جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء ــ كلية القانون
قسم القانون الخاص

﴿التنظيم القانوني لعقد خدمة التوصيل﴾

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالب

حارث حسين نصيف البزاز

بإشراف

أ.د. أسراء فهمي ناجي

ايار / 2022 م شوال/ 1443 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

صَدقَ الله العلي العَظيم

سورة النساء ﴿الآية 58﴾

إقـــرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـــ (**التنظيم القانوني لعقد خدمة التوصيل التجاري – دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالب (**حارث حسين نصيف**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.د. اسراء فهمي ناجي

الدرجة العلمية : استاذ

الاختصاص : القانون التجاري

جامعة كربلاء – كلية القانون

التاريخ : / / 2022

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (**التنظيم القانوني لعقد خدمة التوصيل التجاري**) (دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (**حارث حسين نصيف جاسم**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ. م. د. جاسم عبد الواحد راهي الحميد

الاختصاص العام : اللغة العربية وآدابها

الاختصاص الدقيق : اللغة والنقد

إقرار لجنة مناقشة ماجستير

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (التنظيم القانوني لعقد خدمة التوصيل " دراسة مقارنة ")،و ناقشنا الطالب (حارث حسين نصيف) في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجـــة ( ) .

التوقيع :

الاسم: أ.د. بتول صراوه عبادي

(رئيساً)

التاريخ:٨ / ٥ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. إشراق صباح صاحب

(عضواً)

التاريخ:١٥ / ٥ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م .د. رحيم عبيد عطية

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د اســـراء فهمي ناجي

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ١٦ / ك / 2022

الإهداء

أهدي جهدي المتواضع إلى

من وهباني الحياة والأمل، وعلماني أن أرتقي مصاعب الحياة بحكمة وبصبر وتأمل وزرعا في داخلي حب العلم والمعرفة، ابي وامي اطال الله نعمة وجودهما

من كانوا لي عونا وسنداً في رحلة البحث والحياة أشِقَاء الروح وشُرَكَاء البدن اخوتي وأخواتي

من رافقتني دربي وأكمل بها ديني زوجتي من اثمر الفؤاد بهما ابنائي ...

إليكم جميعًا أهدي جهدي هذا ..

حارث

شُكُر وَعْرفان

بعد الشكر لله على ما أنعم عليَّ من إتمام هذا الرسالة، بجميع مفاصلها، فأني أتوجَّه بخالص الشكر الجزيل إلى عمادة كليَّة القانون- جامعة كربلاء، وإلى معاونيها العلمي، والإداري، وإلى رئيس فرع القانون الخاص؛ لما يبذلونه من جهدٍ، وتفانٍ، وإخلاص، في سبيل نجاح العمليَّة التعليميَّة.. وأتقدَّم بالشكر إلى جميع أساتذتي في كليَّة القانون، والذي كان لهم الفضل الأكبر في وصولي إلى هذه المرحلة، ولا أجد ما أقابل فيض عطائهم سوى الدعاء لهم بالتوفيق، والعمر المديد..

وأجدني قاصرًا عن صوغ شكرٍ يليق بأستاذي المشرف الأستاذ الدكتور: أسراء فهمي ناجي؛ لتفضُّلها بقبول الإشراف على إعداد هذه الرسالة، ولما بذلت من جهدٍ في رعايتها لي بعد الله سبحانه وتعالى، فقد نصحت، وقوَّمت، وعدَّلت، وكانت واسعة الصدر في تعاملها معي، وفي إبدائها للنصائح، والإرشادات حتَّى تمَّت هذه الدِّراسة ببركة ما بذلته من علمٍ ومعرفة، ولا يسعني إلَّا أن أدعو لها بدوام التوفيق، وأن يجزيها الله تعالى عنِّي كلَّ خير..

ثمَّ أتوجَّه بالشكر والامتنان إلى موظفي كليَّة القانون، وموظفي مكتبات كلية القانون في جامعة كربلاء، والنهرين، وبابل، ومعهد العلمين، والعتبتين الحسينة، والعباسية على ما يبذلونه من تعاونٍ مع الباحثين، وعلى سعة صدورهم في إنجاز متطلبات البحث عن المصادر والمراجع، وشكري متَّصل إلى زملائي في الدِّراسة، وإلى كل من أبدى مساعدتي.... لهم جميعًا شكري وتقديري وامتناني.

حارث

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
1	مقدمة	1 - 5
2	الفصل الاول: مفهوم عقد خدمة التوصيل التجاري	6 - 115
3	المبحث الاول: ماهية عقد خدمة التوصيل	8 – 65
4	المطلب الاول: التعريف بعقد خدمة التوصيل	8 – 27
5	الفرع الاول: تعريف عقد خدمة التوصيل	9 – 17
6	الفرع الثاني: خصائص عقد خدمة التوصيل	17 – 26
7	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد خدمة التوصيل وتمييزه مما يشتبه به	26 – 65
8	الفرع الاول: الطبيعة القانونية لعقد خدمة التوصيل	27 – 43
9	الفرع الثاني: تمييز عقد خدمة التوصيل مما يشتبه به	43 – 65
10	المبحث الثاني: ابرام عقد خدمة التوصيل التجاري	65 – 115
11	المطلب الاول: المفاوضات في عقد خدمة التوصيل التجاري	66 - 85
12	الفرع الاول: المقصود المفاوضات	67 - 73
13	الفرع الثاني: اثار المفاوضات	73 - 79
14	المطلب الثاني: انعقاد عقد خدمة التوصيل	79 - 115
15	الفرع الاول: اطراف عقد خدمة التوصيل	80 - 91
16	الفرع الثاني: اركان عقد خدمة التوصيل التجاري	91 - 115
17	الفصل الثاني: احكام عقد خدمة التوصيل	116 - 216
18	المبحث الاول: أثار عقد خدمة التوصيل	118 - 176
19	المطلب الاول: الالتزامات الناشئة عن عقد خدمة التوصيل	118 - 155
20	الفرع الاول: التزامات البائع	119 - 135
21	الفرع الثاني: التزامات مندوب التوصيل	136 - 144
22	الفرع الثالث: التزامات المستهلك	144 - 155
23	المطلب الثاني: مسؤولية اطراف عقد خدمة التوصيل	155 - 176
24	الفرع الاول: مسؤولية البائع	156 – 168
25	الفرع الثاني: مسؤولية مندوب التوصيل	168 - 172

26	الفرع الثالث: مسؤولية المشتري	176 - 173
27	المبحث الثاني: انتهاء عقد خدمة التوصيل	216 - 176
28	المطلب الاول: الاسباب العامة لانتهاء العقد	184 - 177
29	الفرع الاول: انتهاء العقد بالأسباب الطبيعية	182 - 177
30	الفرع الثاني : الفسخ	184 - 182
31	المطلب الثاني: الاسباب الخاصة لانتهاء العقد	216 - 184
32	الفرع الاول: انتهاء العقد بسبب الوفاة والافلاس	198- 185
33	الفرع الثاني: انتهاء العقد بسبب الاهلية و الغش والتدليس	216 - 198
34	الخاتمة	221 - 217
35	المصادر	243 - 222
36	Abstract	ii – iii

المستخلص

ان التزام البائع بتقديم خدمة التوصيل التجاري بعد البيع مصدره أرادة أطراف العقد ولهذه الارادة أن تضمن العقد ما تشاء من شروط، ولا يمكن لهذه الشروط ان تخالف النظام العام او الآداب العامة، هذا من جانب ومن جانب اخر فأن الساحة الاقتصادية والتجارية شهدت تطورا كبيرا وخاصة مع ظهور شبكة الانترنيت وتعد هذه الفترة ولادة مصطلح التجارة الالكترونية والتي تعتبر نقطة التحول والانتعاش الاقتصادي العالمي الامر الذي انعطف بالتجارة وتعاملاتها بشكل لافت للنظر والتي افرزت تعاملات لم تكن موجودة على الساحة ومنها عقد خدمة التوصيل التجاري ولما يحمله هذا العقد من مزايا جعلت المستهلكين يقدمون على ابرام هذا النوع من العقود ولا نجافي الحقيقة اذا قلنا ان هذا العقد ساهم في انتعاش الاقتصاد بشكل متزايد لما فيه من مكاسب لطرفي العقد والتي تيسر على المستهلك الحصول على السلع والبضائع من حيث اختصار الوقت وكذلك قلة التكلفة المالية، مع التزام البائع بضمان سلامة المبيع لحين تسليمه الى المستهلك وكذلك ضمان سلامة المستهلك من كل ما من شأنه ان يسبب ضرر له.

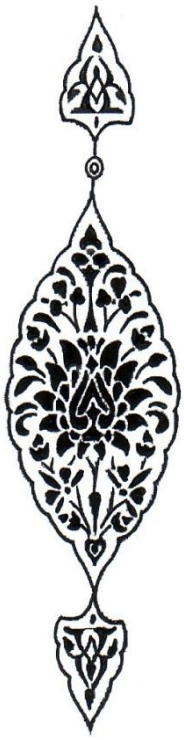
اضافة الى ما تقدم فأن للمستهلك الحرية الكاملة والسهلة في التنقل ما بين المنصات والمواقع الالكترونية لغرض اختيار الانسب والاجود من السلع المعروضة ومن دون ضغط او تأثير من اي شخص اخر، وكذلك له القدرة على التفاوض حول الاسعار او فترة الوصول وكل ما من شأنه لإتمام ابرام العقد من خلال اي وسيلة او برنامج الكتروني يختاره المستهلك.

كما ان خدمة التوصيل التجاري على الرغم من انها ترتبط بعقد البيع ارتباطا وثيقا الا انها لا تنطبق على كل عقود البيع فمن جهة خدمة التوصيل لا يمكن تصورها في عقد بيع العقارات ومن جهة اخرى لا يمكن تقديم هذه الخدمة الا في عقد البيع المتضمن هذا الشرط، كما ان هذا الالتزام ليس من الالتزامات التقليدية ومن هنا تظهر اهميته هذا العقد الذي منه انطلقنا في دراستنا لهذا العقد وما له من الدور الكبير في استراتيجية التسوق من خلال الاعلانات التي تطلقها الشركات المصنعة وكذلك التجار وحتى اصحاب المحلات الصغيرة مثل المطاعم ومحلات بيع الملابس والاجهزة الكهربائية وباقي محلات التجزئة من سلع وبضائع تمس الحاجات الاساسية اليومية للمستهلك.

وكما وفر هذا العقد البيئة الخصبة لانتعاش الكثير من التطبيقات مثل النقود الالكترونية التي تطلقها المصارف والتي زادت الحاجة في الوقت الحاضر اليها بسبب سهولة حملها اذا ما قورنت بالنقود التقليدية وكذلك المحافظة عليها من الضياع او السرقة ان صح التعبير، كما ان لهذا العقد ميزة خاصة شجعت المستهلكين على التعامل فيه هو عدم دفع المقابل المادي الثمن الا عند استلام المبيع وفحصه والتأكد من سلامته من العيوب ومن اي نقص وانه مطابق لما تم

التعاقد عليه حيث يجعل هذا النوع من العقود المستهلك في مأمن من اي حالة غش تجاري او صناعي في المنتوج.

وكما ان عقد خدمة التوصيل شجع الكثيرين من المنتجين الى التنافس على كسب رضا المستهلك من خلال تقديم خدمات اخرى مضافة الى خدمة التوصيل وهي قد تكون تقديم خدمة تنصيب بعض الاجهزة التي تحتاج خبرة فنية او تقديم عروض ضمان صيانة لفترة محدودة او صيانة بعض اجزاء الجهاز، او تقوم بعض الشركات بإقامة دورات تدريبية لمن يقتني منتجاتهم وقد تكون هذه الدورات عن طريق برنامج يسمح فقط لمن يحملون رمز معين او وضع قرص داخل كل جهاز من قبل الشركة المصنعة يبين الطرق الفنية لعمل او لإصلاح اي خلل فني يحدث مستقبلا.



المقدمة

المقدمة

اولًا: موضوع الدراسة

تعد التجارة الإلكترونية من الأمور التي لا يمكن الاستغناء عنها في الواقع المعاصر وهي تلعب دوراً مهماً في مجال تسويق المنتجات حيث أصبحت عملية التسوق مفتوحة وبإمكان الشخص أن يشتري ما يحتاج من داخل الدولة أو حتى من خارجها ، وزاد من الاعتماد على هذه الآلية التسويقية الجديدة ضيق وقت الانسان وانشغاله بأمور أخرى إضافة إلى تطور وسائل التواصل بما يزيد من أساليب التسويق والترويج للمنتجات في مختلف الأسواق وبما يحقق أكبر نصيب من الأرباح ومن هذا المنطلق فقد انتشرت في الآونة الاخيرة ظاهرة توصيل الطلبات من المنتج والمسوق إلى المستهلك سواء لمواقع العمل او المحال التجارية او للمنازل مما تبعه ظهور مهنة مندوب التوصيل الذي يمثل همزة الوصل بين التاجر والمستهلك، كما يشكل الجزء الظاهر من تنظيم هذه التجارة.

ومن الجدير بالذكر ان الطلبات التي يتم توصيلها وفقا لهذا النمط من التسويق تشمل الأغذية والأدوية و الملابس والاثاث وغيرها من البضائع والسلع، فهي تمس حياة أفراد المجتمع بشكل مباشر، وقد يتسبب التعامل بهذه الأنواع من المنتجات وفقا لهذه الطريقة الكثير من الإشكالات والتي ينعكس اثرها على المستهلك بالدرجة الأساس وكذلك التاجر في ضل غياب القوانين الضابطة لذلك.

من هنا تبرز ضرورة تنظيم مهنة مندوبي التوصيل لحماية التاجر والمستهلك من خلال ضبط عمليات التسويق الإلكتروني سواء عبر المواقع الإلكترونية أو وسائل التواصل الاجتماعي، اذ لا بد أن يكون التاجر محل ثقة ويحمل ترخيص لممارسة هذا النوع من النشاط التجاري، كذلك الحال بالنسبة لمندوب التوصيل الذي يجب ان يكون هو الاخر حاصلا على ترخيص ، حيث يجب أن تتم هذه العملية في اطار القانون تفاديا للعديد من المشكلات. فمن المعلوم أَنّ التجارة عبر الإنترنت لا تخضع للقوانين السارية في أي دولة مما يجعلها بعيدة عن الرقابة، سواء على مواصفات المنتجات أو أسعارها ومن الجدير بالذكر أن بعض الدول قد تصدت لتنظيم مثل هكذا خدمات كما في المملكة العربية السعودية حيث اعتبرت خدمة التوصيل عبر المنصات الالكترونية من الخدمات البريدية، واشترطت مجموعة من الشروط لممارسة هذه المهنة وحددت عقوبات كجزاء لمخالفتها.

ثانيًا: اهمية الدراسة

يمكن تحديد اهمية الموضوع من جانبين :

الأول : الجانب النظري فعلى الرغم من تعدد القوانين والتشريعات التي تنظم العلاقة بين التاجر والزبون او المنتج والمستهلك سواء على صعيد التجارة التقليدية او التجارة الالكترونية، إلا نُه بعض الجوانب من الحياة اليومية بحاجة إلى تشريعات جديدة، ليس كنقص في التشريعات بل لأن حركة الحياة والتعاملات بين الأطراف المختلفة حدث فيها الكثير من المستجدات المتسارعة منها انتشار مواقع التواصل الاجتماعي والمنصات الالكترونية واتخاذ هذه التقنية وسيلة للتبادل والتداول التجاري واذا ما اخذنا بنظر الاعتبار ان معظم هذه المنصات والمواقع ليس لديها كيان اعتباري او شخصية معنوية مما يثير إشكالات بصدد حماية الأطراف، بالاضافة إلى الجائحة الكبيرة التي يعيشها العالم والتي برزت هذا النمط من التعامل بل اصبح ضرورة ملحة لمنع انتشار الوباء، الامر الذي يستلزم تحديد الوصف القانوني المناسب الذي يحكم هذه العملية والوقوف على موقف الفقه القانوني منها .

الثاني : الجانب العملي ويتجسد بالاشكالات التي يثيرها هذا الموضوع في التطبيق العملي من عدة حيثيات، فمن حيث المنصات الالكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي فيجب ان يتم التعامل عبر مواقع ومنصات رسمية ومعروفة ومسجلة لدى هيئة الاتصالات، فكثير من المواقع غير الرسمية تكون سيئة السمعة وان التعامل معها يوقع التاجر والمستهلك في حرج.

ومن حيث شخصية مندوب التوصيل وكذلك العميل فيجب ان تكون معرَفة فكثير من مندوبي التوصيل هدفهم تحقيق الربح دون الاخذ بنظر الاعتبار الضوابط التي يجب ان تنظم هذا العمل، كذلك العميل اذ يشير التطبيق العملي لهذه الخدمة أَنّ كثيراً من الحالات التي يتم الاتفاق فيها مع المندوب يتم التنصل منها من قبل العميل كاعطاء عنوان مزيف أو دفع نقود مزورة وغيرها من الإشكالات التي سنبينها في البحث، الامر الذي يتطلب ضبط وتحديد هذه الإشكالات ومعالجتها. ومن حيث نوع البضائع التي يجري التعامل عليها فبعض البضائع يجب الحذر الشديد فيها كالادوية والطعام والبقالة والأجهزة الكهربائية وغيرها وفي كل نوع منها تفصيل.

علاوة على ما تقدم لابد من الاخذ بنظر الاعتبار مبدأ المنافسة المشروعة في ممارسة العمل التجاري، حيث تمثل هذه المواقع والمنتجات منافساً غير شرعي للمشاريع المرخصة التي تتحمل أعباء كثيرة من أجل الإنتاج ، وذلك من خلال وسائل التسويق التي تمنحها للمستهلك كخدمة التوصيل والدفع عند التسليم والتي بدورها تدفعه للتعامل مع هذه المواقع.

ثالثًا: مشكلة الدراسة

مشكلة الدراسة تتجسد بتعدد اطراف عقد خدمة التوصيل وما يترتب على هذه الاطراف من التزامات وحقوق وان تلك الالتزامات تترتب في الواقع الافتراضي من خلال المنصات الالكترونية . وكذلك تتجسد الاشكاليات حول ما اذا كان مندوب التوصيل شخص مستقل عن البائع او كان يعمل لدى البائع ومشكلة اخرى نتطرق اليها وهي صعوبة تحديد اهلية المتعاقد كون التعاقد الكتروني وماهي ضمانات البائع اذا ما تعاقد مع شخص قاصر وما هي الاجراءات المتخذة لضمان حقوق البائع وكذلك اشكالية ومواقع التواصل الاجتماعي فيجب ان يتم التعامل عبر مواقع ومنصات رسمية ومعروفة ومسجلة لدى هيئة الاتصالات، فكثير من المواقع غير الرسمية تكون سيئة السمعة وان التعامل معها يوقع التاجر والمستهلك في حرج.

فالعملية تتم من خلال أربعة محاور، المحور الأول يتجسد بالمنصة (المنصة الإلكترونية: موقع مقدم الخدمة الإلكتروني أو تطبيقه) التي تعمل وفق نموذج on demand delivery حيث يقوم المستفيد النهائي من خلالها بإنشاء طلب الشراء، ويقوم المتجر أو مندوب التوصيل بالاستجابة للطلب.

والمسالة هنا محل اختلاف، فهي تختلف بحسب ما اذا كان مندوب التوصيل يعمل بشكل مستقل كان ينشأ منصة او موقع له يروج من خلاله لبضائع وسلع متنوعة وعليه يتم الاتفاق بين العميل ومندوب التوصيل على توصيل تلك المنتجات سواء كان مندوب التوصيل شخصاً طبيعياً يعمل بمفرده اوشخصاً معنوياً كشركات التوصيل التي أنشأت في العهد القريب، او بالعكس يقوم المنتج او صاحب المتجر بالترويج لمنتجاته من خلال موقع او منصة الكترونية ويذكر في الإعلان عن توفر خدمة التوصيل ففي هذا الفرض يتم الاتفاق بين العميل والمنتج او صاحب المتجر ومن ثم يقوم الأخير بالاتفاق مع شركة التوصيل اومندوب يعمل بشكل منفرد اوقد يكون من احد العمال في المتجر نفسه، فالتفاوض يتم ضمن العالم الافتراضي، اما تنفيذ العقد فيتم بشكل طبيعي من خلال تسليم الطلب واستلام ثمنه.

اما مقابل خدمة التوصيل فانه يختلف بحسب الأحوال، فقد تكون الخدمة مجانية، وهذا هو الأصل، وقد تكون بمقابل يتم الاتفاق عليه بين الأطراف والدفع يكون بعد التسليم وهو الوضع الغالب، او عن طريق بطاقة الضمان الكي كارد او ما شابه، بالاضافة إلى الإشكاليات التي يمكن ان تثار حول طبيعة المواد التي يراد ايصالها من خلال تلك العملية، وكذلك الأثر المترتب على تخلف

احد الأطراف في تنفيذ التزامه وهو يرتبط بشكل كبير بنوع تلك المواد. فمحاور البحث وفقا لما تقدم تتجسد بالاتي :

- المستهلك (شخص طبيعي او معنوي).
- البائع (منتج أول للسلع أو تاجر أو اصحاب المحلات التجارية او المطاعم ...).
- مندوب التوصيل (شخص طبيعي او معنوي).
- المنصة الالكترونية.

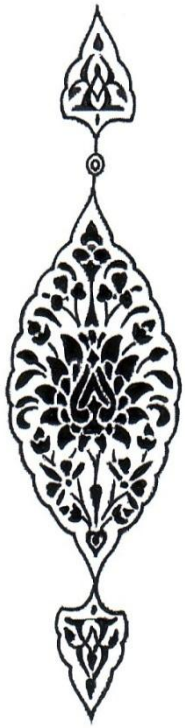
فهذه العملية بمجملها تحتاج إلى ضبط وتحديد اطرها القانونية فهي تختلف عن عملية النقل التي ينظمها قانون النقل ، كما انها تختلف عن خدمة ما بعد البيع كون عملية التعاقد تتم بطريق الكتروني، وعليه فانه ستكون هذه الدراسة مكرسة لبيان التوصيف القانوني الدقيق لهذه العملية.

رابعًا: منهجية الدراسة

سنعتمد بهذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية التي تعالج شتات الموضوع ضمن قوانين متفرقة كقانون النقل وقانون التجارة وقانون حماية المستهلك وقانون المعاملات الالكترونية على مستوى (العراق ومصر وفرنسا والجزائر)

خامسًا: هيكلية الدراسة

يمكن تقسيم البحث في التنظيم القانوني لعقد خدمة التوصيل إلى فصلين نتناول في الفصل الاول مفهوم عقد خدمة التوصيل ، الذي يتضمن مبحثين نتناول في المبحث الاول ماهيةعقد خدمة التوصيل وفي المبحث الثاني ابرام عقد خدمة التوصيل التجاري، اما الفصل الثاني نخصصه لأحكام عقد خدمة التوصيل ومن خلال مبحثين الاول نتناول فيه اثارعقد خدمة التوصيل والمبحث الثاني انتهاءعقد خدمة التوصيل ونختم البحث بخاتمة تحتوي على اهم النتائج والتوصيات التي توصلت اليها الدراسة.



الفصل الاول

مفهوم عقد خدمة التوصيل

الفصل الاول

مفهوم عقد خدمة التوصيل

إنّ تطور الحياة وما يتبعه من تنوع في اوجه التعاملات بين الناس ادى إلى ظهور صيغ جديدة من المعاملات اخذت من التكنلوجيا والانترنت ميدانا لها ، فقد لوحظ في الآونة الأخيرة وبصورة ملفتة للنظر أنّ الكثير من الشركات والمحال التجارية تقدم خدمات تتبع عملية بيع منتجاتها من بينها ما يعرف بخدمة التوصيل والتي تكون في اكثر الأحيان مجانا وبدون اجر.

فقد اصبح شعار البعض من تلك الشركات والمحال التجارية (اتصل نصلك في الحال) واصبح التنافس فيما بينهم في تقديم هذه الخدمة واقعاً ملموسا من اجل الحصول على اعلى نسبة من الارباح وكسب الزبائن.

وتجدر الاشارة إلى ان خدمة التوصيل المقدمة من قبل المنتج أو البائع للمستهلك بعد قيامة بشراء منتج أو سلعة معينة قد تكون من ضمن العقد سواء اكان العقد قد ابرم بطريق الكتروني او تقليدي وقد يكون الاتفاق مستقلاً عنه، حيث تتنافس الشركات والمؤسسات بتقديم افضل الخدمات التي تجذب اكبر عدد من الزبائن وتكسب ثقتهم من خلال تطوير طرق التواصل الالكتروني بينهم وبين الزبون عبر الهاتف او البريد الالكتروني او حساب الشركة او المؤسسة في احدى مواقع السوشل ميديا[1].

فهذه الخدمة اصبحت محورَ العمل التجاري في الوقت الراهن، ولعدم وجود تنظيم قانوني يحدد ابعادها القانونية من حيث طبيعتها وآثارها، ارتئينا بحثها على اساس كونها خدمة يتم الاتفاق عليها بين الاطراف من خلال عقد يبرم بينهم. فما هو الاطار القانوني لهذا العقد، ومن هم اطرافه، وما هي الكيفية التي يبرم بها ؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه في مبحثين نبين في المبحث الاول ماهية عقد خدمة التوصيل التجاري ونتناول في المبحث الثاني ابرام عقد خدمة التوصيل على النحو الاتي :

1 - السوشل ميديا هي " مواقع وصفحات على شبكة الانترنيت العالمية مثل الفيس بوك، الواتس اب، التلكرام، لينكد ان،والمدونات، والمواقع الالكترونية، حيث تسمح هذه التطبيقات للمستخدمين بالتواصل فيما بينهم عبر شبكة الانترنيت على مدار الساعة ومن مختلف بقاع الارض " مقال منشور على الموقع الالكتروني، تاريخ الزيارة 2020/12/1 https://www.mosoah.com/internet-and-telecom/social-netw

المبحث الاول

ماهية عقد خدمة التوصيل

اذا كانت خدمة التوصيل يتم الاتفاق عليها بين الأطراف المعنية فهي وفقا لذلك تعد عقد، ولكن ما هو الاطار القانوني لهذا العقد ؟ من خلال الرجوع إلى القانون العراقي والقوانين المقارنة لم نلحظ وجود تنظيم قانوني صريح له، كما ان الفقه لم يتصدى لبحث الموضوع بشكل واضح حيث اختلفت الرؤى في توصيفه من الناحية القانونية . الامر الذي يجعل من الصعوبة بمكان التمييز بينه وبين الكثير من العقود التجارية الاخرى كعقد النقل أو العمل أو التوريد وغيرها. ولغرض الوقوف على ماهية خدمة التوصيل كونها عقداً وبيانَ ابعادِها القانونية لابد من تقسيم المبحث على مطلبين نبين في المطلب الاول التعريف بعقد خدمة التوصيل، اما المطلب الثاني فسنعالج فيه الطبيعة القانونية للعقد وتمييزه مما يشتبه به من عقود.

المطلب الاول

التعريف بعقد خدمة التوصيل

لغرض بيان المقصود من عقد خدمة التوصيل التجاري بشكل واضح لابد لنا من التطرق إلى التعريف الاصطلاحي لهذا العقد، وكذلك بيان خصائصه وذلك من خلال تقسيم المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول التعريف بعقد خدمة التوصيل، ونخصص الفرع الثاني منه لبحث خصائص العقد على النحو الاتي :

الفرع الاول

تعريف عقد خدمة التوصيل

لتحديد التعريف الدقيق لعقد خدمة[1] التوصيل[2] التجاري يجب أن نبين التعريف الاصطلاحي له من خلال الوقوف على التعريف التشريعي والتعريف الفقهي وذلك ضمن فقرتين على النحو الاتي :

اولا :- التعريف التشريعي

يختلف موقف القوانين المقارنة في معالجة عقد خدمة التوصيل فمنها مايشير إلى مصطلح الخدمة في قانون التجارة باعتباره من الاعمال التجارية وضمن ما يعرف بتوريد الخدمات، او يشير اليه ضمن القانون المدني ضمن الالتزام بالتسليم كونه من مقتضيات عقد البيع ، ومنها ما يتناوله ضمن قانون حماية المستهلك باعتباره من خدمات ما بعد البيع. ولكن، وبالنظر لرواج وكثرة تداول وانتشار هذه الخدمة في الآونة الأخيرة ومع انتشار الوباء عمدت بعض الدول إلى اصدار تعليمات خاصة بهذا العقد ربما تحدد جانباً من ابعاده القانونية يمكن ان نستعين بها على سبيل الاستئناس [3].

---

1 - الخدمة في اللغة : خِدمة (اسم) الجمع : خِدَمٌ، خَدَمَاتٌ، الخَدَمَة. الجذر: خدم. الوزن: فَعَلَة مصدر: خدم وهي ما يقدم من مساعدة في القيام بعمل أو في قضاء حاجة، الخدمة: بكسر الخاء وسكون الدال مصدر: خدم، القيام بالحاجات الخاصة لشخص أو أشخاص أو مكان، عرَّف الخدمة في اللغة العربية على أنّها تقديم المساعدة أو المنحة، أو توفير عنايةٍ لجهةٍ مُحدّدة، أو لعموم الناس، الخدمة هي مساعدة أو فضْل، هديَّة، منحة، عناية واهتمام، أسدى إليه خِدْمةً، ينظر جمال الدين ابي الفضل بن منظور الانصاري، لسان العرب – المجلد الرابع – ط1 – دار الكتب العلمية – بيروت -2005، ص43.

2 - التوصيل في اللغة : فهي من وصل الشيء بالشيء، وصلا وصلة ضد الهجر والقطع، ووصل الثوب أي وصل بعضه ببعض، والجمع وصل، واوصال وكل شيء اتصل بشيء فيما بينهما وصلة، والاتصال يكون في المعاني: فيقال بين الشيئين صلة وثيقة أي علاقة واتصال، واتصل الشيء بالشيء أي لم ينقطع واصلها من وصل الحبال بعضها ببعض وجاء في القران الكريم معنى التوصيل، قال تعالى (ولقد وصلنا لهم القول) سورة القصص الآية (51)، ينظر محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت،ط ج، 1995 ص 740.

3 - كما هو الحال بالنسبة للمشرع السعودي فأنه تناول معالجة خدمة التوصيل عبر المنصات الالكترونية على انها من الخدمات البريدية وحسب قرار مجلس الوزراء السعودي المرقم (403) لعام 2018. حيث عرفت هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات السعودية خدمة التوصيل في الفقرة (1-3) التي جاء فيها " خدمة التوصيل عبر المنصات الالكترونية هي توصيل الطلب للمستفيد عن طريق ربطه مع المندوب عبر المنصة الالكترونية " كما اشارت الهيئة إلى ان خدمة التوصيل هي ما يقوم به مقدم الخدمة المسجل لدى الهيئة الذي يربط مندوب التوصيل يعمل ك free lancer (الفري لانسر: هو شخص يملك خبرة كافية أو مهاره بمجال معين، وعنده القدرة على تنفيذ الأعمال سواء كانت لأشخاص أو شركات كبيرة، سواء كان يعمل لدى هذه الشركات او يعمل بشكل مستقل عنها) بالمستفيد النهائي والذي بدوره أنشأ طلب خدمة التوصيل عبر المنصات الالكترونيه. ينظرهيئة الاتصالات وتقنية المعلومات السعودي، ضوابط وارشادات منشور على الموقع الالكتروني- تاريخ الزيارة 12/1/ 2020
ينظرايضاالموقع الالكتروني : https://freelancerlearn.com تاريخ الزيارة 2020/12/1

هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات السعودي، ضوابط وارشادات منشور على الموقع الالكتروني- تاريخ الزيارة 2020/12/1 ينظرايضاالموقع الالكتروني : https://freelancerlearn.com تاريخ الزيارة 2020/12/1

فبالنسبة لموقف **المشرع المصري** فأنه لم يتناول تعريف خدمة التوصيل بشكل صريح ضمن قانون محدد، ولكن بالرجوع إلى احكام القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 نلاحظ أنَّه ينص في المادة (678-1) والمتعلقة باحكام عقد العمل بانه " يجوز ان يبرم عقد لخدمة معينة "، كما انه يشير إلى ان الخدمات لا تقدم بالمجان بل يكون لها مقابل وهذا ما اورده المشرع في نص المادة (681) من القانون المدني التي جاء فيها " يفترض في اداء الخدمة أن يكون بأجر اذا كان قوام هذه الخدمة عملا لم تجر العادة بالتبرع به او عملاً داخلاً في مهنة من أداه " حيث أنَّ الخدمة مهما كان شكلها هي بأجر ولا تقدم بالمجان[1].

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو هل أنَّ هذه المادة يمكن ان يشملها موضوع بحثنا ؟

الواقع ان تفسير مراد الشارع في النص آنف الذكر من الخدمة غير واضح فهل المراد بها خدمة بعد البيع طالما ان البيع والتوصيل لا ينفك احدهما عن الاخر، فهل يجوز للبائع ان يبرم عقدَ عملٍ مع شخص بمقتضاه يتفقان على توصيل سلع او بضائع للمشتري وان هذه الخدمة تكون بمقابل يتم الاتفاق على تحديد مقداره بينهما، نحن نعتقد (بحسب تقديرنا) أنَّه ليس هناك ما يمنع من إضفاء هذا الوصف على العلاقة بين الطرفين. ولكن هناك اختلاف بين العقدين سنسلط الضوء عليه عند التمييز بين عقد العمل والتوصيل قد يقلل من هذا التوقع.

من جانب آخر، فانه وبالرجوع إلى المادة (436) من القانون المدني المصري فانها تنص على انه " اذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك "

فهل المراد بالتصدير في هذا النص هو توصيل المبيع ؟ من خلال اطلاعنا في كتب الفقه لم نجد تفسير لكلمة تصدير الواردة في النص ويمكن ان نفسرها (بحسب تقديرنا) توصيل البضاعة من البائع إلى المشتري ان صح التوصيف.

وبالرجوع إلى **قانون حماية المستهلك المصري** رقم (181) لسنة 2018 نجد إشارات ضمنية حول الخدمات التي يمكن ان يقدمها المورد او المنتج للمستهلك وتحت عنوان خدمات ما بعد البيع يمكن ان نستخلص من خلالها شمول خدمة التوصيل بها، حيث تشير المادة (9) من القانون المذكور بفقرتها (7) على التزام المورد ببيان " شروط التعاقد واجراءاته وخدمة ما بعد البيع والضمان "

وبالرجوع إلى **قانون التجارة المصري** رقم (17) لسنة 1999فانه ينص في المادة (5) فقرة (أ) على انه " يعتبر توريد البضائع والخدمات " من الاعمال التجارية. يلاحظ أنّ عقد توريد الخدمات

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد2، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964، ص299.

يختلف عن خدمة التوصيل وهذا ما سوف نسلط عليه الضوء خلال البحث. يتضح من خلال استعراض موقف المشرع المصري انه لم يعالج خدمة التوصيل بشكل صريح وان الإشارة إلى الخدمة ضمن قوانين متفرقة قد يشتت المعالجة القانونية لها واحاطتها بتوصيف قانوني دقيق.

أما **موقف المشرع الجزائري** فأنه لم يعرف خدمة التوصيل التجاري في القانون المدني او التجاري او قانون العمل ولكن بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك رقم (9-3) لسنة 2009 نلاحظ انه عرف الخدمة من خلال تعريف المستهلك في المادة (3) الفقرة (1) والتي جاء فيها " 1– المستهلك : كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة [1] للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به " ، والملاحظ على هذا التعريف أنَّ المشرع اعتبر الخدمة بشكل اساس عملا وجهدا يقوم به المحترف لمصلحة للمستهلك ولتلبية حاجاته، وتعد خدمة التوصيل عملاً مادياً ضرورياً للمستهلك، إذ تكون هذه الخدمات مرتبطة مباشرة بالكيان المادي للبضائع والسلع حيث تكون متصلة اتصالا وثيقا بها فلا تستكمل منفعة المستهلك بالسلع إلا بأداء خدمة توصيل السلع إلى المستهلك[2].

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه لم يعرف خدمة التوصيل التجاري او الخدمة بشكل عام في قانون الاستهلاك ، ولكن بالرجوع إلى احكام القانون المدني فأنه أشار في المادة (1163) إلى أن هدف الالتزام هو الخدمة[3] والتي جاء فيها " الهدف من الالتزام هو خدمة حاليه او مستقبلية ويجب ان يكون هذا ممكننا..." [4]

كذلك اشار في المادة (1608) من القانون المدني التي جاء فيها " يتحمل البائع تكاليف التسليم، ويتحمل المشتري تكاليف النقل اذا لم يكن هنالك نص مخالف " [5]

1 - ينظر قانون منشور على الموقع الالكتروني : تاريخ الزيارة 12/7/ https://www.politics-dz.com2020

2 - ينظرصادق الصدق، حماية المستهلك في ضل القانون الجديد، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة قسنطية، كلية القانون، 2014، ص82.

3 - ينظر د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسية الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص58،

4 - نص المادة (1163) باللغة الفرنسية :

Art-1163 ,,L'obligation a pour objet une prestation présente ou future Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable La prestation est determinable,,

5 - نص المادة (1608) باللغة الفرنسية :

Art – 1608-,, et ceux de ،Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur s'il n'y a eu stipulation contraire ،l'enlèvement à la charge de l'acheteur,,

اما المادة (1609) حيث نصت على انه (يجب ان يتم التسليم في المكان الذي كان فيه المبيع وقت البيع، اذا لم يتفق على خلاف ذلك"[1]

يتضح من خلال المواد انفة الذكر ان المشرع الفرنسي (وبحسب تقديرنا) انه يشير من خلال ما جاء في ذيل المادة (1608) إلى خدمة التوصيل من خلال الاتفاق المبرم بين البائع والمشتري، ليصبح الاتفاق التزاما في ذمة البائع بعد ابرام عقد البيع حيث أن خدمة التوصيل تابعة لعقد البيع.

اما **بالنسبة لموقف المشرع العراقي** ومن خلال الرجوع إلى القانون المدني فانه ينص في المادة (74) فقرة (3) منه على أنَّه " يصح ان يرد العقد على عمل معين او على خدمة معينة " يفهم من النص انف الذكر ان خدمة التوصيل يمكن ان تقدم ضمن عقد يتفق عليه الأطراف.

وفيما يتعلق بالتزام البائع بتسليم المبيع فانه ينص في المادة (541) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951على انه " 1- مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد واذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل اقامة البائع.2- اما اذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين، لزمه تسليمه في المحل المذكور".

يتضح من خلال هذا النص انه يشير صراحتآ إلى التزام البائع بتوصيل المبيع إلى المشتري وفقا لاتفاق يعقد بينهما ولكن دون الإفصاح بانه خدمة توصيل.

وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 فقد نجد ضالتنا، حيث اورد تعريفا للخدمة بشكل عام وذلك في الفقرة (ثالثا) من المادة (1) والتي جاء فيها " الخدمة هي العمل أو النشاط الذي تقدمه أي جهة لقاء أجر أو بدونه بقصد الانتفاع منه "[2].

ويشير ايضا في الفقرة (ثالثا) من المادة (6) من القانون نفسه أنَّ الخدمات التي تقدم مع البيع هي خدمات اتفاقيه[3] وجاء فيها " الحصول على خدمات ما بعد البيع وفق الاتفاق المُبرم مع المجهز" اما خدمة التوصيل كونها انها تعتبر بين تلك الخدمات فانه يمكننا القول بانها ليست خدمة ما بعد البيع بالمطلق بل هي جزء من البيع وهي تابعه له.

---

1 - نص المادة (1609) باللغة الفرنسية :
au temps de la vente Art – 1609- ,, ، La délivrance doit se faire au lieu où était،، s'il n'en a été autrement convenu،la chose qui en a fait l'objet,,

2 - قانون حماية المستهلك العراقي منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 4143في 2010/2/8.
3 - د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نظرات في قانون حماية المستهلك العراقي، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف، 2013، العدد 22، ص80.

وبالرجوع إلى قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 وعند تعداده للاعمال التجارية في المادة (5) فانه ينص ضمن الفقرة (ثانيا) على ان " توريد البضائع والخدمات " تعتبر اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح. والسؤال الذي يمكن أن يثار هل تعتبر خدمة التوصيل وفقا للمفهوم الذي نحاول بحثه من ضمن ما يقصده المشرع العراقي في هذه المادة ؟ الواقع ان عقد التوريد هو من العقود التي ينظمها المشرع وهو يختلف عن عقد خدمة التوصيل وفقا لما سوف نلاحظه في اطار التمييز بينهما في المطلب الثاني من هذا المبحث.

و من خلال استعراض موقف القوانين المقارنة فاننا نؤيد ما ذهب اليه المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك في المادة (6) الفقرة (3) كون خدمة التوصيل هي خدمة مرتبطة بعقد البيع، وهي اتفاقية ممكن ان تتم من خلال البائع والمندوب التابع له، أو تتم من خلال شخص آخر مستقل غير تابع للبائع، وعلى الرغم من كون التعريف لم يكن جامعاً مانعاً الا انه هو الاقرب لخدمة التوصيل التجاري.

ثانيا : التعريف الفقهي

على الرغم من تبني الفقه عدة تعريفات للخدمات بشكل عام ، الا ان التوجهات قد اختلفت في اعطاء تعريف جامع مانع لها، مع ذلك يبقى هذا المعنى لفظا فضفاضا يتخلله معاني كثيرة فتحديد معالمه تثير اشكالية كون الخدمات ذاتها تختلف من حيث انواعها ووسائل تنفيذها كذلك تختلف من مؤسسه إلى اخرى ومن ميدان إلى اخر، فقد يستخدم مصطلح خدمة التوصيل في القطاع الحكومي مثل توصيل شبكات الماء والهاتف والكهرباء وهي كلها خدمات توصيل ولكن هي خارج نطاق دراستنا كون هذه الدراسة تنصب على خدمة التوصيل التي ترافق وتلازم عقد البيع والتي يتم الاتفاق عليها بين البائع والمشتري عبر الانترنت في اكثر الأحيان، وقد يتم الاتفاق عليها بالطريقة العادية اذا كان البيع قد تم بشكل حضوري.

كما ان الخدمات لها معنيين احدهما واسع والاخر ضيق :

المعنى الواسع للخدمة : يشير إلى كل انواع الخدمات التي تقدم بعد ابرام عقد البيع، وتتعلق بالسلع والاموال المبيعة ايآ كان شكل المقابل المقرر لهذه الخدمة، مثل تسليم المبيع في محل المستهلك او تركيب المنتج او اصلاحه وصيانته وتوفير قطع غيار ضرورية له.

اما المعنى الضيق للخدمة : فلا يجعلها تشمل الا الالتزامات التي يقوم المستهلك بدفع مقابل لها، او اجرا اضافيا لا يشمله عقد البيع، حيث تختلف خدمة ما بعد البيع عن الضمان حيث يكون هذا الاخير التزاما قانونيا بنص القانون، وان المعنيين السابقين يمكن تطبيقهما على خدمة التوصيل[1]،

وما نحاول ان نضعه هنا في هذه الدراسة من مفاهيم لعقد خدمة التوصيل التجاري بما يتماشى مع تشريعات الدول التي اخذت بهذه الفكرة وبدأت بتطويرها مع تطور التكنلوجيا خدمة للإنسان من جهة وتنظيم قانوني يحمي الحقوق ويقلل الخلافات التي تنشا بسبب التعامل بمثل هكذا عقود حديثة من جهة اخرى[2].

فخدمة التوصيل تتجسد بتوصيل المبيعات او المنتجات بوسيلة من وسائل النقل، ومن الجدير بالذكر ان التوصيل للمنازل هو الغالب في هذه الخدمة، لذلك اطلق عليها خدمة التوصيل للمنازل، لكن قد يكون التوصيل لغير المنازل من المحلات التجارية او الاماكن الاخرى ومنها المعامل او المصانع او المدارس او الجامعات او الهيئات الحكومية كالمستشفيات ومتاجر الجملة وغيرها.

في الواقع لا توجد نظرية متكاملة في القانون الخاص للخدمات والعثور على كلمة خدمة يكون في مواضيع متفرقة حيث يمكن الحديث عن الخدمات في القانون المدني في عقدي العمل والمقاولة حين يلتزم شخص بتقديم خدمة لآخر كما يضاف إلى ذلك عقد النقل لارتكازه على فكرة الخدمة[3]، اذ تختلف واسطة النقل او السلعة او المنتج ذاته وطريقة نقله، وكذلك يختلف في ما اذا كانت الشركات المنتجة او المصنعة قريبة من محل المستهلك او بعيدة، او ان مندوب الشركة هو من يقوم بالتوصيل او شركات اخرى، كذلك يمكن ملاحظتها في عقد توريد الخدمات

والخدمات بشكل عام هي عمل موجه بشكل مباشر لتلبية حاجات أو رغبات أشخاص أو شخص بعينه (يطلبها أو يحتاج لها) [4] وذلك حسب الذوق أو الطلب فقد تكون هذه الخدمات (مادية أو غير مادية) وتكون مادية كما في خدمة توصيل السلع والبضائع[5] وتكون غير مادية كما في خدمة نقل الكتب والمجلات والصور والافلام وغيرها من النقل الالكتروني الذي لا يتطلب جهد بدني او وسائط

---

[1] - ينظر محمد جريفلي، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد درارة، الجزائر، 2018، ص279.

2 - التوجيه الاوربي فأنه يعرف عقد الخدمة (service contract) حسب ما نصت عليه الفقرة (6) من المادة (2) التي جاء فيها " اي عقد غير عقد البيع الذي بموجبه يجهز التاجر او يتعهد بتجهيز خدمة للمستهلك، والمستهلك يدفع او يتعهد بدفع السعر فيه "

3 - Grelon Bernard، les entreprises de services، collection gestion poche économica، Paris 1978 p 11.

4 - ينظر د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، مطبعة الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1988، ص 63، كذلك ينظر د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2004، ص 128.

5 - ينظر د. شاكر جبل، خدمة التوصيل للمنازل، مجلة الكلية العلمية، القاهرة، ط1، 2016، ص285.

نقل[1]، ومهما يكن من الامر، ومن خلال اطلاعنا في المصادر لم نجد تعريف مباشر لخدمة التوصيل، ولكن هنالك تعاريف مختلفة للخدمة التي تلي عقد البيع يمكن عرضها وتوظيفها في الوصول لتعريف جامع مانع لخدمة التوصيل :

ومنهم يعرفها بأنها (الخدمات في المُقابل التي تخدم عمليّة البيع للسلع والمُنتجات، وقد تكون خدمات مُباشِره دونما وجود مُنتج يُبرّر تلك الخدمة فكما أننا نبيع المنتج، فكذلك فإننا نبيع الخدمة، لذلك فالخدمة هي اللاملموس من العمليّات التي يُنتهى بها إلى تلبية حاجه أو حاجات مكمّله لبعضها البعض والتي يُهدف من خلالها رضى واسترضاء العميل والوصول معه إلى مفهوم تلبية الرّغبات)[2].

ومنهم من يعرفها بأنها **(كل نشاط يبذله المنتج او البائع المحترف والذي من شأنه تمكين المشتري من شراء السلع وتأمين الحصول على منافعها لتحقيق اكبر اشباع ممكن لحاجياته ورغباته)** [3].

ويعرفها جانب اخر على انها **(استخدام كل الوسائل المتاحة لمنح المشتري القدر الممكن من الانتفاع بالسلع دون التحديد المسبق لفترة هذا الارضاء، وان تستخدم هذه الوسائل مجانا او بمقابل سواء كانت مقررة في عقد البيع او لا، من اجل ديمومة عمل المؤسسة)**[4]

كما يعرفها جانب من الفقه بأنها **(عبارة عن الانشطة او المنافع التي تعرض للبيع، او التي تقدم مرتبطة مع السلع المباعة)**[5].

كما يعرفها جانب من الفقه بأنها **(الانشطة التي يبذلها المنتجون والتي من شأنها تمكين المستهلكين من التمتع بأفضل استفادة يمكن الحصول عليها من قبل الشركات المنتجة او المصنعة لتحقيق اكبر اشباع ممكن لحاجاتهم ورغباتهم)**[6]

---

1 - ينظر د.علي خطار شنطاوي، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة غير مذكورة، 1990 ص 12.

2 - Laurent Coope، Gilles Pannetier Tout ce qui n’est pas un produit est un 1service Laurent Coope، Gilles Pannetier، télétravail et téléservices p13

3 - ينظر د. احمد شاكر العسكري، دراسة تسويقية متخصصة، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2000، ط1، ص172.

4 - ينظر حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012، ص129

5 - ينظر د. محمود جاسم محمد الصميدعي، استراتيجيات التسويق مدخل كمي وتحليلي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010، ص52.

6 - ينظر د. الطاهر عقباوي، ياسين حنين، خدمة ما بعد البيع كألية حماية المستهلك، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، الجزائر، 2019، ص9.

في الواقع أن مدلول كلمة خدمة في الطرح المتقدم ، قد يتوافق من حيث الوصف مع الكثير من القطاعات، حيث أن التقسيم التقليدي لم يعد يتناسب والمكانة المتزايدة للأنشطة الخدماتية [1]، حيث أن كل سلعة او منتج يضم جزءا مهما من الخدمات تقدم كضمانة له او لتشجيع المستهلك على اقتناء ذلك المنتج دون غيره، سواء في وقت التوزيع أو الاستعمال من طرف المستهلك ويمثل عامل جذب لذلك المنتج، ونلاحظ أيضا ان هذه التعاريف تركز على فكرة مفادها ان الخدمة نشاط إنساني ينجزه شخص لحساب شخص آخر قد يكون بمقابل او بالمجان ولكن الغالب فيه انه بمقابل.

ويلاحظ أيضا من التعاريف السابقة الذكر أنها تشير بوضوح للفصل بين الخدمات التي تعرض للبيع مباشرة، و تلك التي تقدم مرتبطة بسلعة ما، مع التأكيد على تمييز الخدمة بكونها غير ملموسة و بشكل منفصل عن السلع الملموسة التي يمكن أن ترافقها.

ويمكن ان نضيف إلى كل ما تقدم ان الخدمة التي ترتبط بعقد البيع تشمل جملة من الاعمال التي تلي عملية البيع بالنسبة للسلع والبضائع وهو التزام يقع بالدرجة الاساس على عاتق البائع، وخدمة التوصيل بحد ذاتها تعتبر المفصل الرئيسي لتسهيل عملية ابرام العقد واتمام البيع عن طريق قيام البائع بتوصيل تلك البضائع او السلع إلى محل المستهلك.

استنادا لما تقدم، يمكننا ان نقسم الخدمات إلى ثلاثة اقسام :

1- **خدمات قبل البيع** : وهي خدمات تعتمد على الاتصال بالمستهلكين لغرض التعرف على احتياجاتهم ورغباتهم بشأن المنتجات من السلع والبضائع التي تقدم اليهم من خلال الشركات المنتجة والمصنعة، ومحاولة هذه الاخيرة لتلبية تلك الرغبات من خلال دراسة سلوك المستهلك ومعرفة القدرة الشرائية والطريقة التي يفضلونها في انفاق مدخولاتهم للحصول على المنتجات[2].

2- **خدمات مرافقة للبيع :** وهذه الخدمات لا تخرج عن كونها اعلام المستهلك[3] بكل ما يتعلق بالمنتجات من حيث المواصفات والمميزات وطرق استعمالها والعلامة التجارية الخاصة بها وما يترتب على استعمالها من نتائج.

1، - IDAIE DATAR URBA les téléservices au milieu rural Montpellier Idate1992K p11..

2 - عتيقة العايبي،، دور خدمات ما بعد البيع في تعزيز الميزة التنافسية من وجهة نظر المؤسسة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، الجزائر، 2019، ص17.

3 - jacqusziller : service après – venteet marketing، edition dunod. paris، 1969.p26

3- **خدمات بعد البيع :** والتي تعتبر خدمة التوصيل ابرزها وهي تجسد جوهر العقد [1] كونها من مقتضيات عقد البيع والذي يتمثل بالالتزام بالتسليم، حيث تتركز هذه الخدمة بالدرجة الاساس على توصيل الطلبات إلى محل وجود المستهلك. وفي جميع الأحوال فان المسالة تخضع لاتفاق الأطراف.

ومن جانب الباحث يعتقد أن اهمية خدمة التوصيل لا يمكن حصرها في اطار الدعاية والتسويق للمنتجات المصنعة من قبل الشركات وخلق مجال تنافسي فيما بينها في الاسواق لكسب رضا الزبون عن علاماتهم التجارية، بل الامر اكثر من ذلك حيث اصبحت خدمة التوصيل اليوم معياراً أو ميزاناً يقاس عليه مدى تفاعل المستهلك مع خدمة التوصيل المقدمة وميوله لاقتناء السلع والمنتجات ذات العلامة التجارية فقط لثقته بهذه العلامة أم أن ما توفره خدمة التوصيل من مكتسبات زمنية ومالية وبدنية وتنوع غزير في العروض هو الدافع للاستمرار بالتعامل مع هذه الشركات، واذا ما الغت هذه الشركات هذه الخدمة هل تبقى هذه الرغبة متولده لدى المستهلك بذات الوتيرة، ام يبدا المستهلك بالترويج عن منتجات ذات علامة تجارية اخرى تستمر بتقديم خدمة التوصيل حيث لم تعد الجودة هي المعيار الاساسي الوحيد الذي يقاس عليه مقدار تسويق المنتجات في الاسواق العالمية، وهذا ما تسعى اليه الشركات الكبرى في عالم التجارة من تقديم افضل الخدمات لاستمرار زبائنها في التعامل مع علامتهم التجارية.

ومن خلال كل ما تقدم ولعدم وجود تعريف جامع مانع لخدمة التوصيل يمكننا ان نعرفها – حسب تقديرنا – بانها : **(عقد بين شخص يسمى البائع وشخص اخر يسمى المستهلك، بطريق حضوري أو الكتروني يقضي بتوصيل منقولات من خلال شخص اخر يسمى المندوب، بواسطة وسيلة من وسائل النقل لقاء اجر صريح او ضمني)**

الفرع الثاني

خصائص عقد خدمة التوصيل

يمتاز عقد خدمة التوصيل التجاري بخصائص عامة كغيره من العقود التجارية، وخصائص اخرى خاصة تجعله يختلف عن العقود الاخرى، ولتسليط الضوء على هذه الخصائص نقسم هذا الفرع إلى فقرتين نتناول في الفقرة الاولى منه الخصائص العامة، ثم نتناول في الفقرة الثانية الخصائص الخاصة، وعلى النحو الاتي :

---

1 - Un service est une prestation qu'une entreprise conçoit، met au point، propose vend et fournit à ses clients M. Lejeune، le marketing des services، Revue Françoise du Marketing، n 121 p 20.

اولا – الخصائص العامة

هنالك الكثير من الخصائص التي يتميز بها عقد خدمة التوصيل التجاري والتي نبينها خلال هذا الفرع كما يأتي :

1- عقد رضائي

الرضائية هي القاعدة العامة في القانون، بحيث يكفي لانعقاده مجرد التراضي، أو في عبارة ادق مجرد توافق الارادتين[1]، أي ان العقد ينعقد بمجرد اتحاد القبول بالإيجاب وبمجرد توافق إرداة أطرافه يرتب العقد اثاره من دون حاجة إلى شكل معين، وهذا ما اشارت اليه المادة (77) الفقرة (1) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لأنشاء العقد واي لفظ صدر فهو ايجاب والثاني قبول" وفيما يخص عقد خدمة التوصيل التجاري فأنه ينتمي إلى طائفة العقود الرضائية وسندنا في ذلك هو ان عقد خدمة التوصيل ينصب اساسا على المنقولات دون العقارات التي تتطلب شكلية معينه، كما ان العقد يتم ابرامه من خلال الوسائل الالكترونية وعلى سبيل المثال عن طريق الهاتف النقال .

والاصل في كل العقود الشكلية ثم استغنى عنها من خلال التسليم في بعض العقود [2] وعقد خدمة التوصيل لا يتطلب أي شكلية بل مجرد التراضي والكتابة هي للأثبات فقط [3] سواء تم التعاقد بالطريقة الكلاسيكية التقليدية او تم التعاقد عن طريق المنصة الالكترونية وهو الاعم الاغلب في عقد خدمة التوصيل للاقبال المتزايد عليه من قبل المستهلكين.

2- عقد ملزم للجانبين

عقد خدمة التوصيل التجاري من العقود الملزمة للجانبين شأنه شان باقي العقود التجارية حيث أن العقد الذي ينشئ منذ ابرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقديه، بحيث يكون كل منهما، في ذات الوقت، دائنا ومدينا للأخر[4] فهنالك التزام يقع على عاتق البائع سواء كان شخصاً طبيعياً

---

1 - د.عبد المجيد الحكيم د.عبدالباقي البكري د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الاول، مطبعة العاتك، القاهرة،1980، ط1، ص 23.

2 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مج1، دار النهظة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص154.

3 - وهذا ما اشارت اليه المادتان (1-2) من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية والتي جاء فيها النص التالي المتعلق بانتفاء الشكلية حيث نصت على انه " ليس في هذه المبادئ ما يتطلب في عقد او قرار او أي تصرف أخر، ان يتم عمله او اثباته بشكل معين حيث يمكن اثباته بأي وسيلة..."، مما يدل على أن الرضائية في العقود هي المطلوبة، وما الشكلية الا استثناء عليها، مبادى اليونيدروا صادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص،2004 راجع مبادى اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009،ط2، ص8.

4 - عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 24.

كالتجار، او شخصاً معنوياً مثل (الشركات او المؤسسات المنتجة و المصنعة) بتوصيل السلع والمنتجات من خلال المندوبين وتسليمها إلى صاحب الطلب حسب ما متفق عليه في العقد.

اما الالتزام الثاني يقع على عاتق المستهلك وهو الطرف الثاني في عقد خدمة التوصيل التجاري هو استلام البضاعة ودفع الثمن إلى المندوب، ويترتب على كون عقد خدمةِ التوصيل من العقود الملزمة للجانبين عدة نتائج، منها الدفع بعدم التنفيذ اذا ما امتنع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه[1]، او الفسخ او تحمل المسؤولية، بالإضافة إلى الالتزامات الاخرى الملقاة على عاتق طرفي العقد التي سنشير اليها خلال الفصل الثاني من هذه الدراسة.

3 - عقد غير مسمى

تقسم العقود إلى قسمين مسماة واخرى غير مسماة، المسماة هي تلك العقود التي نظمها المشرع بأحكام خاصة وذلك؛ لكونها شائعة بالتعامل ما بين الناس وخصص لها أسم معين، اما العقود الغير المسماة، لم ينظمها المشرع ولم يضع لها احكاماً ولم يخصص لها أسماً خاصاً بها، والعقود الغير مسماة تخضع لأحكام النظرية العامة للعقد[2]، حسب نص المادة (76) من القانون المدني العراقي، بقولها " تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل"، اما عقد خدمة التوصيل التجاري، فمن الملاحظ انه ينتمي إلى طائفة العقود الغير مسماة بالتشريع العراقي وذلك؛ عدم انتشارها وقت التشريع على الرغم من عدم تنظيمه في التشريع العراقي، الا انه يمكن تنظيمه وذلك؛ لأهميته من الناحيتين النظرية والعملية وجدير بالذكر ان هنالك بعض العقود الغير مسماة ترتقي إلى درجة من الاهمية والتداول قريبة او مماثلة للعقود المسماة مما يبرر معه تنظيمها تشريعيا لتدخل ضمن اطار العقود المسماة [3]

4-عقد معاوضة

ينتمي عقد خدمة التوصيل إلى طائفة عقود المعاوضة، شأنه شأن اغلب العقود التجارية، وعقد المعاوضة هو الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما اعطاه [4]، حيث ان هذا العقد يختلف عن عقد التبرع

---

1 - ينظر المادة (282) الفقرة الاولى، من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " لكل من التزم بأداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبط به " تقابلها المادة (161) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه...".

2 - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951،هنالك تقسيمات اخرى للعقود، ومنها(عقود ملزمة للجانبين، وعقود ملزمة لجانب واحد، عقود محددة واخرى احتمالية، عقود تبرع وعقود معاوضة، عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، عقود مدنية واخرى تجارية) ينظر- طه ملا حويش واخرون، الموجز في العقود المسماة مكتبة السنهوري، بغداد، ط ج، ص3.

3 -، بيد انه تجدر الاشارة إلى ان المشرع السعودي نظم هذا العقد بسبب كثرة التعامل به وانتشاره في الآونة الاخيرة في منطقة الخليج العربي، وذلك في قرار مجلس الوزراء رقم (403) والمؤرخ في 2018/7/12.

4 - عبد المجيد الحكيم – مصدر سابق – ص 25.

الذي لايأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطي، وبعبارة اخرى لايعطي مقابلاً لما يأخذ، كما في عقد الهبة[1]، واذا ما عدنا إلى عقد خدمة التوصيل التجاري فأننا نجد الشركة او المؤسسة او حتى المطاعم وباقي المجهزين التجاريين يقومون بتوصيل السلع والمنتجات أو الطعام إلى المستهلك، الذي يقوم بدوره باستلام الطلب، واعطاء الثمن بالكامل.

وخلاصة لما تقدم ننتهي إلى نتيجة مفادها أن عقد خدمة التوصيل هو ليس عقد تبرع، وقد يتبادر إلى ذهن المستهلك أو المتعامل بهكذا نوع من الخدمات أن التزام الشركات أو المؤسسات المصنعة أو المنتجة بتقديم خدمة التوصيل التجاري هو التزام مجاني بالمعنى الدقيق، أي أن الطرف الاول من العقد وهو البائع للمنتجات او السلع لا يأخذ أي مقابل من المستهلك عند قيامه بتقديم خدمة التوصيل، لكن ما نذهب اليه هنا بأن خدمة التوصيل هي خدمة ليست مجانية بل هي تُقدم بمقابل وهذا المقابل هو عباره عن مبلغ من المال غير ظاهر بل هو ضمني داخل العقد ويظهر مع السعر النهائي الذي يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد أي السعر الذي بيعت به السلع أو المنتجات مع التوصيل إلى محل المستهلك او المستفيد منها، هذا ما سنفصله بالفرع الاول من المطلب الثاني عند البحث في الطبيعة القانونية لعقد خدمة التوصيل التجاري لذلك قلنا أن من خصائص عقد خدمة التوصيل انه عقد معاوضة والخدمة التي يحصل عليها المستهلك لها مقابل نقدي ويقدر بالنقد فقط.

ثانيا – الخصائص الخاصة لعقد خدمة التوصيل التجاري

يتميز عقد خدمة التوصيل التجاري بجملة من الخصائص التي تميزه عن العقود الاخرى والتي نبينها على النحو التالي :

أولا: عقد محله خدمة

وحسب هذه الخاصية فأن عقد خدمة التوصيل ينفرد عن الكثير من العقود كون محله هو الخدمة ذاتها حيث أنَّ هذه الخدمة تعتبر خدمة مادية وهي تختلف عن الخدمة الغير مادية أي الخدمة الالكترونية التي تعتمد على الارسال الالكتروني فقط كما في ارسال ألافلام والصور والتسجيل الصوتي... الخ، بينما خدمة التوصيل هي توصيل الطلب (السلع والبضائع) أي القيام بعمل من قبل المندوب وتسليم الطلبات تسليماً مادياً إلى المستهلك في المحل المحدد من قبله.

1 - عبد الرزاق السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزامات – دار النهضة العربية – القاهرة 1966 – ص 106.

ثانيا : عقد تبعي

يرتبط الالتزام بتقديم خدمة التوصيل بعقد بيع البضائع ارتباطا وثيقا، حيث ان الالتزام التبعي مستند إلى التزام اصلي ويتحقق ذلك من خلال حالتين هما :

الحالة الاولى : إن الالتزام التبعي فيها هو نتيجة قانونية لالتزام اخر، كحالة المدين بالتعويض عن الضرر الذي ينجم بسبب عدم قيامه بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا[1].

الحالة الثانية : الالتزام في هذه الحالة ناشئا تبعا لالتزام اصلي ومستند اليه، كحالة الكفالة وهو التزام تبعي لأنه يتبع الدين الاصلي ولا يقوم الا بقيامه.

والنتيجة النهائية المحصلة من هذا التقسيم هي أنَّه لا يقوم الالتزام التبعي الا اذا قام الالتزام الاصلي، فاذا انقضى الدين الاصلي انقضى الحق العيني التبعي [2]، وينقضي بانقضائه، فهو يدور معه وجوداً وعدما وصحةً وبطلاناً.

اما عقد خدمة التوصيل فهو عقد تبعي لعقد البيع الاصلي للسلع والبضائع ما بين المستهلك والبائع حيث أن البائع اعلن سلفا عن خدمة التوصيل التي تكون تابعة لعملية البيع ومن ثم توصيل المبيع إلى محل وجود المستهلك، فغير ذلك يكون من غير المعقول ان يبقى الالتزام بتقديم خدمة التوصيل مع زوال العقد الذي كان يستند اليه وهو عقد البيع، فاذا انهدم العقد الاصلي انهدم تبعا لذلك هذا الالتزام التبعي، لذلك فهذا الالتزام هو التزام تبعي وتكون الدعامة التي ارتكز عليها قد زالت، الامر الذي يستتبع بالضرورة زوال الالتزام بتقديم خدمة التوصيل التجاري[3].

ثالثا : عقد مركب

أفرز الواقع العملي طائفتين من العقود هي البسيطة والمركبة، فالعقود البسيطة هي العقود التي تنفذ مباشرة ولا تحتاج إلى عقد آخر، في حين ان هنالك عقوداً اكثر تعقيدا وتحتاج في تنفيذها إلى عقود اخرى ويطلق عليها العقود المركبة حيث عرف جانب من الفقه القانوني العقد المركب (العقد الذي يتناول عدة عمليات قانونية تكون في مجموعها عقدا متميزا عن باقي العقود، حيث يكون خليطا او مزيجا من عدة عقود مسماة والذي يترتب من خلال عملية المزج هذه ضهور عقود اخرى) [4] وغالبا ما تطلق تسمية العقد المركب على عقود التجارة الدولية كونها تتكون من عدة عقود منها البيع والتامين والنقل، وفيما يتعلق بعقد خدمة التوصيل التجاري يلاحظ انه يهدف إلى توصيل المنتجات

1 - ينظر د. عبد المجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق، ص14.
2 - ينظر د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، بغداد، 1982 ، ص353 .
3 - ينظر د. شاكر جبل، خدمة التوصيل للمنازل مصدر سابق، ص286.
4 - ينظر د. ادريس العلوي العبدولاي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الجزائر، 1996 ط1، ص156، كذلك ينظر د. المختار بن احمد عطار، الوسيط في القانون المدني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الجزائر، 2003، ط1، ص372.

إلى المستهلك من خلال ابرام عقد بيع تلك المنتجات بين البائع والمستهلك، حيث أن عقد خدمة التوصيل هو مزيج ما بين التجارة التقليدية والتجارة الالكترونية، ويتكون من مرحلتين ألاولى عقد البيع الذي يتم ابرامه من خلال المنصات الالكترونية، والثانية خدمة التوصيل التي نحن بصددها والتي تنفذ في معظم الاحيان بطريقٍ ماديٍ ملموس من خلال التعامل المادي عبر تسليم السلع والبضائع إلى المستهلك ولكن هذه الخدمة تختلف صورها وآلية تنفيذها حسب الجهة التي تقوم بتنفيذ عملية التوصيل اذ قد يقوم بالتوصيل مندوب يعمل لدى البائع وتحت إشرافه أو تكون هنالك جهةً مستقلة هي من تقوم بالتوصيل سواء أشخاص طبيعيين او معنويين ولكل حالة شروطها وخصائصها التي تختلف عن الأخرى فالمحصلة النهائية إن عقد خدمة التوصيل هو عقدً مركب من عقد البيع وعقد خدمة التوصيل.

رابعا : عقد فوري التنفيذ

تتميز بعض العقود سواء العقود المدنية أو التجارية بأنها فورية التنفيذ أي أنها تنعقد وتنفذ في الحال فالعقد الفوري ينعقد وينفذه المتعاقدين من دون الحاجة إلى وقت في تنفيذه، ولا مناص من القول ان الزمن لا يدخل كعنصر جوهري فيه وعلى سبيل المثال عقد بيع المواد الغذائية [1]، اما النوع الاخر من العقود هي المستمرة التنفيذ التي يدخل الزمن بوصفه عنصراً جوهرياً فيها والتي تحتاج إلى وقت زمني في تنفيذها قد يطول او قد يقصر حسب طبيعة العقد اذ قد يستمر التنفيذ إلى عدة سنوات وعلى سبيل المثال عقد الايجار او المقاولة [2].

والسؤال الذي يطرح هنا هل ان عقد خدمة التوصيل التجاري هو عقد فوري التنفيذ ام عقد مستمر التنفيذ ؟

يلاحظ ان الغاية من عقد خدمة التوصيل هو الخدمة ذاتها أي توصيل الطلب إلى المستهلك وهذا الطلب يتم تنفيذه عادة بوقت قصير جداً اذا ما قورن بالزمن اللازم لتنفيذ عقد الايجار او المقاولة، وحتى عقود التجارة الدولية فأنها تحدد بفترة زمنية لتنفيذها ولا يمكن تصور أن العقد الدولي يحتاج تنفيذه إلى وقت كما في العقود المستمرة التنفيذ[3] التي تم الاشارة اليها وهذه المدة لا

1 - د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص14 وما بعدها.
2 - د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 28.
3 - د. سعيد مبارك واخرون، الموجز في العقود المسماة (البيع – الايجار- المقاولة) مطبعة العاتك، القاهرة، 1992، ص192، د. خالد عبد الجبار الكناني، عقد الابجار، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ط2، 2013، ص65.

يمكن ان نقارنها بالمدة الزمنية [1]التي يتطلبها تنفيذ عقد خدمة التوصيل سواء كان العقد داخلياً أو كان العقد من عقود التجارة الدولية فأن تنفيذه لا يحتاج إلى فترة سنوات كما في عقد الايجار، وفي ذات الصدد تشير الدراسات والاستبيانات[2] للمتاجر المطاعم والمذاخر وخاصة في مناطق الخليج العربي إلى ان عمل المندوبين ينتهي عند تسلم المستهلك للطلب بعد فحصه والتأكد من محتواه والتوقيع على الوصولات المرفقة مع الطلب ومن ثم دفع الثمن. والتوصيل محدد بمدة معينة حسب بعد المسافة ما بين محل وجود الطلب ومحل المستهلك، لذلك قلنا سلفا أن الالتزام في عقد خدمة التوصيل هو التزام مؤقت ولا يحتوي ضمان مثل ما تحتويه بعض العقود[3].

وانطلاقاً مما ذكر، نصل إلى نتيجة مفادها ان عقد خدمة التوصيل هو عقد فوري وليس عقداً مستمراً وخدمة التوصيل التجاري تنتهي عند تسليم المندوب للسلع والبضائع إلى المستهلك.

سادسا : من العقود التجارية

يعد عقد خدمة التوصيل من العقود التجارية، ولبيان الاساس القانوني لتجارية العقد نستعرض موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة على النحو الاتي :

ينظم المشرع العراقي الاعمال التجارية من خلال قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 النافذ وذلك في المادة (5) من القانون التي يحدد من خلالها الاعمال التجارية على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال والتي جاء فيها" تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس " [4] وقد وردت الخدمات من ضمن هذه الاعمال في الفقرة (ثانيا) من المادة اعلاه والتي نصت على " توريد البضائع والخدمات "، وتوريد الخدمات القصد منه عمليات متعاقبة يمكن الاستفاده من بعض احكامه على العقد الذي نحن بصدده، من حيث ان خدمة

---

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، مج1، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الايجار، ص22.

2 - د. سلام منعم مشعل، مفهوم الالتزام بتقديم الخدمات، رسالة مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مج7،العدد1، 2005، ص71

3 - يشير البعض من خلال البحوث العلمية والواقع العملي، إلى الفرق ما بين خدمة التوصيل وما بين الضمان وهو من خدمات ما بعد البيع، اذ ان من بين التزامات الشركات المنتجة او المصنعة التزام الضمان من خلال بطاقة تكون في اغلب الاحيان مرفقه مع المنتجات او السلع في حالة تعرض المبيع إلى ضرر او عيب، ومن خلال تتبع هذه البطاقات وجدنا ان مدة الضمان فيها تكون لمدة سنة واحده على الاغلب، يبدا سريانها من لحظة تسليم المبيع او المنتج إلى محل المستهلك، وهذا الضمان تنتهي الخدمة المقدمة من قبل الشركات او المؤسسات المنتجة و المصنعة بعد انتهاء مدة الضمان، حتى وان لم يصب المنتج أي ضرر، وهو على عكس الحالة التي تبدا فيها خدمة التوصيل كونها تبدا من لحظة اتمام العقد وتنتهي لحظة تسلم المبيع إلى المستهلك، لذلك قلنا ان من خصائص عقد خدمة التوصيل التجاري أنه مؤقت ينتهي بمدة محددة، ينظر محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2007، ص507.

4 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص 29.

التوصيل لا تقدم لمستهلك دون غيره بل هي مقدمة للكافة وفي هذا الصدد يستطيع المستهلك الاتفاق مع البائع على خدمة التوصيل التي اعلن عنها الاخير والتي تلي عملية البيع.

من جانب اخر فان من يقوم بتقديم خدمة التوصيل ويعلن عنها هو شخص يتخذ صيغة المشروع الفردي حيث اسبغ المشرع العراقي الصفة التجارية على الأعمال التي تتم من خلال المشاريع الفردية [1]، وهنا نقصد ان البائع هو من يكتسب الصفة التجارية ولا يمكن تصورها في البائع او المندوب الذي يعمل لدى البائع بأستثناء الشركات التي تعمل بشكل مستقل وتقوم بعمليات التوصيل.

وحسب تقديرنا ان خدمة التوصيل التي تقدمها الشركات او التجار او المشاريع الفردية التي تلي عملية البيع، تتلاءم مع حكم المادة (5) من قانون التجارة العراقي النافذ.

ولكن لا يفوتنا ان ننوه ان جميع الاحكام التي جاء فيها قانون التجارة العراقي تطبق على عقد خدمة التوصيل عند نشوء أي نزاع بين البائع والمستهلك [2] .

اما موقف المشرع المصري فأنه نظّم ايضاً الاعمال التجارية من خلال القانون التجاري رقم (17) لسنة 1999 النافذ، حيث اشار في المادة (5) من القانون على ان اعمال الخدمات[3] هي اعمال تجارية وفق ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة اعلاه والتي جاء فيها " تعد الاعمال الآتية تجارية اذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف أ- توريد البضائع والخدمات"

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه أشار إلى تجارية الخدمات من خلال قانون التجارة رقم (916/2000) لسنة 2000في نص المادة (1/110) وحدد من خلالها الاعمال التجارية على سبيل الحصر[4]. حيث اعتبر المشرع الفرنسي ان هذا القانون هو قانون الاعمال التجارية حيث جاء في الفقرة (6) من المادة (1) " أي شركة توريد، او عروض عامة " [5]،

وحسب تقديرنا ان المقصود من العروض العامة انها تشمل جميع انواع العروض من الخدمات الحالية وما سوف يستجد مستقبلاً، وذلك كما اسلفنا ان المشرع الفرنسي التجاري حدد الاعمال

---

1 - ينظر د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص62.
2 - يشير الفقه القانوني إلى احكام النظام القانوني للعمل التجاري من خلال مبادى محدده وهي (الاختصاص القانوني- الاختصاص القضائي- اكتساب الصفة التجارية – الافلاس- الفوائد- النفاذ المعجل- التنفيذ المباشر- صفة الاستعجال).
3 - د. سميحة القيلوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الاول نظرية الاعمال التجارية والتاجر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص133.
4 -د. علي عبد الجبار المشهدي، القانون التجاري الفرنسي، بدون مطبعة، النجف، 2020، ص9
5 - نص المادة (1) الفقرة (6) باللغة الفرنسية :
Art – 1-،، Toute société d ’approvisionnement، ou offre publique.

التجارية على سبيل المثال لا الحصر، ليشمل اكبر عدد من الاعمال لتنطوي تحت احكام القانون، ومنها خدمة التوصيل لورود هذه العروض متضامنة مع التوريد.

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اعتبر الخدمات اعمالا تجارية من خلال المادة (2) من القانون التجاري رقم (59) لسنة 1975 النافذ، واعتبر الاعمال التي حددها ضمن هذه المادة اعمالا تجارية بحسب الموضوع، والتي نصت على انه " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه.." حيث ان المشرع الجزائري اعتبر تحديد هذه الاعمال على سبيل المثال[1] وليس كما ذهب المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة إلى اعتبارها على سبيل الحصر

وبالرجوع إلى موقف الفقه لأثبات تجارية عقد خدمة التوصيل ، فهنالك رأي فقهي يذهب إلى اعتماد المشرع العراقي لنظرية المضاربة بقصد تحقيق الربح اساسا لتحديد تجارية الاعمال من حيث طبيعتها، على الرغم من وجود عدة نظريات لتحديد الاعمال التجارية ومنها (نظرية المضاربة – نظرية المشروع – نظرية الحرفة – نظرية التداول – نظرية السبب) [2]، فمن حيث تجارية عقد خدمة التوصيل فأننا نرجح نظرية المضاربة بقصد تحقيق الربح وهي اقرب النظريات توافقا مع المنافسة التي تقوم بها الشركات والمؤسسات والمتاجر والمطاعم بتقديم افضل الخدمات، لاستقطاب المستهلكين والمستفيدين من الخدمات المقدمة، ومن ثم رضاءهم عن المنتجات او السلع. وننتهي بمحصلة نهائية مفادها، ان خدمة التوصيل المقدمة من قبل الشركات او المتاجر او المطاعم تتلاءم وما جاء به المشرع العراقي وهو ما يجعلنا نقول ان الاحكام التي جاء بها قانون التجارة تنطبق على خدمة التوصيل التي نحن بصدد دراستها، اضف إلى ذلك ان الالتزام بتقديم خدمة التوصيل، اذا ما امعنا النظر بهذه المفردة فأنها تقودنا إلى القول ان التزام البائع بتقديم هذه الخدمة لا يتلاءم مع كل عقود البيع، بل انه يرتبط بنوع معين من عقود البيع وهي التي يعلن فيها البائع التزامه بتقديم خدمة التوصيل، وهذا ما توصلنا اليه سلفا من ان هذه الخدمة لايمكن تقديمها قبل اتمام عملية ابرام عقد البيع كونها صفة تبعيه، والتبعي يدور مع الاصلي وجودا وعدما، بمعنى ان العقد الذي تكون خدمة التوصيل تابعة له يكون عقداً تجارياً، وتبعا لذلك تكتسب خدمة التوصيل الصفة التجارية.

من خلال كل ما تقدم ذكره من نصوص قانونية وتشريعية نصل إلى نتيجة مفادها تجارية عقد خدمة التوصيل وذلك؛ لان هذه الخدمة لا تقدم إلى شخص دون اخر بل هي مقدمة لكافة المستهلكين والمستفيدين منها لزيادة القدرة الربحية وزيادة عدد الزبائن، هذا من جانب ومن جانب اخر ان

1 - د. احمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص62، د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1978، ص25.
2 - د. سلام منعم مشعل، مصدر سابق، ص6.

خدمة التوصيل يمكن ان تشمل عقود التجارة الداخلية والدولية ، وكذلك ان من يمارس هذه المهنة لا بد ان يمارسها على وجه الاحتراف ولا يمكن تصورها من دون تحقيق الربح وهذا ما قصده المشرع العراقي بنص المادة (5) السالف ذكرها وما اكده المشرع العراقي من خلال ذات المادة في الفقرة (ثانيا) من ان هذه الاعمال تمارس وفق نظام معدٍ سلفا وهي تباشر بصورة معتادة وتكون حرفة لمن يباشرها وان كانت بصيغة المشروع الفردي[1]، اما فيما يخص الطرف الاول بالعقد وهو البائع يتخذ من خلال عمله صيغة المشروع اذ إنَّ لكل شركة او مؤسسة مصنعة او منتجة او تاجر التجزئة او حتى المطاعم ذاتها هنالك قسم خاص يديره عمال أصحاب خبره في مجال الاعلان والتسويق وجذب الزبائن[2] من خلال الخدمات المقدمة والتي تشمل خدمة التوصيل او خدمة الصيانة، وهذا دليل اخرعلى تجارية عقد خدمة التوصيل التجاري.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقد خدمة التوصيل وتمييزه مما يشتبه به

لغرض الوقوف على التوصيف القانوني الدقيق لعقد خدمة التوصيل، لا بد من تحديد طبيعته القانونية وذلك من خلال بيان موقف الفقه والتشريع المقارن من تحديد طبيعة هذه الخدمة، ولما كان التشريع المقارن غير واضح في بيان طبيعة خدمة التوصيل فانه يتحتم علينا الرجوع إلى موارد ذكر هذه الخدمة بين ثنايا التشريعات، اذ يلاحظ أن المشرع يعالج وبشكل عام خدمات ما بعد البيع في اطار قانون حماية المستهلك دون أن يبين طبيعة هذه الخدمة ويترك لإرادة الأطراف الحرية في تضمنيها عقودهم، وكذلك التزام البائع بتسليم المبيع ضمن احكام عقد البيع في القانون المدني. وهي لا تخرج عن فكرة الشرط الاتفاقي بين اطراف العلاقة وهذا ما سنحاول الوقوف عليه ضمن هذا المطلب في الفرع الأول منه.

اما الفرع الثاني فسوف نبحث فيه تمييز عقد خدمة التوصيل من غيره من العقود، لاختلاطه في كثير من الخصائص مع عقود أخرى تجعل من الصعوبة بمكان فرز كل واحد من الاخر ويبقى هذا العقد رغم التشابه الكبير بينه وبين بعض العقود متميزا وهذا نابع من كثرة انتشاره في الآونة

1 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص26.
2 - د. سناء جودت خلف، التجارة الالكترونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2012، ط1، ص198.

الأخيرة مع غياب الإحاطة التشريعية بكل مضامينه، الامر الذي يجعله يتخذ صيغة مستقلة، كل هذا سنبحثه ضمن فقرتين على النحو الاتي :

الفرع الاول

الطبيعة القانونية لعقد خدمة التوصيل

وكما نوهنا سابقاً فأنه تجدر الاشارة إلى ان خدمة التوصيل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بعقد البيع[1]الذي يرتب التزامات تقليدية على عاتق اطرافه والتي تتمثل بنقل الملكية وتسليم المبيع ودفع الثمن علاوة على تلك الالتزامات الرئيسة، قد تعمد الكثير من الشركات والتجار لا بل حتى بعض البائعين الصغار إلى تقديم تسهيلات وخدمات معينة في حالة إقدام أشخاص معينين على شراء منتجاتهم كتوصيل البضائع إلى محل المشتري او المكان الذي يرغب فيه

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد، ما هي طبيعة هذه الخدمة في اطار عقد البيع، هل هي التزام جديد يترتب على عقد البيع وخاصة العقود التي تبرم بطريق الكتروني (مع العلم ان هذه الخدمة يمكن الاتفاق عليها حتى في البيع التقليدي الذي يتم بشكل حضوري) ولكن الرائج هو انها تقدم في عقود البيع التي تبرم عن بعد ؟ ام انها تدخل ضمن التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري ؟ ام يمكن إضفاء وصف غير ذلك عليها ؟

لغرض الإجابة على هذا السؤال لا بد لنا من التنويه ابتداء الى أنَّ موقف الفقه غير واضح إزاء التوصيف القانوني لهذه الخدمة، اذ ليس جميع عقود البيع تنطوي على هذه الخدمة، فهي تختص بالعقود التي يعلن فيها البائع بشكل صريح عن نيته في تقديم خدمة التوصيل للمشتري ويعلن عن ثمنها أو قد تكون مجانية وهذا الامر واضح في تطبيقات عقود البيع التي يعلن عنها عبر مواقع التواصل الاجتماعي والتي برزت بشكل كبير بعد الجائحة أذ إنَّ معظم عروض البيع ان لم نقل جميعها تطلق هذه الخدمة.

ولغرض التفصيل اكثر يمكننا القول ان خدمة التوصيل يطلقها البائع عند الإعلان عن المنتج الذي يريد بيعه موجهة للمشتري فما هو موقعها من بنود وشروط عقد البيع ؟

---

1 - عرف المشرع العراقي عقد البيع في المادة (506) من القانون المدني والتي جاء فيها " البيع مبادلة مال بمال "، اما المشرع المصري فعرف البيع في القانون المدني في المادة (418) التي جاء فيها " البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي" كما عرف المشرع الفرنسي عقد البيع في المادة (1582) من القانون المدني والتي جاء فيها " البيع عقد يلتزم به احد الطرفين بتسليم شيء، ويلتزم الاخر بدفع الثمن..." اما المشرع الجزائري فأنه عرف عقد البيع في المادة (351) من القانون المدني والتي جاء فيها " البيع :عقد يلتزم بمقتضاه البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي "

يتناول جانب من الفقه بعض الأفكار في محاولة توصيف خدمة التوصيل باعتبارها من خدمات ما بعد البيع كونها التزام من جانب البائع يستند إلى الإرادة المنفردة، كما يتناول جانب آخر من الفقه توصيفها بالاعتماد على فكرة العقد المعلق على شرط، واتجاه اخر يردها إلى فكرة مستلزمات أو مقتضيات البيع، ورأي آخر يكيفها بانها شرط مقترن بالعقد يقضي به العرف ، يمكننا استعراض هذه الأفكار وتحليلها للوصول إلى نتيجة يمكننا من خلالها إضفاء الوصف القانوني المناسب لهذه الخدمة في اطار عقد البيع، وذلك ضمن فقرات على النحو الاتي :

أولا : الإرادة المنفردة للبائع

الإرادة المنفردة هي تصرف قانوني صادر من جانب واحد وهي تختلف عن العقد الذي يقوم على تطابق إرادتين لشخصين مختلفين [1].

وقد وضعت في موضوع قدرة الإرادة المنفردة على أن تكون مصدراً للالتزام عدة نظريات من بينها النظرية الفرنسية التي لا تؤيد إنشاء الالتزام إلاّ بتوافق إرادتين، والنظرية الألمانية التي تتوسع في قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام. وكلا النظريتين فيهما قدر من الصواب ذلك لأنه لا يمكن إنكار دور الإرادة المنفردة في إنشاء بعض الآثار القانونية، ولكنها لا تصل إلى حد إنكار العقد وضرورة توافق الإرادتين فيه لإنشاء الالتزام [2]، والتشريعات الحديثة تأخذ من كل من النظريتين بقدر محدد ومنها القانون المدني العراقي الذي أقر الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ولكن في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك [3]، وقد نص القانون المدني العراقي على عدد من الأحوال التي تلزم فيها الإرادة المنفردة صاحبها منها الإيجاب الملزم و إنشاء المؤسسات و تحرير العقار المرهون و الوعد بجائزة (الوعد بجعل) [4].

ولكن السؤال الذي يطرح بهذا الخصوص هل ان الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء الالتزام، وبتعبير آخر هل الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء التزام في ذمة صاحبها لكي يمكن تطبيق هذا الوصف على البائع الذي ينشئ بأرادتهِ المنفردة خدمة التوصيل إلى المشتري ؟

1- د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الأردن، ١٩٩٧،ص٣٣٩.

2 -J.Flour، J.-L.Aubert et E.Savaux، L'acte juridique، Les obligations، I، L'acte juridique، 10 éd.، Armand Colin، Paris2002، n°489، p.374 et s.

3- المادة (184) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه : " لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي نص فيها القانون على ذلك ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام ".
ينظر المادة (162) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (1101-14) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (123) من القانون المدني الجزائري

4 - د. عبد المجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق، ص195 وما بعدها.

هنالك من يرى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام الإرادي على أساس مبدأ سلطان الإرادة فليس هناك ما يحول قانوناً دون أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في الحالات التي تدعو الحاجة فيها إلى اعتبار هذه الإرادة التي تستمد قوتها من القانون [1].

وفي اطار الحديث عن خدمة التوصيل فقد يبدو للوهلة الأولى أن البائع عندما يلتزم بتقديم خدمة التوصيل فإن التزامه هذا يرد إلى إرادته المنفردة ذلك لأنه تعهد بتقديمها، بالإضافة إلى ذلك أن المشتري لم يشترط على البائع تقديمها، فالبائع ومن تلقاء نفسه تعهد بتقديم هذه الخدمة في حالة شراء شخص معين، مالاً معيناً منه اذ لم تكن لإرادة المشتري أي دخل في ذلك [2].

نعتقد انه لا يمكن قبول هذا التوصيف من عدة وجوه، وبمعنى أدق لا يمكن تفسير التزام البائع بتقديم خدمة التوصيل بأنه التزام يستند إلى فكرة الإرادة المنفردة للأسباب الاتية :

1- ان فكرة الإرادة المنفردة قد حددت في حالات وردت على سبيل الحصر وبالتالي لا يمكن إعطاء حكم حالة معينة لحالة أخرى [3].
2- إن التزام البائع بتقديم خدمة التوصيل هو التزام يلي عملية البيع لا قبلها، ففي حالة غياب عملية البيع لا يمكن أن يلتزم البائع بتقديم هذه الخدمة لمصلحة المشتري، في حين أن الإرادة المنفردة لكي تكون مصدراً من مصادر الالتزام فإنها تفترض إنشاء الالتزام وقت أو لحظة انعقاده أو نشوئه، أي أنَّ تقديم خدمة التوصيل هي عملية لاحقة لنشوء وانعقاد عقد البيع وبالتالي لا يمكن أن تؤسس التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع على فكرة الإرادة المنفردة مادام أنَّ التزامه هذا مرده عقد البيع ونتيجة لوجود عقد البيع ظهر هذا الالتزام فهو يدور معه وجوداً وعدماً.
3- **يمكن ان نطرح سؤالاً في اطار هذا التوصيف عن دور المشتري في قبول هذه الخدمة، فهل له دور في قبولها او رفضها ؟**

---

1 -J.Flour، J.-L.Aubert et E.Savaux، L'acte juridique، op.cit.، n°500، p.382 et s.

2- د. سلام منعم، مفهوم الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 7، العدد1، 2005 ص16.

3 - المادة (184) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه : " لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي نص فيها القانون على ذلك ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام ".
ينظر المادة (162) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (1101-14) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (123) من القانون المدني الجزائري

في الواقع ان دور المشتري في قبول الخدمة او رفضها يتوقف على وصف البائع، ففي بعض الفروض يكون للبائع موقعاً الكترونياً أو متجراً الكترونياً ليس له وجود مادي يبيع السلع والبضائع عبر وسيلة الكترونية ويعرض خدمة توصيلها إلى المشتري [1].

بمعنى آخر انه لا يكون للمتجر وجود مادي حتى يرفض المشتري خدمة التوصيل ويذهب إلى مكان وجود البائع لاستلامها فيضطر إلى قبولها، ولكن في معظم الأحوال يكون للمتاجر وجود مادي نحو محال بيع الأثاث والملابس والأجهزة الكهربائية التي تكون ربما قريبة من محل المشتري فمن حقه رفض الخدمة والشراء بشكل تقليدي عبر الذهاب لمحل البائع واستلام الطلب منه بشكل مباشر حتى لو تم ابرام العقد بشكل الكتروني[2].

ويذهب جانب من الفقه في هذا الاتجاه إلى أن المنطق القانوني يقبل أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة، فهو حر في أن يرتب على عاتقه ما يريد من التزامات، ولكن هذا لا يعني بحد ذاتـه أنـه يمكن أن يجبر الدائن على قبول تلك الالتزامات، وذلك لأنه لا يمكن إلـزام شـخص بقبـول حـق لا يريده [3].

وعليه واستنادا إلى ما تقدم لا يمكن القبول بفكرة الإرادة المنفردة كاساس لتوصيف خدمة التوصيل.

ثانيا : الشرط المعلق عليه العقد

يذهب رأي في الفقه في توصيف التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع لمصلحة المشتري بانه التزام معلق على شرط [4]. حيث يشير الواقع العملي أن تحقق التزام المشتري بتسلم الطلب ودفع الثمن لا يتم الا بعد وصوله اليه. وهذا يمكن أن يُفسر أن التزام المشتري هو التزام معلق على شرط، هو وصول الطلب فالمشتري قبل وصول الطلب لا يلزم بأي التزام، وعليه فان عقد البيع عقد معلق على شرط التوصيل فالتوصيل إذن هو شرط واقف في عقد البيع.

ولغرض تحليل هذا الرأي والوقوف على ابعاده القانونية لا بد لنا من تعريف الشرط وبيان احكامه في التشريع المقارن.

1- يعرف المتجر الإلكتروني بأنه (عبارة عن منصة أو موقع لبيع وشراء البضائع والسلع سواء كانت منتجات أو خدمات أو معلومات عبر الإنترنت) د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص115.

2 - ينظرد. احمد عبد التواب محمد، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص115 وما بعدها.

3- د. فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدر للالتزام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28،العدد الأول، 2012، ص 149.

4- د. سمير كامل، الأحكام العامة للالتزام، بدون مكان طبع،1987- 1988 ، ص190

يعرف الشرط بأنه امر مستقبل غير محقق الوقوع ويترتب على تحققه وجود الالتزام او زواله[1] وينقسم من حيث اثره إلى واقف وفاسخ، ويكون الشرط واقفا اذا علق عليه نشوء العقد او الالتزام بحيث انه اذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشات الالتزامات في ذمة كل من طرفيه. اما اذا تخلف الشرط لم ينشا العقد ولا الالتزام .

وقد نظم المشرع العراقي العقد المعلق على شرط في القانون المدني بستة مواد من (285-290) حيث أشار إلى الشرط الواقف في المادة (286) من القانون المدني والتي جاء فيها " العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط " حيث يكون الشرط واقف اذا علق على تحققه نشوء العقد او الالتزام في ذمة طرفي العقد[2]. ولم يشترط المشرع العراقي في هذا الامر الا شرطين اثنين فقط وهما ان لا يكون الشرط الواقف مخالفا للنظام العام او الآداب العامة والا اعتبر العقد باطلا وهذا ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (287) التي جاء فيها " اذا علق على شرط مخالف للنظام العام او للآداب كان باطلا، اذا كان هذا الشرط واقفا " [3]

وتختلف آثار الشرط قبل معرفة مصيره - وتسمى هذه الفترة فترة التعليق- عنها بعد معرفة مصيره أي بعد تحققه او تخلفه، فالشرط اذا تحقق أنتج اثره من حين التعليق لا من حين تحققه اي يكون له اثر رجعي ويختلف الاثر في حالة كون الشرط واقفا او فاسخا، ففي الاول اختلف الفقهاء في طبيعة الحق المعلق على شرط واقف فذهب جانب منهم إلى انه حق، وذهب آخرون إلى انه مجرد امل اما الرأي الراجح فيذهب إلى انه حق موجود فعلا ولكن وجوده هذا غير كامل [4]، ويترتب على ذلك عدة نتائج هي انه لا يستطيع الدائن اتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول على حقه واذا نفذ المدين التزامه معتقدا انه ملزم بتنفيذه فله استرداد ما دفع لأنه يكون قد دفع ما ليس بواجب عليه، كما انه لا يسري التقادم على الحق الا من وقت تحقق الشرط فضلا عن انه لا يتحمل صاحب الحق المعلق على شرط واقف تبعة الهلاك ولا يستطيع التصرف بالشيء الذي له الحق عليه.

الواقع أن هذه الاحكام يمكن ان تنسجم مع موضوع البحث كون المشتري عبر خدمة التوصيل لا يستطيع اتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول على حقه كالحجز على البضاعة مثلا، او اذا دفع أكثر من قيمة المبيع معتقداً انها قيمته الحقيقية يمكنه استرداد ما دفعه رغم ان الواقع يشير إلى

1- د. رمضان أبو السعود، احكام الالتزام، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2004، ص256.
2 - د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، 2018، ص191.
3 - ينظر المادة (266) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (1172) من القانون المدني الفرنسي، وكذلك المادة (204) من القانون المدني الجزائري.
4 - د. محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص156

صعوبة ذلك عبر التعاقدات الالكترونية، كما انه لا يسري التقادم بحق المشتري الا من تاريخ تسلم المبيع وليس من تاريخ ابرام العقد الالكتروني ولكن في اطار عقد خدمة التوصيل مسالة التقادم وسقوط الحق في الاستبدال والارجاع تخضع لارادة البائع في معظم الأحوال لأنه قد يضع مهلة بسيطة كأن تكون يوماً واحداً او يومين ويكون الغالب الاستبدال وليس الارجاع، كما ان المشتري لا يتحمل تبعة الهلاك ولا يمكنه التصرف بالمبيع قبل وصول الطلب وتسلمه من مندوب التوصيل.

وقد تناولت القوانين المقارنة العقد المعلق على شرط واقف وبينت احكامه والتي قد تنسجم مع موضوعنا في بعض الجوانب منها كون عقد خدمة التوصيل التجاري معلق على شرط توصيل الطلب إلى المستهلك وهذا الشرط هو شرط مستقبلي[1]، فعقد البيع ينعقد ولكن لا يرتب اثاره الا بعد توصيل الطلب إلى المستهلك الذي يلتزم بدوره بدفع الثمن إلى المندوب الذي قام بالتوصيل واستلام المبيع، وهذا ما اشارت اليه المادة (290) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " اذا تحقق الشرط واقفا او فاسخا استند اثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد، الا اذا تبين من أرداة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط " فأن لم يتحقق شرط التوصيل هنا لا نتكلم عن عقد ولا عن التزام.

اما موقف المشرع المصري فأنه اشار إلى الشرط الواقف في القانون المدني في المادة (268) التي جاء فيها " اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط ..."

يلاحظ الباحث ان ما جاء في صدر المادة هو ذات الموقف الذي جاء به المشرع العراقي، لكن المشرع المصري زاد على ما جاء به المشرع العراقي بأن جعل الفترة ما قبل تحقق الشرط لا يكون فيها التزام للتنفيذ سواء قهري او اختياري وهذا ما نصت عليه المادة انفة الذكر والتي جاء فيها "... اما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، على انه يجوز للدائن ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه ".

وهذا ما لا يتوافق مع عقد خدمة التوصيل حيث ان التزام البائع يبدا من لحظة التعاقد لكن التزام المستهلك متوقف على تحقق شرط توصيل الطلبات وتسليمها اليه ولا يمكن تصور قيامه باتخاذ إجراءات للتنفيذ القهري لاجبار البائع بتنفيذ التزامه قبل وصول الطلب، وبالمقارنة مع موقف المشرع العراقي فأنه حسنا فعل اذ انه لم يقيد في المادة اعلاه بوصف يحدد من امكانية انطباقها على اكثر من حالة.

---

1 - د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، مصدر سابق، ص189. ينظر المادة (285) من القانون المدني العراقي، وكذلك المادة (265) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (1181) من القانون المدني الفرنسي، وكذلك المادة (203) من القانون المدني الجزائري.

اما موقف المشرع الفرنسي فانه اشار إلى الشرط الواقف من خلال نص المادة (1176) من القانون المدني والتي جاء فيها " عندما يعقد الالتزام تحت شرط حصول حدث ما في وقت محدد يعد هذا الشرط متخلفا عند انتهاء المدة دون حصول الحدث، واذا لم يكن الوقت محددا فيمكن تحقق الشرط على الدوام ولا يعد متخلفا الا اذا اصبح اكيداً ان الحدث لن يحصل" [1]

يلاحظ ان موقف المشرع الفرنسي لا يخالف موقف المشرع العراقي والمصري في الشق الاول من المادة انفة الذكر، الا انه اكمل الشق الثاني بعبارة لم يتناولها المشرعين العراقي والمصري وهي الوقت المفتوح لتحقق الشرط، ولكن لا يعني بذلك الوقت غير المحدد انه يكون على سبيل التأبيد[2] بل ان العقد قائم ما زال الشرط لم يتحقق بعد، كما ان المشرع الفرنسي قرن تحقق الشرط في العقد بارادة اطرافه من خلال ما اتفقا عليه وهذا ما نصت عليه المادة (1175) والتي جاء فيها " يتعين تحقيق كل شرط بالطريقة التي يحتمل أن يكون قد ارادها الطرفان واتفقا عليها " [3]

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار إلى الشرط الواقف من خلال نص المادة (206) من القانون المدني والتي جاء فيها " اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط، اما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري، على انه يجوز للدائن ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ بها على حقه " وهذا النص الذي جاء به المشرع الجزائري هو ذات النص الذي جاء به المشرع المصري.

كما انه اشار إلى الارادة في المادة (205) ولكنه حددها في ارادة الملتزم فقط دون ارادة الطرف الاخر وهو عكس ما اشار اليه المشرع الفرنسي من ارادة طرفي العقد والتي جاء فيها " لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم "

يلاحظ من خلال ما جاء به المشرع العراقي والقوانين المقارنة، ان الشرط الواقف في العقود هو تصرف جائز وصحيح وهو تصرف مستقبلي وممكن حصوله او عدم حصوله في المستقبل، ولم تشترط التشريعات للشرط غير انه لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب، ومنهم من جعل الالتزام

---

1 - نص المادة (1176) باللغة الفرنسية :
Art – 1176‹‹ Lorsque l'obligation est faite à la condition qu'un événement se produise à un moment précis‹ cette condition est considérée comme en retard à l'expiration du délai sans que l'événement ne se produise‹‹

2 - د. فايز الحاج شاهين، القانون المدني الفرنسي، الطبعة العربية دالوز جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية، بيروت، 2012، ص1174.

3 - نص المادة (1175) باللغة الفرنسية :
Art – 1175‹‹ Chaque condition doit être remplie de telle manière que les parties sont susceptibles d'avoir voulu et convenu‹‹

بتحقق الشرط متوقف على ارادة طرفي العقد كما في القانون المدني الفرنسي، ومنهم من قيد الالتزام بارادة الملتزم فقط كما في التشريع الجزائري.

في اطار العرض المتقدم وبقدر تعلق الأمر بفكرة تحديد الطبيعة القانونية لخدمة التوصيل فإنه لا يمكن التسليم بكونها شرط واقف في عقد البيع، فالشرط وكما هو معلوم أمر مستقبل غير محقق الوقوع من جهة وغير مرتبط بمدة معينة من جهة أخرى، في حين إن التزام البائع بتقديم خدمة التوصيل هو التزام مرتبط بمدة معينة، بحيث أن انقضاء هذه المدة دون وصول الطلب يؤدي إلى انقضاء التزام المشتري، ولا يمكن وحالتنا هذه تشبيه التوصيل بفكرة الشرط، ذلك لأن التزام المتعاقد في حالة الشرط الواقف هو التزام غير نافذ إلا عند تحقق الشرط، بمعنى أن العقد لا يرتب أي آثار إلا في حالة تحقق الشرط وذلك وفقا لنص المادة (٢٨٨) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط"، وهذا يعني أن العقد في هذه الحالة يكون موقوفاً ويحتاج إلى إجازة فإذا لحقته الإجازة نفذ بأثر رجعي إلى حين صدوره وإذا لم تلحقه الإجازة انعدم وأصبح هو والعقد الباطل بمنزلة سواء.

أما التزام البائع والمشتري في العقد المتضمن خدمة التوصيل فهو التزام مبني على عقد نافذ ومرتب لآثاره ولا ينقص من التزام الطرفين أي قول يخالف ذلك، فالبائع ملزم بجميع التزامات عقد البيع وكذا الحال بالنسبة للمشتري، ولا يغير من هذه الحقيقة عدم صول الطلب او التاخير في توصيله للمشتري مع العلم ان كثيراً من عقود البيع التي تبرم بطريق الكتروني والتي تتضمن خدمة التوصيل لا يتم تنفيذها ما لم يقم المشتري بايداع الثمن في حساب البائع [1]. وعليه فان القول بان خدمة التوصيل هي شرط واقف في عقد البيع قول يخالف فكرة الشرط الواقف التي لا تؤدي إلى نشوء الالتزام إلا عند تحقق الشرط، في حين أن الالتزامات متحققة ومترتبة في عقد البيع المتضمن لخدمة التوصيل [2]، وعليه فلا يمكن رد فكرة الطبيعة القانونية لمثل هذا الالتزام إلى فكرة الشرط الواقف.

ثالثا : من مقتضيات او مستلزمات العقد (التزام بالتسليم)

ابتداء لا بد ان نبين ماهي مستلزمات عقد البيع في الفقه والتشريع ليتسنى لنا تحديد طبيعة خدمة التوصيل فيما اذا كانت تنسجم مع هذا الوصف القانوني.

1 د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الأنترنت، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2002، ص 54

2 د. سلام منعم، مفهوم الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع، مصدر سابق، ص18.

من خلال استطلاع موقف الفقه في هذا الخصوص لم نجد راي يحدد معنى مستلزمات العقد بالشكل الدقيق، فقد وصفها جانب من الفقه بأنها غامضة بحد ذاتها [1]، وحاول البعض آلاخر ان يحدد معناها من خلال ذكر امثلة لما يعد من مستلزمات العقد [2]. ويذهب جانب من الفقه بانه يمكن تحديد معنى مستلزمات العقد من خلال التمييز بين حكم العقد وحقوقه.

اما حكم العقد فيراد به المضمون الجوهري له، فكل عقد من العقود جوهراً وذاتية خاصة تميزه من غيره من العقود، فالعقد الذي ينقل ملكية الرقبة والمنفعة معاً يتجسد بعقد البيع.

من هنا، فان حكم عقد البيع يتجسد بالأثر الاصلي له وهو نقل الملكية.

اما حقوق العقد فهي الالتزامات التبعية التي تؤكد الاثر الاصلي للعقد او تحفظه او تكمله فهي احكام تلازم العقد وتترتب عليه ولو لم يتفق عليها، لان جوهر العقد واثره الأصلي لا يتحقق بدونها[3].

فعقد البيع اذا كان أثره الاصلي هو نقل الملكية، فهذا الحكم لا يتحقق الا بوجود التزامات تبعية تؤكده او تكمله مثل التزام البائع بتسليم الشيء وكل ما يعد من توابعه وملحقاته، او التزامات تحفظه من مثل التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، وهكذا بالنسبة لبقية العقود. ومن هنا، فان مستلزمات العقد تمثل حقوق العقد.

وقد تناول المشرع العراقي تفصيل هذه المسألة في القانون المدني في الفقرة (2) من المادة (86) والتي جاء فيها " واذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيه طبقاً لطبيعة الموضوع ولإحكام القانون والعرف والعدالة ".

---

1 - د. حسام الدين كامل الاهواني، شرح القانون المدني مصدر سابق، ص204.

2 - د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية – القاهرة، 2002، ص277. ود. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، المصادر الارادية، مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة، 1993، ص366.

3 - د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دون مكان نشر، 1997، ص192.

د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة –عمان، دون سنة نشر، ص125. ود. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص269.

كما أشارت إلى هذا المعنى الفقرة (2) من المادة (150) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام "

وعليه، فأن الالتزام بالتسليم يعد من مستلزمات عقد البيع ومن هنا حري بنا طرح التساؤل الاتي **هل يمكن ان تكون خدمة التوصيل مصداق للالتزام بالتسليم في عقد البيع الذي يتضمن هذه الخدمة كونه من مستلزمات العقد او بعبارة اخرى هل يمكن ان تكون خدمة التوصيل من مستلزمات عقد البيع ؟**

لغرض الإجابة على هذا السؤال لا بد لنا من استعراض موقف التشريع المقارن والفقه بهذا الخصوص.

فبالنسبة لموقف المشرع العراقي فأنه نص عليه صراحة ضمن التزامات البائع في عقد البيع وذلك في المادة (536) من القانون المدني التي تنص على انه : " على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن، ولو شرط اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز ".

وتشير المادة (538) من القانون المدني إلى كيفية التسليم بالنص على أن " تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل "

اما موقف المشرع المصري فأنه أشار في المادة (431) من القانون المدني إلى التزام البائع بالتسليم وجاء فيها " يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع " ، ويكون التسليم حسب المادة (435) " بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق....".

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه اشار إلى التسليم في المادة (1063) التي تقضي بأنه " البائع يقع عليه التزامان اساسيان التسليم والضمان اذ يلتزم البائع بتسليم المبيع بذاته متى ورد على شيء معين بالذات "، كما بين كيفية التسليم بنص المادة (1604) من القانون المدني والتي جاء فيها " نقل المبيع إلى سلطة و حيازة المشتري " [1]

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فانه ينص على الالتزام بالتسليم من خلال المادة (364) التي تنص على أنه " يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع "، كما يتناول

1 - نص المادة (1604) باللغة الفرنسية :
Art – 1604،، Transfert de la vente à l'autorité et possession de l'acheteur،،

تعريف التسليم في المادة (367) من القانون المدني التي تنص على:" يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع." كما انه يتميز عن بقية التشريعات المقارنة بالنص في المادة (368) على انه " اذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ".

وتجدر الإشارة أن الالتزام بالتسليم لا يثير اشكال في البيع التقليدي حيث يتم تسليم المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد ونقل ملكية المبيع إلى المشتري[1]، بيد أن المشكلة تثور في البيع الالكتروني كون العقد يبرم ويرتب اثاره عن بعد، بمعنى عدم الحضور المادي لاطرافه كونه ينعقد عبر شبكة الانترنت وخاصة في البيوع الدولية التي تفصل الأطراف فيها حدود دولية وإجراءات كمركية. فلا يمكن تصور المناولة اليدوية او المعاطاة في هكذا نوع من العقود. واذا ما استبعدنا العقود التي تبرم داخل الشبكة وتنفذ أيضا داخلها [2]، فان تركيزنا سوف يكون على العقد الذي يبرم داخل الشبكة ولكن يقتضي تنفيذه خارجها كما هو الحال في موضوع البحث عقد البيع الالكتروني، ففي هذا العقد تثور إشكالية تسليم المبيع ، الذي يراد به وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه من وضع يده عليه والانتفاع به دون عائق او مانع [3]، وعليه فاذا كان المبيع سلع او بضائع وهو الوضع الغالب في موضوع بحثنا فان التسليم يمكن ان يتم من خلال ارسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم الا اذا تم إيصال المبيع إلى المشتري. ولا يتصور التسليم في هذا الفرض الا بوجود مندوب يكلف بالقيام بتوزيع وتسليم السلع والبضائع المشتراة عبر الانترنت وقد يكون تابع للبائع عبر مكاتب وفروع البائع او المنتج او وكلائه في مكان المشتري وقد يتم التعاقد مع مندوب توصيل اوشركة توصيل بشكل مستقل.

---

1 - تجدر الإشارة ان مصطلح الشيء المبيع تطور تبعا للتطور التكنلوجي وظهور فكرة حماية المستهلك حيث تبنت التشريعات المقارنة مصطلح المنتوج ليغطي بذلك الأشياء والحقوق المالية كونها محل لعقد البيع. للتفصيل انظر : فدوى قهوجي، ضمان عيوب المبيع فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، ، ص16-12، حوحو يمينة، عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الاولى، دار بلقيس، الجزائر، ص 142.

2 - يلاحظ ان المبيع اذا كان خدمات او أشياء غير مادية فانه يمكن تصور القيام بالتسليم عبر شبكة الانترنت كما لو كان محل العقد بيع كتب الكترونية او برامج حاسوب او مقاطع موسيقية وغيرها من الأموال المعنوية، فان التسليم يتم من خلال تحميل او تنزيل البرنامج (داون لود) او النسخ (أي كلود) من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل او باي صيغة الكترونية أخرى تسمح للمشتري الانتفاع به كالسماح له بالدخول إلى موقع معين واستعراض المبيع محل العقد. انظر : د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ص42.

3 - د. الياس ناصيف، العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 104.

بعبارة أخرى يمكن تصور العملية عندما يقوم أصحاب المتجر الالكتروني بتضمين عروضهم التجارية مواصفات توضيحية للسلعة المراد بيعها، وكيفية استخدامها وثمنها، إضافة إلى زمان ومكان وطريقة تسليمها، وبعدها يتم التفاوض على بنود العقد و مناقشة تفاصيله، بما فيها التزامات الطرفين، خاصة ما تعلق بزمان ومكان التسليم .ولما كان المنتوج سلعة كمواد البناء، أو الأثاث او الملابس، أو الأجهزة وغيرها مما هو ليس برقمي فإن استلامها لا بد وأن يتم بالطرق العادية، وغالبا ما يتم تسليم السلعة في المكان المحدد في العقد[1].

وفي هذا السياق، يقضي العرف التجاري في الوقت الراهن أنه كلما كنا بصدد بيع الكتروني، وكان المنتوج مما يوجب تصديره للمشتري، فيقع على عاتق البائع إيصاله إليه في المكان الذي يتواجد فيه، لذلك كل من يتعاقد الكترونياً لشراء منتوج ما فهو يبرم العقد مع الاتفاق بشرط التوصيل، وعليه فالتسليم لا يعتبر أنه قد تم تنفيذه من قبل البائع الا بوصول المنتوج إلى مكان تواجد المشتري[2].

وتختلف احكام التسليم تبعا لكون المبيع معينا بنوعه او معينا بذاته، فاذا كان المبيع شيء معين بالذات و مملوك للبائع فان الملكية تنتقل إلى المشتري بقوة القانون بمجرد انعقاد العقد، و اما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل ملكيته الا بفرزه [3]

ويقصد بالسلعة المعينة بذاتها هي التي تتميز عن غيرها من السلع بصفات خاصة لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء وتنتقل الملكية بقوة القانون بمجرد تمام انعقاد العقد دون حاجة لاتخاذ اجراءات أخرى، مما يترتب على ذلك اعتبار المشتري هو المالك بمجرد تكوين العقد، فيكون له حق التصرف القانوني فيه، وذلك حتى ولو كان التسليم ودفع الثمن مؤجلين .كما في حالة تعاقد المشتري على شراء حصان عربي أصيل، فإنه يصبح مالكاً له منذ اللحظة التي يبرم فيها العقد وقبل استلامه، وبالتالي قد يتصرف المشتري في الحصان ببيعه لمشتري اخر ويكون تصرفه على هذا النحو صحيحاً، أو يتنازل عنه للغير على سبيل التبرع، ويعد تصرفه في المبيع تصرف في ملكه [4].

1 - د. عبد الرحمن بن عبد الله السند، الاحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، دار الورق ودار النير يبين للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ص 114.
2 - د. عمر خالد الزريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية، الطبعة الاولى، دار الحامد، الاردن، 2008، ص 454.
3 - المادة (531) من القانون المدني العراقي. كذلك المادتين (204-205) من القانون المدني المصري، والمادة (1196) من القانون المدني الفرنسي، والمادتين (165-166) من القانون المدني لجزائري.
4 - د. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت – المصدر السابق،ص 411

اما السلعة المعينة بنوعها فتعد من المثليات التي تختلط ببعضها ويقوم بعضها مقام بعض، وتبعا لذلك لا تنتقل ملكيتها الابعد قيام البائع بإفراز المبيع، ومن تاريخ الافراز تنتقل الملكية إلى المشتري، ويكون الفرز بالعد والكيل والوزن وغيره [1].

من خلال العرض المتقدم فانه يمكننا الاجابة عن السؤال الذي طرحناه وهو : هل ان خدمة التوصيل هي مصداق للالتزام بالتسليم في عقد البيع ؟ الجواب يكون من خلال التحليل الاتي :

أولا : اذا كان الالتزام بالتسليم هو التزام اصلي في عقد البيع [2] يهدف إلى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان أو تتطلبه طبيعة العقد وهو يترتب على العقد سواء تم الاتفاق عليه صراحة او لم يتم الاتفاق عليه، فهذا التوصيف الاخير لاينسجم مع خدمة التوصيل التي تعد خدمة تتبع عقد البيع يتم الاتفاق عليها صراحة في العقد فالتسليم لابد من الاتفاق عليه قبل اتمام عملية الابرام ومن غيره لا يكون لخدمة التوصيل أي اثر. وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى موقف المشرع الجزائري الذي أشار في المادة (368) على انه " اذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك " قد تتوافق مع موضوع الدراسة كون اثر العقد المتمثل بالتسليم لا ينفذ ما لم يقم البائع بتصدير أي إيصال المبيع إلى المشتري ما لم يجري الاتفاق بخلاف ذلك، يفهم من النص أنَّ شرط التوصيل هو شرط جوهري في العقد لكي ينفذ وهذا الشرط نص عليه المشرع مما يجعلنا نقترب من توصيف خدمة التوصيل بأنها مصداق للالتزام بالتسليم، ولكن في الواقع غالبا ما يتم الاتفاق على هذه الخدمة بين الأطراف، فاصل خدمة التوصيل هي الاتفاق بين الأطراف، أما الالتزام بالتسليم فنص عليه المشرع لذلك لا يمكن توصيف خدمة التوصيل بأنها التزام بالتسليم.

---

1 - انظر : المادة (531) اذا كان المبيع عيناً معينة بالذات او كان قد بيع جزافاً، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، واما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالإفراز.
المادة(532) من القانون المدني العراقي للمشتري ان يتصرف في المبيع عقاراً كان او منقولاً بمجرد انتقال الملكية ولو قبل القبض .
المادة (533) مدني عراقي اذا قبض البائع الثمن ثم افلس قبل تسليم المبيع إلى المشتري اخذ المشتري المبيع من البائع او من ورثته دون ان يزاحمه سائر الغرماء
المادة (534)أولا مدني عراقي : اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية إلى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. ثانيا : فإذا كان الثمن يدفع اقساطاً، جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الاقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ان تخفض التعويض المتفق عليه، وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية ثالثا : " واذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك".
2 - يضع المشرع العراقي محددات يستند اليها القاضي في تحديد مستلزمات العقد منها القانون بما يتضمنه من قواعد امرة ومفسرة كقواعد تحديد زمان و مكان تسليم المبيع في عقد البيع. انظر : قرار محكمة التمييز الذي ينص بانه : (العقد الذي يستند اليه المدعي لم يعين محل التسليم فكان على المحكمة ان تجنح إلى تطبيق احكام ف1 من م541مدني اذ ان مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد واذا لم يتعين محل وجوده اعتبر مكانه محل اقامة البائع) قرار رقم 918-مدنية ثالثة-1975 في 3-2-1976، مجموعة الاحكام العدلية، ع1، س7، 1976، ص21.

ثانيا : بالرجوع إلى احكام التسليم[1] في المبيع المعين بالنوع فأنها تقتضي نقل الملكية بمجرد ابرام العقد حتى ولو كان دفع الثمن والتسليم مؤجلا مما يعطي للمشتري الحق في التصرف بالمبيع قبل استلامه وهذا الفرض لا يمكن تصوره في عقد البيع الذي يتضمن خدمة التوصيل فليس هنالك ضمانة حقيقية بإيصال المبيع إلى المشتري في عقد البيع الذي يتضمن خدمة التوصيل ما لم يضع المشتري يده عليه ويصبح في حيازته استنادا إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية اذ لا يمكن تصور قيام المشتري ببيع شيء اشتراه عبر الانترنت بنفس الالية التي اشتراها لمشتر اخر وهو لم يقبضه بعد. كذلك هو الحال بالنسبة للمبيع المعين بالنوع فالمسالة تدق اكثر اذ لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري قبل الفرز ومن باب أولى قبل التوصيل. كذلك لا يحق للمشتري اخذ المبيع من البائع او ورثته في حال افلاسه او وفاته في عقد خدمة التوصيل.

وعليه لا يمكن الاستناد إلى هذا التحليل في توصيف خدمة التوصيل.

رابعا : الشرط المقترن بالعقد

لعله نجد ضالتنا في فكرة الشرط المقترن بالعقد، وعليه لا بد من الوقوف على الموقف الفقهي والتشريعي لفكرة الشرط المقترن بالعقد وفيما اذا كانت تنسجم مع خدمة التوصيل.

يذكر الفقه عدة تعريفات للشرط المقترن بالعقد منها (أنه التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حال إطلاقه كما لو باع انسان بضاعة بشرط ان تكون محمولة إلى محل المشتري على حسابه فالبائع يكون قد التزم بشرط ضمن العقد ووجب حمل المبيع إلى المشتري. وهذا الالتزام لم يكن ليقتضيه عقد البيع المطلق غير المقترن بالشرط لان البيع المطلق انما يوجب نقل الملكية بعوض وأن المالك الجديد هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه)[2].

نرى من وجهة نظرنا ان هذا التعريف يتوافق مع عقد خدمة التوصيل في جزء منه لذلك لا يمكن اعتماده كليا، كونه اشار الى ان هذا الشرط لا يستلزمه التصرف.

---

1 - المادة(532) مدني عراقي للمشتري ان يتصرف في المبيع عقاراً كان او منقولاً بمجرد انتقال الملكية ولو قبل القبض .
المادة (533) مدني عراقي اذا قبض البائع الثمن ثم افلس قبل تسليم المبيع إلى المشتري اخذ المشتري المبيع من البائع او من ورثته دون ان يزاحمه سائر الغرماء
المادة (534) مدني عراقي أولا : اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية إلى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. ثانيا : فإذا كان الثمن يدفع اقساطاً، جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الاقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ان تخفض التعويض المتفق عليه، وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية ثالثا : واذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك".
2- ينظر د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول، دار القلم، ص506.

ويعرف أيضا بأنه : (ما أتفق عليه المتعاقدين بدون استعمال اداة الشرط لتحديد علاقتهما وتعيين موجباتها وتغيير احكام العقد العادية زيادةً او نقصاناً وسمي بشرط التقييد لأنه يقيد أحكام العقد) [1].

ونرى من جهتنا ان هذا التعريف قد خلط ما بين الشرط والاتفاق كما انه جعل الشرط قيد واننا ان اتفقنا مع جزء منه فأننا نختلف على الجزء الاخر.

ويعتبر الشرط المقترن بالعقد من الشروط الجعلية أي من وضع المتعاقدان او أحدهما وهو يختلف عن الشرط التعليقي الذي يعلق وجود العقد على أمر بحيث لا يوجد العقد ما لم يوجد هذا الشرط ويرد بأحد أدوات الشرط [2].

ويتميز الشرط المقترن بالعقد بعدة خصائص هي أنه أمرً زائدً عن أصل العقد ومقتضاه فاشتراط التوصيل في عقد البيع التزام زائد عن عقد البيع لان البيع ينعقد بدون هذا الشرط، كما انه امر مستقبل فتوصيل الطلب في عقد البيع الذي يتضمن خدمة التوصيل يتم من قبل مندوب يجري الاتفاق معه بعد ابرام عقد البيع، وهو أيضا محتمل الوقوع اي ان يكون في المقدور القيام به اي ممكن الوقوع في المستقبل [3].

ولما كان العقد وليد الارادة فللأطراف أنْ يضمنوه ما يشاؤون من شروط والتزامات ولكن المشرع يضع ضوابط لهذه الشروط فليس كل شرط في العقد يعتد به.

فبالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في المادة (131) من القانون المدني بفقرتيها (1-2) والتي نصت على انه "

1- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة

2- كما يجوز ان يقترن العقد بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او للآداب، والا لغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضا "

---

1 - د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج-2،ط-2،دار العلم للملايين، بيروت، 1972،ص640.

2 - د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العرقي، مصادر الالتزام،ج/1،دار ابن الاثير، جامعة الموصل،1980،ص111.

3 - محمد عبد هللا طالفحة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، 2004،ص31.

اما موقف المشرع المصري فإنه لم ينظم الشرط المقترن بالعقد بل أشار إلى الشرط الاحتمالي من خلال ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (266) التي جاء فيها " لا يكون الالتزام قائماً اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب العامة او النظام "

أما موقف المشرع الفرنسي فأنه أشار إلى الشرط بنص المادة (1172) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " إن كل شرط لشيء مستحيل أو مخالف للآداب العامة او ممنوع بموجب القانون هو شرط باطل ويبطل العقد الذي يرتبط به " [1]

اما موقف المشرع الجزائري فأنه لم يأتي بشيء جديد عن موقف المشرع المصري فنص في المادة (204) على الشرط المتضمن في العقد والتي جاء فيها " لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن او على شرط مخالف للآداب العامة او النظام "

هذا، وانه بالاستناد إلى موقف المشرع العراقي فانه يمكن تحديد الشروط المقترنة بالعقد في ثلاث طوائف :

الأولى : الشروط من مقتضى العقد: هي الشروط المقررة لكل عقد لخلق التوازن بين المتعاقدين في الحقوق وتجسد الغاية المقصودة من العقد، ومعنى كون الشرط مما يقتضيه العقد هو انه يجب بالعقد من غير اشتراطه كاشتراط البائع تسلم المبيع[2].

الثانية : الشرط الملائمة للعقد: وهي الشروط التي تقرر حكم العقد من حيث المعنى ومقررة لمقتضى العقد كما لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئا فاذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد فهذا هذا الشرط مؤكد لتسلم الثمن الذي هو مقتضى العقد.

الثالثة : الشروط المتعارف عليها : او ما يعرف بالشرط المألوف او ما جرى عليه العرف والعادة ، وهو الشرط الذي يتعارف عليه دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد واستقر التعامل به وجريان العرف على ذلك كتعارف الناس على أيصال المبيع إلى محل المشتري [3].

عليه، وبالاستناد إلى الطائفة الثالثة من الشروط المقترنة بالعقد يمكننا توصيف خدمة التوصيل بانها شرط مقترن بعقد البيع جرى به العرف يتفق عليه الطرفان البائع والمشتري ويتم

---

1 - نص المادة (1172) باللغة الفرنسية :
Art – 1172،، Toute condition pour quelque chose qui est impossible، contraire à la morale publique ou interdite per la loi est nulle et annulée le contrat equal elle est lié،،

2 - د. علي قراعه، أحكام العقود في الشريعة الاسلامية ، دار مصر للطباعة، دون سنة طبع،ص 83.

3 سهير حسن هادي، الشرط المألوف في العقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2008م ص5.

تنفيذه بحسب الاحوال اما عن طريق مندوب تابع للبائع او يتفق الأخير مع شخص مستقل لتوصيل المبيع.

من هنا يمكننا أن نخلص إلى أن خدمة التوصيل هي شرط متعارف عليه يمكن ان يضمنه البائع عقد البيع الغاية منه هو التسهيل على المشتري الذي يكون في مكان بعيد عن البائع ويجري التعامل به بكثرة في الوقت الراهن بسبب رواج التجارة الالكترونية إضافة إلى الجائحة ولعل الغرض المباشر من إدراجه عقد البيع إضافة إلى ما ذكر هو جذب اكبر عدد من المستهلكين إذ إنه يعتبر في علم الاقتصاد من عناصر التسويق يهدف إلى تشجيع المستهلك على شراء منتج معين بوقت وجهد وتكلفة اقل من الانتقال إلى محل بيع ذلك المنتج، من خلال إعلان البائع الاشتراط على نفسة تقدم خدمة التوصيل التي تعقب عملية البيع.

ولكن، تضمين عقد البيع شرط خدمة التوصيل يستلزم ابرام عقد توصيل مع شخص آخر غير المشتري يصطلح عليه بالمندوب هذا الشخص يرتبط بعلاقة عقدية مع البائع لتوصيل المبيع سواءاً كان تابعاً للبائع ام شخصاً مستقلاً وقد تختلط هذه العلاقة مع عقود أخرى نظمها المشرع في مختلف القوانين الامر الذي يستلزم تمييز عقد خدمة التوصيل من غيرها من العقود وإبراز أوجه الشبه والاختلاف بين النظم القانونية محل الدراسة واضفاء الصفة المستقلة لهذا العقد. هذا ما سنقف عليه في الفقرة التالية .

الفرع الثاني

تمييز عقد خدمة التوصيل مما يشتبه به

إن عقد خدمة التوصيل التجاري هو من العقود الغير مسماة وهو عقد حديث نسبيا اذا ما قورن بالعقود الأخرى التي نظمت من قبل اغلب التشريعات. ولكنه يختلط في كثير من احكامه مع غيره من العقود الامر الذي يجعل من الصعوبة بمكان الوقوف على ماهيته. من هنا كان لزاماً علينا ان نميز بينه وبين بقية العقود التي تشترك معه في بعض الاحكام وبيان أوجه الشبه والاختلاف بالشكل الذي يبرز هذا العقد ويحدد ذاتيته ولهذا، فانه لابد من تقسيم هذا الفرع إلى اربع فقرات نتناول فيها اهم العقود التي تتشابه احكامها مع احكام عقد خدمة التوصيل وهي (عقد العمل - عقد النقل - عقد الوكالة – عقد التوريد) على النحو الاتي :

اولا : تمييزه عن عقد العمل

يعد عقد العمل من العقود المسماة في التشريع العراقي و المقارن[1]، ولغرض تمييزه عن عقد خدمة التوصيل التجاري لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة ثم بيان اوجه الشبه والاختلاف بين احكام العقدين على النحو الاتي :

يعرف المشرع العراقي عقد العمل في المادة (1) من قانون العمل العراقي رقم (37) لسنة 2015 والتي تنص على أن " العمل: كل جهد إنساني فكري او جسماني يبذله العامل لقاء آجر سواء أكان بشكلٍ دائمٍ ام عرضي ام مؤقت ام جزئي ام موسمي." [2].

اما المشرع المصري فأنه لم يعرف عقد العمل في قانون العمل[3] رقم (12) لسنة 2003، لكنه عرف عقد العمل الموقت في المادة (1) الفقرة (د) والتي جاء فيها " العمل الذي يدخل بطبيعته فيما يزاول صاحب العمل من نشاط وتقتضي طبيعته انجازه بمدة محددة او ينصب على عمل بذاته وينتهي بانتهائه "

اما المشرع الفرنسي فيعرف عقد العمل في المادة (8) من قانون العمل[4] رقم (1088) لسنة 2016 التي جاء فيها " العمل هو اتفاق بموجبه يضع شخص نشاطه المهني تحت تصرف شخص اخر واشرافه مقابل عوض "

اما المشرع الجزائري فأنه عرّف عقد العمل في المادة (2) من قانون العمل[5] رقم (90-11) لسنة 1990 التي جاء فيها " كل الاشخاص الذين يؤدون عملاً يدوياً او فكرياً مقابل مرتب في اطار التنظيم ولحساب شخص اخر طبيعي او معنوي عمومي او خاص يدعى المستخدم "

---

1 - د. اسعد ذياب، العقود المسماة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط2، 2012، ص22.
2 - قانون منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 4386، في 2015.
3- قانون العمل المصري، منشور بجريدة الوقائع المصرية، بالعدد مكرر، 7 ابريل 2003.
4 - نص المادة (3) باللغة الفرنسية : منشور على الموقع الالكتروني: www.lefigaro.lemane.lamond.
Art – 8‹‹ Le travail est un accord par lequel une personne met son activité professionnelle à la disposition et à la surveillance d'une autre personne contre rémunération ››
تاريخ الزيارة 2021/1/21
5 - قانون منشور بالجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 17 لسنة 1990.

من خلال ما تقدم يمكن لنا ان نورد اهم اوجه الشبه والاختلاف ما بين عقد خدمة التوصيل التجاري وعقد العمل وعلى النحو الاتي :

1- اوجه الشبه

يلتقي عقد العمل مع عقد التوصيل في بعض الاحكام نوردها على النحو الاتي :

أ- من حيث الصفة الملزمة للجانبين : فعقد العمل عقد ملزم لصاحب العمل والعامل وهذا ما جاء بنص المادة (24) من قانون العمل العراقي والمادة (237) من قانون العمل المصري وكذلك المادة (8) من قانون العمل الجزائري، والمادة (1780) من القانون المدني الفرنسي. وكذلك عقد خدمة التوصيل هو عقد ملزم لكل من البائع والمستهلك والمندوب.

ب- من حيث الرضائية : عقد العمل هو بالأصل اتفاق ما بين صاحب العمل والعامل وهذا ما نصت عليه المادة (37) من قانون العمل العراقي، وكذلك المادة (32) من قانون العمل المصري، وكذلك عقد خدمة التوصيل هو عقد رضائي، حيث أنَّ العقدين لا يعتبران من عقود الاذعان، بل يتم قبل ابرام العقد والتفاوض على كافة بنوده والاتفاق عليها.

ج- من حيث الاجر: اجر العامل يحدد بالنقد في عقد العمل ويحظر ان يكون غير النقد وهذا ما نصت عليه المادة (53) الفقرة (رابعا) من قانون العمل العراقي التي جاء فيها " يحظر دفع الأجور على شكل سندات إذنية أو قسائم، أو وفق أي شكل آخر يحل محل العملة العراقية أو ما يتم الاتفاق عليه في عقد العمل" ، وكذلك المادة (36) من قانون العمل المصري،

وكذلك المادة (L.221-1) من قانون العمل الفرنسي، وكذلك المادة (80) من قانون العمل الجزائري، وكذلك عقد خدمة التوصيل فأن الثمن يدفع بالنقد من قبل المستهلك إلى المندوب عند استلام الطلب [1]

د- من حيث الاشراف : العامل في عقد العمل يخضع إلى اشراف وتوجيه صاحب العمل ولا يمكن ان يعمل من غير تعليمات تصدر إليه، وهذا ما نصت عليه المادة (41) من قانون العمل العراقي والمادة (31) من قانون العمل المصري، وكذلك المادة (L.121-6-5) من قانون العمل الفرنسي، والمادة (112) من قانون العمل الجزائري، وكذلك الحال بالنسبة للمندوب فهو يعمل تحت إشراف وتوجيه البائع. [2]

1 - د. عدنان العابد، د. يوسف الياس، قانون العمل العراقي، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2009،ص60.
2 - د. سامي نجيب، موسوعة قانون العمل المصري، بدون اسم وسنة طبع، القاهرة، ص57 وما بعدها.

هـ - من حيث شرط التحكيم : يتضمن عقد العمل شرط اللجوء إلى التحكيم ويكون بقرار من الوزير المختص بتشكيل اللجنة، وهذا ما جاءت به المادة (159) الفقرة (ثامنا) من قانون العمل العراقي التي جاء فيها " إذا توافق الطرفان على قبول بعض توصيات الوسيط دون بعضها آلاخر عندها يتم تثبيت ما تم الموافقة عليه باتفاق خطي يوقعه الطرفان والوسيط وتنطبق على ما لم يتم التوافق عليه أحكام هذا القانون فيما يتعلق بالتحكيم الاختياري" وكذلك المادة (180) من قانون العمل المصري، كذلك ما نصت عليه المادة (L.164-9) من قانون العمل الفرنسي وعلى ذات النهج فأن عقد خدمة التوصيل التجاري يخضع إلى شرط التحكيم خاصة إنْ كان احد طرفي العقد شخصاً اجنبياً [1]

و- من حيث الحصول على الاجازة : حضر قانون العمل العراقي على العمال الاجانب ممارسة العمل داخل العراق بدون الحصول على اجازة ممارسة المهنة، وهذا ما جاء بنص المادة (31) من قانون العمل، وكذلك المادة (128) من قانون العمل المصري، وكذلك المادة (L. 233-12) وكذلك المادة (33) من قانون العمل الجزائري[2]، وكذلك هو الحال بالنسبة لعقد خدمة التوصيل التجاري

ز- من حيث المعاوضة : يعتبر عقد العمل من عقود المعاوضة اذ يأخذ العامل مقابل ما يقدمه من عمل سواء بالإنتاج او العمولة، وهذا ما جاءت به المادة (1) الفقرة (رابع عشر) من قانون العمل العراقي، وكذلك المادة (38) من قانون العمل المصري، وكذلك المادة (L.121-2) والمادة (6) من قانون العمل الجزائري، اما عقد خدمة التوصيل فأن المستهلك يدفع الثمن مقابل حصوله على السلع والبضائع المتفق عليها في العقد والمندوب هو الاخر يأخذ اجرته من البائع لذلك قلنا ان عقد خدمة التوصيل من عقود المعاوضة.

ح- من حيث آلية العمل : صاحب العمل ملزم بتوفير مستلزمات وادوات العمل للعامل، وهذا ما اشارت اليه المادة (41) الفقرة (2) ب، من قانون العمل العراقي التي جاء فيها " يلتزم صاحب العمل بتوفير وسائل تنفيذ العمل للعامل " وكذلك المادة (221) من قانون العمل المصري، وكذلك المادة (L.121-3) من قانون العمل الفرنسي، وهو ذات الالتزام بالنسبة للبائع بتوفير آلية توصيل الطلبات إلى المستهلك ان كان المندوب تابع إلى البائع، اما ان كان من يقوم بالتوصيل هو شخص غير تابع للبائع فهو أيضا من يقوم بتوفير آلية لنقل وتوصيل الطلبات إلى المستهلك.

---

1 - د. خالد ممدوح ابراهيم، مصدر سابق، ص399، د. بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، دار الريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص26.

2 - د. راشد راشد، شرح علاقات العمل الفردية والجماعية في ضوء التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص60.

ح- من حيث الانتهاء : ينتهي عقد العمل بموت العامل أو موت صاحب العمل إن كانت شخصيته محل اعتبار وكذلك في حالة تصفية المشروع، وهذا ما نصت عليه المادة (43) الفقرة (اولا) من قانون العمل العراقي، والمادة (127) من قانون النقل المصري، وكذلك المادة (L.125-2) من قانون العمل الفرنسي،

وكذلك المادة (66) من قانون العمل الجزائري.

وكذلك ينتهي عقد العمل بأنتهاء المدة او الفسخ وهي ذات الحالات التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل[1].

1- أوجه الاختلاف ما بين عقد خدمة التوصيل وعقد العمل

يختلف عقد خدمة التوصيل التجاري عن عقد العمل في نقاط جوهرية يمكن ان نبينها على النحو الاتي :

أ- **من حيث الاطراف :** يختلف عقد العمل عن عقد خدمة التوصيل من حيث اطرافه فهم اثنان العامل وصاحب العمل وهذا ما جاءت به المادة (37) الفقرة (اولا) من قانون العمل العراقي التي تنص على انه " يبرم عقد العمل شفهيا أو تحريرياً باتفاق طرفيه المتمثلين بصاحب العمل والعامل، وفي حالة عقد العمل المكتوب يتولى صاحب العمل تنظيم عقد العمل كتابيا ومحررا بثلاث نسخ موقع عليها من قبله ومن قبل العامل..."، وكذلك المادة (3) من قانون العمل المصري ، وكذلك الماة (L. 121-3) من قانون العمل الفرنسي، كذلك المادة (8) من قانون العمل الجزائري، اما عقد خدمة التوصيل فأطرافه ثلاثة هم البائع والمستهلك والمندوب.

ب- **من حيث جهة الاقتضاء :** ان اي نزاع يثور في عقد العمل فأن الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع هي محكمة العمل، وهذا ما جاءت به المادة (11) الفقرة (اولا) من قانون العمل العراقي التي جاء فيها " للعامل حق اللجوء إلى محكمة العمل للتقدم بشكوى عند تعرضه إلى اي شكل من أشكال العمل الجبري أو التمييز أو التحرش في الاستخدام والمهنة " وكذلك المادة (71) من قانون العمل المصري، والمادة (L.124-12) من قانون العمل الفرنسي، كذلك المادة (134) من قانون العمل الجزائري، لكنها لم تحدد بالضبط المحكمة المختصة، اما عقد خدمة التوصيل التجاري فأن الجهة المختصة بنظر اي نزاع هي المحكمة التجارية.

ت- من حيث سريان القانون: قانون العمل تسري احكامه في البلد الذي نظم فيه، وهذا ما جاءت به الفقرة (اولا) من المادة (1) من قانون العمل العراقي الوزارة المسؤولة هي وزارة العمل والشؤون

1 - رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص59.

الاجتماعية وهي مسؤولة عن تطبيق احكام هذا القانون، أما عقد خدمة التوصيل التجاري فأنه قد تمتد اثاره إلى خارج اطار حدود الدولة الواحدة، خاصة في عقود التجارة الدولية [1]

ث- **من حيث المدة :** يعتبر عقد العمل من عقود المدة والزمن عنصر جوهري فيه، اضف إلى ذلك أن عقود العمل ان انتهت واستمر العاملون في العمل فهو تجديد واستمرار له وهذا ما اشارت اليه المادة (38) (اولا) من قانون العمل العراقي التي جاء فيها " يبرم عقد العمل محدداً المدة لتنفيذ عمل معين او تقديم خدمة محددة متعلقة بعمل أو مشروع ينتهي في تاريخ معين أو تاريخ متوقع على ان لا تزيد مدة العقد ذلك على سنة واحدة " وكذلك المادة (105) من قانون العمل المصري، وكذلك المادة (L.122-1) من قانون العمل الفرنسي، وكذلك المادة (13) من قانون العمل الجزائري، اما عقد خدمة التوصيل فلا يعتبر من عقود المدة وهو عقد مؤقت ينتهي بتسليم الطلب إلى المستهلك.

ج- **من حيث التقسيم :** عقد العمل ممكن ان يكون عملاً كاملاً او جزئياً أو عرضياً، وهذا ما اشارت اليه المادة (1) الفقرات (10-11-12-13) من قانون العمل العراقي، كذلك المادة (1) من قانون العمل المصري، كذلك المادة (L.122-4) كذلك المادة (14) من قانون العمل الجزائري، اما عقد خدمة التوصيل فلا يمكن تجزئته او اتمام نصف عملية التوصيل والا نكون امام عملية انهاء العقد بسبب عدم توصيل الطلب إلى المستهلك.

ح-**من حيث محل العقد :** محل عقد العمل هو الانتاج الذي يقوم فيه العامل لصالح رب العمل، في حين ان محل عقد خدمة التوصيل هي الخدمة ذاتها في توصيل الطلب إلى المستهلك.

خ-**من حيث التنظيم :** عقد العمل من العقود المسماة وقد نظمها المشرع العراقي وسماه ووضع له احكامه الخاصة به، أما عقد خدمة التوصيل التجاري لم ينظمه المشرع العراقي والقوانين المقارنة، لكن اوجدته الحاجة اليه في ضل تسارع التطورات التكنلوجية الحديثة وحاجة المستهلك إلى عقد يسهل الاجراءات التقليدية وتقليل الوقت ووصول الطلب اليه بأقل وقت وجهد وكلفة مالية.

نستخلص ان عقد خدمة التوصيل على الرغم من وجود نقاط تشابه بينه وبين عقد العمل الا أنه لا يمكن التسليم بها وإعتباره عقد عملٍ وذلك للأسباب التي بيناها من خلال الاختلاف ما بين احكام العقدين، لذلك نبحث عن عقد اخر للوقوف على مدى توافقه مع عقد خدمة التوصيل.

ثانيا : تمييزه عن عقد الوكالة

يعتبر عقد الوكالة من اهم العقود المسماة التي نظمها المشرع العراقي وبقية التشريعات منذ زمن ليس بالقريب، فيعرفه المشرع العراقي في المادة(927) من القانون المدني التي جاء فيها " الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ".

1 - د، خالد ممدوح ابراهيم، مصدر سابق، ص77.

وعقد الوكالة يقسم إلى نوعين وكالة تجارية واخرى مدنية، حيث تختلف الاحكام القانونية ما بين الوكالتين من حيث التنظيم [1] فالوكالة المدنية ينظمها القانون المدني أما النوع آلاخر وهي الوكالة التجارية يعرفها المشرع العراقي في المادة (1) الفقرة (ثالثا) من قانون الوكالة التجارية رقم (51) لسنة 2000 المعدل بقانون رقم (79) لسنة 2017 [2].التي جاء فيها " عقد يعهد بمقتضاه إلى شخص طبيعي او معنوي بيع او توزيع سلع او منتجات او تقديم خدمات داخل العراق بصفته وكيلا او موزع او صاحب امتياز عن الموكل خارج العراق لقاء ربح او عمولة، ويقوم بخدمات ما بعد البيع واعمال الصيانة وتجهيز قطع الغيار للمنتجات والسلع التي يقوم بتسويقها "

اما المشرع المصري فأنه على عكس المشرع العراقي[3] فأنه نظم عقد الوكالة في قانونه التجاري رقم (17) لسنة 1999النافذ، حيث عرف الوكالة بالعمولة وهي صورة من صور الوكالة التجارية في المادة (166) الفقرة (1) التي جاء فيها " الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري بأسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل ".

اما المشرع الفرنسي فأنه لم يعرف الوكالة التجارية لكنه عرف الوكيل التجاري في المادة (1) من قانون الوكلاء التجاريين الصادر في (25 يونيو 1991) والتي جاء فيها " الوكيل التجاري هو الذي يتعامل بصفة مهنية معتادة ومستقلة ودون ان يكون مرتبطاً بعقدِ تأجير الخدمات ويبرم عمليات الشراء والبيع والتأجير وتقديم خدمات بأسم ولحساب المنتجين والصناع والتجار "[4].

أما ما ورد من تعريف للوكالة في القانون المدني الفرنسي في المادة (1984) التي جاء فيها " الوكالة او التوكيل هي عقد يعطي شخص بمقتضاه شخصاً اخراً سلطة القيام بعمل معين لصالح الموكل وباسمه "

1 - د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشآت المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005، ص95.
2 قانون منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 4469، بتاريخ 2017/11/13.
3 - د. محمد احمد عبد الرحمن الزرقا، سهل العبارة في شرح قانون التجارة الجديد، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 2005، ج2، ص64.

4- منشور على الموقع الالكتروني www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do تاريخ الزيارة 2021/1/22 نص المادة (1) من القانون المدني باللغة الفرنسية :
Art- 1‹‹ L'agent commercial est celui qui agit à titre professionnel régulier et indépendant et sans être lié à un contrat de location-service et conclut des opérations d'achat‹ de vente et de location et fournit des services au nom et pour le compte des producteurs‹ fabricants et commerçants››

كما عرف المشرع الفرنسي الوكالة بالعمولة في المادة (94) من القانون التجاري والتي جاء فيها " الوكيل بالعمولة هو من يتعاقد باسمه أو تحت عنوان تجاري لحساب الموكل "[1].

أما المشرع الجزائري فأنه عرف الوكالة التجارية في المادة (34) من القانون التجاري رقم (75-59) لسنة 1975 والتي جاء فيها " الوكالة التجارية هي إتفاقية يلتزم بواسطتها شخص عادة بأعداد وابرام البيوع او الشراء وبوجه عام جميع العمليات التجارية بأسم ولحساب التاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص، ولكن دون ان يكون مرتبطاً بعقد اجارة خدمات "[2].

وعلى الرغم من اختلاف التعاريف لعقد الوكالة فأن مضمونها وجوهرها ثابت وواضح وهو ان ينيب شخص غيره مكان نفسه في تصرفات جائزة قانونا في المعاملات التجارية[3].

وتماشيا مع ما تم ذكره يمكننا أن نبين أهم اوجه الشبه والاختلاف ما بين عقد خدمة التوصيل وعقد الوكالة على النحو الاتي :

1- اوجه الشبه

تتشابه احكام عقد خدمة التوصيل مع احكام عقد الوكالة في عدة أمور نبينها على النحو الاتي :

أ- **من حيث التمثيل في العقد :** في عقد الوكالة التجارية فأن الوكيل يمثل الموكل ويجري بأسمه ولحسابه التصرفات القانونية[4]، فالوكيل لا يعمل لحسابه الخاص ولا يجري التصرفات القانونية بأسمه والا يعد متجاوزا حدود الوكالة[5]، كذلك اشارت المادة (933) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة " هذا ما اشارت اليه

1- منشور على الموقع الالكتروني www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do تاريخ الزيارة 2021/1/22 نص المادة (1) من قانون الوكلاء التجاريين باللغة الفرنسية :
Art- 1980‹‹ L'agence ou la procuration est un contrat par lequel une personne donne à une autre personne le pouvoir d'accomplir un acte déterminé au profit du mandant et en son nom‹‹
Art- ‹‹94 Un commissionnaire est une personne qui contracte en son nom ou sous une adresse commerciale pour le compte du mandant- ‹‹

2 - د. بوعبد الله رمضان، احكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، القبة القديمة الجزائر، دار الخلدونية، 2008، ص 22.

3 - د. سميحة القيلوبي، مصدر سابق، ص432، د. محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007، ص91.

4 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص226، د. عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، عقد الوكالة، مصدر سابق، ص373، د. سحر رشيد حميد النعيمي، الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية،الطبعة 1،عمان،الاردن،دار الثقافة للنشر و التوزيع،2004،ص 21.

5 - ينظر نص المادة (151) من القانون التجاري المصري، وكذلك المادة (196) من القانون التجاري العراقي د. محمد احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص65، والمادة (936) من القانون المدني العراقي، د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 970، ص48.

نص المادة (34) من قانون التجارة الجزائري سالفة الذكر[1]، وكذلك المادة (1984) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " الوكالة او التوكيل هي عقد يعطي شخص بمقتضاه شخص اخر سلطة القيام بعمل معين لصالح الموكل وباسمه " [2] وكذلك عقد خدمة التوصيل التجاري فأن المندوب يعمل لحساب البائع سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً، فالمندوب لا يعمل لحسابه الشخصي ولا يجري اي تصرف قانوني بأسمه بل ان عمله توصيل الطلب من البائع إلى المستهلك [3]

ب- **من حيث الرقابة والاشراف :** ان للموكل في عقد الوكالة حق الرقابة والاشراف على عمل الوكيل وعلى هذا الاخير ان يقدم بشكل دوري كشف إلى الموكل يحتوي تفاصيل ما قام به الوكيل من أعمال في إنجاز الوكالة وحسب ما تم الاتفاق عليه[4]، ونجد سند هذا الكلام من خلال ما جاء بنص المادة (3) الفقرة (ثالثا) من قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي التي جاء فيها " تتحقق أهداف هذا القانون من خلال وسيلة مراقبة نشاط الوكلاء التجاريين " كذلك المادة (151) من قانون التجارة المصري، كذلك ما شارت اليه الفقرة (8) من المادة (1984) من القانون المدني الفرنسي، وكذلك المادة (34) من قانون التجارة الجزائري، كذلك فأن المندوب في عقد خدمة التوصيل التجاري يخضع إلى رقابة واشراف البائع وبعد قيام المندوب بتنفيذ بنود العقد وتسليم الطلب إلى المستهلك واستلام الثمن، يقدم الوصولات الخاصة بتنفيذ الطلب والثمن للبائع بعد تنفيذ عملية التوصيل التي يقوم بها المندوب بشكل مستمر [5]

ج- **من حيث اكتساب الصفة التجارية :** نصت المادة (11) الفقرة (اولا) من قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي على الزامية مسك الدفاتر التجارية من قبل الوكيل خلال ممارسته العمل التجاري والتي جاء فيها " يمسك الوكيل دفترا خاصا يكون خاليا من كل شطب او حك او تحشية او

---

1 - المادة (34) من القانون التجاري الجزائري رقم (75-59) لسنة 1975 " الوكالة التجارية هي اتفاقية يلتزم بواسطتها شخص عادة بأعداد وابرام البيوع او الشراء وبوجه عام جميع العمليات التجارية بأسم ولحساب التاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص، ولكن دون ان يكون مرتبط بعقد اجارة خدمات "

2 - نص المادة (1984) باللغة الفرنسية :

Art- 1984‹‹ L'agence ou la procuration est un contrat par lequel une personne donne à une autre personne le pouvoir d'accomplir un acte déterminé au profit du mandant et en son nom‹‹

3 - د. محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص18.

4 - ينظر المادة (571) من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها " الوكالة او الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا اخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه "، د. جمال موسى بدر، النيابة في التصرف القانوني، مطبعة جامعة الاسكندرية، 1961، ص87، د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص127.

5 - د. شريف محمد غنام، دور الوكيل الالكتروني في التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص58، د. احمد عبد التواب محمد، ابرام العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص42 وما بعدها.

فراغ لا تقتضيه اصول مسك الدفاتر التجارية، يدون فيه مقدار الربح او العمولة المتحققة له مبينا مقدار ما حول منها إلى العراق بتوسط الجهات المخولة، ونسبتها إلى مبالغ الصفقات المعقودة وما تم من عمليات تجارية لحساب موكله "، والوكالة التجارية عمل تجاري محترف[1] هذا ما جاءت به المادة (5) الفقرة (16) من قانون التجارة العراقي التي جاء فيها " تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس – سادس عشر - الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة واعمال الوساطة التجارية الاخرى " كذلك نصت المادة (148) من قانون التجارة المصري على احتراف الوكيل العمل التجاري والتي جاء فيها " تطبق أحكام الوكالة التجارية أذا كان الوكيل محترفا إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير " وبالتالي فهو يعتبر الوكالة التجارية عملا تجاريا إذا بوشرت على وجه الاحتراف[2]، وكذلك البائع في عقد خدمة التوصيل سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً (تاجر او شركات او افراد) فهم يمارسون عملهم على وجه الاحتراف ويكتسبون الصفة التجارية من خلال تلك الاعمال [3]

د- من حيث الاجر : الوكالة من عقود المعاوضة وتكون بمقابل وتعتبر العمولة العنصر الجوهري الذي يميز الوكالة العادية عن الوكالة التجارية[4]، وهذا ما اشارت اليه المادة (940) من القانون المدني العراقي، كذلك المادة (150) من قانون التجارة المصري، حيث ان الوكالة التجارية لايمكن ان تكون بدون مقابل، وهذا ما اشارت اليه المادة (1986) من القانون المدني الفرنسي، وكذلك المادة (582) من القانون المدني الجزائري، وكذلك عقد خدمة التوصيل التجاري فأنه لا يكون بالمجان إذ إن المستهلك يدفع الثمن متضمنا قيمة السلع والبضائع واجرة خدمة التوصيل مضافة إلى الثمن الكلي سواء كانت الاجرة ضمنية ان كان المندوب تابعاً للبائع او تكون صريحة اذا كان المندوب مستقلاً عن البائع

هـ - من حيث الشخصية : الوكيل في عقد الوكالة قد يكون شخص طبيعي او شخص معنوي (شركات) اي ان الوكالة لا تنحصر بالشخص الطبيعي فقط واساس هذا في المادة (1) الفقرة (ثالثا) من قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي التي جاء فيها " الوكالة التجارية عقد يعهد بمقتضاه إلى شخص طبيعي او معنوي " وكذلك الفقرة (رابعا) من المادة نفسها اشارت إلى ذات

---

1 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص227.
2 - د. محمد احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص56، سحر رشيد حميد النعيمي،مصدر سابق، ص22.
3 - د. سمير برهان، ابرام العقد في التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، القاهرة، 2002.
4 - د. عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، عقد الوكالة، مصدر سابق، ص377، د. باسم محمد صالح، المرجع السابق، ص238، كذلك ينظر المادة (150) الفقرة (1) من القانون التجاري المصري التي جاء فيها " تكون الوكالة التجارية بأجر".

المعنى والتي جاء فيها " الوكيل التجاري الشخص العراقي الطبيعي او المعنوي الذي يقوم باي عمل من اعمال الوكالة التجارية " وكذلك ما اشارت اليه الفقرة (12) من المادة (1984) من القانون المدني الفرنسي، وفي نفس الصدد فأن البائع او المستهلك ام مندوب التوصيل في عقد خدمة التوصيل التجاري قد يكون شخص طبيعي (تاجر – ومستهلك) او قد يكون كل من البائع والمستهلك أشخاصاً معنوية مثل (الشركات – المؤسسات – المصانع) وغيرها.

و- من حيث الاعتبار الشخصي : تتميز الوكالة بتغليب الاعتبار الشخصي، حيث ان الموكل ادخل في اعتباره شخصية الوكيل[1] وكذلك الوكيل ادخل في اعتباره شخصية الموكل، وخاصة ان كانت شخصية الوكيل ذات احترافية مهنية ولا يمكن اتمام عمل الوكالة من قبل شخص اخر غيره، وهذا ما جاء في المادة (939) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " ليس للوكيل ان يوكل غيره الا ان يكون قد اذنه الموكل في ذلك او فوض الامر لرأيه ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل، فلا ينعزل بعزل الوكيل الاول ولا بموته ".

وكذلك المادة (708) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (580) من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها " إذا اناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسؤولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية " وكذلك اشارت المادة (1998) من القانون المدني الفرنسي إلى ذات المعنى، وفي ذات الصدد فأن شخصية المستهلك تكون محل اعتبار بالنسبة للبائع والمندوب، اذ لا يمكن تسليم الطلب لغير شخص المستهلك واطلاعه عليها وفحصها قبل الاستلام والتوقيع من قبله على القوائم والاستمارات المرفقة مع الطلب [2]

ح – من حيث انتهاء العقد : ينتهي عقد الوكالة التجارية بموت الوكيل او بموت الموكل، وهذا ما جاءت به المادة (946) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل، او بخروج احدهما عن الاهلية او بإتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة " كذلك اشارت المادة (714) من القانون المدني المصري إلى ذات المعنى والتي جاء فيها " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة، وتنتهي ايضا بموت الوكيل او الموكل" وكذلك الامر بالنسبة لعقد خدمة التوصيل فأن العقد ينتهي بموت البائع او المستهلك، حيث انه بوفاة البائع ينتهي العقد لكون العقد لم يتم تنفيذه بعد، وكذلك موت المستهلك يؤدي إلى إنتهاء العقد

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، عقد الوكالة، مصدر سابق، ص377.
2 - د. محمد احمد ابو القاسم، التسوق عبر الانترنيت، دار الامين للنشر والتوزيع، فلسطين، 2000، ص24 وما بعدها.

كون الطلب لم يسلم بعد إلى المستهلك ولم يتم دفع الثمن مسبقا، أما في حالة موت المندوب فأن العقد لا ينتهي ويبقى التزام البائع قائما ولا تؤثر وفاة المندوب على صحة العقد واستمراره ان كان المندوب تابع إلى البائع، أما أن كان المندوب شخصاً غير تابع للبائع فهنا تفصيل ان كان شخصاً معنوياً فيبقى الالتزام قائم والشخص المعنوي لا ينتهي التزامه بتوصيل الطلب إلى المستهلك، اما ان كان شخصاً طبيعياً فأن الوفاة تنهي الالتزام وتنتقل المطالبة إلى الورثة.

ط – من حيث المضاربة : الوكيل في عقد الوكالة لا يضارب ولا يعرض نفسه للخسارة بل إن دوره تنفيذ الوكالة حسب الاتفاق ولا يخرج عن الوكالة الا في الحالات التي يسمح بها القانون والمضاربة هي من عمل الموكل في البيع او الشراء اما دور الوكيل فقط التعاقد وهذا ما اشارت اليه المادة (711) من القانون المدني المصري، وكذلك المندوب فهو غير مضارب بل ان عمله توصيل الطلب إلى المستهلك واستلام الثمن، وكل ما يعود على العمل من ربح او خسارة فالمسؤول عنه البائع سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً (تاجر – او شركة) فهو المعني بالمضاربة في الاسواق[1].

2- اوجه الاختلاف

رغم التشابه ما بين احكام عقد خدمة التوصيل وعقد الوكالة الا أنَّ هنالك عدة اختلافات جوهرية ما بين احكام العقدين نوردها على شكل نقاط على النحو الاتي :

أ- **من حيث المحل :** ان المحل في عقد الوكالة هو التصرف القانوني[2]،وهذا الامر واضح من خلال تعريف الوكالة بالعمولة بانها (عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري بأسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل...)[3] من قانون التجارة العراقي.

اما عقد خدمة التوصيل التجاري فأن محله هو الخدمة ذاتها وهي توصيل الطلب إلى المستهلك.

ب- **من حيث الاطراف :** اطراف عقد الوكالة اثنان هما (الموكل – الوكيل) وهذا واضح من تعريف الوكالة الذي جاءت به المادة (1) من قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية العراقي رقم (11) لسنة 1983 والتي جاء فيها " الوكالة التجارية بانها عقد يُعهد بمقتضاه إلى شخص

1 - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2003، ص62.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، عقد الوكالة، مصدر سابق، ص389.
3 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص226.

طبيعي أو معنوي..." [1]وكذلك ما اشارت اليه المادة (927) من القانون المدني العراقي[2] ، وكذلك المادة (699) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (1984) من القانون المدني الفرنسي، وكذلك المادة (571) من القانون المدني الجزائري، اما اطراف عقد خدمة التوصيل التجاري فهم ثلاثة (البائع – المستهلك – المندوب).

ت- **من حيث طريقة الابرام :** عقد الوكالة لابد من إبرامه بالطريقة التقليدية ولابد من وجود بعض التواقيع والاختام الرسمية على العقد اي يجب ان يكون هنالك حضور مادي للموكل اثناء تنظيم عقد الوكالة، اما عقد خدمة التوصيل فأنه قد يبرم بالطريقة التقليدية نفسها ، ولكن الاغلب الاعم منه يبرم بطريقة الكترونية.

ث- **من حيث طبيعة التزام الوكيل : في** عقد الوكالة طبيعته هو التزام الوكيل ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وهذا ما جاءت به المادة (934) من القانون المدني العراقي التي نصت على " وان كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل ان يبذل في تنفيذها عناية الرجل المعتاد " وكذلك المادة (704) الفقرة (2) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل " وكذلك المادة (1998) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (576) من القانون المدني الجزائري، اما عقد خدمة التوصيل التجاري فأن الطبيعته القانونية لالتزام المندوب هي تحقيق نتيجة وليس بذل عناية وهي توصيل الطلب إلى المستهلك حسب بنود العقد.

ج- **من حيث تقدير الاجر:** الاجر في عقد الوكالة يحدده القضاء [3]، وهذا ما جاءت به المادة (940) الفقرة (2) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " واذا اتفق على اجر للوكالة كان هذا الاجر خاضعاً لتقدير المحكمة، الا اذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة " وكذلك ما جاءت به المادة (709) الفقرة (2) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة "، اما عقد خدمة التوصيل فأن الاجر يدفع كما هو مثبت في العقد ولا يخضع لتقدير المحكمة.

ح- **من حيث الالزام :** عقد الوكالة عقد غير لازم اذ يستطيع الموكل ان يعزل الوكيل وتنتهي الوكالة ولا ترتب اي اثر خاصة ان لم يقم الوكيل بأي من اجراءات الوكالة، بخلاف عقد خدمة التوصيل التجاري إذ إنه يعد من العقود الملزمة للجانبين بالنسبة للبائع والمستهلك

1 - قانون منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد2927 لسنة 1983.
2 - م (927) مدني عراقي " الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"
3 - د. عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، عقد الوكالة، مصدر سابق، ص385.

على حدا سواء، وكذلك اذا ما امعنا النظر في العلاقات التعاقدية والمراكز القانونية فنلاحظ ان البائع يستطيع ان يقوم بعزل المندوب ان كان تابعاً له او قيام الاخير بالاستقالة وبإرادته الشخصية، وهذا بخلاف ما اذا كان المندوب غير تابع للبائع فلا يستطيع ان ينهي ينهي العقد بأرادته وخاصة بعد ان يستلم السلع والبضائع من البائع لغرض توصيلها الى المستهلك، وكذلك هذا الاخير لا يستطيع انهاء العقد بأرادته كون المندوب المستقل قد تسلم البضائع وقام بشحنها ورصفها لغرض التوصيل.

خ- **من حيث تعدد أنواع الوكالة :** نجد ان عقد الوكالة له انواع كثيرة وله صور مختلفة حيث نلاحظ ان هنالك الوكالة المدنية والوكالة التجارية، وكذلك الوكالة العامة والخاصة، وايضا هنالك صور للوكالة مثل الوكالة بالعمولة والتمثيل التجاري وكلا لها احكام خاصة تختلف عن الاخرى على الرغم من تشابهها ببعض الاحكام العامة، اما عقد خدمة التوصيل التجاري فله نوعين فقط من حيث المندوب ان كان تابعاً للبائع او كان مستقل عنه ولكل حالة احكامها الخاصة بها.

د- **من حيث التنظيم :** عقد الوكالة عقد مسمى ونظمه المشرع العراقي وتشريعات الدول كافة ونظمت احكامها سواء المدنية منها او التجارية وبكل انواعها ونرى احكام الوكالة في القانون المدني والقانون التجاري وقانون النقل والقوانين الخاصة بالوكالة مثل قانون تنظيم الوكالات الذي اشرنا اليه سابقا، اما عقد خدمة التوصيل فهو عقد غير مسمى ولم ينظمه المشرع العراقي او القوانين المقارنة [1]

ومن خلال ما تم ذكره من نصوص قانونية وفقهيه لا يمكن ان نسلم بان عقد خدمة التوصيل هو عقد وكالة وذلك بسبب؛ حالات الاختلاف الجوهرية ما بين العقدين، لذلك نحاول تمييز عقد خدمة التوصيل عن عقد اخر.

ثالثاً – تمييزه عن عقد النقل

يعد عقد النقل من العقود المهمة والتي حظيت بالتنظيم من قبل المشرع العراقي والتشريعات الدولية، ولأنه يعد عصب الحياة الاقتصادية فنظمه المشرع العراقي بقانون خاص به هو قانون النقل رقم (80) لسنة 1983.

1 - باستثناء المشرع السعودي فأنه تناول معالجة خدمة التوصيل عبر المنصات الالكترونية على انها من الخدمات البريدية وحسب قرار مجلس الوزراء السعودي المرقم (403) لعام 2018.

يعرف المشرع العراقي النقل في المادة (5) من قانون النقل التي نصت على ان " النقل اتفاق يلتزم الناقل بمقتضاه بنقل شخص او شيء من مكان إلى اخر لقاء اجر معين " وهو تعريف شامل لجميع انواع النقل.

كما يعرف قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 في المادة (208) والتي جاء فيها "عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص او شيء إلى مكان معين مقابل اجرة " وهذه المادة ممكن ان تنطبق على البيع بالشكل التقليدي او الالكتروني[1]، كما اشار إلى ذلك قانون النقل المصري[2] رقم (73) لسنة 2019 من خلال المادة (3)، كذلك المادة (3-3112) من قانون النقل الفرنسي، كذلك المادة (36) من قانون التجارة الجزائري، اما موقف المشرع الفرنسي فأنه لم يعرف النقل بمادة واحدة بل جزئها على شكل فقرات وهذا ما جاء بالملحق (د) من المادة (3-3112) القسم (2) بفقراتها (16) من قانون النقل الفرنسي المشرع في سنة 2019.

اما موقف المشرع الجزائري فأنه عرف النقل في نص المادة (36) من قانون التجارة الجزائري التي جاء فيها " عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن، بأن يتولى بنفسه نقل شخص او شيء إلى مكان معين " ولم يختلف موقف المشرع الجزائري عما جاء به التشريع المقارن من الاتفاق ومن حيث المقابل النقدي[3]

من خلال ما تقدم يتضح ان هنالك نقاط تشابه واختلاف ما بين عقد خدمة التوصيل وعقد النقل نبينها على النحو الاتي

1- اوجه الشبه

يتشابه عقد خدمة التوصيل التجاري مع عقد النقل بعدة نقاط نبينها على النحو الاتي :

أ- **من حيث المعاوضة :** ان عقد النقل من عقود المعاوضة ولا يمكن ان يتم من غير مقابل اي لايمكن ان يكون عقد تبرع وخاصة ان اغلب مرافق النقل تابعة للقطاع العام مثل الطيران وسكك الحديد وغيرها، وهذا واضح من تعريف العقد في المادة (5) من قانون النقل العراقي حيث يكون على الناقل التزام يقابله التزام الطرف الثاني بدفع الاجرة، وهذا ما اشارت اليه المادة (17) من قانون التجارة المصري سالفة الذكر، وكذلك عقد خدمة التوصيل هومن عقود

1 - د. محمد احمد عبد الرحمن الزرقا، مصدر سابق، ص82.
2 - قانون منشور في جريدة الوقائع المصرية العدد (23) لسنة 2019.
3 - د. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، 2003، ج2، ط2، ص238.

المعاوضة حيث ان كل طرف يدفع مقابل لما يأخذ، حيث يلتزم المستهلك بدفع ثمن البضاعة التي تم توصيلها مع اجرة التوصيل والتي قد تكون ضمن الثمن الكلي او بشكل مستقل.

ب- **من حيث الالزام :** يعد عقد النقل من العقود الملزمة للجانبين حيث يلقي التزامات على كل من طرفيه تقابلها التزامات الطرف الثاني، وكذلك عقد خدمة التوصيل فهو عقد ملزم للأطراف المتعاقدة وهم كل من البائع ومندوب التوصيل والمستهلك.

ت- **من حيث الاطراف :** اشخاص عقد النقل ثلاثة وهم (المرسل – الناقل – المرسل اليه)[1]، وكذلك اشخاص عقد خدمة التوصيل ثلاثة.

ث- **من حيث الرضائية :** يعتبر عقد النقل عقد رضائي وهذا ما جاءت به المادة (6) من قانون النقل العراقي، التي جاء فيها " يتم عقد النقل بمجرد الاتفاق ويجوز اثباته بجميع الطرق "، وفي ذات المعنى فأن عقد خدمة التوصيل هو من العقود الرضائية، ويتم بمجرد الاتفاق دون الحاجة إلى الكتابة وهي ليس شرط في العقد وانما للأثبات، ولكونه يتم عن طريق التعاقد الالكتروني فهذا النوع من التعاقد يضفي عليه الصفة الرضائية[2]

ج- **من حيث طبيعة العمل :** عقد النقل هو اداء عمل مادي[3]، والناقل هو من يتعامل مع الاشخاص او الاشياء مباشرة، وهذا ما اشارت اليه المادة (36) من قانون التجارة الجزائري سالفة الذكر، وكذلك عقد خدمة التوصيل فهو اداء عمل مادي وجهد بدني بخلاف التوصيل الالكتروني الغير مادي كما في نقل وارسال الملفات الالكترونية من برامج وافلام وغيرها التيلا تتطلب جهد بدني كما في الحاله الاولى.[4]

ح- **من حيث الضمان:** للناقل في عقد النقل ضمان خاص لاستيفاء الاجرة[5] وهو حبس الشيء وهذا ما قررته المادة (39) من قانون النقل العراقي التي جاء فيها " للناقل حق حبس الشيء الذي يقوم بنقله لاستيفاء اجرة النقل وغيرها من المبالغ المستحقة له بسبب النقل من ثمنه ما دام

---

1 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص182، د. احمد عبد التواب محمد، ابرام العقد الالكتروني، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009، ص68.

2- د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق 2011،ص75

3 - هذا ما اكدته محكمة استئناف باريس (Lyon) الفرنسية في قرار لها الصادر في 1995/5/5، الذي جاء فيه (ان النقل عمل مادي وقانوني في نفس الوقت بموجبه يحوز الناقل البضاعة حيازة فعلية ويقبل نقلها) حكم منشور على الموقع الالكتروني : https://www.google.com/search?q تاريخ الزيارة 2021/2/8

4 - الرقائق الالكترونية (هي عبارة عن قطع صغيرة الحجم مصنوعة من السليكون وهي شبه موصل ولها القدرة على تتبع ونقل البيانات والمعلومات وتعتبر من العناصر الاساسية التي تستخدم في تطبيقات الحاسب الالي الكمبيوتر) بحث منشور على الموقع الالكتروني : https://books-library.net/free-180962017-download تاريخ الزيارة 2021/2/10.

5 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص201.

هذا الشيء في حيازته" وذات الامر بالنسبة لعقد خدمة التوصيل، فأن ضمان البائع هو قيام المندوب بحبس المبيع عن المستهلك لحين استلام الثمن كاملا.[1]

خ- **من حيث نوع العقد:** يعتبر عقد النقل من العقود التجارية[2] استنادا إلى نص المادة (5) الفقرة (تاسعا) من قانون التجارة العراقي التي جاء فيها " تعتبر الاعمال التالية تجارية اذا كانت بقصد الربح ويفترض هذا القصد ما لم يثبت العكس، تاسعا : نقل الاشياء والاشخاص" وكذلك عقد خدمة التوصيل هو من العقود التجارية وذلك لمزاولة العمل من قبل محترف مهني وتحقق قصد الربح ومسك البائع للدفاتر التجارية كما بينا سابقا.

2- اوجه الاختلاف

على الرغم من التشابه ما بين أحكام عقد خدمة التوصيل وعقد النقل، الا أن هذا التشابه ما بين العقدين لا يخلو من نقاط اختلاف جوهرية في الاحكام الاخرى للعقدين والتي يمكننا أن نوجزها على شكل فقرات على النحو الاتي :

أ -**من حيث صفة الاذعان** : يعتبر عقد النقل من عقود الاذعان، من حيث عدم امكانية مناقشتها من قبل المتعاقد الاخر اي أن الطرف الذي يقوم بالنقل يضع شروطه في العقد والطرف الآخر يقبل بالشروط دون مناقشة، وهذا ما اشار اليه نص المادة (167) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة " كذلك المادة (212) من القانون التجاري المصري التي جاء فيها " إذا كان الناقل محتكراً نوعاً من النقل أو استثمار خطوط نقل معينة، التزم بقبول كل ما يقدم إليه من طلبات النقل إلا إذا كان الطلب مخالفاً للشروط المقررة للنقل " وصفة الاذعان تتمثل بان النقل يتولاه احد الاشخاص المعنوية العامة، كما في مرافق السكك الحديدية او الخطوط الجوية، ويتعدى هذا الوصف ان تم النقل من قبل اشخاص القانون الخاص، فان الدولة تتدخل وتضع الشروط ذاتها[3]، وهذا الامر غير وارد في عقد خدمة التوصيل وذلك؛ بسبب ان هنالك مرحلة مهمة قبل اِبرام العقد تسمى مرحلة التفاوض، لذلك لا يمكن اعتبار عقد خدمة التوصيل عقد اذعان. [4]

---

1 - د. محمد احمد عبد الرحمن، قانون التجارة الجديد، دار الطباعة المحمدية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999، ص101، د. باسم محمد صالح، المصدر السابق، ص191.
2 - د. محمد احمد عبد الرحمن الزرقا، مصدر سابق، ص83.
3 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص 176.
4 - د. محمد احمد عبد الرحمن، قانون التجارة الجديد، مصدر سابق، ص61 وما بعدها، د. خالد ممدوح ابراهيم، مصدر سابق، ص83.

ب - من حيث موضوع او الية النقل : عقد النقل ينصب على نقل الاشياء والاشخاص، وهذا ما اشارت اليه المادة الخامسة من قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983. اما عقد خدمة التوصيل فأنها تنصب على نقل الاشياء دون الاشخاص بالدرجة الاساس كون خدمة التوصيل هي مناطة بالمندوب الذي يعمل لصالح الشركات او المؤسسات المنتجة او المصنعة او المجهزين.

ج- من حيث شحن البضائع : الاصل من يقوم بالشحن ورص البضائع هو الناقل في عقد النقل، لكن لا يمنع ذلك من قيام المرسل بهذا الامر[1]، وهذا ما أشارت اليه المادة (30) من قانون النقل العراقي التي جاء فيها " يلتزم الناقل بشحن الشيء ورصه ودفع المصروفات المقتضاة ما لم يقم بذلك المرسل او شخص اخر بمقتضى اتفاق او قانون أو تعليمات وعندئذ يكون هذا الاخير مسؤولا عن الاضرار التي قد تنجم عن ذلك "، وكذلك المادة (227) من القانون التجاري المصري التي جاء فيها " وإذا اتفق على أن يقوم المرسل بالشحن فلا يسأل عنه الناقل " والى ابعد من ذلك فقد يتدخل المرسل في تحديد الالية التي يتم شحن البضائع عليها ومن ثم نقلها .

اما عقد خدمة التوصيل فأن الشحن والتحميل والتوصيل هي من مسؤولية المندوب ولا يتدخل المستهلك بأي منها، ولولا هذه الخدمة التي توفر للمستهلك الوقت والجهد والمال لما اقدم على إجراء عقد خدمة التوصيل.

د- من حيث طبيعة العمل : نقل الاشياء في عقد النقل تتطلب من الناقل العناية العادية وهي تسمى بذل عناية وليس تحقيق نتيجة[2]، اما عقد خدمة التوصيل فأن طبيعة التزام المندوب هي تحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وما على المندوب الا تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه من شروط وتوصيل الطلب إلى المستهلك من غير نقص او هلاك او تأخير.

ذ- من حيث دفع الاجرة : الاجرة في عقد نقل الاشياء قد يدفعها المرسل او قد يدفعها المرسل اليه، وهذا ما اشارت اليه المادة (60) من قانون النقل العراقي التي جاء فيها " يلتزم المرسل بدفع اجرة النقل وغيرها من المصروفات المستحقة للناقل ما لم يجر الاتفاق على ان يتحملها المرسل اليه. وفي هذه الحالة يكون المرسل والمرسل اليه مسؤولين عن دفعها بالتضامن " والى ذات المعنى اشارت المادة (218) من القانون التجاري المصري بالفقرة (و) التي جاء فيها " اجرة النقل وغيرها من المصاريف مع بيان ما اذا كانت مستحقة على المرسل او المرسل اليه"

---

1 - د. محمد احمد عبد الرحمن، سهل العبارة في شرح قانون التجارة، جامعة الازهر، القاهرة،، 2005، ص8.
2 - وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 1922/11/8، والذي جاء فيه (الناقل ليس ملزم الا بأعمال العناية العامة العادية)، ينظر، د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص685.

وعلى النقيض من هذا فأن المقابل الذي يدفعه المستهلك في عقد خدمة التوصيل وهو التزام يترتب عليه عند استلام الطلب من المندوب قد يشتمل على اجرة التوصيل او يدفعها بشكل مستقل اذا كانت محددة في الإعلان عن البيع الذي يتضمن خدمة التوصيل وثمنها.

ر- **من حيث الشخصية :** عقد النقل مختلط ما بين القطاع العام (القطاع الحكومي) والقطاع الخاص، حيث ان قطاع النقل بالطائرات أوعبر السكك الحديدية هي خاضعة للقطاع الحكومي، اما النقل البري والبحري فهو مشترك ما بين القطاع العام والخاص، أما عقد خدمة التوصيل فهو يعمل في القطاع الخاص فقط وبأشراف القطاع العام وذلك لان خدمة التوصيل هي عملية تنافسية ما بين المنتجين والتجار والشركات لغرض الحصول على رضا المستهلك لغرض زيادة الارباح من خلال عمليات البيع للمنتجات، اما القطاع العام هو القطاع الحكومي فهو ليس تاجر وليس شركة تجارية القصد من ورائها تحقيق الربح بل أن واجبها تنظيم ومراقبة تلك الاعمال في القطاع الخاص ومحاسبة المخالفين للأنظمة والقوانين هذا من جانب ومن اخر فأن الخدمات المقدمة من قبل القطاع العام تقدم بالمجان في الكثير من قطاعات الدولة تسمى الخدمات الحكومية مثل الخدمات العامة والمرافق العامة[1].

خلاصة القول أنه بالرغم من التشابه الكبير بين عقد النقل وعقد خدمة التوصيل الا أنه ليس هنالك ما يمنع من الاستفادة من الكثير من أحكام عقد النقل في العقد موضوع الدراسة، وخاصة فيما يتعلق بالتزامات الاطراف ويبقى عقد خدمة التوصيل عقد ذو طبيعة خاصة له أحكامة وذاتية التي تميزه عن عقد النقل.

رابعاً : تمييزه عن عقد التوريد

يعد عقد التوريد من العقود المهمة في اشباع رغبات الافراد وتلبية حاجياتهم من البضائع والخدمات ومن ثم فان لهذا العقد علاقة وثيقة بمجمل التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

وقد أختلف الفقه بتعريف التوريد فمنهم من عرفه بأنه

(عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز شخص اخر ببعض الاموال المنقولة خلال فترة زمنية معينة لقاء ثمن او اجر متفق عليه)[2] وعلى سبيل المثال توريد الاغذية للمستشفيات أو توريد الملابس.

1 - د. حسين عجلان حسين، القطاع العام في العراق وضرورات التطور، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، مج1، العدد11، لسنة 2006، ص5 وما بعدها.
2 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص63.

ويعرفه جانب اخر من الفقه بأنه (استمرار توريد اشياء منقولة كالبضائع او الفحم او الاغذية او الملابس او الورق او الوقود...)[1]

كما يعرفه جانب اخر بأنه (العقد الذي يلتزم فيه المورد بتوريد البضائع والخدمات المتفق على توريدها خلال مدة معينه، أو قابلةٍ للتعيين لشخص مقابل مبلغ معين)[2].

ومن خلال ما تقدم نلاحظ أنَّ التوريد هو عملية شراء للأموال والبضائع التي لم تكن لدى المورد لحظة التعاقد وانما يتعهد بتوفيرها فيما بعد.

ويتضمن قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 في الفقرة (2) من المادة (5) النص على تجارية عقد التوريد والذي يشتمل على توريد البضائع والخدمات.

أما موقف المشرع المصري فأنه اشار في المادة (5) من قانون التجارة إلى اعمال التوريد والخدمات بالفقرة (أ) والتي جاء فيها التوريد "عقد يلتزم بموجبه شخص يقوم بتجهيز شخص اخر بأموال منقولة على شكل دفعات متتالية خلال فترة معينة لقاء ثمن او اجر متفق عليه، حسبما اذا كان تسليم الاموال على سبيل البيع او الاجارة " ومن الملاحظ من المادة ان عقد التوريد عقد زمني اي ان الزمن عنصرا جوهريا واساسيا فيه[3].

أما موقف المشرع الفرنسي من التوريد فأنه نص عليه في الفقرة (6) من المادة (1-110) من القانون التجاري واعتبره من العقود الزمنية .

أما المشرع الجزائري فانه اشار إلى التوريد في المادة (2) من القانون التجاري.

من خلال ما تقدم من يتبين لنا أن هنالك نقاطَ تشابه واختلاف ما بين عقد خدمة التوصيل وعقد التوريد نبينها على النحو الاتي :

1- اوجه الشبه

تتشابه أحكام عقد خدمة التوصيل التجاري مع احكام عقد التوريد بعدة نقاط نبينها على النحو الاتي :

---

1 - د. محمد سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ط1، ص116
2 - د. نوري طالباني، القانون التجاري العراقي، ج1، النظرية العامة، ط1، مطبعة دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1972، ص 132.
3 - د. عمر فؤاد عمر، الوسيط في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 81. د. سميحة القيلوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007ج2،ط5،ص 174. كذلك ينظر المواد من (115- 118) من قانون التجارة المصري.

أ- **من حيث الرضائية :** ينعقد عقد التوريد بالتعبير عن ارادة المتعاقدين فالتراضي هو قوام التصرفات الارادية، والرضائية هي الاصل في العقود، حيث يكفي الرضا من قبل طرفي العقد لانعقاده[1]، وكذلك عقد خدمة التوصيل التجاري فهو من العقود الرضائية وما الكتابة في العقود الا للأثبات.

ب- **من حيث المقابل المالي :** ان الهدف الاساسي من وراء ابرام عقد التوريد هو الحصول على المقابل المالي المذكور في العقد فعقد التوريد لا يمكن ان يكون عقد تبرع، وكذلك عقد خدمة التوصيل أن الهدف الرئيسي منه هو الحصول على الارباح وما خدمة التوصيل الا تنافس ما بين الشركات والتجار لكسب رضا الزبون والاستمرار في التعامل معهم.

ت- **من حيث طبيعة العمل** : عقد التوريد ينصب على القيام بعمل مادي وليس تصرف قانوني فهو يتعامل مع الاشياء بشكل مباشر ومادي[2]، وكذا هو الحال في عقد خدمة التوصيل فهو ينصب على القيام بأعمال مادية بحته من خلال التعامل المادي مع المنقولات من السلع والبضائع.

ث- **من حيث الالزام :** عقد التوريد من العقود الملزمة للجانبين حيث ان التزام الطرف الاول هو سبب التزام الطرف الثاني[3]، فالمورد ملتزم امام الطرف الاخر بتوريد عين ما تم الاتفاق عليه في العقد، مقابل التزام الطرف الاخر بدفع الثمن، وهذا يتوافق مع عقد خدمة التوصيل كونه عقد ملزم بالنسبة للبائع والمندوب و المستهلك.

ج- **من حيث المحل :** عقد التوريد ينصب على توريد منقولات بمختلف انواعها وكذلك عقد خدمة التوصيل فهو يرد على توصيل المنقولات من السلع والبضائع .

ح- **من حيث الاعتبار الشخصي في العقد :** ان الاعتبار الشخصي هو عنصر جوهري في عقد التوريد[4] حيث ان شخصية المورد هي محل اعتبار لدى الطرف الذي تعاقد معه، ولا يمكن لأي شخص اخر القيام بالتوريد نيابة عنه وذلك؛ لتمتع المورد ببعض الصفات التي لا تتوفر في غيره ومنها الخبرة الفنية والمهنية وحتى السرية في بعض العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها كما في عقود توريد الأسلحة على سبيل المثال، وكذلك عقد خدمة التوصيل فأن شخصية المستهلك هي محل إعتبار بالنسبة للبائع والمندوب حيث لا يتم تسليم الطلب الا للمستهلك وأن هذا الاخير هو من يقوم بفحص المبيع وهل هو موافق لما تم التعاقد عليه هذا

1 - د. فائق محمود الشماع، عقد التوريد في مشروع القانون المدني العراقي الجديد، رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي، 1988، ص7. د. سميحة القيلوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، مصدر سابق، ص 174.
2 - د. زينب احمد عوين، مصدر سابق، ص5.
3 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص63.
4 - د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005، ص264.

من جانب ومن اجانب اخر يجب على المستهلك التوقيع شخصيا على الاوراق والوصلات المرفقه مع الطلب واخيرا يقوم المستهلك بدفع الثمن المتفق عليه في العقد لأن عقد خدمة التوصيل عقد الكتروني ويتم دفع الثمن عند الاستلام لذلك تعتبر شخصية المستهلك محل اعتبار بالنسبة للبائع والمندوب سواء كان المندوب تابع للبائع ام شخص مستقل عنه تبقى في كلتا الحالتين شخصية المستهلك محل اعتبار.

خ- **من حيث طبيعة التزام المورد :** عقد التوريد من العقود التي يلتزم بها المورد بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وعند عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب يصار إلى فسخ العقد أو إنقاص الثمن ان كانت المواد الموردة حسب القطعة، وهذا يتوافق مع طبيعة عقد خدمة التوصيل فطبيعته تحقيق نتيجة وليس بذل عناية فعند تسليم الطلب إلى المستهلك يكون البائع نفذ التزامه وعكس هذا الأمر يصار إلى فسخ العقد وتنتهي التزامات المستهلك أمام البائع[1]

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن عقد خدمة التوصيل يتشابه مع عقد التوريد في الأحكام أنفة الذكر، الا انه قد يختلف عنه في احكام اخرى نبحثها في الفقرة التالية.

2- أوجه الاختلاف

يختلف عقد خدمة التوصيل عن عقد التوريد بعدة نقاط يمكن أن نبينها على النحو الاتي :

أ- **من حيث الاطراف :** اطراف عقد التوريد هم اثنين : المورد ومن يتعاقد معه، اما عقد خدمة التوصيل أطرافه ثلاثة هم : البائع والمستهلك والمندوب.

ب- **من حيث الزمن :** يعتبر عقد التوريد من عقود المدة[2] اي أن الزمن عنصر جوهري في هذا العقد وهذا ما اشارت اليه المادة (5) من قانون التجارة العراقي، اما عقد خدمة التوصيل فهو عقد فوري ولا يعتبر الزمن عنصر جوهري فيه حيث ان عقد خدمة التوصيل من العقود الفورية التنفيذ.

ت- **من حيث الصفة :** ان عقد التوريد يعد من العقود الادارية[3] متى ما ابرم مع احد اشخاص القانون العام او ابرم مع شخص طبيعي لتسيير او تنظيم مرفق عام، حيث

1 - د. شاكر جبل، خدمة التوصيل للمنازل، مجلة الكلية العلمية، القاهرة، ط1، 2016، ص274.
2 - (التوريد عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز شخص اخر ببعض الاموال المنقولة على دفعات متتابعة خلال فترة زمنية معينة لقاء ثمن او اجر متفق عليه) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص63.
3 - د. علي محمد بدير واخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 1993، ص410.

تظهر في عقد التوريد الادارة للأخذ بالنظام العام لتحقيق المصلحة العامة[1]، لذلك يكون عقد التوريد ممكن ابرامه عن طريق القطاع العام و القطاع الخاص، اما عقد خدمة التوصيل فهو ينحصر بأشخاص القانون الخاص حتى وان كان المستهلك احد اشخاص القانون العام [2]

ث- **من حيث وجود المنتج :** السلع والمنتجات غير متوفرة لدى المورد لحظة ابرام العقد[3] حيث يتم توريدها مستقبلا، اما عقد خدمة التوصيل فينعقد العقد اساسا على السلع والبضائع المعروضة والمتوفرة لدى البائع.

ج- **من حيث فسخ العقد :** لا يمكن طلب فسخ عقد التوريد اذا تأخر اي طرف بتنفيذ التزامه الا في حالة الضرر الجسيم وهذا ما أشارت اليه المادة (117) من القانون التجاري المصري التي جاء فيها " اذا تخلف احد الطرفين عن تنفيذ التزاماته بشأن احد التوريدات الدورية فلا يجوز للطرف الاخر فسخ العقد الا أذا كان من شأن التخلف عن التنفيذ احداث ضرر جسيم له..." وهذا عكس ما يترتب عليه الحكم في عقد خدمة التوصيل فأن التأخير من قبل البائع او المندوب يصار إلى فسخ العقد لان الزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه اي انه من العقود الفورية التنفيذ [4]

وخلاصة لما تقدم وللأسباب التي اشرنا اليها للاختلافات الجوهرية ما بين العقدين لا يمكن التسليم بأن عقد خدمة التوصيل هو عقد توريد، وبانتهاء هذا التمييز ننهي هذا الفرع بأن عقد خدمة التوصيل هو عقد مستقل قائم بنفسة وله احكامه الخاصة التي تميزه عن العقود المسماة والعقود الغير مسماة وانه وليد التطور التكنلوجي ووليد الحاجة الملحة للافراد بوجود مثل هكذا عقود تفرضها حالات الضرورة لأشباع رغبات واحتياجات المستهلكين بأقل جهد ووقت وكلفة.

المبحث الثاني

ابرام عقد خدمة التوصيل التجاري

بعد أن بينا مفهوم خدمة التوصيل التجاري في المبحث الاول، من خلال تعريفه و بيان خصائصه ومعرفة طبيعته القانونية وتمييزه عن العقود التي تتشابه احكامها مع احكامه وبيان نقاط الاختلافات، كان لزاماً علينا ان نعرج في هذا المبحث إلى مرحلة ابرام العقد وذلك؛ لاستكمال دراسته القانونية.

---

1 - د. ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الاداري، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2009،ص419، د. ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، الدار الجامعية للطباعة للنشر، الاسكندرية، 1969، ط1، ص233.

2 - د. سميحة القيلوبي، مصدر سابق، ص178

3 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص63.

4 - د. محمد احمد عبد التواب، مصدر سابق، ص54.

ان عقد خدمة التوصيل التجاري يهدف إلى تحقيق مصلحة طرفي العقد، فاذا نظرنا للمنتج او البائع لكانت المصلحة هي زيادة الايرادات والقوة الشرائية وخلق سوق تسودها روح المنافسة من خلال الإفادة من تقنية المعلومات وإنتشار وسائل التواصل الاجتماعي عبر شبكة المعلومات والاعلان عن المنتجات وتوصيلها إلى المستهلك، اما من جانب المستهلك أو المستفيد من هذه الخدمة فأنها توفر الكثير من المزايا أمامه التي تجعله يقبل على ابرام مثل هكذا عقود، وهذا بحد ذاته يتوافق مع ما يقوم عليه قانون التجارة من السرعة، ويعتبر عقد خدمة التوصيل التجاري مصداقاً لهذا الغرض واذا ما اردنا أن نخوض غمار هذه المرحلة من مراحل العقد، لابد أن نتوقف على بيان مرحلة الإعلام قبل التعاقد، وكذلك مرحلة التفاوض التي يمر بها المتعاقدين، كون عقد خدمة التوصيل ليس من عقود الاذعان، فمرحلة التفاوض هي السمة التي تميز هذا العقد عن الكثير من العقود كما بينا سلفاً، ولكون التنافس يشتد ما بين الشركات أو المؤسسات المنتجة أو المسوقة على تقديم افضل العروض والخدمات في خطوة لكسب رضا الزبون، وبذات الصدد يقول الفقه الفرنسي ان المؤسسة التجارية تستند بصورة رئيسية على عنصر الزبائن، وهذا العنصر هو محور نشاط المؤسسة التجارية التي لم تكن لتنشأ بدونه[1].

وبما ان عقد خدمة التوصيل يتم في اغلب الاحيان عن طريق المنصة الالكترونية، فطبيعة التعاقد لابد ان تأخذ مسارها بتوفر حسن نية الطرفين وكذلك سرية المعلومات الخاصة بالمستهلكين، كما سنرى ذلك بوضوح اكثر خلال هذه الدراسة، وللإحاطة بالجوانب القانونية لعقد خدمة التوصيل؛ وفيما يتعلق بإبرام العقد ارتأينا ان نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الاول المفاوضات في عقد خدمة التوصيل، من خلال فرعين، الفرع الاول ماهية المفاوضات في عقد خدمة التوصيل الفرع الثاني آثار المفاوضات في عقد خدمة التوصيل. اما المطلب الثاني نخصصه لانعقاد عقد خدمة التوصيل، ايضا من خلال فرعين الفرع الاول نبحث فيه اطراف العقد، اما الفرع الثاني فنبحث فيه اركان العقد .

المطلب الاول

المفاوضات في عقد خدمة التوصيل التجاري

تسبق مرحلة انعقاد عقد خدمة التوصيل التجاري مرحلة جوهرية هي مرحلة تكوين العقد، وتبدأ من لحظة الاعلان عن الرغبة في التعاقد، ونظرا لما تحتويه هذه المرحلة من تحديد التزامات وحقوق طرفي العقد وما يمكن أن ينشأ عنها من أشكاليات مستقبلية، سواء ما تعلق، منها بنطاق او

1 - ينظر د. الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، الجزء1، ط1، ص18.

بنوع المسؤولية التي تترتب على الطرف المتسبب بانقطاع المفاوضات دون مسوغ[1]، حيث أن هذه الفترة تختلف حسب نوع العقد، فهنالك عقود تمر بمرحلة واحدة قبل التعاقد هي مرحلة ابرام العقد، اما الطائفة الثانية من العقود فأنها تمر بمرحلتين وهي التفاوض ثم مرحلة ابرام العقد، ولكون عقد خدمة التوصيل ليس من طائفة عقود الاذعان لابد ان يمر اطرافه بمرحلة المفاوضات؛ لمناقشة الاسعار، وآلية توصيل الطلب، والشروط التي يتفق عليها الطرفان، وتختلف مرحلة المفوضات من حيث المدة فمنها ما قد تطول اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار ان هنالك عقود توصيل دوليه، ومنها ما تكون مختصرة وكلا حسب نوع العقد ومكان ابرامه، او موقع الجهة المزمع ابرام العقد معها، الامر الذي يتطلب جهداً استثنائياً للسفر والاقامة من خلال المستهلك بشخصه او من خلال وكلاء للتفاوض، اما في عقد خدمة التوصيل فأن الامر ايسر من العقود التقليدية، وكذلك هنالك مرحلة تسبق مرحلة المفاوضات، وهي مرحلة الاعلام قبل التعاقد والدور الذي يلعبه الاعلام في تبصير المستهلك او المستفيد ومن خلال كل ما ذكر سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الاول منه المقصود بالمفاوضات وفي الفرع الثاني آثار المفاوضات .

الفرع الاول

المقصود بالمفاوضات

التفاوض على ابرام العقد [2] يعد الصفة الجوهرية لعقد خدمة التوصيل التجاري، لأنه في هذه المرحلة يتحدد شكل العقد، ويتفق الطرفان على شروط موضوعية تتعلق بطريقة التوصيل وبالأسعار، وكذلك التزام كل من طرفي العقد بسرية المعلومات الشخصية او تلك التي تتعلق بالبضاعة او ثمنها او خصائصها التكنلوجية وما إلى اخره من معلومات تخص تلك البضائع وتكمن السرية في هذه المعلومات كونها تمس الجانب الاقتصادي والمالي مما يستوجب سريتها كونها تتم بطريق التعاقد الالكتروني والتخوف من تسريبها ومنعا للمنافسة[3].

وللوقوف على تفاصيل أكثر دقة أرتئينا ان نقسم هذا الفرع إلى فقرتين نبين في الفقرة الاولى تعريف المفاوضات ونتناول في الفقرة الثانية اهمية المفاوضات على النحو الاتي :

1 - ينظر د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، بدون ذكر المطبعة، بدون ذكر مكان الطبع، 2005، ص 4.
2 - ينظر د.محمد امين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ط1، ص21، هامش ص 49.
3 - د. عبد الفتاح بيومي، التجارة الالكترونية وحمايتها المدنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص11.

اولا : تعريف المفاوضات

ان فترة المفاوضات[1] هي الفترة الاولى قبل التعاقد [2] ممكن حصول مفاوضات على توصيل البضائع بالطريقة الكلاسيكية التقليدية، كما لو قام المشتري بالطلب من البائع بإيصال البضائع لمحل معين، وهذه الحالة ليس بالأمر الجديد، ولكن الجديد بالموضوع هو المفاوضات الالكترونية وذلك من خلال الاتفاق عبر وسائل التواصل الالكتروني على ايصال تلك الطلبات إلى محل المستهلك، حيث ان المفاوضات[3] الالكترونية في عقد خدمة التوصيل التجاري، لها اهمية وفاعلية في تكوين العقد المزمع ابرامه مستقبلا، من حيث اتفاق طرفي العقد[4] على كل المسائل المتعلقة بتوصيل السلع والبضائع والمنتجات، و من مميزات المفاوضات الالكترونية انها لا تتطلب الحضور المادي لطرفي التفاوض، كما هو الحال في المفاوضات التقليدية.

وما يثار هنا من تسأل : هل أنَّ هذه المفاوضات الألكترونية بديله عن المفاوضات التقليدية أم أنها امتدادً لها ؟

واذا ما أردنا تعريف المفاوضات الألكترونية من حيث التشريع والفقه، لابد أن نبين تعريف المفاوضات التقليدية ليتسنى لنا الإجابة على التساؤل إعلاه.

اختلفت التعريفات الفقهية التي وردت بخصوص المفاوضات التي تسبق المرحلة العقدية، فمنهم من يّعرفها بأنها عبارة عن (إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه شخص اخر، بالبدء او الاستمرار في التفاوض بشأن عقد بهدف ابرامه) [5].

ومنهم من يعرفها بأنها (قيام طرفي العقد المستقبلي بتبادل المساومات والتقارير الفنية والاقتراحات، والاستشارات القانونية ومناقشة تلك الإقتراحات التي يضعها طرفي التفاوض معاً، أو ينفرد بوضعها احدهما، لغرض الوصول إلى أفضل نتيجة، من حيث تحقيق مصلحة الطرفين)[6].

---

1 - كذلك اشارت إلى المفاوضات قواعد (اليونيدروا) من خلال ما جاء في المادة (2- 1- 15) والتي نصت على انه " للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عند عدم التوصل إلى اتفاق "

2 - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص95.

3 - التفاوض في اللغة: تبادل الراي بين ذوي الشأن، ويقال تفاوضنا، أي فاوض كلا صاحبه، والتفاوض من فوض اليه الامر، وفاوضه في امره جاراه، ينظر ابن منظور، لسان العرب، مج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص221.

4 - د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، التايمس للطباعة، بغداد، 1991، ج1، ص 183

5 - د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة والنشر، عمان، 2010، ص113.

6 - د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص293.

وجانب آخر من الفقه يّعرفها بانها (تبادل الاقتراحات والمساومات ودراسات فنية، مدنية وتجارية، يتبادلها الاطراف للتعرف على العقد المزمع ابرامه، وعلى ما سوف ينتج من حقوق والتزامات، على عاتق طرفي العقد، من خلال ما تحققه مصلحتهما) [1]

هذا، وقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى تعريف المفاوضات بشكلها التقليدي بأنها (عقد يلتزم الطرفان بموجبه بأن يتعهدا أو يتابعا بحسن نية المفاوضات حول شروط العمل المستقبلي) [2].

يتحصل من خلال ما تقدم أن المفاوضات التقليدية يتم حسمها بشكل حضوري وجها لوجه من قبل الاطراف، وقد لا تثير اشكالات عملية كما هو الحال في المفاوضات عبر المنصات الالكترونية.

فالتفاوض الذي يتم من خلال المنصات الالكترونية قد يتضمن تحفظ او شرط[3] ضد أي تغيير في الظروف الاقتصادية المستقبلية التي قد تؤدي إلى تعديل شروط العقد وتجعلها ملائمة للظروف الجديدة، كما أن التعاقد الالكتروني عبر الحاسب الالي او الاجهزة المحمولة تتضمن شرط التفاوض لما فيه من أهمية عملية بالغة الأثر في آلية تنفيذ تلك العقود[4].

اما عن موقف التشريع[5] فانه يلاحظ ان القوانين الوضعية ومنها المشرع العراقي والقوانين المقارنة لم تنظم بشكل صريح آحكام مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد تاركة الأمر إلى الفقه و القضاء [6]

فبالنسبة لموقف المشرع العراقي فانه لم يشير إلى المفاوضات الالكترونية بشكل صريح في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية [7]، رقم (78) لسنة2012، حيث تناول تعريف العقد الالكتروني بنص المادة (1) الفقرة (10) بأنه "ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول آلاخر على وجه يثبت اثره بالمعقود عليه، والذي يتم بوسائل الكترونية " [8] نلاحظ أن هذا التعريف الذي

---

1 - د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2010، مج1، ط1، ص 94.

2 - GHESTIN(J) TRAITE DE DDROIT CIVIL LA FORMATION DU CONTTRAC EDITIO L G J P.358S

3 - د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص100.

4 - د. جمال فاخر نكاس، العقود الممهدة للتعاقد، مجلة جامعة الكويت، العدد1، 1996، ص169.

5 - يلاحظ ان القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (اليونسترال) لعام 1996 والمعدل سنة 2006، والذي صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، قد اشار في المادة (3) إلى جواز ابرام العقود عن طريق الوسائل الالكترونية وكذلك امكانية اجراء المفاوضات عن طريق نفس الوسائل التي يعقد بها العقد. القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (اليونسترال) صدر عن الجمعية بجلستها 85، ومنشور على الموقع الالكتروني : تاريخ الزيارة 2021/6/4، .http://www.uncitral.orglstable/ml-ecomm

6 - د. ابو العلا علي ابو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، الطبعة الاولى، ص35.

7 - قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012، والمنشور في العدد (4256) بالجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بتاريخ 2012/11/5.

8 - كما عرفت نفس المادة الفقرة (7) الوسائل الالكترونية بانها " اجهزة او معدات او ادوات كهربائية او مغناطيسية او ضوئية او كهرومغناطيسية او اية وسائل اخرى مشابهه، تستخدم في انشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها ".

اورده المشرع العراقي لا يختلف عن تعريف العقد بنص المادة (73) من القانون المدني العراقي سوى ما جاء في ذيل التعريف وهو اشارة إلى العقد الالكتروني.

ولكن بالرجوع إلى احكام القانون المدني نلاحظ انه اشار إلى المفاوضات بصورة ضمنية من خلال ما نصت عليه المادة (80) الفقرة (2) التي جاء فيها " اما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بها وكل بيان اخر متعلق بعروض او بطلبات موجهة للجمهور او للافراد، فلا يعتبر عند الشك ايجاباً وانما دعوى إلى التفاوض "

ويعتبر دعوة إلى التفاوض في اطار البحث الاعلان الذي يعرضه المنتج أو البائع عبر المواقع الالكترونية على الانترنيت عن السلع وبضمنه خدمة توصيلها.

يتضح من خلال ما تقدم أن المشرع العراقي لم ينظم مرحلة المفاوضات بشكل وافي في التقنين المدني أو قانون المعاملات الالكترونية او قانون التوقيع الالكتروني وغيرها من القوانين، ومن هنا ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم هذه المرحلة المهمة لحماية المستهلك في العقود الالكترونية.

اما موقف المشرع المصري فأنه أجاز أيضا العقد الالكتروني بقانون التجارة الالكترونية، بالمادة (1) من القانون والتي جاء فيها " العقد الألكتروني هو كل عقد تصدر فيه أرادة احد الطرفين أو كليهما، او يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً او جزئياً، عبر وسيط الكتروني"[1]، نلاحظ أن التعريف الذي اورده المشرع المصري كان أكثر دلالةً ووضوحاً للتفاوض الالكتروني من تعريف المشرع العراقي للعقد الالكتروني.

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه أشار إلى مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد [2]، من خلال المادة (54) الفقرة (1) من قانون الاستهلاك رقم (344) لسنة 2014 والذي اسماه عقد المسافة، والتي جاء فيها " عقد المسافة هو عقد يتم إبرامه بين التاجر والمستهلك من دون حضور بعضهما البعض ويسبقه عرض من التاجر لإبرام مثل هذا العقد. يعتبر التاجر أنه يقدم عرضًا لإبرام العقد عندما يتضمن عرضه لكل العناصر الأساسية للعقد المتصور ابرامه سواء كان هناك مؤشر على استعداده للالتزام في الحدث أم لا..." [3].

---

1 - انظر قانون التجارة الالكتروني، المصري والمنشور على الشبكة العنكبوتية، والمتاح على الموقع الالكتروني : https://www.mnbaa.com/ تاريخ الزيارة 2021/1/28

2 - ارجيلوس رحاب، الاطار القانوني للتفاوض في العقد الالكتروني، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراره، الجزائر، 2018، ص55.

3 - نص المادة (54-1) باللغة الفرنسية :

Art – 54-1،، Un contrat à distance est un contrat conclu lorsque le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre et précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat. Un professionnel considère qu'il fait une offre de conclure un contrat lorsque son offre comprend tous les éléments

أما موقف المشرع الجزائري من المفاوضات التي تسبق مرحلة ابرام العقد، فانه موافق لموقف المشرع العراقي، فلم ينص على المفاوضات في متن القانون المدني رقم (1) لسنة1989، الا أنه نظم الأتفاق الابتدائي الذي يرجع أو يعود اليه المتعاقدين لأبرام العقد المستقبلي حسب نص المادة (71) والتي جاء فيها " الاتفاق الابتدائي الذي يعود اليه كلا المتعاقدين او احدهما بأبرام عقد معين بالمستقبل لا يكون له الاثر الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد ابرامه... " .

من خلال ما تقدم ومن استقراء الموقف التشريعي والفقهي للقانون العراقي والقوانين المقارنة، نصل إلى نتيجة مفادها، ان التفاوض الالكتروني هو امتداد للتفاوض التقليدي والذي يتم ما بين البائع والمستهلك ، غير ان التطور التكنلوجي قد القى بضلاله على كافة مرافق الحياة وتعاملات الافراد ومنها المفاوضات التي اصبحت تجرى الان بطرق الكترونية لسهولتها واختصار الزمن، مع بقاء التفاوض التقليدي المعمول به جنبا إلى جنب مع التفاوض الألكتروني.

وتأسيسا على ذلك يمكننا أن نضع تعريف للمفاوضات الالكترونية لعقد خدمة التوصيل التجاري - وحسب تصورنا - بأنها (مرحلة تمهيدية وقائية، لأبرام عقد خدمة التوصيل التجاري، يتفق خلالها طرفي التفاوض بالأصالة أو النيابة، من خلال تبادل الرسائل للاطلاع على التفاصيل الجوهرية التي يلتزم بموجبها طرفي العقد ومناقشتها لغرض الوصول إلى افضل النتائج لمصلحة الطرفين).

ثانيا : أهمية المفاوضات في عقد خدمة التوصيل

تكمن أهمية المفاوضات في عقد خدمة التوصيل التجاري، من خلال النتائج الايجابية الجمة التي تحققها من ناحيتين (نظرية وعملية) فمن الناحية النظرية فأن مصلحة كل من طرفي العقد ان يدخلوا في مرحلة تفاوض وهي مدار بحث العلاقة التعاقدية المستقبلية، لتحديد التزاماتهم وبيان الاطار الخارجي للعقد من خلال الحوار والمساومات وتبادل الآراء، بغية الوصول إلى اتفاق نهائي يخدم مصلحة الطرفين ويحقق الاهداف المنشودة والمبتغاة منه بحرية كاملة، دون وجود أي قوة او دافع او رادع يؤثر على حرية أي طرف خلال فترة التفاوض.

أما من الناحية العملية، فالتفاوض يعتبر همزة الوصل بين إتمام العقد من لحظة الدعوة إلى التعاقد إلى حين انهائه بالطريق الطبيعي وتنفيذه بكل ما اشتمل عليه من شروط واتفاقات، والحد من أثارة النزاعات وقطع الطريق عليها وتجنيب القضاة من البحث عن الاسباب وتكييفها، خاصة تلك

---

essentiels du contrat envisagé، qu'il y ait ou non une indication de sa volonté d'être lié par l'événement.‹‹

الاسباب المتعلقة بالخطأ والغبن والتغرير، حيث أن التفاوض الألكتروني كما في عقد خدمة التوصيل يفوت الفرصة على وجود طرف ثالث يغرر أو يوهم احد الطرفين كما في البيع التقليدي، وهنا تكمن اهمية التفاوض من الناحية العملية.

وقد اتجهت الجهود الدولية لتوضيح أهمية مرحلة التفاوض قبل التعاقد وتأكيد حرية المتعاقدين، ومنها قواعد (اليونيدروا) حيث أشارت إلى أن اطراف العقد يتمتعون بحرية في ابرامه[1].

كما ويستخدم التفاوض في اكثر من مرحلة من مراحل العقد [2] أي أنه يكون قبل ابرام العقد ويكون بعد ابرام العقد أن حدثت ظروف اقتصادية حالت دون اتمام تنفيذ العقد اذا كان المتعاقدين قد اشترطا في المفاوضات الاولى ذلك. حيث يتم اجراء التفاوض من جديد [3] لتعديل شروط العقد لتتلاءم مع الوضع الاقتصادي الجديد.

من خلال ما تقدم فأنه يمكننا أبراز اهمية المفاوضات في عقد خدمة التوصيل وحسب رؤية الباحث في شكل نقاط على النحو الاتي :

1- تعتبر مرحلة تمهيدية وتحضيرية مؤقته.

2- لها اهمية من حيث تقليل الجهد والوقت حيث لا يتطلب الحضور المادي للمستهلك.

3- لها اهمية من حيث تقريب وجهات النظر بين طرفي التفاوض من خلال الية الحوار وارسال الرسائل البريدية والالكترونية عبر المنصات المعلن عنها من قبل الشركات والمؤسسات والمتاجر والمسوقين وتجار التجزئة والمطاعم وموفرين الخدمة.

4- اهميته من حيث العلم المسبق بالالتزامات والحقوق بالنسبة للمستهلك او المستفيد

5 - لها دور وقائي لقطع الطريق امام المنازعات المستقبلية اذا ما تم ابرام عقد خدمة التوصيل. فهي تحد من حالات النزاع المستقبلي عند تنفيذ بنود العقد.

6- ارادة المستهلك او المستفيد من خدمة التوصيل وموفر الخدمة تكون حره ولا يشوبها أي عيب، كون التفاوض الالكتروني قطع الطريق امام تدخل أي طرف ثالث يحول ما بين طرفي التفاوض، اما للتغرير بأحدهما او الحيلولة دون اتمام عملية ابرام العقد

---

1 - ينظر (قواعد اليونيدروا المعدلة في ٢٠٠٤)، قواعد اليونيدروا هي مبادئ العقود التجارية الدولية، وصدرت من معهد روما لتوحيد القانون الخاص، منشور على الموقع الالكتروني : تاريخ الزيارة 2021/2/1 https://fada.birzeit.edu/handle

2 - د. هاني صلاح سري الدين، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث، 1996، العدد الرابع، ص7.

3 - د. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مطبعة دار الفكر الجامعي، 2009، ص115.

7 - اكتمال الرؤيا لدى المستهلك او المستفيد من الخدمة، اثناء المفاوضات الالكترونية كون لديه معلومات كاملة عن طبيعة العمل والاسعار، من خلال الاطلاع على الكثير من العروض المقدمة من الشركات المتنافسة في مجال التوصيل التجاري،

8 - المفاوضات غير ملزمة، فأنها قد تؤدي إلى ابرام العقد، او الغائه، او تأجيله ثم البدء به مرة اخرى من جديد.

9 - حرية المستهلك او المستفيد وكذلك موفر الخدمة في تضمين العقد أي شرط يتم الاتفاق عليه، كونها ليس من النظام العام، باستثناء الشروط المخالفة للنظام العام.

الفرع الثاني

اثار المفاوضات

إن المفاوضات التي تسبق إبرام عقد خدمة التوصيل ينعكس أثرها على طرفي العلاقة من جانبين جانب شخصي واخر موضوعي، اما الجانب الشخصي فيتمثل بان احد طرفي التفاوض ذو خبرة فنية في مجال عمله، وذا تخصص يجهله على الاغلب الطرف الاخر ومن هنا كان واجب على هذا الطرف ان يلتزم بحسن النية، وتبصير الطرف الثاني من خلال الاعلام والافصاح الشفاف عن كل ما يتعلق بالشروط والاتفاقات والجوانب الفنية المتعلقة بتنفيذ العقد.

اما الجانب الموضوعي، فأنه يتمثل بطبيعة تلك العقود، وخاصة عقد خدمة التوصيل والتفاوض الالكتروني الذي يسبق مرحلة الابرام فهو لم يعد عقداً تقليدياً تكمن فيه السرية بين الطرفين فقط، بل يتم ابرامه في الغالب عن طريق المنصات الالكترونية، لذا فانه يتطلب الالتزام بالسرية بكل تفاصيل ومعلومات وشروط العقد.

ومن خلال ما تقدم وللوقوف على ماهية الالتزامات الناشئة عن المفاوضات، كان لابد من تقسيم هذا الفرع إلى ثلاث فقرات نخصص الفقرة الاولى إلى الالتزام بحسن النية في المفاوضات بينما نتطرق في الفقرة الثانية إلى الالتزام الاخر وهو الالتزام بالأعلام اما الفقرة الثالثة نبحث فيها سرية المفاوضات على النحو الاتي :

اولا : الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات

إن اهم ما يؤدي إلى نجاح المفاوضات في اغلب العقود ومنها عقود التجارة الدولية[1]، وكذلك عقد خدمة التوصيل التجاري، هو الالتزام بحسن النية في التعامل ما بين المتفاوضين وهم بالاساس البائع والمستهلك ليتفاوضوا على المبيع وما يحتويه من جوانب فنية وما قد يتعرض له من خطر

1 - د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص104.

الاتلاف اثناء التوصيل وكذلك طرق دفع الثمن وما يرافق المبيع من مستندات واوراق خاصة به من حيث المنشأ وبطاقات الضمان والاستمارات الخاصة بالتوقيع من قبل المستهلك عند الاستلام وكل ما يتعلق بأتمام تنفيذ العقد، كذلك تحديد زمان ومكان التسليم، حيث ان اساس هذا الالتزام هو اخلاقية التعامل أي انه واجب اخلاقي[1] قبل ان يكون واجباً او التزاماً قانونياً، حيث يعد مبدا حسن النية هو المرتكز الاول والاساسي الذي تبنى عليه جميع قواعد واسس حسن تنفيذ العقد المستقبلي، وهو يعّد قيداً على حرية التعاقد اذا ما نظرنا اليه على انه وقف على شرف ونزاهة التعامل، وللأهمية البالغة لمبدأ حسن النية، نلاحظ أن أغلب التشريعات أشارت اليه بنصوص قانونية، وكذلك ايده القضاء من خلال قراراته بالمنازعات التي تعرض عليه، وكذلك تناوله الفقه من حيث ان حسن النية مطلوب في جميع مراحل العقد من مرحلة الإعلان والدعوة إلى التعاقد إلى الايجاب والتفاوض مروراً بالأبرام لحين تنفيذه.

ولم تتفق التشريعات ولا الفقه على تعريف موحد وعام لمبدأ حسن النية، لكونه لا يتضمن معنى معين بذاته، بل لهذا المبدأ معنيين مختلفين أولهما متعلق بالاعتبار الشخصي والاخر موضوعي، وحولهما تدور سائر التطبيقات القانونية، حيث يلاحظ أن القانون يأخذ بفكرة الاعتبار الشخصي لمبدا حسن النية، كونه مرتبط بمكنون نفسي داخلي، اما الاعتبار الموضوعي فيكون الالتزام بحسن النية منبثق من قاعدة سلوك أخلاقية بحته تقررها ارادة الاطراف، مراعاة لشرف ونزاهة وامانة التعاملات[2]، لذلك ان مبدا حسن النية يعتبر ضابطاً اخلاقياً مهنياً[3] وهو قاعدة سلوك من خلالها يحدد مسار الافراد بسلوكياتهم من خلال التعامل على نحو موضوعي، وهذا ما تقتضيه الحياة التجارية بشكلها العام[4].

وفي ضوء ما تقدم سنتطرق إلى موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة من مبدأ حسن النية على النحو الاتي :

موقف المشرع العراقي من مبدأ حسن النية فانه نص على هذا المبداء بأكثر من مادة قانونية[5]، منها المادة (150) الفقرة (1) من القانون المدني التي تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية "

1 - د. رجب عبد الكريم عبد، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص416.
2 - د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي في المفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ط1، ص122.
3 - د. محسن شفيق، عقود نقل التكنلوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ط1، ص36.
4 - نقلا عن صابر محمد عمار، المفاوضات في العقود التجارية الالكترونية، بحث منشور على موقع منتدى المحاميين، وعلى الموقع الالكتروني، www.mohamoon.com تاريخ الزيارة 2021/2/7
5 - ينظر كذلك المواد (233، 264، 1148، 1163، 1164، 1165) من القانون المدني العراقي.

أما المشرع المصري، فأنه تناول هذا المبدأ بنص المادة (148) من القانون المدني التي نصت على " ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما آشتمل عليه، وبأسلوب يتفق مع ما يوجبه حسن النية ".

اما موقف المشرع الفرنسي من مبدأ حسن النية، فأنه أشار اليه من خلال قانون الالتزامات والعقود رقم (131) لسنة 2016، بنص المادة (1112) التي جاء فيها " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، يجب لزاماً ان تراعى هذه المسائل مقتضيات حسن النية... " [1] وكذلك ما اشارت اليه غرفة باريس التجارية إلى " أن مبدأ حسن النية يقتضي مراعاته في مفاوضات العقود، وتفسيرها، وتنفيذها " [2]،ينظر كذلك المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي، وبذات الصدد ينظر المادة (107) من القانون المدني الجزائري.

يلاحظ من خلال ما تقدم أن المشرع العراقي لم ينظم مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، بل نظمه واشار أليه خلال مرحلة إبرام العقد، وكذلك القوانين المقارنة[3]، لذلك نتمنى على المشرع العراقي تنظيم مبدأ حسن النية وجعله التزاماً قانونياً، لما فيه من فائدة عملية، وعلى سبيل المثال دخول احد طرفي التفاوض في عقد خدمة التوصيل بدون رغبة حقيقية، او قيام احد طرفي التفاوض بطرح اوصاف غامضة الغاية الرئيسية منها هو التدليس، او التسويف والمماطلة ثم الانسحاب من المفاوضات وقطعها بدون مسوغ قانوني، خاصة في تلك العقود التي تتطلب بذل جهود كبيرة ومضنية وعدد من المفاوضين يضطرون في بعض انواع العقود الانتقال إلى مواقع قد تحتاج إلى سفر لدول اخرى.

وما نراه نحن من خطوة ايجابية اتجه اليها العرف التجاري وممارستها من خلال ابرام عقد خدمة التوصيل والتي اصبحت السمة المهمة التي تميز هذا العقد عن غيره من العقود واهمها عقود الاذعان اذ من خلال هذه المفاوضات نكون قد تجاوزنا مسألة وجود طرف ضعيف وطرف قوي ينفرد بوضع شروط تعسفية قد تحتاج بعض العقود عند تغير الظروف إلى انقاص بعض الالتزامات.

---

1 - نص المادة (112) باللغة الفرنسية :
La proposition de négociations précontractuelle، Art-1112,,leur conduite et leur interruption sont libres et ces questions doivent tenir compte des exigences de la bonne foi,,

2 - د. وائل حمدي احمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،2010،ص323، د. سمير جميل حسن، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001،ص77.

3 - القانون المدني الايطالي الصادر سنة 1942، هو الوحيد من بين القوانين الذي نطم مبدأ حسن النية قبل التعاقد واعتبره ملزم بالمادة (1337)، ينظر د. بلقاسم محمدي، ابرام العقد الالكتروني، اطروحة مقدمة إلى جامعة الحاج لخضر كلية الحقوق، 2015، ص62، كذلك ينظرد. صدام فيصل المحمدي، التفاوض على العقود،ص19، كذلك ينظر د. حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية،مج2،ع2، 2012، ص6، كذلك ينظرلمى عبد الله صادق، اطروحة مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية كلية القانون،2008، ص63.

ثانيا :الالتزام بالأعلام

الالتزام بالإعلام هو الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق طرفي عقد خدمة التوصيل التجاري (البائع والمستهلك)، وهو يعتبر أيضا من الالتزامات الجوهرية[1] في مرحلة التفاوض لضمان سلامة السير فيها لحين إنتهاء تنفيذ كافة بنود وشروط العقد المتفق عليها

حيث عرف جانب من الفقه الاعلام بأنه (واجب يفرضه القانون على صنف الباعة المحترفين بتقديم بيانات عن المعقود عليه او عن المعاملة المزمع ابرامها عن طريق اليات مناسبة) [2].

كما يعرفه جانب آخر بأنه (واجب فرضه القانون لاسيما على بعض البائعين المهنيين أو المؤسسات بتقديم معلومات عن موضوع العقد أو العملية العقدية التي سيواجهونها بوسائل مناسبة وبيانات اخبارية او اعلانية) [3].

ومن الجدير بالملاحظة أن التعاريف انفة الذكر، لم تشر صراحة على الاعلام في مرحلة المفاوضات، كما انها ركزت في اسناد الالتزام بالإعلام على جانب البائع سواء التاجر أو المؤسسة أو المنتج، وهذا اكثر ملائمة من حيث التوازن العقدي الذي يكون فيه محترف التجارة هو صاحب الحنكة والدراية والخبرة الفنية، وذلك كون العلم بالتفاصيل الجوهرية لا يكون متيسراً الا لدى الباعة المحترفين[4].

ثالثاً : الالتزام بسرية المعلومات

أما الالتزام الآخر وهو المحافظة على سرية البيانات والمعلومات الخاصة بالمستهلك او المستفيد من خدمة التوصيل ولغرض بيان مضموم هذا الالتزام لا بد من أن نتطرق لتعريفه وبيان موقف الفقهاء والتشريع العراقي والقوانين محل المقارنة.

حيث تدور المفاوضات في عقد خدمة التوصيل كغيره من العقود الالكترونية على تداول المعلومات الخاصة بالمستهلك او المستفيد من الخدمة، كنوع التجارة أو كميات السلع والبضائع أو المركز المالي له او محل وصول تلك البضائع والسلع وغيرها من البيانات التي تتباين قيمتها من مستهلك إلى اخر.

1 - د. خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص16.
2 - د. فدوى قهوجي، ضمان عيوب المبيع فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص148.
3 - د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ط1، ص65.
4 - د. عقيل فاضل الدهان، الاطار القانوني لعقد التفاوض، بحث منشور مجلة جامعة اهل البيت(ع)، ع1، 2007، ص51.

كما اِن السرية في المعاملات التجارية هي سلاح ذو حدين [1]، فالسرية من جانب تحول دون الحاق ضرر بأي طرف من طرفي التفاوض، ومن جانب آخر تعتبر ميزة من مميزات التعاقد الالكتروني وعدم الالتزام بها قد يؤدي إلى نتائج ممكن أن تلحق الضرر بأي طرف.

وإن هذه المعلومات والبيانات هي ذات أهمية اقتصادية خاصة للتجار الذين يتعاملون مع الشركات أو المؤسسات أو المنتجين، حيث يكون موفر الخدمة مطلع بقدر وافي وشامل عن تلك المعلومات حسب ما تقتضيه المهنة وطبيعة العمل وخاصة بمجال التعاقد الالكتروني، فمن خلال مبدأ تعارض المصالح يتحتم على الأطراف المحافظة على سرية تلك البيانات، ومن هنا جاء الالتزام بالسرية والمحافظة عليها . وسرية المعلومات تتناسب تناسباً طردياً مع القيمة الاقتصادية للعقد من حيث كمية البضائع او السلع او من حيث التوصيل الداخلي او الدولي لما فيه بيان عن المركز المالي للمستهلك او المستفيد.

لذلك يعرف جانب من الفقه الالتزام بالسرية بأنه (واقعة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص اذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو اكثر في ان يضل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق) [2]. يلاحظ ان هذا التعريف لم يبين الفترة التي تبقى فيها المعلومات سرية، وكذلك لم يبين المعلومات قبل التعاقد أو بعد ابرام العقد.

وتجدر الاشارة هنا إلى ما ذهبت اليه مبادى (يونيدروا) المنظمة لعقود التجارة الدولية بنص المادة (2-1-16)، والتي جاء فيها " يلتزم من يحصل على معلومة معينة خلال المفاوضات، بان لا يفشي هذه المعلومة أو يستخدمها بطريقة غير سليمة في أغراضه الشخصية، يستوي أن يكون العقد أنعقد أو لم ينعقد، ويترتب على الاخلال منح تعويض كلما كان ذلك مناسبا ما عاد على الطرف الاخر من نفع".

ونعتقد من جانبا ان هذا التعريف يتوافق مع ما تتطلبه مرحلة المفاوضات في عقد خدمة التوصيل من المحافظة على سرية البيانات والمعلومات من قبل طرفي التفاوض.

أما موقف المشرع العراقي، فأنه لم ينظم التزام المحافظة على سرية المعلومات في مرحلة المفاوضات، بل تركها إلى إرادة أطراف التفاوض وتظمينها باتفاق الطرفين، وأن لم يضمنوها فهي مفترضه على أساس مبدأ حسن النية.

---

1 - د. معتز نزيه محمد الصادق، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص70 وما بعدها.

2 - د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 641.

اما موقف المشرع المصري فأنه لم ينص على المحافظة على سرية المفاوضات، لكنه اشار إلى المحافظة على المعلومات في قانون حماية المستهلك في المادة (29) والتي جاء فيها " يلتزم المورد الذي ابرم العقد بالحفاظ على المعلومات أو البيانات الخاصة بالمستهلك، والا يتداولها او يفشيها بما يخالف احكام هذا القانون او القوانين المتعلقة بهذا الشأن..."

اما موقف المشرع الفرنسي فانه لم يعرف الأسرار، لكنه آشار اليها في الفقرة (2) من المادة (2-1112) من قانون الالتزامات الفرنسي الجديد والتي جاء فيها " يكون مسؤولا كل من يستخدم او يفشي دون اذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات " [1]

أما موقف المشرع الجزائري فأنه لم يعالج مسألة سرية المعلومات في مرحلة المفاوضات لكنه أشار الى سرية المراسلات في الدستور المعدل بقانون[2] 16-01 لسنة 2016في المادة (51) والتي جاء فيها " الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها مضمونان للمواطن ولا يمكن أن تمس ممارسة هذا الحق بحياة الغير الخاصة وبحقوقهم وبالمصالح المشروعة..." حيث يشير النص أعلاه إلى سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل اشكالها تكون مضمونة ولا يجوز المساس بها[3].

ومن جانبنا وفي تقييم لموقف المشرع المصري والجزائري من حيث انهما يشيران إلى التزام المورد او المنتج بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات و لم يشيرا إلى التزام المستهلك بالمقابل بالمحافظة على سرية تلك البيانات والمعلومات التي يحصل عليها من خلال التفاوض، هذا من جانب ومن جانب آخر أن المشرع المصري أشار بشكل صريح إلى المحافظة على البيانات في مرحلة ابرام العقد وكان الاجدر به النص الصريح على المحافظة على سرية تلك البيانات في مرحلة التفاوض، أما موقف المشرع الجزائري فجاء النص عاماً .

وخلاصة الكلام نقترح على المشرع العراقي السير باتجاه ما ذهب اليه المشرع الفرنسي من خلال التعديل الجديد لقانون الالتزامات، ونقترح عليه تعديل نص المادة (7) من قانون حماية المستهلك

---

1 - نص المادة (2-1112) باللغة الفرنسية :
Art – 1112-2,,Quiconque utilise ou divulgue sans autorisation des informations confidentielles obtenues au cours des négociations sera responsible,,
كما عرفت المحكمة العليا الفرنسية الاسرار التجارية بأنها " اي وسيلة تصنيع او صيغة او الة او معلومات ذات قيمة اقتصادية او عملية وتستخدم في الاعمال التجارية التي تعطي صاحبها ميزة تنافسية على هؤلاء الذين لا يعرفونها "

2 - قانون منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في العدد 14 لسنة 2016.

3 - د. مونه مقلاني، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد2، لسنة 2019، ص124.

وتضمينها فقرة تنص على الزام كل من (البائع والمستهلك) بالمحافظة على سرية البيانات خلال مرحلة العقد على النحو الاتي : (الزام كل من المنتج والمستهلك بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات التي حصل عليها من خلال مرحلتي التفاوض أو التعاقد سواء كانت معلومات فنية أو شخصية والمحافظة عليها وعدم افشائها)

ومن جهتنا فأنه يمكننا ايراد تعريف للأسرار التجارية – بحسب تقديرنا بأنها (عبارة عن اي معلومة فنية كانت أو شخصية سواء كانت تتعلق بالعمل من معلومات اقتصادية او مهنية تخص طرق العمل أو آلية التصنيع ومنها الخبرات الفنية والتكنلوجيا وخطوط الانتاج وطرق الخزن والفحص والتسويق والاسعار، وكذلك المعلومات والبيانات الشخصية لكل من الطرفين سواء البائع أو المستهلك، هي بالأصل سهلة الوصول اليها من قبل العاملين عليها لكنها غير متاحة للجميع وان افشائها للغير يعد خطأً يعاقب عليه القانون)

من خلال استعراض المرحلة الممهدة لأبرام عقد خدمة التوصيل وهي مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، التي يتم خلالها الاتفاق على تفاصيل العقد وشروطه وتحديد الاسعار بحسن نية من قبل طرفي التفاوض، مع الزام كل طرف بأعلام الطرف آلاخر عن كل المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المزمع أبرامه والمحافظة على سرية تلك المعلومات، سواء ما كان منها متعلق بالسلع أو البضائع وطريقة توصيلها، أو ما هو متعلق بالجانب المالي والاقتصادي للمستهلك أو المستفيد.

المطلب الثاني

انعقاد عقد خدمة التوصيل

تعد مرحلة انعقاد عقد خدمة التوصيل التجاري، انتهاء لمرحلة المفاوضات وبداية مرحلة ابرام العقد الذي اتفق طرفي التفاوض على كل ما يشتمل عليه من شروط وتفاصيل جوهرية تتعلق بتنفيذ بنوده، من خلال أطرافه، حيث يختلف اطراف عقد خدمة التوصيل عن اطراف العقود الاخرى، ولتسليط الضوء على اطراف عقد خدمة التوصيل وبيان موقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة لابد ان نبين اولاً من هم أطراف هذا العقد؟

مما لا شك فيه وتأسيسا على ما سبق يتبين لنا ان اطراف عقد خدمة التوصيل ثلاثة اطراف وهم كل من : البائع (شركات - مؤسسات - تجار - مطاعم...الخ) والمشتري (المستهلك – المستفيد من الخدمة) والمندوب، و قد يكون تابع للبائع او شخص مستقل.

وفي واقع الامر تمر هذه الاطراف بعلاقات تعاقدية متعددة ومتشعبة سنبينها خلال هذا المطلب من حيث تعرفيها وبيان أركان العقد الالكتروني كون عقد خدمة التوصيل في الاغلب هو عقد الكتروني سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي وبيان بيئته التي تختلف عن العقد التقليدي، اذن يتكون عقد خدمة التوصيل من تلاقي أرادتي طرفي التفاوض (البائع والمشتري)، ويشترط أن تكون هذه الإرادة صريحة لينشأ التراضي الصادر من شخص تتوفر فيه الاهلية التي اشترطها القانون، كما ان التراضي في عقد خدمة التوصيل يجب أنّ يكون خاليا من أي عيب يوثر فيه بأن يجعله موقوفاً أو باطلا، كما في عيوب الإرادة مثل (الاكراه - الغلط - التغرير - الغبن – الاستغلال).

كما ان محل عقد خدمة التوصيل بالنسبة للمستهلك او المستفيد هي الخدمة التي تتجسد بتوصيل الطلب من قبل مندوب التوصيل لقاء اجر يحصل عليه هذا الاخير، ولغرض بيان كل ما يتعلق بمرحلة تكوين عقد خدمة التوصيل لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الاول منه اطراف عقد خدمة التوصيل، ثم في الفرع الثاني نبين اركان هذا العقد على النحو الاتي :

الفرع الاول

اطراف عقد خدمة التوصيل

يتكون عقد خدمة التوصيل التجاري من ثلاثة اطراف ، هم (البائع – المستهلك – المندوب) والمندوب هو الشخص الطبيعي الذي يقوم بتوصيل الطلبات إلى المستهلك، وقد يكون المندوب تابعاً للبائع اوقد يكون شخصاً اخر مستقل عن البائع، ولتسليط الضوء على اطراف العقد بشكل دقيق لابد ان نبحث كل طرف في فقره خاصة على النحو الاتي :

اولا : البائع

البائع هو الطرف الاول في عقد خدمة التوصيل التجاري، وقد يكون البائع شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، منتجاً أو مصنعاً لسلعة معينه[1] أو تاجراً سواء بالجملة أو تاجراً بالتجزئة وعلى سبيل المثال (الشركات، المتاجر، المذاخر، المطاعم... الخ) والبائع هو من يقوم بتوصيل الطلب من خلال المندوبين التابعين له، او من خلال شخص اخر مستقل، ونادرا ما يقوم البائع باستخدام اشخاص غير تابعين له، خاصة في العقود الداخلية، حيث يقوم المنتجون بهذه الخدمة بأنفسهم

1 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص 86.

للحصول على رضا المستهلك[1]، رغبة منهم لحمل المستهلك على التعامل معهم مجددا وكسب ثقته[2] وكذلك ثقة المستفيدين من هذه الخدمة، والبائع في عقد خدمة التوصيل هو تاجر محترف مهني.

يتضح من خلال استعراض تعريف المشرع العراقي والقوانين المقارنة للتاجر بانه قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، لذلك سنقسم هذه الفقرة إلى قسمين نتناول فيها تباعا التاجر الشخص الطبيعي ثم التاجر الشخص المعنوي على النحو الاتي :

1 - التاجر الشخص الطبيعي

يشير قانون التجارة العراقي في المادة (7) أولاً منه إلى التاجر الشخص الطبيعي بانه " يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق احكام هذا القانون "

نلاحظ من خلال التشريعات اعلاه أن التاجر الشخص الطبيعي لابد ان يزاول عمله باحتراف ومهنية لمزاولة عمل خدمة التوصيل التجاري سواء من حيث التوصيل الداخلي او الدولي، ويتطلب اضافة إلى ذلك مزاولة العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص، اما المندوبين الذين توكل اليهم مهام التوصيل و يستعين بهم البائع لا يكتسبون صفة التاجر[3]، بأستثناء الاشخاص المستقلين الذين يعملون بتوصيل الطلبات بصفة مستقلة عن البائع.

2- التاجر الشخص المعنوي

احتراف العمل التجاري لا يقتصر على الشخص الطبيعي وحسب، بل يتعداه إلى الشخص المعنوي الذي يزاول العمل والنشاط التجاري، وبهذا المعنى فان الشخص المعنوي يكتسب الصفة التجارية ايضا.

والسؤال الذي يطرح هنا من هو الشخص المعنوي؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من أن نستعرض راي المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة وعلى النحو الاتي :

1 - د. محمود صادق بازرعة، ادارة التسويق، المطبعة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 2001، ط1، ص318.
2 - د. عمر فؤاد عمر، الوسيط في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص152.
3 - د. عمر فؤاد عمر، مصدر سابق، ص 168.

تجدر الاشارة إلى أن المشرع العراقي اشار إلى الشخص المعنوي، من خلال قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997المعدل سنة 2004، الذي اعتبر الشركات هي اشخاص معنوية لكن هذا الامر لايمكن القبول به على اطلاقه في تجارية جميع الاشخاص المعنوية وتوظيف هذا الوصف في عقد خدمة التوصيل التجاري، ولتوضيح ذلك نجد أن هنالك نوعين من الاعمال التي تمارسها الشركات، فمنها من يمارس الاعمال المدنية ولا يمكن ان تكتسب الصفة التجارية ولا يمكن اعتبارها تاجر، وللتفريق بين النوعين نرى ان الفقه قد اعتمد معيارين للتفرقة والتمييز بين الشركات ذات الطابع التجاري[1]، والشركات ذات الطابع المدني، والمعياران هما (المعيار الموضوعي، والمعيار الشكلي)، فالشركة تكون تاجر حسب المعيار الموضوعي، اذا ما احترفت العمل التجاري، اما المعيار الشكلي فان الشركة تعتبر تاجر بمجرد ان تتخذ شكلاً تجارياً، بغض النظر عن العمل الذي تزاوله سواء كان مدني ام تجاري.

حيث أنَّ المشرع العراقي اخذ بالمعيار الموضوعي لاعتبار الشركة تاجر، وذلك حسب نص المادة (7) الفقرة الاولى من القانون التجاري، التي مرّ ذكرها سلفا.

وتماشيا مع ما تم ذكره أنَّ الشخص المعنوي التاجر حسب قانون التجارة العراقي هي الشركات والتي تدار من قبل موظفين يديرون العمل لكنهم لا يكتسبون الصفة التجارية، وهذا ينطبق على الشركات التي تقدم عروض التوصيل مع بيع السلع والمنتجات، إذ إن عملهم هو عمل احترافي لذا يطبق عليه احكام القانون التجاري. كون الشخص المعنوي المتمثل في الشركات له الاستقلال المالي عن الاشخاص المكونين له[2]، فتظهر شخصية الشخص المعنوي متمتعا بالحقوق وعليه واجبات.

اما موقف المشرع المصري فأنه لم يذهب بعيدا عن موقف المشرع العراقي، وذلك من خلال نص المادة (10) الفقرة (2) من قانون التجارة المصري والتي جاء فيها " يكون تاجرا كل شركة تتخذ احد الاشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذي انشئت الشركة من اجله "

أما موقف المشرع الفرنسي فأنه أشار إلى التاجر الشخص المعنوي في المادة (2/123) من القانون التجاري والتي جاء فيها " الشركات ومجموعات المصالح الاقتصادية التي لها مكاتب مسجلة

1 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص 114.
2 - د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، مكتبة السنهوري، بغداد،2015،ط1. ص45.

في دائرة فرنسية وتتمتع بالشخصية الاعتبارية " [1]

وفي مقابل ذلك أشارت المادة (1842) من القانون المدني الفرنسي إلى ذات المعنى والتي جاء فيها " تتمتع الشركات بخلاف المشاريع المشركة بالشخصية الاعتبارية من تاريخ تسجيلها " [2].

أما موقف المشرع الجزائري وفي الصدد نفسه أشار إلى الشخص المعنوي من خلال الفقرة (2) من المادة (19) من القانون التجاري على تجارية الشخص الاعتباري والتي جاء فيها " كل شخص معنوي تاجر بالشكل، او يكون موضوعه تجاريا، او مقره في الجزائر او كان له مكتب او فرع او أي مؤسسة كانت "

أما القانون المدني الجزائري فأنه أشار أيضا إلى الشخص المعنوي في نص المادة (49) التي أعتبرت الشركات هي اشخاص اعتبارية والتي نصت على أن " الاشخاص الاعتبارية هي الشركات المدنية والتجارية " .

ونافلة القول وبناءاً على ما تم ذكره من نصوص قانونية وتشريعية تنطوي وجة النظر على ان التاجر الشخص المعنوي لا يختلف عن التاجر الشخص الطبيعي من حيث العمل التجاري وخاصة ما يدخل ضمن نطاق عمل خدمة التوصيل التجاري حيث يمكن ان يكون البائع سواء كان تاجراً أو مؤسسة أو شركة هو شخص معنوي اعتباري.

وهنا نتسأل عن البائع في عقد خدمة التوصيل

من الملاحظ أن اغلب العقود تنعقد بالطريقة التقليدية وهي الحضور المادي الذي لا يثير أية مشكلة في تحديد هوية المتعاقدين، أما التعاقد في عقد خدمة التوصيل فهو ينعقد بطريقة الكترونية الذي يثير اشكالية تحديد هوية المتعاقدين ؛ سواء كان هويتهم الالكترونية [3] او صفتهم القانونية . لكن

---

1 - نص المادة (2/123) من قانون التجارة الفرنسي باللغة الفرنسية :
Art – 123-2,,Sociétés et groupements d'intérêt économique ayant leur siège social dans un département français et jouissant de la personnalité juridique,,
2 - نص المادة (1842) من القانون المدني باللغة الفرنسية :
Art – 1842,,Les sociétés autres que les coentreprises jouissent de la personnalité juridique à compter de la date de leur immatriculation,,
3 - ادى انتشار الانترنيت وكثرة استخدام الشبكة العنكبوتية إلى ضهور ما يسمى الهوية الالكترونية التي تمتاز بكونها هوية اختيارية من قبل صاحبها فهو حر في اختيار أي هوية تحدد شخصيتة من حيث الاسم والبلد وتاريخ الميلاد والصورة الشخصية وغيرها من البيانات الشخصية، وكل هذا من غير وجود مراقبة عليه، كما انها لا تعني الهوية الحقيقية للشخص تلك التي تتعلق بكل تفاصيله المدنية من حيث البلد الحقيقي والاسم وتاريخ ميلاده واسمه المثبت في السجلات الرسمية. كما ان البطاقة الالكترونية هي معلومات منضده في خانات مهيئة لغرض الاملاء من قبل صاحبها ويشير الواقع العملي انها تملى خلال ثواني بالضغط على زر معين من خلال الحاسب الالي، وما يرافق هذه العملية من صعوبة التثبت والتحقق من مدى صحة ودقة تلك العلومات والبيانات وخاصة ان هنالك مواقع

الصعوبة تثور بصعوبة التدقيق بمعرفة هوية المتعاقد بسبب سياسة شبكة الانترنيت تتيح استعمال اي هوية يختارها المتعاقد في تحديد ألاسم والسن والبلد ومحل الاقامة، من خلال البيانات التي تتيحها تلك الشبكات أمام الجمهور، وقد تكون هذه البيانات هي في الأصل مخالفة لبياناته الحقيقية، مما يجعل المتعاقد عرضة للأحتيال من قبل بعض المواقع المزيفة والوهمية التي تسبب للمتعاقد الضرر المادي والمعنوي، وما حدى بالتشريعات إلى وضع قيود لضمان التوصل إلى الهوية الحقيقية للمتعاقد ومنها قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي[1] رقم (78) لسنة 2012 ، وكذلك قانون التوقيع الالكتروني المصري[2] رقم (15) لسنة 2004 . وكذلك قانون التوقيع الالكتروني الفرنسي[3] رقم (025) الصادر سنة 2014، وفي ذات الاطار صدر قانون التوقيع والتصديق الالكتروني الجزائري[4] رقم (15-04) لسنة 2015.

والتوصل إلى الهوية الحقيقية بالنسبة (للبائع والمشتري) في التعاقد الالكتروني [5] سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً هو ما تسعى اليه كافة التشريعات من خلال ضبط المواقع الالكترونية وكذلك من خلال طرح البطاقات البنكية، فالهوية عبر الموقع الالكتروني وهذا الاخير يحصل عليه المتعاقد من خلال مزود الخدمة [6]، حيث ان البائع غالبا ما يكون له موقع الكتروني على شبكة

وهمية وغير حقيقية تروج عن السلع والبضائع بصورة كاذبة من حيث الجودة ومحل الصنع وهذه الحالات شائعة، لذلك اتجهت قوانين اغلب الدول إلى اعتبار ذلك من الجرائم الالكترونية، هذا وما يواجه التعاقد الالكتروني من صعوبات في تحديد هوية المتعاقدين في ضل الانفتاح للمواقع الالكترونية من دون رقابة من جهة حكومية للتأكد من بيانات الشخص الذي يقوم بفتح الحساب الالكتروني، وعدم وجود الطرف الثالث الذي يعنى بالمراقبة ومنح الترخيص لفتح المواقع يجعل التشكيك في مصداقية تلك المواقع امر واقع.

1 - قانون منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 4256، لسنة 2012.

2 - قانون منشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد (17) لسنة 2004.

3 - قانون منشور على الموقع الالكتروني : almerja.com/reading.php?idm=73318

4 - قانون منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في العدد (6) لسنة 2015.

5 - من الامور السلبية والخطرة للهوية الالكترونية الرقمية سهولة استبدالها وتغييرها من قبل صاحبها في اية لحظة او يمكن ان يفقد المتعاقد الهوية الالكترونية بسبب القرصنة والتهكير الالكتروني، وصعوبة السيطرة من قبل المتعاقد على هذه الهوية لكونها ملك رقمي للشركات التي تطلق المواقع الالكترونية مثل موقع الفيس بوك او الاتلكرام او الواتس اب وغيرها من المواقع، وما تملكه هذه الشركات من سياسة خاصة بها في تغيير تلك المواقع او دمجها او الغائها او تغيير شروطها من غير اللجوء او الرجوع إلى مستخدمين تلك البرامج وهذا بحد ذاته خطر يهدد بناء الثقة بالهوية الالكترونية، وهذا ما يجعل هذا الباب مفتوح للتوغل فيه اكثر مستقبلا.

6 - مزود خدمة الإنترنت أو بمعنى اخر موفر خدمة الاتصال بالإنترنت ويسمى بالإنكليزية (Internet Service Provider) ويرمز له اختصاراً (ISP) وهي شركة توفر لكل عملائها امكانية الوصول إلى شبكة العنكبوتية، ويرتبط مزود خدمة الإنترنت بالعملاء من خلال استخدام تقنية نقل بيانات مناسبة لتوصيل حزم بيانات نظام الإنترنت، كالاتصال عبر الهواتف، خط المشترك الرقمي كما ان مزود خدمة الإنترنت يوفر الحسابات البريدية الإلكترونية للعملاء والتي تسمح لهم بالتواصل مع بعضهم البعض من خلال إرسال واستقبال الرسائل الإلكترونية عن طريق الخادم (server)، ويعرفه القانون الفرنسي مزود الخدمة بأنه

L’article 6.I.2 de la loi pour la confiance dans l’économie numérique :"les hébergeurs comme des personnes qui" mettent à la disposition du public par les services de communication au public en ligne, le stockage de signaux d’écrits, d’images, de son ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services

الانترنيت يستطيع من خلاله عرض السلع والبضائع التي يقوم ببيعها من خلال الموقع الرئيسي له أو من خلال المواقع الفرعية التابعة له ويكون هذا الموقع مفتوحاً على مدار الساعة امام المستهلكين ومن جميع بلدان العالم، كما ان مزود الخدمة ملزم بتوفير امرين الاول يضع كل الادوات المعلوماتية تحت تصرف المستخدم على الويب ليتمكن من استعمال الموقع في النشاط الذي يختاره، والثاني التأكد من البيانات الحقيقية والصحيحة للمستخدم من حيث الاسم والسن والبلد ومقر الاقامة وذلك لتحديد الاهلية اللازمة للتعاقد، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ثانيا : المشتري (المستهلك)

انقسم الفقه بخصوص وضع تعريف للمستهلك إلى جانبين :

الجانب الاول : أتجه إلى التعريف الضيق لمفهوم المستهلك فيذهب في تعريفه بأنه (المستهلك كل شخص يتعاقد للحصول على احتياجه الشخصي او العائلي)[1].

ويمكن أن يعرف المستهلك أيضا بانه (الشخص الذي لأجل احتياجاته الشخصية غير المهنية يصبح طرفاً في عقد للتزود بالسلع والخدمات)[2].

ويذهب جانب من أنصار هذا الاتجاه إلى تعريفه بانه : (شخص طبيعي يحصل على اشياء استهلاكية أو خدمات من الطبيعة نفسها ، لغرض منفرد هو اشباع حاجاته الشخصية او العائلية، مع استبعاد المشاريع او المهن الحرة من ذلك) [3]

اما الجانب الثاني : فيميل إلى التوسع في تعريف المستهلك، حيث يذهب رأي في تعريفه بانه (كل شخص يهدف إلى اشباع حاجاته الشخصية او المهنية)[4]، كما يعرف وفقا لهذا الاتجاه بانه : (كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك) [5]، ويعرف أيضا بأنه (كل من تعاقد بهدف اِستعمال أو استخدام مال أو خدمة سواء لاستعماله الشخصي أو المهني) [6].

ومن جانبنا نؤيد ما جاء به الفقه الذي اخذ بالاتجاه الواسع كون عقد خدمة التوصيل التجاري ينصب على تقديم الخدمة للشخص الطبيعي والمعنوي على حدا سواء

---

1 - د. حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996،ص13، د. خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص16.

2 - د. عبد العزيز محمود عبد العزيز، حماية المستهلك بين النظرية والتطبيق، الهيئة المصرية العامة لطباعة الكتب، القاهرة، 2008، ص45.

3 - G. Raymond، obs. Sous cass Civ lore 10 juillet. 1996. Contracts cons Consom. 1996. Paeg 17.

4 - د. عدنان ابراهيم السرحان، المهني المفهوم والانعكاس القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد1، 2004، ص57.

5 - د. عبد العزيز محمود عبد العزيز، مصدر سابق، ص44.

6 - د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986، ص8.

واستنادا إلى ما سبق لا مناص من طرح التساؤل التالي : **من هو المستهلك في عقد خدمة التوصيل؟ وماهي الحماية القانونية المخصصة له ؟**

للإجابة على هذا السؤال لابد أن نبين موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة، وما هي الحماية القانونية المخصصة له وفق التشريعات الحديثة، التي نظمت قوانين حماية المستهلك، بقواعد خاصة، وهذه التشريعات لا تنظر إلى استهلاك السلع والبضائع بقدر نظرتها إلى التصرفات القانونية للأفراد في تعاملاتهم للحصول على تلك السلع والخدمات[1].

يعرف المشرع العراقي المستهلك، في المادة (1) الفقرة (5) من قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010، بقوله " المستهلك : الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة يقصد الافادة منها "، ولدى التدقيق بهذا التعريف نلاحظ ان المشرع العراقي اتجه بتوسيع مفهوم المستهلك[2] ولم يقتصره على من يتعاقد لأشباع حاجاته الشخصية فقط.

أما المشرع المصري فأنه يعرف المستهلك، بنص المادة (1) الفقرة (3) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (67) لسنة (2006) بقوله " كل شخص تقدم آلية احد المنتجات لأشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التصرف أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"

أما موقف المشرع الفرنسي فأنه يعرف المستهلك في المادة (2) من قانون اعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات رقم (23) لسنة 1978 التي جاء فيها " من يستخدم المنتجات لأشباع احتياجاته الخاصة أو احتياجات الاشخاص المسؤول عنهم وليس لأعاده بيعها أو تحويلها في نطاق مهنته "[3]، نلاحظ ان المشرع الفرنسي قد سار مع الاتجاه الضيق لتعريف المستهلك. ومن الملاحظ أن قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (949) لسنة 1993لم يتضمن اي تعريف للمستهلك[4]

---

1 - د. يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، بحث منشور، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، 2010، ص143.

2 - د. امل كاظم سعود، الوجيز في شرح احكام قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010، مكتبة السنهوري، بغداد، 2016،ص12وما بعدها.

3 - نص المادة (2) باللغة الفرنسية :

Art – 2،، Quiconque utilise les produits pour satisfaire ses propres besoins ou les besoins des personnes qui en ont la charge et non pour les revendre ou les céder dans le cadre de sa profession،،

ينظر د. محمد بو دالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص22، نقلا عن م. م فراس جبار كاظم، المستهلك واساليب توعيته في العقد، بحث منشور، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد3، 2013، ص 252.

4 - قانون رقم 494 منشور على الموقع الالكتروني: www.sos.net.eu.org/conso/code، ينظر د.محمد بو دالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر،

أما موقف المشرع الجزائري، فانه يعرف المستهلك في قانون حماية المستهلك، رقم 03/09 لسنة 2009، بنص المادة (3) الفقرة (1) التي جاء فيها " المستهلك كل شخص طبيعي او معنوي، يقتني سلعة أو خدمة موجهه للأستعمال النهائي، من اجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص اخر "[1].

وهكذا يتبين لنا من خلال النصوص الواردة في التشريع العراقي والقوانين المقارنة أنَّ التشريعات ذهبت باتجاهين متعاكسين، فمنهم من يذهب باتجاه المفهوم الواسع للمستهلك من خلال ما جاء به المشرع العراقي والمشرع الجزائري، اما الاتجاه الآخر فأنه ضيق من مفهوم المستهلك وهذا ما لاحظناه من خلال ما جاء به كلا من المشرع الفرنسي والمصري.

أما اليات حماية المستهلك فقد استقر الرأي على أن الطريقة المثلى لحماية المستهلك هي من خلال تقرير الحقوق الاساسية التي يواجه بها التاجر المحترف ليكون للمستهلك محاطا بشكل كاف من الحقوق[2]،حيث يلاحظ بهذا الصدد ان المشرع العراق يحدد واجبات أساسية يلتزم التاجر المهني الابتعاد عنها كونها من الممارسات المحضورة، وهذا ما جاءت به المادة (6) الفقرة (اولا) من قانون حماية المستهلك التي حددت حقوق المستهلك والوسائل التي من خلالها يمكن مواجهة التاجر المهني المحترف للعمل التجاري [3]

أما موقف القوانين المقارنة فأنها ذهبت أيضا إلى ما ذهب اليه المشرع العراقي من تقرير الحماية القانونية للمستهلك وأنها الزمت التاجر المهني بجملة من الاجراءات التي يجب اتباعها من

2006، ص22، نقلا عن م. م فراس جبار كاظم، المستهلك واساليب توعيته في العقد، بحث منشور، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد3، 2013، ص 252.

1 - د. شلبي الزين، مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري، بحث منشور في كلية الحقوق، جامعة سكيكده، الجزائر، 2010،ص 17.

2 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص18.

3 - نص المادة (6) الفقرة (اولا) من قانون حماية المستهلك العراقي والتي جاء فيها " أ- جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.

ب- المعلومات الكاملة عن مواصفات السلع والتعرف على الطرق السليمة لاستعمالها أو لكيفية تلقي الخدمة بالشكل واللغة الرسمية المعتمدة.

جـ- ما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبيناً فيها قيمة وتاريخ ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها.

د- الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز، دون تحميلها نفقات إضافية.

ثانياً: للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلا أو جزءا إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك.

ثالثاً: الحصول على خدمات ما بعد البيع وفق الاتفاق المُبرم مع المجهز.

رابعاً: حرية اختيار السلعة أو الخدمة المعروضة مقابل ثمنها دون أي تدخل من المجهز"

خلال اجراء التعاملات التجارية مع المستهلكين، هذا من جانب ومن اخر وضعت التشريعات جملة من الاليات والوسائل التي يتحصن فيها المستهلك من غش وتدليس التاجر المهني ولكثرة تشعب هذه الوسائل ولعدم الاسهاب بالدراسة نشير فقط إلى النصوص القانونية وهي كما جاء في المادة (9) من قانون حماية المستهلك المصري، والمادة (45) من قانون حماية المستهلك الفرنسي، وكذلك نص المادة (11) من قانون حماية المستهلك الجزائري[1].

أما تحديد هوية المشتري في عقد خدمة التوصيل الذي يتم إبرامه من خلال المنصات الالكترونية اي التعاقد الالكتروني فيتم تحديدها أما عن طريق البطاقة البنكية او عن طريق الموقع الالكتروني وهذا الاخير هو الطريقة نفسها المتبعة في تحديد هوية البائع التي تم التطرق اليها.

---

1 - نص المادة (9) من قانون حماية المستهلك المصري والتي جاء فيها " يلتزم المورد او المعلن اي سلوك خادع، وذلك متى انصب هذا السلوك على اي عنصر من العناصر الاتية :

أ- طبيعة السلعة او صفاتها الجوهرية او العناصر التي تتكون منها او كميتها

ب- مصر السلعة او وزنها او حجمها او طريقة صنعها او تاريخ انتاجها او تاريخ صلاحيتها او شرط استعمالها او محاذيره

ت- خصائص المنتج والنتائج المتوقعة من استخدامه

ث- السعر او كيفية ادائه، ويدخل في ذلك اي مبالغ يتم اضافتها للسعر.

ج- نوع الخمة ومكان تقديمها.

ح- شروط التعاقد واجراءاته وخدمة ما بعد البيع والضمان "

نص الفقرة (4) من المادة (45) من قانون حماية المستهلك الفرنسي والتي جاء فيها ". قبل إبرام العقد عن بعد، يجب على التاجر أن يكشف للمستهلك عن المعلومات التالية:

أ) اسمه وأي اسم آخر يستخدمه في مزاولة عمله ؛

ب) عنوانه.

ج) رقم هاتفه وكذلك، عند الاقتضاء، رقم الفاكس وعنوانها لتكنولوجية

.د) وصف تفصيلي لكل سلعة أو خدمة يغطيها العقد، بما في ذلك الخصائص والمواصفات الفنية

هـ) بيان مفصل لسعر كل سلعة أو خدمة يغطيها العقد والتكاليف المتعلقة بذلك .

و) وصف أي رسوم إضافية قد تكون مستحقة الدفع من قبل طرف ثالث والتي لا يمكن حساب المبلغ بشكل معقول، بما في ذلك الرسوم الجمركية ورسوم السمسرة ؛

ز) إجمالي المبالغ التي يجب على المستهلك دفعها بموجب العقد، وعند الاقتضاء،مبلغ المدفوعات الدورية، المعدل المطبق لاستخدام سلعة أو خدمة إضافية وكذلك شروط الدفع ؛

ح) العملة التي تُدفع بها المبالغ المستحقة

ط) التاريخ أو المواعيد النهائية لأداء التزامها الرئيسي ؛

ي) حيثما ينطبق ذلك، طريقة التسليم واسم الناقل ومكان التسليم ؛

ك) حيثما ينطبق ذلك، شروط الإلغاء أو الإنهاء أو الإرجاع أو الاستبدال أو الاسترداد ؛

ل) أي قيود أو شروط أخرى تنطبق على العقد.يجب على التاجر تقديم هذه المعلومات بشكل واضح ومفهوم وأن يحملها صراحة بمعرفة المستهلك ؛ في حالة وجود عرض مكتوب، يجب عليه تقديم هذه المعلومات بحيث يمكن للمستهلك تخزينها وطباعتها بسهولة على ورق " – نص المادة (11) من قانون حماية المستهلك الجزائري والتي جاء فيها " يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك وفق قانون حماية المستهلك الجزائري من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الاساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والاخطار الناجمة عن استعماله. كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الاقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي اجريت عليه "

أما تحديد هوية المشتري من خلال البطاقة البنكية تعتبر من الوسائل المهمة لتحديد هوية المتعاقد من حيث الاسم والسن والبلد وموطن الاقامة حيث تحتوي البطاقة على تقنية خاصة لحماية البيانات الشخصية من القرصنة [1]، وبهذه التقنية يستطيع البائع أن يحدد هوية المشتري من خلال الدفع الالكتروني لقيمة السلع والبضائع اذ يقوم المشتري بأملاء البيانات التي يحددها البنك الذي يصدر تلك البطاقات ومن خلال النظام المعد لهذا الغرض وللتأكد من أهلية المشتري لأبرام العقد الالكتروني.

ثالثا : المندوب

المندوب هو الطرف الثالث في العلاقة التعاقدية لعقد خدمة التوصيل التجاري، واذا ما اردنا ان نبين من هو المندوب، يقتضي الأمر أن نبين موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة، ونبين كذلك الموقف الفقهي من تعريف المندوب على النحو الاتي :

لم يتطرق المشرع العراقي إلى مفهوم المندوب وكذلك القوانين المقارنة، كذلك الامر بالنسبة إلى الفقه فانه لم يبين مفهوم المندوب من خلال التعريف به او بيان الاحكام المتعلقة به بشكل واضح وصريح، ولكن بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 وما نصت عليه الفقرة (سادسا) من المادة (1) التي جاء فيها " المجهز : كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة، سواء كان اصيلاً أو وسيطاً ام وكيلاً "، نلاحظ من خلال المادة انفة الذكر أن المشرع العراقي اشار إلى المندوب بصورة ضمنية من خلال ما جاء في ذيل المادة ان كان اصيلاً أو وسيطاً، وحيث أن المندوب في عقد خدمة التوصيل التجاري مخول من قبل البائع في توصيل الطلب وكذلك قبض الثمن من المستهلك فأنه يتضمن حسب تقديرنا معنى الوسيط الذي اشارت له المادة انفة الذكر.

ومن هنا ندعو المشرع العراقي إلى أضافة فقرة إلى قانون حماية المستهلك خاصة بالمندوب ووضع تعريف له وبيان شروطه وذلك بسبب ؛ المكانة المهمة التي يلعبها ودوره الفاعل في عقد خدمة التوصيل التجاري. ونقترح على المشرع العراقي وضع النص ادناه (المندوب : وهو شخص طبيعي او معنوي تابع للبائع أو مستقل يعمل لقاء اجر معلوم، وفق شروط خاصة وسواء كان وطنياً أم اجنبياً) وكذلك نقترح على المشرع الآخذ ببعض الشروط التي يجب توفرها في المندوب وعلى النحو الاتي :

1 – تقديم معلومات للمستهلك عن وسائل النقل سواء سيارة أوالية نقل اخرى.

---

1 - د. الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص127 وما بعدها.

2– تقديم تعهد خطي بعدم دخول المندوب للمنازل.

3– عدم وجود أي سوابق لمندوب التوصيل.

4– يعلق المندوب البطاقة التعريفية في مكان ظاهر أثناء العمل.

5– يدون وقت خروج المندوب من قبل البائع وساعة التوصيل لكل طلب.

6– وضع لوحة في مكان بارز من قبل البائع توضح بيانات المندوبين العاملين في خدمة التوصيل

7- أن يكون لدى المندوب هوية وطنية أو هوية مقيم سارية المفعول ان كان اجنبي.

8- أن يكون لدى المندوب رخصة قيادة العجلات سارية المفعول.

9- أن تكون وثيقة سير المركبة المستخدمة في عملية التوصيل سارية المفعول.

10- تعهد المندوب بعدم افشاء معلومات المستفيد أو اساءة استخدامها.

اما موقف المشرع المصري فلم يكن موقفه مختلفاً عن موقف المشرع العراقي كثيرا حيث اشار في الفقرة (5) من المادة (1) من قانون حماية المستهلك رقم (181) لسنة 2018 والتي جاء فيها " المورد : كل شخص يمارس نشاطا تجارياً أو صناعياً أو مهنياً أو حرفياً يقدم خدمة للمستهلك ينتج سلعة... أو يعرضها أو يتداولها أو يوزعها أو يسوقها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك ".

أما موقف المشرع الفرنسي فأنه أشار المندوب تحت مسمى الممثل الذي يعمل لصالح التاجر في الفقرة (اولا) من المادة (1) من قانون حماية المستهلك رقم (344) لسنة 2014 التي جاء فيها " الممثل : الشخص الذي يعمل لحساب تاجر أو صانع أو عن الشركة المصنعة وتكون تصرفاته نيابة عنها " [1].

أما موقف المشرع الجزائري فأنه لم يشير إلى المندوب في قانون حماية المستهلك، لكن بالرجوع إلى قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 لسنة 2018، نلاحظ أنه عالجه بصورة ضمنية وكانت معالجته ضعيفة فأطلق تسمية مؤدي خدمات على المندوبين وهذا ما نصت عليه المادة (18) والتي جاء فيها " بعد ابرام العقد الالكتروني يصبح المورد الالكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك

1 - نص المادة (1) باللغة الفرنسية :
Art – 1,,Représentant : Une personne qui travaille pour un commerçant ou un fabricant ou au nom du fabricant et agate en son nom,,

الالكتروني عن حسن تنفيذ العقد سواء تم تنفيذه من قبله او من قبل مؤدي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم " [1].

من خلال كل ما تقدم نلاحظ ان المشرع العراقي والقوانين المقارنة [2] لم تضع تعريف جامع مانع للمندوب، ولكن من الملفت للانتباه ان المشرع السعودي عالج هذا الموضوع ووضع تعريف له، ارتئينا الاشارة له على سبيل الاستئناس رغم انه لم يدخل ضمن المنهج المقارن لدراستنا.

لذلك حري بنا ان نضع تعريف للمندوب في عقد خدمة التوصيل التجاري، حيث يمكننا ان نعرفه بحسب تصورنا بانه : (المندوب : هو شخص يقوم بتوصيل الطلبات من السلع والبضائع وغيرها من المنقولات بوسيلة من وسائل النقل، من المنتج إلى المستهلك، وقد يكون المندوب تابع للبائع او مستقل عنه، لقاء اجر معلوم او ضمني).

من هنا، نتوصل إلى نتيجة مفادها ان المندوب شخص طبيعي قد يعمل لدى البائع، سواء كان منتج او تاجر او شركة او مؤسسة او اي جهة تسويقية او مطاعم او مذاخر... او قد يكون شخص مستقل بعمله عن البائع يقوم بعملية توصيل الطلبات إلى المستهلك او المستفيد، لقاء اجر مقابل خدمة التوصيل، وهذا الاجر قد يكون بصورة ضمنية تدفع مع سعر الشراء اذا كان المندوب تابع للبائع، او بصورة معلومة ومحدده اذا كان المندوب شخص مستقل وفي كل الاحوال فأن المندوب هو الطرف الثالث من اطراف عقد خدمة التوصيل التجاري وهو حلقة الوصل ما بين البائع والمستهلك.

الفرع الثاني

اركان عقد خدمة التوصيل التجاري

يتكون عقد خدمة التوصيل التجاري كباقي العقود من اركان يرتكز عليها، والركن[3] هو ما يقوم الشيء عليه ويكون جزء من ماهيته وحقيقته، ان اركان العقد وكما هو معلوم ثلاثة اركان (التراضي، المحل، السبب) [4] واضاف بعض الفقهاء ركن رابع إلى الاركان الثلاثة، وهو ركن الشكلية، وبما ان عقد خدمة التوصيل ينصب بالأساس على المنقولات دون العقارات من جهة ومن اخرى هو من

1 - قانون منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في العدد 28 لسنة 2018.
2 - باستثناء ما اشارت الية هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات الالكترونية في منطقة الرياض بالمملكة العربية السعودية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (403) لسنة 2018 الذي عرف المندوب من خلال المادة (1-10) والتي جاء فيها " المندوب هو شخص طبيعي يقوم البائع بربطه بالمستهلك لتوصيل الطلبات اليه "

3 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ج4، ص53.
4 - د. عبد المجيد الحكيم، واخرون، مصدر سابق، ص31.

العقود الرضائية، لذا لا يتطلب شكل معين لانعقاده، الا ان ذلك لا يمنع من افراغه في شكل معين ومكتوب لغرض الاثبات، وكما ان محل عقد خدمة التوصيل هو الخدمة المقدمة من قبل البائع او المنتج من خلال المندوبين، وكما ان ركن السبب وهو الركن الثالث في اغلب العقود، وحسب النظرية الحديثة للسبب، يشترط فيه ان يكون موجود، ومشروع أي غير مخالف للقانون ولا النظام العام والآداب، وهو الباعث الدافع للتعاقد، لذا سنبحث في هذا المطلب اركان عقد خدمة التوصيل من خلال ثلاث فقرات على النحو الاتي :

اولا – التراضي

ينعقد عقد خدمة التوصيل بالتراضي هو احد الاركان الجوهرية للعقد، ويتكون التراضي من اتحاد الايجاب والقبول بين اطرافه وان تكون أهلية المتعاقدين كاملة وارادتهما خالية من العيوب، هذه العناوين نبحثها ضمن هذه الفقرة تباعا :

1- **الايجاب والقبول :** ان الارادة الاولى هي الايجاب، والثانية هي القبول للإيجاب، وتعني الموافقة الصريحة والجادة، وتعتبر الارادة قوام التصرفات القانونية، حيث انها الركن الاساسي في العمل القانوني[1].

ولعله من المفيد ان نذكر في هذا الاطار ان طريقة ابرام العقود بشكل عام وهي الطريقة التقليدية المتمثلة بالحضور المادي لأطراف العقد، ولكن بعد التطور التكنلوجي والاسباب التي بيناها في المبحث الاول اصبح ابرام العقود ومنها عقد خدمة التوصيل التجاري بطريقة الكترونية وهو لا يختلف عن الطريقة التقليدية الا من خلال وسيلة ابرام العقد وهي الوسيلة الالكترونية والتي تتم من خلال المنصات الالكترونية المعدة لهذا الغرض حيث يصدر الايجاب من البائع الذي يعلن عن البيع وخدمة التوصيل والقابل هو المستهلك ، ومن خلال هذه التقنيات لاقت خدمة التوصيل رواجا واسعا ولاسيما في دول الخليج العربي ابتداء ومن ثم باقي البلدان العربية فضلا عن البلدان الاوربية، لذلك انتشرت العديد من التطبيقات التي اسهمت بشكل لافت للنظر من توسيع الانشطة التجارية من حيث التسويق والاستهلاك، وسنأخذ على سبيل المثال بعض من هذه التطبيقات مثل (تطبيق مرسول - تطبيق ينوب - تطبيق طلبات - تطبيق جاك).

1 - د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزامات المصادر الارادية للالتزام، ج1، مج1، بدون مكان طبع، 2000، ص 73.

(1) تطبيق مرسول : وهو تطبيق في المملكة العربية السعودية، تطبيق توصيل طلبات من أي مكان لأي مكان في أي وقت يوصل للمكان اللي تختار بأسرع وقت، مرسول هو أول وأفضل تطبيق سعودي يوصل لك أي شيء من كل أنواع المتاجر والمطاعم

(2) تطبيق ينوب : تطبيق ينوب يمكنك من تصفح كافة الأماكن و المحلات في المنطقة التي تقطن بها ، و اضافة تفاصيل طلبك مباشرة ، ومن ثم استعراض كافة عروض التوصيل من مندوب ينوب، و بعد الموافقة على أحد العروض، يمكنك استكمال الطلب مع المندوب عبر محادثة مباشرة او اتصال.

(3) تطبيق جاك : وهو من التطبيقات المتداولة في المملكة العربية السعودية، حيث يعمل هذا التطبيق على إيصال منتجات المتاجر الالكترونية للعملاء في نفس اليوم الذي تم فيه الطلب من قبل المستفيد، وذلك عن طريق؛ توظيف عددٍ كبير من السائقين، كما يوفر هذا التطبيق إمكانية الدفع عند الاستلام.

(4) تطبيق طلبات : يعد هذا التطبيق من أهم التطبيقات التي تقوم بتقدم خدمات التوصيل من المطاعم وإلى الزبائن، حيث ينتشر هذا التطبيق في اغلب الدول العربية، يقوم مبدأ عمله على الية اختيار العميل المطعم الذي يريد الشراء منه ويقوم بتحديد الوجبات المطلوبة، ومن ثم يقوم موظف التوصيل التابع لطلبات بإيصالها إلى المكان المحدد من قبل صاحب الطلب.

(5) تطبيق كريم بوكس :ان هذه الخدمة هي من الخدمات التابعة لتطبيق كريم، اذ يقوم المستخدم بتحديد المكان الذي يريد إرسال الطلب منه وكذلك تحديد المستقبِل، اضافة الى وضع تفاصيل الطلب في الخانة المخصصة لها، إلى أن يقوم سائق او مندوب التطبيق، بإيصال الطلب لمكان المستقبِل خلال فترةٍ قصيرة متفق عليها سلفا، ويتم التوصيل سواء عبر المندوبين الخاصين بالبائع .

ومن الامثلة الاخرى على تطبيقات التوصيل التجاري نأخذ منها نموذج اخر وهو مطبق في مصر وبعض بلدان الخليج العربي والدول المجاورة وكما يلي:

1 - شركة اطلب Otlob

2- شركة جلوفو Glovo

3- شركة فوو VOO

4- شركة أكلني

5- شركة جودز مارت

شركة اطلب Otlob

هي واحدة من أقدم شركات توصيل الطعام في مصر، وذلك عن طريق الطلب أون لاين من أي من المطاعم الكثيرة المتعاقدة معها؛ حيث يقوم تطبيق اطلب بعرض قوائم تلك المطاعم، وتقديم خدمة توصيل منها للطلبات إلى المنازل، وكل ما على المستخدم فعله عن اختيار المطعم، ثم الأطعمة التي يريدها، بعد أن يقوم بتحديد مدينته ومنطقته.

شركة جلوفو Glovo

تمثّل هذه الشركة عبر تطبيقها الذكي خدمات التوصيل من مكان إلى مكان آخر على اختلاف نوع المنتج أو السلعة المتداولة بين البائع والمشتري؛ سواء كانت هدايا أم مستلزمات منزلية أو أطعمة وأشربة أو أدوية وما إلى ذلك؛ ويتم توصيل هذه الطلبات من مكان لآخر بشرط أن يكون داخل منطقة يتم تغطيتها بهذه الخدمة، وألا يزيد وزن الطلب عن 9كغم.

شركة فوو VOO

هي شركة طوّرت من فكرة التوصيل خلال أقل وقت ممكن مع الاهتمام بالتكلفة؛ حيث يمكن من خلال تطبيق فوو طلب خدمة توصيل فورية أي شيء من مكان إلى آخر بكل سهولة وسرعة ممكنة؛ وذلك من خلال تحديد مكان المُرسل والمستلم ونوع الشحنة وحجمها التقريبي، ويكون نظام الدفع عن طريق البطاقات الائتمانية، مع تمكّن المُرسل من تتبع الشحنة لحين وصولها إلى المستلم، فضلاً عن إمكانية الحصول على بيانات السائق وتتبعه والتواصل معه، مع ضمان إقراره بإيصال الطلب كما هو إلى المكان المُحدد.

شركة أكلني

يتميز هذا التطبيق والموقع الإلكتروني، المتخصص بعرض أسماء وقوائم المطاعم في مختلف أنحاء مصر، ولكل منطقة على حدة، بجودة تصميمه مع قيمة مالية أقل لإتمام الطلبات، فضلاً عن توفير قاعدة ذات خيارات كثيرة وعديدة ومتنوعة من المطاعم التي توفر خدمة التوصيل

شركة جودز مارت

يمكن بالأحرى القول عنها بأنه بقالة متوفرة على الإنترنت، يساعد المستخدم في منطقة الشيخ زايد من طلب المنتجات التموينية وإيصالها لهم من خلال نظام الدليفري، والدفع يكون عبر البطاقات

الائتمانية، ما يميز هذا التطبيق عن غيره هو عمله لساعات متأخرة ليلاً، ويتم إيصال الطلب بصندوق له زوج من المفاتيح؛ أحدهما مع العميل والمفتاح الآخر مع فريق الشركة، وذلك لضمان توصيل الطلبات دون الحاجة إلى تواصل مباشر مع المستلم.

اما فيما يخص الشركات المختصة بنقل السلع التي تعمل بشكل مستقل عن البائع وهي تختلف عن المندوب التابع للبائع، حيث ظهرت مؤخراً شركات التوصيل التي تخدم الكثير من العملاء وتسهل الحياة عليهم، والتي كان يقتصر مبدأ عملها فقط على المطاعم في توصيل طلبات الزبون، ومنذ فترة قصيرة وسعت شركات التوصيل نطاقها فأصبحت تضم العديد من الشركات؛ كشركات الاجهزة الطبية او المنزلية او الملابس، والمفروشات، والألعاب، وغيرها الكثير، حيث تقوم بأداء عملها بأفضل أساليب وطرق التوصيل وبأقل وقت وجهد مقابل مبلغ مالي معين، حيث أصبح هناك منصات ومواقع إلكترونية خاصة بهم لاستقبال طلبات العملاء، ولا يقتصر مبدأ عملها فقط في دولة معينة بل يتم التوصيل بين مختلف انحاء العالم، وكما لاحظنا مؤخراً وبعد تفشي فيروس كورونا تحديداً مدى أهمية شركات التوصيل في توصيل احتياج المستهلكين بأقل وقت وجهد وتكلفة، وندرج نموذج من هذه الشركات :

شركة أرامكس

تعتبر شركة أرامكس Aramex من أفضل الشركات التي تقوم بخدمات النقل والتوصيل والشحن الجوي الموجودة في مختلف دول أنحاء العالم، حيث حققت نمواً سريعاً وأصبحت الآن شركة متميزة ومبدعة في مجال الشحن والتوصيل، وتعتبر من أهم الشركات الموجودة في مصر التي يعتمد معظم عملائها عليها وتعتبر الخيار الأفضل لهم في حال لديهم الحاجة بالشحن سواء داخل مصر أو خارجها، حيث تتميز أرامكس بالسرعة وتشمل عدة خدمات من الخدمات اللوجستية، وخدمات إدارة المعلومات، وخدمات إدارة التجارة الإلكترونية ، وبالطبع خدمات النقل والشحن السريع، وتقوم الشركة بتطوير من نفسها أكثر فأكثر حتى تثبت مكانتها في السوق.

شركة مشاوير

تمثل شركة مشاوير واحدة من شركات التوصيل البارزة والأشهر في مصر، حيث تتلخص خدمات الشركة في المشتريات، والنقل والتوصيل، حيث تقوم بتوفير الوقت والجهد على المستهلك، وتكلفة الشحن تكون حسب المسافة التي يتطلبها الشحن، حيث يمكن من خلالها إتمام عملية الشراء من أي محل تم اختياره من قبل المستهلك، مما يضمن سير العملية بكل سهولة وبأقل التكاليف مع رضا الاخير عن وصول طلبه حسب ما متفق عليه.

شركة رابيدو

تعتبر شركة رابيدو من أهم شركات الشحن والتوصيل في مصر، حيث تكفل هذه الشركة لعملائها وصول الشحنات وطلباتهم بالوقت المحدد، وبأعلى درجات السلامة والجودة، كما توفر وتتيح للمستهلك خدمة تتبع الشحنة، تعد شركة رابيدو من رواد خدمات الشحن الدولي في مصر و في الشرق الأوسط، وتقوم بذلك بأقل الأسعار مقارنة مع شركات التوصيل الأخرى.

والتي سنسلط عليها الضوء مع بيان الموقف التشريعي للقانون العراقي والقوانين محل المقارنة على النحو الاتي :

المنصة الالكترونية

وهي الوسيلة الالكترونية التي يتم من خلالها ابرام عقد خدمة التوصيل التجاري والتي يتم من خلالها أيضا التفاوض على كل تفاصيل العقد وكما رأينا سابقا ما يرافق التفاوض من الاعلام والافصاح ومن ثم السرية والمحافظة على المعلومات والبيانات لكل طرف من طرفي التفاوض والوصول إلى التعاقد وتبادل الايجاب والقبول وكل هذا يتم عن طريق المنصة الالكترونية ما بين الطرفين،

نلاحظ من كل ما تقدم ان عقد خدمة التوصيل التجاري، يتم ما بين البائع و المستهلك والذي يتم ابرامه في الاغلب الاعم عن طريق المنصات الالكترونية، وسواء كان التوصيل داخلي ام دولي فأنه يتم من خلال استخدام احدى البرامج الالكترونية التي قد يكون التعبير فيها عن الارادة بأرسال رسائل الكترونية كما في الايميل، او استخدام وسائل اكثر تطورا وذلك من خلال الاتصال الفديوي بالصوت والصورة وذلك لضمان وصول القبول إلى الشخص الموجه له القبول، ويعتبر العقد قد ابرم ما بين البائع والمستهلك من اللحظة التي يوصل فيها القبول من المستهلك إلى البائع ويعتبر العقد مرتب لاثاره.

عرف المشرع العراقي في نص المادة (77) من القانون المدني الايجاب والقبول، والتي تنص على ان " الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لأنشاء العقد، وأي لفظ صدر اولا فهو الايجاب والثاني قبول" يتبين من خلال نص المادة اعلاه انه لا يشترط ان يكون الايجاب قد صدر من البائع[1] كون ان عقد خدمة التوصيل يمر بمرحلة المفاوضات وقد يكون المستهلك هو الموجب، فكما اسلفنا ان عقد خدمة التوصيل يمر بمرحلة المفاوضات قبل ابرام العقد وهنا قد يعترض

1 - د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مج1، العقد، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981،ص349.

المستهلك على الثمن ويعرض هو ثمن اخر فيكون هو الموجب ويقبل ذلك العرض البائع ويكون هو القابل، لذلك اشارت المادة انفة الذكر إلى الارادة الاولى هي الايجاب والثانية هي القبول، كما لو عرض المستهلك على البائع البيع بسعر معين فيوافق البائع على هذا العرض فيكون المستهلك هو الموجب.

اما موقف المشرع المصري فأنه اشار إلى الايجاب والقبول في القانون المدني من خلال نص المادة (93) والتي جاء فيها " اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد "

اما موقف المشرع الفرنسي من ركن التراضي، فانه اشار اليه في المادة (1113)، من قانون العقود والالتزامات، التعديل الجديد بالمرسوم رقم (131) لسنة 2016، والتي جاء فيها " يتم العقد بالتقاء الايجاب والقبول، اللذان يعبر الاطراف بموجبهما عن ارادتهم في التعاقد، يمكن ان تنتج هذه الارادة عن تصريح او مسلك لا لبس فيه صادر عن صاحبه " كما يعرف المشرع الفرنسي الايجاب بالمادة(1114) والتي جاء فيها " يتضمن الايجاب الموجه إلى شخص محدد او غير محدد، العناصر الجوهرية للعقد المنشود، ويعبر عن الارادة صاحبها..." [1] اما المادة (1127) الفقرة (1) فأنها اشارت إلى الالزام الذي يقع على عاتق الموجب في التعاقد الالكتروني والتي جاء فيها "... يبقى صاحب الايجاب ملتزما به طالما كان الاطلاع عليه بالوسيلة الالكترونية ممكنا بفعل عمل صادر عنه " [2] كما اشار ايضا إلى القبول بنص المادة (1118) والتي جاء فيها " القبول هو التعبير عن ارادة صاحبه بالارتباط، طبقا لشروط الايجاب..." [3].

ومن خلال مراجعة المواد اعلاه، يتضح ان جوهر التراضي لدى المشرع الفرنسي و العراقي هو الايجاب والقبول، والارادة الاولى هي الايجاب، والثانية هي القبول.

---

1 - نص المادتين (1113-1114) باللغة الفرنسية :

Art- 1113,,Le contrat est conclu per la rencontre de l'offre et de l'acceptation selon laquelle les parties expriment leur volonté dans le contrat.Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque émis par son propriétaire,,

Art- 1114,,L'offre adressée à une personne déterminée ou indéterminée comprend les éléments essentiels du contrat envisagé، et exprime la volonté de son titulaire,,

2 - نص المادة (1127) باللغة الفرنسية :

Art – 1127-1,,Le titulaire de l'offre reste lié par celle-ci tant qu'il est possible de la consulter par voie électronique en vertu d'un acte émis par lui,,

3 - نص المادة (1118) باللغة الفرنسية :

Art – 1118,,L'acceptation est l'expression de la volonté du propriétaire de
. selon les termes de l'offre،l'engagement,,

اما موقف المشرع الجزائري، فأنه لم يعرف التراضي بشقيه الايجاب والقبول كما هو الحال في التشريع العراقي والفرنسي بل جاء تعريفه بشكل مجمل، حيث أنه نظم احكام التراضي في المادة (59) من القانون المدني رقم (75-58) لسنة 1975، والتي جاء فيها " يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقة..." [1]، ان نص المادة يشوبه الغموض ولا يشير صراحة إلى ركن الرضا بل جاء بطريقة ضمنية.

والسؤال الذي يطرح هنا متى يقترن الايجاب بالقبول في عقد خدمة التوصيل ؟

ان تطابق الايجاب والقبول لا يكفي لقيام العقد، بل يجب ان يقترن الايجاب بالقبول، وهذا الاقتران يختلف باختلاف طريقة التعاقد، حيث ان كل طريقة لها احكامها الخاصة بها، فكافة العقود تخضع من حيث الاصل إلى احكام القواعد العامة، ولكون عقد خدمة التوصيل يتم ابرامه عن طريق التعاقد التقليدي او الالكتروني، لذا يجب ان نسلط الضوء على كلا الحالتين.

حيث اشار المشرع العراقي في الفقرة (اولا) من المادة (18) من قانون التوقيع الالكتروني رقم (78) لسنة 2012 إلى جواز الايجاب والقبول بالطريقة الالكترونية والتي جاء فيها " يجوز ان يتم الايجاب والقبول في العقد بطريقة الكترونية " اما الفقرة ثانيا فقد جاء فيها " تعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع سواء صدرت عنه او نيابة عنه او بواسطة وسيط الكتروني...)

من خلال ما تقدم ذكره يمكننا ان نجيب على التساؤل اعلاه ضمن فقرتين على النحو الاتي :

أ- التعاقد بين حاضرين :

او كما يسمى التعاقد بمجلس واحد[2]، هنا نلاحظ عند اتحاد مجلس العقد اذا لم يحدد الموجب ميعاد للقبول، فانه يجب ان يصدر القبول فورا، والا تحلل الموجب من ايجابه، وهذا ما نصت عليه المادة (82)[3] من القانون المدني العراقي، وكذلك المادة (94)[4] من القانون المدني المصري.

---

1 - القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 34، في 26/ سبتمبر/1975.
2 - د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد،1963، ص 75.
3 - المادة (82) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب إلى اخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول او صدر من احد المتعاقدين قول او فعل يدل على الاعتراض يبطل الايجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك "، ينظر في تفصيل الموضوع د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص46.
4 - المادة (94) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " اذا صدر الايجاب في مجلس العقد، دون ان يعين ميعاد للقبول، فأن الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا..."، ينظر في تفصيل الموضوع د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص 39.

وكذلك اشار المشرع الفرنسي في نص المادتين (115-116) من القانون المدني والتي اشارت إلى حرية الموجب في الرجوع عن الايجاب قبل انقضاء المدة او قبل وصول قبول من وجه اليه الايجاب[1]، والتي جاء فيها " يجوز الرجوع عن الايجاب بكل حرية طالما لم يصل إلى من وجه اليه " [2]،اما المادة الاخرى فنصت على انه " لا يجوز الرجوع عن الايجاب قبل انقضاء المدة التي حددها الموجب او قبل انقضاء مدة معقولة اذا لم يحدد له مدة " [3].

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار إلى الايجاب وان تم عن طريق الهاتف اي الايجاب الالكتروني في المادة (64) من القانون المدني[4]

ويظهر من خلال النصوص اعلاه ان الايجاب غير ملزم اذا لم يقترن بالقبول قبل ان ينفض مجلس العقد.

اما الايجاب في عقد خدمة التوصيل والذي يسمى الايجاب الكلاسيكي التقليدي فهو لا يخرج عن ما ذكر من نصوص قانونية من قبل المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة من كونه ايجاب غير ملزم ما لم يقترن به القبول قبل ان ينفض مجلس العقد، وما يهمنا من الامر في عقد خدمة التوصيل هو التعاقد بين غائبين وهذا ما سنفصله في الفقرة التالية.

ب- التعاقد بين غائبين :

التعاقد بين غائبين من حيث المكان ومتحدين من حيث الزمان هو سمة عقد خدمة التوصيل وهو الذي يتم عن طريق المنصة الالكترونية، أي يتم من خلال البريد او البرق[5]، حيث ان هذا التعاقد لا يجمع البائع والمستهلك مجلس واحد من حيث المكان وهو ما اشارت اليه المادة (64) من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر، وما اكدته الفقرة (1) من المادة (1127) من القانون

---

1 -. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، مصدر سابق، ص34

2 - نص المادة (1115) باللغة الفرنسية :

Art – 1115‹‹ L'offre peut être rétractée librement tant qu'elle n'est pas parvenue à la personne à qui elle était adressée‹‹

3 - نص المادة (1116) باللغة الفرنسية :

Art -1116‹‹ Une offre ne peut être rétractée avant l'expiration du délai indiqué par l'offrant ou avant l'expiration d'un délai raisonnable si aucun délai n'a été précisé pour elle‹‹

4 - نص المادة (64) من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها " اذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل القبول فأن الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك اذا صدر الايجاب من شخص إلى اخر بطريق الهاتف او بأي طريق مماثل غير ان العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا اذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل ان ينفض مجلس العقد"

5 - د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص 47.

المدني الفرنسي (التعديل الجديد) والتي جاء فيها "... يبقى صاحب الايجاب ملتزما به طالما كان الاطلاع عليه بالوسيلة الالكترونية ممكنا بفعل صادر منه.

والسؤال الذي يطرح هنا متى يتم العقد؟ هل يتم العقد وقت صدور القبول ؟ ام وقت العلم به؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من تقسيم هذه الفقرة إلى قسمين التعاقد بين غائبين عن طريق المراسلة - والتعاقد بين غائبين عن طريق الهاتف :

التعاقد بين غائبين عن طريق المراسلة :

التعاقد عن طريق المراسلة هو ابرز صوره للتعاقد بين الغائبين من حيث المكان، فأن الموجب والقابل يتبادلان المعلومات بطريق المراسلة، وهنالك اربع نظريات فقهيه تناولت الموضوع وهي :

نظرية اعلان القبول

نظرية تصدير القبول

نظرية وصول القبول

نظرية العلم بالقبول : يرى اصحاب هذه النظرية ان العقد ينعقد اذا وصل القبول إلى علم من وجه الايجاب، اذا تعين الوقت الذي تم فيه العقد نحدد المكان الذي ابرم فيه العقد، فاذا قلنا ان العقد متوقف على علم الموجب بالقبول كان مكان العقد هو المكان الذي يوجد فيه الموجب، ومقابل هذا الكلام يتم العقد في المكان الذي وجه فيه القابل قبوله، اذا قلنا ان العقد يتم بمجرد صدور القبول. وهذه النظرية هي الاكثر قبولا واتفاقا مع القواعد العامة في العقد الالكتروني، وكذلك اشار اليها المشرع العراقي بالمادة (87) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول..." [1]

وكذلك ما اشارت اليه المادة (91) من القانون المدني المصري التي اشارت إلى ان التعبير يكون له الاثر[2] عندما يصل العلم بالقبول إلى الموجب والتي جاء فيها " ينتج التعبير عن الارادة اثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه..."، ويشير الواقع العملي إلى انه في بعض الاحوال كأن نكتب رسالة على الماسنجر لطلب منتج معروض عبر صفحة البائع وقد لا يكون لديه

1 - د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 83.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 183.

اتصال بالأنترنيت او ان وقت الرد على طلبات الزبائن محدد كأن يكون المجيب انسان او برنامج آلي، عندها الرد سيكون في وقت لاحق لرسالة الزبون او المشتري او المستهلك [1].

اما التشريع الفرنسي فأنه لم يتضمن نصا يعنى بنظرية العلم بالقبول، بيد ان القضاء الفرنسي منقسم إلى اتجاهين، اتجاه يذهب مع انصار نظرية اعلان القبول، والقسم الاخر يذهب باتجاه نظرية العلم بالقبول، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد زمان ومكان العقد يرجع بها إلى نية المتعاقدين[2].

التعاقد بين غائبين عن طريق الهاتف :

هذه الطريقة هي امثل الطرق التي ينعقد بها عقد خدمة التوصيل وهي سمته من خلال ما تتمتع به من مزايا تم التطرق اليها سابقا، لذلك فأن التعاقد حسب هذه الطريقة بين غائبين، أي لا يجمعهم مجلس واحد، ولكن ينطبق عليهم حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وذلك ما اشارت اليه المادة (88) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " التعاقد بالتليفون أو أي وسيلة اتصال اخرى يعد تعاقد ما بين غائبين في المكان وحاضرين في الزمان "، وكذلك اشارت الية المادة (64) من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها "... وكذلك اذا صدر الايجاب من شخص إلى اخر بطريق الهاتف او بأي طريق مماثل غير ان العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا اذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل ان ينفض مجلس العقد" اما مكان انعقاد العقد من خلال هذه الطريقة قد انعقد في مكان القابل، كون المشرع العراقي يأخذ بنظرية اعلان القبول[3]. وكذلك ما اشارت اليه الفقرة (1) من المادة(1127) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " يبقى صاحب الايجاب ملتزما به طالما كان الاطلاع عليه بالوسائل الالكترونية ممكنا بفعل صادر عنه" [4].

ومن خلال ما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها ان الايجاب في عقد خدمة التوصيل التجاري هو ايجاب ملزم على الموجب متى ما اقترن به القبول وحتى ان لم يصل القبول بعد فيبقى الايجاب قائم ما زال الوصول ممكنا إلى المنصة الالكترونية التي تم من خلالها الايجاب، الا اذا عدل الموجب عن ايجابه

1 - د. احمد عبد التواب محمد، ابرام العقد الالكتروني، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009، ص35.
2 - نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص245.
3 - د. عبد الرسول عبد الرضا، مصدر سابق، ص 341.
4 - نص الفقرة (1) من المادة (1127) باللغة الفرنسية :
Art – 1127-1,,Le titulaire de l'offre reste lié par celle-ci tant que l'accès par voie électronique est possible par un acte émis par lui,,

وبشكل صريح كما في حالات عرض بعض المنتجات وتسمى عرض خاص ولمدة محدودة فبانقضاء هذه المدة يتحلل الموجب من التزامه.

ويرى الباحث ان التعاقد الالكتروني عبر شبكة الانترنيت لا يمكن اعتباره تعاقدا بين غائبين، وبالرجوع إلى القواعد العامة في ابرام العقد التقليدي تفرق هذه القواعد بين طرفي العقد ان كانو غائبين او حاضرين في مجلس العقد، اما التعاقد الالكتروني يراه الباحث انه تعاقد بين حاضرين وليس تعاقد بين غائبين وذلك لكون التعاقد الالكتروني ليس دائما يكون بطريقة المراسل او الكتابة بل ان التطور التكنلوجي الحالي قد وفر بيئه تواصل اكثر انسجاما ما بين المتعاقدين، حيث ان هنالك برامج يكون التواصل فيها بالصوت والصورة وان اختلف المجلس من حيث المكان لكنهم بفضل تلك التقنية يتحقق ذلك الحضور المطلوب في المجلس، ومن هذا المنطلق يرى الباحث لايمكن التسليم بفكرة الغياب عن المجلس، لذلك هو تعاقد بين حاضرين.

وهذا ما يجعلنا ندعوا المشرع العراقي إلى الاسراع بالنص على قانون التجارة الالكترونية وتضمينه مادة قانونية خاصة بالعقد الالكتروني الذي يتم ابرامه من خلال المنصات الالكترونية وجعل ايجاب المعلن ملزما له ما زال الوصول ممكنا إلى المنصات الالكترونية والا ستقوم مسؤوليته عن عدم الاستجابة للقبول من قبل المستهلك على ايجابه على الرغم من النص على الايجاب والقبول الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني في الفقرة (1) من المادة (18) والتي جاء فيها " يجوز ان يتم الايجاب والقبول في العقد بطريقة الكترونية "[1] لكن تبقى هذه المادة غير كافية بل تحتاج إلى اعادة الصياغة بتفصيل اكثر مرونه وعدم ترك النص بهذا الشكل العام، وتكون المادة القانونية كما يلي " يجوز ان يتم الايجاب والقبول في العقد بطريقة الكترونية ويعتبر التعاقد بين حاضرين "

2- الاهلية وعيوب الإرادة

يشترط لصحة الايجاب والقبول (الاهلية – والخلو من عيوب الارادة) نبحثها ضمن فقرتين :

أ- الاهلية : ان الاهلية التي يشترط توفرها في عقد خدمة التوصيل هي الاهلية القانونية وكما هو معلوم ان اهلية الشخص الطبيعي تختلف عن اهلية الشخص المعنوي، حيث ان الايجاب في عقد

1 - لذات الغرض ينظر المادة (9) من قانون التوقيع الالكتروني المصري، وكذلك المادة (1127-1) من التعديل الجديد للقانون المدني، والمادة (6) من التجارة الالكترونية الجزائري.

خدمة التوصيل ممكن ان يصدر من شخص طبيعي وكذلك من شخص معنوي فلا بد من توفر الاهلية لدية لمزاولة اعماله[1].

وتختلف بحسب التشريعات، وكذلك تختلف بالتشريع الواحد من حيث الاعمال المدنية عنها من الاعمال التجارية، لذلك نأخذ موقف التشريعات ومنها التشريع العراقي الذي اعتبر كمال الاهلية هو اتمام الشخص سن الثامنة عشر ميلادية كاملة، وبالتالي يعتبر متمتع بالأهلية القانونية التي تمنحه حق ممارسة العمل التجاري، و ذلك حسب نص المادة (46) من القانون المدني[2] وسن البلوغ حسب المادة (106) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951النافذ هو تمام ثماني عشر سنة كاملة، اما قانون التجارة العراقي لم يحدد سن الرشد[3]، وذلك حسب ما نصت عليه المادة (8) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984التي جاء فيها " يشترط في التاجر ان يكون متمتعا بالأهلية القانونية ".

ومن الملاحظ ان احكام القانون المدني العراقي تطبق على الاهلية التجارية وذلك لتحديدها البلوغ القانوني، هذا من حيث الاصل اما الاستثناءات التي وردت عليه فهي محدده، حيث يعد بموجبها القاصر بحكم كامل الاهلية، وهذا السماح بممارسة القاصر لبعض الاعمال التجارية هو استثناء لا يجب التوسع فيه[4]، وحسب ما جاء في المادتين (98-99) من القانون المدني العراقي.

اما القانون الفرنسي، فانه يحدد سن البلوغ القانوني بثماني عشر سنة كاملة، من خلال نص المادة (388)، من القانون المدني الفرنسي، التي جاء فيها " الفرد من هذا الجنس او ذاك الذي لم يبلغ بعد سن الثامنة عشر كاملة " واشار في المادة (413) الفقرة (1) التي جاء نصها " يعد القاصر مأذونا له بحكم القانون بسبب الزواج" [5]، من خلال ما تقدم نلاحظ ان المشرع الفرنسي اعتبر القاصر المأذون بحكم كامل الاهلية، وهو ايضا استثناء على الاصل.

اما موقف المشرع المصري فانه ابتعد عن موقف المشرع العراقي والفرنسي، حيث اعتبر سن البلوغ القانوني هو احدى وعشرن سنة[6]، وذلك حسب ما جاء بنص المادة (44) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والتي جاء نصها "1- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه

1 - د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، اصول الالتزامات، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص 70.
2 - نص المادة (46) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجوز عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية "
3 - د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، مطبعة جامعة بغداد، 1987، القسم الاول، ص 10.
4 - د. محمد علي الطائي، دراسات في قانون العمل، ج2، بدون مطبعة وسنة طبع، ص15.
5 - د. بيرك فارس حسن الجبوري، كمال الاهلية قبل البلوغ دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة تكريت، 2019، مج8، عدد1، ص65.
6 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 277 وما بعدها.

العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه 2- وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ". يلاحظ ان المشرع المصري لم يفرق بين القانون المدني والتجاري في الاهلية[1] حيث نص في المادة (11) الفقرة (1) من القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999، التي جاء فيها " يكون اهلا لمزاولة التجارة مصريا كان او اجنبيا، من بلغ احدى وعشرين سنة كاملة، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذا السن ".

اما موقف المشرع الجزائري، فانه اعتبر سن البلوغ هو تسعة عشر سنة كاملة، تؤهل الشخص لمزاولة الاعمال التجارية[2]، وهذا ما جاء في نص المادة (5) من القانون التجاري الجزائري رقم (59) لسنة 1975، والتي جاء فيها " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا ام انثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة، والذي يريد مزاولة التجارة، ان يبدا في العمليات التجارية، كما لايمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن اعمال تجارية ".

من خلال كل ما تقدم نلاحظ الاختلاف ما بين التشريعات حول تحديد سن البلوغ، وهذا ما يلقي بضلاله حول تحيد القانون الواجب التطبيق اذا ما اثير خلاف خلال تنفيذ عقد خدمة التوصيل التجاري، وخاصة اذا كان العقد دولي، ونلاحظ ان تشريعات بعض الدول ركنت إلى هذا الامر واعتبرت الشخص بالغ سن الرشد حتى وان كان قانون دولته يعتبره قاصر، طالما انه قام بتنفيذ العقد او ابرام العقد في اراضي هذه الدولة وليس في ارض دولته التي ينتمي اليها، هذا فيما يخص الشخص الطبيعي.

اما الاهلية التي يجب توفرها في الشخص المعنوي فيتم تحديدها وفق الغرض الذي انشأ من اجله، حيث يثبت لهذا الشخص الحقوق وتترتب عليه التزامات، ويباشر هذه التصرفات من يمثله قانونا، اذ يعرف الشخص المعنوي بانه "عبارة عن مجموعة من الاشخاص او الاموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، ويعترف القانون له بالشخصية القانونية اللازمة لتحقيق ذلك الغرض"، وهذا ما اشارت اليه المادة (7) من قانون التجارة العراقي، من اعتبار الشخص المعنوي تاجر ويمارس عمله التجاري بمجرد ثبوت شخصيته القانونية، فتكون له الاهلية بشقيها الوجوب والاداء، كذلك يكون للشخص المعنوي اسم يتميز به، وقد يكون هذا الاسم لاحد الشركاء او منبثق من الغرض الذي اعد له، كما يكون له موطن خاص به منفصل عن موطن اعضائه، وهو مركز ادارته[3]، وكذلك تناول القانون المدني العراقي الاحكام الخاصة بالشخص المعنوي، من خلال نص المادة (47)

1 - د. عمر فؤاد عمر، مصدر سابق، ص 172.
2 - د. نادية فوضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، دار هومه للنشر والطباعة، الجزائر، 2011، ج1، ص131.
3 - د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، مطبعة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2010، ص114.

الفقرة (ح)، حيث اعتبر المشرع ان كل مجموعة او اموال هي شخصية معنوية، كما حددت حقوق الشخص المعنوي وفق المادة (48) منه[1].

اما فيما يتعلق بعقد خدمة التوصيل التجاري، فأنه يمكن ان يكون اطرافه اشخاص طبيعيين او معنويين، ولابد لطرفي العقد ان يتمتعوا بالأهلية القانونية، وهي البلوغ بالنسبة للشخص الطبيعي وهي ثمان عشرة سنة، اما القاصر من بلغ سن الخامسة عشر من العمر، واراد ان يمارس العمل التجاري لابد ان يكون قد حصل على اذن من المحكمة وفق الشروط المنصوص عليها قانونا، والتي تمت الاشارة اليها سلفا، اما الاشكالية التي يمكن ان تثار هنا نتيجة ابرام هذا العقد هي : **ان صدر الايجاب او القبول من فاقد الاهلية او عديمها، كيف يمكن اثبات اهلية المتعاقد ؟**

ان صعوبة اثبات ذلك ترجع إلى ان التعاقد الالكتروني يبرم بين غائبين من حيث المكان مما يعيق التأكد من اهلية المتعاقد الاخر[2]، وكذلك اصبح استخدام الانترنيت متاح لجميع الفئات العمرية بدون استثناء [3]، وبتوفر هاتين الفقرتين فمن الممكن ان يتعاقد ناقص الاهلية او فاقدها من دون علم ذويه مع تاجر حسن النية، لذلك اختلف الفقهاء حول صحة هذه التصرفات من عدمها فأنقسم الفقه إلى قسمين وكما يلي :

القسم الاول : ومنهم الفقه الفرنسي والمصري حيث يرون صحة هذه التصرفات وانها نافذه وتلزم الولي او الوصي (النائب القانوني)[4] واستندوا في رأيهم إلى عدة اسانيد ومنها :

اولا- حسب القواعد العامة أن تصرفات القاصر صحيحة ومرتبة لأثارها وهي موقوفة على الاجازة[5]

ثانيا – بسبب الحماية القانونية للغير حسن النية، واستقرار المعاملات، وهذا ما ايدته محكمة النقض الفرنسية بأن الغير حسن النية ليس له ذنب في اجراء التصرف القانوني معه والصادر من ناقص

1 - المادتان (47- 48) من القانون المدني العراقي، ينظر حسن علي ذنون، مصدر سابق، ص55.
2 - د. عمر خالد محمد الزريقات، عقد البيع عبر الانترنيت، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة عين شمس، القاهرة، 2005، ص125.
3 - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1985، ص153
4 - د. طوني ميشيل عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، لبنان، 2000، ص281.
5 - د. عبد المجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق، ص120.

الاهلية اذا ظهر بمظهر كامل الاهلية، واعتبرت تصرف القاصر مع حرية وسهولة استخدام الانترنيت تصرف صحيح [1]

ثالثا- تبني التوجه الاوربي للتجارة الالكترونية رقم (31) لسنة 2000، لهذا الامر، وكذلك قانون الاستهلاك الفرنسي [2].

اما القسم الثاني : ومنهم الفقه العراقي والمصري فذهبوا باتجاه التفرقة ما بين المال محل التعاقد ان كان ذات قيمة باهظة او ذات قيمة بسيطة وكما يأتي :

العقد الالكتروني البسيط : ان كان التعاقد على شيء ذو قيمة مالية غير باهظة الثمن كأن يكون كتاب او لعبة اطفال او طلب وجبة غذائية من احد المطاعم على سبيل المثال فمثل هكذا نوع فتعاقد ناقص الاهلية صحيح حتى ان كان قد اقر بسن غير حقيقي للمتعاقد الاخر [3]
العقد الالكتروني ذو القيمة العالية : اما ان كان التعاقد الالكتروني ذات قيمة مالية عالية وباهظة كشراء سيارة او مكائن عملاقة او اجهزة طبية او ما شابه من المنقولات، هنا يبطل العقد ويكون للتاجر استرداد البضاعة من القاصر [4]

وما يتعلق بعقد خدمة التوصيل التجاري من حيث الاهلية نصل إلى نتيجة من خلال ما يفرضه الواقع العملي لهذا العقد وما توصلنا اليه من الخصائص وما اقرته التشريعات بالنسبة للتعاقد الالكتروني وعدم وجود اعتبار خاص بأهلية المتعاقد الالكتروني، نرى ان الاهلية في عقد خدمة التوصيل يجب ان تكون كاملة في العقود الدولية وكذلك العقود ذات القيمة الباهظة بالنسبة للعقود الداخلية، اما العقود البسيطة وذات القيمة الغير باهظة فهي صحيحة بالنسبة للمستهلك وان كان قاصرا، حيث ان لهذا الاخير ايضا الرجوع في العقد وان كان كامل الاهلية مع الاخذ بالحسبان تعويض البائع تعويض عادل بسبب نقل وتوصيل الطلب إلى المستهلك.

ولكن نظرا لكثرة تداول عقد خدمة التوصيل بشكل واسع من قبل اشخاص قاصرين ومن هنا ندعوا المشرع العراقي إلى فرض اهلية خاصة بالمستهلك [5] ويمكن فرضها من خلال:

---

1 - CASS. CIV. 21 JUIN 1997، BULI، CIV. I،P 225.
2 - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مصدر سابق، ص154 وما بعدها.
3 - د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1976، ص174،
4 - د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون، بدون ناشر، 1999، ص223.
5 - د. احمد عبد التواب احمد، مصدر سابق، ص85.

اولا – استعمال بطاقات الكترونية خاصة لكل شخص مخزن ومحمل عليها البيانات الشخصية لكل فرد يمكن الوصول اليها قبل ابرام اي عقد للتأكد من اهليته ومن سلامته العقلية.

ثانيا – وضع قاعدة بيانات لكل مستهلك متعامل بالعقود الالكترونية [1] تحمل كل التفاصيل عنه وتحديثها دوريا من قبل الجهات الرسمية في حال فقدان الاهلية او نقصها.

ثالثا – تفصيل العقود وتحديد السن القانوني حسب جسامة تلك العقود وقيمتها المالية فمن يتعاقد على طلب وجبة دلفري لا تكون ذات قيمة مالية تتطلب سن معين كما من يتعاقد على توصيل شحنة من السيارات او الآلات الثقيلة على سبيل المثال.

ب- عيوب الإرادة

اما فيما يتعلق بعيوب الارادة التي تعيب ارادة البائع او المستهلك فأنها لاتصل إلى تلك الذروة التي اشار اليها المشرع العراقي في القانون المدني لعيوب الارادة وهي (الاكراه- الغلط- الغبن مع التغرير) حيث سلمنا سلفا ان من مميزات عقد خدمة التوصيل هو ليس عقد اذعان، كما ان هنالك فتره تفاوضية تسبق مرحلة ابرام العقد، وبسبب الانفتاح الهائل في التسوق عبر المنصات الالكترونية وعدم وجود طرف ثالث قد يؤثر على ارادة البائع او المستهلك، لذلك اكثر العيوب التي يمكن تصورها في هذا العقد هو عيب الغلط والذي سوف نسلط عليه الضوء في فقره مستقلة، كونه عيب جوهري قد يقع به اطراف عقد خدمة التوصيل التجاري.

الغلط هو حالة تقوم في ذهن الانسان تحمله على الاعتقاد بتصور غير الواقع الذي دفعه للتعاقد[2]، ولولا هذا الغلط لما قدم على ابرام التصرف القانوني، هذا التعريف عام وشامل لكل انواع الغلط، وما يهمنا في عقد خدمة التوصيل هو الغلط في صفة جوهرية في العقد او في احد اشخاصه، وهذا ما سنركز عليه في هذه الجزئية، من خلال موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة.

فبالنسبة لموقف المشرع العراقي فانه لم يتناول تعريف عيب الغلط، وانما نظمه بالقانون المدني بنص صريح [3] من خلال المواد (117 - 119)، كما اشار المشرع بنص المادة (118) إلى حالات ثلاثة يكون فيها الغلط جوهريا وهي كما يلي :

أ- اذا كان الغلط واقع في صفات الشيء وكانت هذه الصفات جوهرية، لدى طرفي العقد.

ب- اذا كان الغلط واقع في شخص المتعاقد، وكانت شخصيته محل اعتبار

---

1 - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مصدر سابق، ص160.
2 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص101، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة، مصدر سابق،ص289.
3 - د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 131.

ت- اذا كان الغلط واقع في امور تبيح النزاهة في المعاملات.

من خلال ما تقدم نرى ان المشرع العراقي اشترط لتحقق عيب الغلط ان يكون المتعاقد الاخر واقع بنفس الغلط، او كان يعلم به، او يسهل عليه ان يتبين وجوده[1].

اما موقف المشرع المصري من الغلط فأنه عالجه في المادة (120) من القانون المدني والتي جاء فيها " اذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له ان يطلب ابطال العقد، ان كان المتعاقد الاخر قد وقع مثله في هذا الغلط، او كان على علم به، او كان من السهل عليه ان يتبينه "

اما المشرع الفرنسي، فانه تناول عيب الغلط بنص المادة (1132) من قانون العقود الفرنسي الجديد، والتي جاء فيها " يكون الغلط في القانون او في الواقع غير مغتفر، سببا لبطلان العقد اذا وقع في الصفات الجوهرية للأداء الواجب او في تلك المتعلقة بالمتعاقد معه " [2].

اما موقف المشرع الجزائري من عيب الغلط، فأنه نظمه بالمواد (81 – 85) من القانون المدني، حيث اشار المشرع الجزائري في المواد اعلاه إلى الغلط الجوهري في صفة الشيء، واعطى لاحد اطراف العقد ابطاله، وهذا ما نصت عليه المادة (81) التي جاء فيها " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد ان يطلب ابطاله" لكنه على العكس من ذلك نص في المادة (85) بأنه ليس لمن وقع في الغلط ان يطلب الابطال اذا قام المتعاقد الاخر بتنفيذ العقد وفق مبدا حسن النية[3] وهذا ما جاء بنص المادة " ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد ابرامه اذا اظهر الطرف الاخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

ومن خلال ما ورد من نصوص قانونية نعتقد من وجة نظرنا ان الغلط الذي اشار اليه المشرع المصري قد اوجب احد الاسباب إلى علم المتعاقد الاخر بالعيب وفي هذه الحالة يكون غش من قبل البائع وليس غلطا بالمعنى الدقيق ونحن لا نتفق معه في هذه الجزئية، اما المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري لم يشيران إلى ما ذهب اليه المشرع العراقي وحسنا فعل ان اشار إلى الغلط في شخص المتعاقد وهو سبب رئيسي لإبطال العقد.

اما بخصوص عيب الغلط الذي يشوب ارادة اطراف عقد خدمة التوصيل، نعتقد بأن هذا العيب يوثر في ارادة احد اطراف العقد سواء البائع او المنتج او المستهلك او المندوب اذا كان هذا الغلط في

---

1 - د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص 82.

2 - نص المادة (1132) باللغة الفرنسية :

Art - 1132،، Une erreur de droit ou de fait est impardonnable، cause de nullité du contrat si elle survient dans les caractéristiques essentielles de l'obligation ou dans celles liées au contractant ،،

3 - د. عبد ربه محمد البو شواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بدون مطبعة، 2010،ص43.

صفة جوهرية من صفات العقد، او اذا كان الغلط في شخص المتعاقد، كما لو تم وصول الطلبية إلى شخص اخر، او تم التعاقد مع شركة على منتج معين وتم تجهيزه بمنتج خلاف ارادة المستهلك بسبب الغلط الذي وقع فيه البائع او المندوب، حيث يترتب على هذا الغلط هو عدم تنفيذ العقد وبالتالي الغائه وهذا ما اشارت اليه نص المادة (118) بفقرتيها (1-2) من القانون المدني العراقي انفة الذكر.

ثانيا : المحل

يمثل المحل الركن الثاني الجوهري في عقد خدمة التوصيل التجاري، والمحل هو الخدمة في هذا العقد، وهو التزام يقع على عاتق المدين للقيام به لمصلحة الدائن[1]، والمحل ممكن ان يكون اعطاء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل ولما كان محل عقد خدمة التوصيل هو اداء هذه الخدمة بحد ذاتها، فمحله ليس اعطاء شيء كون هذه الخدمة وكما اسلفنا هي خدمة مادية ملموسة، كما انه لايمكن ان يكون محل العقد الامتناع عن عمل، لذلك نستبعد من نطاق البحث ما لا يدخل ضمن اطار هذا العقد، ونركز على المحل هو القيام بعمل[2]، كما ان من شروط المحل في عقد خدمة التوصيل التجاري، ان يكون موجود، او معينا، وان يكون المحل قابلا للتعامل فيه[3].

من خلال ما تقدم سنبين موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة بالنسبة لركن المحل وعلى النحو التالي :

نظم المشرع العراقي احكام ركن المحل في القانون المدني وبموجب نصوص المواد (126-130) بعد ان ثار جدل ما بين الفقهاء حول اعتبار المحل ركنا في العقد او الالتزام، ونعتقد من خلال المواد السابقة ان المشرع العراقي اشترط وجود المحل في الالتزام وليس في العقد، حيث يقضي في المادة (126) بانه " لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه ويكون قابلا لحكمه "، كما ان المشرع العراقي بين في نص المادة (127) ان العقد يكون غير باطل وذلك بتوفر شروط هي ان لا يكون المحل مستحيلا استحالة مطلقة[4]، وهذا هو الحال في عقد خدمة التوصيل، من ان الخدمة المعلن عنها هي غير مستحيلة استحالة مطلقة وهي توصيل الطلبات إلى المستهلكين.

1 - د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص167.
2 - د. محمد السيد عمران، الاسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص233.
3 - د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص69، حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الاول، مطبعة نورى، القاهرة، 1943،ص145.
4 - د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، الفقرة 290،ص163.

اما المادتان (128 – 129) فانهما تشيران إلى ان المحل لابد ان يكون معينا، والا عد العقد باطل، علما انه يتم في عقد خدمة التوصيل خلال المفاوضات التي تجري بين طرفي العقد قبل ابرامه، تحديد العناصر الجوهرية في العقد بعد الاعلام من قبل الطرفين عن كل ما يخص العقد وطريقة تنفيذه، واذا ما انتقلنا إلى المادة الأخيرة وهي المادة (130) من المواد التي خصصت لتناول ركن المحل فأننا نراها قد ركزت على مشروعية المحل، بان لا يكون مخالفا للقانون او النظام العام. فاذا كان المحل ينصب على مواد لا يجوز التعامل بها كالمخدرات والأسلحة وغيرها ففي هذه الحالة يكون العقد باطل [1]. فهذه الاحكام يمكن ان تنصب على عقد خدمة التوصيل فلا يجوز نقل وتوصيل مواد او بضائع او سلع اقر القانون بعدم مشروعيتها او عدم جواز التعامل بها.

اما موقف المشرع المصري، فأنه تناول ركن المحل في المواد (131 – 135) وسار المشرع المصري على نهج المشرع العراقي باعتبار المحل ركن في الالتزام، وليس في العقد[2] وهذا ما تناولته المادة (131) الفقرة (1) والتي جاء فيها " - يجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا " كما انه اعتبر المحل موجود او يمكن وجوده مستقبلا كما اشار من خلال المادة (132) إلى الاستحالة القطعية فيكون عندها العقد باطلا، اما المادة (133) فأشارت إلى انه يكون محل الالتزام معينا او قابل للتعيين[3].

اما المشرع الفرنسي فانه تناول ركن المحل بمادتين من قانونه المدني وهي (1162- 1163) حيث نلاحظ ان المشرع الفرنسي قد سار على عكس ما ذهب اليه المشرع العراقي من اعتماد المحل في الالتزام وليس في العقد [4] وهذا ما يظهر جليا من خلال ما جاء بالمادة (1162) من قانون العقود الفرنسية الجديد التي تنص على انه " لا يجوز ان يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه، سواء كان هذا الاخير معلوما من قبل جميع الاطراف ام لا "، اما المادة (1163) فان المشرع الفرنسي اكد من خلالها ان المحل يجب ان يكون معيننا او قابل للتعيين، من خلال الرجوع للعقد او الاعراف والتي جاء في نصها " يكون محل الالتزام، اداء حالا او مستقبلا، ويجب ان يكون هذا الاداء ممكنا او معينا او قابل للتعيين"[5].

---

1 - د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991،ص84.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، الفقرة 215ص375 وما بعدها.
3 - د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص233 وما بعدها.
4 د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق،ص64 وما بعدها
5- ينظر المادتان (1162-1163) من القانون المدني الفرنسي متاحة على الموقع الالكتروني :
www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do تاريخ الزيارة 2021/3/1، نص المادة (1162) :
Art 1162,,est pas permis au contrat de contrevenir a l ordre public que ce ،Il n soit par condition ou par finalite que cette derniere soit connue de toutes ies parties ou non,,

اما موقف المشرع الجزائري فأنه نظم ركن المحل في القانون المدني في المواد من (92-95) حيث اشار إلى جواز المحل مستقبلا وهو ذات الموقف الذي جاء به المشرع العراقي والقوانين المقارنة وهذا نصت عليه المادة (92) والتي جاء فيها " يجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا " كما اشار إلى ان يكون المحل غير مستحيل وغير مخالف للقانون وهذا ما نصت عليه المادة (93) والتي جاء فيها " اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته او مخالفا للنظام العام او الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"

واذا ما اردنا تطويع احكام العقد الذي نحن بصدده مع ما جاءت به النصوص التشريعية فأننا نذهب باتجاه ما ذهب اليه المشرع العراقي وكذلك المشرع المصري والجزائري باشتراط المحل في الالتزام وليس في العقد وهذا ما نرجحه ليتوافق مع احكام عقد خدمة التوصيل

وفي واقع الامر ان المحل في عقد خدمة التوصيل التجاري هو الخدمة ذاتها المقدمة من قبل البائع او المنتج المتمثلة بتوصيل المبيع إلى المشتري بواسطة المندوبين الذين يعملون لديه او يتم الاتفاق معهم بشكل مستقل كالأشخاص الطبيعيين الذين يمتهنون هذه المهنة او شركات التوصيل المختصة بتوصيل الطلبات إلى المستهلكين وان اغلب هذه الاتفاقات التي تجري اليوم فأنها تنصب بالدرجة الاساس على تنفيذ الالتزام بتقديم خدمة التوصيل لذلك نذهب باتجاه ان المحل يكون في الالتزام وليس في العقد هذا من جهة ومن جهة اخرى ما اشار اليه المشرع العراقي من بطلان العقد ان انصب على التعامل بما يخالف النظام العام، كذلك ان كان المحل في العقد وليس في الالتزام فان اي نقص او زيادة تؤدي إلى بطلان المحل وهذا لا يتوافق تماما مع احكام عقد خدمة التوصيل حيث ان الزيادة والنقص لا تؤدي إلى البطلان بقدر ما يكون للمستهلك الخيار اما اخذ عين ما اتفق عليه ورد الزائد او القبول بالزياده مع دفع فرق السعر.

اما ما يتطلبه القانون من ان يكون المحل غير مخالف للقانون او النظام العام فهذا ما سنبحثه في ركن السبب خلال هذ المطلب.

نص المادة (1163) من القانون المدني الفرنسي

ART 1163,, l obligation de realization doit etre a l avenir ou l avenir cette performance doit etre possible specifique et employable l execu tion doit pouvoiretre vnommee si elle peut etre deduite du contrat ou en mes anterieures ou aux relations des parties sans quil soit besoin dun nouvel accord,,

ثالثا : السبب

السبب وهو الركن الثالث الجوهري في عقد خدمة التوصيل التجاري، ويرتبط بالسبب اكثر من معنى فهو الغرض المباشر الذي قصده طرفي عقد خدمة التوصيل من خلال الارادة التي اتجهت إلى احداث الاثر القانوني، وهنا لا يكون السبب عنصر من عناصر الارادة بل هو عنصر متميز عنها[1]، او يكون السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، اي هو الغرض البعيد الغير مباشر[2]، وما يهمنا في هذه الدراسة هو البحث عن السبب المباشر وكذلك مشروعيته من خلال عرض ما نص عليه القانون العراقي والقوانين المقارنة.

تتزاحم فكرة السبب نظريتان، الاولى هي النظرية التقليدية، والثانية هي النظرية الحديثة، حيث تأخذ النظرية التقليدية بالسبب القصدي، وهو سبب ثابت في كل انواع العقود، وميزت هذه النظرية بين ثلاثة انواع من السبب هي :

أ- **السبب المنشئ** : يرى اصحاب هذه النظرية ان السبب المنشئ هو مصدر التزام اما عن عقد، او ارادة منفردة، او عن عمل غير مشروع، وهذا خارج نطاق دراستنا.

ب- **السبب الباعث الدافع** : وهو كما اسلفنا هو باعث كامن في النفس، وهو ايضا خارج نطاق الدراسه.

ت- **السبب القصدي** : وهو الغرض المباشر الذي قصد الملتزمون الوصول اليه[3]، وهو محل نظر لدينا حيث قلنا سلفا ان عقد خدمة التوصيل لا يفرق بين مستهلك بمعناه الدقيق اي من يستهلك البضائع والسلع لاستخداماته الشخصية او العائلية، وما بين مستهلك محترف يقوم بتدوير السلع والبضائع، فالعقد ينصب على تقديم تلك الخدمة مقابل ثمن معين، وهذا ما يجعل الباحث يتفق مع النوع الثالث من تقسيم النظرية التقليدية للسبب.

اما النظرية الحديثة للسبب والتي يصطلح عليها ب (نظرية القضاء) [4]، كون القضاء قد اخذ بها وتقوم على فكرة الباعث الدافع إلى التعاقد، وهو السبب في العقد، واشترط القضاء فيه ان يكون مشروعا، اي غير مخالف للقانون او النظام العام او الآداب، والا يكون العقد باطل، والسبب وفق هذه النظرية متغير من عقد إلى اخر، وهو عكس ما ذهبت اليه النظرية التقليدية بأن السبب ثابت في جميع انواع العقود.

---

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، فقرة 242،ص413.
2 - د. عبد المجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق، ص101.
3 - د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، اصول الالتزامات، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص111.
4 - د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، فقرة 5، ص 85.

اما عن موقف التشريع المقارن من السبب في العقود فانه ابتداءً لم يعرف السبب لكنه نظم احكامه بمادة واحده وهي المادة (132) من القانون المدني وفي ثلاث فقرات، حيث اعتبر المشرع ان العقد باطل اذا كان التعاقد بدون سبب، او كان السبب ممنوع، او مخالف للنظام العام، وتنص على انه " يكون العقد باطل اذا التزم المتعاقد دون سبب، او لسبب ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام او الآداب العامة "، ونلاحظ من خلال نص المادة ان المشرع العراقي وكما هو الامر في ركن المحل، انه نسب السبب إلى الالتزام وليس للعقد[1]، كما نص أيضا في الفقرة (2) من المادة اعلاه على ان السبب مفترض وان لم يذكر في العقد، " ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد، مالم يقم الدليل على ما يخالف ذلك ".

من خلال النصوص المتقدمة يلاحظ ان المشرع العراقي قد اخذ بالنظريتين معا، النظرية التقليدية، والنظرية الحديثة[2].

اما بالنسبة للمشرع الفرنسي فانه لم يعرف ركن السبب بيد انه نظمه في المادتين (1108) (1131) من القانون المدني، حيث نصت المادة (1108) على مجموعة شروط لابد من توافرها لصحة العقد، ومن بين تلك الشروط ان يكون سبب الالتزام مشروع [3]. كما نصت المادة (1131) على ابطال العقد اذا لم يكن السبب مشروع والتي جاء فيها " الالتزام لا يكون له اي اثر اذا لم يكن له سبب او كان قائما على سبب موهوم او على سبب غير مشروع" [4]

نلاحظ ان المشرع الفرنسي ايضا ينسب ركن السبب إلى الالتزام وليس إلى العقد، وهذا ما ذهب اليه المشرع العراقي.

اما المشرع المصري فأنه تناول ركن السبب بالمادتين (136 - 137) من القانون المدني، حيث اشار إلى ان العقد يعتبر باطل اذا لم يكن سببه مشروع وهذا من خلال نص المادة (136) التي نصت على " اذا لم يكن الالتزام سبب، او كان سببه مخالفا للنظام العام او الآداب، كان العقد باطل " وهذه المادة تبين ان المشرع المصري ايضا اخذ بفكرة النظرية التقليدية للسبب، وكذلك نسب السبب إلى الالتزام[5] وليس إلى العقد، كما انه اشار في المادة (137) إلى افتراض السبب وان لم يذكر في العقد، وهذا من خلال ما جاء في فقرتها الاولى التي نصت على " كل التزام لم يذكر له

---

1 - د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 113.
2 - د. عبد المجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق، ص 105.
3 - المصدر السابق، الفقرة 35،ص192، ينظر ايضا د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، فقرة 262، ص437.
4 - نص المادة (1131) باللغة الفرنسية :
Art – 1131،، L'obligation n'a pas d'effet si elle n'a pas de cause ou est fondée sur une raison illusoire ou une cause illégale،،
5 - د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص236، ينظر ايضا السنهوري، مصدر سابق، فقرة 289، ص472 وما بعدها.

سبب في العقد، يفترض ان له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك "، نلاحظ من خلال النصوص اعلاه ان المشرع المصري اخذ بالنظرية الحديثة للسبب مع الابقاء على النظرية التقليدية، وهو ما سار عليه المشرع العراقي.

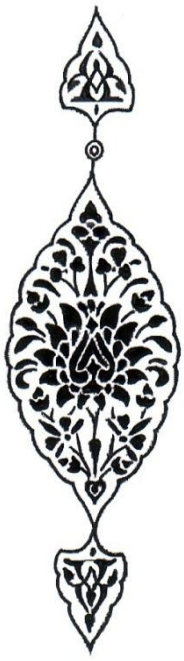
اما موقف المشرع الجزائري من السبب فانه تناوله بالمادتين (97- 98) من القانون المدني ونشير إلى ان المشرع الجزائري اخذ بالنظرية الحديثة للسبب حيث اشار في المادة (97) إلى عدم مشروعية السبب ان خالف النظام العام [1]، والتي جاء فيها " اذا التزم المتعاقدين لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او للآداب كان العقد باطلا " اما المادة (98) اشارت إلى افتراض السبب وان لم يذكر والتي جاء فيها " كل التزام مفترض ان له سبب مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك "

من خلال كل ما تقدم من نصوص تشريعية تتوافق احكامها مع احكام عقد خدمة التوصيل ويمكن نبني من خلالها على ان السبب في عقد خدمة التوصيل التجاري هو السبب القصدي اي السبب المباشر للتعاقد، الذي قصده البائع او المنتج وكذلك المستهلك او المستفيد من الخدمة في احداث التصرف القانوني، وهذا ما اشارت الية صراحة النظرية التقليدية، وكذلك الاخذ بمشروعية السبب الذي نادت به النظرية الحديثة، وهو ما يتوافق مع ما جاء به المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة، حيث ان السبب بالنسبة للبائع هو الحصول على الاجرة، اما السبب لدى المستهلك هو الحصول على السلع والبضائع، بغض النظر عما اذا كان هنالك سبب اخر من وراء الحصول على المنتجات سواء للاستهلاك او للتصنيع مرة اخرى، او كان السبب لدى الطرفين هو سبب باعث كامن في النفس، وهذا ما تم استبعاده من نطاق البحث، ولا يمكن ان يتصور قيام عقد خدمة التوصيل لسبب مخالف للقانون او مخالف للنظام العام او الآداب، والا كان العقد باطل، ونشير ايضا الى ان السبب الذي يقصده المندوب الذي يعمل لدى البائع هو الحصول على الاجر ولا فارق لديه بين مستهلك واخر لأنه تابع للبائع الذي يكون هذا الاخير لديه اكثر من سبب، اما ان كان المندوب غير تابع للبائع فهنا يكون السبب الاول هو الحصول على اجرة التوصيل اي الجانب المالي، والاخر هو الحصول على رضا المستهلك لديمومة التعامل والحفاظ على السمعه التجارية.

1 - د. محمد البو شواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص56.

خلاصة الفصل

تناولنا في الفصل الاول من هذه الرسالة مفهوم عقد خدمة التوصيل التجاري، وتناولنا فيه ماهية العقد من خلال التعريف به تشريعيا وفقهيا، ومن خلال التعريف توصلنا الى اهم الخصائص التي يتميز بها العقد عن غيره من العقود وهي خصائص عامة واخرى خاصة، ومن خلالها تبين لنا تجارية عقد خدمة التوصيل، ثم بينا تباعا الطبيعة القانونية للعقد واوردنا ما تناوله الفقه والتشريع بهذا الخصوص من كونها من خدمات ما بعد البيع وانها التزام من جانب البائع يستند هذا الالتزام الى الارادة المنفردة، او انها عقد معلق على شرط، كما يردها اتجاه اخر الى فكرة اخرى انها من مستلزمات او مقتضيات البيع، ويكيفها جانب اخر بأنها شرط مقترن بالعقد، زاستعرضنا جميع الاراء واسندناها بالحجج ومنها المؤيدة ومنها المعارضة للفكرة، كما اشرنا الى موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة للوصول الى الطبيعة القانونية لعقد خدمة التوصيل، ثم عرجنا بعد ذلك الى تمييز العقد عما يشتبه به من العقود الاخرى التي تقترب منه في بعض الاحكام ولكنها في ذات الوقت تبتعد عنه لوجود احكام اخرى تفرق ما بين العقدين معستعينين في ذلك بموقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة كعقد (العمل – النقل – الوكالة – التوريد) وختمنا المبحث الاول، لنتناول ابرام عقد خدمة التوصيل في المبحث الثاني وانطلاقا من المفاوضات الممهده لابرام العقد وما لها من اهمية بالدرجة الاساس لهكذا انواع من العقود التي تتميز بكونها لا تعتبر من عقود الاذعان وما يترتب على اطرافه من حسن النية التي تتمثل بالاعلام الحقيقي بكل ما يتعلق بالعقد من قبل طرفيه وكذلك المحافظة على سرية تلك المعلومات سواء كانت تخص المنتج او معلومات شخصية بالنسبة لطرفي العقد لينتهي بهذا الكلام المطلب الاول، ثم تناولنا اطراف العقد من خلال المطلب الثاني لنبين الطرف الاول وهو البائع سواء كان تاجر مهني محترف او تاجر طبيعي او معنوي، وفي ذات الصدد عرجنا على الطرف الثاني في العقد وهو المستهلك وبينا الفرق ما بين المستهلك المهني والمستهلك الشخصي الذي يستهلك السلع لاشباع حاجاته الاساسية، ثم تطرقنا بعد ذلك الى الطرف الثالث في عقد خدمة التوصيل الا وهو المندوب الذي يعتبر حلقة الوصل ما بين البائع والمستهلك، لننتقل من بعد هذا التفصيل الى اركان العقد وهي (التراضي – المحل – السبب) وبينا خلال التراضي المنصة الالكترونية التي يتم من خلالها ابراع العقد وتوقفنا عندها لطرح مجموعة من التساؤلات التي قادتنا الاجابة عليها للوصول الى التعاقد من خلالها هل هو تعاقد بين غائبين ام بين حاضرين وتناولنا اراء المشرعين واراء الفقهاء ورفدناها برائينا الشخصي ودعونا المشرع العراقي بتعديل بعض مواد قانون المعاملات الالكترونية وقانون حماية المستهلك لتكون اكثر توافق مع احكام هذا العقد.



الفصل الثاني
أحكام عقد خدمة التوصيل

الفصل الثاني

احكام عقد خدمة التوصيل

تتمثل احكام عقد خدمة التوصيل بالأثار التي يرتبها، وهذه الاثار تختلف من عقد لأخر، كما انها تختلف باختلاف المراكز القانونية للأطراف، كذلك ان هذه المراكز لها الدور الكبير في تحديد طبيعة تلك الأثار، اما القوة الملزمة لأثار العقد فأنها تستمد من النصوص القانونية، او من الشروط التي وضعها اطراف العقد، او ما تملية الاعراف التجارية من تعاملات، وكذلك تختلف الاثار التي ترتبها العقود الداخلية عن اثار العقود الدولية، كما ان هذه الاثار هي بمجملها الحقوق الالتزامات التي تلقى على عاتق اطراف العقد بشكل عام.

ان عقد خدمة التوصيل التجاري وكما مر بنا سابقا، هو من عقود المعاوضة، وهو ملزم للجانبين، واذا ما اردنا تحديد اثار هذا العقد فأنها تتمثل بالالتزامات والحقوق التي يتمتع بها اطرافه، حيث ان التزام كل طرف هو بمثابة حق للطرف الاخر، وبالنظر لان العقد محل الدراسة يتفرع عنه عدة علاقات قانونية تتمثل بالعلاقة بين البائع والمشتري من جانب، والبائع والمندوب من جانب اخر، علاوة على المندوب والمشتري الذي يجسد محور البحث ، فكل علاقة من هذه العلاقات تترتب عليها اثار قانونية تتمثل بالحقوق والالتزامات لأطرافها الامر الذي يتطلب بحث اثار كل منها على حدة وتتمثل التزامات البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري، وكما ذكرنا سابقا انه اذا تضمن عقد البيع شرط التوصيل فانه يتوجب على المنتج نقله إلى محل المستهلك وهو حق لهذا الاخير، كما يضمن البائع سلامة وصول الطلب دون تلف او نقص ويمكن المستهلك من استلامه في المكان الذي حدده المستهلك وتقديم الاوراق الخاصة بتفاصيل السلع والبضائع، ويتمثل التزام المستهلك بدفع الاجرة كاملة متمثلة بقيمة المبيع واجرة التوصيل هذا اذا كان ثمن التوصيل ضمني، اما اذا كان التوصيل عن طريق شخص مستقل بعمله عن البائع فيكون الثمن ظاهري ومتفق عليه سلفا، وكذلك استلام الطلب وتأشير الاستلام بعد فحص البضائع المستلمة وعدم وجود نقص او تلف.

كما ان العقد لابد له من اسباب ينتهي بها، وهذه الاسباب هي الاخرى تختلف من عقد لأخر، فقد يكون انقضاء العقد لأسباب عامة وهي من خلال تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق اطرافه، او يكون انقضاء العقد لأسباب خاصة، كفسخ العقد كما لو اتفق طرفيه على انهائه قبل اتمامه، او بالإرادة المنفرة لاحد طرفي العقد.

ولغرض بيان احكام عقد خدمة التوصيل، من حيث الاثار التي تترتب على عاتق اطرافه، وكذلك طرق انتهاء العقد لابد من تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نبين في المبحث الاول اثار عقد

خدمة التوصيل التجاري، ونبين في المبحث الثاني طرق انتهاء عقد خدمة التوصيل، على النحو الاتي :

المبحث الاول

أثار عقد خدمة التوصيل

يمكن تحديد اثار العقود التجارية بشكل عام ومنها عقد خدمة التوصيل التجاري، بالالتزامات التي تقع على اطرافه، وتتمثل هذه الالتزامات بتوصيل المنقولات مهما كان نوعها او حجمها إلى جهة الطلب سواء كانت شخص طبيعي او معنوي من خلال مندوبين يعملون لصالحه او من خلال شخص اخر مستقل يقوم بالتوصيل، اما الطرف الثاني هو المستهلك او المستفيد من الخدمة، وتتمثل التزاماته بدفع الثمن واستلام البضائع او السلع، وكذلك بيان جزاء الاخلال بهذه الالتزامات والمسؤولية التي تقع على عاتق اطراف العقد اذا ما لم يتم تنفيذه وفق ما تم الاتفاق عليه.

ولغرض بيان تلك الاثار لعقد خدمة التوصيل التجاري، لابد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في المطلب الاول التزامات اطراف عقد خدمة التوصيل، ونخصص المطلب الثاني للمسؤولية المترتبة على عاتق اطراف العقد وكما يلي :

المطلب الاول

الالتزامات الناشئة عن عقد خدمة التوصيل

الالتزامات الناشئة في عقد خدمة التوصيل، والتي تقع على عاتق اطراف العقد هي تمثل بالمقابل حقوق للطرف الاخر، والالتزامات التي تنشا من هذا العقد هي بشكل عام توصيل الطلب ومن ثم استلامه وفحصه ومن ثم دفع الثمن، ولما كانت المراكز القانونية لأطراف هذا العقد تختلف عن العقود الاخرى من حيث تعدد اطراف العلاقة القانونية لذلك ولغرض الاحاطة بتفاصيل هذه العلاقات لابد من تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع، نبين في الفرع الاول منه التزامات البائع، ثم نبين في الفرع الثاني التزامات مندوب التوصيل، ونخصص اخيرا الفرع الثالث لبيان التزامات المشتري سواء كان مستهلك او مهني، على النحو الاتي :

الفرع الاول

التزامات البائع

ان الالتزامات التي تقع على عاتق البائع في عقد خدمة التوصيل التجاري، سواء كان البائع شخص طبيعي او معنوي، هي التزامات جوهرية منها ما نص عليه القانون ومنها ما يتعلق بالشروط المتفق عليها في العقد، وان اهم هذه الالتزامات هي نقل ملكية السلع والبضائع، والالتزام الجوهري الاخر هو الضمان (العيوب الخفية – التعرض والاستحقاق) ولبيان هذه الالتزامات لابد من تقسيم الفرع إلى فقرتين نتناول في الفقرة الاولى الالتزام بنقل الملكية، ونخصص الفقرة الثانية إلى الالتزام بالضمان على النحو الاتي :

اولا : الالتزام بنقل الملكية :

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع (المنتج - صاحب المتجر) هو الالتزام بنقل ملكية الشيء المبيع ويقع هذا الالتزام على البائع بمجرد إبرام العقد[1] ونقل الملكية هو جوهر عقد البيع [2]إلا إن التزام البائع بنقل الملكية لا يقف عند نقل ملكية الشيء المبيع فقط، بل يلتزم البائع ايضا بتسليم المبيع إلى المشترى من خلال التوصيل الأمر الذي يمكن المشتري من حيازته والانتفاع به دون أية عوائق تمنعه أو تعرقل مباشرة سلطاته عليه كمالك.

ولتسليط الضوء على نقل الملكية وما تناوله الفقه والتشريع العراقي والمقارن سنبينه بشكل موجز على النحو الاتي :

حيث يذهب جانب من الفقه إلى ان نقل الملكية يعني (نقل الحق كما هو بمقوماته وخصائصه من البائع إلى المشتري)[3]

و يرى جانب اخر من الفقه ان نقل الملكية يعني (ان العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض، ويكفي للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد هو من حرك القانون فجعله ينقل الملكية)[4].

وقد تناول المشرع العراقي بنقل الملكية في المادة (535) من القانون المدني والتي جاء فيها " يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع إلى المشتري..."

---

1 - د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2006، ص221.
2 - عبد الله متروك النجار، مبادى عقد البيع، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 1997، ص156.
3 - د. عبد الرزاق السنهوري، ج4، عقد البيع، مصدر سابق، ص513.
4 - المصدر السابق، ص520.

اما المشرع المصري فأنه اشار إلى نقل الملكية في المادة (428) التي جاء فيها " يلتزم البائع ان يقوم بما هو ضروري لنقل الحق في المبيع إلى المشتري..."[1]، اما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فأنه لم يأت بشيء مغاير لما جاء به المشرعان المصري والعراقي.

وحسب رأينا نلاحظ من خلال النصين المتقدمين ان المشرع المصري اشار إلى انتقال الحق في المبيع، وقد تميز المشرع العراق اذ اشار إلى نقل الملكية وهي مفردة شاملة لما يتفرع منها من حقوق والتي اشار اليها المشرع المصري وكان من الاجدر ان يشير إلى مفردة الملكية كونها اوسع واشمل من حيث المعنى.

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه اشار إلى نقل الملكية في المادة (1583) من القانون المدني والتي جاء فيها " يكتسب المشتري من البائع قانونا ملكية المبيع بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن..."[2]

يلاحظ من خلال استعراض موقف التشريعات المقارنة إن التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري يقتضي بطبيعة الحال التزامه بالمحافظة على المبيع حتى تسليمه للمشتري، وإن أي هلاك كلي أو جزئي يقع على المبيع قبل التسليم فان البائع يتحمل تبعته.

ولما كان البيع من خلال شبكة الانترنيت يتركز في مجمله على الاموال المنقولة من البضائع والسلع فأن الاشارة تستوجب الاقتصار على المنقولات المادية التي يرد عليها البيع من خلال شبكة الانترنيت هذا ويختلف التزام البائع في عقد خدمة التوصيل بنقل الملكية بحسب نوع (المنتَج)[3] المبيع من السلع والبضائع فيما اذا كان معينا بالنوع او بالذات [4] ولما كان عقد خدمة التوصيل التجاري ينصب بالأساس على المنقولات التي لا تتطلب شكلية معينة باستثناء بعض المنقولات التي تتطلب شكلية تسجيلها مثل (السيارات بحسب قانون المرور)، لذلك سنسلط الضوء على نقل الملكية بالنسبة للمنقولات بشقيها المنقول المعين بالذات والمعين بالنوع ، ونستعرض موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من خلال فقرتين على النحو الاتي :

---

1 - المادة (361) من القانون المدني الجزائري.

2 - نص المادة (1583) باللغة الفرنسية :

Art- 1583,, L'acheteur acquiert légalement du vendeur la propriété de la chose vendue dès qu'il s'entend sur la vente et le prix,,

3 - اشار قانون حماية المستهلك العراقي إلى المنتج والتي اسماها السلعة في المادة (1) الفقرة (ثانيا) والتي جاء فيها " كل منتج صناعي أو زراعي أو تحويلي أو نصف مصنع أو مادة أولية أو أي منتج أخر ويمكن حسابه أو تقديره بالعد أو الوزن أو الكيل أو القياس يكون معداً للاستهلاك "

4 - د. كمال ثروت الونداوي، شرح احكام عقد البيع، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973، ط1، ص108، د. سمير السيد تناغو، عقد البيع، مصدر سابق، ص149.

1- المنقول المعين بالذات :

ينص المشرع العراقي في المادة (531) من القانون المدني بأن المبيع تنتقل ملكيته من تلقاء نفسه ولكن بشروط، والتي جاء فيها " اذا كان المبيع عينا معينة بالذات او كان قد بيع جزافا، نقل المبيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع..." وواضح من نص هذه المادة اذا كان المبيع منقول معين بالذات (شيء قيمي) وكان مملوكا للبائع فان ملكيته تنتقل إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد وبقوة القانون [1]، (عدا بعض انواع هذه المنقولات والتي تشترط بعض القوانين الخاصة شكلية معينة لانعقادها، كالسيارات بحسب قانون المرور رقم (86) لسنة 2004[2] وحسب ما جاء بنص المادة (247) من القانون المدني[3]، اما شروط تحقق انتقال ملكية المبيع المعين بالذات فهي :

اولا :- ان يكون المبيع معينا بالذات، واذا لم يكن كذلك فان ملكيته لا تنتقل الا بعد تعيينه.

ثانيا :- ان يكون المبيع مملوكا للبائع[4]، والا كان العقد موقوفا على اجازة المالك الحقيقي طبقا لأحكام القانون، فان اجاز المالك التصرف اعتبر نافذا وبأثر رجعي من تاريخ انعقاده اما اذا لم يجزه اعتبر باطلا.

ثالثا :- عدم اشتراط القانون شكلية خاصة لانعقاد العقد، فاذا كانت هذه الشكلية مشروطة بنص القانون فان ملكية المنقول لا تنتقل الا بعد مراعات تلك الشكلية فاذا تحققت هذه الشروط اعلاه فان الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد كما ذكرنا، وجدير بالذكر بان مالك المنقول لو باعه لشخصين بالتعاقب، فان المشتري الاول تكون له الاولوية بتملكه طبقا للقاعدة اعلاه وهي انتقال ملكية المنقول المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد، الا ان هذه القاعدة تحدها قاعدة اخرى اقوى بترتيب الاثر وهي (قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية) والمقررة بموجب المادة (1163) من القانون المدني العراقي، ومضمون هذه القاعدة يتبين في حالة تسلم المشتري الثاني للمنقول من البائع بحسن نية، ففي هذه الحالة يصبح المشتري الثاني مالكا للمبيع دون المشتري الاول، حيث لا يعتد هنا بالقاعدة الاولى وتحل محلها القاعدة الثانية، اما في حالة عدم تسلم المشتري الثاني للمنقول اي لم يكن في

---

1 - د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص83.

2 - نصت الفقرة (1) من القسم الخامس على ان " تسجل جميع المركبات في دوائر التسجيل المختصة..." اما الفقرة (3) فأنها نصت على انه " عند انتقال ملكية المركبة إلى شخص اخر بأحد اسباب التملك من المالك السابق إلى المالك الجديد او من ينوب عنهما قانونا الحضور امام ضابط التسجيل..." قانون منشور في جريدة الوقائع العراقية في العدد 3984لسنة 2004.

3 - نص المادة (247) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

4 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، العقود التي تقع على الملكية – البيع والمقايضة، بدون مطبعة ولا سنة طبع، ص229.

حيازته او كان سيء النية، ففي هذه الحالة يتم تطبيق القاعدة الاولى ويعتبر المشتري الاول مالكا للمبيع دون المشتري الثاني.

اما موقف المشرع المصري من نقل ملكية الشيء المعين بالذات، فأنه لم يبتعد عن موقف المشرع العراقي واشار إلى ذات الشروط التي يجب ان تتوفر لنقل ملكية المبيع المعين بالذات[1] وذلك بحسب نص المادة (204) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" ونلاحظ على النص اعلاه انه اشار إلى ان نقل ملكية بعض المنقولات التي تتطلب شكلية معينه للتسجيل وهذا ما جاء بذيل المادة التي تشير إلى ان هنالك منقولات لا يتم نقل ملكيتها الا بالتسجيل.

اما موقف المشرع الجزائري من نقل ملكية الشيء المعين بالذات، فيذهب إلى ان الملكية تنتقل بقوة القانون للمشتري[2]، ولا يهم أن يكون المبيع لم يتم تسليمه أو الثمن لم يدفع بعد، وهذا ما نصت عليه المادة (165) من القانون المدني والتي جاء فيها " الالتزامات بنقل الملكية أو أي حق عيني اخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري" [3].

ونلاحظ ان المشرع الجزائري على عكس المشرعان العراقي والمصري لم يشترط لانتقال ملكية المنقول المعين بالذات الا شرطين اثنين وهما (أن يكون المبيع معنيا بذاته - أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع) واضاف اليهما شرطان من القواعد العامة وهما (أن يكون المبيع موجودا وقت العقد أن يكون التزام البائع بنقل الملكية باتا).

اما المشرع الفرنسي قد نص في المادة (1196) من القانون المدني، على أن عقد البيع بذاته ينقل الملكية من البائع إلى المشتري. ولم يرد في القانون المدني الفرنسي إشارة صريحة على التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري وكذلك لم يميز بين المنقول المعين بالذات او بالنوع، اذ اشار إلى امكان تأجيله بأراده طرفي العقد او القانون، والتي جاء نصها كما يلي " في العقود التي يكون محلها نقل الملكية او حوالة اي حق اخر يتم النقل بمجرد ابرام العقد، ويمكن تأجيل النقل بإرادة الاطراف

1 - د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق،ص44.
2 - د. الحسن بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهيه وقضائية، دار هومة للنشر والطبع، الجزائر، 2010،ط4،ص289، د. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001، ص111 وما بعدها
3- كذلك ينظر المادة (361) من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها " يلتزم البائع بكل ما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا "

بحسب طبيعة الاشياء او بحكم القانون "[1]، واشار كذلك المشرع الفرنسي إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بشرط توفر حسن النية للحائز، من خلال نص المادة (1198) من القانون المدني والتي جاء فيها : " اذا اكتسب شخصان على التوالي حقهما على ذات المنقول المادي من الشخص نفسه، يفضل ذلك الذي حازه اولا، حتى ولو كان حقه لاحقا شرط ان يكون حسن النية".

ومن وجهة نضرنا نميل مع موقف المشرع العراقي والمصري في تحديد نقل ملكية المنقول المعين بالذات وهو ما يتوافق مع خصائص عقد خدمة التوصيل، اما موقف المشرع الجزائري والفرنسي فأنه لا يتوافق مع عقد خدمة التوصيل وذلك بسبب؛ ان المشرع الجزائري اشار إلى نقل الملكية وان لم يتم التسليم وهذا عكس ما تشير اليه احكام عقد خدمة التوصيل كون التسليم هو الالتزام الجوهري والاساس في العقد، اما موقف المشرع الفرنسي فأنه موقف سلبي ولا يمكن الاخذ به كونه يشير إلى ان انتقال الملكية يمكن تأجيله بحسب رغبة الاطراف وهذا لا يتوافق مع خصائص عقد خدمة التوصيل التي تشير إلى انه عقد فوري.

2- المنقول المعين بالنوع

نص المشرع العراقي في الشطر الاخير من المادة (531) من القانون المدني على الية نقل الملكية للمنقول المعين بالنوع والتي جاء فيها "... واما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالإفراز"، اتجه المشرع العراقي بنقل ملكية الاشياء المثلية من البائع إلى المشتري بالإفراز اي انها لا تنتقل بمجرد انعقاد العقد، ويتم الانتقال من تاريخ الافراز[2]، باستثناء حالة واحدة وهي اذا تم بيع المنقول المثلي جزافا هنا تنتقل ملكيته من تاريخ ابرام العقد[3]، كذلك اشارت المادة (248) من القانون المدني العراقي على هذا المعنى والتي جاء فيها " اذا ورد الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بتعيين الشيء بالذات".

اما موقف المشرع المصري فينص على انتقال الملكية بالنسبة للمنقول المعين بنوعه في المادة (205) من القانون المدني التي جاء فيها " اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بإفراز هذا الشيء "، نلاحظ ان المشرع المصري اشار إلى استحالة نقل

---

1 - نص المادة (1196) باللغة الفرنسية :

Art – 1196,,Dans les contrats faisant l'objet du transfert de propriété ou du transfert de tout autre droit، le transfert a lieu dès la conclusion du contrat، et le transfert peut être différé au gré des parties selon la nature des choses ou en vertu de la loi,,

2 - د. منذرالفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل، 2006 ،ط1،ص440.

3 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق،.ص109، د. عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والايجار، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ط2، ص126.

ملكية المنقول المعين بالنوع او اي حق عيني اخر يتعلق بالدائن قبل ان يعين هذا المنقول بالنوع[1]، وفي نفس الاتجاه يذهب المشرع الفرنسي في المادة (1586) من القانون المدني.

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار إلى ذلك من خلال نص المادة (166) من القانون المدني التي جاء فيها " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء" ويشير المشرع الجزائري إلى الاستحالة بنقل الملكية ان لم يتم الافراز بالنسبة للمنقول [2] .

لكن السؤال الذي يثار هنا ما هو الاجراء اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بفرز المبيع ؟

ذهبت غالبية التشريعات ومنها المشرع العراقي والقوانين المقارنة إلى انه يحق للدائن أن يحصل على الشيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة في الحالات الغير مستعجلة، ومن غير اذن المحكمة في الحالات الغير مستعجلة كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض[3]، وهذا واضح من نص الفقرة (2) من المادة (248) من القانون المدني العراقي[4].

اما نقل الملكية في عقد خدمة التوصيل التجاري، فأنها لا تخرج عما جاءت به القواعد العامة المنصوص عليها في التشريع العراقي والقوانين المقارنة، وعلى سبيل المثال فلو تعاقد مشتري عبر شبكة الانترنيت على شراء كمية من مادة الحنطة او اي مادة مشابهه معروضة عبر موقع الكتروني فأن ملكية هذه الكمية لا تنتقل إلى المشتري بمجرد التعاقد، بل تنتقل بعد قيام البائع بإفرازها عن باقي الكميات التي لديه فعند قيام البائع بالإفراز ففي هذه اللحظة اصبحت الكمية ملكا للمشتري وان لم يتسلمها الاخير، وله التصرف في المبيع بكل التصرفات وان لم يستلمها بعد، كأن يقوم ببيعها لشخص اخر وتغيير جهة المندوب الى محل المشتري الثاني، او التنازل عنها الى مستهلك اخر لقاء عمولة او خصم وهذا وارد في التعاملات التجارية.

ثانيا : الالتزام بالضمان

وهو الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق البائع ولما كان المستهلك يهدف من عملية الشراء الحصول على السلع والبضائع والتمتع بكافة السلطات التي يخولها له القانون تمتعا كاملا[5]، فلا

1 - د. عبد الحميد عثمان، العقود المسماة، عقد البيع، بدون ناشر، 2008، ص104.
2 - د. بلقاسم محمدي، مصدر سابق، ص152.
3 - د. محمد يوسف الزغبي، مصدر سابق، ص226.
4 - المادة (248) الفقرة (2) التي جاء فيها " فاذا لم يقم بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع نفسة على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة او بغير استئذانها في حالة الاستعجال..."، ينظر د. سعيد مبارك، مصدر سابق،ص87، كذلك المادة (205) الفقرة (2) من القانون المدني المصري.
5 - د. عبد الحميد عثمان، العقود المسماة، عقد البيع، بدون اسم ومكان الطبع، 2008، ص166.

يكتفي أن ينقل المنتج إلى المستهلك الحق في ملكية المبيع بل يلزم فضلا عن ذلك أن يضمن المنتج للمستهلك الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة[1] و عدم منازعته فيه، حيث يشمل هذا الضمان شقين وهما : ضمان (التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية)[2]، وهذا ما يسمى بالضمان القانوني، لذلك سوف نسلط الضوء عليه من خلال الفقرات التالية :

1- الالتزام بضمان التعرض

يعرف جانب من الفقه ضمان التعرض بأنه (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال او عمل عند تحقق اسبابه واجتماع شروطه دون ان يكون هنالك مانع يحول دون ترتيب اثاره القانونية)[3] التزام المنتج بضمان التعرض الشخصي الصادر منه وكذلك ضمان التعرض الصادر من الاجنبي[4].
ولتوضيح الصورة لابد من بحث كل تعرض من خلال فقرة مستقلة وكما يلي :

(أ) ضمان التعرض الشخصي :

يلتزم البائع بالامتناع عن التعرض للمستهلك شخصيا سواء كان هذا التعرض ماديا او قانونيا. **ويقصد بالتعرض المادي** : كل فعل او تصرف يصدر من البائع ويحول هذا التصرف ما بين المستهلك وانتفاعه من السلع والبضائع التي تم شرائها من البائع من غير ان يكون له حق لهذا التعرض، والتعرض المادي هو ليس ادعاء بالحق بل هو منع المستهلك من ممارسة حقه على المبيع[5]، فاذا هدد البائع المشتري بذلك التعرض ولم ينفذ هنا لا يقوم الضمان[6]، وكذلك لو كان الفعل المكون للتعرض ليس في ذاته خطأ ولم تتوفر فيه شروط الفعل الضار، لكنه يعتبر فعلا جائزا بالنسبة للغير، أي أن الفعل المادي الذي يقوم به البائع يعتبر تعرضا شخصيا في حين أن صدر من غيره يعتبر عملا مشروعا[7]. كما لو قام البائع (كأن تكون شركة لبيع المواد الكهربائية ذات علامة مميزة) ببيع منتج معين لمستهلك مهني يقوم بإعادة بيع هذا المنتج وقام البائع بفتح محل مجاور لمحل المستهلك

1- د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص299، كذلك ينظر د. خميس خضر، العقود المدنية، البيع التأمين الايجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984،ص188.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص524.
3 - د. محمد سليمان الاحمد، المدخل لدراسة الضمان، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2002،ط1، ص8
4 - د. غني حسون طه، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج1، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص273.
5 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص 172.
6 - د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص302.
7 - د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص119.

المهني ويبيع نفس السلعة وبسعر اقل هنا يكون الفعل تعرض مادي من قبل البائع ولو جاء هذا التصرف من غير البائع لجاز تصرفه.

اما التعرض القانوني : فيقصد به ان يدعي البائع بأن له حق قانوني على الشيء المباع ومن شأن هذا الادعاء ان يحرم المستهلك من ممارسة حقه كمالك للمبيع[1]، ومثال ذلك ان يتملك البائع الشيء المباع بعد بيعه اي ان يكون مالكا له من خلال اي طريق قانوني مثل الميراث او الوصية، هنا لا يكون للبائع من خلال التزام الضمان ان يطالب باسترداد المبيع طبقا للقاعدة القانونية " من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض" [2]، كذلك ان التزام البائع بالضمان لايمكن ان يتجزأ او ينقسم وان كان المبيع قابل للتجزئة (كما لو بيعت مجموعة من السيارات للمستهلك) حيث ان التزام البائع بالضمان هو التزام دائم، ومن خلال كل ما تقدم نستنتج ان هنالك شروط لتحقق الضمان وهي :

1- أن يصدر من البائع نفسه إخلال بانتفاع المشترى.
2- أن يكون التعرض الذي صدر من البائع من شأنه الحيلولة دون انتفاع المستهلك كليا أو جزئيا بالمبيع سواء كان (سلع او بضائع)، ويضاف عادة إلى ذلك أن يكون العمل مما يتعارض مع التزامات المنتج.

(ب) ضمان التعرض الصادر من الغير

اشارت المادة (549) من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى إلى التزام البائع بعدم التعرض الشخصي وكذلك التعرض الصادر من الغير، وهذا التعرض لا يقصد به التعرض المادي كون دفع هذا التعرض من شأن المستهلك ويدفع به بكافة الطرق والوسائل المقررة لحماية الملكية، بل المقصود هو التعرض القانوني الذي يضمنه البائع لذلك اشترط المشرع العراقي والقوانين المقارنة جملة من الشروط الواجب توفرها ليتمكن المستهلك الرجوع على المنتج بضمان التعرض الصادر من الغير وهي :

1- ان يكون التعرض الصادر من الغير كما اسلفنا تعرضا قانونيا وليس تعرضا ماديا، فبمجرد ان يدعي الغير ان له حق على المبيع هنا ينهض الضمان سواء كان الادعاء صحيح ام باطل[3].

---

1 - د. خليل احمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص147، د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ط2، ص128.
2- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، 1980، ط4، ص378.
3 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص564.

2- ان يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابت على المبيع قبل البيع، ولا يهم السبب في ترتيب هذا الحق[1]، باستثناء اذا كان هذا الحق الذي ترتب على المبيع كان بسبب المستهلك نفسه هنا لا نتكلم عن اي ضمان.

3- ان يتعرض الغير فعلا للمشتري، وهذا من الشروط البديهية اذ لا يجوز للمستهلك الرجوع على المنتج بمجرد ظهور حق للغير على المبيع[2]، وان التزام البائع هو التزام بتحقق نتيجة وليس ببذل عناية، بالدفع امام ادعاء الغير بملكيته الشيء المباع[3].

(ج) الالتزام بضمان الاستحقاق :

ينظم المشرع العراقي احكام ضمان الاستحقاق بموجب نص المادة (552) التي جاء فيها " اذا اثبت المستحق الاستحقاق وحكم له، ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بعوض يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق، وللمشتري ان يرجع على بائعه بالضمان " [4]، نلاحظ من نص المادة اعلاه ان ضمان الاستحقاق يتحقق عندما يحرم المشتري فعلا من الحقوق التي له على المبيع كلا او جزءا فيما لو ظهر ان المباع مملوك لشخص اخر غير البائع وهذه الحقوق ترتبت قبل البيع وقبل توصيل المباع إلى المستهلك، وحالة اخرى يظهر فيها الضمان جليا هي حالة صدور حكم نهائي باستحقاق المباع ثم يقوم المشتري بالاتفاق مع المستحق على ترك المبيع مقابل عوض مادي، وتعتبر هذه الحالة اعادة شراء المبيع مرة اخرى.

اما المشرع المصري فأنه اشار في المادة (442) من القانون المدني إلى الاستحقاق الكلي او الجزئي والتي جاء فيها " اذا توقى المشتري استحقاق المبيع كله او بعضه بدفع مبلغ من النقود او بأداء شيء اخر، كان للبائع ان يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه او قيمة ما اداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات"

اما المشرع الفرنسي فأنه اشار إلى الضمان في المادة (1625) من القانون المدني وجعل البائع ملتزم بهدفين والتي جاء فيها " للضمان المتوجب على البائع للمشتري هدفان : اولهما ضمان وضع اليد الهادئ على الشيء المبيع، والثاني ضمان النقائض والعيوب الخفية الموجبة لرد المبيع " [5]

---

1 - د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص121.
2 - د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق،ص312، كذلك ينظر د. كمال ثروت، مصدر سابق، ص180، كذلك ينظر د. سالم حماد الدحدوح، الوجيز في عقد البيع، بدون اسم ومكان طبع، 2012،ط2،ص280.
3 - د. سليمان مرقس، مصدر سابق،ص386، ينظر كذلك د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص278.
4 - استمد المشرع العراقي نص المادة (552) من نص المادة (506) مرشد الحيران والتي جاء فيها " لو اثبت المستحق الاستحقاق وقضى له، ثم دفع المشتري اليه شيئا وامسك المبيع، يكون هذا شراء للمبيع من المستحق وله ان يرجع على بائعه بالثمن "، نقلا عن كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص185.
5 - نص المادة (1625) باللغة الفرنسية :

اما المادة (1626) من نفس القانون فأنها اشارت إلى لزوم الضمان وان لم يرد كشرط في العقد[1]، والتي جاء فيها " حتى اذا لم يرد وقت البيع اي شرط يختص بالضمان، يلزم البائع حتما بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من نزع اليد عن المبيع كله او قسم منه، ومن الاعباء المدعى بها على المبيع التي لم يصرح بها عند البيع " [2]

اما المشرع الجزائري فأنه لم يبتعد عما جاء به التشريع المصري من الاشارة الصريحة إلى الاستحقاق الكلي والجزئي للمبيع على عكس ما جاء به التشريع العراقي من الاشارة الضمنية إلى هذا التقسيم، حيث نصت المادة (774) من القانون المدني الجزائري على انه "عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله او بعضه بدفع مبلغ من النقود او بأداء شيء اخر، فعلى البائع ان يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود او قيمة ما اداه من شيء اخر مع مصاريف الخصام ".

وفي عقد خدمة التوصيل التجاري موضوع الدراسة فأن المعني بالضمان هو البائع الذي يضمن عدم التعرض الشخصي من قبله سواء كان التعرض مادي او قانوني من شانه ان يعيب التملك الهادئ للمستهلك بالنسبة للمبيع وعلى سبيل المثال ان تقوم شركة متخصصة بإنتاج او صنع نوع معين من المنقولات سواء اجهزة منزلية او انشائية، ببيع منتجاتها إلى مستهلك مهني او صاحب متجر تجزئة وتقوم الشركة بفتح متجر مجاور له وتبيع بسعر اقل مما يبيعه المستهلك المهني.

هذا من جانب، ومن جانب اخر فأن البائع يضمن كذلك عدم التعرض القانوني الصادر من الغير ولا يضمن التعرض المادي كون هذا الاخير من مسؤولية المستهلك، كذلك يضمن المنتج استحقاق المبيع خاصة اذا تعلق حق الغير بالمباع قبل البيع، ويتحمل البائع اعادة ثمن المباع بقيمته وقت الاستحقاق اذا كان البائع حسن النية ويكون كذلك اذا لم يعلم بالاستحقاق وقت البيع[3]، وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي من خلال نص المادة (554) الفقرة (1) التي جاء فيها " اذا استحق المبيع

Art- 1625,,La garantie que le vendeur doit avoir pour l'acheteur a deux objectifs le premier est de s'assurer qu'une main tranquille est posée sur la chose vendue، et le second est de garantir les vices et vices cachés qui nécessitent la restitution de la chose vendue,,.

1 - د. ايمان طارق مكي، اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد2، 2019،ص89.

2 - نص المادة (1126) باللغة الفرنسية :

Art – 1126,,Même si au moment de la vente il n'existe aucune stipulation relative à la garantie، le vendeur est inévitablement tenu de garantir à l'acheteur ce qu'il subit de la dépossession de tout ou partie de la chose vendue، et des charges alléguées sur la chose qui ont été non déclaré au moment de la vente,,

3 - د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص284.

على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع او زادت..." اما اذا كان البائع سيء النية فيتحمل بالإضافة إلى قيمة المباع وقت الاستحقاق جميع المصروفات التي اداها المستهلك على المبيع من خلال اعادة تدويره او من خلال اجراء عمليات صناعية عليه[1]، ومن الجدير بالذكر ان احكام هذا الضمان هي ليس من النظام العام اذ يمكن للطرفين ان يعدلا من هذه الاحكام من خلال تشديدها او تخفيفها او اسقاطها، وهذا ما اشارت اليه المادة (556) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في ضمان الاستحقاق او ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان " [2].

ثالثا : ضمان العيوب الخفية :

يرى جانب من الفقه ان العيب الخفي هو تلف يلحق المبيع او مكوناته، او كان المبيع غير صالح للاستعمال المعد له[3]، ويرى جانب اخر من الفقه ونحن نؤيد هذا الراي القائل بأن ضمان العيب الخفي كضمان التعرض والاستحقاق يتميز بمقومات تجعله ليس تطبيقا محض للقواعد العامة، والعيب يجعل المبيع غير صالح للاستعمال بالنسبة للغرض من شراءه [4]

ضمان العيوب الخفية هو الضمان الثالث الذي يقع على عاتق البائع و تميز المشرع العراقي وانفرد دون غيره من القوانين المقارنة حيث عرف ذاتيه العيب الموجب للضمان وهذا واضح من خلال ما جاءت به المادة (558) الفقرة (2) من القانون المدني والتي جاء فيها " والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه ويكون قديماً اذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم " كما ان المشرع العراقي نظم هذا الضمان وفق المواد من (558 - 570) واشترط لضمان العيب الخفي عدة شروط ومنها :

أ- ان يكون العيب خفي، اي لا يسهل على المستهلك اكتشافه ببذل عناية الرجل المعتاد وهذا ما اشارت اليه نص المادة (559) من القانون المدني.

ب- ان يكون العيب موثر، اي من شأنه ان يفسد المنفعة المبتغاة من شراء السلع والبضائع وهذا ما اشارت اليه نص المادة (558) الفقرة (2) من القانون المدني.

---

1 - د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص125.
2 - يقابلهما المادة (1627) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (445) الفقرة (1) من القانون المدني المصري، ينظر السنهوري، مصدر سابق، ص607.
3 - د. احمد عبد العال ابو قرين، مصدر سابق، ص558.
4 - د. عبد الرزاق السنهوري، عقد البيع، مصدر سابق، ص900.

ت- ان يكون العيب قديما، اي ان يكون العيب موجود بالمبيع قبل البيع وقبل توصيله للمستهلك وهذا ما نصت عليه المادة(558) الفقرة (1) من القانون المدني

ث- ان يكون البيع من البيوع التي يحصل فيها الضمان، حيث يجب ان يلاحظ ان المشرع العراقي استثنى حالة البيوع التي تتم عن طريق المزاد العلني بأشراف المحكمة[1]، وهذا ما نصت عليه المادة (569) من القانون. كذلك اشار المشرع العراقي إلى العيب الخفي في قانون حماية المستهلك وذلك من خلال ما جاء بالمادة (6/ د) والمادة (8).

اما موقف المشرع المصري من ضمان العيوب الخفية فأنه نظم هذا الضمان وفق المادة (447) من القانون المدني التي جاء فيها " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته..." ، اما شروط الضمان فهي لا تخرج عما جاء به المشرع العراقي من شروط[2].

وكذلك عرف المشرع المصري العيب في قانون حماية المستهلك وهذا ما ورد في المادة (1) الفقرة (7) والتي جاء فيها " العيب : كل نقص في قيمة او منفعة اي من المنتجات بحسب الغاية المقصودة منها ويؤدي بالضرورة إلى حرمان المستهلك كليا او جزئيا من الاستفادة بها فيما اعدت من اجله..." وقد خلت نصوص قانون حماية المستهلك في التشريع العراقي والمقارنة من تعريف للعيب، وفي الوقت الذي نؤيد فيه موقف المشرع المصري نأمل من المشرع العراقي ان يتضمن قانون حماية المستهلك تعريف للعيب لما يحمله هذا العيب من احكام قد تلغي عقد البيع او قد توجب المسؤولية كما سنرى لاحقا او وجوب التعويض.

اما موقف المشرع الفرنسي من ضمان العيوب الخفية، فقد نظمها وفق المادة (1641) من القانون المدني التي جاء فيها " إن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال المقرر له التي تنقص من صلاحيته لهذا الاستعمال لدرجة أن المشترى لم يكن ليشتريه أو لم يكن ليدفع فيه إلا ثمنا أقل، فيما لو علم بهذا العيب "[3].

اما المشرع الجزائري فأنه اشار إلى ضمان العيب الخفي في المادة (379) من القانون المدني والتي جاء فيها " يكون البائع ملزما للضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد

1 - د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص134.
2 - د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص348.
3 - نص المادة (1641) باللغة الفرنسية :
Art – 1641,, Le vendeur est tenu de la garantie des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine et qui enlèvent sa validité à cet usage dans la mesure où l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait payé qu'un prix inférieur. prix, s'il avait eu connaissance de ce défaut,,

بوجودها وقت التسليم إلى المشتري او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، او حسبما يظهر من طبيعته او استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها"

ان ما اشارت اليه القواعد العامة بنظرية العقد وما اتصل بها من احكام عقد البيع هي بالتأكيد تطبق على عقد البيع الالكتروني[1]، ومما يستوجب بحث اتساق قواعده وكفايتها لحماية المستهلك في العقد الالكتروني هذا ويكون ضمان العيوب الخفية في عقد خدمة التوصيل التجاري على عاتق البائع وهو من يتحمل اعباء اي عيب كان في المباع سواء كان المستهلك فني او غير فني، فيعامل معاملة الرجل المعتاد في فحص المبيع عند الاستلام، هذا اذا كان العيب خفي او كان قديما او كان العيب موثر يفوت الغرض من شراء المنتج، وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي بنص المواد سالفة الذكر، ومن الملاحظ ان عقد خدمة التوصيل التجاري كبقية العقود التجارية يقوم على الائتمان، فهذه العيوب تؤدي إلى فقدان الثقة بينهم وبين المستهلكين، مما يجعل البائع يعمل على تلافي كل الاخطاء من خلال السير في التنافس لكسب رضا المستهلك عن المنتج وعن الخدمات المقدمة.

وحالة وجود عيوب خفية ربما تحدث بالواقع العملي وخاصة اذا كانت المنقولات هي اجهزة فنية عالية الدقة او اجهزة ميكانيكية او الات ضخمة قد يكون العيب فيها من المنشأ او اصيب المنقول بالخلل اثناء عملية التوصيل ويكون هذا الضرر مؤثر على المبيع، وفي كل هذه الفرضيات ان الضامن لهذه العيوب الخفية كما اسلفنا هو البائع، كما لو اشترى المستهلك على سبيل المثال جهاز موبايل عبر شبكة الانترنيت وبعد استعماله لفترة معينة ظهر فيه عيب في سعة خزن البيانات والمعلومات وهو خلل مصنعي لا يستطيع الرجل العادي اكتشافه بفحصه عند الاستلام لذلك هنا يحق للمستهلك الرجوع على البائع بضمان العيب لخفي.

ومن الجدير بالذكر ان هذا الضمان هو ايضا ليس من النظام العام اذ يمكن الاتفاق على التشديد او التخفيف او الاعفاء منه باتفاق خاص ما بين اطراف العقد[2]، باستثناء حاله ما اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب، وهذا ما اشارت اليه صراحة المادة (568) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها " 1 – يجوز ايضا للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان، 2- على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب "، و تقابلها المادة

1 - عبد الرسول عبد الرضا، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المصري والكويتي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة القاهرة، 1974، ص120.
2 - د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص326.

(453)[1] من القانون المدني المصري والذي كان اوضح بالنص من المشرع العراقي، وكذلك اشار المشرع الفرنسي إلى امكانية تعديل الضمان من خلال نص المادة (1643) من القانون المدني، وايضا جاء موقف المشرع الجزائري متوافق مع موقف المشرع العراقي والمصري، اذ نص في المادة (384) على احكام تعديل ضمان العيوب الخفية[2].

ويلاحظ من نصوص المواد اعلاه ان المشرع العراقي والقوانين المقارنة قد اجازت تعديل احكام ضمان العيوب الخفية باتفاق اطراف العقد باستثناء حالة واحدة يصبح خلالها الاتفاق باطل، وهي حالة الغش التي يستعملها البائع متعمدا لإخفاء العيب في المبيع، وعلى المشتري اثبات غش البائع بإخفاء العيوب.

رابعا – الالتزام بضمان سلامة المبيع

السؤال الذي يقدح هنا ما مدى التزام البائع عبر شبكة الانترنيت بضمان سلامة المستهلك ؟

للإجابة على هذا السؤال نبين موقف الفقه من الالتزام بالسلامة ومن ثم موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة ومن ثم راي الباحث على النحو التالي :

يقصد بالالتزام بالسلامة بأنه (التزام يحرص فيه المدين على تنفيذ بنود العقد من غير ان يلحق الدائن ضرر[3].

اما الفقه الفرنسي فأنه اولى اهتمامه بهذا الالتزام ووصفه بأنه (التزام المنتج بالتتبع وهو التزام على قدر اهميته فأنه يشهد تطورا في المجالات المختلفة وذلك لوقاية وحماية المستهلك وهو التزام مفروض في قانون الاستهلاك بسبب التطورات العلمية) [4]

1 - نص المادة (453) التي جاء فيها " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في الضمان او ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان، على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع تعمد اخفاء العيب في المبيع غشا منه ".

2 - تنص المادة (384) من القانون المدني الجزائري على انه " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه، او أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه "

3 - د. عدنان السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2019، ص314.

4 - G. Rousset lo bligationde survient droit de la consummation en droit de la santé presses universities de france، 2009، p93،

منشور على الموقع الالكتروني: www.caim.info تاريخ الزيارة 2021/8/22.

نقلا عن د. حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص50.

اما من حيث القضاء فأنه لم يترك الساحة خالية من غير ان يكون له موقف، حيث قرر الزام البائع المهني بضمان سلامة المستهلك من المخاطر التي يكشفها التطور العلمي من حيث يجب على البائع معرفة العيب الخفي والعلم بكل ما تحتويه منتجاته وان لا تسبب اي ضرر للمستهلك وتمييز المهني عن البائع العادي[1]

اما موقف المشرع العراقي فأنه اشار إلى سلامة المستهلك من خلال ما جاء في نص المادة (7) الفقرة (ثانيا) من قانون حماية المستهلك والتي جاء فيها " الالتزام بالمواصفات القياسية العراقية او العالمية لتحديد جودة السلع المستوردة او المصنعة محليا..."،

وهنا ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة اعلاه واضافة فقره اليها يحضر من خلالها الاهمال في عملية الخزن او النقل او حتى رداءة مواد التصنيع التي تسبب خطرا على سلامة المستهلك، كما فعل المشرع المصري.

حيث اشارالمشرع المصري فأنه اشار وبشكل صريح إلى المحافظة على سلامة المستهلك من خلال ما جاء في المادة (2) من قانون حماية المستهلك والتي جاء فيها " يحضر على اي شخص ابرام اي اتفاق او ممارسة اي نشاط يكون من شأنه الاخلال بحقوق المستهلك الاساسية وعلى الاخص الحق في الصحة او السلامة عند استعماله العادي للمنتجات "

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه اشار ايضا في قانون الاستهلاك إلى سلامة المستهلك من خلال نص المادة (1-221) والتي جاء فيها " يجب ان تحقق المنتوجات والخدمات السلامة المتوقعة شرعا وان لا تكون ضارة بصحة الاشخاص وذلك ضمن شروط الاستعمال الطبيعية او تلك المتوقعة منطقيا من الشخص الذي يصنعها "[2]

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار إلى سلامة المستهلك من خلال تعريفه للمنتجات في قانون حماية المستهلك في المادة (9) والتي جاء فيها " يجب ان تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونه وتتوفر على الامن، بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها وان لا تخلق ضررا بصحة المستهلك وامنه ومصالحه..."

1 - د. حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص50.

2 - ART-221-1,, Les produits et services doivent atteindre la sécurité attendee par la loi et ne pas nuire à la santé des personnes، dans les conditions normales d'utilisation ou celles logiquement attendues de la personne qui les fabrique,,

كذلك اشارت المادة (11) والتي جاء فيها " منتوج سليم ونزيه وقابل للتسوق : منتوج خال من اي نقص او عيب خفي يضمن عدم الاضرار بصحة وسلامة المستهلك او مصالحه المادية او المعنوية "

ومن خلال كل ما تقدم من اراء فقهيه ونصوص تشريعية للاعتراف بوجود هذا الالتزام بضمان سلامة المستهلك في البيع وهو التزام مستقل عن ضمان العيب الخفي، والذي يأتي من خلال اعتبار البائع شخص مهني محترف للعمل التجاري وهو على درجة من العلم بعيوب المبيع وبالتالي فأن التزامه بسلامة المبيع يجعل المستهلك على درجة من الامان في شراء المنتجات واستعمالها، اما الطبيعة القانونية لهذا الالتزام كما يرى ذلك الفقه والتشريع على انه التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية [1] اما مسألة استقلال التزام البائع بضمان سلامة المستهلك فأن جانب من الفقه يستند في تأكيد استقلاله إلى ان عقد البيع مستجمع شروط ادرجها الفقه للاعتراف بوجود هذا الالتزام مستقلا عنه[2]، والشروط هي :

أ- ان يكون المدين بالتزام السلامة مهنيا وهنا يكون المستهلك مطمئنا من حيث الاقدام على الشراء او من حيث استخدام المنتجات بدون حذر.

ب- ان يكون هنالك خطر يهدد سلامة المستهلك اثناء استعمال الاجهزة التي اقدم على شرائها في ضل التقدم التكنلوجي للصناعات الحديثة والمتطورة.

في حين رفض جانب اخر من الفقه [3] هذه الاسانيد التي اعتمدها الشراح في تأكيد فكرة استقلال التزام البائع بضمان السلامة وانه لا يكون الا في عقد النقل حيث يتعهد الناقل بالمحافظة على سلامة الراكب.

لكن هنالك رأي فقهي يعارض هذا الاخير ويرد عليه[4] ان رأيهم يؤدي إلى استبعاد الالتزام بضمان السلامة اذا تحقق الشرطان التاليان :

أ- ان يثبت بأن المستهلك لا يعهد بسلامته إلى البائع

ب- تسليم الدائن امر سلامته في العقد إلى المدين المعيار الوحيد للالتزام بضمان السلامة.

والرأي حسب تقديرنا انه لا يوجد ما يمنع من الاعتراف بقيام الالتزام بضمان سلامة المستهلك بشكل مستقل عن الالتزام بضمان العيب الخفي وللاستيضاح نأخذ المثال التالي: كما في حالة تعاقد

---

1 - د. عدنان السرحان. د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص315.

2 - د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص143.

3 - د. حسام الدين الاهواني، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت للنشر، 1982، ص701.

4 - د. عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، دار الثقافة للنشر، عمان، 2002، ص89وما بعدها.

مستهلك[1] مع بائع عن طريق شبكة الانترنيت لشراء جهاز سبلت على سبيل المثال وكان البائع شركة مصنعه ذات علامة تجارية مميزة او تاجر معروف ذات سمعة تجارية ومهنية ولهذه الاسباب اطمئن المستهلك لامتلاك الشركة خبرة في مجال التصنيع والخزن، وبعد استلام المستهلك للجهاز ووضعه في المنزل تبين احتواء الجهاز في صناديق الخزن على حيوانات من نوع القوارض او افاعي ذات سمية خطيره على حياته او حياة اسرته، ففي الواقع العملي ليس هنالك عيب خفي في الية عمل الجهاز توجب رجوع المستهلك على البائع وهنا في هذه الفرضية لا تسعفنا قواعد ضمان العيب الخفي لحماية المستهلك، لكن اطمئنان المستهلك للإجراءات التي اتخذتها الشركة او التاجر في حفظ الاجهزة بمخازن ذات بيئة جيدة، ومن هنا يكون التزام البائع بضمان سلامة المستهلك واجب علية وتكون مسؤوليته مسؤوليه تقصيرية توجب التعويض للمستهلك عما اصابه من ضرر بمجرد دخول السلع التي ينتجها إلى الاسواق وهو خلاف العيب الخفي الاكثر تشددا [2]في تقنية تلك الاجهزة، لأنه يتطلب اثبات خطا في الانتاج وهو ما يصعب على المستهلك اثباته بسهوله.

الخلاصة :

تبين لنا ان هنالك جملة من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع ومنها الالتزام بنقل الملكية بالنسبة للمنقول سواء كان معين بالذات او بالنوع، والالتزام الاخر هو الالتزام بالضمان سواء كان التعرض شخصي او قانوني، ورأينا كذلك التزام البائع بضمان العيوب الخفية والتزامه بضمان سلامة المستهلك في العقود عبر شبكة الانترنيت وهو التزام مستقل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، ودعونا المشرع العراقي الى تضمين قانون حماية المستهلك نص خاص لهذا الالتزام.

1 - بعد ان اقرت الجمعية العامة للأمم حقوق المستهلك وهي جزء من حقوق الانسان، من خلال قرارها رقم (39/284) لسنة 1985، توجهت الكثير من الدول بتطبيق هذه الحقوق وتماشيا مع ما اقرته الجمعية ومن هذه الحقوق هي : حق المستهلك بالحصول على السلع والمنتجات – الحصول على المواصفات الفنية والقياسية لتلك السلع – حرية المستهلك باختيار السلع التي يراها مناسبا له- ان يكون له حق التقاضي نتيجة لأي عيب في السلع والمنتجات... وكذلك صدر التوجه الاوربي رقم (97-7) EC لسنة 1997 لحماية المستهلك من خلال ابرام العقود عن بعد فيما يخص السلع والخدمات، وتبعا لذلك بادرت الكثير من الدول لتضمين قوانينها احكام تخص حماية المستهلكين ومنها من افرد لحماية المستهلك قانون خاص كما في العراق ومصر والجزائر والدول العربية الاخرى، وكذلك اصدر المشرع الفرنسي قانون الاستهلاك بعد ان اصدر في عام 2001 مرسوم رقم (741) لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.

2 - د. مدحت محمد عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقد تقديم برامج المعلومات : المقاولة – البيع – الايجار، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص114 وما بعدها.

الفرع الثاني

التزامات مندوب التوصيل

ان الالتزامات التي تقع على عاتق المندوب في عقد خدمة التوصيل التجاري هي في الاصل التزامين هما الالتزام بتمكين المستهلك من الاطلاع على المنتج وفحصة، والالتزام الاخر هو تسليم المنتج إلى المستهلك، وهذا ما سنتناوله ضمن فقرتين على النحو الاتي :

أولا : تمكين المستهلك من الاطلاع على المنتج وفحصه :

ان اطلاع المستهلك على المنتج الذي تم شراءه والاتفاق على توصيله اليه من خلال المندوب هو من حقوق المستهلك، وذلك للتأكد اولا من مطابقة المنتج لما اتفق عليه في العقد كون عقد خدمة التوصيل كما اسلفنا في اغلب الاحيان يتم ابرامه من خلال المنصات الالكترونية، لذلك لابد من التأكد قبل الاستلام من مطابقة المنتج للمواصفات التي اتفق عليها المستهلك مع البائع، هذا من جهة ومن اخرى فحص سلامة المنتج من الاضرار التي قد تكون اعطال فنية او اضرار اصابته خلال توصيل الطلب، وهذا الالتزام يقع على عاتق المندوب الذي يسهل عملية الاطلاع والفحص، وغالبا ما تكون هنالك استمارات خاصة مرسلة من البائع مع المبيع لتوثيق اطلاع المستهلك على المبيع وتثبيت توقيعه عليها، وفي حالة عدم مطابقة المنتج للمواصفات التي اتفق عليها عليه ان يثبت في اصل الاستمارة كل الملاحظات التي تعتبر من قبيل العيوب في المنتج، اما اذا لم يمكن المندوب المستهلك من الاطلاع على المبيع يكون للمستهلك الحق في عدم دفع قيمة المنتج وهو ضمان من ضمانات المستهلك، وهو تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة (الدفع بعدم التنفيذ)[1] التي تطبق في العقود الملزمة للجانبين والتي منها عقد خدمة التوصيل، ويعتبر العقد هنا موقوف على اجازة المستهلك، ولا تترتب بذمته اي مسؤولية تجاه المندوب او البائع وكما اشار قانون حماية المستهلك العراقي إلى ذلك بنص المادة (6) الفقرة (ج) التي جاء فيها " للمستهلك الحق في الحصول على ما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبيناً فيها قيمة وتاريخ ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها"

ثانيا – الالتزام بتسليم الطلب

الالتزام بالتسليم وهو الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق المندوب في عقد خدمة التوصيل ولكون هذا العقد ينصب على المنقولات دون العقارات ، لذلك فأن التسليم يجسد جوهر التزام المندوب،

1 - د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص103.

والتسليم قد يكون مادي ويسمى التسليم الحقيقي او يكون قانوني، ولبيان هذا الالتزام لابد من التطرق إلى موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة.

يعرف الفقه التسليم بأنه (وضع السلعة المباعة تحت تصرف المشتري ليتمكن من الانتفاع بها دون عائق في الموعد والمكان المحددين) [1]

ويعرفه جانب اخر من الفقه بأنه (التسليم عبارة عن وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق حتى ولو لم يتم تسليمه تسليما ماديا)[2]

اما موقف المشرع العراقي فأنه نص في المادة (538) الفقرة (2) من القانون المدني على انه " اذا قبض المشتري المبيع وراه البائع وهو يقبضه وسكت، يعتبر ذلك اذنا من البائع له في القبض "

تقابلها المادة (435) الفقرة (1) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء مادي..."

نلاحظ من خلال النصوص القانونية ان المشرع العراقي والمصري اشاروا إلى ان التسليم قد يكون مادي او قانوني، وهذا ما يتوافق مع طبيعة التسليم في عقد خدمة التوصيل التجاري من حيث ان التسليم لابد ان يكون ماديا ومباشرا ولا يتصور ان يكون التسليم فيه معنويا.

اما المشرع الجزائري فأنه اشار إلى التسليم بنص الفقرة (1) من المادة (367) من القانون المدني التي جاء فيها " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والتمتع به دون عائق ".

اما المشرع الفرنسي فجاء موقفه مغاير لموقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة حيث ان المادة (1604) لم تتضمن تعريفا مناسبا للتسليم والتي جاء فيها " نقل المبيع إلى سلطة و حيازة المشتري " [3]، ولعله يحسب لهذا التعريف أنه يبين بأن الالتزام ينصب على حيازة الشيء بالموازاة مع الملكية، بيد انه يؤخذ عليه أنه قد يجعلنا نعتقد بأن ضمان نقل الحيازة ينصب على عاتق البائع، غير أن الأمر ليس كذلك فالتسليم يتمثل فقط في " ترك المبيع تحت تصرف المشتري حتى يستلم.

1 - د. ماجد محمد سليمان، العقد الالكتروني، مكتبة الرشيد للنشر والتوزيع، الرياض، 2009، ص71.
2 - د. خليل احمد حسن قداد، مصدر سابق، ص121.
3 - نص المادة (1604) باللغة الفرنسية :
Art – 1604,,Transfert de la vente à l'autorité et possession de l'acheteur

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي نظم بالمادتين (539 – 540) من القانون المدني صور التسليم المعنوي، ومنعا للإسهاب نكتفي بهذا القدر.

اما التسليم في عقد خدمة التوصيل التجاري فهو الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق البائع حسب العقد المبرم ما بين البائع والمستهلك ومن يقوم بالتسليم هو المندوب الذي يعمل لدى البائع اما اذا كان المندوب يعمل بشكل مستقل عن البائع فأن العقد يتم بين المستهلك والمندوب، وقبل البدء بالتسليم يجب على المندوب اخطار المستهلك بوصول البضاعة وانها جاهزة للاستلام وعلى الاغلب يتم الاخطار من خلال الاتصال عن طريق الهاتف من قبل المندوب، كما ان المنقول الذي يسهل حمله ونقله يتم تسليمه عن طريق المناولة باليد من المندوب إلى المستهلك[1]،وهذا عادة لا يتطلب وقت كثير اما اذا كان المنقول عبارة عن اجهزة ومعدات ثقيلة فهي تتطلب اليات تحميل وتفريغ كلا حسب طبيعة المنقول فهي تحتاج وقت اكثر من الحالة الاولى، وفي جميع الأحوال فانه يجب على المندوب ان يحافظ على المنقول من لحظة تسلمه من البائع إلى ان يتم تسليمه إلى المستهلك بالصورة التي استلم بها المنقول.

والسؤال الذي يطرح هنا : ما هو زمان ومكان التسليم في عقد خدمة التوصيل ؟ .

ان زمان التسليم يحدده العقد المبرم بين البائع والمستهلك وقد يكون التسليم فوري حال ابرام العقد او بعد الابرام في اجل معين، وقد يتأخر تسليم المبيع بعض الوقت كلا حسب طبيعة المبيع، وبحسب تقديرنا يقع على عاتق مندوب التوصيل الالتزام بتسليم السلع والبضائع والمستندات الخاصة بها حسب طبيعة المنقول، والتسليم يتم حسب الاتفاق في الزمان والمكان المحددين، ويعتبر المندوب منفذا لالتزامه بالتسليم[2] على اكمل وجه بتسليم الطلب بذات الكمية المتفق عليها بدون زيادة او نقص، وبما ان الالتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية لذلك كان منطقيا ان يجعل المشرع العراقي تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية وحسن فعل المشرع العراقي الذي نؤيد موقفه بتحمل تبعة الهلاك على البائع والذي يحدث وان لم تنتقل الملكية إلى المشتري ومؤدى ذلك هو ان الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقق نتيجة وليس بذل عناية فأن لم يتسلم المستهلك المبيع يكون البائع

1 - د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص100.
2 - اشارت إلى ذلك اتفاقية فيينا لعام 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، وكذلك اتفاقية لاهاي التزامات البائع، حيث ان المهم في عقد البيع الدولي ليس انتقال الملكية بقدر قيام البائع بالوفاء بالتزامه المهم الا وهو تسليم المبيع، كما ان اتفاقية فيينا هي بالأساس اتفاقية تنصب على بيع البضائع دون المنقولات.

قد اخل بتنفيذ التزامه[1] كما ان تسليم المبيع من قبل المندوب هو التزام بتحقيق غاية وليس بذل عناية، اما التزام المندوب بالمحافظة على المبيع هو التزام ببذل عناية.

وللإجابة على السؤال نبين موقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة على النحو الاتي :

ينظم المشرع العراقي زمان التسليم وفق المادة (536) من القانون المدني التي جاء فيها " على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن، ولو شرط المشتري اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز " حيث يجوز لطرفي العقد ان يتفقا على وقت تسليم المبيع، وهذا الاتفاق ملزم وان تم دفع الثمن مقدما كون اصل الخدمة في العقد هي خدمة توصيل الطلب إلى محل المستهلك، اما اذا لم يكن هنالك اي اتفاق فيكون التسليم حال دفع الثمن، وما نص المادة اعلاه الا تطبيق من تطبيقات قاعدة الدفع بعدم التنفيذ[2].

اما مكان تسليم المبيع فيكون في المحل المتفق عليه وان كان المبيع في محل اخر غير محل البائع وهذا ما اشارت اليه صراحة الفقرة (2) من المادة (541) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " اذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين، لزم تسليمه في المحل المذكور"، الزمت هذه المادة المندوب بتسليم المبيع في المحل المتفق عليه ما بين البائع والمستهلك، اما نفقات تنفيذ الالتزام بالتسليم فهي تقع على عاتق البائع وهذا ما اشارت اليه نص المادة (398) التي جاء فيها " نفقات الوفاء على المدين، الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك " وهذا ما عليه عقد خدمة التوصيل بأن تكون اجرة التوصيل والتسليم تقع على عاتق المستهلك وسنتناول هذه الجزئية بالتفصيل عند الحديث عن التزام المستهلك بدفع الثمن.

اما موقف المشرع المصري من زمان ومكان التسليم فانه ينص في الفقرة (1) من المادة (346) من القانون المدني على انه: " يجب ان يتم الوفاء فورا بمجرد ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " يلاحظ من النص ان التسليم يتم فور انعقاد عقد البيع، الا اذا وجد اتفاق اخر ما بين المتعاقدين فهم ملزمين بهذا الاتفاق وان لم يوجد فيصار إلى الاعراف التي تحدد زمان تسليم المبيع، وهي غالبا ما تكون الاعراف التجارية[3].

---

1 - د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مصدر سابق، ص219 وما بعدها.
2 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص162.
3 - راجع المادتان (93-94) من قانون التجارة المصري، د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص519. د.ابراهيم سيد احمد، د. راندا محمد جادو، الالتزامات والعقود التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين،2010،ط1، ص8.

اما مكان التسليم[1] حيث ينص المشرع المصري في المادة (347) على انه : " اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجود فيه وقت نشوء الالتزام، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ".

اما نفقات التسليم فان المشرع المصري جاء موقفه مخالف لموقف المشرع العراقي واعتبر النفقات على عاتق المشتري وهذا ما نصت عليه المادة (464) التي جاء فيها " نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف او اتفاق يقضي بغير ذلك"، حيث تكون نفقات التسليم مثل نقل المبيع من مكانه إلى المكان الذي يحدده المشتري على نفقه هذا الاخير[2]، وهذا الحكم ينسجم مع طبيعة عقد خدمة التوصيل كون نفقات التوصيل يتحملها المستهلك.

اما موقف المشرع الجزائري من زمان ومكان التسليم فينظم الالتزام بالتسليم وفق المادة (281) من القانون المدني التي تنص على انه " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك "، اما مكان التسليم حيث نصت المادة (182) على انه : " اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجود فيه وقت نشوء الالتزام مالم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك ".

نلاحظ ان موقف المشرع الجزائري هو ذات موقف المشرع المصري بالنسبة لزمان ومكان التسليم، اما نفقات التسليم فيختلف راي المشرع المصري ويتوافق مع راي المشرع العراقي، حيث تنص المادة (283) على انه : " تكون نفقات الوفاء على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك "[3].

وتجدر الاشارة إلى تسليم المندوب ملحقات المنقول للمستهلك، وملحقات المنقول في عقد خدمة التوصيل هي عبارة عن اوراق ومستندات نقل او شحن او شهادة مطابقة البضاعة للشروط الواردة في العقد، وكل ما يتعلق بالمنقول كلا حسب طبيعته[4]، او الاوراق الخاصة بالمنشأ وهي عادة ما تكون ملصقة على المنتج وكذلك جميع الاستمارات الخاصة بالتوقيع عليها من قبل المستهلك.

1- د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص267.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 525.
3 - د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2012، ص268. كذلك ينظر المادة (489) من القانون المدني السعودي، وكذلك المادة (1609) من القانون المدني الفرنسي، ينظر د. فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1592.
4- د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص241.

اما حالة المبيع وقت التسليم، لم ينص المشرع العراقي على حالة المبيع بل احالها إلى القواعد العامة وما اتفق عليه المتعاقدين في العقد، فأن كان المبيع شيئا معينا بالذات وجب على المندوب تسليمه بالحالة التي كان عليها المبيع وقت التعاقد[1]، وفي نفس الاتجاه يذهب التشريع المقارن

فبالنسبة إلى المشرع المصري فأنه نظم حالة المبيع وقت التسليم وفق المادة (431) من القانون المدني التي جاء فيها " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ".

كذلك المشرع الفرنسي فأنه نص على حالة المبيع والزم البائع بتسليمه إلى المشتري على الحالة التي كان عليها وقت ابرام العقد، من خلال المادة (1614) التي جاء فيها " يجب تسليم الشيء في الحالة التي كان عليها..."، ونص ايضا في المادة (1616) على ذات الالزام الواقع على عاتق البائع والتي جاء فيها " البائع مطالب بتسليم السلعة كما هو منصوص عليه في العقد " [2].

اما المشرع الجزائري فأنه لم ينظم حالة المبيع بل ارجاها إلى القواعد العامة وهذا ما اشارت اليه المادة (94) من القانون المدني التي جاء فيها " اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب ان يكون معينا بنوعه " [3].

يتضح من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر ان المبيع عند تسليمه يجب ان يكون على الحالة التي تم التعاقد عليها، والتعيين المقصود هو تعيين الشيء تعيينا كافيا ونافيا للجهالة، ويتم ذلك من خلال اطلاع المشتري على المبيع ورؤيته والعلم به علما كافيا[4]، وهنا يختلف عقد خدمة التوصيل عن عقد البيع في هذه الجزئية كونه يتم في الغالب عن طريق المنصات الالكترونية التي يتم من خلالها تزويد المستهلك بكافة البيانات والوثائق الفنية التي تكشف عن حالة المبيع التي تم ذكرها سلفا، اما حالة الزيادة والنقص التي تكون في المبيع عند تسليمه من قبل المندوب فيطرح هنا السؤال التالي :

ما هو حكم الزيادة والنقص بالمبيع في عقد خدمة التوصيل ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة :

1- د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص105.
2 - نص المادتين (1614) (1616) باللغة الفرنسية :
Art- 1614 ,, La chose doit être livrée dans l'état où elle était,,
Art- 1616 ,, Le vendeur est tenu de livrer les marchandises comme stipulé dans le contrat,,
3 - شرارق حمزة – يوزيني علي، احكام تسليم الشيء المبيع في القانون الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة اكلي محند، كلية القانون والعلوم السياسية، الجزائر، 2016، ص19.
4 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص485.

لم ينظم المشرع العراقي حالة الزيادة او النقص او المبيع في قانون حماية المستهلك، لكن بالرجوع إلى القانون المدني نرى ان المشرع العراقي يميز في حالة الزيادة والنقص في المبيع بين حالتين (الاشياء التي يضرها التبعيض، والتي لا يضرها التبعيض) للأشياء المثلية، وينظمها بالمواد (543 – 546)

حيث يبين في المادة (543) على ان النقصان في المعدودات التي ليس في تبعيضها ضرر فالخيار للمشتري في الفسخ او انقاص الثمن[1]، اما الزيادة فهي للبائع، والتي جاء فيها " اذا بيعت جملة من المكيلات او جملة من الموزونات او المزروعات التي ليس في تبعيضها ضرر، او من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة او بسعر الوحدة، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا كان المشتري مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، واذا ظهر المبيع زائدا فالزيادة للبائع ".

اما المادة (544) فأنها اشارت إلى ان العدديات التي في تبعيضها ضرر للمشتري ووجد في المبيع نقصا فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع او اخذ المبيع بكل الثمن، اما اذا ظهر فيه زيادة فهي للمشتري وهذا الموقف من المشرع العراقي نؤيده ونسير معه خاصة في ما يتعلق بعقد خدمة التوصيل وعلى سبيل المثال لو طلب مستهلك من احد المطاعم شراء وجبة طعام وان تكن مثلا دجاجة تزن كيلو غرام واحد وعند وصول الطلب تبين انها تزن اكثر من الوزن المتفق عليه فهنا لا يمكن للبائع طلب اجر اكثر من المتفق عليه لوجود زيادة بالوزن ولا يمكن له اقتطاع تلك الزيادة.

من خلال ما ورد اعلاه ولما لهذه الحالة من اهمية وقد لا تخلوا منها العقود التي تبرم عن طريق الانترنيت ومنها عقد خدمة التوصيل نتمنى على المشرع العراقي ان يلتفت إلى هذا النقص التشريعي ويضمن قانون حماية المستهلك الاحكام الخاصة بزيادة الكمية او نقصها في المنتجات من السلع والبضائع، ونقترح النص الاتي (اذا بيع منتج لمستهلك وتبين عند استلامه هنالك زيادة في العدد او الوزن للمبيع فالزيادة للمستهلك، وان كان هنالك نقص في المبيع فالمستهلك بالخيار)

اما المشرع المصري فأنه لم يفصل المثليات التي يضرها التبعيض[2] او التي لا يضرها كما فعل المشرع العراقي، واشار إلى حالة النقص والزيادة في المادة (433) من القانون المدني التي جاء فيها " 1- اذا عين في العقد مقدار المبيع، كان البائع مسؤولا عن نقص هذا القدر بحسب ما

1 - د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص245.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص490.

يقتضي به العرف، مالم يتفق على غير ذلك على ان لا يجوز للمشتري ان يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع، الا اذا اثبت ان هذا النقص من الجسامة بحيث انه لو كان يعلمه لما اتم العقد ".

نلاحظ ان المشرع المصري يجعل البائع ضامن للمشتري القدر المحدد في العقد فأن لم يوجد اتفاق بين طرفي العقد، يصار إلى العرف[1] الذي يتسامح بالنقص اليسير او الذي لا يسبب ضرر للمشتري[2]، اما الفقرة (2) من نفس المادة فقد اشارت إلى الزيادة حيث جاء فيها " 2 – اما اذا تبين ان القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة، وجب على المشتري اذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ان يكمل الثمن... ".

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه لم ينظم مسألة الزيادة والنقص في قانون الاستهلاك، لكن بالرجوع إلى القانون المدني فأنه اشار إلى ذلك في المادة (1619) والتي جاء فيها " فلا يخول البائع حق استزادة الثمن اذا وجد القياس زائدا ولا يمنح المشتري حق تخفيضه اذا وجده ناقصا..." [3]

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار في الفقرة (1) من المادة (365) إلى انه : " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع ". اما الزيادة في المبيع تناولها المشرع بالفقرة (2) من نفس المادة التي جاء فيها " وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، و كان الثمن مقدارا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا، إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه " [4].

اما احكام الزيادة والنقص في المبيع الذي تم ايصاله عبر خدمة التوصيل التجاري فهي لا تخرج عن القواعد العامة، فاذا كان هنالك نقص في المبيع الذي يمكن تجزئته كما لو طلب المستهلك منقولات على اساس الوحدة فالمستهلك مخير بين فسخ العقد او انقاص ثمن الوحدات التي نقصت في الطلب، اما في حالة الوحدة الواحدة كأن يكون الطلب عبارة عن ماكنه او جهاز او الة وكان فيها نقص هنا المستهلك مخير بين امضاء العقد واستلام المبيع ان كان النقص لا يؤثر عليه وكان مما

1- د. رمضان ابو السعود. مصدر سابق، ص270.
2 - د. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ط2، ص215، توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص102.
3 - ART-1619,,Le vendeur n'a pas le droit d'augmenter le prix si la mesure s'avère excessive، et ne donne pas à l'acheteur le droit de le réduire s'il la trouve insuffisante,,
4 - د. سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص198.

يتساهل به العرف، او فسخ العقد. اما في حالة الزيادة هنا لا يمكن للمندوب اجبار المستهلك على تقبل الزيادة، كون الزيادة هي للبائع والمستهلك بالخيار اما قبولها ودفع قيمتها او قبول الطلب المحدد بالعقد والزيادة تعود للبائع.

وتجدر الاشارة إلى ان المندوب لا يمكنه استبدال المبيع حتى لو كان الطلب افضل مما تعاقد عليه المستهلك ان ظهر فيه نقص، كما لايمكن له ان يجري اي تعديل او تغيير على المبيع.

كما ان المندوب له الحق في حبس المبيع وامتناعه عن تسليمه للمستهلك اذا لم يقم الاخير بدفع الثمن المتفق عليه او كان الثمن مؤجلا وهو تطبيق من تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ، وهو خلاف لطريقة دفع الثمن المثبت في العقد، ويتضمن الثمن قيمة المنقول واجرة التوصيل، وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع الثالث من هذه الدراسة.

الخلاصة :

تبين لنا في هذا الفرع ان التزامات المندوب هي تمكين المستهلك من الاطلاع على المبيع وفحصه والتأكد من مطابقته لما اتفق عليه، وكذلك التزامه بتسليم المبيع الى المستهلك، ورأينا كذلك احكام زمان ومكان التلسيم، وكذلك حالات الزيادة والنقص في المبيع واحكامها وما يتطابق منها مع احكام عقد خدمة التوصيل التجاري، واقتراحنا للمشرع العراقي بمعالجة النقص التشريعي في هذه الجزئية.

الفرع الثالث

التزامات المستهلك

ان التزامات المستهلك في عقد خدمة التوصيل التجاري تتمثل بالتزامين هما الالتزام بتسلم المنتج من المندوب، وكذلك الالتزام بدفع الثمن،، لذلك سنتناول التزامات المستهلك ضمن فقرتين على النحو الاتي :

اولا : الالتزام بتسلم المبيع

تسلم المبيع هو الالتزام الاول الذي يقع على عاتق المستهلك في عقد خدمة التوصيل، فعندما يقوم المندوب بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المستهلك يبدا التزام المستهلك بالاستلام، ولبيان التزام المستهلك بالاستلام لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة:

ينظم المشرع العراقي تسلم المشتري للمبيع في المادة (586) حيث الزم من خلال هذه المادة المشتري بتسلم المبيع، وهو مقابل لالتزام البائع بالتسليم[1]، فلا يمكن للبائع تنفيذ ما الزمه القانون به اذ لم يكن المشتري ملزما أيضا، والتي جاء فيها " 1- يلتزم المشتري بتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد، مادام المبيع قد عرض عليه وفقا للشروط المتفق عليها، 2- فاذا لم يحدد الاتفاق او العرف زمانا او مكانا لتسلم المبيع وجب على المشتري ان يتسلمه في المكان الذي يجب ان يسلمه فيه البائع، وان ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن "، ويتم الاستلام من خلال المناولة اليدوية بالنسبة للمنقول الذي يسهل حمله ونقله، او من خلال تسلم المفتاح ان كان المنقول موضوع داخل صندوق على سبيل المثال[2]، والاستلام هو قبض المبيع والاستيلاء عليه فعليا [3].

اما المشرع المصري فقد نظم التزام المشتري للمبيع في المادة (463) من القانون المدني التي جاء فيها " اذا لم يعين الاتفاق او العرف مكانا او زمانا لتسليم المبيع، وجب على المشتري ان يتسلمه في المكان الذي وجد فيه وقت البيع وان ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن "

نلاحظ من خلال النصين المتقدمين للمشرع العراقي والمصري، بانهما يؤكدان على الزام المشتري باستلام المبيع حسب ما اتفق عليه في العقد وان لم يحصل اتفاق فالعرف هو الذي يحدد ذلك، وهذا كثيرا ما يقع في العقود التجارية [4]، ولكن في عقد خدمة التوصيل، فان الامر مختلف اذ لا يمكن الركون إلى العرف لتحديد مكان وزمان تسلم المبيع، اذ ان تنفيذ هذا الالتزام لا يمكن ان يتم الا وفقا لما اتفق عليه بين الأطراف من حيث موعد ووقت الاستلام وكذلك المكان.

اما موقف المشرع الجزائري فأنه لم يختلف عن موقف المشرع العراقي والمصري وجاء بذات المعنى بالزام المشتري بتسلم المبيع اتفاقا او عرفا وهذا ما نصت عليه المادة (394) من القانون المدني التي جاء فيها " اذا لم يعين الاتفاق او العرف مكانا او زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري ان يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع، وان يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم " [5].

1- د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص153.
2 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص319.
3 - د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص354.
4 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، فقرة 421، ص743.
5 - د. سي يوسف زاهية، مصدر سابق، ص203.

اما موقف المشرع الفرنسي من تسلم المبيع، فأنه نظم التسليم في القانون المدني من خلال التزامات البائع، حيث اشار في المادة (1604) والتي جاء فيها " التسليم هو نقل الشيء المبيع إلى سلطة وحيازة المشتري" [1]

اما نفقات تسلم المبيع فهي تقع على عاتق المشتري مالم يوجد اتفاق اخر بين المتعاقدين[2]، وهذا ما عليه عقد خدمة التوصيل التجاري، حيث يتحمل المستهلك ثمن المنقول مع ثمن التوصيل.

وقد نظم المشرع العراقي احكام نفقات تسلم المنقول في المادة (587) من القانون المدني التي جاء فيها " نفقات تسلم المبيع على المشتري، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " [3]، والتي يقابلها نص المادة (464) من القانون المدني المصري[4]، وكذلك المادة (395) من القانون المدني الجزائري، وكذلك المادة (1608) من القانون المدني الفرنسي.

واذا تم استلام المبيع من قبل المستهلك فعلية فحصه والتأكد من حالته وسلامته ولكل مباع من المنقولات طريقة فحص خاصة به وغالبا ما يتم الفحص عن طريق العد او الكيل او الوزن او الفحص الميكانيكي ان كان المنقول عبارة عن جهاز كهربائي او الكتروني او التأكد من القياس اذا كان الطلب ملابس، وذلك للتأكد من تطابقه لشروط واتفاق الطرفين في عقد خدمة التوصيل، وفحص السلع والبضائع يتطلب اجراءات مختلفة كما يقتضيه العرف والعادات التجارية[5] او ما نص عليه القانون، للتأكد من خلوها من اي نقص او تلف كلي او جزئي، وهذا ما اشارت اليه نص المادة (560) الفقرة (1) من القانون المدني العراقي

التي جاء فيها " اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل ".

اما زمان ومكان استلام المبيع من قبل المشتري فهو ذاته الزمان والمكان الذي التزم به البائع بتسليم المبيع إلى المستهلك، ودون حاجة إلى تكراره منعا للإسهاب.

---

1 - نص المادة (1604) باللغة الفرنسية :
Art – 1604,,La livraison est le transfert de la chose vendue à l'autorité et la possession de l'acheteur,,

2 - تعرف النفقات بشكل عام بأنها (مصروفات الوزن والكيل و حزم المبيع ونقله وكذلك دفع الرسوم الكمركية) بحث منشور على الموقع الالكتروني : www.google.com/search?q تاريخ الزيارة 2021/9/20

3 - د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص153.

4 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص739.

5 - د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص151.

ثانيا : الالتزام بدفع الثمن

وهو الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق المستهلك في عقد خدمة التوصيل، وكما اسلفنا ان الثمن يشمل قيمة المبيع واجرة التوصيل.

لكن السؤال الذي يطرح هنا (ما هو الثمن) ؟

يعرف جانب من الفقه الثمن بأنه (مبلغ من النقود وان يكون مقدرا او قابلا للتقدير وان يكون الثمن جديا ولا يقوم مقام النقود شيء اخر من المثليات) [1]

اما المشرع العراقي فأنه تميز وانفرد دون غيره من القوانين المقارنة بتعريف الثمن حيث عرفه في الفقرة (1) من المادة (526) من القانون المدني التي نصت على ان الثمن هو " ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة " [2]، ونلاحظ من خلال هذا التعريف ان المقصود بالثمن هو معناه الواسع الذي لا يقتصر على النقد فقط، وهذا خارج اطار دراستنا وما يهمنا هو الثمن المقدر بالنقد فقط وان يكون الثمن حقيقي اي لا يكون الثمن صوري او يكون الثمن تافه، وهذا ما اشارت اليه المادة (527) من القانون المدني التي جاء فيها " 1- في البيع المطلق يجب ان يكون الثمن مقدرا بالنقد..." ، ولم نلاحظ مثل هذا التعريف في القانون المصري او الفرنسي او الجزائري كما سنرى ذلك.

حيث ان المشرع المصري نص على الثمن من خلال المادة (418) التي اشارت صراحة ان الثمن يجب ان يكون مقدرا بالنقد، اي ان المشتري ملزما بأن يدفع للبائع ثمنا نقديا [3].

اما المشرع الفرنسي فهو ايضا لم يقدم شرح عن الثمن سوى ما اشارت اليه المادة (1169) من القانون المدني.

اما المشرع الجزائري فأنه اشار إلى ان الثمن يجب ان يكون نقدي وهذا ما جاء في نص المادة (351) من القانون المدني.

ومن خلال ما ورد اعلاه من نصوص قانونية بخصوص الثمن يمكننا ان نطرح السؤال الاتي :

---

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، عقد البيع، مصدر سابق، ص461.
2- تأثر المشرع العراقي في تعريفه للثمن بالفقه الاسلامي الذي يعتبر كل مال يصلح ان يكون عوض في العقد يصح ان يكون مبيعا، فالأشياء المثلية سواء كانت نقود او من غير النقود فهي تصلح ان تكون ثمنا، وتقابلها المادة (152) من مجلة الاحكام العدلية، ينظر غني حسون طه، مصدر سابق، ص183.
3 - نصت المادة (418) من القانون المدني المصري على " البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية الشيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي "، ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر سابق، ص19.

ما هو الثمن الذي يدفعه المستهلك في عقد خدمة التوصيل التجاري ؟

ان الثمن الذي يلتزم بدفعة المستهلك للمندوب لابد ان يكون من النقود وان يكون مقدرا وجديا، ولتسليط الضوء اكثر لابد من تناول هذه الجزئيات بشكل منفرد على النحو الاتي :

أ - الثمن مبلغ من النقود

لابد ان يكون الثمن في عقد خدمة التوصيل من النقد ولا شيء اخر غيره والا سنكون امام عقد اخر قد يكون عقد مقايضة[1] مثلا كما لو كان الثمن عبارة عن اسهم او سندات، وان لم يكن هنالك مقابل فيكون العقد هبه، وكذلك لا يشترط ان يكون الثمن مقدما اذ ممكن ان يكون الثمن على شكل اقساط[2] او مؤجلا لحين استلام الطلب، لكن لايمكن ان يكون قسم من المبلغ نقودا والقسم الاخر من غير النقد وان كان القسم الاكبر هو من النقود، وكذلك يمكن ان يؤجل دفع الثمن بالكامل إلى اجل مسمى ومتفق عليه في العقد،

وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي في الفقرة (1) من المادة (534) والتي جاء فيها " اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية إلى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع" اما الفقرة (3) من نفس المادة فأنها اشارت إلى الثمن المقسط والتي جاء فيها " واذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك " وحسنا فعل المشرع العراقي بتفصيل هذه المادة المتعلقة بالثمن لتتوافق مع الكثير من احكام عقود البيع والتي نحن بصدد نوع جديد من هذه العقود وهو عقد خدمة التوصيل.

اما موقف المشرع المصري فأنه اشار إلى ذات المعنى في المادة (457) من القانون المدني والتي جاء فيها " يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك " [3]

ب – الثمن مقدرا او قابلا للتقدير

الثمن في عقد خدمة التوصيل يجب ان يكون معيناً تعييناً كافيا ونافي للجهالة، وهذا ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (526) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " ويلزم ان يكون الثمن

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص315.
2 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص91.
3 - ولذات المعنى ما نصت عليه المادة (363) من القانون المدني الجزائري، ولم نلاحظ وجود مثل هذا الامر في القانون الفرنسي.

معلوما، بان يكون معينا تعيننا نافيا للجهالة الفاحشة " ، وكذلك ما نصت عليه المادة (527) بفقرتها الاولى والتي جاء فيها " في البيع المطلق يجب ان يكون الثمن مقدرا بالنقد...".

اما المشرع المصري فأنه اشار إلى مقدار الثمن بالفقرة (1) من المادة (423) التي جاء فيها " 1- يجب ان يقتصر تقدير الثمن على بيان الاسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد " ، اي ان يكون تقدير الثمن بالاتفاق حيث لا ينفرد احد طرفي العقد سواء البائع او المستهلك بتحديده منعا للأضرار بمصلحة الطرف الاخر او استغلاله.

اما المشرع الفرنسي فأنه اشار إلى تحديد وتقدير الثمن متروك لطرفي العقد وهذا ما نصت عليه المادة (1591) التي جاء فيها " يجب تحديد سعر البيع وتعيينه من قبل الاطراف "[1].

اما المشرع الجزائري فأنه اشار إلى ذات الامر في المادة (356) والتي جاء فيها " يجوز ان يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الاسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد "

وهذه هي ميزة في عقد خدمة التوصيل التجاري، لكونه ليس من عقود الاذعان فالاتفاق ما بين البائع والمستهلك هو من يحدد ويقدر الثمن، و المشرع العراقي اشار إلى ثلاثة اسس يمكن من خلالهم تحديد الثمن والاسس[2] هي :

- البيع بسعر السوق.
- البيع بالسعر المتداول في التجارة.
- البيع بالسعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين.

ج – الثمن جدي (حقيقي)

لا يكفي ان يكون الثمن من النقود وان يكون مقدرا ومعينا بل يجب ان يكون الثمن جدي وحقيقي، اي ان يكون قصد البائع هو الحصول على ثمن المبيع وان لا يكون الثمن صوري او تافه، ولكن قد يزيد او ينقص الثمن المحدد بعقد خدمة التوصيل والذي يلتزم المستهلك بدفعه في حال كان هنالك زيادة في المبيع او كان هنالك نقص، لكن يبقى الاساس واحد وهو ان يكون الثمن حقيقي[3]

---

1 - نص المادة (1591) باللغة الفرنسية :
Art – 1591,, Le prix de vente doit être déterminé et fixé par les parties,,

2 - د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 188.

3 - ولبيان الثمن الحقيقي لابد من تقسيم هذه النقطة إلى جزئيتين نتناول بهما الثمن الصوري والثمن التافه وعلى النحو الاتي :

(1) **الثمن الصوري** :

ويكون الثمن صوري عندما لا يقوم البائع باستيفاء المقابل النقدي الذي تقرر في العقد من المستهلك الذي استلم المبيع وعندها نكون امام عقد هبه وليس عقد خدمة التوصيل، بل ان البائع بالأساس لم يكن ينوي قبض الثمن من المستهلك، وقد يتفق المتعاقدان على سعر معين في العقد وبالخفاء هنالك اتفاق على سعر اخر فلا ينعقد العقد الا

والسؤال الذي يطرح هنا ما هي وسيلة الدفع في عقد خدمة التوصيل ؟

وللإجابة على هذا السؤال لابد ان نبين موقف الفقه ثم موقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة وكذلك والوسائل الحديثة المستخدمة للدفع وعلى النحو الاتي :

قلنا سلفا ان من التزامات المشتري هو الالتزام بدفع الثمن وهذا الثمن هو المقابل الذي يحصل عليه البائع لكن هذا الثمن المقدر بالنقد قد يكون العملة النقدية التقليدية او يكون عبارة عن شيكات او نقود الكترونية او بلاستيكية ومغناطيسية يصدرها البنك لخدمة العملاء وتكون بديلة عن حمل النقود[1]، والنقود الالكترونية تعرف بأنها (عبارة عن مجموعة من بروتوكولات او تواقيع رقمية تتيح للرسالة الالكترونية ان تحل محل تبادل العملات النقدية التقليدية) او بعبارة اكثر دقة فان النقود الالكترونية هي البديل المكافئ للنقود التقليدية [2] والنقود الالكترونية على عدة انواع نوجز منها على سبيل المثال لا الحصر مثل

أ- **البطاقات البلاستيكية الممغنطة** : وهي عبارة عن بطاقة مدفوعة الثمن سلفا وتستخدم هذه البطاقة للدفع عبر شبكة الانترنيت وكما يمكن ان تستخدم في الدفع في مراكز البيع Point of SAIE [3]، ويقوم المشتري بدفع مبلغ من النقود يتم ترجمته بصيغة الكترونية داخل البطاقة الممغنطة ليتمكن العميل من استخدامها في عمليات الشراء من المتاجر الالكترونية او عبر المنصات الالكترونية.

ب- **بطاقات الانترنيت** : وهي بطاقة ائتمان خاصة بالتسوق وتسمى ايضا الفيزا كارد او الماستر كارد، كما عملت المصارف المحلية منها والعالمية على اصدار مثل هذا النوع من البطاقات التي تحتوي

بالسعر الحقيقي الذي اخفياه الطرفين، وهذا ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (529) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " زيادة المشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن او زيادته في المبيع بعد العقد يصح وتلحق الزيادة والتنزيل بأصل العقد"، حيث ان الصورية هي عند الابرام وليس ما بعد العقد، وبصورة اخرى ان الصورية تعني ان خروج المبيع من ذمة البائع دون ان يدخل مكانها المقابل النقدي في ذمته المالية.

(2) **الثمن التافه** :

يكون الثمن تافه في عقد خدمة التوصيل اذا سمي الثمن المقدر بالنقد وكانت قيمة النقد لا تتناسب نهائيا مع القيمة الحقيقية للمبيع واجرة توصيله إلى المستهلك، كمن يبيع تمثالا فنيا وذات قيمة اثرية بثمن تمثال من نفس النوع لكنه مصنوع من مادة رديئة وحديث الصنع، والبيع هنا لا ينعقد على انه عقد خدمة توصيل، بل ينعقد على انه عقد هبة مكشوفة، ولذلك ولكي نكون امام عقد خدمة التوصيل لابد ان يكون الثمن مقدرا بالنقد ومعيننا تعيينا نافيا للجهالة وكذلك ان يكون الثمن حقيقي لا صوري ولا تافه.

1 - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص125.

2 - د. منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص157.

3 - د. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة، 1999، ص54.

على خلية الكترونية متضمنة شفرة خاصة لكل عميل تعمل على نظام (Set) لتسهيل عمليات الشراء عبر الانترنيت [1].

ج - **الشيكات الالكترونية** : وهي عبارة عن رسالة الكترونية افتراضية، تكون هذه الشيكات هي البديل عن الشيكات التقليدية الورقية تصدر من قبل البنك الذي يودع فيه العميل نقوده ويرسلها البنك إلى مستلم الشيك ليتم اعتماده من قبل بنك اخر يعتمد في عمله على نظام الانترنيت ويقوم الاخير بتحويل قيمة الشيك إلى حساب حامله [2].

اما موقف المشرع العراقي من الدفع الالكتروني فأنه تميز في هذا الامر وبين بشكل مفصل طريقة الدفع والتحويل حيث اجاز ان يكون دفع الثمن الكترونيا وهذا ما جاء في الفقرة (اولا) من المادة (22) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية والتي جاء فيها " يجوز أنشاء الاوراق التجارية والمالية بطريقة الكترونية وفقا للتالي : أ- ان تتوفر فيها ذات الشروط والبيانات الواجب توافرها في الاوراق التجارية والمالية المنصوص عليها قانونا " وهذه اشارة واضحة من المشرع العراقي إلى النقود الالكترونية وتداولها في التعاملات التجارية في الاسواق.

اما الفقرة (اولا) من المادة (23) فأنها اشارت إلى حجية تلك الاوراق الالكترونية والتي جاء فيها " تكون للأوراق التجارية والمالية الالكترونية ذات الحجية المقررة لمثيلاتها الورقية..."

كما اشار المشرع وحسن فعل من خلال المادة (24) التي اقر فيها التحويل الرقمي للأموال والتي تسهل عملية التجارة بشكل كبير وخاصة التجارة الالكترونية ومنها عقد خدمة التوصيل بالنسبة للبيوع الدولية، والتي جاء فيها " يجوز تحويل الاموال بوسائل الكترونية "

اما المادة (25) فأنها شددت على المؤسسات المصرفية بالمحافظة على سرية البيانات والتي جاء فيها " على كل مؤسسة مالية تمارس اعمال التحويل الالكتروني للأموال أتخاذ الاجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونه للزبائن والحفاظ على سرية المعاملات المصرفية "

اما موقف المشرع المصري فأنه لم يشر إلى ذلك كما فعل المشرع العراقي في قانون المعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني ولكنه عرف الوفاء الالكتروني في مشروع قانون المعاملات الالكترونية بأنه " الوفاء الالكتروني هو وفاء بالتزام نقدي بوسيلة الكترونية مثل الشيكات الالكترونية والكمبيالات الالكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة "[3]

وكذلك هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي فأنه لم يشر إلى ذلك .

---

1 - د. هند محمد حامد، التجارة الالكترونية في المجال السياحي، عالم الكتب للنشر، القاهرة، 2003، ص121 وما بعدها.
2 - د. محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنيت، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2004، ص109.
3 - د. ماجد محمد سليمان، مصدر سابق، ص77.

اما المشرع الجزائري فهو الاخر لم يشير إلى ذلك تفصيلا فقط ما ورد في المادة (27) من قانون التوقيع الالكتروني والتي جاء فيها " يتم الدفع في المعاملات التجارية الالكترونية اما عن بعد او عند تسليم المنتوج عن طريق وسائل الدفع المرخص بها وفقا للتشريع المعمول به عندما يكون الدفع الكترونيا فأنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض..." [1]

اما الدفع في عقد خدمة التوصيل التجاري وكما هو معلوم من خلال الواقع العملي في السوق العراقية فأنه في الوقت الحالي يكون الدفع بوسيلة مباشرة اي تسليم المندوب الذي يقوم بالتوصيل الثمن نقدي وبالعملة الورقية التقليدية وسواء كانت بالعملة العراقية او غيرها، لكن ما يشير اليه الواقع في الدول المجاورة وخاصة دول الخليج العربي يتم استخدام بطاقات ممغنطة بدلية عن النقود التقليدية ويكون لدى مندوب التوصيل او مراكز البيع اجهزة خاصة مرتبطة بالمصارف ولكل بطاقة رمز سري بها يتم استقطاع الثمن من خلال وضع البطاقة داخل الجهاز ومن ثم اعطاء وصل للمستهلك بالمبلغ المستقطع واعادة البطاقة له.

وعند استهلاك الرصيد النقدي يقوم صاحب البطاقة بأيداع مبلغ نقدي لدى المصرف ليقوم الاخير بإضافته الكترونيا إلى البطاقة وهذه الطريقة هي لحماية المستهلك صاحب البطاقة من سرقة او ضياع او ثقل حمل الاوراق النقدية التقليدية[2]، وان حدث وفقدت البطاقة فمن يعثر عليها لا يمكنه استخدامها لعدم معرفته بالرقم السري الخاص بها هذا من جهة ومن جهة اخرى هو قيام المستهلك بأبلاغ المصرف عن فقدان البطاقة ليتم تعطيلها وصرف بطاقة جديدة اخرى.

ومن هنا نتمنى على السلطة التنفيذية الاسراع بأطلاق تلك البطاقات والاجهزة الالكترونية التي تعمل وفق نظام خاص يضعه البنك المركزي العراقي لما لهذه الخطوة من اثار ايجابية جمه.

من خلال ما تقدم يقدح السؤال التالي ما هو زمان ومكان دفع الثمن في عقد خدمة التوصيل التجاري ؟

كما رأينا ان هنالك زمان ومكان للتسليم، كذلك فأن دفع الثمن له زمان ومكان يتم الدفع خلالهما، وللإجابة على السؤال اعلاه لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة ضمن الفقرات الاتية :

1 - قانون منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في العدد (60) لسنة 2015.
2 - ينظر د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء، مصدر سابق، ص117 وما بعدها.

1 – مكان دفع الثمن

ان مكان دفع الثمن هو ما اتفق عليه المتعاقدان[1]، فأن لم يحددوا مكانا يلجا إلى العرف او اي نص قانوني وقد ميز المشرع العراقي بين الثمن المستحق الدفع وبين الثمن المؤجل او ما يدفع من الثمن على دفعات فيتم الدفع في موطن البائع[2] هذا ما نصت عليه المادة (573) من القانون المدني العراقي التي تقضي بانه : " اذا كان مكان اداء الثمن معينا في العقد لزم اداؤه في المكان الذي يسلم فيه المبيع، واذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، مالم يوجد عرف او قانون يقضي بغير ذلك ".

اما المشرع المصري فلم يختلف عن موقف المشرع العراقي وحسب ما نصت عليه المادة (456) بفقرتيها (1-2) والتي جاء فيها "1- يكون الثمن مستحقا الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، 2- فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن " [3].

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه لم يفرد مادة قانونية لمكان وزمان دفع الثمن بل اشار إلى الحالتين بمادة واحد، كذلك لم يشير إلى حالة تأجيل الثمن او كان الثمن يدفع على شكل اقساط، حيث نص في المادة (1650) التي جاء فيها " الالتزام الاساسي للمشتري هو دفع الثمن في اليوم والمكان المحددين في عملية البيع "[3]

وجاء نص المادة (1651) بذات المعنى والتي تنص : " على المشتري ان يدفع الثمن في المكان والزمان المحددين للتسليم، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك " [1]، نلاحظ من خلال نص المادتين اعلاه ان موقف المشرع الفرنسي لم يأتيا بتفصيل واضح وصريح كما فعل المشرع العراقي والمصري.

اما المشرع الجزائري فهو الاخر لم يخالف النصوص التي اشرنا اليها انفا من موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة، حيث اشار إلى مكان دفع الثمن في المادة (387) من قانونه المدني، إلى دفع الثمن في مكان تسليم المبيع ان لم يوجد اتفاق اخر او عرف.

---

[1] - ينظر د.مصطفى موسى العجارمه، مصدر سابق، ص122.
2 - د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص147.
3- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص.699
3- نص المادة (1650) باللغة الفرنسية :
Art – 1650 ,, L'obligation première de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu identifié dans le processus de vente,,

ب- زمان دفع الثمن

اشار المشرع العراقي إلى ان الاصل دفع الثمن بمجرد ابرام العقد[1]، فاذا كان العقد خالي من اي تاريخ لدفع الثمن يكون دفعه فورا، وهذا ما اشارت اليه الفقرة (1) من المادة (575) من القانون المدني التي جاء فيها "1- البيع المطلق الذي لم يذكر في عقد تأجيل الثمن او تعجيله، يجب فيه الثمن معجلا " ، كما اشار المشرع العراقي إلى حالة التقسيط ان كان الثمن مؤجلا ويدفع على شكل مراحل فتبدا هذه الفترة منذ تاريخ استلام المبيع من قبل المستهلك وهذا ما جاء بنص المادة (574) بفقرتيها (1-2) التي جاء فيها "1- يصح البيع حال او مؤجل، ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إلى اقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة، كما يجوز الاشتراط بأنه ان لم يوف القسط في ميعاده يتعجل كل الثمن، 2- ويعتبر ابتداء مدة الاجل والقسط المذكور في عقد البيع من وقت تسلم المبيع..." [2].

اما المشرع المصري فأشار إلى الزمن الذي يدفع فيه الثمن وهو وقت تسليم المبيع، او حسب اتفاق طرفي العقد او العرف، وهذا ما نصت عليه المادة (457) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك " [3]،

ولذات المعنى ينظر المادة (522) من القانون المدني وكذلك المادة (388) من القانون المدني الجزائري والمادة (1651) من القانون المدني الفرنسي.

اما زمان ومكان دفع الثمن في عقد خدمة التوصيل التجاري، فمن حيث الاصل يتم دفع الثمن حال استلام المبيع من قبل المستهلك وقبل دفع الثمن يقوم المستهلك بكل ما هو ضروري لفحص سلامة المنقول وذلك لكون العقد يجري في اغلب حالاته عن طريق المنصة الالكترونية فأن المستهلك لم يرى المبيع سابقا لذلك يجب عليه التأكد من حالة المبيع ومطابقته للشروط الواردة في العقد من حيث العدد او الكمية المطلوبة من قبله، ولكن عقد خدمة التوصيل لا يقتصر وهذه الحالة على الدفع النقدي المباشر فقط بل ممكن ان يكون دفع الثمن مؤجلا إلى ميعاد اخر يتفق عليه اطراف العقد وهذا ما يشير اليه الواقع العملي الذي تعتمده الكثير من الشركات في العراق ومنها شركات

---

1 - نص المادة (1651) باللغة الفرنسية :
Art – 1651,, L'acheteur doit payer le prix au lieu et à l'heure indiqués pour la livraison, sauf convention contraire,,

2 - د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص147، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص338.

3 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص687.

صناعة الاجهزة الكهربائية سواء تم صنعها او تجميعها داخل العراق او تم استيرادها من الخارج، حيث يبدا سريان التاريخ من لحظة تسلم المستهلك للمبيع، وكذلك يمكن ان يكون دفع الثمن على شكل اقساط شهرية يلتزم بها المستهلك تدفع في موطن البائع، كذلك نلاحظ ان ما يدفعه المستهلك للبائع من ثمن هو عبارة عن ثمن البضاعة واجرة التوصيل، وكذلك يتحمل المستهلك نفقات اخرى في حال تغيير مسار تسليم البضائع او السلع التي اتفق عليها خلال ابرام العقد مع البائع، وايضا ممكن ان نلاحظ ان الثمن الذي يدفعه المستهلك قد يقل او يزيد وحسب ما مر بنا سابقا من زيادة او نقصان الكمية التي تم تسليمها من قبل المندوب إلى المستهلك، ومن الملاحظ ايضا ان احكام دفع الثمن هي ليس من النظام العام لذلك يمكن للاتفاق او الاعراف التجارية السارية ان تخالف هذه الاحكام[1].

الخلاصة :

رأينا في هذا المطلب الالتزامات الناشئة عن عقد خدمة التوصيل لكل من البائع والمندوب والمستهلك، من حيث التزامات البائع بنقل الملكية والالتزام بالضمان وكذلك ضمان العيوب الخفية وضمان سلامة المستهلك، وكذلك التزامات المندوب بتمكين المستهلك من الاطلاع على المبيع وفحصه، وتسليم المبيع الى المستهلك، وكذلك تطرقنا الى التزامات المستهلك بتسلم المبيع ودفع الثمن وما رافقها من احكام تتعلق بزمان ومكان دفع الثمن، وكذلك طريقة الدفع من خلال بطاقات الدفع الالكترونية، ورائينا بعض الاحكام التي تتطابق مع احكام عقد خدمة التوصيل التجاري واخرى لم ينص عليها المشرع مما حذا بنا الاقتراح بالنص عليها وفق القوانين سواء في قانون حماية المستهلك او قانون المعاملات الالكترونية او قانون التجارة الالكترونية والتعجيل بتشريعه.

المطلب الثاني

مسؤولية اطراف عقد خدمة التوصيل

المسؤولية بشكل عام هي اما ان تكون عقدية ناتجة عن عقد صحيح[2]، او تكون المسؤولية ناتجة عن العمل الغير مشروع[3] وهو ما استبعدناه خلال هذه الدراسة.

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 689.
2 - د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص198.
3 - د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، التايمس للطباعة والنشر، بغداد،1991، ص58.

اما المسؤولية العقدية فهي جزاء يترتب على اخلال احد اطراف عقد خدمة التوصيل التجاري بالتزاماته التعاقدية ؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما اشارت اليه الفقرة (1) من المادة (150) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "، لذلك من الواجب احترام مضمونه وعدم الإخلال به، ويتحمل المسؤولية الطرف الذي أقدم على الإخلال بشروط هذا العقد، ويترتّب عليه التعويض بسبب عدم الوفاء أو التأخّر بالوفاء بالالتزام، حيث تتحقق المسؤولية العقدية عند عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه العقدي تنفيذاً تاماً أو اذا تأخر في التنفيذ بسبب خطأه ولم يثبت ان عدم التنفيذ يرجع لسبب اجنبي ولحق المتعاقد الآخر ضرر بسبب هذا الخطأ، عندئذ يُسال المتعاقد عن الضرر الحاصل بسبب خطئه، وعلى الرغم من ان التقنين المدني العراقي يؤسس المسؤولية المدنية على قواعد المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية) كما تبنى هذا الامر القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي قبل تعديله[1].

عليه فان القواعد العامة في القانون المدني العراقي لا تسعفنا في توفير الحماية الكافية للمشتري اما قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010، وعند الاطلاع على مضمونه لاحظنا بانه لم ينص على مسؤولية المنتج بالرغم من احتوائه على نص صريح يضمن حقوق المستهلك وهذا ما جاء بالمادة (2) حيث يهدف هذا القانون إلى " أولاً- ضمان حقوق المستهلك الأساسية وحمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تؤدي إلى الإضرار به " وبما ان اطراف عقد خدمة التوصيل هم ثلاثة اطراف لذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نبين من خلاله مسؤولية كل طرف وكما يلي :

الفرع الاول

مسؤولية البائع

ان مسؤولية البائع كما اسلفنا تقوم عند الاخلال بالالتزامات المنوطة به بمقتضى العقد وهي التزامه بنقل الملكية وضمان العيوب الخفية والتعرض والاستحقاق، وبما ان المسؤولية تقوم على اركان ثلاثة (الخطأ – الضرر – العلاقة السببية)[2]، وان الضرر مفترض في عقد خدمة التوصيل التجاري كون الالتزام في هذا العقد قائم على تحقيق نتيجة وليس بذل العناية، لذلك سيتحقق الضرر

1- د. عقيل مجيد كاظم السعدي، عدنان هاشم جواد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة وفق التوجه الاوربي، بحث منشور، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العدد الثاني، 2011، مج 9، ص121.
2 - د. احمد شوقي محمد، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، مطبعة عباد الرحمن، المنصورة، 2008، مج2، ص5.

بمجرد صدور الخطأ من البائع، لذلك سنبين في هذا الفرع اركان مسؤولية البائع المتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية وعلى النحو الاتي :

اولا : الخطأ

ما هو الخطأ العقدي بالنسبة للبائع وما هي الحالات التي يعد فيها مرتكبا للخطأ في اطار عقد التوصيل ؟

يعد البائع مخطئاً إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته[1]، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن تعمده أو بسبب إهماله[2]، في نقل الملكية او ضمان العيوب الخفية، [3].

من هنا سنقسم هذه الفقرة إلى جزئيتين نبين من خلالها مسؤولية البائع عند اخلاله بالالتزام بنقل الملكية ومسؤوليته عن العيوب الخفية في المبيع مع تسليط الضوء على موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة :

1- الاخلال بالالتزام بنقل الملكية :

اذا اخل البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع إلى المستهلك سواء كان الاخلال عن تعمد منه او بسبب الاهمال، هنا تستوجب مسؤوليته عن هذا الخطأ العقدي[4]، وللمستهلك الخيار بين امرين اما التنفيذ على نفقة المدين او المطالبة بقيمة الشيء.

وهذا ما اشارت اليه الفقرة (2) من المادة (248) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة او بغير استئذانها في حالة الاستعجال، كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض"، اما المادة (169) فقد اشارت في فقرتها (2) إلى التعويض الذي يقع على عاتق البائع عند عدم القيام بنقل الملكية او اي منفعة اخرى وتضرر منها المشتري، والتي نصت على "2- يكون التعويض عن كل التزام ينشا عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية او منفعة او اي حق عيني اخر، او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة

1 - د. ندى البدوي النجار، احكام المسؤولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1997، ط1، ص187.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مج1، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع،ص 656.
3 - د. بو دالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر،2005، ص23.
4 - د. مروان كساب، الخطأ العقدي واثار العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ط1، ص15.

او ما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخير في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او التأخير عن الوفاء به"

اما موقف المشرع المصري فلم يختلف عن موقف المشرع العراقي حيث اجاز للدائن اي المشتري الحصول على الشيء من ذات النوع وعلى نفقة المدين وهذا ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (205) التي جاء فيها " فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، او دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض ".

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه اشار إلى ذلك في الفقرة (1) من المادة (1142)[1]، من القانون المدني والتي جاء فيها " الطرف الذي لم ينفذ التزامه مطلقا، يمكن للطرف الاخر اجباره على تنفيذه ان كان ممكننا " اما الفقرة (4) من نفس المادة فأنها اشارت إلى التعويض عن عدم التنفيذ مساويا لقيمة الشي الذي لم يقوم المدين بتنفيذه والتي جاء فيها " عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلا جاز للدائن التنفيذ بنفسه والحكم على البائع بدفع قيمة الشيء "

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار إلى ذلك في المادة (166) من القانون المدني التي جاء فيها "... فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير الاخلال بحقه في التعويض".

ومن خلال ملاحظة النصوص القانونية اعلاه ان المشرعين الزموا البائع بنقل الملكية الشيء المباع للمشتري وكذلك ان يقوم البائع بكل ما يستلزم لتنفيذ الالتزام بنقل الملكية وفي ذات الامر الامتناع عن كل تصرف من شأن ان يؤخر عملية نقل الملكية[2].

وذات الامر بالنسبة للعقد الالكتروني فأن نقل الملكية بالنسبة للمبيع (السلع والبضائع) متوقف على طبيعة المبيع، وبما ان عقد خدمة التوصيل الذي يتم عن طريق المنصات الالكترونية ينصب بشكل كامل على المنقولات وهذا ما كرسه المشرع العراقي في المادة (1) من قانون حماية المستهلك

---

1 - نص المادة (1142) باللغة الفرنسية :

Art – 1142- 1,,l'autre partie peut ،La partie qui n'a jamais remplie son obligation l'obliger à l'exécuter si possible,,

Art – 1142 -4- ,,le créancier ، Lorsque l'exécution concrete deviant impossibl، peut procéder lui-même à l'exécution et condamner le vendeur à payer la valeur de la chose,,

2 - محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة بين القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1999، ص233.

والتي تنص على ان هذا القانون (يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتجارة الالكترونية للسلع والبضائع) ولذات الغرض يلاحظ نص المادة (1) من قانون حماية المستهلك المصري والمادة (1) من قانون الاستهلاك الفرنسي وكذلك المادة (3) من قانون حماية المستهلك الجزائري، ويتضح من خلال النصوص القانونية اعلاه ان محل التعامل بالعقود الالكترونية لا يخرج عن كونها أشياء ماديه واخرى غير مادية[1].

ومن خلال ما تقدم من نصوص قانونية يثور تساؤل وهو : في ضل استحداث المشرع العراقي لقانون حماية المستهلك وكذلك قانون التوقيع الالكتروني عن الية نقل ملكية المنقولات في عقد خدمة التوصيل ؟

الواقع ان المنقولات المادية هي السلع والبضائع المعروضة والمعلن عنها الكترونيا للتداول في الاسواق بصيغة عقد بيع الكتروني و ان اغلب عقود خدمة التوصيل المبرمة عبر المنصات الالكترونية مشتملة على سلع وبضائع هي سلع اساسية وضرورية لحياة المستهلك وهذه السلع لا تأخذ وصف المبيع الا اذا كانت ميزتها الطابع المادي الملموس.

وتختلف الية نقل هذه المنقولات بحسب ما اذا كانت معينة بالذات او بالنوع، وتبعا لذلك تختلف مسؤولية البائع تبعا لأخلاله بالالتزام بكل نوع من هذه الانواع.

أ- الاخلال بالالتزام بنقل ملكية السلع المعينة بالذات :

السلع المعينة بالذات يقصد بها (ان تكون لها صفات خاصة تعينها تعيينا ذاتيا، ولا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء)[2] لذلك فان ملكية المنقول المعين بالذات تنتقل إلى المستهلك من لحظة ابرام العقد بقوة القانون ولا تحتاج نقل الملكية ايه اجراءات اخرى، وعلى ضوء ما تقدم يكون المشتري هو المالك لتلك السلع بمجرد ابرام العقد حيث يكون له ان يتصرف بها كافة التصرفات القانونية، وان لم يتم التسليم او دفع الثمن وبصرف النظر عن مكان تواجد المبيع سواء كان في يد البائع او لدى الغير وكل هذا يفسر التزام البائع بتسليم المبيع[3]

هذا وحسب اعتقادنا يبرر موقف المستهلك عندما يتعاقد على شراء سلعة معينه ويتفق مع البائع على توصيلها في مكان معين، وقبل توصيل الطلب يغير المستهلك جهة توصيل الطلب، وهذا ما

1 - الاشياء تقسم إلى مادية واخرى غير مادية في العقود الالكترونية، فالمادية على سبيل المثال (المواد الكهربائية، المنزلية، الملبوسات، المأكولات... الخ) اما الغير مادية هي تلك التي ترسل وتسلم الكترونيا مثل البرامج الالكترونية والالعاب ومقاطع الصوت والفيديو وهي خارج اطار دراستنا.

2 - د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والايجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009، ص86.

3 - د. لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص290.

اكدته قواعد النظرية العامة للعقود ومنها المادة (247) من القانون المدني العراقي [1] والتي جاء فيها " الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم..."

وما يتميز به عقد البيع بالنسبة للمنقول المعين بذاته هو امكانية الطرفين الاتفاق على تاخير نقل الملكية لوقت لاحق في العقد، وكذلك يمكن تعليق الالتزامات على تحقق شرط كما لو اتفقا على تأجل دفع ثمن السلعة كما في عقد خدمة التوصيل عندما تباع سلع على نظام الاقساط الشهرية[2] وعلى سبيل المثال لو تعاقد مستهلك في عقد خدمة التوصيل عبر منصات الانترنيت وعلى سبيل المثال لو تعاقد شخص على شراء تمثال اثري فأنه يصبح مالكا له من لحظة ابرام العقد وحتى قبل استلام الطلب وله ان يتصرف به كبيعه لمشتري ثاني او يتنازل عنه لمشتري ثاني ويكون تصرف المشتري صحيح كونه تصرف في شيء يملكه.

ب- الاخلال بالالتزام بنقل ملكية السلع المعينة بنوعها :

السلع المعينة بنوعها هي من المثليات التي تختلط ببعضها ويقوم بعضها مقام البعض الاخر، وهذا ما جاء بنص الفقرة (1) من المادة (64) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " الاشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد او المقياس او الكيل او الوزن" [3] ومن خلال هذا النص يتبين ان الملكية بالنسبة للسلع المعينة بالنوع لا تنتقل بمجرد العقد[4]، لذلك لا بد ان يقوم البائع بفرز المبيع ومن هذا التاريخ تنتقل الملكية إلى المشتري[5] وتبعا لذلك لا يكتسب المشتري الا حقا شخصيا من خلاله يستطيع مطالبة البائع بالإفراز والتسليم [6]، والافراز هو من الاعمال المادية الضرورية لنقل ملكية السلعة المعينة بنوعها، واذا ما اخذنا على سبيل المثال في عقد خدمة التوصيل اذا تعاقد مستهلك على شراء قطعة من القماش معروضة على المنصة الالكترونية وهذا القماش معين بنوعية خاصة فملكية هذه القطعة من القماش تنتقل للمشتري بعد فرزها وبعد ان يقوم البائع بقص تلك القطعة المقدرة بالأمتار حسب الكمية المحددة بالطلب.

وفي كلتا الحالتين اذا لم يقوم البائع بنقل الملكية سواء كان المنقول معين بانوع او بالذات تقوم مسؤليته العقدية وهنا في هه الفرضية يمكن للمستهلك اجبار البائع على التنفيذ العيني للعقد وتسليم

1 - لذات الغرض ينظر المادة (204) من القانون المدني المصري، والمادة (165) من القانون المدني الجزائري
2 - د. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية، دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2006، ص63، د. قادة شهيده، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص47.
3 - لنفس الغرض يراجع المادة (85) من القانون المدني المصري، والمادة (529) من القانون المدني الفرنسي، والمادة(686) من القانون المدني الجزائري.
4 - حوحو يمنية، مصدر سابق، ص240.
5 - د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص87، د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص85.
6 - د. محمد حسين منصور، الاثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006. ص85.

المبيع الى المستهلك، او يصار الى التعويض[1]، كما في حالة لو تعاقد مستهلك مع البائع على شراء اله او مكينه ذات مواصفات خاصة وتوصيلها لمحل المستهلك في زمان ومكان محددين ثم اخل البائع يتنفيذ التزامه هنا تتحقق مسوؤلية البائع العقديه.

2- الاخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية

لم يضع المشرع العراقي نظاما موحدا لمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة من خلال توفر الوسائل التي تكفل الحماية الكاملة للمستهلك وسلامته من مخاطر تلك المنتجات[2]، وكذلك ان قواعد عقد البيع الخاصة بالعيب الخفي لا تكفي كأساس قانوني لهذا النوع من المسؤولية في عقد خدمة التوصيل التجاري، وما ينتج عن السلع والبضائع من اضرار تصيب المستهلك، لكن تناول ضمان العيب الخفي ب(13) مادة من (558 – 570) حيث اشار إلى وجود العيب الخفي الذي يوجب ضمان البائع وتحقق مسؤوليته والمستهلك بالخيار اما الرد او قبوله بالثمن المسمى او انقاص الثمن بقدر ما نقص من المبيع، حيث تنص المادة (558) بأنه " اذا ظهر عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى " ، والعيب القديم هو ما كان موجود في المبيع قبل العقد او ان يحدث العيب في المبيع وهو ما زال بيد البائع[3]، اما نقصان الثمن فأشارت اليه المادة (565) التي جاء فيها " يقدر نقصان الثمن بمعرفة ارباب الخبرة بأن يقوم المبيع سالما ثم يقوم معيبا وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان".

اما موقف المشرع المصري من مسؤولية البائع عن البيع الخفي فأنه احالها إلى القواعد العامة في القانون المدني وعلى اساس المسؤولية العقدية او التقصيرية[4]، وهذا ما اشارت اليه المواد (447-449) من القانون المدني.

---

1 - ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، عقد البيع، مصدر سابق، ص536،ص611.

2 - د. عقيل مجيد كاظم، مصدر سابق، ص121.

3 - د. سالم محمد دريعان العزاوي، مصدر سابق، ص186، د. عامر قاسم احمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ط1، ص110،

4 - لكن عند صدور قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999 اوضح هذا القانون قيام مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة، لكن هذا القانون هو الاخر لم يضع تعريف للمنتوجات التي تقوم مسؤولية المنتج عنها ومن خلال مراجعة النصوص القانونية نلاحظ ان المشرع اشار إلى المنتوجات الصناعية دون الزراعية، لكون الاخيرة هي من انتاج الطبيعة ولا توجد فيها مخاطر كما في المنقولات الصناعية، واشار ايضا إلى نوع الضرر الذي يلحق كل مستهلك بسبب العيب في المنتوج، كما نصت الفقرة (1) من المادة (67) من قانون التجارة المصري التي جاء فيها " يسأل منتج السلعة وموزعها قبل كل من يلحقه ضرر بدني او مادي يحدثه اذا اثبت هذا الشخص ان الضرر نشأ بسبب عيب في المنتج" اما الفقرة (2) من نفس المادة فقد جاء فيها " يكون المنتوج معيبا وعلى وجه الخصوص اذا لم تراعى في تصميمه او صنعه او تركيبه او اعداده للاستهلاك او حفظه او تعبئته او طريقة عرضه استعماله الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر او للتنبيه إلى احتمال وقوعه " .

اما موقف المشرع الفرنسي من العيب الخفي، قبل صدور قانون رقم (98-389) الخاص بالمنتجات المعيبة، كان القانون المدني الفرنسي هو المرجع لتحديد مسؤولية المنتج، ولكن كان اثبات خطا المنتج هل هو عقدي ام تقصيري يقع على عاتق المتضرر، لكن القضاء الفرنسي تحرر من تلك القاعدة من خلال نص المادة (1383) من القانون المدني[1]، التي وضعت اساس المسؤولية الموضوعية، حيث نصت المادة (1-1386) من قانون المسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة رقم (98-389) الصادر في 1998/5/19، والتي جاء فيها " يسأل المنتج عن الاضرار الناتجة عن منتوجاته المعيبة سواء ارتبط مع المضرور بعقد ام لا " ومن الملاحظ على النص انه اكد على مسؤولية المنتج وان لم يكن هنالك خطا اي ان المسؤولية هنا موضوعية اي مجرد وجود الضرر يوجب مسؤولية المنتج[2]، و للمضرور حق المطالبة بالتعويض.

اما موقف المشرع الجزائري من مسؤولية البائع فأنها كانت وفق المادة (124) من التقنين المدني تستوجب على المضرور اثبات ان الضرر الذي اصابه كان بسبب المنتجات المعيبة وهو خطا البائع، او حسب نص المادة (380) التي جاء فيها " اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخبر هذا الاخير في اجل مقبول عادة فان لم يفعل اعتبر راضيا بالبيع، غيرانه اذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال المادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب ان يخبر البائع بذلك والا اعتبر راضيا بالمبيع فيما فيه من عيوب " لكن بعد تعديل القانون المدني الجزائري اصبحت المسؤولية يمكن اثارتها حسب نص المادة (140) مكرر جديدة التي جاء فيها " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية " [3]، ومن خلال مراجعة النصوص نلاحظ ان المشرع الجزائري يقيم المسؤولية على اعتبار موضوعي وليس شخصي، اي على اعتبار الضرر وهو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي من توفير اكبر قدر ممكن لحماية المستهلك من غش البائع.

---

1 - du code civil francais:" chacun est responsible du dommage qu، Art- 1383,,il a cause non seulement par son fait mais en core par sa negligence ou par son imprudence ,,

2 - وهذا ما ذهب اليه التوجه الاوربي حيث اعتبر مسؤولية المنتج قائمة على اساس موضوعي، وهو عدم الحاجة لأثبات الخطأ الشخصي للمنتج من قبل المتضرر، كما انه اشار إلى نسبية اثر العقد حيث يمكن لغير المتعاقدين طلب التعويض عن ما يلحقهم من ضرر بسبب العيب في المنتوج، كما اشار إلى ان قواعد المسؤولية الموضوعية متعلقة بالنظام العام كما انها تختلف عن كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية اي انها مسؤولية ذات نظام خاص، ينظر ايضا د. عقيل مجيد كاظم السعدي، مصدر سابق، ص120 وما بعدها.

3 - د. علي بو لحية، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2001، ص 91 وما بعدها

اما حالات سقوط ضمان البائع للعيوب الخفية

يسقط ضمان البائع للعيوب الخفية في حالات متعددة، منها ما نص عليها القانون[1] ومنها ما هو متفق عليه بين طرفي عقد خدمة التوصيل والحالات يمكن ايجازها على شكل نقاط وكما يلي :

أ- **تصرف المشتري بالمبيع**

اذا تصرف المستهلك بالمبيع مع علمه او اكتشافه للعيب الموجود بالمبيع[2] هنا يسقط ضمان البائع وهذا ما اشارت اليه المادة (566) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره "[3].

ب- **اتفاق البائع مع المشتري على عدم مسؤوليته عن العيوب الخفية**

وهنا ميز المشرع العراقي بين حالتين ان تم الاتفاق على براءة البائع من العيوب في المبيع وقت البيع ام براءته من جميع العيوب وقت البيع وبعد تسليم المبيع، حيث جعل في الحالة الاولى بقاء ضمان البائع للعيب الخفي من لحظة ابرام العقد لغاية تسلم المشتري للمبيع، اما الحالة الثانية فقد اسقط فيها ضمان البائع للعيوب من لحظة الابرام وحتى ما بعد الاستلام، وهذا ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (567) مدني عراقي التي جاء فيها " 2- اذا اشترط البائع براءته من كل عيب، او براءته من كل عيب موجود بالمبيع صح البيع والشروط وان لم يسم العيوب، ولكن في الحالة الاولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث ".

اما موقف المشرع الجزائري فأنه لم ينص على حالات سقوط الخيار كما اشار اليها المشرع العراقي، بل احالها إلى القواعد العامة.

اما موقف المشرع المصري فانه اجاز صحة سقوط الضمان اذا كان هنالك اتفاق ما بين طرفي العقد شريطة ان لا يكون هنالك غش او تعمد اخفاء العيب من قبل البائع، وهذا ما نصت عليه المادة (453) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في الضمان او ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان، على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب في المبيع غشا منه ".

---

1 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص255.

2 - د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص176.

3 - لا توجد اي مادة في القوانين المقارنة اشارت اشارة صريحة وواضحة كما نص المشرع العراقي بسقوط ضمان العيب الخفي لذلك ينظر المادة (447) الفقرة (2) وكذلك الفقرة (1) من المادة (449) من التقنيين المدني المصري، وينظر كذلك المادة (1642) من القانون المدني الفرنسي، وينظر كذلك المادة (380) من القانون المدني الجزائري.

ج- تنازل المشتري عن حقه في الضمان

اشارت الفقرة (1) من المادة (567) من القانون المدني العراقي اذا ذكر البائع للمشتري بعقد البيع عن وجود العيب في المنتوج ومع ذلك استمر المشتري بأبرام العقد فهذا يعتبر موافقة منه على وجود ذلك العيب في المنتوج وهنا يسقط حق المشتري بالضمان[1] ، وهذا ما نصت عليه المادة اعلاه والتي جاء فيها "1- اذا ذكر البائع ان في المبيع عيبا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى وله رده بعيب اخر"

اما المشرع المصري فلم يكن واضح كما هو المشرع العراقي حيث اعتبر عدم اخطار البائع بالعيب قبول للمبيع ولم يشير إلى شرط او اتفاق على عدم مسؤولية البائع في العقد ولم يشير إلى سبب عدم الاخطار ان كان بإرادته او بسبب قوة قاهرة[2]، وهذا ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (449) من التقنين المصري التي جاء فيها " 1- اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد ان يتمكن من ذلك، وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معقوله، فأن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع ".

اما موقف المشرع الجزائري فأنه لم يختلف عن موقف المشرع المصري ولم يأت بشيء مغاير، حيث لم يوضح ايضا الاتفاق على اعفاء البائع من مسؤوليته عن ضمان العيب الخفي، وهذا ما نصت عليه المادة (380) من القانون المدني التي جاء فيها " اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك، حسب قواعد التعامل الجارية، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخبر هذا الاخير في اجل مقبول، فأن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع ".

اما مسؤولية البائع في عقد خدمة التوصيل التجاري ومن خلال قراءة النصوص القانونية السالفة الذكر وتماشيا مع الواقع التجاري والتطور التكنلوجي و العولمة التي انبثق منها عقد خدمة التوصيل يرى الباحث ان مسؤولية المنتج عن العيب في المنتجات يتقرر وفق المسؤولية الموضوعية التي لا تتطلب من المضرور اثبات الخطأ من قبل المنتج اي سواء كان الخطأ بفعله او بسبب قوة خارجية اخرى ساهمت بحدوث العيب.

ولا نكتفي بهذا القدر بل نذهب إلى ابعد من ذلك حيث ان مسؤولية البائع تتقرر وان لم يكن هنالك عيب في المبيع حيث ان مسؤوليته يمكن ان تقوم في حالة ما اذا كان غير موافق او مطابق للمواصفات والالتزام بالمطابقة نصت عليه التشريعات الحديثة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية ورتبت على تخلفه مسؤولية البائع او المنتج التي تم الاتفاق عليها في العقد فهذا بحد ذاته يعتبر

1 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص256.
2 - د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص357.

عيب ويوجب مسؤولية المنتج وهنا يكون المستهلك بالخيار اما القبول بالثمن المسمى للمنقول او رده والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى وهذا حسب ما نصت عليه المادة (558) من التقنيين المدني العراقي سالفة الذكر[1] .

وانفرد المشرع الجزائري بذكر عدم المطابقة في المادة (23) من قانون التجارة الالكترونية [2] والتي جاء فيها " يجب على المورد الالكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية او في حالة ما اذا كان المنتوج معيب، يجب على المستهلك الالكتروني اعادة ارسال السلعة في غلافها الاصلي خلال مدة اقصاها (4) ايام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج مع الاشارة إلى سبب الرفض وتكون تكاليف اعادة الارسال على عاتق المورد الالكتروني"

نلاحظ ان المشرع الجزائري اشار إلى فترة اعادة السلع وحددها بفترة (4) ايام وهذه الفترة في الواقع ممكن اعادة السلعة خلالها اذا كان العقد داخلي، ولم يبين الفترة فيما اذا كان العقد الالكتروني هو عقد دولي.

ونظرا لأهمية هذه المادة نقترح على المشرع العراقي تبني موقف المشرع الجزائري في هذا الخصوص من خلال النص على عدم المطابقة في المنتوج وتنظيمها في قانون حماية المستهلك من خلال افراد مادة خاصة في الفصل الثالث (حقوق المستهلك) المادة (6) اولآ، وتحديد فترة اعادة السلعة الغير مطابقة او المعيبة ان كان العقد داخلي او دولي، ونقترح النص الاتي (يجب على المجهز الالكتروني استعادة السلعة الغير مطابقة للعقد وعلى نفقته الخاصة خلال (3) ايام ان كان العقد داخلي وخلال (15) ان كان العقد خارجي بشرط ان تكون بذات الشكل الذي تسلمه المستهلك).

(3) الاخلال بالالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

ان البائع مسؤول عن ضمان التعرض والاستحقاق الكلي والجزئي[3] للمبيع كما انه يضمن التعرض الصادر منه سواء كان ماديا او قانونيا، وكذلك التعرض القانوني الصادر من الغير دون التعرض المادي، وتثار هنا مسؤوليته العقدية عند اخلاله بهذا الالتزام الا اننا سنشير اليه بشيء من الايجاز، حيث ان مسؤولية البائع هنا تنتقل إلى الخلف العام حسب الفقرة (1) من المادة (142) من

1 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص223.
2 - لذات الغرض مراجعة المادة (ق 121-20) من قانون الاستهلاك الفرنسي، لكنه حدد مدة (7) ايام عمل فقط.
3 - د. احمد عبد العال ابو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ط3، ص379.

القانون المدني العراقي، حيث ان الجزاء الذي يفرض على البائع ان كان تعرض قانوني هو رد الدعوى لان البائع ضامن والضمان والاسترداد لا يجتمعان[1]، اما اذا كان التعرض الصادر منه ماديا هنا يحكم عليه بإيقاف التعرض وتعويض المشتري عما لحقه من ضرر، اما اذا كان التعرض القانوني[2] صادر من الغير هنا تثبت مسؤولية البائع لكن نفرق بين ما اذا كان البائع حسن النية ولا يعلم بالاستحقاق وقت البيع ام كان البائع سيء النية ويعلم بالاستحقاق وقت البيع، حيث اجابت المادة (554) من القانون المدني العراقي على ذلك بفقرتيها الاولى والثانية والتي جاء فيها " 1- اذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع او زادت)(2- اما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي انفقها على المبيع، وان يطلب تعويضا عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع"، وهذا موقف واضح وصريح من قبل المشرع العراقي.

اما موقف المشرع المصري فانه اشار إلى مسؤولية البائع عن التعرض والاستحقاق بنص المادة (443) من القانون المدني التي جاء فيها " اذا استحق المبيع كان للمشتري ان يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت " ، حيث اشار المشرع المصري من خلال المادة اعلاه بيان تفصيلي عن كل عناصر التعويض عند استحقاق المبيع بناء على دعوى الضمان.

اما المشرع الفرنسي فأنه اشار إلى ذلك بنص المادة (1630)[3]، من التقنين المدني التي بينت حق المشتري بمطالبة البائع بقيمة المبيع والمصاريف سواء كانت كمالية او كانت بسبب دعوى الضمان وكذلك التعويض عما لحق المشتري من ضرر، والتي جاء فيها " عندما يعد البائع بالضمان او لم يتم اشتراط اي شيء بهذا الصدد يحق للمشتري الذي نزع منه المبيع ان يطالب برد الثمن والتعويض..."

اما موقف المشرع الجزائري فانه اشار إلى حق المشتري عند استحقاق المبيع مطالبة البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق وليس وقت البيع، وكذلك مطالبته بالمصاريف النافعة ومصاريف دعوى الاستحقاق وهذا ما جاءت به المادة (375) من القانون المدني.

---

1 - د. كمال ثروت الونداوي، مصدر سابق، ص175.
2 - د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص303.
3 - نص المادة (1630) باللغة الفرنسية :
Art – 1630,,Lorsque le vendeur promote une garantie ou que rien n'est stipulé à cut égard، l'acheteur equal les biens ont été expropriés a le droit d'exiger le remboursement du prix et une indemnité,,

اما مسؤولية البائع في عقد خدمة التوصيل في حالة استحقاق المبيع بيد المستهلك فهي لا تكون بهذا التفصيل الذي يذهب اليه القانون المدني الخاص بعقد البيع، حيث ان عقد خدمة التوصيل ينصب بالدرجة الاساس على توصيل طلبات لمنقولات يسهل حملها ونقلها وتسليمها إلى المستهلك وهي بالأغلب اشياء قابلة للاستهلاك فلا يتصور ان يكون هنالك تعرض واستحقاق الا في حالات خاصة كما في السيارات او الآلات الميكانيكية او الكهربائية وان حدث وتم استحقاق المبيع بيد المستهلك ان كان البائع حسن النية فللمستهلك مطالبة البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق والمصروفات النافعة التي اجراها على المبيع، وان كان البائع سيء النية فللمستهلك المطالبة اضافة لما تقدم بالتعويض عما لحقه من ضرر او ما فاته من كسب.

ثانيا : الضرر

الضرر قد يكون مادي او ادبي[1]، يصيب المستهلك، وما يهمنا هنا خلال هذه الدراسة هو الضرر المادي الذي يصيب المستهلك في ماله[2] او جسده، ونستبعد الضرر الادبي من نطاق البحث، والضرر قد يكون حالا او مستقبلي اما الضرر المحتمل فنستبعده من نطاق البحث ايضا.

وهنا يثار التساؤل التالي هل تتحقق مسؤولية البائع في عقد خدمة التوصيل بجميع حالات الضرر؟
هذا ما سوف نبحثه مع بيان موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة في جزئيتين على النحو الاتي

(1) الضرر الحال

هو الضرر الذي يقع فعلا والتعويض الذي يترتب على البائع يكون عند وقوع الضرر الحال[3] واما اذا لم يقع الضرر فليس هنالك مسوغ للتعويض عنه، وهذا ما اشارت اليه المادة (186) من القانون المدني العراقي وكذلك ما اشارت اليه المادة (224) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (1231) من القانون المدني الفرنسي، كذلك المادة (124) من القانون المدني الجزائري وهذا النوع من الضرر يسأل عنه البائع وتتحقق مسؤوليته تجاه المستهلك، ونأخذ حالة على سبيل المثال في عقد خدمة التوصيل، فلو تعاقد صاحب قاعة مناسبات مع صاحب مطعم على شراء وتوصيل وجبات سريعة للضيوف الذين حجزوا القاعة وبسبب عدم التجهيز الغي حجز القاعة وهنا في هذه الفرضية قد لحق صاحب القاعة ضرر حال بسبب تلكى البائع وسبب له ضرر يستحق معه التعويض.

1 - د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص178.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص680.

(2) الضرر المستقبلي

قد لا يقع الضرر حالا ولكن وقوعه محقق مستقبلا كما لو زود البائع المستهلك بمواد غير منتهية الصلاحية لكن فترة انتهائها قريبة وهذه الفترة تتعارض مع طبيعة عمل المستهلك ان كان مهني ويجري على هذه المواد عمليات تصنيع على سبيل المثال، هنا ايضا تثار مسؤولية البائع تجاه المستهلك في عقد خدمة التوصيل، وعلى البائع ان يراعي طريقة التخزين بالنسبة للسلع وحفضها في اماكن خاصة وصالحة للحفظ وتحسبا من ان يتسبب سوء الخزن بتلف السلع والبضائع بمواد لا تظهر اسبابها الا بعد فترة من التسليم، وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي عند بحث شروط الضرر، ان يكون الضرر محققا سواء كان حالا او مستقبلا[1]، وناخذ على سبيل المثال لو طلب مستهلك وجبه طعام من احد المطاعم (دلفري) وقام البائع صاحب المطعم بتجهيز الوجبة وارسالها للمستهلك عن طريق مندوب التوصيل وبعد تناول الوجبة تسمم المستهلك او احد افراد عائلته بسبب فساد الطعام وهنا الضرر واقع سواء كان التقصير بسبب صاحب المطعم[2] كون المواد المستعمله لاعداد الطعام غير صحية كأن تكون فاسده من الاصل، ويسأل المندوب ايضا امام المستهلك والبائع لأحتمال ان يكون سبب فساد الطعام يرجع الى خطاء المندوب بطريقة التوصيل كأن لم يحفظ الطلب جيدا وتركه معرضا للاتربة او يكون صندوق نقل الوجبات يحتوي داخله على جراثيم او فطريات اثر بقاء اجزاء من طعام اخر تجمعت عليها الفطريات والعفن، والى غير ذلك من الاسباب.

الفرع الثاني

مسؤولية مندوب التوصيل

المندوب هو شخص طبيعي يعمل لدى البائع وقد يكون تابع له، او يكون شخص مستقل عن البائع وتتحقق مسؤوليته تجاه المستهلك اذا لم يقم بتنفيذ التزامه الرئيسي وهو توصيل الطلب إلى طبقا لما اشتمل عليه العقد، كما تقوم مسؤولية المندوب تجاه البائع اذا كان تابعا له او عامل يعمل لديه وهذه المسؤولية نتناولها في مسؤولية التابع عن عمل تابعيه، وعليه سنقسم هذا الفرع إلى جزئيتين

حيث تتحقق مسؤولية مندوب التوصيل تجاه البائع والمشتري باعتباره حلقة الوصل بين الطرفين. ففيما يتعلق بمسؤوليته تجاه البائع فهي تختلف بحسب طبيعة العلاقة التعاقدية التي تربط بينهما وفيما اذا كان المندوب شخص تابع للبائع ام كونه شخص مستقل يتعاقد معه لتوصيل الطلبات إلى المشترين

1 - د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص213.
2 - ينظر د. ندى البدوي النجار، أحكام المسؤلية، مصدر سابق، ص194.

وبغض النظر عما اذا كان شخص طبيعي يصطلح عليه مندوب توصيل او شخص معنوي يتخذ شكل شركة توصيل.

فاذا كان المندوب يعمل تحت اشراف وتوجيه البائع فان البائع يكون هو المسؤول عنه، اما اذا كان شخص مستقل فان القانون لم ينظم احكام مسؤولية مندوب التوصيل ويمكن الرجوع لأحكام مسؤولية الناقل بقدر تعلق الامر بتوصيل الطلبات من هنا فأننا سنبحث مسؤولية مندوب التوصيل ضمن فرضيتين الأولى كونه تابع للبائع والثانية كونه شخص مستقل ضمن فقرتين على النحو الاتي :

اولا- باعتباره تابع للبائع

لابد لقيام مسؤولية التابع عن عمل تابعيه ان تكون هنالك رابطة تعاقدية بينهم، ويجب ان يكون الخطأ المرتكب بسبب الوظيفة الموكلة له وخلال فترة عمله فيها، اي ان الضرر الذي يصيب المستهلك هو من خلال اداء العمل الوظيفي وهذه هي المسؤولية التي يتحملها البائع عن خطا المندوب في عقد خدمة التوصيل التجاري، اما الخطأ الذي يصدر من المندوب خارج اوقات عمل وظيفته فالبائع غير مسؤول عنها

وقد اشار المشرع العراقي بنص المادة (219) الفقرة (1) من القانون المدني إلى انه : " ... وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم " ، ويذهب جانب من الفقه إلى ان المشرع العراقي يعاني من ضعف في الصياغة التشريعية في هذا الخصوص [1].

وبحسب تقديرنا ان هذا خلل تشريعي على المشرع العراقي تداركه وتظمين قانون حماية المستهلك نص خاص يحدد مسؤولية البائع عن اخطاء الاشخاص التابعين له وتحديد العقوبة التي تترتب على الاخلال بتنفيذ التزاماتهم ونقترح على المشرع النص الاتي (البائع الشخص الطبيعي او المعنوي مسؤول عن ضرر يسببه تابعيه من العمال والمندوبين للمستهلك اثناء تأدية وظيفتهم او بسببها)

اما موقف المشرع المصري فأنه نص بالمادة (174) من القانون المدني بفقرتها (1) إلى مسؤولية التابع عن عمل المتبوع والتي جاء فيها "1- يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته او بسببها " ، ومن خلال ملاحظة النصوص أعلاه يلاحظ ان المشرع العراقي لم ينص صراحة على مسؤولية التابع عن الضرر الذي

1 - د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص361.

يحدثه المتبوع كما فعل المشرع المصري في اقرار هذه المسؤولية[1] بشكل واضح وصريح واشار إلى توسعه دائرة الاعمال التي يسأل عنها التابع في حالة تأدية الوظيفة او بسببها.

اما المشرع الفرنسي فأنه نظم هذا الامر في المادة (219) بفقراتها الكاملة من قانون الاستهلاك.

اما المشرع الجزائري فأنه نص على مسؤولية التابع عن عمل المتبوع اذا كان ضمن اداء العمل الوظيفي[2] او بسببه وهذا ما نصت عليه المادة (136) من القانون المدني التي جاء فيها " المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته او بسببها ".

اما شروط قيام هذه المسؤولية فهي شرطان تتمثل في الاتي :

الشرط الاول : وجود علاقة تبيعيه بين التابع ومن احدث الضرر اي المتبوع[3]، لم ينص المشرع العراقي على هذه العلاقة وعلى الرغم من ان الفقرة (1) من المادة (219) من القانون المدني العراقي لم تشير بشكل مفصل إلى تلك العلاقة التبعية مثل ما ذهب المشرع المصري في الفقرة (2) من المادة (174) التي جاء فيها " 2- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه في رقابته وفي توجيهه "، وهو نص واضح لوجوب توفر سلطة فعليه للمتبوع [4]على تصرفات تابعه والتزامه بأوامره وتوجيهاته، حيث تنهض هذه العلاقة من خلال السلطة الفعلية للمتبوع على التابع وهذه السلطة تمنحه الرقابة عليه وتوجهه[5].

الشرط الثاني : هو صدور خطا من التابع، وهنا تتحقق مسؤولية المتبوع لكنها مقرونه بارتكاب الخطأ من التابع، فعلى سبيل المثال ان كان طلب المستهلك مادة غذائية سريعة التلف وكان قد حدد وقت لوصول الطلبية ولكن المندوب تأخر بتوصيل الطلب بخطأ منه ولم تكن هنالك قوة قاهرة او سبب مقنع للتأخير وكانت المادة قد بدأت بالفساد وهنا المندوب سبب ضرر للمستهلك سواء كان الضررمادي وهو تفويت فرصة الربح ان كان المستهلك بائع تجزئه، او يسبب للمستهلك ضرر معنوي التي تتمثل بالسمعة التجارية ان كان المستهلك في عقد خدمة التوصيل هو مستهلك حرفي يقوم بأعادة التصنيع بالنسبة للسلع او البضائع كما لو كان المستهلك خياطا او نجارا، وهنا تنهض

1 - د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص509.
2 - د. بو دالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر،2005، ص23.
3 - د. ندى البدوي النجار، مصدر سابق، ص431.
4 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص1013.
5 - د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص580 وما بعدها.

مسؤولية المتبوع ايضآ وصدور الخطأ من التابع اثناء تأديته لوظيفته او بسببها واثناء اداء عمله[1]، وهذا الشرط عبرت عنه التشريعات بتسميات مختلفة، فالمشرع العراقي عبر عنه (قيام المستخدم بخدمة متبوعه) اما المشرع المصري فعبر عنه (اثناء اداء وظيفته او بسببها)

اما في عقد خدمة التوصيل فأن للمستهلك الرجوع على البائع الذي ابرم معه العقد الاصلي وكما قدمنا ان المسؤولية في هذا العقد هي مسؤولية عقدية وليس مسؤولية تقصيرية، وان اي خطا يثبت ان المندوب قام به من خلال اداء وظيفته يتحمله البائع في الاصل ويرجع البائع على المندوب بما انفقه من تعويض إلى المستهلك جراء الضرر الذي لحق به[2] وهذا ما اشارت اليه المادة (220) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه ".

ثانيا: مسؤولية المندوب باعتباره شخص مستقل

لم يورد المشرع العراقي نصا خاصا يقرر فيه الجزاء الذي يترتب على اخلال المندوب بالتسليم بل احالها إلى حكم القواعد العامة، بسبب الانتقادات التي وجهت للتشريعات الاخرى التي اعادت تكرار القواعد العامة في نصوص خاصة كما فعل المشرع الفرنسي[3].

وبالرجوع إلى التقنين المدني العراقي في الفقرة (1) من المادة (177) التي جاء فيها " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى " وتشير المادة إلى ان المشتري بالخيار اما طلب التنفيذ العيني[4] ان كان ممكننا او طلب فسخ العقد، ولا يرغب المشتري بطلب التنفيذ العيني غالبا على الرغم من امكان تنفيذه بل يلجا إلى فسخ العقد[5].

اما المشرع المصري فانه أشار إلى ذلك وهذا ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (256) من القانون المدني التي جاء فيها " يجبر المدين بعد اعذراه طبقا للمادتين 219-220 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا " [6].

اما المشرع الفرنسي فانه نظم ذلك وفق المادتين (1610- 1611) من القانون المدني حيث اشار إلى امكانية المشتري بطلب التنفيذ العيني ان كان ممكنا، وكذلك الفسخ مع طلب التعويض ان

1 - د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص362.
2 - د. عبد المجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق، ص267، - د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، بدون دار نشر، بغداد، 1955، ص428.
3 - د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص254.
4 - د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص150.
5 - د. كمال ثروت، مصدر سابق، ص168.
6 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص529.

كان له مقتضى وهذا ما نصت عليه المادة (1611) والتي جاء فيها " في جميع الاحوال يجب ان يأمر البائع بدفع تعويضات اذا نتج عنه ضرر للمشتري عن عدم التسليم على المدى المتفق عليه"[1].

اما المشرع الجزائري فانه اشار بشكل ضمني إلى الجزاء المترتب على البائع عند عدم التسليم بسبب الهلاك ولم يشير إلى الحالات الاخرى التي تكون سبب بعدم تنفيذ الالتزام حسب نص المادة (369) من القانون المدني التي جاء فيها " اذا هلك المبيع قبل تسلمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، الا اذا وقع الهلاك بعد اعذار المشتري بتسلم المبيع"

اما في عقد خدمة التوصيل فأن اخلال المندوب بتنفيذ التزامه يعطي الحق للمستهلك بحبس الثمن والمطالبة بفسخ العقد وله ايضا ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب عدم التسليم او التأخير في ميعاده؛ لان التسليم هو التزام بتحقيق نتيجة وعدم التسليم سواء كان بخطأ شخصي او لسبب اجنبي، كما لو كان المبيع سلع وبضائع قل ثمنها بسبب التأخير بالتسليم وكان المستهلك المهني قد تعاقد على بيعها بسعر اعلى مما عليه اليوم، لذلك تتحقق مسؤولية المندوب امام البائع و المستهلك بسبب عدم تنفيذه لالتزامه بتسليم المبيع في الوقت المحدد له وهنا يمكن للمستهلك الرجوع ايضا على البائع ان كان البائع هو من تعاقد من المندوب المستقل لتوصيل الطلب ويحق للمستهلك كما اسلفنا حبس الثمن والمطالبة بالتعويض، اما ان كان المستهلك هو من تعاقد مع المندوب المستقل فلا تقوم مسؤولية البائع في هذا الفرض بل يكون المندوب مسؤول امام المستهلك فقط عن خطاءه العقدي وهنا ندعو المشرع العراقي لتضمين قانون حماية المستهلك فقرة يشير فيها الى مسؤولية المندوب الشخص المستقل وتعويض المستهلك عن الضرر.

---

1 - نص المادتين (1610-1611) باللغة الفرنسية :

Art-1610,,Si le vendeur manqué à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties، l'acquéreur pourra، à son choux، demander la résolution de la vente,,، ou sa mise en possession، si le retard ne vient que du fait du vendeur

Art-1611,,le vendeur doit être condamné aux dommages et ،Dans tous les cas du défaut de délivrance au ، s'il résulte un préjudice pour l'acquéreur،intérêts terme convenu,,

الفرع الثالث

مسؤولية المشتري

تثار مسؤولية المستهلك عندما يخل بالالتزام الملقى على عاتقه، والالتزامات التي يجب القيام بها من قبل المستهلك في عقد خدمة التوصيل هي الالتزام بتسلم المبيع ودفع اثمن وعند امتناعه عن اداء هذه الالتزامات تتحقق مسؤوليته تجاه البائع. ونتسأل هنا ما هو الجزاء المترتب على المستهلك ان اخل بتنفيذ التزاماته ؟ وللإجابة على هذا السؤال

لابد ان نشير إلى موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة وذلك من خلال تقسيم هذه الجزئية إلى نقطتين نبين في النقطة الأولى مسؤولية المستهلك عن عدم استلام المبيع ثم نتطرق بالنقطة الثانية إلى مسؤوليته عن عدم دفع الثمن على النحو الاتي :

أولا : عدم تسلم المبيع

يعتبر المستهلك مخلا بالتزامه عند الامتناع عن تسلم المبيع في الزمان والمكان المحدد في العقد، والبائع هنا مخيرا بين التنفيذ العيني او طلب الفسخ مع التعويض[1].

لم ينظم المشرع العراقي نصا خاصا بالجزاء المفروض على المشتري عند تخلفه عن استلام المبيع بل احالها إلى القواعد العامة التي تشير إلى حق البائع بالمطالبة بالتنفيذ العيني باستلام المبيع او فسخ العقد والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى[2].

اما موقف القوانين المقارنة فأنها ايضا لم تنظم نصوص خاصة بالجزاء المفروض على المشتري في حالة تخلفه عن التزامه باستلام المبيع[3]، وانها اشارت إلى حق البائع بالمطالبة بالتنفيذ العيني بالاستلام خاصة ان كان المبيع عبارة عن مواد قابلة للاستهلاك والتلف او المطالبة بالفسخ والتعويض عما اصاب البائع من ضرر.

و تقوم مسؤولية المستهلك في عقد خدمة التوصيل والتي تتعلق بالالتزام بتسلم المبيع في عدة فروض ومنها : اعطاء عنوان وهمي او غير حقيقي للمندوب مما يعرضه للضرر والمتمثل بقطع

---

1 - د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص154.
2 - د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص375، ينظر المادة (586) الفقرة (1) المشار اليها سلفا " 1- يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد مادام المبيع قد عرض عليه وفقا للشروط المتفق عليها".
3 - د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص194.

مسافات تترتب عليها خسائر مادية من استخدام وسائل النقل والوقود وكذلك ضياع الوقت والجهد للوصول إلى عنوان المشتري الوهمي، وكذلك قيام المستهلك بغلق جهاز الهاتف بعد حجز الطلب وتسليمه من البائع إلى المندوب لغرض توصيله إلى المشتري مما يتعذر معه اتمام العقد وهذه الحالات كثيرة في الواقع العملي .

لكن يبقى السؤال قائم ماهو الحكم عندما لايقوم المستهلك باستلام الطلب؟ وهل يجوز اجبار المستهلك على أستلام المبيع الذي تم الاتفاق على شراءه عبر المنصة الالكترونية ؟

عندما ينشأ العقد الالكتروني بصورة عامة وعقد خدمة التوصيل بصورة خاصة تبعا للقواعد التي اشرنا اليها فتترتب اثار وهي عبارة عن التزامات متبادلة في ذمة طرفي العقد البائع والمشتري، ونظمتها التشريعات بأحكام خاصة سواء في نظرية العقد او في احكام عقد البيع او في قواعد صدرت خصيصا لهذا النوع من العقود ومنها قوانين التجارة الالكترونية او قوانين التوقيع الالكتروني او قوانين حماية المستهلك التي تحدد احكام علاقة البائع بالمستهلك، ولا نجافي الحقيقية اذا ما قلنا ان التطور التكنلوجي له الاثر الواضح على الاحكام التقليدية في تنفيذ العقود حيث عالجت التشريعات عدة مسائل ومنها التسليم وخدمات ما بعد البيع، لكن على الرغم من المعالجات الفقهية والتشريعية الا ان مسألة عدم استلام المشتري للطلب تكاد تكون معدومه، لذلك نحاول من خلال هذه الدراسة معالجة هذا الخلل وتوضيحه من اجل بناء الثقة والامان في العقود الالكترونية وخاصة عقد خدمة التوصيل الذي نحن بصدده.

لذلك نرى وحسب اعتقادنا ان التعاقد الالكتروني اذا ماتم عن طريق البطاقات الالكترونية البنكية التي اشرنا اليها سابقا، وهي بطاقات تعريفية خاصة بكل مستهلك من خلال رقم او كود خاص لكل بطاقة وتحمل شريحة الكترونية مثبت عليها كل بيانات المستهلك وكذلك يمكن من خلالها معرفة الرصيد المالي لهذا الاخير، وهنا سيكون المشتري مضطر إلى استلام الطلب والا تقوم مسؤوليته عن اخلاله بهذا الالتزام وكذلك تعويض البائع عن الاضرار التي لحقته جراء هذا الامتناع، ويستطيع البائع اجبار المستهلك على الاستلام ودفع الثمن من خلال القضاء.

ومن هنا ندعوا المشرع العراقي للنص في قانون حماية المستهلك على التزامات المستهلك بشكل مفصل وصريح كما اشار في الفصل الثالث المادة (6) اولا لحقوق المستهلك، واشار في الفصل الخامس المادة (9) إلى المحضورات على المجهز والمعلن حماية للمستهلك، وكان على المشرع ان ينظر من باب تحقيق العدل والمساوات التي اشار اليها في الاسباب الموجبة لاصدار القانون، ان ينظر من جهة اخرى مراعيا مصالح البائع هو ايظا، وتظمين الفصل الخامس من القانون في المادة

(9) فقرة تقتضي بالزام المستهلك استلام الطلب والا تقوم مسؤوليه امام البائع ويكون النص كالاتي (يحضر على المستهلك الشخص الطبيعي او المعنوي عدم استلام المبيع المتفق عليه في العقد والا قامت مسؤوليته وتعويض البائع عن اي ضرر كان، مالم يكن هنالك سبب مشروع يمنعه من استلام المبيع)

ثانيا- عدم تسليم الثمن

يمتنع المستهلك عن دفع الثمن في حالات عده ومنها اذا كان المبيع غيرمتوافق مع ما تم التعاقد عليه، او كان المبيع فيه عيب، او ان المستهلك اصلا لا يريد ان يتسلم المبيع ويتنصل عن تنفيذ التزامه ليس لسبب في المبيع بقدر ما يريده المستهلك من الحاق الضرر بالبائع.

نظم المشرع العراقي حكم خاص لحق البائع اذا تخلف المشتري عن دفع ثمن المبيع كما جاء في نص الفقرة (1) من المادة (577) من القانون المدني حيث اعطى الحق للبائع بحبس المبيع عن المشتري لحين استيفاء ثمنه بالكامل هذا اذا كان المباع بثمن معجل، اما اذا دفع المشتري جزء من الثمن كان للبائع الحق باسترجاع الاشياء المباعة التي لم يتم دفع قيمتها، وكذلك اشار المشرع إلى امكانية تقسيط الثمن او تأجيله وهنا لا يكون للبائع حق حبس المبيع[1].

اما موقف المشرع المصري فانه نظم حكم خاص لحالة تخلف المشتري عن دفع الثمن للبائع وهذا ما جاء بنص المادة (459) من القانون المدني التي جاء فيها " 1- اذا كان الثمن كله او بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا او كفالة)(2- وكذلك يجوز للبائع ان يحبس المبيع ولو لم يحل الاجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشتري طبقا لأحكام المادة 273" [2].

اما موقف المشرع الجزائري فأنه لم يختلف عن حكم القانون المدني المصري حيث اشار إلى حق البائع بحبس المبيع لحين استيفاء الثمن وان قدم المشتري رهنا، وهذا ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (390) من التقنين المدني التي جاء فيها "1- اذا كان تعجيل الثمن كله او بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع ان يمسك المبيع الا ان يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا او كفالة...". اما قانون التجارة الالكترونية الجزائري فأنه اشار إلى التزام المستهلك بدفع الثمن ولم يشير إلى جزاء مخالفة دفع الثمن من قبل المستهلك وهذا ما ورد في نص المادة (16) والتي جاء فيها " ما لم ينص العقد الالكتروني على خلاف ذلك يلتزم المستهلك الالكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد بمجرد ابرامه "

1 - د. كمال ثروت، مصدر سابق، ص284.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص704.

وحسب تصورنا في هذه الجزئية هنالك نقص تشريعي واضح ويجب تداركه من قبل المشرع العراقي والنص على تحديد مسؤولية المستهلك بسبب عدم دفع الثمن وتحديد العقوبة له، ونقترح على المشرع العراقي تضمين قانون حماية المستهلك النص التالي لحين صدور قانون التجارة الالكترونية لغرض مواكبة التطور العالمي والعربي في هذا المجال واكتمال المنظومة التشريعية العراقية والنص المقترح هو (يلتزم المستهلك الالكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد، وبخلافه يعد مسؤولا عن اي ضرر يصيب البائع اذا لم يثبت ان المانع هو سبب اجنبي او القوة القاهرة) كما نقترح على المشرع ان تكون العقوبة المفروضة على المستهلك (هو قبول المبيع بالسعر المحدد بالعقد ودفع الثمن وكذلك تعويض البائع عن أي ضرر بسبب عدم دفع الثمن)

اما مسؤولية المستهلك في عقد خدمة التوصيل التجاري ومن خلال الاطلاع على النصوص القانونية اعلاه فأن التزامات المستهلك تتجسد بالتزامين احدهما هو تسلم المبيع من المندوب والالتزام الاخر هو دفع ثمن المبيع حيث ان اي اخلال من جانب المستهلك اتجاه البائع اوالمندوب ان كان شخص مستقل بهذين الالتزامين يؤدي إلى قيام مسؤوليته، فأن لم يقم المستهلك باستلام المبيع من المندوب يكون لهذا الاخير ضمانات قانونية للبائع وهي الحق في حبس المبيع والمطالبة بالتنفيذ العيني والاستلام من قبل المستهلك خاصة اذا كان المبيع عبارة عن مواد قابلة للتلف وهنا يصار إلى طلب التعويض عما لحق البائع من ضرر وعلى سبيل المثال لو اعطى المستهلك عنوان وهمي او كان يستعمل موقع الكتروني وهمي، لكن اذا كان هنالك اتفاق ما بين البائع والمستهلك على تأجيل دفع الثمن او كان بالأصل دفع الثمن على شكل اقساط هنا في هذه الحالتين لا يكون حق للمندوب بحبس المبيع عن المستهلك شريطة ان يكون الدفع من قبل المستهلك في موطن البائع.

المبحث الثاني

انتهاء عقد خدمة التوصيل

تنتهي العقود التجارية بشكل عام بأسباب طبيعية وتتمثل بقيام اطراف العقد بتنفيذ التزاماتهم الملقاة على عاتقهم وهو الطريق الطبيعي لانتهاء العقد، كما ان هنالك طريق اخر لانتهاء العقد وهو من خلال اتفاق المتعاقدين على انهائه اي انحلال الرابطة التعاقدية وهو ما يسمى بالفسخ، وهذه الطرق التي اشرنا اليها لأنهاء العقد تسمى بالأسباب العامة.

بالإضافة إلى ذلك توجد اسباب خاصة ينتهي بها عقد خدمة التوصيل التجاري وهذه الاسباب يمكن ان تستمد من خلال طبيعة هذا العقد، حيث ان الاعتبار الشخصي له صورة واضحة ومميزة لعقد خدمة التوصيل والتي تتمثل بشخصية المستهلك التي ممكن ان تكون شخصية طبيعية او معنوية

واي انهيار في هذه الشخصية يؤدي إلى انتهاء العقد، فان كانت الشخصية طبيعية فقد تتعرض إلى الموت او فقدان اهليته او ان يصدر بحقة حكم مقيد للحرية، اما الشخصية المعنوية فأنها قد تتعرض إلى الافلاس او عدم استطاعتها الوفاء بالتزاماتها التي تؤدي إلى انتهاء العقد لانهيار اعتبارها الشخصي.

ولبيان كل من الاسباب العامة والاسباب الخاصة لانتهاء عقد خدمة التوصيل كان لزاما علينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الاول الاسباب العامة لانتهاء عقد خدمة التوصيل التجاري، ونتناول في المطلب الثاني الاسباب الخاصة التي ينتهي بها العقد :

المطلب الاول

الاسباب العامة لانتهاء العقد

ينتهي عقد خدمة التوصيل التجاري بأسباب عامة، ويمكن لهذه الاسباب ان تكون اسباب طبيعية او تكون الاسباب راجعة إلى عدم تنفيذ احد الطرفين للالتزام الملقى على عاتقه بدون سبب او عذر قانوني فيؤدي إلى فسخ العقد او يكون الفسخ راجع لاحد الاسباب التي تم بيانها سلفا كان تكون السلع والبضائع فيها عيب او نقص او مخالفة للشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد.

ولغرض بيان الاسباب العامة التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل لابد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الاول منه انتهاء العقد بطرق طبيعية، ونخصص الفرع الثاني لانتهاء العقد بطريقة الفسخ كما يلي :

الفرع الاول

انتهاء العقد بالأسباب الطبيعية

ينتهي عقد خدمة التوصيل التجاري بأسباب طبيعية وهي ان يقوم كل من اطراف العقد بتنفيذ التزاماته وهو ما يعرف بالانقضاء ، وبما ان العلاقة في هذا العقد تقوم بين ثلاثة اشخاص بالمعنى المادي للتوصيل اي عند الحديث عن تنفيذ الالتزام وليس انعقاد العقد، فيكون تسليم المبيع من البائع إلى المندوب وحسب المواصفات والشروط المنصوص عليها في العقد المبرم بين البائع والمستهلك، وكذلك قيام المندوب بتوصيل المبيع إلى المستهلك وتسليمه له واخيرا يقوم المستهلك باستلام المبيع وفحصة ودفع الثمن، ان تمت هذه العملية الثلاثية الاطراف هنا ينتهي عقد خدمة التوصيل التجاري،

لذلك نقسم هذه الفقرة إلى ثلاث جزئيات نتناول فيها تنفيذ العقد من خلال البائع والمندوب وكذلك المستهلك كما يلي :

أولا : تنفيذ البائع لالتزامه

فمن حيث تنفيذ البائع للالتزامات الملقاة على عاتقه والتي تم التطرق اليها من خلال بيان التزامات البائع والتي تمثلت بنقل الملكية[1] والتسليم، كون محل هذا العقد هو خدمة التوصيل فأن هذه الخدمة لا تعني بأي شكل من الاشكال بحالات الضمان او الاستبدال او التنصيب او التعليم الفني لكيفية تشغيل الاجهزة، لذلك ومن خلال كل ما تقدم ينتهي عقد خدمة التوصيل من جانب البائع اذا قام بتسليم المبيع وهو في حالة تتوافق تماما مع ما جاء بالمواصفات التي اشترطها طرفي العقد، وسلم المبيع إلى المندوب هنا تنتهي الالتزامات الملقاة على عاتق البائع، لكن مسؤوليته لا تنتهي عند هذا الحد بل تبقى قائمة لحين اكمال المندوب للالتزامات المترتبة عليه اذا كان المندوب هو تابع إلى البائع ويعمل تحت اشرافه ومراقبته وتوجيهه.

اما موقف المشرع العراقي فانه اشار في المادة (145) من القانون المدني التي جاء فيها " أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد فأن المتعاقد يجبر عليه"، ويستفاد من هذا النص الاشارة ضمنا إلى تنفيذ البائع لالتزامه في عقد خدمة التوصيل، كون خدمة التوصيل هي محل العقد.

لذلك نقترح على المشرع العراقي تضمين قانون حماية المستهلك مادة منفردة يعالج فيها النقص التشريعي وكما ذهب بهذا الاتجاة المشرع الجزائري والنص المقترح هو (بعد ابرام العقد الالكتروني يصبح المجهز الالكتروني مسؤولا بقوة القانون امام المستهلك عن تنفيذ الالتزامات بحسن نية سواء كان التنفيذ من قبله او من قبل احد شخص اخر، مع الاحتفاظ بحقه بالرجوع عليهم)

اما موقف المشرع المصري فانه لم ينظم ايضا نصوص قانونية خاصة لتنفيذ البائع لالتزاماته في عقد خدمة التوصيل، بل اكتفى بتطبيق احكام القواعد العامة وبالرجوع إلى القانون المدني المادة (435) بفقرتها الاولى التي تشير إلى التسليم من قبل البائع " ان التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري..."[2].

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه اشار إلى ذلك في قانون الاستهلاك رقم (93 - 949) لسنة 1993في المادة (114-1) والتي جاء فيها " في كل عقد يكون موضوعه بيع مال منقول او تقديم

1 - د. احمد عبد العال ابو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ط3، ص238.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص750.

خدمات للمستهلك، يجب على الممتهن ذكر المهلة القصوى التي يلتزم تسليم المال او تنفيذ الخدمة خلالها...) [1]

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار وبكل وضوح من خلال قانون التجارة الالكتروني رقم (18 – 5) ونص عليه بالمادة (18) ان العقد الالكتروني بعد ابرامه يصبح المورد او المندوب مسؤولا عن تنفيذه بقوة القانون والتي جاء فيها " بعد ابرام العقد الالكتروني يصبح المورد الالكتروني مسؤولا بقوة القانون امام المستهلك الالكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد سواء تم تنفيذه من قبله او من قبل مؤدي خدمات اخرين دون المساس بحقه في الرجوع اليهم "[2]

ثانيا : تنفيذ المندوب لالتزامه

يقوم المندوب بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه، وهي استلام المبيع من البائع والمحافظة عليه ثم توصيل المبيع وتسليمه[3] إلى المستهلك على الحالة التي استلمه بها[4] ومن ثم استلام الثمن من المستهلك والمتمثل بقيمة المبيع مع اجرة التوصيل وعند استلام الثمن ينتهي هنا عقد خدمة التوصيل التجاري، بالنسبة للمندوب كون العقد ينصب بالدرجة الاساس على توصيل تلك السلع والبضائع إلى المستهلك.

أما موقف المشرع العراقي فأنه لم ينظم حالة تنفيذ المندوب لالتزاماته من خلال القانون المدني أو التجاري أو قانون حماية المستهلك، وكذلك لم يسن المشرع قانون للتجارة الالكترونية كما فعل المشرع الجزائري، ولكن بالرجوع إلى القانون المدني المادة (536) نلاحظ انه اشار بصورة ضمنية إلى انتهاء العقد عند تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع وقبض الثمن، والتي جاء فيها " على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن...".

أما موقف المشرع المصري فانه لم يشر إلى تنفيذ المندوب لالتزاماته بل اكتفى بإحالتها إلى القواعد العامة، ومنها ما جاء في المادة (167) التي جاء فيها " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم ".

---

1 - نص المادة (114-1) باللغة الفرنسية :
Art-114-1,,Dans tout contrat ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou la prestation de services au consommateur، le praticien doit indiquer le délai maximum dans lequel il est tenu de livrer l'argent ou d'exécuter le service,,

2 - ينظر قانون التجارة الالكتروني الجزائري رقم (18-05) لسنة 2018

3 - اما اتفاقية الامم المتحدة لبيع البضائع فأنها اشارت إلى ذلك من خلال المادة (33) التي جاء فيها " يجب على البائع ان يسلم البضائع في التاريخ المحدد في العقد او التاريخ الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد"

4 - د. احمد عبد العال ابو قرين، مصدر سابق، ص302.

أما موقف المشرع الفرنسي من تنفيذ التزامات المندوب في عقد خدمة التوصيل فأنه تناول ذلك في قانون الاستهلاك رقم (31- 8) في المادة (26) حيث اشار إلى الالتزامات الناشئة عن العقد الالكتروني سواء نفذت من قبل المورد أو البائع أو المندوب، والتي جاء فيها "... يتحمل المورد المسؤولية القانونية تجاه المستهلك عن الاداء السليم للالتزامات الناتجة عن العقد عن بعد، سواء كان سيتم تنفيذ هذه الالتزامات من قبل المورد الذي ابرم هذا العقد أو من قبل مقدمي الخدمة الاخرين دون المساس بحقه في الرجوع عليهم" [1].

أما المشرع الجزائري فانه نظم هذا الالتزام بقانون التجارة الالكترونية وجاءت نصوصه متداخلة ما بين تنفيذ المندوب لالتزاماته والالتزامات الملقاة على عاتق المورد وهو البائع ومن خلال الرجوع إلى قانون التجارة الالكترونية نرى ان المشرع نص في المادة (20) على التزام اخر يقوم به المندوب وهو تسليم الاوراق الخاصة بالمبيع للمستهلك والتوقيع عليها ومن ثم اعادتها إلى البائع لينتهي هنا عقد خدمة التوصيل التجاري، حيث نصت المادة اعلاه على ما يلي " ويترتب على كل بيع لمنتوج او تأدية خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية اعداد فاتورة من قبل المورد الالكتروني تسلم للمستهلك الالكتروني يجب ان تعد الفاتورة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما يمكن ان يطلب المستهلك الالكتروني الفاتورة في شكلها الورقي"

أما المادة (491) من القانون المدني الجزائري فأنها اشارت إلى عدم مسؤولية البائع بعد اتمام التسليم، والتي جاء فيها " اذا سلم البائع المبيع إلى المشتري بصورة صحيحة، اصبح غير مسؤول عما يصيب المبيع بعد ذلك "، وهي اشارة صريحة المدلول بانتهاء عقد خدمة التوصيل بالنسبة للبائع وللمندوب عند تسليم المبيع إلى المستهلك.

ونلاحظ من خلال قراءة النصوص القانونية للمشرع العراقي والقوانين المقارنة انها ركزت على التسليم من قبل البائع او المورد ولم تشر إلى التسليم الذي يتم عن طريق المندوب باستثناء المشرع الجزائري من خلال تنظيم قانون التجارة الالكترونية الذي تناول العلاقات التعاقدية للعقد الالكتروني، وهذه دعوى إلى المشرع العراقي للإسراع بتشريع قانون التجارة الالكترونية؛ لمعالجة النقص في القانون التجاري من جهة، ومن جهة اخرى لمواكبة التطور الحاصل في التجارة الالكترونية ومواكبة تطور الدول في هذا المجال والسير معها كون التجارة الدولية وتبادل البضائع اصبح الشريان

1 - نص المادة (26) باللغة الفرنسية :
Art -26,,Le fournisseur porte la responsabilité légale vis-à-vis du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat à distance، que ces obligations soient mises en œuvre par le fournisseur qui a conclu le présent contrat ou par d'autres prestataires de services sans préjudice du droit de recours à leur encontre,,

الاقتصادي الحيوي للبلدان ومن هنا نقترح على المشرع العراقي النص على تعريف المندوب في المادة (1) من قانون حماية المستهلك، وكذلك النص على التزاماته، وتضمين القانون نص اخر يشير إلى اعداد قائمة مرفقة مع الطلب توقع من قبل المستهلك عند استلامه المبيع ويكون النص هو (يجب على كل بائع لمنتوج معين او على كل من يقدم خدمة عن طريق التعاقد الالكتروني، اعداد قائمة تسليم تقدم للمستهلك الالكتروني للتوقيع عليها، وتكون محتويات القائمة مطابقة للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ويجوز للمستهلك المطالبة بالقائمة في شكلها الورقي)

ثالثا : تنفيذ المستهلك لالتزاماته

ينتهي عقد خدمة التوصيل التجاري بالطريق الطبيعي بالنسبة للمستهلك في اللحظة التي يستلم بها المباع من المندوب وفحصه وتشغيله ان كان المنقول يحتاج إلى ذلك ودفع الثمن ثم التوقيع على الاستمارات الخاصة التي يدفع بها المندوب إلى المستهلك لتوثيق الاستلام وكذلك بيان حالة المباع بأنه مطابق لما تم التعاقد عليه، ولتسليط الضوء اكثر على انتهاء العقد لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة.

لم ينظم المشرع العراقي عقد خدمة التوصيل التجاري، ولم ينص كذلك على تنفيذ المستهلك لالتزاماته والاحكام المتعلقة به في قانون حماية المستهلك او القوانين الآخرى، بل احال احكامها إلى القواعد العامة، وبالرجوع إلى القانون المدني نلاحظ انه الزم المشتري بثلاثة واجبات عليه الألتزام بتنفيذها وهي دفع الثمن وهذا ما اشارت اليه المادة (571)، وكذلك دفع المصروفات حسب المادة (583) واخيرا التزامه بالاستلام حسب نص المادة (586)[1] حيث أن نصوص هذه المواد لا تسعفنا لترتيب احكامها على احكام عقد خدمة التوصيل وان كان الاختلاف هو بطريقة إبرام العقد، تبقى القواعد العامة لا تكفي لتطبيق احكامها على العلاقات في عقد خدمة التوصيل.

أما موقف المشرع المصري فهو ايضا لم ينظم عقد خدمة التوصيل ولم تسعفنا نصوصه القانونية لترتيب احكامها على احكام عقد خدمة التوصيل التجاري الا من حيث ما اشار إلى بعض الجزئيات التي تتوافق مع هذا العقد والتي لاحظناها في القواعد العامة التي احال اليها الكثير من الاحكام ومنها المواد سالفة الذكر، حيث اشار إلى التزامات البائع وهي الوفاء بالثمن، وتحمل المصروفات وتسلم المبيع[2].

1 - د. سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص145.
2 - د. سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص543، ينظر ايضا عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص972.

اما موقف المشرع الجزائري ومن خلال قراءة نصوص قانون التجارة الالكترونية فانه اشار بنص المادة (16) إلى التزام المشتري بدفع الثمن حالا او حسب الاتفاق، والتي جاء فيها " ما لم ينص العقد الالكتروني على خلاف ذلك يلتزم المستهلك الالكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الالكتروني بمجرد ابرامه " اما المادة(27) فأنها اشارت إلى طريقة الدفع واماكن الدفع والتي جاء فيها " يتم الدفع في المعاملات التجارية الالكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج عن طريق وسائل الدفع المرخص بها وفقا للتشريع المعمول به "، كما ان هنالك اتفاقيات دولية اشارت إلى ذات المعنى[1]

الفرع الثاني

الفسخ

ان من بين الاسباب الطبيعية التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل التجاري، هو انهاء العقد بأراده طرفيه، على الرغم من وجود حالات كثيرة ينتهي بها العقد بشكل عام لكنها خارج نطاق دراستنا ونذكرها من باب البيان دون الخوض في تفاصيلها ومنها حالة انحلال العقد والذي قد ينتج عنه التقايل باتفاق الطرفين او ما يقرره القانون الالغاء بالإرادة المنفردة، لذلك ستتركز دراستنا في هذا الفرع على الفسخ بشقيه الاتفاقي والفسخ القانوني.

وقبل الدخول في هذين النوعين تجدر الاشارة إلى ان العقود التجارية عموما تنتهي بالطريق الطبيعي لها كما مر بنا سابقا، ولكنها في بعض الاحيان تنتهي بسبب الفسخ وهو يعتبر من الاسباب العامة لانتهاء العقد عموما، والسؤال الذي يطرح هنا هل يعد الفسخ سبب من أسباب فسخ عقد خدمة التوصيل ؟

قبل الإجابة على هذا السؤال لا بد من الإشارة إلى ان العقود الملزمة للجانبين نجد في اطارها فسخ للعقد وانتهاء رابطتها التعاقدية وزوالها[2] بسبب عدم التزام احد طرفي العقد او كلاهما بتنفيذ ما اتفق عليه في العقد[3].

1 - اتفاقية الامم المتحدة لبيع البضائع فأنها اشارت إلى تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن بثلاث مواد وهي (57 – 58 - 59)، اما تنفيذ الالتزام بالاستلام نصت عليه الاتفاقية بالمادة (60) والتي جاء فيها " يتضمَّنُ التزامُ المشتري بالاستلام أ - القيام بجميع الأعمال التي يمكن توقُّعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام بالتسليم ب - استلام البضائع "
2 - د. عمر علي الشامسي، مصدر سابق، ص31.
3 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص695.

وقد ورد عن الفقه تعاريف كثيرة للفسخ، فمنهم من يعرفه بأنه " انقضاء الرابطة العقدية لاستحالة التنفيذ او للامتناع عنه او للإخلال به "[1].

ويؤخذ على هذا التعريف انه خلط بين الفسخ والنتيجة من الفسخ ومن غير الممكن التعريف بالشيء ونتيجته.

كما يعرفه جانب اخر بأنه " حل بأثر رجعي للرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين كجزاء لأخلال احد المتعاقدين بالتزاماته متى طلبه المتعاقد الاخر ليتحلل من التزامه" [2].

ويؤخذ ايضا على هذا التعريف بأنه ركز على اخلال احد المتعاقدين ولم يشر إلى اخلال طرفي العلاقة بالتزاماتهم.

كما يعرفه جانب اخر بأنه: " جزاء عن اخلال احد العاقدين بالتزاماته "[3].

وازاء كل ما تقدم يتضح لنا ان الفسخ في العقود الملزمة للجانبين هو جزاء يترتب على الاخلال بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتق طرفي العقد، ويترتب على ذلك ان يطلب الطرف الاخر التحلل وانهاء الرابطة التعاقدية.

وبما ان عقد خدمة التوصيل هو من العقود الملزمة للجانبين فنعتقد انه من الممكن وقوع الفسخ وانهاء العقد، لكن الفسخ له شروط لابد من توافرها لوقوعه [4]، ومن هذه الشروط هو ان يكون العقد ملزم للجانبين، وان يمتنع احد طرفي العقد عن تنفيذ التزامه فعلا وبدون مبرر مشروع، وان يكون الطرف الطالب للفسخ مستعد لتنفيذ التزامه، وهو قادر على اعادة الحال إلى ما قبل التعاقد.

كما ان الفسخ يقع بقرار من القضاء، اذ يمكن لاحد طرفي عقد خدمة التوصيل التجاري اللجوء إلى القضاء وطلب فسخ العقد اذا ما امتنع الطرف الاخر من تنفيذ التزامه وكان طالب الفسخ قد نفذ التزامه او كان مستعد للتنفيذ حسب ما متفق عليه في العقد، وهنا للقاضي مساحة واسعه لاتخاذ قراره في تقدير الحالة لأجابه الطلب بالفسخ او رفضه[5] والطلب من الطرف الاخر تنفيذ التزامه اذا كان ممكننا، او كان قد نفذ جزء من العقد كما اشارت إلى ذلك المادة (177) الفقرة (1) من القانون

1 - د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الاول، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1946، ص24.
2 - د. جلال محمد ابراهيم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ط1، ص253.
3 - د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنه بالفقه الاسلامي، النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص611.
4 - د. المحمدي احمد ابو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص42.
5 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص695.

المدني العراقي التي جاء فيها " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى، على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين إلى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته " [1].

وفي ذات الصدد ذاته أشار المشرع المصري بنص المادة (157) من القانون المدني[2].

أما المشرع الفرنسي اشار إلى الفسخ في القانون المدني ب(6) مواد من المادة (1224-1230)

وكذلك المشرع الجزائري اشار إلى نفس المعنى في المادة (119) من القانون المدني.

وكذلك يمكن لطرفي عقد خدمة التوصيل الاتفاق على فسخ العقد ويسمى الفسخ الاتفاقي وانهاء الرابطة العقدية بينهم من خلال تضمين العقد بند يقتضي ذلك في حال اخل احد طرفي العقد بتنفيذ التزامه، ويأتي هذا الاتفاق غالبا بسبب طول الاجراءات القضائية خاصة اذا كان العقد ينصب على منقولات لا تكون اقيامها بنسبة عالية، وتجنب بذل الجهد والوقت وتحمل المصروفات الاخرى.

ومن خلال كل ما تقدم يتضح لنا ان الفسخ أما أن يكون اتفاقياً ما بين طرفي العقد ببند صريح فيه، او يكون الفسخ قضائياً بطلب من احد طرفي العقد.

المطلب الثاني

الاسباب الخاصة لانتهاء العقد

يعد عقد خدمة التوصيل التجاري من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، حيث تبرز هذه الخاصية بالنسبة للمستهلك اكثر من بروز شخصية البائع وذلك؛ كون المندوب هو من يقوم بدور التوصيل بدلا من البائع الذي ابرم العقد، لذلك تكون شخصية المستهلك هنا هي محل اعتبار وهو من يبرم العقد ومن يستلم البضائع وهو من يدفع قيمة الشيء المباع مع اجرة التوصيل، حيث يعد المستهلك هو الشخص المؤثر بالدرجة الاساس في العقد، اما البائع فيختصر دورة بعد ابرام العقد في توفير المبيع وتسليمه إلى المندوب، لذلك نرى أن انتهاء عقد خدمة التوصيل بالأسباب الخاصة ممكن وقوعه لعدة اسباب تتعلق بالمستهلك كما في حالة وفاته أو فقدان أهليته أو افلاسه أو أرتكابه الغش

---

1 - د. كذلك ينظر المادة (157) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتض(2) ويجوز للقاضي أن يمنح المدين اجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته"

2 - د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية، الطبعة الاولى، بيروت2000، ص 397.

والتدليس أن كان شخصاً طبيعياً، اما ان كان المستهلك شخص معنويا سواء كان من القطاع الخاص أو العام فأن الحالات التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل سوف تتقلص تبعا لطبيعة الشخص المعنوي، وهذا ما سوف نتناوله خلال هذه الدراسة، أضافة إلى ذلك هنالك اختلاف في حالات الانتهاء بالأسباب الخاصة ما بين العقد الداخلي أو الدولي، ولغرض بيان تلك الاسباب لابد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول بالفرع الاول انتهاء عقد خدمة التوصيل التجاري بسبب وفاة المستهلك وافلاسه، ونخصص الفرع الثاني لانتهاء العقد بسبب فقدان الاهلية أو الغش والتدليس على النحو الاتي :

الفرع الاول

انتهاء العقد بسبب الوفاة والافلاس

من اهم الاسباب الخاصة التي تنهي عقد خدمة التوصيل التجاري هو وفاة المستهلك ان كان شخصاً طبيعياً وكذلك انهيار الشخصية المعنوية ان كان شخصاً اعتبارياً، إذ من الممكن أن يتعرض المستهلك إلى الوفاة خلال فترة تنفيذ العقد الذي يترتب عليه استحالة الاستمرار به مع الغير سواء كانوا خلفاً خاصاً كالدائنين أو الخلف العام كالورثة كونه قائم على الاعتبار الشخصي، او قد يتعرض المستهلك للإفلاس سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً وهذا ما يؤثر بدوره على الحالة المادية للمستهلك التي تؤدي إلى الحجز على امواله الذي ينتهي بمنعه من التصرف بتلك الاموال، ومن خلال كل ما تقدم ولبيان الاسباب التي اوردناها لابد من تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين نتناول بالفقرة الاولى منه وفاة المستهلك وفي الفقرة الثانية افلاسه على النحو الاتي :

اولا : الوفاة

المستهلك بوصفة أحد أطراف عقد خدمة التوصيل التجاري كما اسلفنا يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً وهذه حالة واردة في اغلب العقود والتعاملات التجارية، حيث ان وفاته تنهي العقد ويستحيل استمراره كون شخصية المستهلك محل اعتبار ومع هذه الاستحالة لايمكن تصور أستمرار العقد مع ورثة المستهلك خاصة ان كان المستهلك مهني ويقوم بتحويل البضائع والسلع إلى مواد مصنعة اخرى، أو كان مشتر عادي تعاقد على شراء منتج طبي أو أدوات تجميل أو ملابس، هذا من جانب ومن جانب آخر فأن المستهلك في أغلب الأحوال لا يدفع قيمة المباع الا بعد تسلمه الطلب من المندوب القائم بالتوصيل، ولتسليط الضوء اكثر على هذه الفقرة لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة كما يلي :

أما بالرجوع إلى احكام القانون المدني نجد ان المشرع أشار إلى انتهاء عقد الوكالة بوفاة الوكيل او الموكل وهذا ما نصت عليه المادة (946) التي جاء فيها " تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل..." حيث ان العقد ينتهي ويستحيل الاستمرار به في حالة وفاة احد طرفيه.

أما موقف المشرع المصري فأنه لم ينظم مسألة وفاة المشتري او المستهلك في قانون حماية المستهلك او قانون المعاملات الألكترونية، لكن بالرجوع إلى احكام القانون المدني فانه اشار في نص المادة (697) الفقرة (1) والخاصة بعقد العمل بأن العقد لا ينفسخ بوفاة رب العمل الا إذا كانت شخصيته محل اعتبار والتي جاء فيها " لا ينفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل ما لم تكن شخصيته قد روعيت في ابرام العقد..." اما القانون التجاري المصري فأشار المشرع بنص المادة (340) إلى الغاء الاعتماد في حالة الوفاة او الحجر والتي جاء فيها " اذا فتح الاعتماد المستندي لمدة معينة فلا يجوز للبنك الغاؤه قبل انقضاء هذه المدة الا في حالة وفاة المستفيد او الحجر عليه..."

أما موقف المشرع الفرنسي فأنه لم ينظم حالة انتهاء الالتزامات العقدية بوفاة المشتري او المستهلك، ولكن بالرجوع إلى احكام القانون المدني فأنه اشار إلى انتهاء عقد العمل بالوفاة وهذا ما نصت عليه المادة (1795) التي جاء فيها " يفسخ عقد العمل بوفاة العامل أو المهندس المعماري أو المقاول " [1]، اما المادة (1229) من نفس القانون فأنها اشارة إلى انتهاء العقد اما بتنفيذه او الوفاة قبل الانتهاء من تنفيذه وهذا ما نصت عليه المادة التي جاء فيها " ينتهي عقد العمل بوفاة الشخص الطبيعي، أو انتهاء المدة أو من خلال تحقيق الهدف المنشود عندما يحدث هذا قبل النهاية " [2].

أما موقف المشرع الجزائري فأنه لم ينظم مسألة انتهاء عقد خدمة التوصيل التجاري بسبب وفاة المستهلك، ولكن الاحكام العامة في القانون التجاري اشارت إلى ذلك حيث نجد الجواب بما نص عليه المشرع في المادة (401) والتي جاء فيها " ان النيابة التي يتضمنها التظهير التوكيلي لا ينقضي حكمها بوفاة الموكل او بفقدان الاهلية " ولم تشير المادة إلى الحالات الاخرى التي يتم الحجز فيها على الاموال ومنع التصرف كما فعل المشرع العراقي والقوانين المقارنة، اما ما جاء به المشرع في تقنينه المدني ووفق المادة (586) التي نصت على انتهاء الوكالة بسبب الوفاة فهو ساير المشرع الفرنسي بذلك على العكس مما جاء به المشرع العراقي والمصري حيث نصت المادة اعلاه على ما

---

1 -، نص المادة (1795) باللغة الفرنسية :

Art – 1795,, de ،Le contrat de travail prend fin par le décès du travailleur l'architecte ou de l'entrepreneur,,

2 - نص المادة (1229) باللغة الفرنسية :

، Art 1229 Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique، par la survenance du terme ou per la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme,,

يلي " تنتهي الوكالة بتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة وتنتهي ايضا بموت الموكل او الوكيل "[1].

من خلال كل ما تقدم يتبين من النصوص القانونية التي اوردها المشرع العراقي والقوانين المقارنة، ان عقد خدمة التوصيل التجاري يمكن ان ينتهي بسبب الوفاة، حيث ان وفاة المستهلك تنهي العقد تماما ويكون لها التأثير السلبي على تنفيذ العقد، وذلك كون شخصيته هي محل اعتبار في العقد هذا من جانب ومن جانب اخر فأن ما يميز هذا العقد عن غيره من العقود التجارية هي انه في الوضع الغالب لا يتم دفع الثمن الا عند استلام المبيع وفي حالة وفاة المشتري قبل الاستلام يستحيل عندها الاستمرار بالعقد مع ورثة المستهلك خاصة اذا كان المستهلك مهني او شخص طبيعي، اما اذا كان المستهلك شخص معنوي سواء كان في القطاع الخاص او القطاع العام فلا نرى مثل هكذا حالة بل يمكن ان يتم استئناف العمل وتنفيذ العقد وان حدثت وفاة من تعاقد مع البائع تعاقد باسم ولصالح الشخص المعنوي، وعلى سبيل المثال لو تعاقد شخص معنوي (شركة مقاولات – شركة تصنيع اجهزة او معدات منزلية) مع البائع على شراء قطع غيار او شراء اثاث للمنازل التي تقوم الشركة ببنائها وتم الاتفاق مع البائع عبر التعاقد الالكتروني على توصيل تلك السلع إلى محل معين، وخلال فترة التجهيز والتوصيل وقبل تسليم السلع والبضائع توفى الشخص الطبيعي الذي تعاقد بأسم الشخص المعنوي مع البائع، هنا لا يغير موت الشخص الطبيعي من استمرار تنفيذ العقد بل على العكس من ذلك فأن شخصية الشخص المعنوي لا تنتهي بموت المخول بالتعاقد عنه بل تستمر الشخصية المعنوية ويستأنف العمل لحين انتهاء تنفيذ عقد خدمة التوصيل التجاري واستلام البضائع وتسليم كامل الثمن من قبل القائمين على اعمال الشخص المعنوي، كون العقد ابرم بأسم ولصالح الشخص المعنوي وليس بأسم ولصالح الشخص الطبيعي الذي ابرم العقد سلفا، وهو على العكس من الحالة الاولى التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل بموت الشخص الطبيعي الذي تعاقد بأسمه ولصالحه وهو المستهلك.

ثانيا : الافلاس

يعد افلاس المستهلك من الاسباب الخاصة التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل التجاري، والافلاس يعتبر من ابرز الأنظمة القانونية الخاصة بالبيئة التجارية والتي تهدف إلى حماية الانشطة التجارية التي يضعها المشرع من ضمن احكام القانون التجاري ولغرض دعم عنصر الائتمان[2] كما انه يهدف إلى حماية دائني التجار بشكل عام من افلاس التاجر ويمكنهم من الحجز على امواله ومنعه

1 - د. عصام عبد العزيز الدفراوي، اثر الوفاة على عقد الوكالة، دار الكتب العلمية، بيروت،2017، ص162.
2 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص40.

من التصرف فيها، حيث توضع تلك الاموال التي تعود للتاجر المفلس تحت تصرف (السنديك) اي المصفي الذي يقوم بتصفية الاموال لغرض تسديد دائني التاجر[1]، كما ان الافلاس يبنى على مفهوم الائتمان ودعم الثقة في المعاملات التجارية التي تقاس على اساس رعاية مصلحة الدائنين وحماية لهم من سوء النية للمفلس أو من أهماله[2]، ولبيان هذا النظام ومدى شمول احكامه للعقد موضوع الدراسة لابد من التطرق إلى موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة على النحو الاتي :

من الملاحظ ان المشرع العراقي والقوانين المقارنة لم تضع تعريف للإفلاس ولم تبين مفهومه، بل ترك المشرعين التعريف إلى الفقهاء.

فقد عرفه جانب من الفقه بأنه " توقف او امتناع التاجر الملزم بإمساك الدفاتر التجارية عن دفع ديونه التجارية " [3].

ويعرفه جانب اخر من الفقه بأنه " نظام لا يسري الا على التاجر وانه وسيلة للتنفيذ في الديون التجارية اذ يمكن من خلاله تصفية اموال التاجر المتوقف عن اداء ديونه التجارية تصفية جماعية لغرض توزيع المبالغ المترتبة على هذه التصفية على الدائنين بصورة متساوية كي لا يتزاحم بعضهم مع بعض في التنفيذ على اموال المدين واستيفاء حقوقهم كاملة على حساب الاخرين "[4].

ويتضح لنا من خلال النصوص القانونية على الرغم من ان المشرع العراقي استخدم مصطلح (الاعسار) بدل (الافلاس) الا انه ابقى على احكام الباب الخامس من القانون الملغي لتبقى هي الاحكام

---

1 - د. طالب حسن موسى، مبادى القانون التجاري، بدون مطبعة، بغداد، 1974، ط1، ص52.

2 - د. فوزي محمد سامي، الافلاس وفكرة التوقف عن دفع الديون، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد(22)، بغداد، 1981، ص5.

3 - د. محمد احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، 346.

4 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص40، وبقدر تعلق مسألة الافلاس بالمشرع العراقي حيث ان هنالك نظامين للتنفيذ على اموال المدين الذي عجز عن الوفاء بديونه وهذان النظامان هما (نظام الافلاس) و (ونظام الاعسار) حيث يتداخلان من خلال الحجز على اموال المدين المفلس، حيث ان نظام الافلاس كما اشرنا هو نظام خاص بالتجار سواء كانوا شركات او افراد، حيث وردت لفظة الافلاس في قانون الشركات العراقي الملغي رقم (31) لسنة 1975 في الفقرة (ب) من المادة (10)، كذلك ما ورد ايضا في قانون التجارة الملغي رقم (149) لسنة 1970 في الباب الخامس (الافلاس والصلح الواقي) والمواد من (566-714) حيث جاء في المادة (638) من " لا يترتب على الحكم بإشهار الافلاس فسخ العقد الملزم للجانبين والتي يكون المفلس طرفا فيها الا اذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية..."

ثم صدر قانون الشركات رقم (36) لسنة 1983، حيث استحدث المشرع العراقي لفظ (اعسار) لتحل محل الافلاس وحسب ما جاء في المادة (36) و المادة (207) منه( )و اما قانون التجارة النافذ رقم (30) لسنة 1984 استخدم المشرع العراقي لفظة (اعسار) بدلا من لفظة (افلاس) كما جاء في المادة (36) اولا والتي جاء فيها " تؤشر في السجل التجاري البيانات الاتية – حكم اشهار الاعسار واخضاع التاجر او الشركة للتصفية – الحكم الصادر بالصلح وانهاء حالة الاعسار والحكم بأبطال الصلح "

كما اشار قانون التجارة النافذ على الغاء القانون رقم (149) باستثناء الباب الخامس الخاص بأحكام الافلاس والصلح الواقي منه.

الواجبة التطبيق[1]، كما ان النظم القانونية للإفلاس تغيرت إذ انها توجهت إلى فكرة الفصل بين التاجر ونشاطه التجاري[2]، فجعلت الافلاس نظاماً قانونياً يهدف إلى حماية الانشطة التجارية بشكل عام ويوازن بين مصلحة الطرفين اذ يهدف إلى حماية حق الدائنين ويحفظ للمدين حقه في مباشرة نشاطه التجاري من جديد، حيث يكون الافلاس واقعيا ولا يصدر حكم الاشهار بالإعسار لمجرد عدم دفع ديونه، لذلك فقد هجرت العديد من الدول الفكرة التقليدية ومنها المشرع العراقي حيث جاء بمسلك جديد لتعديل الاحكام السابقة ليتماشى مع التجديد لنظام الافلاس وهذا ما اشارت اليه في الاسباب الموجبة لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (17) لعام 2004 التي جاء فيها " وحيث ان التشريعات العراقية الحالية تتضمن عددا من النصوص التي تفرض عقوبات قاسية ومبالغ فيها على المشروعات التي تمر بظروف مالية صعبة..." كما ان المشرع العراقي اشترط شروطاً معينه لتحقق حالة الافلاس حسب نص المادة (566) من قانون التجارة الملغي والتي جاء فيها " كل تاجر توقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في حالة افلاس ويشهر افلاسه بحكم يصدر بذلك " يتضح من نص المادة اعلاه ان الشروط هي ان يكون الشخص تاجراً وعليه ديون، ويمتنع التاجر عن اداء تلك الديون، ثم يصدر حكم من القضاء بإفلاسه، وخلاف اي شرط من هذه الشروط لا يعد التاجر مفلسا حسب ما جاء به المشرع العراقي[3]

ومهما يكن من الامر فأن الذي يهمنا في هذه الدراسة هي الاثار المترتبة على الافلاس في عقد خدمة التوصيل التجاري اذ ان حكم أشهار افلاس المستهلك سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يترتب على صدور الحكم بإفلاسه والحجز على امواله سواء كانت منقولة او غير منقولة، ومما يصعب عليه الاستمرار بتنفيذ التزاماته العقدية وهنا يصار إلى انتهاء العقد، مع الاشارة إلى ان هذا الحكم يتلاءم مع العقود الدولية في عقد خدمة التوصيل اكثر من العقود الداخلية وايضا فهو ينسجم مع العقود التي يكون فيها المنقول عبارة عن كميات كبيرة ولا يمكن حملها ونقلها باليد، وتتناسب هذه النتائج طرديا مع ارتفاع قيمة المبيع حيث لايمكن تصور افلاس المستهلك ان كان المبيع ذو قيمة لا تتناسب مع حجم الاجراءات الخاصة بالإفلاس، بالإضافة إلى ذلك فأن المستهلكين نوعان اما ان يكون مستهلك

1 - د. لطيف جبر كوماني، الوجيز في شرح قانون الشركات الجديد رقم (36) لسنة 1983، بدون دار نشر، بغداد، 1986،ط1،ص24.
2 - د. سعيد البستاني، احكام الافلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007،ط1، ص34.
3 - د. حازم ربحي عواد، مبادى القانون التجاري، دار يافا للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ط2، ص109.

عادي او مستهلك مهني ويطبق عليه حكم الاعسار[1] وان احكامه نظمتها المواد (270-279) من القانون المدني العراقي تحت عنوان (الحجر على المدين المفلس)[2].

كما أن حالة الافلاس في انتهاء عقد خدمة التوصيل يمكن تصورها في حالة افلاس البائع ايضا وعلى سبيل لو تعاقد مستهلك مهني مع البائع على شراء وتوصيل نوع معين من الادوات الاساسية التي تدخل في عمل المستهلك المهني لإعادة تصنيعها وان تكن مواد اولية وكانت الكمية المطلوبة غير متوفرة حاليا ويمكن انتاجها وتوصيلها إلى المستهلك خلال مدة متفق عليها مع المستهلك، وخلال هذه لفترة تعرض البائع إلى الافلاس ولا يمكنه انتاج تلك المواد وتوصيلها إلى المستهلك، فهنا وفي هذه الفرضية ينتهي ايضا عقد خدمة التوصيل بسبب الافلاس.

اما موقف المشرع المصري فأنه بالرجوع إلى القانون التجاري يلاحظ أنه خصص (222) مادة للإفلاس من (550 – 772) و قد اولى اهتماماً بهذا النظام [3] حيث آشارت المادة (550) بفقرتيها (1-2) على ان حكم الافلاس يخص التجار، والفقرة الثانية اشارت إلى الافلاس القانوني حيث أن مجرد التوقف عن عدم الدفع لا يمكن اعتبار التاجر مفلساً ولا يمكن أصدار الحكم بإشهار أعساره والتي جاء فيها "١- يعد في حالة إفلاس كل تاجر ملزم بموجب أحكام هذا القانون بإمساك دفاتر تجارية إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية. ٢- ولا يترتب على التوقف عن الدفع أثر قبل صدور حكم شهر الإفلاس، ما لم ينص القانون على غير ذلك "

أما من حيث الاعسار فقد اصبح النظام القانوني اكثر وضوحا حيث لم يعد يلحق التاجر وصف الاعسار لمجرد زيادة دينه على اصل ذمته المالية[4] والى ابعد من ذلك فأن القضاء ينظر إلى كون تلك الديون التي تزيد قيمتها على قيمة امواله لا ترتب اي خطر أن كانت مؤجلة ولا يمكن للقضاء الحكم بإعساره وتقديم اجال تلك الديون، لذلك اصبح اشهار حكم الافلاس ضرورة قانونية لترتيب الاثار[5].

أما موقف المشرع الفرنسي وبالرجوع إلى قانون الاصلاح والتصفية القضائية الصادر سنة 1985 نلاحظ ان المشرع قد نص في المادة (1) منه على أن اي مشروع تزيد ديونه على أصوله ويستحيل

1 - د. لطيف جبر كوماني، مصدر سابق، ص24.
2 - وهنا ثار جدل حول استخدام المشرع العراقي لفظة (المفلس) وانما كان من المستحسن ان يستعمل لفظة (المعسر).د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، مطبعة العاتك، بيروت، 2018، ص129، وهنا ثار جدل حول استخدام المشرع العراقي لفظة (المفلس) وانما كان من المستحسن ان يستعمل لفظة (المعسر).
3 - د. محمد احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص347.
4 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص61.
5 - د. طلعت محمد دويدار، الطعن في حكم الافلاس، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص22.

عليه اداء تلك الديون فان المشروع يخضع للتصفية المالية وصدور حكم قضائي بحقه وهذا ما اشارت اليه المادة التي جاء فيها " كل مشروع يستحيل عليه مواجهة ديونه وكانت اصوله تقل بأي حال من الاحوال عن الديون المترتبة عليه لأي سبب فان المشروع يخضع لإجراءات التصفية القضائية " [1]، ولم يميز المشرع الفرنسي بين التاجر وغير التاجر ولم يشر إذا كانت الديون مستحقة الاداء أو انها ديون مؤجله.

اما موقف المشرع الجزائري فأنه يذهب باتجاه يختلف عما جاء به المشرع العراقي حيث انه اطلق النص بشكل عام ليشمل التاجر وغير التاجر، وانه موقفه يقترب من موقف المشرع الفرنسي السالف الذكر وهذا ما نص عليه في المادة (215) من القانون التجاري التي جاء فيها " يتعين على كل تاجر او شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا اذا توقف عن الدفع ان يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر يوما قصد افتتاح اجراءات التسوية القضائية او الافلاس " كما انه اعتبر التاجر مفلسا بمجرد التوقف عن دفع ديونه [2].

ومن خلال كل ما تقدم يمكننا ان نطرح التساؤل التالي :

ان كان المستهلك شخصاً معنوياً واعلن افلاسه فما هو حكم الموجودات داخل هذا الشخص المعنوي هل يمكن اعتبارها من ضمن الاموال ويتم الحجز عليها ؟

للإجابة على التساؤل أعلاه لابد أن نبين موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة من خلال التمييز بين ملكية تلك الموجودات ان كانت ملكيتها تعود إلى الشخص المعنوي ام كانت تعود إلى المؤسسين ووجدت بشكل عرضي او مودعة لديه كأمانة لدى الشخص المعنوي او كانت تعود إلى طرف اخر او انها تعود للبائع في عقد خدمة التوصيل ولم يستوفي ثمنها بعد او كان الثمن مؤجلا.

حيث اشار المشرع العراقي في المادة (572) الفقرة (1) من قانون التجارة رقم (149) لسنة 1970 الباب الخامس إلى المحافظة على اموال المدين لحين الفصل في الطلب، والتي جاء فيها " 1 - يجوز للمحكمة التي تنظر في طلب إشهار الإفلاس أن تأمر باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال المدين أو إدارتها إلى أن يتم الفصل في الطلب " اما الفقرة (1) من المادة (641) من

1 - منشور على الموقع الالكتروني (www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do) تاريخ الزيارة 2021/11/11 نص المادة (1) من قانون الاصلاح والتصفية باللغة الفرنسية :
Tout commerçant ou personne morale de droit privé، Art 1,, même s'il n'est pas commerçant، s'il cesse de payer، doit faire une déclaration dans les quinze jours aux fins d'ouverture des procédures judiciaires de règlement ou de faillite,,
2 - د. محمد خيري، التفليسة طبقا لقانون 17 لسنة 1999، دار المنهل للنشر، عمان، 2011، ص34.

نفس القانون اشارت وبشكل صريح بهذا الشأن باسترداد الاموال التي تعود إلى غير الشخص المفلس والتي جاء فيها "1- لكل شخص أن يسترد من التفليسة الأشياء التي تثبت له ملكيتها وقت إشهار الإفلاس2 - ويجوز لأمين التفليسة بعد أخذ رأي المراقب والحصول على إذن من حاكم التفليسة رد الشيء إلى مالكه "

فأن كانت تلك الموجودات تابعة للشخص المعنوي فيتم الحجز عليها واعتبارها من ضمن الذمة المالية له كما جاء بنص الفقرة (2) من المادة (271) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " ويجوز لأي دائن بمقتضى هذا الحكم ان يحصل من دائرة التنفيذ على قرار بحجز جميع اموال المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير عدا الاموال التي لا يجوز حجزها " ومن خلال هذا النص يتبين لنا ان اموال المستهلك الشخص المعنوي يمكن الحجز عليها سواء كانت اموال منقولة او غير منقولة وتعتبر من ضمن الذمة المالية له، اما ان كانت تلك الاموال عائدة بشكل شخصي إلى المؤسسين للشخص المعنوي او كانت موجوده بشكل عرضي اي انها تعود إلى طرف اخر فهنا لا يجوز الحجز عليها كون الشخص المعنوي له ذمة مالية مستقله عن الذمة المالية للمؤسسين.

اما موقف المشرع المصري فأنه اجاب على التساؤل اعلاه حسب نص الفقرة (2) من المادة (592) من القانون المدني التي جاء فيها " أ - الأموال التي لا يجوز الحجز عليها قانوناً والإعانة التي تتقرر للمفلس ب - الأموال المملوكة لغير المفلس "

اما المادة (626) بفقرتيها (1-2) فأشارت إلى ذلك بشكل مفصل والتي جاء فيها " لكل شخص أن يسترد من التفليسة الأشياء التي تثبت له ملكيتها أو حق استردادها وقت شهر الافلاس ٢- ويكون لأمين التفليسة بعد أخذ رأى المراقب والحصول على إذن من قاضى التفليسة رد الشيء إلى مالكه أو صاحب الحق في استرداده وإذا رفض طلب الاسترداد جاز لطالبه عرض النزاع على المحكمة" وهو ذات الجواب الذي اشار اليه المشرع العراقي.

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه اشار وبصورة ضمنية إلى حق البائع في الاسترداد وذلك ما نصت عليه المادة (810) من القانون المدني واحتفاظ البائع بحقه باسترداد المبيع والتي نصت على انه " تُولى القائم على الأوراق الماليةٌ والممتلكات الأخرى المملوكة لطرف ثالث باستمرار استرداد الاموال والمبالغ..." [1].

1 - نص المادة (810) باللغة الفرنسية :
Dès sa désignation، Art 810,, le curateur prend possession des valeurs et autres biens détenus par des tiers et poursuit le recouvrement des sommes dues à la,,

اما موقف المشرع الجزائري ومن خلال ما جاء في احكام القانون التجاري نلاحظ انه نص في المادة (311) على امكانية استرداد الاموال او الموجودات من امين التفليسة والتي لا تعود ملكيتها إلى الشخص المفلس والتي جاء فيها " يجوز الاسترداد ضد وكيل التفليسة لما جرى تسلمه من اوراق مالية او سندات اخرى غير مسدده..." واشارت المادة (312) من نفس القانون إلى امكانية استرداد البضائع المودعة لدى الشخص المفلس والتي جاء فيها " يجوز استرداد البضائع المؤتمن عليها سواء كان على سبيل الوديعة..." كما ان المشرع اعطى الصلاحية لأمين التفليسة بالتصرف بتلك الاموال التي تم الحجز عليها واعادتها إلى اصحابها[1] وهذا ما نصت عليه المادة (244) والتي جاء فيها "يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الافلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن ادارة امواله او التصرف فيها، بما فيها الاموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة الافلاس ويمارس وكيل التفليسة جميع الحقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيل مدة التفليسة ".

اما في عقد خدمة التوصيل التجاري فأن الاموال التي توجد لدى المستهلك الشخص المعنوي وكانت قد بيعت له ولكنه لم يدفع قيمتها، او كانت تلك الاموال عباره عن سلع او بضائع او الآلات او اوراق مالية تعود لشخص اخر وكانت عبارة عن وديعة لدى الشخص المعنوي فهنا يستطيع هذا الشخص او البائع استرداد تلك الاموال شريطة ان تكون على الحالة التي استلمها المستهلك المعنوي اي ان لا يكون قد اصابها ضرر جزئي او كلي او هلكت.

وهذا ما اشارت اليه المادة (380) من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها " يجوز استرداد البضائع التي فسخ بيعها قبل الحكم بالتسوية القضائية او بالإفلاس سواء كان هذا بحكم قضائي او من جراء شرط فسخ اتفاقي، وذلك ما دامت هذه البضائع قائمة عينا كلها او بعضها، ويتعين ايضا قبول الاسترداد رغم الحكم بفسخ البيع او تقرير وجوده بمقتضى حكم قضائي تالي للحكم بالتسوية القضائية او بالإفلاس وذلك متى كانت دعوى الاسترداد او الفسخ رفعها البائع الذي لم يستوفي الثمن قبل الحكم المنشئ "

وفي خضم كل ما تقدم يقودنا الاستمرار بالبحث لطرح التساؤل التالي :

هل يجوز للبائع المطالبة بالتعويض اذا ما اصاب المستهلك الافلاس او الاعسار ؟ ومن هي المحكمة المختصة بنظر دعاوى عقد خدمة التوصيل ؟

للإجابة على التساؤل اعلاه لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة وكما يلي:

1 - د. احمد محمد محرز، نظام الافلاس في القانون التجاري الجزائري، بدون مطبعة، الجزائر، 1980، ص56 وما بعدها

لم يشر المشرع العراقي إلى حالة التعويض عن الفسخ في قانونه التجاري النافذ، ولكن بالرجوع إلى قانون رقم (149) الباب الخامس وتحديدا المادة (610) فأنها أشارت إلى دخول الدائن بالتفليسة إذا حكم له بالتعويض بشرط عدم التواطىء مع المفلس والتي جاء فيها " إذا حكم على المفلس بعد إشهار إفلاسه بالتعويض عن ضرر أحدثه للغير جاز للمحكوم له الدخول في التفليسة بالتعويض المقضي به ما لم يثبت تواطؤه مع المفلس " اما الفقرة (3) من المادة (638) من نفس القانون فأنها اشارت إلى المعنى ذاته والتي جاء فيها " 3 ـ وللمتعاقد الاشتراك في التفليسة كدائن عادي بالتعويض المترتب على الفسخ الا إذا نص على احتفاظ التعويض بالامتياز المقرر له قانوناً "، اما بالرجوع إلى احكام القانون المدني فنرى ان المشرع العراقي نص في المادة (890) الخاصة بالمقاولة بعدم المطالبة بالتعويض عند فسخ العقد بسبب الافلاس والتي جاء فيها " اذا اشهر افلاس رب العمل جاز للمقاول او لوكيل التفليسة ان يفسخ العقد دون ان يكون لأي منهما الحق في المطالبة بهذا التعويض " وهذه التفاته واضحة من قبل المشرع لتخفيف الضرر الذي يلحق رب العمل من جراء الافلاس وعدم تحميله عبىء اخر الا وهو دفع التعويض.

ومن هنا وحسب اعتقادنا ان عدم تنظيم هذه المسالة في التشريع العراقي يعد نقصاً تشريعياً يجب تداركه والاسراع في اقرار قانون التجارة الالكترونية لسد جميع الثغرات التي يجب ان تعالج مسألة التجارة الالكترونية من جميع جوانبها وعلى اقل تقدير في الوقت الحاضر نقترح على المشرع النص عليه في قانون حماية المستهلك ويكون النص كالأتي (اذا افلس المستهلك واصبح من المستحيل عليه دفع ثمن السلع والبضائع التي تعاقد عليها مع البائع يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون، مع احتفاظ البائع بحقه بالتعويض ان سبب له الافلاس ضرر)

ولتوضيح المسألة نسوق المثال الأتي في عقد خدمة التوصيل فلو تعاقد مستهلك عبر المنصات الالكترونية مع بائع على شراء وتوصيل سلع وبضائع واذا ما اخذنا مثال لتلك السلع مبيدات زراعية لكون المستهلك مزارع ويعمل في زراعة المحاصيل وكانت تلك المبيدات تقدر بكميات كبيرة لتغطية الاراضي التي يعمل عليها المستهلك، وخلال فترة تجهيز الطلبية وقيام البائع بتغليفها وتحضيرها وتسليمها إلى المندوب لغرض توصيلها إلى المستهلك حدثت ظروف ادت إلى افلاس المستهلك ومنعته من تنفيذ التزامه بتسلم الطلب ودفع الثمن، ولا يكتفي الامر بفسخ العقد وعدم تسليم المبيدات إلى المستهلك وارجاع الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد بل لابد عطف النظر على الضرر الذي لحق البائع من حيث تصنيع هذا النوع من المبيدات التي قد لا يحتاج اليها مستهلك اخر بسبب نوع المبيد او اسم الشركة المصنعة او بسبب نوع التربة التي لا تحتاج إلى هذا النوع من المبيدات ولكون هذه المبيدات لها تاريخ نفاذ ومع عدم بيعها إلى مستهلك اخر هذا بحد ذاته ضرر مادي للبائع

غير قابل لأثبات العكس، هذا من جانب ومن جانب اخر فأن عملية التحضير والتسليم إلى المندوب ونقلها على الية النقل يتطلب جهود ونفقات مالية، وان افلاس المستهلك وعدم استلام المبيدات ودفع ثمنها فتكون الخسارة كبيرة على البائع، لذلك يجب على المشرع الانتباه إلى هذا الامر وتدارك النقص التشريعي الخاص بالعقود الالكترونية.

اما موقف المشرع المصري فأنه لم يختلف عن المشرع العراقي من حيث دخول الدائن بالتفليسة عند الحكم له بالتعويض عن عدم التنفيذ بسبب الافلاس من خلال نص المادة (595) والتي جاء فيها " اذا حكم على المفلس بعد شهر إفلاسه بالتعويض عن ضرر احدثه للغير جاز للمحكوم له الدخول في التفليسة بالتعويض المقضي به، ما لم يثبت تواطؤه مع المفلس " كذلك ما اشارت اليه المادة (623) الفقرة (3)[1].

اما موقف المشرع الجزائري فأنه لم ينص على التعويض في عقد خدمة التوصيل، لكنه اشار بالقانون المدني النافذ بنص المادة (119)[2] وكذلك المادة (122) والتي جاء فيها " اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا استحال ذلك جاز للمحكمة ان تحكم بالتعويض "

اما القانون المدني رقم (58) سنة 1975 المعدل بقانون رقم (1) لسنة 1989، حيث نص المشرع بالمادة (10) من القانون والتي جاء فيها " يمكن لاحد الطرفين ان يفسخ العقد في اي وقت شريطة ان يعوض المتعامل معه عن الضرر الناجم عن هذا الفسخ "

ونلاحظ من خلال النصوص القانونية ان المشرع الجزائري يؤكد على التعويض سواء كان الفسخ قضائي او اتفاقي وذلك لحماية المتعاقد مع المفلس وحفظ حقوقه من تعسف الطرف المخل بتنفيذ التزامه العقدي[3].

اما حالة التعويض عند افلاس المستهلك في عقد خدمة التوصيل فهي كما بينا سلفا انها تعتمد على طبيعة العقد هل هو عقد داخلي ام عقد دولي حيث ان قيمة التعويض تتناسب طرديا مع حجم وكمية المبيع وفي كل الاحوال فأن التعويض هو الطريق الطبيعي لتعسف المستهلك بتنفيذ التزاماته ومما يترتب عليه اضرار مادية للبائع سواء من خلال توصيل السلع والبضائع او من خلال اقامة الدعاوى وما يرافقها من مشقة ومصاريف يتحملها المستهلك من خلال التعويض الذي يحكم به، هذا اذا كان

1 - نص الفقرة (3) من المادة (623) من قانون التجارة المصري التي جاء فيها " 3 ـ وللمتعاقد الاشتراك في التفليسة كدائن عادي بالتعويض المترتب على الفسخ الا إذا نص على احتفاظ التعويض بالامتياز المقرر له قانوناً " ينظر د. فاروق احمد زاهر، القانون التجاري المصري، الكتاب الرابع، الافلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ط2، ص109

2 - نص المادة (119) " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذار المدين ان يطلب تنفيذ العقد او فسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى"

3 - د. نسرين شريفي، الافلاس والتسوية القضائية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص37.

المستهلك شخص معنوي من القطاع الخاص واعلن افلاسه، اما اذا كان الشخص الاعتباري هو من القطاع العام فلا يمكن تصور اعلان افلاسه ولا مجال للحديث عن تعويض في هذه الحالة، اما اذا كان المستهلك شخص طبيعي فهنا ايضا يصار إلى التعويض في حالة افلاسه وتم التطرق إلى هذه الحالة سابقا.

اما مسالة المحاكم التي تنظر هذا النوع من الدعاوى فهي محاكم البداءة في القانون العراقي حيث ان التشريع العراقي اتخذ موقفا موحدا بالنسبة للقضاء المدني والتجاري من حيث تنظيم اعمال السلطة القضائية وكذلك اختصاص المحاكم، حيث ان المسائل المدنية وكذلك التجارية تخضع لاختصاص محاكم البداءة، وذلك حسب ما جاءت به الفقرة (1) من المادة (573) من قانون التجارة رقم (149) الملغي باستثناء الباب الخامس الخاص بالإفلاس والتي جاء فيها "1 ـ تختص بإشهار الإفلاس محكمة البداءة..." [1]، وما اشار الية ايضا قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 بالفقرة (2) من المادة (32) والتي جاء فيها " 2- تختص محكمة البداءة في دعاوى الافلاس وما ينشا عن التفليسة وفق الاحكام المقررة في قانون التجارة ".

اما موقف المشرع المصري فأنه يتفق مع موقف المشرع العراقي بخضوع هذه الدعاوى إلى المحكمة الابتدائية حيث اشار المشرع إلى ذلك من خلال الفقرة (1) من المادة (559) من قانون التجارة والتي جاء فيها "1- تختص بشهر الافلاس المحكمة الابتدائية..."

اما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار إلى ان المحكمة المختصة بنظر هذا النوع من الدعاوى هي محكمة الافلاس، حيث إن الجهة المختصة بشهر حكم الإفلاس او التسوية القضائية فهي احكام تتعلق بالنظام العام، ولكن بالرجوع للمادة (1) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 08-09 لسنة 2008 فإن المحاكم تكون لها ولاية عامة للفصل في القضايا المدنية و التجارية، ومع ذلك فان القضايا المتعلقة بالإفلاس تختص بنظرها المحكمة المنعقدة بمقر المجالس القضائية دون غيرها وهذا ما جاء به نص للمادة 8 من قانون الاجراءات القضائية وكذلك ما اشارت اليه الفقرة (3) من المادة (40) من نفس القانون التي جاء فيها " ترفع الدعاوى امام الجهات القضائية في مواد الافلاس... امام

1 - تم تعديل المادة (573) من قبل سلطة الائتلاف المؤقت والتي جاء فيها " 2- الحكم الصادر بإشهار الافلاس وبدون هذا الحكم لا يترتب على الوقوف عن الدفع اي اثر ما لم ينص القانون على غير ذلك " ينظر عمار حبيب جهلول، مسلك التشريع العراقي الجديد في الافلاس، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، 2013، مج4، العدد1، ص70.

المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها او مكان افتتاح الافلاس او التسوية القضائية او مكان المقر الاجتماعي للشركة " [1].

ومن خلال كل ما تقدم يقدح التساؤل الأتي : **هل يجوز صدور حكم أشهار افلاس المستهلك ان كان شخصاً اجنبياً ؟**

للإجابة على هذا التساؤل لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة وكما يلي :

أجاب المشرع العراقي على هذا التساؤل من خلال الفقرة (2) من المادة (573) سالفة الذكر من حيث امكانية افلاس الشخص الاجنبي ان كان له فرع في العراق مع مراعاة ما جاءت به الاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص، والتي جاء فيها "2 ـ ومع عدم الإخلال بما تقضي به الاتفاقات الدولية يجوز إشهار إفلاس التاجر الذي له في العراق فرع أو وكالة ولو لم يصدر حكم بإشهار إفلاسه في دولة أجنبية. وفي هذه الحالة تكون المحكمة المختصة بإشهار الإفلاس في العراق هي المحكمة التي يقع في منطقتها الفرع أو الوكالة "

أما موقف المشرع المصري فأنه يتفق مع المشرع العراقي[2] حيث نص في الفقرة (2) من المادة (559) من القانون التجاري على اشهار افلاس الشخص الاجنبي والتي جاء فيها "٢- ومع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف النافذة في مصر يجوز شهر إفلاس التاجر الذى له في مصر فرع أو وكالة ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه في دولة أجنبية وفى هذه الحالة تكون المحكمة المختصة بشهر الإفلاس في مصر هي التي يقع في دائرتها الفرع أو الوكالة ".

أما موقف المشرع الجزائري فأنه اشار في اكثر من مناسبة بتطبيق القانون الجزائري على الاشخاص الاجنبية سواء كانوا اشخاص طبيعيين او اعتباريين، واذا ما اخذنا ما نصت عليه المادة (10) من القانون المدني والتي جاء فيها "... اذا مارست الاشخاص الاعتبارية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات نشاطها في الجزائر فأنها تخضع للقانون الجزائري "

أما الفقرة (3) من المادة (20) من القانون التجاري التي جاء فيها " 3- يطبق القانون الجزائري على كل ممثلية تجارية اجنبية تماس نشاطا تجاريا على التراب الوطني "، اما المادة (605) من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي جاء فيها " لا يجوز تنفيذ الاوامر والاحكام والقرارات الصادرة

1 - د. عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص74 وما بعدها.
2 - د. وفاء شيعاوي، الافلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2013، ص28 وما بعدها.

من جهات قضائية اجنبية في الاقليم الجزائري الا بعد منحها الصيغة التنفيذية من احدى الجهات القضائية الجزائرية " كما تجدر الاشارة إلى ان الأجنبي له الحق في ممارسة التجارة اذا توفرت الشروط المطلوبة في التاجر الوطني، كما ان عليه ان يحصل على رخصة من الوزارة الوصية لغرض ممارسة التجارة في الجزائر، وهو من تطبيقات المعاملة بالمثل وكما نصت على ذلك الاتفاقيات الدولية[1]، ومن خلال كل ما ورد من نصوص قانونية نستنتج ان المشرع الجزائري قد اجاز اعلان افلاس المستهلك الاجنبي شريطة ممارسة العمل التجاري داخل التراب الوطني وان كان له فروع خارج البلد.

من خلال كل ما تقدم من نصوص قانونية نستنتج ونصل إلى نتيجة مفادها أن المستهلك في عقد خدمة التوصيل التجاري أن كان شخصاً اجنبياً سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً مثل الشركات أو المؤسسات وتعمل في البلد بصورة دائميه او مؤقته فيمكن صدور حكم بإشهار افلاسه وتطبق عليه قوانين الدولة التي يوجد فيها مقر عمله وان كان له فرع ثاني في بلد اخر وذلك للحفاظ على حقوق المتعاقدين والمتعاملين معه.

وحيث تبين لنا انتهاء عقد خدمة التوصيل التجاري ممكن بسبب وفاة المستهلك او اشهار افلاسه ولاستكمال دراستنا لهذا العقد لابد ان نتطرق إلى الاسباب الخاصة الاخرى التي ينتهي بها العقد ايضا وهذا ما نتناوله بالفرع الثاني.

ومن هنا ندعو المشرع العراقي الى تعديل قانون حماية المستهلك واضافة مادة قانونية تشير الى انتهاء العقد بموت المستهلك الشخص الطبيعي أو البائع، وكذلك في حالة الافلاس كون هذه الحالات واردة في هذا العقد ولما تخلق من اشكاليات لدى المتعاملين بهذا النوع من العقود، فلابد من وضع تشريع قانوني يلتجى اليه المتعاقدين حماية لهم ولمصالحهم المشتركة.

الفرع الثاني

انتهاء العقد بسبب الاهلية و الغش والتدليس

ان فقدان الاهلية القانونية تعد من الاسباب الخاصة التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل التجاري حيث ان المتعاملين بهذا النوع من العقود سواء كانوا اشخاص طبيعيين او معنويين مثل الشركات او المؤسسات لابد من توافر الاهلية التي نص عليها القانون لمزاولتهم النشاط التجاري وبفقدانها ينتهي العقد حتما[2]، هذا من جانب ومن جانب اخر انه يشترط ان يمتنع البائع عن اي عمل فيه غش

1 - د. وفاء شيعاوي، مصدر سابق، ص26.
2 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص267.

وتدليس كون هذا العمل سيؤدي حتما إلى انتهاء العقد من خلال حق الطرف الاخر بطلب الفسخ بسبب الغش والتدليس ولبيان هذه الاسباب الخاصة التي ينتهي بسببها عقد خدمة التوصيل التجاري لابد من تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين مستقلتين وكما يلي :

اولا : ألاهلية

ان فقدان اهلية البائع او المستهلك تعد من ألاسباب التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل التجاري وكما هو في باقي العقود وقبل ذلك لابد من بيان ألاهلية التجارية المطلوبة لكل من البائع والمستهلك حيث ان ألاهلية في عقد خدمة التوصيل ترتكز بالأساس على البائع او المجهز الذي يمتهن العمل التجاري وكانت حرفة له سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً وسواء كان من مواطنين البلد أو كان شخصاً اجنبياً يجب أن يتمتع بالأهلية القانونية التي نص عليها القانون، أما المستهلك في عقد خدمة التوصيل فليس هنالك ما يمنع من تعامله وان لم يكن يتمتع بالأهلية القانونية فمجرد بلوغه سن التمييز يصبح أهلا للتعامل ولا يمكن ان نتصور غير حالة واحدة تنهي العقد بالنسبة لفقدان اهلية المستهلك الشخص الطبيعي وهي اصابة بالجنون او العته، وكل هذه الاحتمالات سوف نعالجها من خلال التقسيم الأتي لبيان تفاصل هذه العلاقات بدقة اكثر من خلال بيان موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة على النحو الاتي :

لم يحدد المشرع العراقي في القانون التجاري سن البلوغ بالنسبة للأهلية المطلوبة في الشخص الطبيعي الوطني على الرغم من اشتراطها لمزاولة العمل التجاري في العراقي، وبالاستناد إلى احكام اصلاح النظام القانوني العراقي رقم (35) لسنة 1977 وتوحيد الاحكام بالنسبة للأهلية في المسائل المدنية والتجارية و بالرجوع إلى احكام القانون المدني العراقي نلاحظ ان المشرع قد حدد سن الاهلية المطلوبة وهي بلوغ سن (18)[1] سنة من خلال ما نص عليه في المادة (106) التي جاء فيها " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة "[2].

اما الشخص الاجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً (ألاشخاص المؤسسين للشخص المعنوي) هنا اشار المشرع العراقي إلى تحديد سن الاهلية التي تؤهلهم لمزاولة العمل التجاري في العراق بحسب قانون جنسية الاجنبي اي قانون الدولة التي ينتمي اليها وهذا ما جاء بنص الفقرة (1) من المادة (18) من التقنين المدني التي جاء فيها[3] " الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته " ولا يسري قانون الموطن الذي يتواجد فيه او يزاول فيه نشاطه التجاري

1 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص100
2 - د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق،ص72.
3 - د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص101

وذلك لأنه قد يكون هذا الشخص محجور عليه بسبب عارض يفقده اهليته القانونية او ان يكون سن البلوغ بدولة جنسيته اعلى من المحدد بالقانون العراقي ومع ذلك استثنى المشرع العراقي بالفقرة (2) من نفس المادة[1]، الاجنبي الذي يوهم من تعاقد معه بأنه كامل الاهلية هنا يعامل هذا الاجنبي معاملة كامل الاهلية عقوبة له، وهنالك حالة استثناها المشرع العراقي وهي حالة الشخص الذي يبلغ 15 سنة من العمر يعتبر كامل الاهلية بالنسبة للقدر الذي اذن له به [2]، وهذا ما نصت عليه المادة (3) من قانون رعاية القاصرين رقم 78لسنة 1980 والتي جاء فيها "... ويعتبر من اكمل الخامسة عشر وتزوج بأن من المحكمة كامل الاهلية ".

اما موقف المشرع المصري فأنه تناول الاهلية المطلوبة لممارسة التجارة بأربع مواد (11-14) من قانون التجارة حيث حددت الفقرة (1) من المادة (11) السن القانوني والتي جاء فيها " أ- يكون اهلا لمزاولة التجارة مصريا كان او اجنبيا من بلغ سن احدى وعشرون سنة كاملة، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته تعتبره قاصرا في هذا السن" نلاحظ ان المشرع قد ساوى بين الشخص الوطني والاجنبي على حدا سواء، ثم اكمل النص بمن اكمل الثامنة عشر من العمر وقيده بشرط الموافقة والتي جاء فيها " ب- من اكمل الثامنة عشر بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته وذلك بعد الحصول على اذن من المحكمة المصرية المختصة " [3] كما اشار في الفقرة (2) من نفس المادة إلى الحد الادنى للأهلية المسموح بها مزاولة التجارة وان كان قانون دولته يسمح بأقل منها والتي جاء فيها " 2- لا يجوز لمن يقل سنه عن ثماني عشرة سنة ان يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته يعتبره راشدا في هذا السن او يجيز له الاتجار" .

نلاحظ من خلال النصوص اعلاه ان المشرع لم يميز بين الشخص الطبيعي والمعنوي الاجنبي، ولكن بالرجوع إلى احكام القانون المدني المصري فنلاحظ انه ميز ما بين الشخص الطبيعي والمعنوي من خلال نص الفقرة (2) من المادة (11) والتي جاء فيها " 2- اما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسري عليه قانون الدولة

1 - نص المادة (18) الفقرة (2) من القانون المدني العراقي " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه اذا كان احد الطرفين اجنبيا ناقص الاهلية وكان سبب نقص الاهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر تبينه فأن الاجنبي في هذا التصرف كامل الاهلية".
2 - د. منذرالفضل، مصدر سابق، ص126.
3 - د. سميحة القيلوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري الجزء الاول نظرية الاعمال التجارية والتاجر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص200.

التي اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فأن القانون المصري هو الذي يسري " [1].

كذلك أشارت الفقرة (2) من المادة (44) من القانون المدني المصري إلى ألاهلية المطلوبة لمزاولة الاعمال التجارية والتي جاء فيها " سن الرشد احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة "، نلاحظ من خلال النصوص القانونية سالفة الذكر ان موقف المشرع المصري كان اكثر دقة من موقف المشرع العراقي من خلال النص على الاهلية في القانون التجاري وكذلك من خلال ما اشار اليه من تدرج السن ما بين القانون المصري والاجنبي.

اما موقف المشرع الفرنسي فأنه حدد في القانون المدني الاهلية التي تسمح بمزاولة التجارة وابرام العقود وهو بلوغ سن الرشد وهو (18) سنة ومن خلال ما نصت عليه المادة (1145) التي جاء فيها " يجوز لكل شخص طبيعي ان يتعاقد ما لم ينص القانون على عدم اهليته، وتحدد اهلية الاشخاص المعنوية بالأعمال اللازمة لتحقيق موضوعها وفق ما هو معين في انظمتها..." [2]

اما موقف المشرع الجزائري من الاهلية فأنه لم يحدد سن الاهلية المطلوبة في القانون التجاري بل تركها لحكم القواعد العامة في القانون المدني[3]، حيث حدد المشرع سن الاهلية من خلال نص المادة (40) التي جاء فيها " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

السؤال المهم هنا في هذا الفرض كيف يتم التحقق من الاهلية في العقود الالكترونية ؟

اشرنا فيما سبق ان المشرع العراقي والقوانين المقارنة لم يتطرقوا إلى الاهلية بالنسبة للمتعاقدين عبر الوسائل الالكترونية ولكنهم عالجوا هذا الامر من خلال القواعد العامة في التقنين المدني وهذا ما توصل اليه الباحث، ولكننا نقف على نقطة مهمة ولا يمكن تجاهلها لما تثيره من اشكاليات التي تتعلق بالأهلية القانونية للتعاقد عبر شبكة الانترنيت [4] ولكون العقد الالكتروني يبرم

---

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص277، د. سمير السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص29.

2 - نص المادة (1145) باللغة الفرنسية :

Art – 1145,, Il est permis à toute personne physique de contractor à moins que la loi ne stipule qu'elle n'est pas qualifiée,,

3 - د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بدون سنة طبع، ص284.

4 - د. مدني عبد الله حجازي، التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت واثبات التعاقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012، ص255.

عن بعد فهنا تثور الاشكالية وتصعب معها تحديد اهلية الطرف الاخر المتعاقد[1] وما يزيد الموضوع تعقيدا هو الدخول بكل يسر إلى مواقع شبكة الانترنيت وخاصة من قبل صغار السن الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية[2] وقد يحدث أمراً آخر وهو حصول هذا الحدث القاصر غير البالغ سن الرشد على احدى البطاقات الائتمانية [3]، ليستخدمها في التعاقد الالكتروني، وكذلك لا يمكن التغاضي عن طرح مسألة اخرى وهي حالة التهكير والقرصنة على حسابات البطاقات الائتمانية[4] وهنا تكمن مشكلة تحديد اهلية المتعاقد في العقود الالكترونية.

ان التعاقد عبر شبكة الانترنيت هو ذات التعاقد التقليدي يحتاج حتى يكون تعاقد صحيحا ان يصدر التصرف من اطراف تتوفر فيهم الاهلية القانونية [5] ومن غير شك ان التعاقد الالكتروني في حقيقته اكتسب خصوصيته من خلال الوسيلة التي ينعقد فيها والتي تكسبه الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود التقليدية [6] حيث يتم من خلال هذه الوسيلة ترويج السلع والبضائع واتمام الصفقات التجارية باستخدام تلك الوسائل التكنلوجية الحديثة عن بعد[7]، وهنا وفي هذه الفرضية التي نحن بصددها هنالك مصلحتان تتنازع حول هذا الامر الاولى هي : مصلحة المتعاقد القاصر من حيث ابطال تصرفاته التي اجراها من خلال التعاقد مع البائع، اما المصلحة الثانية فهي : مصلحة البائع وهو الطرف الثاني ومصلحته في تمام العقد لتفادي اي خسارة تلحقه من عدم تنفيذ العقد[8].

ولغرض تحقيق التوازن بين بين هذه المصلحتين يرى الفقه ضرورة التفرقة بين حالتين ان كان قيمة العقد (بسيطة او باهضه) [9] على النحو التالي :

---

1 - امينة كوسام، خصوصية الاهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، جامعة الحاج خضر باتنه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016، عدد(2)، مجلد (2)، ص42.

2 - د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص54.

3 - تعرف البطاقات الائتمانية بأنها (عبارة عن بطاقات بلاستيكية تستعمل بدل النقود في عملية الدفع والشراء وتقوم المصارف التي تزود المستفيد منها بشحن البطاقات بنقود الكترونية مقابل ما يودعه صاحب هذه البطاقة من نقود)

4 - د. محمد فواز المطالعة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص273.

5 - تعرف الاهلية القانونية بأنها (قدرة الشخص على الالتزام وعلى مباشرته شخصيا للتصرف بما يترتب عليها من حقوق وواجبات) د. احمد الحجي الكردي، الاحوال الشخصية، الاهلية والنيابة الشرعية والوصية، دار اقراء للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2009، ص11. د. عدنان السرحان، حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2010، ص105.

6 - اقدس صفاء الدين رشيد، التعبير عن الارادة في التعاقد الالكتروني، دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد(1)، المجلد (13)، 2016، ص85.

7 - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص33.

8 - د. محمد فواز المطالعة، مصدر سابق، ص188.

9 - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص153 وما بعدها.

(1) - العقد الالكتروني البسيط الثمن : وهو العقد الالكتروني ذو القيمة البسيطة من حيث نوعها او ثمنها وعلى سبيل المثال (الملابس – الاطعمة – الكتب) ومثل هذه العقود تكون تصرفات القاصر صحيحة رغم غشه للبائع حسن النية واقراره بأنه كامل الاهلية[1]. ونحن نميل مع هذا الراي في عقد خدمة التوصيل التجاري وخاصة ما يفرضه الواقع العملي في الكثير من العقود الالكترونية التي تبرم ما بين المستهلك والبائع على شراء اشياء اساسية للاستخدام الشخصي اليومي، كما في حالة شراء الوجبات الغذائية (الدلفري) من المطاعم، او المواد الكمالية الاخرى وهنا ولكون هذه العقود ذات قيمة مالية بسيطة تكون تصرفات ناقص الاهلية صحيحة ومعتبره في حدود تلك القيمة البسيطة.

(2)– العقد الالكتروني الباهض الثمن : العقد الالكتروني ذو القيمة او الثمن الباهض اي المقابل المادي الكبير جدا وعلى سبيل المثال (شراء سيارة – اجهزة ومعدات ثقيلة) هنا في هذه الفرضية يجب مراعاة مصلحة ناقص الاهلية او القاصر هنا يقرر بطلان العقد واسترداد البضائع من تحت يد القاصر[2] ويرى جانب من الفقه (لا يمكن للشخص المتمسك بالبطلان الرجوع على القاصر بالتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية، لان هذا الامر يفضي إلى الاقرار بصحة العقد والزام القاصر به)[3]

لكن هنالك رأي ثالث من الفقه يرى ان المتعاقد القاصر له حق الرجوع في العقد لأنه يحمل صفة المستهلك كأنه كامل الاهلية، وكذلك الزامه بالتعويض عن الضرر للمتعاقد الاخر، وهذا لتحقيق التوازن العقدي بين مصلحة المتعاقدين[4].

وهذا الراي الفقهي هو التوسع بنظرية الوضع الظاهر لترجيح مصلحة المهنيين، كما لو تعارضت مصلحة المتعاقد القاصر الذي ابرم عقد الكتروني مع تاجر حسن النية[5]، فأن لهذا الاخير ان يتمسك بصحة العقد ولكون المتعاقد القاصر توفرت فيه مظاهر الشخص الكامل الاهلية مما دفع الطرف الاخر للتعاقد، ويجوز للبائع الرجوع على ولي امر القاصر على اساس المسؤولية التقصيرية

---

1 - د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2017، ص102.
2 - د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزامات في القانون المصري والانكليزي، بدون دار نشر، 1999، ص222 وما بعدها.
3 - د. فتحي عبد الرحيم، مصدر سابق، ص223، سمير برهان، ابرام العقد في التجارة الالكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة، 2003.
4 - عمر خالد محمد الزريقات، عقد البيع عبر الانترنيت، دراسة تحليلية، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005، ص156.
5 - د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء، مصدر سابق، ص101، د. اسامه مجاهد، مصدر سابق، ص42، د. سمير الجمال، مصدر سابق، ص153.

بسبب الضرر الذي لحقه، وان الكثير من التشريعات نصت على مسؤولية الانسان عن فعل غيره على اساس العلاقة التبعية.

ونحن نعتقد توافق هذا الراي مع عقد خدمة التوصيل على الرغم من الاخذ به بهذا الشكل قد يثير التساؤل كيف يمكن ان تكون مظاهر الشخص القاصر اوهمت البائع بأنه شخص بالغ وان العقد هو عقد الكتروني وليس عقد تقليدي يمكن مشاهدة المشتري بصورة مادية، لكن لو اخذنا بنظر الاعتبار حالة التعاقد التي اشرنا اليها في الفصل الاول من هذه الرسالة بأن التعاقد عبر المنصة الالكترونية ليس هو تعاقد بين غائبين بل هو تعاقد بين حاضرين بفضل البرامج الالكترونية التي تتيح للبائع بمشاهدة المشتري صورة وصوت، ومن خلال هذا الفرض نحن نؤيد هذا الراي الفقهي وتحميل ولي امر القاصر اي ضرر يتعرض له البائع.

واستخلاصا لما سبق يرى الباحث لابد من ايجاد توازن بين طرفي العقد الالكتروني وعدم اغفال مصلحة احد الاطراف على حساب الطرف الاخر، خاصة بوجود حسن نية البائع لذلك لابد من توفير الحماية القانونية لإتمام تصرفاته بشكل قانوني لا يسمح للطرف الاخر للتلاعب معه والتسبب له بالضرر نتيجة التعاقد مع شخص قاصر، وفي الوقت الذي سعت فيه التشريعات إلى حماية المستهلك ندعوا إلى التركيز على هذه الجزئية التي اغفل عنها الكثير من المشرعين ومن ضمنهم المشرع العراقي، ولذلك وفي خضم التطور السريع الذي نعيشه اليوم والتطور التكنلوجي الهائل الذي القى بظلاله على تطور التعاقد الالكتروني عن التعاقد التقليدي الامر الذي ادى إلى ظهور اساليب جديدة لإبرام العقود والوسيلة التي لم تكن لها وجود قبل الثورة التكنلوجيا في مجال الاتصالات، لذلك تغيرت الكثير من المفاهيم واهمها التعاقد الالكتروني الذي انتعش بتطور التجارة الالكترونية التي واكبت التطور الاقتصادي الذي شهده العالم بأسره، لذلك نتمنى على المشرع العراقي الالتفات إلى هذه المسألة ومعالجة كل الثغرات في قانون المعاملات الالكترونية وقانون حماية المستهلك.

ولكن يبقى السؤال قائم في عقد خدمة التوصيل هو كيف يمكن التحقق من الاهلية في العقد الالكتروني ؟

نادى جانب من الفقهاء بضرورة اعتماد وسائل يمكن من خلالها التحقق من الاهلية القانونية للمتعاقد[1]، كما ان هذه المسألة تعد من المسائل الضرورية لإيجاد سبل فنية وقانونية تسهم في وضع

1 - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مصدر سابق، ص158 وما بعدها، - د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، اصول الالتزام، مطبعة المعرف، بغداد، 1970، ص76.

الحلول الناجعة لحل الاشكاليات المتعلقة بأهلية المتعاقدين عبر المنصات الالكترونية[1] في عقد خدمة التوصيل، ولا يمكن اغفال ما اقره المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني الذي يعتبر خطوة جديدة لتدعيم التطور التكنلوجي في مجال التجارة الالكترونية[2]. لكن الواقع العملي يملي علينا النظر إلى التقنيات التقليدية ومدى ملائمتها لعقد خدمة التوصيل.

وبعد الاطلاع على القوانين ذات العلاقة تبين للباحث بأنه لا توجد وسائل قاطعة في الوقت الحاضر يمكن معها التحقق من اهلية القاصر، مع ذلك يوجد هنالك وسائل ثانوية يمكن الاستفادة منها في تحقيق هذا الغرض، وهذه الوسائل منها وسائل تقنية مباشرة واخرى غير مباشرة ويمكن تفصيلها في جزئيتين على النحو الاتي :

1- وسائل تقنية مباشرة :

الوسائل التقنية هي طرق فنية يمكن من خلالها التوصل إلى اهلية المتعاقد وهي تكون على انواع يمكن ان نورد بعض الانواع من هذه الوسائل على النحو التالي :

أ- وسيلة استعمال بطاقات الكترونية :

وتعتبر هذه البطاقات كوعاء يحمل كل ما يتعلق بصاحبها من معلومات شخصية مثل الاسم التولد مكان الاقامة [3] حيث يمكن اعتبار هذه البطاقة هي بمثابة سجل عام، والنظام الذي تعمل فيه هذه البطاقات يمنحها الامان من التلاعب وكشف معلومات العميل صاحب البطاقة لكونها تحتوي على رقم سري مخزون على شريحة الكترونية تسمى (الرقاقة)، وهذه الطريقة يمكن من خلالها التعرف على اهلية المتعاقد، لكن رغم هذه الميزات المتوفرة في هذه البطاقات الا انها تبقى عاجزة عن اعتمادها بشكل كلي وذلك لعدم وجود نظام دولي تعمل عليه هذه البطاقات والمشكلة التي تبقى قائمة في تحديد اهلية المتعاقد في عقد خدمة التوصيل ان كان العقد دولي، وفضلا عن ذلك فأن هذا النظام للبطاقات الالكترونية قد تم اختراقه في الآونة الاخيرة من قبل المخترقين للأنظمة الالكترونية واستخدامها لغرض الحصول على ما تحتويه من اموال[4].

---

1 - يونس عرب، قانونية تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية، اعداد نقابة المحاميين العرب، عمان، 2001، ص20.
2 - د. منير محمد الجنبيهي، مصدر سابق، ص190 وما بعدها.
3 - عبد الباسط وفا، سوق النقود الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص596.
4 - د. ابراهيم العسوي، التجارة الالكترونية، مكتبة الاكاديمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003، ص85.

ب- **وسيلة ملئ نموذج البيانات :**

وتتلخص هذه الطريقة بأن يوضع اعلان على الصفحات الالكترونية الخاصة بالمواقع والمنصات التي يتم من خلالها عرض المنتجات والتعاقد على شراء تلك المنتجات، وتحتوي هذه النماذج على بيانات شخصية للمستهلك ومنها العمر محل الاقامة الحرفة[1]، حتى يتمكن البائع من تحديد عمر المستهلك والوقوف على الاهلية التي تخوله صلاحية ابرام العقود حيث تحتوي هذه البيانات على مفاتيح مرور خاص تتيح لكل مستهلك رقم سري يستطيع من خلاله الدخول إلى الموقع وابرام التعاقد على شراء شيء معين[2]، ولكن هذه الطريقة هي الاخرى التي لا يمكن التسليم بها كوسيلة يمكن اعتمادها بشكل قطعي لتحديد اهلية المتعاقد الالكتروني وذلك بسبب الافصاح الكاذب للمستهلك اثناء ملى النموذج بمعلومات غير دقيقة تتعلق بأهليته القانونية[3].

2 - وسائل تقنية غير مباشرة :

الوسائل التقنية الغير مباشرة لا تقل اهميتها عن الوسائل التقنية المباشرة والتي اخذت في الفترة الاخيرة حيزا واسعا في التعامل الالكتروني ما بين المستهلكين والتجار والمتعاملين عبر التقنيات الالكترونية في شبكة الانترنيت، ولتسليط الضوء اكثر لابد من تناول بعض هذه الوسائل على النحو الاتي :

أ- **الوسيط الالكتروني :**

هو(عبارة عن شبكة اتصالات دولية وتستعمل لتبادل المعلومات الخاصة بالعملاء، وتكون هذه الشبكات مفتوحة بشكل مستمر، حيث تربط مجموعة من الحواسيب في شبكات رئيسية فرعية ضمن برنامج خاص مفتوح في جميع بلدان العالم)[4] ويعمل الوسيط الالكتروني من خلال خطوات يجريها

---

1 - سمير الجمال، مصدر سابق، ص158وما بعدها.
2 - رامي محمد علوان، التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت واثبات التعاقد الالكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، 2002، العدد(4)، ص287.
3 - د. حمودي محمد ناصر، العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص219.
4 - استخدم المشرع العراقي هذا المصطلح في قانون التوقيع الالكتروني في الفقرة (8) من المادة (1) والتي جاء فيها " الوسيط الالكتروني هو برنامج الحاسوب او ايه وسيلة الكترونية اخرى تستخدم من اجل تنفيذ اجراء او الاستجابة لأجراء بقصد انشاء او ارسال او تسلم معلومات) اما المشرع المصري فأنه اشار اليه في المادة (2) من قانون التوقيع الالكتروني والتي جاء فيها " الوسيط الالكتروني : هو البرنامج الالكتروني الذي يستعمل لتنفيذ اجراء او الاستجابة لأجراء بشكل تلقائي بقصد انشاء رسالة معلومات او ارسالها او تسلمها " اما المشرع الفرنسي فأنه لم يتناول مصطلح الوسيط الالكتروني. اما المشرع الجزائري فهو على خطى المشرع الفرنسي ولم يورد مصطلح الوسيط الالكتروني في قانونه.

الانسان لبرمجة حاسوب ضمن برنامج معين لغرض اعداد وكيل الكتروني مهمته قيام الوكيل الالكتروني بالعمليات الالكترونية الخاصة بالرد على الرسائل الواردة للبرنامج من العملاء من خلال روابط معينة تحمل شفرة خاصة بكل عميل او مستهلك وتفتح هذه الروابط بعد ادراج المعلومات الكاملة عن المستهلك، وبهذه الطريقة تتأكد اهلية المستهلك قبل التعاقد معه.

ونحن نرى من وجهة نظرنا بأن هذه الوسيلة لا يمكن اعتمادها في تحديد اهلية المتعاقد وذلك لسببين وهما اولا : كون عقد خدمة التوصيل التجاري قائم على الحرية والتفاوض ولا يمكن اعتباره عقد اذعان لان الوسيط الالكتروني هو عبارة عن برنامج الكتروني يكون هو المسؤول عن الرد على رسائل العملاء دون تفاوض، اما السبب الثاني : فهو الائتمان التجاري حيث يجب ان تكون جميع معلومات المستهلك سرية ولا يجوز الافصاح عنها إلى الغير ولان الوسيط الالكتروني يمكن فتحة من قبل اكثر من حاسوب فهنا تكون معلومات المستهلك عرضة لإفشائها وتداولها، ورغم كل ما تحمل هذه الوسيلة من مزايا الا انها تكون عاجزة ان تكون هي الوسيلة المعتمدة وذلك لكون المعلومات التي يدرجها المستهلك في بيانات الروابط قد تكون غير حقيقية[1] .

ب- الجدار الالكتروني :

وهو برنامج الكتروني خاص يتم تنصيبه في الحاسب لغرض حماية بياناتها من التسلل والتهكير الالكتروني والفايروسات [2] حيث يعمل هذا البرنامج على حماية البرامج من اي اختراق الكتروني حيث يعمل على منع مرور الحزم البيانية الواردة من مصادر خارجية من خلال الحواجز التي يضعها هذا البرنامج لتوفير نظام امن لكل البيانات الخاصة بالعملاء وتخزينها داخل ذاكرة خاصة لا يمكن لأي شخص الولوج اليها الا من خلال مفاتيح وشفرات خاصة لا يملكها الا المخولين للعمل على هذا البرنامج وتتغير هذه المفاتيح بين فترة واخرى لزيادة الامان الالكتروني[3]

ونحن نعتقد في الوقت الذي توفره هذه الوسيلة من حماية وامان من دخول اي شخص قاصر للمنظومة الالكترونية والتعاقد من خلال تشفير وسرقة البيانات وخاصة البطاقات الالكترونية العائدة للعملاء والتعاقد بأسمهم، لكن تبقى هذه الوسيلة عاجزة عن تحديد اهلية المتعاقد لانها وسيلة حماية وامان ليس اكثر.

اما القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية عرف الوسيط الالكتروني في المادة (2) والتي جاء فيها " الوسيط الالكتروني هو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص اخر بأرسال او استلام او تخزين رسالة بيانات او بتقديم خدمات اخرى فيما يتعلق برسالة البيانات "

1 - د. احمد عبد التواب محمد، مصدر سابق، ص87.

2 - د. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات في تطوير العقد دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015، ص211، د. جمعة سمحان الهلباوي، الاهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة، دار الهدى للطبع، الجزائر، بدون سنة طبع، ص88.

3 - د. عبد الفتاح بيومي، مصدر سابق، ص112.

وفي مقابل هذه الوسائل الفنية هنالك وسائل قانونية اخرى مثل (التوقيع الالكتروني – التصديق الالكتروني) لكن تبقى هذه الوسائل عاجزة عن تحديد اهلية المتعاقد الالكتروني بشكل قطعي وخاصة في العقود الدولية.

لذلك ومن هنا نتمنى على المشرع العراقي التعجيل بإصدار قانون التجارة الالكترونية ليساير قوانين الدول الاخرى التي سبقتنا بتشريع قوانين خاصة بالتجارة الالكترونية، ولكون قانون حماية المستهلك وكذلك قانون التوقيع الالكتروني العراقي النافذ لم يعالج هذه المسألة لذلك نقترح على المشرع تظمين قانون حماية المستهلك نص خاص في تحديد اهلية المتعاقد القاصر في التعاقدات الالكترونية ومن خلال فرز الاهلية في العقود الداخلية عما هيه في العقود الدولية وعدم اهمال مصلحة البائع والتغاضي عن اي ضرر يصيب البائع حسن النية الذي تعاقد مع مستهلك قاصر.

ثانيا : الغش والتدليس

أن من بين المبادئ التي يقوم عليها القانون التجاري هو مبدأ الامان ومن خلال ما نص عليه المشرعون وما اكدته الاتفاقيات الدولية، ومع تطور التكنلوجيا وانتشارها بشكل واسع ومن خلالها ازدهار الاقتصاد بشكل ملحوظ من خلال التنافس ما بين الشركات المنتجة والمصنعة ولعدم احتكار صناعة معينة بجهة واحدة لذلك؛ اصبح الغش والتدليس حالة نشاز في الواقع التجاري ونظمت لها القوانين احكام خاصة وشددت عليها للحفاظ على حقوق المتعاملين بالتجارة، ومنها عقد خدمة التوصيل التجاري الذي يجب ان ينفذ من غير استعمال طرق الغش والتدليس من قبل البائع سواء كان منتجاً أو مصنعاً للسلعة أو كان تاجر تجزئة يقوم ببيع السلع والمنتجات مرة اخرى، والسؤال الذي يمكننا ان نطرحه هو : **كيف ينتهي عقد خدمة التوصيل التجاري بسبب الغش والتدليس ؟**

للإجابة على هذا السؤال لابد من بيان موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة :

اشار المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010 إلى حماية المستهلك من اي ضرر يتعرض له وهذا ما نصت عليه المادة (2) والتي جاء فيها " يهدف هذا القانون إلى ضمان حقوق المستهلك الأساسية وحمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تؤدي إلى الإضرار به "[1]

وحرصا من المشرع العراقي الذي نؤيد موقفه بالمحافظة على حقوق المستهلك الزم المجهز من خلال الفقرة (اولا) من نص المادة (7) بلصق كل البيانات الخاصة بكل سلعة سعيا منه لعدم الغش والتدليس والتي جاء فيها " أولاً التأكد من تثبيت البيانات والمواصفات والمكونات الكاملة للمنتج

1 - د. امانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 2010، ط1، ص19.

وخاصة بدء وانتهاء الصلاحية وبلد المنشأ قبل طرحها في السوق أو قبل إجراء عملية البيع أو الشراء أو الإعلان عنها "

كما انه اشار إلى حظر حالات الغش وفرض على مخالفتها عقوبات سالبة للحرية وهذا ما نصت عليه المادة (9) من القانون والتي جاء فيها " يحظر على المُجهز والمعلن ممارسة الغش والتضليل والتدليس وإخفاء حقيقة المواد المكونة المواصفات المعتمدة في السلع والخدمات كافة "[1]

اما موقف المشرع المصري فأنه نظم حماية حقوق المستهلكين من غش وتدليس المنتجين والبائعين والموردين من خلال قانون حماية المستهلك المصري[2] رقم (181) لسنة 2018، حيث حضر في نص المادة (2) من المساس بحقوق المستهلك والتي جاء فيها " حرية ممارسة النشاط التجاري مكفولة للجميع، ويحضر على اي شخص ابرام اي اتفاق او ممارسة اي نشاط يكون من شأنه الاخلال بحقوق المستهلك الاساسية..."

وكما اشار المشرع في المادة (3) من نفس القانون بالزام الموردين بجودة المنتجات وفق القياسات المصرية والتي جاء فيها " يلتزم المورد بقواعد الصحة والسلامة ومعايير الجودة وضمانها للمستهلك في منتجاته وفقا للمواصفات القياسية المصرية او وفقا للمواصفات الدولية المعتمدة في مصر..."

اما نص المادة (9) فأنها جاءت موضحة الزام المشرع بتجنب الغش والتدليس من قبل المنتجين او الموردين كما جاء فيها " يلتزم المورد او المعلن بتجنب اي سلوك خادع وذلك متى ما انصب هذا السلوك على طبيعة السلعة او صفاتها الجوهرية او العناصر التي تتكون منها او كميتها او وزنها او حجمها او طريقة صنعها او تاريخ انتاجها او تاريخ صلاحيتها..."

نلاحظ من خلال النصوص القانونية المتقدمة انفراد المشرعين العراقي والمصري عن غيرهم من المشرعين كما سنرى لاحقا، حيث انهم اعتبروا اي خطا يصدر من المنتج او احد تابعية هو بمثابة غش وتدليس وفرض على مخالفة هذه المواد جملة من العقوبات منها سالب للحرية ومنها عقوبات مالية اخرى رادعه [3].

---

1 - اما الجزاءات التي فرضها المشرع على مخالفة المادة (9) جاءت بنص المادة (10) من القانون والتي جاء فيها " يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن (3) ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تقل عن (1.000.000) مليون دينار أو بهما معاً كل من خالف أحكام المادة (9) من هذا القانون"

2 - قانون منشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد37، والصادرة يوم 2018/9/13.

3 - ومن هذه المواد ما جاء في نص المادة (64) من نفس القانون والتي جاء فيها " يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة الالاف جنيه ولا تتجاوز خمسمائة الف جنيه كل من خالف احكام المادة 3 " اما المادة (65) فأشارت إلى

ولم يكتفِ المشرع المصري بهذا القدر بل أشار إلى التعويض في نص المادة (73) والتي جاء فيها " فضلا عن العقوبات المقررة في هذا القانون يجب الحكم على المورد برد قيمة المنتج محل المخالفة للمستهلك... " وجاء هذا الموقف من المشرع المصري هو لحماية حقوق المستهلك[1] من الاضرار بها من خلال احكام هذا القانون الذي جاء معدلا لقانون حماية المستهلك الملغي رقم 67 لسنة 2006.

أما موقف المشرع الفرنسي فأنه لم يتناول انتهاء العقد الالكتروني بالغش والتدليس في قانون الاستهلاك كما فعل المشرع العراقي والمصري، لكنه اشار اليه في القانون المدني وهذا ما نصت عليه المادة (1137) والتي جاء فيها " التدليس هو حصول احد المتعاقدين على رضا الاخر باستخدام الطرق الاحتيالية والكذب، ويعتبر تدليسا كذلك اخفاء احد المتعاقدين عمدا لمعلومة يعرف صفتها الحاسمة بالنسبة للطرف الاخر" [2]، اما الغلط فأنه اشار اليه في المادة (1139) التي جاء فيها " يعتبر الغلط الناتج عن التدليس مغتفر دائما ويكون سببا للبطلان حتى ولو وقع على قيمة الاداء او على مجرد دافع للعقد"[3].

أما موقف المشرع الجزائري فأنه لم يُشر إلى حالة انتهاء العقد بسبب الغش والتدليس بالقانون التجاري، ولكن بالرجوع إلى احكام قانون حماية المستهلك رقم (3) لسنة 2009 نلاحظ ان المشرع قد اولى اهتمامه بالمستهلك من خلال نصوص مواد هذا القانون رغبة منه لحماية الحقوق[4] ومحاربة الغش والتدليس، اذ نص في المادة (19) التي جاء فيها " يجب ان لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية وان لا تسبب له ضررا معنويا ".

العقوبة لكل من خالف احكام المادة (2) والتي جاء فيها " يعاقب بغرامة لا تقل عن ثلاثين الف جنيه ولا تتجاوز مليون جنيه كل من خالف احكام المادة 2" اما العقوبة المنصوص عليها وفق المادة (66) فجاءت لكل من خالف احكام المادة (9) والتي جاء فيها "يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسين الف جنيه ولا تتجاوز مليوني جنيه كل من خالف احكام المادة 9 "

اما العقوبة المنصوص عليها وفق المادة (66) فجاءت لكل من خالف احكام المادة (9) والتي جاء فيها " يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسين الف جنيه ولا تتجاوز مليوني جنيه كل من خالف احكام المادة 9 "

1 - د. عبد العزيز محمود، مصدر سابق، ص26.

2 - نص المادة (1137) باللغة الفرنسية :

ART- 1137,, Il y a fraude lorsque l'une des parties contractantes obtient le consentement de l'autre en utilisant des méthodes et des mensonges frauduleux

3 - نص المادة (1139) باللغة الفرنسية :

ART-1139,, L'erreur résultant du dol est toujours pardonnable et est cause de nullité même si elle porte sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat,,

4 - شعباني حنين، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك، رسالة ماجستير مقدم إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012، ص49.

كما انه اشار في نص المادة (11) إلى تلبية كل رغبات المستهلك من خلال السلع والبضائع من حيث كل ما يتدخل بأقدامه على شرائها من مواصفات محددة وهذا من خلال ما جاء في المادة اعلاه والتي اشارت إلى انه " يجب ان يلبي كل الرغبات المشروعة وفق قانون حماية المستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الاساسية وتركيبته ونسبة مقاومته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للأستعمال والاخطار الناجمة عن استعماله، كما يجب ان يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الاقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي اجريت عليه " نلاحظ ان النص يلزم المنتج بتحقيق رغبة المستهلك وعدم تضليله من خلال ممارسة الغش والتدليس[1].

اما عقد خدمة التوصيل التجاري فأنه ينتهي بالغش والتدليس حيث ان استعمال المنتج او الموزع او البائع غشا تجاريا في السلع والبضائع فعند توصيلها إلى المستهلك لاستلامها ودفع الثمن، لكن عندما يجد المستهلك ان هنالك غشا في المبيع من حيث صناعته او مكوناته او تاريخ الصلاحية إلى اخره من حالات الغش هنا يكون امتناع المستهلك من الاستلام وحبس الثمن هو اجراء منصوص عليه في القانون وله سنده القانوني، وبذلك يكون العقد قد انتهى بسبب الغش الممارس من قبل المنتج او البائع كما وان القضاء يقرر حق للمستهلك بالمطابة بالتعويض ان كان له مقتضى عن الاضرار التي اصابته. ومن جانب اخر لابد ان نفرق بين الغلط الذي يعيب الارادة والغلط الذي يعيب الارادة في العقود الالكترونية[2] حيث ان هذا الغلط الاخير يكون مانعاً من التعاقد اصلا وليس قابلية العقد للبطلان وعلى سبيل المثال في عقد خدمة التوصيل ان تعاقد مستهلك مع شركة لصناعة السيارات عن طريق شبكة الانترنيت على اساس استئجار لتلك السيارة لكن الشركة ارسلتها على اساس البيع فهذا العقد لا ينعقد اصلا لأن الغلط ليس غلطاً معيباً للإرادة بل هو غلط مانع التعاقد.

ومن خلال كل ما تقدم من نصوص قانونية يتبين لنا ان عقد خدمة التوصيل التجاري يمكن ان ينتهي بأسباب خاصة وهذه الاسباب الخاصة ممكن ان تكون بدون ارادة الاطراف كما في حالة الوفاة، وقد تكون بارادة اطراف العقد وتعمدهم الغش والتدليس وان من وسائل الغش والتدليس الاحتيالية على سبيل المثال الاعلانات المضللة والكاذبة بخصوص السلع والمنتجات والخدمات في

1 - د. محمد بو دالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص86، د. علي بو لحية بو خميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص114.
2 - د. احمد عبد التواب محمد، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009، ص199.

العقود الالكترونية[1] وهنا يكون المستهلك ضحية للتدليس الذي يمارسه التاجر للإيقاع بالمستهلك في الاعتقاد الخاطئ بجودة تلك المنتجات من خلال الإعلان المضلل وعلى سبيل المثال الترويج عن جهاز كهربائي يعمل على امبيرية واطئة لكنه على العكس من ذلك، او الاعلان عن علاج لعدم الانجاب، وكذلك من حالات الغش والتدليس اخفاء معلومات هامة عن طريقة استعمال تلك السلع والمنتجات أو نشر معلومات كاذبة عن استعمالها[2]، أو نشر موقع الكتروني وهمي على شبكة الانترنيت لتضليل المستهلك [3] كما لو استعمل موقعاً الكترونياً لعرض بيع انواع معينة من السيارات وتحميل صور لها على الموقع الالكتروني وفتح حساب خاص في احدى البنوك ليتم دفع قسم من قيمة السيارة مقدماً وبعده يقوم صاحب الموقع المضلل والاحتيالي بسحب تلك الاموال وغلق الموقع ليقع المستهلك ضحية هذا الاعلان، وكذلك هنالك حالات لأنهاء العقد الالكتروني ومنها فقدان الأهلية التي تكون هي الاخرى تارة من غير الفعل الارادي كما في حالة الجنون او بالفعل الارادي كما في حالة الحكم على الشخص، وهذه الحالات التي ينتهي بها عقد خدمة التوصيل التجاري.

بعد ان انتهينا من الفصل الاول ماهيه عقد خدمة التوصيل التجاري، ثم انتقلنا إلى الفصل الثاني وهو احكام عقد خدمة التوصيل، والاحكام هي الحقوق والالتزام التي تلقى على عاتق اطراف العقد وهم (البائع – المستهلك – المندوب)

ورأينا ان تلك الحقوق والالتزامات بالنسبة للبائع هي تسليم المبيع ونقل الملكية وكذلك الضمان (ضمان التعرض والاستحقاق سواء كان تعرضاً شخصياً او قانونياً) وكذلك ضمان البائع للعيوب الخفية، ورأينا ايضا هنالك ضمان البائع لسلامة المستهلك من حيث حفظ المبيع في مخازن خاصة والا يكون الغرض منها فقط حفظ المبيع من التلف فقط بل منع تعرض المبيع إلى اي ضرر مثل دخول اجسام غريبة مثل الحشرات او الاجسام التي تحمل امراض خطيرة تسبب اضرار مستقبلية للمستهلك او افراد اسرته.

كما ان من التزامات المستهلك هو استلام المبيع وفحصه والتأكد من خلوه من العيوب والتوقيع على وصل الاستلام ومن ثم دفع الثمن ويكون هذا الاخير ثمناً حقيقياً وجدياً، ويجب ايضا ان يكون الثمن مقدرا بالنقد وليس شيأً آخر، اما طريقة دفع الثمن فهي اما ان تكون حسب الطريقة

1 - احمد السعيد الزغرد، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي والمقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، 1995، ص221.
2 - د. خالد ممدوح ابراهيم، مصدر سابق، ص141.
3 - د. حازم الصمادي، المسؤولية المدنية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار وائل للنشر، عمان الاردن، 2003، ص57.

التقليدية او تكون عن طريق النقود الالكترونية كما في البطاقات الالكترونية التي تصدرها المصارف.

كما ان نقل الملكية بالنسبة للمنقولات حسب القاعدة (الحيازة في المنقول سند ملكية) ولا تحتاج إلى اي شكلية معينة الا في بعض المنقولات كما في السيارات او في الآلات الكبيرة التي تحتاج عند نقل ملكيتها إلى شكلية معينة.

كما رأينا ان المستهلك يصبح مالكاً للمبيع وان لم يتسلم المبيع، فله كافة التصرفات القانونية على المبيع من حيث اعادة بيعه او التنازل عنه إلى مستهلك اخر.

كما تبين لنا ان الاهلية القانونية مهمة لأبرام العقود الالكترونية بشكل عام ومنها عقد خدمة التوصيل، وما يثير الاشكالية في هذا الصدد هو كيفية معرفة اهلية المتعاقد القاصر ورأينا هنالك وسائل يمكن من خلالها التعرف على الاهلية القانونية هي اما وسائل تقنية مباشرة او غير مباشرة، والى جانب ذلك هنالك وسائل اخرى قانونية.

كما ان مسؤولية اطراف عقد خدمة التوصيل قد تكون مسؤولية تقصيرية او مسؤوليه عقدية، بالإضافة إلى ذلك فأن عقد خدمة التوصيل ينتهي بالأسباب العامة او الخاصة شأنه شأن باقي العقود الاخرى والاسباب العامة ينتهي بها العقد من خلال تنفيذ العقد بالطرق الطبيعية او انتهاء العقد بارادة الاطراف، وكما ينتهي عقد خدمة التوصيل التجاري بالأسباب الخاصة وهي الوفاة، او الافلاس، او فقدان الاهلية.

ملخص الفصل

تناولنا في هذا الفصلاحكام عقد خدمة التوصيل التجاري، والمتمثلة بالاثار المترتبة على عاتق اطراف العقد وهم (البائع – المندوب – المستهلك) وتتمثل هذه الاثار بالالتزامات كألتزام البائع بتسليم الطلب الى المندوب وكذلك قيامه بنقل الملكية والتزامه بضمان التعرض، وكذلك التزامه بسلامة المستهلك من خطر المنتجات او طرقة استعمالها، وتطرقنا كذلك الى التزامات المندوب من حيث تمكين المستهلك من الاطلاع على المنتج وفحص مدى مطابقته للحالة التي تعاقد عليها المستهلك والبائع والتزام المندوب بتسليم الطلب الى المستهلك في المكان المحدد من قبله، واشرنا كذلك الى التزامات المستهلك من حيث تسلم الطلب من المندوب ودفع الثمن الذي قد يكون دفع مباشر من خلال العملات النقدية الورقية التقليدية، او من خلال الفع الالكتروني بواسطة البطاقات البنكية

التي تكون هي سلاح ذو حدين فمن ناحية هي وسيلة حماية للمستهلك من فقدان امواله وكذلك سهولة حمل البطاقات الالكترونية مقارنتا مع حمل الاموال بشكلها التقليدي، ومن جهة اخرى تعتبر هذه البطاقات وسيلة حماية للبائع من التعامل مع مستهلك قاصر، ورأينا موقف المشرع العراقي وكذلك موقف القوانين المقارنة والاحكام التي تتوافق مع احكام عقد خدمة التوصيل والاحكام التي لا تتوافق معه واشرنا الى المشرع العراقي لمعالجة هذا النقص التشريعي والنص عليها.

وكذلك تطرقنا في هذا الفصل الى مسؤولية اطراف العقد عند عدم تنفيذ تلك الالتزامات سواء كان الخطا بسبب شخصي او اهمال منه او كان السبب اجنبي او قوة قاهرة، وعالنا الاشكاليات التي تحدث في الواقع العملي لهذا العقد من خلال طرح التساؤلات والاجابة عليها .

ثم انتهينا بحالات انتهاء العقد باسباب خاصة واخرى عامة والتي تنتهي بها اغلب العقود التجارية ولاحضنا الاختلافات مابين الشرع العراقي والقوانين المقارنة بكل حكم او حالة سواء توافقت مع احكام عقد خدمة التوصيل او لم تتوافق او لم ينظمها المشرعين، ودعونا المشرع العراقي للاسراع بسن قانون التجارة الالكترونية وتنضمين قانون حماية المستهلك مواد قانونية لها الاثر البالغ في معالجة النقص التشريعي لمواكبة التطورات في القوانين في الدولية الاخرى التي عالجت هذه الفقرات واضافة نصوص لم يتطرق لها المشرعين خاصة بهذا العقد لما له من اهمية تجارية سواء على الصعيد الداخلي او الخارجي .

وكما وفر هذا العقد البيئة الخصبة لانتعاش الاقتصاد والحركة التجارية مما شجع المنتجين للتنافس على كسب رضا المستهلك من خلال تقديم خدمات اخرى مضافة إلى خدمة التوصيل وهي قد تكون تقديم خدمة تنصيب بعض الاجهزة التي تحتاج خبرة فنية او تقديم عروض ضمان صيانة لفترة محدودة او صيانة بعض اجزاء الجهاز، او تقوم بعض الشركات بإقامة دورات تدريبية لم يقتني منتجاتهم وقد تكون هذه الدورات عن طريق برنامج يسمح فقط لمن يحملون كود معين او وضع قرص داخل كل جهاز يبين الطرق الفنية لعمل او لإصلاح اي خلل فني يحدث مستقبلا.

وكذلك ومن خلال الواقع العملي اشرت هنالك الكثير من الاشكاليات التي تواجه شركات التوصيل وتحديدا التجار انفسهم وكذلك المندوبين، وتتلخص بعدة حالات منها ما يكون المندوب هو سبب الاشكالية واخرى يكون المستهلك، فمن هذه الاشكاليات هو قيام الاخر بدفع عملة مزيفة الى المندوب بعد تسلمه الطلب الذي تعاقد عليه مع التاجر، وهذا ما اشار اليه الممثل القانوني لشركة الاماني لتجارة الاجهزة الالكترونية الاستاذ محمد حيث تتلخص الواقعة بأن يقوم المستهلك بالتواصل مع الشركة من خلال المواقع الالكترونية ومراسلة البيج الخاص بالشركة او الاتصال المباشر من خلال الهاتف المحمول على مركز البيع المباشر للشركة للاتفاق معهم على شراء وتوصيل اجهزة

الكترونية لمحل يحدده المستهلك سلفا، حيث يكون هذا المحل بعيد عن مركز المدينة خوفا من وجود كامرات مراقبة تكشف شخصيته، وبعد وصول المندوب الى المحل المتفق عليه يتصل بالمستهلك على رقم الهاتف المثبت على اصل المظروف الذي يحتوي على الاجهزة المطلوبة وعند تسليم الطلب الى المستهلك يقوم هذا الاخير بدفع المال المزيف الى المندوب وبعد عودته الى الشركة وتسليم الاموال يتبين ان الاموال مزيفة، وهنا تقوم الشركة بعدة محاولات للاتصال بالمستهلك لكن دون جدوى ومن بعدها يقوم الممثل القانوني بتقديم شكوى رسمية الى الجهات المعنية، واضاف ايضا ان عريضة الشكوى لا يذكر فيها ان التعاقد الذي تم من خلاله بيع وتوصيل الاجهزة هو تعاقد الكتروني بل يذكر انه عقد بيع بدون ذكر التفاصيل الاخرى وتنصب جل القضية على تسليم اموال مزيفه، وعند السؤال عن السبب ذكر بأن الاجراءات المتخذة في مثل هكذا حالات تتطلب الكثير من الجهد والتقصي والوقت من حيث طلب عائديه رقم الهاتف هذا ان كان اصلا مثبت بأسم المستهلك والا دخلنا في اجراءات اكثر تعقيد هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان القضاء في اغلب الاحيان لا يكيف الواقعة على العقد الالكتروني. ومن جهة اخرى اكد هذا الكلام السيد رئيس هيأة استئناف محكمة كربلاء الاتحادية الاستاذ اسعد عبد مراد بعدم ورود اي دعوى تتعلق بالبيع الالكتروني او خدمة التوصيل على الرغم من انتشارها بشكل لافت للنظر في الآونة الاخيرة وان اغلب التجار والشركات ومحال البيع الكبيرة منها والصغيرة تعلن عن خدمات التوصيل داخل وخارج المحافظات. وذكر ذلك ايضا القاضي السابق الاستاذ احمد الهلالي ان هنالك الكثير من الدعاوى المقامة من قبل اصحاب شركات التوصيل تنتهي في مرحلة التحقيق وذلك بسبب الصلح وتنازل المشتكي عن شكواه ولكون هذا العقد من العقود حديثة النشأة في الوسط التجاري العراقي ولم تألفه دور القضاء الا حديثا ولعدم وجود تشريعات وقوانين بهذا الخصوص جعلت الحاجة ملحة للإسراع في تنظيمه.

ومن جانبا نبين التالي :

عندما تقوم شركات التوصيل او التجار بتسجل شكوى قضائية ضد احد المستهلكين وان لم يذكر في فحوى الشكوى ان عقد البيع هو عقد الكتروني، ومع ذلك يبقى هذا النوع من التعاقد هو تعاقد الكتروني من حيث الادلة المقدمة من المدعي ومنها عرض صور ورقية مفرغة من الرسائل الالكترونية او المحادثات ما بين المستهلك والتاجر صاحب البيج الخاص به الذي تم من خلاله بيع الاجهزة الى المستهلك الذي حدد نوع الجهاز ولونه والكمية المطلوبة وتحديد السعر الكلي وكذلك تحديد محل ووقت الاستلام ، هذا من جانب ومن جانب اخر هو عدم تقديم المدعي نموذج عقد بيع تقليدي مكتوب وموقع من قبل الطرفين، ولو كان هنالك اصلا عقد بيع مكتوب لكانت الاجراءات ايسر من سابقتها حيث يتمكن قسم المبيعات من فحص العملة النقدية مباشرتا قبل تسليم البضائع

وكذلك يمكن التعرف على شخصية المستهلك بأكثر من طريقة اذا ما اكتشف هنالك فئة نقدية مزيفة، ومن جهة ثالثة اذا ما اراد القضاء تعقب شخصية المستهلك من خلال رقم الهاتف الذي تعاقد من خلاله فهو بالتالي يعتبر ايضا وسيلة الكترونية ونكون امام عقد الكتروني، وهذه واحدة من الاشكاليات التي تترتب على التعامل مع المستهلك وهنالك الكثير من حالات اخرى تم تناولها خلال الفصل الثاني من هذه الدراسة.

اما الاشكالية الاخرى التي واجهت التجار واصحاب شركات التوصيل والتي تحدثوا عنها قائلين ان هنالك بعض المندوبين الذين يعملون لدى الشركات وعند استلامهم السلع والبضائع وتوصيلها للمستهلك يقومون بسرقة تلك البضائع والسلع وعدم توصيلها وعند قيام اصحاب الشركات برفع شكاوى ضدهم يتمسكون بأسباب اخرى وهي ان المندوب تعرض الى السرقة او ان البضاعة قد تلفت بسبب حادث سير، والمهم هنا ان القضاء يكيف الواقعة على انها خيانة امانة او تحميل المندوب مسؤولية البضائع التي اتلفت بسبب الحادث لتذهب الدعوى الى دوائر التنفيذ ومن ثم تقسيط المبلغ.

ونحن نرى انه رغم صدور قانون حماية المستهلك العراقي الا انه لم يوفر الحماية القانونية الكافية للتجار ولم يتطرق الى الكثير من الحالات التي افرزها الواقع العملي والتي تسبب ضرر مادي بشكل مباشر على التاجر، وكذلك في ضل غياب اقرار قانون التجارة الالكترونية العراقي وبتعطيل اقرار هذا القانون القى بضلاله على تقدم الاعمال التجارية التي تعتبر عصب الاقتصاد لذلك ومن خلال كل ما تقدم اصبحت الحاجة ملحة وضرورية لتنظيم عقد خدمة التوصيل التجاري ووضع الاحكام الخاصة بكل حالة بصورة واضحة وعدم ترك النصوص القانونية موضع التفسير ليتمكن القضاء من تكييف الوقائع بشكل سلس وفي ذات الوقت تكون هنالك نصوص رادعة لكل من يخالف احكام هذا القانون.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال البحث في موضوع (عقد خدمة التوصيل التجاري – دراسة مقارنة) توصلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات ذات الاهمية بالنسبة للتشريع العراقي لكونه لم يتناول عقد خدمة التوصيل بالتنظيم، لذلك سنبين في خاتمة هذه الدراسة اهم النتائج التي توصل اليها الباحث في فقرة اولى، ثم ندرج التوصيات في فقرة ثانية على النحو الاتي :

اولا - النتائج

تم التوصل الى نتائج بعد هذه الدراسة نعرضها للقارىء الكريم على شكل نقاط مراعاةً للأختصار والوضوح وبحسب الاتي :

1. تبين لنا من خلال الدراسة أنَّ خدمة التوصيل التجاري عقد يبرم بين طرفين، احدهما البائع (منتج، مسوق، شركة، مؤسسة، مطاعم...الخ) وبين المستهلك (المهني - غير المهني) وممكن ان يكون المستهلك من القطاع الخاص او القطاع العام على حدا سواء.
2. كما تبين لنا أنَّ اطراف عقد خدمة التوصيل التجاري هم ثلاثة (البائع – المستهلك – المندوب).
3. وتبين لنا كذلك بأن عقد خدمة التوصيل التجاري ممكن ان يبرم بالطريقة التقليدية الحضور المادي لطرفي العقد، والاغلب الاعم يتم ابرام العقد عن طريق المنصات الالكترونية.
4. كذلك تبين لنا أن عقد خدمة التوصيل التجاري قد يبرم في الداخل وتعتبر عقود داخلية بالنسبة لطرفي العقد، وقد يكون احد طرفي العقد خارج البلد وتسمى العقود الدولية.
5. ومن البديهي أنَّ يكون لعقد خدمة التوصيل التجاري احكام تتشابه مع احكام مجموعة من العقود كعقد (البيع، النقل، التوريد، الوكالة)، ولكن من زاوية اخرى هنالك نقاط اختلاف جوهرية يمتاز بها عقد خدمة التوصيل وينفرد بها دون سائر تلك العقود، فهو تنظيم قانوني له طبيعة خاصة اوجده التطور التكنلوجي في مجال الاتصالات الحديثة، وحاجة السوق التجارية العالمية لمواقع تسويقية لمنتجاتهم تصل لجميع بلدان العالم دون تكلفة مالية باهضة الثمن وايضا اختصار الزمن ويضيف إلى ذلك ايضا الحرية الواسعة في الاختيار دون وجود شخص ثالث قد يؤثر على اختيار المستهلك من حيث الاعلان

عن السلع والبضائع من خلال المنصات الالكترونية المنتشرة بشكل واسع في شبكات الأنترنيت سواء الداخلية منها او الدولية.

6. ولا مناص من القول أنَّ عقد خدمة التوصيل التجاري له خصائص خاصة واخرى عامة كما هو شأن باقي العقود، ومن الخصائص العامة انه عقد (رضائي، وملزم للجانبين، وعقد معاوضة، وعقد غير مسمى) اما الخصائص الخاصة للعقد فأنه (من العقود التجارية، عقد مؤقت، عقد محله خدمة، عقد تبعي).
7. كما تبين للباحث أن الطبيعة القانونية لعقد خدمة التوصيل هي شرط مقترن في العقد المبرم بين المستهلك والبائع يتفقان على تقديم تلك الخدمة وهي توصيل السلع والبضائع إلى المحل الذي يحدده المستهلك.

8. وتبين لنا أيضا أنَّ عقد خدمة التوصيل التجاري يرتب اثار مهمة في ذمة أطرافه، وتلك الآثار هي الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق اطراف العقد، حيث يلتزم البائع بتسليم المنتج او الطلبية إلى المندوب ويلتزم بضمانها من العيوب الخفية والاستحقاق وأن يكون المنتج حسب المواصفات المتفق عليها في العقد وكذلك ضمان البائع لسلامة المستهلك، أما الالتزامات التي تقع على عاتق المندوب هي تسلم المنتج من البائع ونقله إلى المستهلك في المكان المحدد في العقد ومن ثم استلام الثمن، أما الالتزامات الملقاة على عاتق المستهلك فهي استلام الطلبية من المندوب وفحصها والتأكد من سلامتها ومن ثم التوقيع باستلامها ودفع الثمن إلى المندوب وتكون طريقة الدفع اما بالطريقة التقليدية تسليم النقود الورقية إلى المندوب او تسليم النقود بطريقة الكترونية من خلال ما يسمى بطاقات الدفع.
9. تبين لنا كذلك أنَّ عقد خدمة التوصيل التجاري ينتهي بأسباب خاصة واخرى عامة، وهذه الاخيرة ينتهي بها العقد من خلال تنفيذ العقد بالطرق الطبيعية أو انتهاء العقد بأرادة الاطراف، وكما ينتهي عقد خدمة التوصيل التجاري بالأسباب الخاصة وهي الوفاة، أو الافلاس، أو فقدان ألاهلية.
10. وتأسيسا على ذلك تبين لنا اخيراً أنَّ عقد خدمة التوصيل التجاري يمثل نقطة التحول التجاري والمحور الارتكازي لتطور النشاط الاقتصادي سواء على الصعيد الداخلي أم الدولي منه، وما يستتبع من الانفتاح الهائل في المواقع التسويقية للمنتجات وطرق طرحها مع امكانية التجديد بالنسبة للعروض للاحتفاظ بعدد الزبائن المستهلكين والرغبة بزيادة اعدادهم.

ثانيا ـ التوصيات :

واستنادا إلى ما تم التوصل اليه من نتائج في موضوع عقد خدمة التوصيل التجاري، وتماشيا مع ما تم ذكره نأمل من المشرع العراقي في حال تناوله تنظيم عقد خدمة التوصيل التجاري، الاخذ بالتوصيات الاتية :

1- اصدار تشريع ينظم عقد خدمة التوصيل التجاري، ويتضمن هذا التشريع وضع تعريف خاص لهذا العقد، وتحديد الشروط الواجب توفرها ابتداء من المنصة الالكترونية وكذلك المندوب اضافة إلى تحديد شخصية البائع والمستهلك أن كان مهني أو غير مهني.
2- كما نقترح على المشرع العراقي أن تكون وزارة الاتصالات هي الجهة الرقابية والمشرفة على الية عمل المنصات الالكترونية التي من خلالها يبرم العقد وتحفظ نسخة من كل العقود بأرشيف مخصص لكل منصة الكترونية وذلك للرجوع اليها في حال نشب خلافاً ما بين المتعاقدين هذا من جانب ومن اخر هو احصاء عدد تلك العقود في حالة فرض الضرائب أو الجباية، وكذلك وضع شروط بشكل دقيق بالنسبة للمندوبين وتحديد جنسيتهم من المواطنين أو غير المواطنين الاصليين من خلال اصدار اجازات لممارسة المهنة بعد تخطيهم الدورات العملية التي تعد لهذا الغرض خصيصا، ومن ثم وضع ضوابط للآليات التي تستعمل لتوصيل الطلبات كلا حسب نوعه وحجمه للحفاظ على السلامة العامة، مع مراعاة أن يكون المندوب حاصلاً على أجازة السوق بالنسبة لتلك الالية التي يعمل عليها، وبيان حقوق و التزامات كل طرف ووضع الآليات التي ينتهي بها هذا العقد، من خلال الاستعانة بالدول التي سبقتنا لتنظيم هذا العقد كما في المملكة العربية السعودية، كذلك وضع آليه خاصة يتم من خلالها التعرف على أهلية المستهلك وخاصة في العقود الدولية التي يتضرر البائع اذا ما فسخ العقد بسبب عدم اهلية المستهلك.
3- نقترح على المشرع العراقي عند تنظيمه عقد خدمة التوصيل أن يورد التعريف التالي لعقد خدمة التوصيل التجاري (إتفاق يبرم ما بين شخص طبيعي أو معنوي يسمى البائع او مجهز خدمة، وشخص اخر طبيعي أو معنوي يسمى المستهلك، على توصيل بضاعة معينة بواسطة وسيلة من وسائل النقل، لقاء اجر معلوم أو ضمني).
4- كما نقترح على المشرع العراقي تحديد الآلية التي يتم من خلالها دفع ثمن البضائع والسلع ان كانت تدفع بشكل مباشر عند استلام الطلبية او تدفع بشكل الكتروني من خلال تطبيقات الدفع الالكتروني والذي يسمى النقود الالكترونية، أوعن طريق تطبيق نظام محفظتي.

5- كما نوصي المشرع بالزام البائع بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من شروط ومواصفات وفرض العقوبات في حالة ثبوت الغش او استعمال طرق احتيالية في تغيير المنشأ او تاريخ الصنع او العلامات التجارية.

6- كما نقترح على المشرع العراقي عند تنظيم العقد الزام البائع بالتأمين على البضاعة وخاصة ان كان العقد دولياً وكانت البضائع ذات قيمة عالية.

7- كذلك نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (5) من القانون التجاري وجعلها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر لتشمل كل الاعمال التي تدخل ضمن الاعمال التجارية ومنها عقد خدمة التوصيل التجاري.

8- كما نوصي المشرع العراقي تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر بالدعاوى التي تنشب بسبب تنفيذ العقد من عدمه وكل ما يتعلق به.

9- وكما ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (11) من قانون حماية المستهلك واضافة فقره اليها يحضر من خلالها على البائع الاهمال في عملية الخزن للمنتجات او نقلها او حتى رداءة مواد التصنيع التي تسبب خطرا على سلامة المستهلك.

10- كما نتمنى من المشرع العراقي الاسراع بإقرار قانون التجارة الالكترونية بما يواكب التطور السريع والهائل في المعاملات التجارية وخاصة في ضل التطور في مجال الاتصالات الذي اصبح الصورة الجديدة والمثلى لأغلب التعاملات التجارية الحديثة، وكذلك مسايرة القوانين العربية منها والاجنبية التي سبقتنا إلى هذا القانون ولكون العراق اصبح محط انظار العديد من الدول في مجال الاستثمار وانفتاحه على الاسواق العالمية بشكل ملفت للنظر، فأصبحت الحاجة ملحة لتنظيم هذا القانون وبأسرع وقت.

المصادر

قائمة المصادر :

- **القرآن الكريم .**

المصادر باللغة العربية

اولا - الكتب :

1- ابراهيم العسوي، التجارة الالكترونية، مكتبة الاكاديمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003.

2- ابن منظور : لسان العرب ، دار احياء التراث العربي ، بيروت 2010 ، ج5

3- أبو العلا علي أبو العلا النمر/ دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما (اليونيدروا) المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،ط1.

4- ابو العلا علي ابو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، الطبعة الاولى.

5- احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1978.

6- احمد الحجي الكردي، الاحوال الشخصية، الاهلية والنيابة الشرعية والوصية، دار اقراء للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2009.

7- احمد شاكر العسكري، دراسة تسويقية متخصصة، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2000، ط1.

8- احمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.

9- احمد شوقي محمد، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، مطبعة عباد الرحمن، المنصورة، 2008، مج2.

10- احمد عبد التواب محمد، ابرام العقد الالكتروني، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009.

11- احمد عبد التواب محمد، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009.

12- احمد عبد التواب محمد، المبسوط في النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الاحكام العامة للعقود والاحكام الخاصة للعقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013،ج1.

13- احمد عبد العال ابو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ط3.

14- احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

15- احمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981.

16- احمد محمد محرز، نظام الافلاس في القانون التجاري الجزائري، بدون مطبعة، الجزائر، 1980.

17- احميه سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات في التشريع الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

18- ادريس العلوي العبدولاي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الجزائر، 1996 ط1.

19- اسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، 2005.

20- اسعد ذياب، العقود المسماة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط2، 2012.

21- اشرف احمد حامد، عالم الكمبيوتر والانترنيت، جزيرة المورد، المنصورة، بدون سنة طبع، .

22- امانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 2010، ط1.

23- امل كاظم سعود، الوجيز في شرح احكام قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010، مكتبة السنهوري، بغداد، 2016.

24- باسم محمد صالح، القانون التجاري النظرية العامة التاجر، القسم الاول، بغداد، 1987.

25- باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، مطبعة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2010.

26- بشار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الانترنيت، دار الكتب الحديثة، عمان، 2004.

27- بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، دار الريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

28- بو دالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر،2005.

29- بوعبد الله رمضان، احكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، القبة القديمة الجزائر، دار الخلدونية، 2008.

30- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1985.

31- جلال محمد ابراهيم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ط1.

32- جمال الدين ابي الفضل بن منظور الانصاري، لسان العرب – المجلد الرابع – ط1 – دار الكتب العلمية – بيروت -2005.

33- جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.

34- جمعة سمحان الهلباوي، الاهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة، دار الهدى للطبع، الجزائر، بدون سنة طبع.

35- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

36- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1976.

37- حازم الصمادي، المسؤولية المدنية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار وائل للنشر، عمان الاردن، 2003.

38- حازم ربحي عواد، مبادى القانون التجاري، دار يافا للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ط2.

39- حسام الدين الاهواني، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت للنشر، 1982.

40- حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزامات المصادر الارادية للالتزام، ج1، مج1، بدون مكان طبع، 2000.

41- الحسن بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهيه وقضائية، دار هومة للنشر والطبع، الجزائر، 2010،ط4.

42- حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

43- حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

44- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، التايمس للطباعة، بغداد، 1991، ج1.

45- حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.

46- حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الاول، مطبعة نورى، القاهرة، 1943.

47- حمودي محمد ناصر، العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

48- خالد عبد الجبار الكناني، عقد الابجار، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ط2، 2013.

49- خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

50- خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.

51- خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.

52- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر العربي، الاسكندرية،2008، ط25.

53- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مطبعة دار الفكر الجامعي، 2009.

54- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001.

55- خليل احمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

56- خميس خضر، العقود المدنية، البيع التأمين الايجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

57- درع حماد عبد، نظرات في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد10.

58- راشد راشد، شرح علاقات العمل الفردية والجماعية في ضوء التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.

59- رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة، 1999.

60- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

61- رمضان أبو السعود، احكام الالتزام، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2004.

62- رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.

63- زبيدة اقروفة، الابانة في الاحكام النيابية، دراسة فقهية وقانونية، دار الامل للطباعة والنشر، الجزائر، 2014.

64- سامي نجيب، موسوعة قانون العمل المصري، بدون اسم وسنة طبع، القاهرة.

65- سحر رشيد حميد النعيمي، الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية،الطبعة 1،عمان،الاردن،دار الثقافة للنشر و التوزيع،2004.

66- سعيد البستاني، احكام الافلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007،ط1.

67- سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ط1.

68- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، 1980، ط4.

69- سميحة القيلوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري الجزء الاول نظرية الاعمال التجارية والتاجر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

70- سميحة القيلوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007ج2،ط5.

71- سمير برهان، ابرام العقد في التجارة الالكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة، 2003.

72- سمير جميل حسن، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001.

73- سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة،، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

74- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ط1.

75- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1985.

76- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

77- سمير كامل، الأحكام العامة للالتزام، بدون مكان طبع،1987- ١٩٨٨.

78- سناء جودت خلف، التجارة الالكترونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الاردن، 2012.

79- سهير حسن هادي، الشرط المألوف في العقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2008م.

80- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.

81- شاكر جبل، خدمة التوصيل للمنازل، مجلة الكلية العلمية، القاهرة، ط1، 2016.

82- شريف محمد غنام، دور الوكيل الالكتروني في التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

83- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج-2،ط-2،دار العلم للملايين، بيروت، 1972

84- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة والنشر، عمان، 2010.

85- طالب حسن موسى، مبادى القانون التجاري، بدون مطبعة، بغداد، 1974، ط1.

86- طلعت محمد دويدار، الطعن في حكم الافلاس، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.

87- طه ملا حويش واخرون، الموجز في العقود المسماة مكتبة السنهوري، بغداد، ط ج1.

88- عامر قاسم احمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ط1.

89- عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، دار الثقافة للنشر، عمان، 2002.

90- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

91- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

92- عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والايجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009.

93- عبد الباسط وفا، سوق النقود الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

94- عبد الحليم عبد اللطيف، مبدأ حسن النية في التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة،1997.

95- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

96- عبد الرحمن بن عبد الله السند، الاحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، دار الورق ودار النير يبين للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 4550.

97- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مج1، العقد، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

98- عبد الرزاق السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزامات – دار النهضة العربية – القاهرة 1966 .

99- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مج1، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

100- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد2، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964.

101- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، العقود التي تقع على الملكية – البيع والمقايضة، بدون مطبعة ولا سنة طبع.

102- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، مج1، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الايجار.

103- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ج4.

104- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مج1، دار النهضة العربية. القاهرة، بدون سنة طبع.

105- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، بدون ذكر المطبعة، بدون ذكر مكان الطبع، 2005.

106- عبد العزيز محمود عبد العزيز، حماية المستهلك بين النظرية والتطبيق، الهيئة المصرية العامة لطباعة الكتب، القاهرة، 2008.

107- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2005.

108- عبد الفتاح بيومي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.

109- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنه بالفقه الاسلامي، النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

110- عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

111- عبد الله متروك النجار، مبادى عقد البيع، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 1997.

112- عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، 2018.

113- عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، مطبعة العاتك، بيروت.

114- عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 1980.

115- عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الاول، ط1، مطبعة العاتك، القاهرة،1980.

116- عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 1980،ج1.

117- عبد المجيد الحكيم واخرون، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1 مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 1980.

118- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد، 1977ج1، ط5 .

119- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العرقي، مصادر الالتزام،ج/1،دار ابن الاثير، جامعة الموصل،1980.

120- عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد،1963.

121- عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دون مكان نشر، 1997.

122- عبد ربه محمد البو شواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بدون مطبعة، 2010.

123- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الأردن، ١٩٩٧.

124- عدنان السرحان، حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2010.

125- عدنان السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

126- عدنان العابد، يوسف الياس، قانون العمل العراقي، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة.

127- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2004.

128- عصام عبد العزيز الدفراوي، اثر الوفاة على عقد الوكالة، دار الكتب العلمية، بيروت،2017.

129- عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات في تطوير العقد دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015.

130- علي بو لحية بو خميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.

131- علي بو لحية، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2001.

132- علي خطار شنطاوي، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة غير مذكورة، 1990 .

133- علي سيد حسن، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، بدون مطبعة، 1990،ط2.

134- علي عبد الجبار المشهدي، القانون التجاري الفرنسي، بدون مطبعة، النجف، 2020.

135- علي عبد الجبار رحيم، القانون المدني الفرنسي وتعديلاته بعد عام 2016، بدون مطبعة، النجف، 2020.

136- علي قراعه، أحكام العقود في الشريعة الاسلامية ، دار مصر للطباعة، دون سنة طبع.

137- علي محمد بدير واخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 1993.

138- علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية – القاهرة، 2002.

139- علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والايجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009.

140- عمر خالد الزريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية، الطبعة الاولى، دار الحامد، الاردن، 2008.

141- عمر فؤاد عمر، الوسيط في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

142- عيسى غسان ريفي، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ط1،

143- غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الاول، مطبعة المعارف، بغدد، 1971.

144- غني حسون طه، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج1، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.

145- فاروق احمد زاهر، القانون التجاري المصري، الكتاب الرابع، الافلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ط2.

146- فايز الحاج شاهين، القانون المدني الفرنسي، الطبعة العربية دالوز جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية، بيروت، 2012.

147- فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الاوراق التجارية، بدون اسم مطبعة، بغداد، 1992.

148- فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون، بدون ناشر، 1999.

149- فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزامات في القانون المصري والانكليزي، بدون دار نشر، 1999.

150- فدوى قهوجي، ضمان عيوب المبيع فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.

151- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، 2003، ج2، ط2، .

152- قادة شهيده، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.

153- قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشآت المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005.

154- قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الالكتروني في التشريع المصري، دار النهضة العربية.200، القاهرة.

155- كمال ثروت الونداوي، شرح احكام عقد البيع، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973، ط1.

156- لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

157- لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، مكتبة السنهوري، بغداد،2015،ط1.

158- لطيف جبر كوماني، الوجيز في شرح قانون الشركات الجديد رقم (36) لسنة 1983، بدون دار نشر، بغداد، 1986،ط1.

159- ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، الدار الجامعية للطباعة للنشر، الاسكندرية، 1969، ط1.

160- ماجد محمد سليمان، العقد الالكتروني، مكتبة الرشيد للنشر والتوزيع، الرياض، 2009.

161- ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الاداري، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2009.

162- محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

163- محسن شفيق، عقود نقل التكنلوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ط1.

164- محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، المصادر الارادية، مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة، 1993.

165- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الأنترنت، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2002.

166- محمد ابراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2017.

167- محمد احمد ابو القاسم، التسوق عبر الانترنيت، دار الامين للنشر والتوزيع، فلسطين، 2000.

168- محمد احمد عبد الرحمن الزرقا، سهل العبارة في شرح قانون التجارة الجديد، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 2005، ج2.

169- محمد احمد عبد الرحمن، قانون التجارة الجديد، دار الطباعة المحمدية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999

170- محمد السيد عمران، الاسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

171- محمد السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986.

172- محمد امين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ط1، ص21.

173- محمد امين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003.

174- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت،ط ج، 1995 .

175- محمد بو دالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.

176- محمد بو دالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.

177- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بدون سنة طبع.

178- محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة بين القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1999.

179- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2018.

180- محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

181- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ط2.

182- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1، 1998.

183- محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية، دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2006.

184- محمد حسين منصور، الاثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

185- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006.

186- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2005.

187- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2007.

188- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية، الطبعة الاولى، بيروت2000.

189- محمد خيري، التفليسة طبقا لقانون 17 لسنة 1999، دار المنهل للنشر، عمان، 2011.

190- محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007.

191- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنيت، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2004.

192- محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة طبع.

193- محمد سليمان الاحمد، المدخل لدراسة الضمان، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2002،ط1.

194- محمد سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ط1.

195- محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

196- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2012.

197- محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، بغداد، ١٩٨٢.

198- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، مج4، الافلاس والصلح الواقي من الافلاس، دار محمود للنشر، القاهرة، 2018.

199- محمد علي الطائي، دراسات في قانون العمل، ج2، بدون مطبعة وسنة طبع.

200- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.

201- محمد فواز المطالعة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016.

202- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2006.

203- المحمدي احمد ابو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

204- محمود جاسم محمد الصميدعي، استراتيجيات التسويق مدخل كمي وتحليلي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010.

205- محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، بدون دار نشر، بغداد، 1955.

206- محمود صادق بازرعة، ادارة التسويق، المطبعة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 2001، ط1.

207- محمود نجيب حسني، قانون العقوبات الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

208- المختار بن احمد عطار، الوسيط في القانون المدني، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الجزائر، 2003.

209- مدحت محمد عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقد تقديم برامج المعلومات : المقاولة – البيع – الايجار، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

210- مدني عبد الله حجازي، التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت واثبات التعاقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.

211- مروان كساب، الخطأ العقدي واثار العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ط1.

212- مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، مطبعة الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1988.

213- مصطفى احمد ابراهيم نصر، التراضي في العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

214- مصطفى احمد الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ط2.

215- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول، دار القلم..

216- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنيت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

217- معتز نزيه محمد الصادق، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

218- منذرالفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل، 2006 ،ط1.

219- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، بدون سنة طبع.

220- نادية فوضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، دار هومه للنشر والطباعة، الجزائر، 2011، ج1.

221- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ط2.

222- ندى البدوي النجار، احكام المسؤولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1997، ط1.

223- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالأدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة،1982.

224- نسرين شريفي، الافلاس والتسوية القضائية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013..

225- نوري طالباني، القانون التجاري العراقي، ج1، النظرية العامة، ط1، مطبعة دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1972.

226- هند محمد حامد، التجارة الالكترونية في المجال السياحي، عالم الكتب للنشر، القاهرة، 2003.

227- وائل حمدي احمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،2010.

228- وفاء شيعاوي، الافلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2013.

229- الياس ناصيف، العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 4551.

230- الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، الجزء1، ط1.

231- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2010، مج1، ط1.

232- يونس عرب، قانونية تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية، اعداد نقابة المحاميين العرب، عمان، 2001.

ثانياً : الرسائل والاطاريح:

1- أحمد سلمان شهيب السعدي : الالتزام التعاقدي بالسرية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق في جامعة النهرين، 2005.

2- ارجيلوس رحاب، الاطار القانوني للتفاوض في العقد الالكتروني، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراره، الجزائر، 2018.

3- بلقاسم محمدي، ابرام العقد الالكتروني، اطروحة مقدمة إلى جامعة الحاج لخضر كلية الحقوق، 2015

4- تامر محمد سليمان، اثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2008

5- جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد، اطروحة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،2011.

6- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الاول، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1946.

7- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012.

8- سلطان محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة الموصل، كلية القانون، 2004.

9- شادي زهية، الالتزام بالأعلام في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2018.

10- شرارق حمزة – يوزيني علي، احكام تسليم الشيء المبيع في القانون الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة اكلي محند، كلية القانون والعلوم السياسية، الجزائر، 2016.

11- شعباني حنين، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك، رسالة ماجستير مقدم إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012.

12- صادق الصدق، حماية المستهلك في ضل القانون الجديد، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة قسنطية، كلية القانون، 2014.

13- الطاهر عقباوي، ياسين حنين، خدمة ما بعد البيع كألية حماية المستهلك، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد درارة، الجزائر، 2019.

14- طوني ميشيل عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، لبنان، 2000.

15- عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005.

16- عبد الرسول عبد الرضا، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المصري والكويتي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة القاهرة، 1974.

17- عتيقة العايبي، دور خدمات ما بعد البيع في تعزيز الميزة التنافسية من وجهة نظر المؤسسة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد درارة، الجزائر، 2019.

18- عمر خالد محمد الزريقات، عقد البيع عبر الانترنيت، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة عين شمس، القاهرة، 2005.

19- عمر خالد محمد الزريقات، عقد البيع عبر الانترنيت، دراسة تحليلية، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005.

20- فائق محمود الشماع، عقد التوريد في مشروع القانون المدني العراقي الجديد، رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي، 1988.

21- لمى عبد الله صادق، اطروحة مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية كلية القانون،2008.

22- محمد جريفلي، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد درارة، الجزائر، 2018.

23- محمد عبد هلا طالفحة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، 2004.

ثالثاً البحوث والمقالات العلمية :

1- أبو عبيدة الطيب سليمان: المسؤولية الناشئة عن التعسف في استعمال حق التقاضي، مجلة الجامعة العراقية، المجلد: 40 الاصدار: 3.

2- احمد السعيد الزغرد، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي والمقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، 1995.

3- اقدس صفاء الدين رشيد، التعبير عن الارادة في التعاقد الالكتروني، دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد(1)، المجلد (13)، 2016.

4- امينة كوسام، خصوصية الاهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، جامعة الحاج خضر باتنه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016، عدد(2)، مجلد (2).

5- ايمان طارق مكي، اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد2، 2019.

6- ايهاب دسوقي، الابعاد الاقتصادية والمالية للتجارة الالكترونية، تقرير مقدم إلى مركز المعلومات، 2001.
7- بيرك فارس حسن الجبوري، كمال الاهلية قبل البلوغ دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة تكريت، 2019، مج8، عدد1.
8- جمال فاخر نكاس، العقود الممهدة للتعاقد، مجلة جامعة الكويت، العدد1، 1996.
9- حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية،مج2،ع2، 2012
10- رامي محمد علوان، التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت واثبات التعاقد الالكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، 2002، العدد(4).
11- رباحي احمد، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، بحث منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الانسانية، كلية العلوم والسياسة، جامعة حسيبة، الجزائر، 2013.
12- سلام منعم مشعل، مفهوم الالتزام بتقديم الخدمات، رسالة مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مج7،العدد1، 2005.علي خليل اسماعيل، ماهية المعاملات الالكترونية، مجلة دولية المنتدى،2011،عدد7،مج1.
13- سلام منعم، مفهوم الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 7، العدد1، 2005.
14- سمير برهان، ابرام العقد في التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، القاهرة، 2002.
15- شلبي الزين، مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري، بحث منشور في كلية الحقوق، جامعة سكيكده، الجزائر، 2010.
16- صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بالأدلاء بالمعلومات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، ع1، مج1، لسنة 1996
17- عادل شمران حميد الشمري ، م. علي شمران الشمري : التعسف في استعمال حق التقاضي ، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت ، العدد 20.
18- عبد الرسول عبد الرضا، نجلاء عبد حسن، تطور موقف المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، 2013، المجلد 21، العدد2.
19- عدنان ابراهيم السرحان، المهني المفهوم والانعكاس القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد1، 2004.

20- عقيل فاضل الدهان، الاطار القانوني لعقد التفاوض، بحث منشور مجلة جامعة اهل البيت(ع)، ع1.
21- عقيل مجيد كاظم، عدنان هاشم جواد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة وفق التوجه الاوربي، بحث منشور، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العدد الثاني، 2011، مج 9.
22- علي فوزي الموسوي : مراقب الحسابات في الشركات التجارية ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ،السنة الثانية ، العدد الثاني ، جامعة كربلاء، 2010.
23- فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدر للالتزام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28،العدد الأول، 2012.
24- فوزي محمد سامي، الافلاس وفكرة التوقف عن دفع الديون، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد(22)، بغداد، 1981.
25- هاني صلاح سري الدين، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث، 1996، العدد الرابع.

رابعاً : القوانين :

التشريع العراقي

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951النافد
2. القانون التجارة العراقي (30) لسنة 1984المعدل
3. قانون التجارة العراقي الملغي رقم (149) لسنة 1970
4. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 النافذ
5. قانون التوقيع والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ رقم (78) لسنة 2012
6. قانون النقل العراقي النافذ رقم (80) لسنة 1983
7. قانون العمل العراقي النافذ رقم (37) لسنة 2015
8. قانون تنظيم الوكالات التجارية رقم (79) لسنة 2017

التشريع المصري

1. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 948
2. قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999
3. قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018

4. قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004

5. قانون المعاملات الالكترونية المصري رقم **(15)** لسنة 2015

6. قانون العمل المصري رقم (12) لسنة 2003.

7. قانون النقل المصري (73) لسنة 2019.

التشريع الفرنسي

1. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والمعدل بقانون رقم (211) لسنة 2007
2. قانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل بقانون رقم (131) لسنة 2016

3. قانون التجارة الفرنسي النافذ

4. قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (31 – 08)

5. قانون التوقيع الالكتروني الفرنسي **لسنة 2014**

التشريع الجزائري

1. القانون المدني الجزائري رقم (58) لسنة 1975

2. قانون التجارة الجزائري رقم (59) لسنة 1975

3. قانون حماية المستهلك الجزائري رقم (09 - 03) لسنة 2009

4. قانون التوقيع الالكتروني الجزائري رقم (15 - 04) لسنة 2015

5. قانون التجارة الالكترونية الجزائرية رقم (18 – 05)

التشريع الاوربي :

1. قانون الاونسترال النموذجي لتجارة البضائع الدولية لسنة 1985 مع تعديلاته لسنة 2006

2. مبادى اليونيدروا المتعلقة بالتجارة الدولية **لسنة 2004**

English References:

1. Alain Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux, civils et commerciaux,
2. GHESTIN(J) TRAITE DE DDROIT CIVIL LA FORMATION DU EDITIO L G J P358 .S CONTTRAC.
3. Grelon Bernard, les entreprises de services, collection gestion poche économica , Paris 1978 .
4. Grelon Bernard, les entreprises de services, collection gestion poche économica , Paris 1978
5. IDAIE, DATAR , URBA, les téléservices au milieu rural, Montpellier Idate, 1992
6. J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, L'acte juridique, Les obligations, I, L'acte juridique, 10 éd., Armand Colin, Paris2002 , n°489.
7. jacqusziller : service après – venteet marketing, edition dunod . paris, 1969 .
8. Laurent Coope, Gilles Pannetier Tout ce qui n'est pas un produit est un 1service Laurent Coope, Gilles Pannetier, télétravail et téléservices.
9. Marketing Management Philip Kotler, Bernard Dubois & Delphine Manceau, pearson.ch- P Kotler, B Dubois - Upper Saddle River NJ, 2003,chapiter.
10. Un service est une prestation qu'une entreprise conçoit, met au point, propose vend et fournit à ses clients M. Lejeune, le marketing des services, Revue Françoise du Marketing, n° 121

Abstract

The seller’s obligation to provide the commercial delivery service after the sale comes from the will of the parties to the contract, and this will to guarantee the contract whatever conditions it wants, and these conditions cannot violate public order or public morals. The emergence of the Internet, and this period is considered the birth of the term electronic commerce, which is considered the turning point and the global economic recovery, which turned the trade and its dealings in a remarkable way, which resulted in transactions that did not exist on the scene, including The commercial delivery service contract and because of the advantages that this contract carries, which made consumers enter into this type of contract. We do not evade the truth if we say that this contract has contributed to the recovery of the economy increasingly, because of the gains it brings to the two parties to the contract, which facilitates the consumer to obtain goods and merchandise in terms of short The time as well as the lack of financial cost, with the seller's obligation to ensure the safety of the sale until it is delivered to the consumer, as well as en suring the safety of the consumer from everything that would cause harm to the consumer

In addition to the above, the consumer has complete and easy freedom to move between platforms and websites for the purpose of choosing the most appropriate and best of the offered goods without pressure or influence from anyone else, as well as the ability to negotiate prices or access period and everything that would complete the conclusion of the contract Through any electronic means or program chosen by the consumer Also, the commercial delivery service, although it is closely related to the sales contract, does not apply to all sales contracts. On the one hand, the delivery service cannot be envisaged in the real estate sale contract,

and on the other hand, this service can only be provided in the sales contract that includes this condition, as This commitment is not one of the traditional obligations, and hence its importance appears in this contract, from which we launched our study of this contract and its great role in the shopping strategy through advertisements launched by manufacturers, as well as merchants and even owners of small shops such as restaurants, clothing stores, electrical appliances and other stores Retail of goods and merchandise that touches the basic daily needs of the consumer This contract also provided the fertile environment for the revival of many applications such as electronic money launched by banks, which the need for it has increased at the present time due to the ease of carrying it when compared to traditional money, as well as preserving it from loss or theft, so to speak, and this contract has a special feature that encourages consumers To deal in it is not to pay the material consideration except upon receiving the sold item, examining it and making sure that it is safe from defects and from any shortage and that it conforms to what was contracted, as this type of contract makes the consumer safe from any case of commercial or industrial fraud in the product

Just as the delivery service contract encouraged many producers to compete to gain consumer satisfaction by providing other services added to the delivery service, which may be providing a service to install some devices that need technical expertise, or offering maintenance warranty offers for a limited period, or maintenance of some parts of the device, or Some companies hold training courses that did not purchase their products, and these courses may be through a program that allows only those who carry a specific code or put a disc inside each device showing technical methods for working or repairing any technical defect that occurs in the future

The Republic of Iraq

The Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Karbala - College of Law

Legal regulation of the delivery service contract

"A comparative study"

Thesis submitted To the Council of the Faculty of Law - University of Karbala,

which is part of master in the private law

Writing by the student

Harith Hussein Nassif

Supervised Of

Prof. Dr. Asraa Fahmy Nagy

May /2022 A.D. Shawwal / 1443 A.H.