك

بحث تقدم به

الدكتور

سليمان براك دايح

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق- جامعة النهرين

الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك

د. سليمان براك دايح

مـدرس القـانون المـدني-

كليـــة الحقـــوق جامعـــة

النهرين

الخلاصة

يثير موضوع الرجوع التشريعي عن التعاقد الذي تضمنته قوانين حماية المستهلك تساؤلات عدة يتعلق بعضها بمفهومه وبكيفية تمييزه من النظم القانونية التي قد تقترب منه أو تشتبه به فضلاً عن بيان أساسه القانوني والآثار التي يمكن أن تترتب على ممارسته.

وهذه الدراسة محاولة جادة للإجابة عن هذه التساؤلات مع بيان موقف المشرع العراقي خاصة في ظل تنامي الدعوات الموجهة إلى المشرع لإصدار قانون خاص بحماية المستهلك.

Summary:

The TOPIC OF RIGHT OF LEGISATION WITHDRAWAL WHICH INCLUDED A LEGISLATION PROTECTION OF CONSUMERS. ARISES THE SEVERAL QUESTION.

CONERNEED WITH ITS CONCEPT, SIMILARITY WITH LEGL SYSTEMS, LEGAL PRINCIPAL, AND ITS EFFECTS. HOWEVER, THIS STUDY A SERIES TRYING TO PRODUCTION ANSWERS TO THIS QUESTION, AND CLEAR THE POSITION IN LEGAL IRAQI SYSTEM.

المقدمة

حظي ركن التراضي في العقد، باهتمام المشرع، فنظم أغلب أحكامه تنظيماً أمراً، حتى يتم تلاقي إرادتي طرفي العقد، تلاقياً سليماً معبراً عن توافق في التعبير، ومترجماً لحقيقة ما انصرفت إليه إرادة كل منهما، فإن شاب هذا التوافق عيب، كان لمن عيبت إرادته، أن يتمسك بهذا العيب ليبطل العقد، أو ليرفع ما لحقه من غبن، على حسب الأحوال، بيد أن الواقع أفرز صيغاً تعاقدية جديدة، وأبان عن تطور كبير في الطابع الفني للسلع والخدمات، على نحو لم يعد التعاقد يتم بعد أن يعبر كل من الطرفين عن إرادة صحيحة تلاقي مثيلتها، وتشترك كلتاهما في صياغة المشروع العقدي، فضلاً عن إن المتعاقد، لم يعد يتعاقد مدفوعاً بحاجته للسلعة محل العقد أو الخدمة، وإنما أصبح يغرى بالتعاقد، بل أخذ بعض المحترفين يدخلون على المرء بيته (ينتزعون) منه رضاء بالعقد، أضف إلى ذلك حجم التطورات الكبيرة في المجالات العلمية والاقتصادية، والتي أدت بدورها إلى أن أصبحت معرفة المتعاقد بطبيعة وخصائص محل العقد، أمراً ليس بالمتيسر، مما جعل القول بالاتفاق أو التوافق بين الإرادات، أمراً أقرب إلى المجاز منه إلى الحقيقة، فكيف ندعي توافقاً تم الشأن أمر مجهول من أحد الطرفين على الأقل؟

وإزاء مشكلات حقيقة بشأن تكون العقد، لم تعد نظرية عيوب الرضا، تقدم حلاً، ذلك إن أحكام هذه النظرية، لم يكن مراداً منها ابتداء معالجة هذه الحالات، فأصبح الركون إليها غير ذي جدوى، إن لم مكلفاً إذا ما علمنا إن أغلب أحكامها تستلزم إقامة دعوى، وما يترتب عن ذلك من نفقات في الجهد والمال والوقت، فضلاً عن عدم إمكانية الإفادة منها.

لذا كان لزاماً على المشرع معالجة القصور، الذي أفرزه الواقع، في البناء القانوني للعقد، فأصبحت فكرة إصدار تشريعات (فئوية)، أمر لامناص، فصدرت في النصف الثاني من القرن الثاني قوانين حماية المستهلك، التي تضمنت نظرية العقد في ضوئه، ومن ذلك عد العقد شريعة المتعاقدين، وما اشتق منه من مبادئ أحكام، ما يهمنا منها هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي يعني إن العقد إذا انعقد صحيحاً، ثبتت له قوته الملزمة وما جاز لأي من طرفيه أن يستقل بإنهائه أو تعديله، إلا بموجب نص أو اتفاق. فتضمنت قوانين حماية المستهلك مكنة أو سلطة خولها المشرع للمستهلك، بأن يرجع عن التعاقد، سواء بعد إبرام العقد أو أن يؤخر المشرع إبرام العقد، حتى وان صدر تعبيران متوافقين عن طرفيه، مدة من الزمن، وان يعطي للمستهلك مكنة الرجوع من خلال هذه المدة، هذا ما اصطلح على تسميته بالرجوع التشريعي عن التعاقد، فهو لا يقر بإرادة طرفي العقد، لأن هذه المكنة لا تعطى إلا للمستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد، ومن ثم فهو لا يقوى على اشتراط تلك المكنة، لذا فالرجوع تشريعي في مصدره وفي تنظيمه.

وعلى الرغم مما يثيره هذا الرجوع من تساؤلات عدة، يتعلق بعضها بمفهومه من حيث التعريف أو الأساس أو التمييز بينه وبين النظم القانونية التي تشترك معه في الأثر، أو يتعلق بعضها الأخر بأحكامه وكيفية ممارسته والآثار التي يمكن أن تترتب عليه. إلا إنه لم يحظ بدراسة في اللغة العربية على الأقل، تجيب عن هذه التساؤلات ولما كانت الحاجة إلى إصدار تشريعات خاصة بحماية المستهلك في العراق، خاصة وان مبررات إصدار تشريعات، موجودة شأنها في ذلك شأن البلدان التي صدرت فيها من القوانين. من هنا كانت فكرة بحث هذا الموضوع علنا نجيب عما يثيره من تساؤلات وعلى أساس تقسيمه إلى مبحثين نبحث في الأول ماهية الرجوع التشريعي عن التعاقد ونبحث في الثاني آثاره. ونختم البحث بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج نعرض فيها أهم النتائج التي يمكن أن نخرج بها.

والله نسأل أن يوفقنا في ذلك...

المبحث الأول

ماهية الرجوع التشريعي عن التعاقد

إن إعطاء أحد المتعاقدين، مكنة الرجوع عن التعاقد أمر ينطوي على خطورة كبيرة بما يشكله ذلك من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وعليه لابد من تحديد مفهوم الرجوع عن التعاقد تحديداً دقيقاً، لضمان أعماله في النطاق الذي حدده المشرع وعدم مجاوزة ذلك النطاق وإلا ترتبت عليه نتائج خطيرة تزعزع الثقة بالتعاقد وعليه فإننا سنبحث مفهوم الرجوع عن التعاقد، وصوره وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية، وأساسه القانوني. وكلاً في مطلب مستقل وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم الرجوع التشريعي عن التعاقد

يعني خيار الرجوع التشريعي، أن يمنح المشرع أحد المتعاقدين (المستهلك) خيار الرجوع عن التعاقد، على الرغم من أن العقد انعقد صحيحاً ونافذاً، ومكنة المستهلك هذه لست خياراً بمعنى الاختيار بين عدة أشياء كما هو الحال مع الالتزام التخييري، وإنما هي إباحة قررها المشرع لمحظور، وحيث إن هذه الإباحة هي استثناء من الأصل العام، لذا فإنه لا يملكها إلا من تقررت له، وهو المستهلك، كما إنها قاصرة على عقود بعينها وهي عقود الاستهلاك، لأن القول بخلاف ذلك، يأتي على العقد من أساسه، ويهدم كل قيمة قانونية أو اقتصادية له[1].

وحيث إن هذه الميزة تقررت بإرادة المشرع، فهي إذن لا تسلب ولا تقيد إلا بموجب تلك الإرادة التي قررتها، ذلك إن المستهلك، في غالب الأحيان، لا يقوى على الوقوف موقف الند من المتعاقد الآخر، لذا فهو لا يستطيع أن ينشئ مثل هذا الميزة

---

[1] د. إبراهيم دسوقي أبو الليل. الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا مجلة المحامي الكويتية بإعداد يوليو– أغسطس–سبتمبر ١٩٨٥ ص١٩ وقد أشار الباحث إلى نصوص قوانين حماية المستهلك في بلدان الوحدة الأوربية وبعض البلدان الأخرى لذا كان المرجع المعتمد في مراجعة هذه النصوص.

أو المكنة بإرادته، ومن هنا كان تدخل المشرع لمنحه هذه الميزة، وخشية أن تسلب على النزول عنها مسبقاً أو تقييدها، بغير ما قيدها به المشرع نفسه[٢].

ومن كل ما تقدم نستطيع أن نعرف في الرجوع عن التعاقد، 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 تعويض المتعاقد الآخر، عما قد يصيبه من أضرار بسبب الرجوع.

المطلب الثاني

صور الرجوع التشريعي عن التعاقد

يتضح لنا من استقراء التشريعات التي أقرت الرجوع عن التعاقد، إن له صورتين الأولى الرجوع قبل إبرام العقد والثانية الرجوع بعد إبرام العقد، وسنبحث كلا من هاتين الصورتين وكما يلي:

الفرع الأول

الرجوع عن التعاقد قبل إبرام العقد

تقضي القاعدة التقليدية في إبرام العقد، إنه ينعقد عند تلاقي إرادتي الطرفين ما لم يشترط القانون شكلاً معيناً لانعقاده، أو يستلزم القبض أو التسليم، غير إن المشرع في إقراره لهذه الصورة من الرجوع، يعمد إلى تأخير إبرام العقد، ويعطي للمستهلك مكنة العدول عن العقد، على الرغم من إن إرادتي الطرفين قد توافقت لإبرامه، بمعنى إنه لم يعد توافق القبول مع الإيجاب كافياً لإنشاء الرابطة العقدية، وإنما لابد من مرور مدة زمنية يحددها المشرع وعدم عدول المستهلك خلالها عن إبرام العقد، حتى تنشأ هذه الرابطة.

وتتيح هذه المدة للمستهلك الفرصة الضرورية لكي يتدبر ويتروى في أمر التعاقد، فإذا وجده في مصلحته، لم يعدل حتى تمر المدة المحددة، وعندها ينشأ العقد، وان رآه غير ذلك رجع عن العقد، وبرجوعه هذا فإنه يحول دون إبرام العقد، أي لا يفسخ العقد، ولا ينهيه، وإنما يعطل إبرامه، ويلاحظ إن هذه الصورة من صور الرجوع عن

---

[٢] قانون حماية المستهلك السويسري الصادر عام١٩٦٢، المصدر نفسه ص٥٧.

التعاقد، لم تكن معروفة لا في القانون المدني ولا في قوانين خاصة، قبل أن ينص عليها في قانون ٤/تموز/١٩٧١ الفرنسي الخاص بالتعليم بالمراسلة إذ تضمن نصاً يقضي بعدم إبرام العقد قبل مرور سبعة أيام على تاريخ تسلم وسائل التعليم[٣].

ويلاحظ بصدد صورة الرجوع هذه، إن المشرع لم يلزم المتعلم إلا بدفع مبلغ معين لقاء ممارسة مكنة الرجوع، ولا يدفع تعويضاً للمتعاقد الأخر، لجبر ما قد يصيبه من ضرر من جراء الرجوع، وإنما فرض على الأخير واجب اتقاء ضرره بنفسه، إذ عليه أن يحتاط للأمر مسبقاً مادام علم بأنه من حق المتعلم الرجوع عن العقد خلال المدة التي حددها المشرع رأى في إلزام المتعلم بالتعويض أو في دفع مبلغ من النقد لقاء الرجوع عن التعاقد، أمراً ينطوي على تقييد ممارسة مكنة الرجوع هذه، بما يفوت عليه فرصة التدبر أو التروي، خاصة إذا وجد إن المبلغ الذي يلزم أو قد يلزم بدفعه مسبقاً يفوق مقدرته المالية. لذا فإن المشرع لم يقيد ممارسة هذه المكنة إلا بوجوب ممارستها خلال مدة زمنية محددة.

ولتقييم هذه الصورة من صور الرجوع، فإننا نرى إنها تدفع الحرج عن المشرع من انتهاك مبدأ يجب الحفاظ عليه وهو القوة الملزمة للعقد، وعليه فعلاً غضاضة مهن أن يرجع المتعاقد عن عقد، لم يبرم مادام إنه مازال في إطار مرحلة يحكمها مبدأ حرية التعاقد، كما إن هناك جانباً إيجابياً يجب عدم إغفال الإشارة إليه، وهو أن فرصة التدبر التي ما كان يقوى على اشتراطها نظراً لمركزه الاقتصادي أو الفني الضعيف في مواجهة المتعاقد الأخر.

بيد إن ذلك لا يلغي ما يمكن أن تنطوي عليه هذه الصورة من جوانب سلبية.

تتمثل في تأخير إبرام العقد مدة زمنية قد لا تكون ضرورية، إذا كان المستهلك أو المتعلم قد حسم أمر التعاقد، بشكل لا يمكن أن يعيد النظر فيه، كما إنه إذا أخذنا بهذه الصورة بصدد صور التعامل الأخرى، فإنها قد تؤدي إلى تعطيل القيم الاقتصادية، لأنها تجعل المتعاقد يحبس السلعة أو الخدمة محل التعاقد، مدة من

---

[٣] المادة (٩) من التشريع الفرنسي الصادر في ١٢ تموز ١٩٧١ والخاص بالتعليم بالمراسلة. والمنشور في داللوز ١٩٧١- ٢٨٦. وانظر أيضاً د. مصطفى محمد الجمال- السعي إلى التعاقد- بيروت ٢٠٠٢ ص٢١٨.

الزمن، على أمل أن يتم التعاقد بشأنها، ثم يرجع المستهلك عن التعاقد، وربما يؤدي ذلك إلى فوات فرص التعاقد أخرى بشأن ذات السلعة أو الخدمة.

الفرع الثاني

الرجوع عن التعاقد بعد إبرام العقد

إذا انعقد العقد صحيحاً ونافذاً ثبتت له القوة الملزمة للعقد، ومن ثم ما جاز لأي من عاقديه أن يستقل بإلغائه أو إنهائه[٤]، بيد إن المشرع في قوانين حماية العقود التي يبرمها، رغم كونها عقوداً صحيحة ونافذة. وإذا كانت هذه الصورة للرجوع ليست بالجديدة إذ ترقى بجذورها إلى القانون المدني السويسري[٥]، إلا إنه نظراً لما تتضمنه من خروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وما تعرضت له من النصف الثاني من القرن الماضي في إطار تشريعات حماية المستهلك، التي منحت المستهلك هذه المكنة، مقررة الخروج على المبدأ التقليدي في القوة الملزمة للعقد، الذي استقر ردحاً من الزمن في القوانين المدنية.

وإذا كانت التشريعات التي أقرت هذه المكنة للمستهلك، لم تغفل تنظيمها تنظيماً يحد من خطورة انتهاكها لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا إن ذلك لا يلغي خروجها على المبادئ التقليدية في العقد، وان كان ذلك يبقى في إطار الاستثناء، بيد إن سعة الاستثناء تجعله مقارناً للأصل العام. خاصة إن هذه الصورة للرجوع التشريعي عن التعاقد، تكاد تكون القاسم المشترك لجميع قوانين حماية المستهلك سواء في البلدان الأوربية أو حتى في النظم القانونية الأخرى التي صدرت فيها تشريعات لحماية المستهلك[٦].

المطلب الثالث

---

[٤] انظر المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي. والمادة (١/١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي.

[٥] د. إبراهيم دسوقي- المصدر نفسه- ص٥٥.

[٦] انظر تشريعات حماية المستهلك التي أشار إليها د. إبراهيم دسوقي- المصدر نفسه.

تمييز الرجوع التشريعي من النظم القانونية المشابهة له

إن أثر الرجوع هو زوال العقد، بيد إن هذا الأثر لا يقتصر على الرجوع التشريعي عن التعاقد، إذ يشترك فيه مع غيره من الأنظمة القانونية، وبغية إعطاء صورة واضحة عن الرجوع التشريعي فإننا سنميز بينه وبين النظم المشابهة له وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الرجوع التشريعي والبطلان

يتشابه النظامان في إنه في كليهما يزول العقد زوالاً كلياً من لحظة إبرامه، لكن ذلك لا يلغي ما بينهما من فوارق. فالبطلان جزاء يترتب على ما يصيب العقد من خلل في أحد أركانه عند تكوينه، يمنع من ترتب الآثار عليه، فالعقد يكون منعدماً من الناحية القانونية ومن ثم فلا حاجة لتقرير البطلان، ما لم ينازع فيه أحد المتعاقدين، كما إنه لا يزول بالتقادم، إذ يبقى العقد باطلاً مهما تقادم الزمن[٧].

أما الرجوع التشريعي عن التعاقد فإن يلحق عقداً صحيحاً نافذا، سلمت أركانه من الخلل وأصبح واجب التنفيذ، لكن المشرع لاعتبارات معينة يعطي أحد المتعاقدين (المستهلك) مكنة إنهاء العقد، خلال مدة معينة بعد نشوئه أو يعطل إبرام العقد مدة معينة بعد صدور القبول، هذا بالنسبة للبطلان المطلق أما في حالة البطلان النسبي فإن التقارب بين النظامين يبدو أكثر، فالعقد القابل للإبطال عقد منعقد منتج لآثاره، ولكن يستطيع من تقررت قابلية البطلان لمصلحته أن ينقضه خلال مدة محددة، لمن لكن مع ذلك يمكن التمييز بين النظامين على أساس إن القابلية للبطلان لا تمنع من إنتاج العقد لآثاره، في حين إن الرجوع التشريعي عن التعاقد كما لاحظنا يمنع من ترتيب آثار العقد، حتى تمر المدة المحددة لممارسة خيار الرجوع خلالها، أو تمر المدة المحددة لانعقاد العقد بعد انقضائها وعدم الرجوع، هذا من جانب ومن جانب ثان فإن الرجوع عن التعاقد، يتقرر بمجرد إرادة ومشيئة المستهلك له أن يرجع وله أن يمضي في التعاقد، وان أراد الرجوع، فإن ذلك يكون بإرادته المنفردة، دون حاجة

---

[٧] د. عبد المجيد الحكيم. وعبد الباقي البكري- محمد طه البشير- الموجز في نظرية الالتزام- مصادر الالتزام. بغداد- ١٩٨١- ص١٤١.

لإقامة الدعوى، أما قابلية إبطال العقد، فإنه يكون بناء على أسباب محددة مسبقاً وهي ما قد يصيب ركن الرضا من خلل، وإذا أراد من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته نقض العقد، فإنه لابد من إقامة الدعوى ما لم يتفق الطرفان على خلافه[٨].

الفرع الثاني

الرجوع التشريعي والعقد الموقوف

يتميز العقد الموقوف، بأنه عقد منعقد، لكنه لا ينتج آثاره، حتى تتقرر إجازته صراحة أو ضمناً، وحيث إن الرجوع الذي يقرره المشرع للمستهلك يمنع من إنتاج العقد لآثاره، حتى تمر المدة المحددة دون صدور ما يفيد الرجوع من المستهلك، فإن شبهاً كبيراً يقوم بين النظامين، لكن على الرغم من ذلك نستطيع أن نميز بينهما على أساس إن أسباب وقف العقد معروفة سلفاً، كعيوب الرضا أو عدم الولاية على نوع التصرف، أو عدم الولاية على محل التصرف، بيد إن الرجوع الذي يثبت للمستهلك لا يشترط فيه تحقق أي من الأسباب أنفة الذكر، وإنما هو مكنة خاصة خولها المشرع للمستهلك لأنه قد لا يقوى على التثبت من فائدة أو عدم فائدة التعاقد، لحظة التعبير عن الإرادة فاستثناء أعطاه المشرع رخصة الرجوع.

من ناحية ثانية فإن النظامين يختلفان في دور المدة لكل منهما ومن يملك الخيار، ففي العقد الموقوف أعطى المشرع لمن تقرر الوقف لمصلحته المكنة لأن ينقض العقد أو يجيزه وهذه المدة هي مدة للإجازة بدليل إن انقضاءها يعد إجازة ضمنية، عدا حالة تجاوز الوكيل لحدود وكالته، فإن ذلك يعد نقضاً للعقد لا أجازه له، ومن يملك الإجازة أو النقض، قد يكون المتعاقد نفسه، أو شخص آخر، جعلت له سلطة نقض العقد أو أجازته[٩].

أما بالنسبة للرجوع التشريعي، فإن المستهلك وحده هو الذي يملك الرجوع أو عدمه، فإن أراد الرجوع وجي عليه أن يعلن عن إرادته، خلال المدة التي حددها المشرع

---

[٨] السنهوري- الوسيط- مصادر الالتزام- القاهرة- ١٩٥٢ ص٥٣١.

[٩] انظر المادتين (١٣٥- ١٣٦) من القانون المدني العراقي.

لذلك، فإن سكت عن إعلان إرادته في الرجوع ومرت المدة المحددة، عد ذلك نزولاً منه عن مكنة الرجوع، وأنتج العقد آثاره، وأصبح نافذاً في حقه.

الفرع الثالث

الرجوع التشريعي وإلغاء العقد بالإرادة المنفردة

يشترك كل من النظامين في إن كلاً منهما تصرف إرادي منفرد يكون من مقتضاه إنهاء الرابطة العقدية، ومع ذلك فإنه يمكن التمييز بينهما، على أساس أن إلغاء العقد بإرادة منفردة، قد يقتصر على المستقبل دون المساس بالآثار التي ترتبت قبل حصول الإلغاء[١٠]، في حين إن الرجوع يزيل العقد برمته، إن حصل بعد الإبرام، وهو يكون قبل أن يرتب العقد أياً من آثاره، هذا من ناحية من ناحية ثانية، فإن إلغاء العقد، إنما يكون أما نتيجة لطبيعة العقد، كما في عقود الوكالة أو الكفالة أو العارية، وأما نتيجة لحق ينشئه القانون لأحد الطرفين، كما في الرجوع عن الهبة، أما الرجوع التشريعي عن التعاقد فلا يقرر إلا بإرادة المشرع في عقود بعينها، ولا يستطيع ممارسته إلا المستهلك استثناء من القاعدة العامة، أو الأصل العام وهو عدم إمكانية إنهاء عقد إلا بالاتفاق، لاعتبارات تتعلق بضرورة صدور رضا المستهلك متبصراً بشؤون التعاقد.

ومن ناحية ثالثة فإن الحق في إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، لا يحول دون قيام العقد، ولا يهدد وجوده، وإنما يقتصر أثره على المستقبل فقط. بينما الرجوع التشريعي عن التعاقد، فإنه قد يحول دون إبرام العقد، أن أعطي المستهلك مدة للرجوع قبل نشوء الرابطة العقدية، وإلا فإنه يشمل مرحلة التنفيذ كلها، إن اقتصر على مهلة يجوز للمستهلك فيها أن يرجع عن العقد خلالها[١١].

المطلب الرابع

---

[١٠] د. عبد المنعم فرج الصده- مصادر الالتزام- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٦٩ ص٣٩٥.

[١١] د. مصطفى محمد جمال- المصدر نفسه ص٢٢١.

الأساس القانوني للرجوع عن التعاقد

يثير الرجوع التشريعي عن التعاقد، أشكالاً في تحديد أساسه القانوني، ويمكن طرح أكثر من فكرة لبيان هذا الأساس، وسنحاول هنا عرض الأفكار التي يمكن أن تكون أساساً للرجوع ومناقشتها وصولاً لما نعتقده الأصلح منها باعتباره أساساً قانونياً للرجوع.

الفرع الأول

الشرط بوصفه أساساً قانونياً للرجوع

يذهب بعض من الفقهاء إلى طرح فكرة الشرط كأساس قانوني للرجوع عن التعاقد، وذلك نظراً لما يترتب على الشرط من أحكام تختلف بحسب ما إذا كان الشرط واقفاً فتتوقف آثار الالتزام حتى يتحقق الشرط، أو فاسخاً، فتزول الآثار التي ترتبت، قبل تحقق الشرط، ونظراً للتشابه بين أحكام الشرط الواقف والرجوع التشريعي عن التعاقد، فقد قيل بالشرط كأساس للرجوع.

لكن القول بالشرط كأساس للرجوع، يستلزم أن نحدد هذا الشرط، لنتمكن بعدها من الحكم على إمكانية عدة أساساً قانونياً للرجوع. فهل هو شرط تجربة أو شرط العربون؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تشير إلى وجود رأيين فقهيين الأول يقول بشرط التجربة ويذهب الثاني إلى شرط العربون.

أما فيما يتعلق بشرط التجربة، فقد رأى بعض من الفقهاء إن الرجوع ما هو في الحقيقة إلا شرط تجربة، فكما إن للمشتري أن يرجع عن البيع بعد تجربة المبيع إن هو اشترط التجربة، ووجد المبيع غير ملائم له، أو غير متفق مع ما أعد له المبيع، فكذا الحال مع الرجوع التشريعي عن التعاقد، وليس هنا اختلاف بين النظاميين، إلا في خاصية واحدة فقط، وهي إن شرط التجربة يثبت بالاتفاق، في حين إن خيار الرجوع التشريعي يثبت بإرادة المشرع، وبنص أمر.

بيد إن هذا الطرح لا يستقيم مع طبيعة الرجوع التشريعي عن التعاقد وذلك لسببين، أما الأول فهو إن الغرض من شرط التجربة، هو أن يثبت المشتري أما من صلاحية المبيع لما يريده منه، أو ملائمة المبيع لما أعد له، ويكون للمشتري بعد التجربة أن

يقرر أما إمضاء العقد أو فسخه، أي إن شرط التجربة لا يمنع من انعقاد العقد، وإنما يوقف ترتب آثار العقد، إن كان الشرط واقفاً، أو يجعلها قابلة للزوال، إن كان فاسخاً[١٢]، في حين إن الغرض من إقرار الرجوع عن التعاقد، هو لكي يكون للمستهلك أن يتدبر ويتروى في شأن التعاقد، الذي ربما أصدر قبوله به عن تسرع وعدم رؤية، دون أن تتاح له فرصة تجربة المبيع، أو محل العقد، وبعد التروي والتدبر خلال المدة المحددة يكون له أن يقرر الرجوع عن التعاقد أو إمضاءه.

وأما الثاني، فإن المشتري بعد تجربة المبيع له أن يفسخ العقد، إذا وجد المبيع غير مناسب له سواء من الناحية الشخصية، أو من الناحية الموضوعية، وإذا رفضه وفسخ العقد لأسباب موضوعية، أمكن إقامة رأى الخبراء مقام رأس المشتري، ومن ثم أمكن مساءلة المشتري عن تعويض البائع، عما قد يصيبه من أضرار نتيجة لرفضه المبيع[١٣]، غير إن الرجوع عن التعاقد هو مجرد إرادة أو مشيئة لا تخضع للرقابة والتسبيب، فلا يسأل المستهلك عن تعويض المتعاقد الآخر، إن هو رجع عن التعاقد.

وفيما يخص شرط العربون، فإن بعضاً من الفقهاء يرى إن أساس الرجوع هو عربون الرجوع، وما دفعهم إلى هذا القول، إن بعض القوانين التي أقرت الرجوع التشريعي عن التعاقد ألزمت المستهلك بأن يدفع مقابلاً إذا ما رجع، لذا قال هؤلاء الفقهاء إن عربون الرجوع هو الأساس القانوني[١٤]. ولم يغفل أصحاب هذا الرأي الفروقات التي بين النظامين، من حيث إن المقابل الذي يدفعه المتعاقد بشرط العربون يحدده الاتفاق، في حين إن المقابل الذي يدفعه المستهلك، في بعض التشريعات، يحدده المشرع.

---

[١٢] انظر المادة (٥٢٤) مدني. وانظر أيضاً- أستاذنا د. حسن علي الذنون- البيع- بغداد ١٩٥٣. ص٧٣ وما بعدها.

[١٣] د. سعد مبارك- د. صاحب عبيد الفتلاوي- د. طه الملاحويش- الموجز في العقود المسماة. بغداد ١٩٩٣ ص٥٦.

[14] CALAIS AULOY: RAPPORT DE SYNTHESE IN LES COTRATS DADHESION ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEURS. PARIS. E. N. A. J. 1978. P.260.

بيد إن هذا الرأي لا يمكن أن نعول عليه وذلك لأن الفرق الجوهري بين النظامين لا يمكن في المقابل الذي يدفعه من يرجع عن التعاقد، ومن يحدد هذا المقابل، وإنما في ما يشكله الرجوع التشريعي من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، في حين إن عربون الرجوع لا يتضمن مثل هذا الانتهاك ما دام الأمر يتقرر بموجب اتفاق الطرفين.

ومما تقدم نستطيع أن نقول إن الشرط لا يصح أساساً قانونياً للرجوع التشريعي، لاختلاف الآثار القانونية التي تترتب على الشرط، عن تلك التي تترتب عن الرجوع التشريعي، فضلاً عن ذلك، فإن الشرط وصف للتراضي، لأن التعليق المترتب على الشرط لا ينصب على الالتزام أو العقد برمته، بل ينصب على رضا أحد الطرفين، فهو لا يدخل في مضمون العقد، وإنما هو أمر خارج عن العلاقة التعاقدية.

الفرع الثاني

عدم لزوم العقد بوصفه أساساً للرجوع

يذهب رأي فقهي إلى إن أساس الرجوع، هو عدم لزوم العقد، فالعقد الذي يتضمن خياراً للمستهلك بأن يرجع عنه خلال مدة محددة، يكون عقداً غير لازم، ومن ثم جاز للمستهلك أن يرجع عنه بإرادته المنفردة[١٥]، وفي هذا نستطيع أن نوفق بين القوة الملزمة للعقد وبين إمكانية المستهلك في الرجوع عن التعاقد، ذلك إن هذه القوة لا تثبت إلا للعقود النافذة اللازمة، وعقود الاستهلاك لا تكون لازمة للمستهلك ومن ثم لا تثبت لها القوة الملزمة للعقد[١٦].

لكن هذا الطرح لا يمكن التسليم به ذلك إن فكرة عدم لزوم العقد لا تحول بين العقد وترتيب آثاره، فالعقد غير اللازم، يمكن أن تترتب عليه جميع آثاره وكل ما هنالك إن المتعاقد فيه يملك إنهاءه بإرادته المنفردة، وأيضاً إمكانية إنهاء العقد، ليست مطلقة وإنما مقيدة بعدم إلحاق الضرر بالغير، فإن تعلق حق الغير بالعقد، ما جاز للمتعاقد أن ينهيه على الرغم من كونه غير لازم. في حين إن الرجوع التشريعي عن التعاقد يحول دون نفاذ العقد، حتى تمر المدة المحددة لممارسة خيار الرجوع خلالها. أي تتوقف آثار العقد، حتى يتنازل المستهلك عن ممارسة خياره في الرجوع صراحة أو

---

[١٥] د. إبراهيم دسوقي أبو الليل– المصدر نفسه ص٩٥.

[١٦] المصدر نفسه ص٩٥.

دلالة، هذا من جانب. من جانب ثان فإن مكنة الرجوع مطلقة وهي إرادة ومشيئة لا تخضع لتسبيب أو رقابة، على خلاف سلطة المتعاقد في فسخ العقد في حالة عدم اللزوم.

فضلاً عن ذلك فإن الصورة الثانية من صورتي الرجوع وهي التي يتأخر فيها إبرام العقد مدة من الزمن، حتى بعد صدور القبول، لا ينعقد فيها العقد، ومن ثم لا يمكن القول بعدم لزومه في هذه الحالة لأن العقد لما يبرم بعد.

وعلى هذا فإن أياً من الآراء التي طرحت لبيان الأساس القانوني للرجوع عن التعاقد، لم يسلم من النقد. والأساس الذي نراه للرجوع التشريعي عن التعاقد، هو النص التشريعي الذي أعطى للمستهلك خيار الرجوع، فالقوة الملزمة للعقد، تثبت للعقود الصحيحة النافذة، ما لم يقرر المشرع أو الاتفاق خلال ذلك، وفي عقود الاستهلاك قضى المشرع بخلاف المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد، بأن أعطى للمستهلك مكنة الرجوع استثناء من المبدأ العام وذلك لاعتبارات رآها جديرة بالخروج على هذا المبدأ فكون المستهلك في مركز تعاقدي ضعيف من الناحية الفعلية مع المتعاقد الآخر، وليس في النظرية العامة للعقد، ما يشفع لهذا المستهلك، في حماية مصالحه، ولم يجد المشرع بدا من الخروج على قواعد العامة في نظرية العقد، لكي يقرر حماية المستهلك لذا فإن أساس الرجوع التشريعي عن التعاقد هو كونه استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، هذا عن الرجوع بعد إتمام العقد. أما عن الأساس القانوني للرجوع قبل إبرام العقد، فقد ذهب بعض من الفقهاء إلى القول بفكرة التكوين المتدرج للعقد، على أساس إن عقود الاستهلاك لم تعد تبرم في لحظة زمنية واحدة. هي لحظة ارتباط الإيجاب مع القبول، وإنما لابد من مرور مدة زمنية قبل أن يرجع المستهلك عن عقده، فإذا لم يشأ تأكيد رضائه الذي أصدره، وعمد إلى سحب هذا الرضا، خلال مدة التروي فإنه يحول بذلك دون إبرام العقد، ومن ثم فإنه ينسحب من عقد غير تام، وليس من عقد ملزم[١٧].

---

[١٧] د. مصطفى محمد الجمال– المصدر نفسه– ص٢٢٢.

ويبدو إن فكرة التكوين المتدرج للعقد، تقدم تفسيراً منطقياً لمهلة التروي هذه، التي لا يعقد العقد، قبل مضيها وان أصدر المستهلك، رضاءه فهي تتفق مع طبيعة هذه المدة والغاية التي قررت من أجلها. ويمكن اعتمادها أساساً للرجوع في هذه الحالة.

المبحث الثاني

أحكام الرجوع التشريعي عن التعاقد

تدور أحكام الرجوع التشريعي عن التعاقد بين الوجود الفعلي للعقد، وبين المكنة التي يستطيع بموجبها المستهلك الرجوع عنه، ونظراً لما تنطوي عليه هذه المكنة من خطورة، لذا لابد من تنظيم ممارستها، من هنا تناول أحكام الرجوع يقتضينا أن نبحث أولاً تنظيم ممارسة الرجوع، والآثار التي تترتب على أعمال الرجوع. وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

تنظيم ممارسة مكنة الرجوع عن التعاقد

يجد الرجوع التشريعي عن التعاقد مصدره في القانون، ويحدد هذا المصدر الإجراءات والشروط الواجب مراعاتها عند ممارسته، وحيث إن هذه المكنة تتقرر استثناء من القاعدة العامة، ولخطورة ما تنطوي عليه من آثار، فإن جميع أحكامها متعلقة بالنظام العام، وعليه فإننا نستبعد ابتداء الاتفاق على أحكام منظمة أو معدلة للآثار التي نص عليها المشرع في القوانين التي أقرت هذه المكنة.

ويلاحظ إن القوانين التي أقرت الرجوع عن التعاقد، لم تخضع ممارسة هذا الرجوع لشكل أو إجراءات خاصة، إذ يكفي أن يعبر المستهلك عن إرادته في الرجوع عن التعاقد، سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، كان يرد المستهلك المبيع الذي سبق أن تسلمه خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار.

غير إن ذلك لا يمنع من أن يشترط المشرع سلوك إجراءات محددة للرجوع، كما فعل المشرع الفرنسي، حينما استلزم أن يرفق بالعقد أنموذج معين يجب استيفاؤه من قبل المستهلك، وإعادته إلى المتعاقد الآخر، بخطاب موصى عليه مع علم الصول[١٨].

وينبغي ملاحظة إن اشتراط ممارسة الرجوع خلال مدة يحددها المشرع، هو الإجراء الوحيد الذي يكاد أن يكون قاسماً مشتركاً بين جميع القوانين التي أقرت الرجوع، ويلاحظ أيضاً إن هذه المدة تتميز بقصرها ومرد ذلك رغبة المشرع في أن لا يجعل

---

[١٨] المادة السابعة من التشريع الفرنسي الصادر في ١٠كانون الثاني ١٩٧٨ والخاص بحماية المستهلك والمنشور في داللوز ١٩٧٨-٨٤.

العقد غير مستقر مدة طويلة، ومراعاة في ذلك لمصلحة المتعاقد الأخر، لطي لا يبقى ملتزماً بعقد لا يعرف مصيره مدة طويلة من الزمن.

كما قد تستلزم بعض القوانين أن يدفع المستهلك مبلغاً معيناً إلى المتعاقد الآخر، بدفع هذا المبلغ، وإنما قيدته بحد معين يجب أن تصل إليه قيمة محل العقد أو أن يكون المبلغ نسبة مئوية من قيمة محل العقد بشرط أن لا يزيد عن مبلغ معين[١٩].

وواضح إن تحديد هذا المبلغ بشكل دقيق في القوانين التي ألزمت المستهلك في دفعه، هو رغبة المشرع في أن لا يكون هذا المبلغ قيداً على حرية المستهلك في ممارسة الرجوع، ومن ثم إفراغ الرجوع من قيمته، لذا لم يترك أمر تحديد هذا المبلغ لإرادة المتعاقدين.

المطلب الثاني

آثار العقد قبل رجوع المستهلك

يجب أن نميز هنا، بين صورتي الرجوع، أي الرجوع السابق على إبرام العقد، والرجوع اللاحق على الإبرام.

الفرع الأول

الرجوع السابق على إبرام العقد

إذا عطل المشرع إبرام العقد مدة من الزمن. يجب أن تمضي دون أن يرجع المستهلك عن التعاقد، هنا لا نكون أمام عقد، إذا لم تمض هذه المدة، ومن ثم لا يمكن البحث في آثار عقد، لكن السؤال الذي يطرح هنا عن المركز القانوني الذي يشغله المتعاقد الآخر. وهل سيحق له الرجوع عما عبر منه.

مادام المتعاقد الآخر قد عبر عن إرادته، أياً كانت صيغة التعبير، فإنه يكون في مركز الموجب غير إنه لا يملك الرجوع عن إيجابه هذا أي إننا نكون أمام صورة من صور الإيجاب الملزم، لأن القول بخلاف ذلك وإعطاء الموجب مكنة الرجوع عن إيجابه، يؤدي إلى إهدار الحماية التي أراد المشرع أن يوفرها للمستهلك ذلك إن

---

[١٩] انظر في ذلك القانون الخاص بالبيع بالتقسيط في لوكسميرغ الذي أجاز اشتراط مقابل للرجوع بدفعه المشتري على أن لا يتجاوز ٣% من ثمن المبيع. د. إبراهيم دسوقي- المصدر نفسه ص٥٨.

الأخير قد لا يجد من يتعاقد معه لإشباع حاجاته (إن فتح الباب أمام المحترف للرجوع عما عبر عنه) أما إذا رجع المحترف على الرغم من ذلك، فإن يلزم بتعويض المستهلك طبقاً لأحكام المسؤولية التعاقدية. وربما يكون خير تعويض هو الإبقاء على الإيجاب على الرغم من الرجوع عنه وعندها إذا أريد المستهلك إمضاء العقد، ولم يرجع عن التعاقد ومرت المدة المحددة لذلك، أبرم العقد على سبيل التعويض.

المطلب الثاني

الرجوع اللاحق على إبرام العقد

إذا أبرم العقد، وأعطي المستهلك مكنة الرجوع خلال مدة محدودة فإن العقد لا ينفذ خلال مهلة الرجوع، أي إننا نكون أمام وقف لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، حتى يهتدي المستهلك، بعد التفكير والتروي أما إلى الرجوع عن العقد، أو إلى الاستمرار فيه فلم يشأ المشرع أن ينفذ العقد من قبل المستهلك، ثم يسترد ما نفذه أن رجع التعاقد، لأن المستهلك قد يتأثر بتنفيذ العقد، ومن ثم لا يكون اختياره في الرجوع حراً تماماً.

أما من جهة المحترف، فإن خيار الرجوع لا يحول بينه وبين التنفيذ. إن أراد تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، لكنه لا إلزام عليه بهذا التنفيذ خلال المدة المحددة لممارسة الرجوع، وقد يكون من مصلحة المستهلك أن ينفذ المحترف التزامه خلال مهلة الرجوع، لكي يتمكن من تجربة المبيع مثلاً أو معاينته، غير إن المشرع حرم المحترف أن نفذ التزامه خلال مهلة الرجوع من الحصول على تأمين أو ضمان ليضمن استعادة ما نفذه، إن قرر المستهلك الرجوع عن العقد، لأن من شان هذا الضمان أن يؤثر في قرار المستهلك في الرجوع أو عدمه.

كما إن المحترف يتحمل كافة النفقات، والمخاطر التي تترتب على تنفيذ التزامه قبل انتهاء مدة الرجوع، فإذا كان العقد بيعاً، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري وان سلم الأخير المبيع، فضلاً عن إن البائع يتحمل تبعة الهلاك، ما لم يكن المشتري قد تسبب بهذا الهلاك بخطئه أو تقصيره.

المبحث الثالث

الآثار التي تترتب على الرجوع

إن الأثر الرئيس الذي يترتب على الرجوع، هو زوال العقد بعد إبرامه، إن كان الرجوع قد تم خلال مدة زمنية بعد القبول، أو تعطيل إبرام العقد، إن كان الرجوع قد حصل، قبل فوات المدة التي استلزم المشرع مضيها، لكي يكون لقبول المستهلك أثر في إبرام العقد، وحيث إن العقد لم يتم تنفيذه، غالباً، قبل تأكيد نفاذ إبرامه، فإن الرجوع لا يثير مشكلة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد، وان حصل هذا التنفيذ فإن في القواعد العامة، ما يغني في معالجة هذه المسألة، مع ملاحظة كون المهني المحترف هو الذي بادر إلى تنفيذ العقد، دون إلزام ومن ثم فلا يكون له ضمان خاص في استرجاع ما سلمه، لئلا يشكل ذلك قيداً على ممارسة المستهلك حقه في الرجوع عن التعاقد.

لكن هناك أمراً ينبغي عدم إغفاله وهو إمكانية أو عدم إمكانية اعتبار الرجوع ذاته مصدراً للمسؤولية، بعبارة أخرى، هل يمكن أن يسأل المستهلك عن رجوعه عن التعاقد، إذا ما لحق المهني أو المحترف ضرراً بسبب هذا الرجوع؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي أن نبحث في النصوص المقررة لهذا الخيار. فإذا قيد المشرع ممارسة هذا الخيار ببواعث محددة، وقصره على أسباب دون غيرها، فلاشك إن استعمال الخيار في غير ما قيد به المشرع، أو لأسباب لم ينص عليها المشرع، فإن من شأن هذا الاستعمال، أن يخضع لرقابة المشروع كما إن المشرع إن أطلق استعمال الرجوع من دون قيد أو باعث، فإنه لا يمكن أن يكون استعماله مصدراً للمسؤولية وان ترتب على هذا الاستعمال تضرر المحترف[٢٠].

بيد إن الأمر يبدو بحاجة إلى اجتهاد إذا ما سكت المشرع، ولم يطلق استعمال الرجوع، كما إنه لم يقيده، فهل يخضع الاستعمال لسلطان القضاء، وهل يمكن أعمال فكرة التعسف في استعمال الحق، بصدد ممارسة هذا الرجوع؟

يشير الواقع إلى وجود خلاف على صعيد الفقه، كما إن القضاء الفرنسي لم يستقر رأيه على مبدأ معين بصدد الإجابة عن التساؤل السابق. وتفرق الرأي الفقهي

---

[٢٠] وقد نصت بعض تشريعات حماية المستهلك صراحة على إن ممارسة الرجوع إرادة ومشيئة للمستهلك، ومن ثم فلا تخضع لأي رقابة أو تقدير، كالقانون البلجيكي الذي لم يلزم المستهلك ببيان مبررات رجوعه. د. إبراهيم دسوقي– المصدر نفسه ص٦٠.

والاجتهاد القضائي إلى مذهبين، يرى الأول إمكانية مساءلة المستهلك إذا تعسف في ممارسة الرجوع. بينما يذهب الثاني إلى عدم إمكانية تطبيق فكرة التعسف على ممارسة خيار الرجوع[٢١].

لكن تطبيق أحكام التعصف في استعمال الحق على ممارسة الرجوع التشريعي عن التعاقد، مسألة تتوقف على تحديد طبيعة الرجوع ذاته، هل هو حق بالمعنى القانوني للحق، أو إنه مجرد مكنة أو سلطة عامة؟

يصعب تكييف الرجوع عن التعاقد على إنه حق، سواء كان حقاً شخصياً، أو حقاً عينياً، أم صعوبة تكييفه على إنه حق شخصي فذلك لأن الأخير يتميز بكونه يمثل سلطة للدائن تجاه مدينه، هذه السلطة هي الاقتضاء، والتي يكون بموجبها للدائن أما مطالبة مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، والدائن عندما يمارس هذه السلطة إنما يمارسها تجاه شخص محدد هو المدين كما أن تدخل المدين شخصياً أمر ضروري لكي يستوفي الدائن حقه، ولو تعلق الأمر بشيء معين، ذلك لأن الدائن لا يتعامل مع الشيء ولا ينتفع، إلا من خلال المدين.

وهذا ما لا نجده في خيار الرجوع، ذلك إن المستهلك لا يملك أية سلطة في مواجهة المحترف، ولا يستطيع أن يطالبه بأي دور إيجابي أو سلبي، وكل ما يثبت له هو أما إبرام العقد، أو إمضاؤه وعدم إبرامه أو نقضه، فلا نجد في هذا الخيار السلطات التي تثبت للدائن تجاه المدين، في الحق الشخصي، وعليه فلا يمكن تكييف الرجوع على إنه حق شخصي.

وأما صعوبة تكييف الرجوع فإنه بأنه حق عيني، فمردها إن الحق العيني يتمثل في سلطة لشخص على شيء معين، يستطيع صاحب الحق الحصول على منافع الشيء والتمتع به، والاحتجاج حقه هذا، تجاه كافة، وهذا ما لا نجد له نظيراً في الرجوع عن التعاقد.

وإذا كان الرجوع ليس حقاً شخصياً كما إنه ليس حقاً عينياً فما هو إذاً؟ إن الرجوع عن التعاقد ما هو إلا رخصة، أو مكنة قانونية، تخول صاحبها، سلطة إنشاء مركز

---

(21) WELL: DROPT CIVIL, LES OBLIGATIONS PARIS. 1986 N 354
وانظر أيضاً د. حسن كبرة– المدخل لدراسة القانون– بيروت ١٩٧٧– ص٣٦٧.

قانوني، أو منع نشوئه، بإرادته المنفردة. ويتوقف استعمال أو ممارسة هذه المكنة على إرادة ومشيئة صاحبها، دون أن يتوقف ذلك على إرادة، من تمارس هذه المكنة في مواجهته.

وحيث إن فكرة التعسف في ممارسة الحقوق، إنما تنبسط على ممارسة الحقوق التي اكتمل نشؤها ودخلت في مرحلة ترتب الأحكام عليها، فإنه ليس من اليسر مد هذه الأحكام لتشمل ممارسة السلطات، أو المكنات العامة، التي يتمتع أصحابها بالحرية في الاختيار بين إنشاء مركز قانوني أو الحيلولة دون إنشائه، وإلا انعدمت التفرقة بين الحق بوصفه مركزاً قانونياً، وبين الحريات أو المكنات العامة[٢٢].

لكن بعضاً من الفقهاء يذهب إلى وجوب التفرقة بين الحقوق والحريات العامة في تحديد نطاق فكرة التعسف في استعمال الحق. ويرى في تطبيق أحكام التعسف على الحقوق التي اكتمل نشؤها ودخلت مرحلة ترتب الأحكام عليها، دون الحريات أو السلطات العامة، بينما يذهب رأي إلى إمكانية تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق على ممارسة الحريات أو السلطات العامة، ولكن بمعيارها الشخصي فقط دون الموضوعي، إذ لا يرى أصحاب وجهة النظر هذه إمكانية مسائلة صاحب الحرية أو السلطة العامة إلا إذا قصد من وراء استعمال حريته على هذا النحو، إلحاق الضرر بالغير[٢٣].

ويبدو إن القضاء الفرنسي يأخذ بهذا الرأي الأخير إذ قضى بأن رخصة الرجوع عن التعاقد، ليست رخصة مطلقة لا تخضع لرقابة أو تقدير، إذ إنه أن تم بسوء نية لا يعتد به ولا تترتب عليه أية آثار[٢٤]، ويلاحظ مع هذا الحكم إنه لم يجعل الرجوع الذي تم بسوء نية منتجاً لآثاره، فيبقى العقد صحيحاً ونافذاً، ويلزم الرجوع المستهلك بتنفيذه ولكن هذا يلقي على المحترف عب إثبات سوء نية المستهلك في الرجوع ولاشك في إن هذا العبء، ليس بالأمر اليسير، وهو غالباً ما يعجز عن إثباته لأنه يتعلق بالنوايا والبواعث وهذا ما يجعل من العسير تقرير مبدأ عام يحكم المسائل

---

[٢٢] انظر د. حسن علي الذنون– المبسوط– ح٢– الخطأ– بغداد ٢٠٠١، ص٤٤٣.

[٢٣] المصدر نفسه ص٤٤٣.

[٢٤] نقض مدني فرنسي ١١ حزيران ١٩٧٦ داللوز ١٩٧٨.

جميعاً وإنما يطبق في كل حالة على حدة. كما إن وجود مبرر للرجوع، كعدم ملائمة الثمن أو عدم ملائمة المبيع لما يقصده المستهلك لا يعد تعسفاً، مادام الرجوع تقرر ابتداء لمواجهة مثل هذه الحالات.

لكن ينبغي عدم التوسع في مفهوم فكرة التعسف في استعمال الحق ومد نطاقها إلى الرجوع التشريعي الذي أعطاه المشرع للمستهلك لأن من شأن ذلك إفراغ هذا الرجوع من مضمونه، ومن ثم تفوت الحماية التي قصد المشرع توفيرها للمستهلك في تعاقداته.

الخاتمة

يمكن أن نلخص أهم النتائج التي خرجت بها دراسة موضوع الرجوع التشريعي عن التعاقد في النقاط الآتية:

١. إن إقرار مكنة المستهلك في الرجوع عن التعاقد، هو إحدى الركائز الأساسية التي يرتكز عليها بناء حماية فعالة له، ومن ثم لا يجدر بأي تشريع يستهدف إرساء قواعد لهذه الحماية، أن يغفل النظر عليها، وندعو المشرع العراقي إذا ما أراد تشريع قانون لحماية المستهلك، أن يجعل من هذه المكنة إحدى لبنات تشييد الحماية المرجوة، لأن المبررات التي جعلت المشرع يقرها متوافرة في العراق كما هي في البلدان التي صدرت فيها قوانين نصت على الرجوع عن التعاقد باعتباره مكنة يتلاقى بموجبها المستهلك ما قد يلحق به ضرراً نتيجة عدم كفاءته في النواحي الفنية أو الاقتصادية، مما يؤدي إلى إصداره لرضا غير مستنير بالتعاقد، على النحو الذي يذهب بمصالحه.

٢. إن البحث عن أساس قانوني تستند إليه مكنة رجوع المستهلك عن التعاقد في المفاهيم القانونية التقليدية، في النظم القانونية التي شيدت بناءها القانوني على أساس مبدأ استقلال الإرادة، ليس بالأمر المجدي، ومن ثم فليس من أساس لهذه المكنة إلا كونها استثناء، كالقوانين التي أقرتها، أي استثناء من الأحكام القانونية التقليدية التي تحكم إبرام العقد وتنفيذه.

٣. إن مكنة الرجوع عن التعاقد مكنة تشريعية، ومن هنا فليس من شأن الإرادة أن تقيدها، على نحو يفرغ هذه المكنة من مضمونها ومن ثم يفوت الغرض الذي

هدف المشرع إلى تحقيقه من وراء إقرارها لأنه لو أمكن تقييدها لقيدها المشرع، وعليه يكون باطلاً كل اتفاق على إسقاط حق المستهلك في ممارسة الرجوع أو تقييد هذه الممارسة، بغير ما قيدها به المشرع. كما لا يجدر بالقضاء أن يتوسع في المفاهيم القانونية على نحو يجعل من هذه المفاهيم قيوداً تطبق على ممارسة الرجوع كفكرة التعسف في استعمال الحق.

ومن الله التوفيق

المصادر

أولاً: اللغة العربية:

١. د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مجلة المحامي الكويتية ١٩٨٥.

٢. د. حسن علي الذنون، البيع، بغداد، ١٩٥٣.

٣. د. حسن علي الذنون، المبسوط، ح٢ الخطأ، بغداد، ٢٠٠١.

٤. د. حسن كبرة، المدخل لدراسة القانون، بيروت، ١٩٧٧.

٥. د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد، د. طه الملاحويش، الموجز في العقود المسماة، بغداد، ١٩٩٣.

٦. السنهوري، الوسيط، ج١، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٢.

٧. د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكر، محمد طه البشير، الموجز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨١.

٨. د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٦٩.

٩. د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، بيروت، ٢٠٠٢.

١٠. القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

١١. القانون المدني الفرنسي، الصادر عام ١٨٠٤.

ثانياً: اللغة الفرنسية:

1. CALAIS AULOY: PAPPORT DE SYNTHESE IN LES CONTRATS D ADHESION.

   ET LA PROTECTION DU CONSOMMTEURS PARIS E. N. A. J. 1978.
2. WELL: DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS. PARIS 1986.