

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

الشعبة : الحقوق

التخصص: عقود ومسؤولية

تحت عنوان

العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

تحت إشراف

أ.د. رياحي أحمد

من إعداد

فاطمة الزهراء قلواز

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف	أ.د- محمد حاج بن علي	أستاذ التعليم العالي
مشرفا مقرر	جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف	أ.د- أحمد رياحي	أستاذ التعليم العالي
ممتحنا	جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم	أ.د- معمر فرقاق	أستاذ التعليم العالي
ممتحنا	جامعة أحمد زبانة بغيليزان	د- عدة عليان	أستاذ محاضر "أ"
ممتحنا	جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف	د- رقية سكيل	أستاذ محاضر "أ"
ممتحنا	جامعة أحمد زبانة بغيليزان	د- أمينة بن رايح	أستاذ محاضر "أ"

السنة الدراسية 2022/2021

قال عماد الدين الأصفهاني في مقدمة معجم الأدباء
"إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال
في غده: لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان
يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان
أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استلاء
النقص على جملة البشر".

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من يعجز القول والفعل عن رد جميلهما الولدين العزيزين

أطال الله في عمرهما، وإلى كل العائلة والأحبة.

شكر و عرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

أشكر الله وأحمده أنّ أعانني ووفقني لإنجاز هذا العمل

ثم بعد أتقدم بالشكر والعرفان للأستاذ الفاضل: الدكتور رياحي أحمد الذي أشرف على إنجاز هذه الأطروحة، وتعهدها بالتصحيح والمتابعة في كل مراحل إنجازها، أسأل المولى عز وجل أن يجعل جهده هذا في ميزان حسناته، ويوفقه لما يحبه ويرضاه.

والشكر موصول أيضا للأساتذة أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة، وتحمل عناء

السفر.

دون أن أنسى كل من ساهم في إنجاز هذه الأطروحة من أساتذة وزملاء، وإلى كل طالب علم.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de Cassation française.
C.A	Cour d'Appel.
Art.	Article.
Cass. Civ.	Cassation civil.
Cass. Com.	Cassation commerciale.
C.C.E.	Conseil des communautés européennes.
Chron. , Chr Civ.	Chronique. Civil.
C.J.C.E	Cour de justice des communautés européennes.
Coll.	Collection.
Consum.	Consommation.
D.	Recueil Dalloz.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Ibid	Idem (Ibidem)
J.C.P.	Juris-classeur périodique.
J.C.P. éd. E.	Juris-classeur périodique édition Entreprise.
J.C.P. éd. G.	Juris-classeur périodique édition Générale.
J.O.	Journal officiel.
J.O.C.E.	Journal officiel des communautés européennes.
J.O.R.A.	Journal officiel de la République Française.
JP	Jurisprudence.
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
n° (s)	numéro (s).
Obs.	Observation.
Op. cit.	option citée.
p.	Page.
Préc.	précité (e)
Préf.	Préface.
Rec.	Recueil.
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D. com	Revue trimestrielle de droit commerciale.
T.	Tome (s)
Som	Sommaire.
Somm.	Sommaire commentée.
Comm	
T.	Tribunal.
Vol.	Volume.

مقدمة:

يعد العقد أحد أهم الوسائل القانونية لتنظيم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد، بهدف إشباع حاجاتهم من السلع والخدمات، وبالنظر لقيمة العقود في الحياة العملية، حرصت التشريعات على ضرورة إنجازها وتنفيذها، - فالمراد من إنشائها التنفيذ لا الفسخ والزوال - لأن عدم التنفيذ يؤثر في استقرار المراكز التعاقدية فضلا عن تفويته الفرصة والوقت والجهد والمال معا، وهذا ما يمس بجوهر الوظيفة الاقتصادية للعقد، وقد ظهر هذا التوجه التشريعي من خلال عدة أحكام منثورة في القانون المدني، أبرزها نظرية انقاص العقد وتحويله، وتكملة الثمن في حالة الغبن، وتعديل الالتزامات لمواجهة الظروف الطارئة، وجعل الفسخ تقديريا بيد القاضي، وغير ذلك من الأحكام التي تفيد أن كل طرف ملزم بالعقد من خلال الوفاء بالتزاماته تحقيا لمبدأ استقرار المعاملات، وثبات الحقوق، مصداقا لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُود"¹.

وباعتبار أن المال عصب الحياة، فهو مصدر دائم للنزاع بين الناس، ولا يخفى على أحد أن أكثر مشاكل الإنسان مصدرها المعاملات المالية، لأجل ذلك حاولت التشريعات منذ القدم، حماية كل متعاقد يكون في حالة ضعف بعدة وسائل، أهمها قواعد حماية الرضا، وذلك من خلال منحه فرصة لتصحيح رضاه، أو إبطال التصرف الذي أقدم عليه؛ إلى جانب نظرية العيوب الخفية، وغيرها من النظريات. إلا أن وسائل تحقيق الحماية بهذه الطرق يحد من فعاليتها عنصر الإثبات، حيث يلزم المتعاقد الذي وقع في غلط، أو دلس عليه، أو وجد عيبا بالمبيع بإثبات ذلك، وهو ليس بالأمر الهين، وهذا ما دفع التشريعات إلى البحث عن وسائل أخرى لتحقيق حماية فعالة للمتعاقد، بالنظر لما استجد من ظروف، التي ساهمت بشكل كبير في اتساع الهوة بين الطرفين، خاصة مع نوعية العقود التي أصبحت أموزجية في أغلبها، وتنوع أساليب إبرامها، بسبب التطور الصناعي والتقدم التكنولوجي اللذان أديا إلى تغير ملحوظ في أساليب إنتاج السلع وتقديم الخدمات، وطرق توزيعهما وتسويقهما؛ فأصبح أحد الأطراف يتمثل عادة في شركات ضخمة تمتلك قوة اقتصادية كبيرة، الأمر الذي يسهل له استخدام شتى أنواع وسائل الترويج والدعاية الحديثة مثل الإعلانات التي تتضمن معلومات مضللة أو كاذبة، فتحوط العلاقة العقدية بين طالبي السلع والخدمات ومقدميها، من متكافئة إلى علاقة غير متكافئة بسبب التفوق الاقتصادي، والقانوني والعلمي والتقني للمتدخل² على حساب المستهلك، الذي غالبا ما يتعاقد بشيء من السرعة والعجلة بغية الحصول على احتياجاته ومتطلباته، في ظل التطور التكنولوجي الذي شمل كل جوانب الحياة.

¹ - سورة المائدة، الآية الأولى

² - تنوعت وتعددت تسميات من يتعامل مع المستهلك من تشريع لآخر، بل وحتى في التشريع نفسه، فمنها البائع، والتاجر، والمهني، والمخترع، والعميل الاقتصادي، والمزود، والمورد، والمتدخل، إلا أن المتدخل هو المصطلح الأنسب، لأنه يشمل كل من سبق ذكرهم وفقا لما ورد بنص المادة 07/03 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي جاء فيها ما يلي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك".

وبظهور الشبكة العنكبوتية، ازداد تنوع طرق إبرام العقود بوسائل غير معروفة، خاصة في مجال المعاملات الدولية، فظهر ما يعرف "بالعقود على الخط" أو التسوق الآلي، من خلال عدة برامج منها برنامج "ICQ"¹ الذي يعني "أني أبحث عنك"، وقد عبر عنه بعض الفقه بـ "نمو الفن التعاقدية"²، إلى جانب القدرات الإقناعية التي يتمتع بها الطرف القوي، والتي تمكّنه من التحكم في نفسية الطرف الضعيف، وتدفعه للتعاقد بسبب حاجته للشيء محل العقد دون تأن وترو.

وفي ظل ما استُجد من تطورات حصل تغيير في مفهوم العقد ونوعيته، ولحقه ما لحقه من تجديد، وقد ورد معنى خاصا للعقد في ظل القواعد الخاصة، تناولته المادة 04/03 من القانون رقم 02-04³ المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث جاء فيها ما يلي: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة، أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير فيه...". وقد أكد هذا المعنى للعقد صدور القانون رقم 18-05⁴ المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث عرف العقد الإلكتروني في نص المادة 03/06 منه بما يلي: "العقد بمفهوم القانون رقم 02-04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 2 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه، باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني...".

وإزاء المعطيات والمستجدات السابق ذكرها، أصبح إيجاد قواعد قانونية خاصة بحماية الطرف الضعيف⁵ ضرورة في غاية الأهمية، وباعتبار أن القانون ظاهرة اجتماعية يتأثر بتغير النظم الاجتماعية والاقتصادية، بات لزاما على التشريعات المقارنة وضع نظم قانونية جديدة، تكفل وتساهم في الحماية القانونية للمستهلك، بما يساهم في إعادة التوازن العقدي المفقود، بسبب غياب الصورة التقليدية للعقد⁶، التي كانت تقوم على المساواة ومناقشة شروط العقد بكل حرية من جانب الطرفين على قدم المساواة.

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، ص.17. يراجع: www.arablawninf.com اطلع عليه يوم: 10 ماي 2018، على الساعة 10 ليلا.

² - رباحي أحمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2008 ص.09.

³ - القانون رقم 02-04 المؤرخ في 13 جوان 2004، ج.ر العدد 41، المؤرخة في 27/06/2004 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 أوت 2010، ج.ر العدد 46 بتاريخ 18/08/2010.

⁴ - القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، العدد 28.

⁵ - إذا كان كل طرف مستهلك هو طرف ضعيف، فليس كل طرف ضعيف في العلاقة العقدية هو مستهلك، بدليل وجود مصطلح "المستهلك" ومصطلح "غير المهني"، إلى جانب نظرة الاتجاه المضيّق لمفهوم المستهلك، الذي يرى بأن المهني الذي يتعاقد خارج إطار تخصصه لا يعد مستهلكا ولا يفيد من الحماية التي يستحقها المستهلك وفقا لهذا المفهوم، بالرغم من اتصافه بصفة الضعف مع من يتعاقد معه في مجال تخصصه.

⁶ - حيث يرى بعض الفقه أن العقد لم يعد يعني مجرد توافق إرادتين وإحداث آثار قانونية، بل إنّ مقصوده تعدى تحقيق مصلحة طرفي العقد لتحقيق المصلحة العامة، وهذا ما أثر على القواعد القانونية والفقهية الكلاسيكية كقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد. للتوسع أكثر يراجع: رباحي أحمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.09.

وقد سارعت التشريعات، إلى استحداث نصوص قانونية لمعالجة الوضع تدعيماً للحماية المقررة للمستهلك، من تسرعه في اتخاذ قراره دون ترو، فشرعت ما اصطلاح عليه بـ "العدول عن العقد"، بصفته طريقاً من طرق إنهاء العقد وإزالته، بالرغم من إبرامه صحيحاً وناظراً. وقد كان الهدف من تشريع هذا الحق هو حماية رضاء المستهلك الذي جاء متسرعاً دون ترو أو تفكير في ما هو مقدم عليه، وبهذا فهو استثناء من الأصل العام؛ لا يملكه إلا من تقرر لمصلحته، ويمارسه بإرادة منفردة؛ دون تقديم أي مبررات لذلك.

وتجب الإشارة في هذا المقام أنّ حقيقة العدول العدول عن العقد تختلف عن بعض الأنظمة القانونية التي تقترب منه، فالعدول عن العقد ليس النظام القانوني الوحيد الذي يؤدي لزواله، بل تشترك معه بعض الحالات كالفسخ، والبطالان والإبطال، وحالات أخرى، كالعدول عن الوعد بالتعاقد، والعدول عن دفع العربون، وخيار المجلس عند القائلين به، وكل هذه الأحوال وغيرها تقترب من نظام العدول عن العقد من حيث الآثار، غير أنه يختلف عنها بكونه النظام الذي يخيّر فيه المستهلك بصفته طرفاً ضعيفاً، بين الإبقاء على العقد الذي أبرمه مع المتدخل، أو العدول عنه خلال مهلة زمنية محددة بإرادته المنفردة، وفي هذا مخالفة صريحة لمبدأ أصيل في نظرية العقد، وهو "العقد شريعة المتعاقدين".

وقد استدعى التحول الحاصل في مفهوم العقد، تدخل التشريعات في تنظيم العلاقة العقدية، ومنها ما فعله المشرع الجزائري الذي عمد في كل عدة مناسبات إلى وضع أحكام حمائية خاصة، ومن خلال ما ورد بنص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث جاء فيها ما يلي: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، إلى جانب فرض عدة التزامات بصفة أمرة لم تكن معهودة من قبل، كالالتزام بالفوترة، والتسعير الجبري، واشتراط توافر بيانات محددة بشكل إلزامي، مثل ما هو عليه في مجال التجارة الإلكترونية حسب ما ورد بنص المادة 11 من القانون رقم 18-05 التي فرضت على المورد الإلكتروني تقديم العرض التجاري بطريقة مرئية مقروءة ومفهومة، وأنّ يتضمن على سبيل المثال مجموعة من المعلومات الأساسية، كطبيعة وخصائص الأسعار والسلع، أو الخدمات المقترحة والشروط العامة للبيع، أمّا المادة 12 من القانون نفسه، فأكدت ضرورة وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، ليتمكن من التعاقد على علم ودراية، مع ضرورة تسييق بعض الوثائق التعاقدية، كالرخص والمصادقة وغيرها.

وقد ظهر جلياً في ظل هذه التغيرات، تأثر البناء القانوني للعقود بالعوامل السابق ذكرها وأخرى؛ منها ضرورة التضامن والتعاون بين طرفي العلاقة العقدية، فترتب عنها تقييد مبدأ سلطان الإرادة، وتبني المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد، وفق ما يعرف بموضوعية الإرادة من خلال "عَيْمَمَة العقد"¹ و"جَمِيعَةُ العقد"²، ومّا لا يدع

¹ - وهي الترجمة التي جاء بها الفقه العربي. للتوسع أكثر يراجع: عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، المصادر الإردية، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ج. 01، ص. 267.

² - المرجع نفسه، ص. 10.

مجالاً للشك، فإن هذا التدخل التشريعي في العلاقة العقدية، ترتب عنه الحد من الحرية التعاقدية بشكل كبير، من خلال اتساع مفهوم ونطاق النظام العام، وذلك لاحتواء ما استُجد من أحداث وتطورات في شتى مجالات الحياة حتى ينسجم القانون مع الواقع.

وإذا كانت فكرة العدول عن العقد فكرة مستحدثة نسبياً في القوانين الوضعية، إلا أنها ليست بدعاً في الفقه الإسلامي الذي يعد الرجوع عن العقد فيه نظرية متأصلة قديمة عالج من خلالها الفقهاء مواضيع الرضا وكل ما يتعلق به، كالعقد غير اللازم بنوعيه، والعقد الذي يلحقه خيار من الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، بهدف حماية رضا المتعاقد بشكل عام.

وفي السياق ذاته، تجب الإشارة إلى أن فقهاء الفقه الإسلامي، لم يفرّدوا موضوع الرجوع عن العقود المالية مجالاً مستقلاً، وإنما بحثوه في مواضع متفرقة، ومتباعدة، ممّا يصعب على الباحث معرفة حقيقته خاصة في مجال الدراسات القانونية، لهذا جاءت هذه الدراسة؛ لتحرير، وتنقيح، وضبط هذا الموضوع، وجمعه في صعيد واحد ليسهل على طالب العلم الرجوع إليه، والإفادة منه.

وبمقارنة مفهوم العدول عن العقد وفقاً لما جاءت به التشريعات الحديثة، مع الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي، يتضح اشتراكهما في عدة نقاط، أبرزها الحماية المقصودة من وراء تشريعهما، بمنح أحد طرفي العقد أو كليهما إمكانية الرجوع عن العقد الذي أبرمه، بناء على طبيعة العقد أو بسبب الخيارات، مع بعض الاختلافات سيتم تبيّنها في وقتها.

كما تُظهر هذه الدراسة أيضاً، أسبقية الفقه الإسلامي في تناوله لموضوع الرجوع عن العقد من خلال بحث تأصيلي وفق ما يعرف بـ "نظرية الرجوع في العقود المالية"، يُسمح من خلالها لكل طرف يكون في حالة ضعف بإنهاء العقد بإرادته المنفردة، بغض النظر عن صفته؛ سواء كان مستهلكاً أم متدخلاً، وبهذا تبدو الأهمية النظرية لهذا الموضوع.

أما الأهمية العملية له، فتكمن في منح المستهلك الحق في العدول عن التعاقد دون اللجوء للقضاء، الذي يثقل كاهله من حيث الإجراءات والمصاريف المالية في سعيه لاسترجاع حقه، وهذا من الأهمية بما كان بالنظر لحجم المنازعات التي تصاحب انعقاد العقد وتنفيذه.

وفي هذا الصدد، يجدر البيان إلى أنّ موضوع الدراسة المتعلق بالعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، لم يتم التطرق إليه من قبل من هذه الزاوية، بل تمت دراسته من زوايا مختلفة متعلقة خاصة بالفقه الإسلامي، مثل نظرية الرجوع عن العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي¹، وأهم ما ميز هذه الرسالة أنها اعتبرت الرجوع عن العقد فسخاً له، والدراسة الموسومة بأحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه

¹ - فتح الله أكتّم نفاحة، نظرية الرجوع عن العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، مصر، 1996.

الإسلامي¹، حيث تناولت كل أنواع العقود التي يمكن الرجوع فيها عن العقد، مستبعدة الرجوع عن العقد بسبب الخيار، وكذا الدراسة حول حق المستهلك في العدول عن التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)²، وأهم ما يلاحظ عليها، أنها أخلطت بين مفهوم العدول عن العقد ومهلة التروي والتفكير التي تمنح للمستهلك قبل إبرام العقد، أمّا على المستوى المحلي فلم أجد سوى بعض الدراسات التي تناولت جزئية بسيطة من الموضوع تمثلت في التوازن العقدي عند نشأة العقد³، وأثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد⁴.

ولعل ما دفعني لتناول هذا البحث، هو الرغبة في دراسة المواضيع المتعلقة بحماية المستهلك بصفته طرفاً ضعيفاً في العقد، خاصة وأنه يمثل السواد الأعظم في المجتمع، وقصور القواعد العامة عن تحقيق الحماية الفعّالة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية؛ بسبب التطور التكنولوجي، وتأثير التطور الصناعي والتجاري على الرابطة العقدية بشكل ملحوظ، والتي ساهمت كلها في ظهور ما يعرف بالعقود المهنية التي تقوم على التخصص المهني في مجال معين، وطريقة تحريرها التي أصبحت تتضمن شروطاً أقل ما يقال عنها أنها تعسفية، ممّا يُكسب صاحبها تفوقاً عاماً تفنّن من خلاله في انتقاء المصطلحات والألفاظ التي تخدم مصلحته على حساب مصلحة الطرف الضعيف، إلى جانب الاستخدام الواسع لمختلف وسائل الدعاية والترويج؛ المغرية والمضلة للمستهلك.

كما كان الدافع أيضاً من هذه الدراسة، هو محاولة إبراز أسبقية الفقه الإسلامي في معالجة جميع جوانب الحياة عبر العصور، بأحكام لم تصل إليها التشريعات إلا حديثاً، وهذا الذي يثبت مدى انفراد بنظريات متأصلة وشاملة لكل المجالات، مع قابليته للتجديد كلما استدعت الحاجة.

واستكمالاً لما سبق، جاءت هذه الدراسة؛ لمعالجة موضوع العدول عن العقد، وفقاً لما تبنته التشريعات الوضعية، بالبحث والتحليل للنصوص القانونية الواردة في هذا الشأن، مقارنة بالآراء الفقهية للمذاهب الأربعة⁵ بشأن نظرية الرجوع عن العقد، لتشمل كل ما يتعلق بهذا الموضوع، حتى تكتمل الدراسة على أكمل وجه.

أمّا عن مجال الدراسة، فيتحدد بالعدول عن العقد في مرحلة تنفيذه؛ سواء تم تنفيذه أم لم يتم، وهذا يستتبعه استبعاد مهلة التروي والتفكير التي تمنح للمتعاقد قبل إبرام العقد.

وتجيب الإشارة إلى أنّ هذه الدراسة حاولت قدر الإمكان توحيد مصطلحات البحث، إلا أنّ تنوع متغيرات الدراسة حال دون ذلك، فتم استعمال مصطلح "المستهلك" عندما يرتبط البحث بتشريعات الاستهلاك

¹ - أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن، 2008.

² - فوزي محمد المقطوف أبو خريص، حق المستهلك في العدول عن التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، 2018.

³ - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، 2015.

⁴ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، 2016.

⁵ - اكتفت الدراسة بالتطرق لما جاء به الفقهاء الأربعة فقط، لأن مجال الدراسة لا يسع للتطرق لكل الاتجاهات الفقهية.

واستعمال مصطلح "الطرف الضعيف" ليشمل كل طرف من أطراف العلاقة العقدية، يكون في حالة ضعف عندما يتعلق البحث بالقواعد العامة والفقهاء الإسلامي، كما استدعت الدراسة أيضا، استعمال مصطلح "العدول عن العقد" عند الكلام عن تشريعات الاستهلاك، ومصطلح "الرجوع عن العقد" عند الكلام عن الفقه الإسلامي والقواعد العامة.

وقد حاولت الدراسة معالجة عنوان الرسالة بشيء من التفصيل، وفقا لما جاءت به التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي، من خلال طرح الإشكال التالي:

إذا كان العدول عن العقد يمثل بناء قانونيا حديثا في تشريعات الاستهلاك بخلاف ما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي، فيلزم أي مدى توافق النظامان بشأنه من حيث ماهيته وآثاره؟ وما موطن الاختلاف بين النظامين بشأن العدول عن العقد إن وجد؟

وتبعاً لهذا الإشكال الرئيسي تتفرع عدة تساؤلات أبرزها التساؤل عن المقصود بالعدول عن العقد تشريعا وفقها، وما حدود نطاقه بصفته استثناء عن الأصل العام؟ وما هي طبيعته وأساسه القانونيين، اللذان بموجهما مُنح المستهلك القدرة على إنهاء العقد الذي أبرمه بإرادته المنفردة، دون تقديم أي مبرر؟ وهل يتوافق مع ما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي؟ وماهي أهم الآثار والانعكاسات التي تترتب عنه؟

وللإجابة عن هذا الإشكال المطروح في هذه الدراسة تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي، لأنه الأنسب لهذه الدراسة؛ فهو يقوم على تجميع المعلومات والآراء والحقائق التي تعمل على توضيح الظاهرة أو المشكلة محل الدراسة، توضيحا يتضمن العوامل والمتغيرات المؤثرة فيها، واستخلاص أهم الأحكام المتعلقة بكل جزئية من جزئيات البحث، وترجيح الرأي الأقوى من حيث الحجة والدليل. وإلى جانب الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي كمنهج عام للدراسة، واحتاجت الدراسة أيضا للمنهج المقارن عند بحث ما جاءت به التشريعات الوضعية من جهة، ثم مقارنته بما جاء به الفقه الإسلامي، واعتمدت كذلك على المنهج التاريخي، حتى تتضح الدراسة وتحقق الهدف منها.

وسيتيم بحث كل ما يتعلق بموضوع الدراسة، سواء بطريقة مباشرة، أم غير مباشرة، بالاعتماد على ما جاءت به بعض التشريعات الغربية، والعربية، إلى جانب ما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الشأن، من خلال عرض آرائهم الفكرية، والأدلة التي اعتمدوا عليها، للوصول للرأي المناسب لحماية المتعاقد الذي أبرم العقد على عجلة من أمره دون ترو وتدبر.

ويحسن التذكير، أنّ الترتيب المعتمد في الدراسة جاء احتراما لعنوان الرسالة، وفي هذا الأساس فقد تضمنت بابين، حيث خصص الباب الأول لدراسة العدول عن العقد كآلية حديثة لحماية المتعاقد عن العقد من خلال فصلين، شمل الفصل الأول ماهية العدول عن العقد في التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي، وتفرع عنه ثلاثة مباحث، تناول المبحث الأول مفهوم العدول عن العقد في التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي، مع بيان أهم خصائصه، وتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة له، أما المبحث الثاني فتطرق لتحديد النطاق الشخصي

والموضوعي للعدول عن العقد في التشريع الوضعي والفقہ الإسلامي، فيما خصص المبحث الثالث لبحث القانون الواجب التطبيق، لما يثيره من إشكال بسبب دولية العقود التي يرد عليها العدول عن العقد.

أما الفصل الثاني فأفرد لمعالجة التنظيم الفقهي والتشريعي للعدول عن العقد، من خلال مبحثين، تناول المبحث الأول تكييف العدول عن العقد من حيث الطبيعة والأساس القانونيين، فيما خصص المبحث الثاني لبحث أهم المبررات التي سيقى للأخذ بالعدول عن العقد.

أما الباب الثاني فخصص لدراسة وبحت أهم الآثار والانعكاسات المترتبة عن العدول عن العقد بفصلين، حيث جعل الفصل الأول لبيان أهم الآثار التي ترتبط مباشرة بطرفي العلاقة العقدية تتحقق برجوع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل العقد، مقارنة بما يتعلق بالرجوع عن العقد في الفقہ الإسلامي، مع توضيح أهم الاختلافات بين الفقہ والتشريع الوضعي، شمل المبحث الأول، آثار العدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك فيما تناول المبحث الثاني آثار الرجوع عن العقد في الفقہ الإسلامي والتشريعات الوضعية.

فيما خصص الفصل الثاني لمعالجة أهم الانعكاسات المترتبة عن العدول عن العقد، على طرفي العلاقة العقدية، ما يساهم في إعادة التوازن العقدي المفقود، وقد شمل مبحثين، عالج المبحث الأول تراجع مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوضعية والفقہ الإسلامي، أما المبحث الثاني فتطرق لمعالجة ازدياد التدخل التشريعي في العلاقة العقدية. وقد انتهت الدراسة بخاتمة تشمل أهم النتائج التي تم التوصل إليها، مع تقديم بعض الاقتراحات.

الباب الأول: العدول عن العقد آلية فعّالة لحماية المتعاقد الضعيف في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي
يعد العقد أهم مواضع الفقہ الإسلامي والقانون معا باستغراقه نصف موضوعاتهما أو أكثر، وباعتبار أن العقد ملزما لطرفيه، فإنه بمجرد انعقاده يرتب آثاره ويصبح لازما بحقهما؛ ولا يجوز لأحدهما العدول عنه. إلا أن طبيعة التعامل بين الناس، واتساع الهوة بين طرفي العلاقة العقدية نظرا للتحويلات السياسية، والاقتصادية والاجتماعية، ظهرت أسباب سلبت من العقد صفة اللزوم، وسمحت لأحد الطرفين أو كليهما حق العدول عن العقد بإرادة منفردة، مما دفع بعض التشريعات، وقبلها فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إضافة نصوص قانونية للنظرية العامة للعقد؛ قد تمس بقوته الملزمة قصد المحافظة على مصالح الطرف الضعيف التي يمكن أن تُهدر نتيجة الاختلال الصارخ في التوازن العقدي.

ويلاحظ أن حق العدول عن العقد يختلط مع بعض المفاهيم القانونية المشابهة له، مما يستدعي ضرورة التفريق بين العدول عن العقد، الذي ينفرد بالإفادة منه الطرف الضعيف في العقد، أو من شَرَّع العدول لمصلحته وفقا لما جاء به الفقہ الإسلامي، مع تبيان مكانة العدول عن العقد من بعض المفاهيم القانونية المشابهة له، وبهذا سنتناول في هذا الفصل ماهية العدول عن العقد (الفصل الأول) ثم بعدها يتم بحث التنظيم التشريعي للعدول عن العقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول: ماهية العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

بقي مبدأ القوة الملزمة للعقد صامدا ردحا من الزمن، حيث لم يكن في ظله لأي طرف أن يُحدث في العقد تغييرا بإرادته المنفردة، إلا وفق ما يعرف بالعقود غير اللازمة (الجائزة)، سواء لطبيعتها، أم بسبب الخيارات المعروفة في الفقہ الإسلامي. إلى جانب هذا، فإن تغير ظروف التعاقد بسبب التطور التكنولوجي الذي رافق إنتاج السلع، وتقديم الخدمات، واختلال موازين القوى بشكل فادح بين المراكز القانونية، جعل الطرف الضعيف لا يملك القدرة على التفاوض مع الطرف القوي؛ خاصة بعد ما أصبح المتدخل (الطرف القوي) يتمثل في شركات كبرى، إضافة لدور الدعاية المغرية؛ مما أثر على مقومات الحماية للطرف الضعيف، الأمر الذي دعى التشريعات الحديثة لسنّ جملة من القوانين بهدف إعادة التوازن العقدي المفقود بين طرفي العقد، كما انفردت التشريعات الحديثة، سواء عن طريق قوانين الاستهلاك، أم بواسطة نصوص القانون المدني، بمنح الطرف الضعيف فرصة العدول عن العقد الذي تم إبرامه خلال مدة زمنية محددة، حتى تعالج تسرعه وندمه اللذان يقودانه إلى إبرام عقد لا فائدة ترجى من ورائه، لذا سيتم بحث مفهوم العدول عن العقد وفقا لما جاء به التشريعات الحديثة والفقہ الإسلامي (المبحث الأول)، ليتم بعده بحث نطاق العدول عن العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

يمثل العدول عن العقد مساساً صارخاً بقوته الملزمة، خاصة وأنه تصرف بإرادة منفردة من طرف أحد المتعاقدين، بناءً على المركز القانوني الذي يمنحه إياه الشرع أو القانون؛ الأمر الذي يدعوننا إلى بحث حقيقة العدول عن العقد تحديداً دقيقاً (المطلب الأول)، كما يُلاحظ أنّ العدول عن العقد قد يختلط ببعض المفاهيم القانونية وهذا يقتضي ضرورة التفريق بينه وبين المفاهيم القانونية الأخرى التي يمكن أن تلتبس به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقيقة العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

يمثل العدول عن العقد أحد الوسائل القانونية الحديثة التي تحمي مصالح الطرف الضعيف في العقد أثناء مرحلة تنفيذه، وفقاً للقوانين التي أخذت بالعدول عنه في نصوصها، وقبلها كانت الشريعة الإسلامية السبّاقة في منح كلا طرفي العقد أو أحدهما فرصة العدول عن العقد وفق ما يعرف - بالرجوع عن العقد - وتُحذر الإشارة أن التشريعات لم تأت بتعريف جامع مانع للعدول، تاركة الأمر للاجتهاد الفقهي، لتوضيح جوهره وفحواه. ومن جانبنا سنبحث حقيقة العدول عن العقد لغة واصطلاحاً (الفرع الأول)، ثم نبين تطوره التاريخي لمعرفة أسباب نشأته (الفرع الثاني)، وبعدها نخلص لبيان خصائصه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف العدول والرجوع عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

إن تعريف الشيء يرتبط بمهيته ووضعه في موضعه الخاص به، حتى يتميز عمّا قد يختلط به من ألفاظ لذا فقد حاول الفقهاء إعطاء تعريف خاص للفظ العدول؛ وفق ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أطلقوا عليه لفظ "الرجوع" وفقهاء القانون الوضعي، ومن خلال هذا الفرع سيتم بحث المعنى اللغوي للعدول والرجوع (أولاً)، ثم بحث المعنى الاصطلاحي للفظين معاً (ثانياً)، وفي الأخير نحاول إجراء موازنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي بهذا الصدد (ثالثاً).

أولاً - المعنى اللغوي للعدول والرجوع عن العقد: بداية سيتم بحث المعنى اللغوي للعدول (01) وبعدها بحث المعنى اللغوي للرجوع (02).

01 - المعنى اللغوي للعدول: جاء المعنى اللغوي للعدول كالتالي: عدل: "عَدَلَ السَّهْمَ وَغَيْرَهُ عَدْلًا: أَقَامَهُ يَقَالُ: "اجْعَلْنِي فِي قَوْمِي إِذَا مِلْتُ عَدْلُونِي"، أي قوموني، وعدل الطريق مال، وعدل فلان برّيه أشرك، وعدل فلاناً بفلانٍ: سوى بينهما، وعدل عن الطريق عدلاً وعُدُولًا: حاد وعَدَلَ إليه عُدُولًا، وعدل الوزارة: غير بعض أعضائها دون إعادة تأليفها، وعدل الدستور أو القانون: حَوَّرَهُ بواسطة السلطة التشريعية. وعدل المشروع أو النص أو نحوهما: حَوَّرَهُ وَبَدَّلَ فِيهِ مَحَافِظًا عَلَى جَوْهَرِهِ وَطَبِيعَتِهِ، وانعدل عن الطريق: حاد، ويقال: "أَوَّلَ من إنعدل لسانه عن السريانية إلى العربية"، عدل بين أمرين عدلاً: إذا عرض أمران لا يدري لأيهما يصير فهو يتروى في ذلك¹.

¹ - أحمد أبو حاقّة ومجموعة من المختصين، معجم النفاث الكبير، دار النفاث، 2007، ط. 01، ص. 1222. ومحمد بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 1995، ص. 176.

ومن معاني العدول كذلك: العَدْلُ: القَصْدُ فِي الْأُمُورِ وَهُوَ خِلَافُ الْجُورِ، يُقَالُ: (عَدَلَ) فِي أَمْرِهِ (عدلاً) من بَابِ ضَرَبَ، و(عَدَلَ) عَلَى الْقَوْمِ (عَدَلًا) أَيضاً، و(عَدَلَ) عَنِ الطَّرِيقِ (عُدُولًا) مَالَ عَنْهُ وَأَنْصَرَفَ¹.
 وورد للعدول المعاني أخرى التالية: العدالة والمعادلة: لفظ يقتضي معنى المساواة، ويستعمل باعتبار المضايقة.
 - والعَدْلُ والعِدْلُ يتقاربان، ولكن العَدْلُ يستعمل فيما يدرك بالبصيرة كالأحكام². وعلى ذلك قوله تعالى: "...أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا"³، والعِدْلُ، والعديل، فيما يدرك بالحاسة كالموزونات والمعدودات والمكيلات⁴.
 وقوله تعالى: "وَهُمْ بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ"⁵؛ أي يجعلون له عديلاً، فصار كقولهم: هم به مشركون، وقيل: يعدلون بأفعاله عنه وينسبونها إلى غيره، وقيل يعدلون بعبادتهم عنه تعالى، بقوله تعالى: "بَلْ هُمْ قَوْمٌ يَعْدِلُونَ"⁶، وكأنه قال: يعدلون به. ويصح أن يكون من قولهم عَدَلَ عن الحق - إذا جار - عدولاً، وعادل بين الأمرين: إذا نظر أيهما أرجح.

وورد أيضاً بمعنى عَادَلَ عَنْهُ: حَادَ. وَعَدَلَ إِلَيْهِ: رَجَعَ، وَيُقَالُ: عَدَلَ فُلَانًا عَنْ طَرِيقِهِ: رَجَعَهُ، وَعَدَلَهُ إِلَى طَرِيقِهِ: عَطَفَهُ.، وَيُقَالُ: هُوَ يُعَادِلُ أَمْرَهُ وَيُقَسِّمُهُ: إِذَا دَارَ بَيْنَ فِعْلِهِ وَتَرْكِهِ⁷.
 ومن بين ما ورد بشأن العدول كذلك عدل: العين والادل واللام أصلان صحيحان، لكنهما متقابلان كالمتضادين: أحدهما يدل على استواء والآخر يدل على الاعوجاج، فالأول العَدْلُ بين النَّاسِ: المرضيُّ المستوي الطريقة، وقال للشَّيْءِ يساوي الشَّيْءِ: هُوَ عِدْلُهُ. وَعَدَلْتُ بِفُلَانٍ فُلَانًا هُوَ يُعَادِلُهُ⁸.
 أمّا الأصل الثاني للعدول فيقال في الاعوجاج: عَدَلَ. وانعَدَلَ بمعنى انعَجَجَ.

02- المعني اللغوي للرجوع: استعمل فقهاء الفقه الإسلامي لفظ "الرجوع عن العقد"، بخلاف ما استعمله بعض الفقه القانوني والتشريع الوضعي، ولذا سيتم بحث معنى لفظ "الرجوع" على النحو الآتي:
 لفظ "رجع" له عدة معان منها ما يلي: رجع: الرَاءُ وَالجِيْمُ وَالْعَيْنُ أَصْلٌ كَبِيرٌ مُطَّرَدٌ مَنْقَاسٌ، يَدُلُّ عَلَى رَدِّ وَتَكَرُّارٍ⁹، رَجَعَ: رَجَعَ الرَّجُلُ رُجُوعًا وَمَرْجِعًا وَمَرْجِعَةً وَرُجْعَى وَرُجْعَانًا: انصرف وَرَجَعَ الشَّيْءُ عَنِ الشَّيْءِ وَرَجَعَ إِلَيْهِ: رَجَعًا وَمَرْجِعًا وَمَرْجِعًا: صرفه وَرَدَّهُ، لَازِمٌ وَمَتَعَدٌّ. وَرَجَعَ عَوْدُهُ عَلَى بَدْئِهِ أَي: فِي الطَّرِيقِ الَّذِي جَاءَ مِنْهُ. وَأَرْجَعَهُ:

¹ - رجب عبد الجواد إبراهيم، معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير، دار الآفاق العربية، 2002، ط.01، ص.200.
² - الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن، مكتبة الانجلو مصرية، 1970، ص.ص.487-489.
³ - سورة المائدة، الآية رقم 95.
⁴ - الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن، المرجع السابق، ص.ص.487-489.
⁵ - سورة الأنعام، الآية رقم 150.
⁶ - سورة النمل، الآية رقم 60.
⁷ - إبراهيم أنيس، وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي، ومحمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، دار الفكر، ج.02، ص.588.
⁸ - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الخليل، لبنان، المجلد 04، بدون طبعة، ص.646.
⁹ - المرجع نفسه، المجلد 02، ص.490.

رَدَّهُ وَصَرَفَهُ¹، وَرَجَعَ الصَّدَى: مَا يَرُدُّهُ عَلَيْكَ الْمَكَانَ الْحَالِيَّ إِذَا صَوْتٌ فِيهِ، وَرَجَعَ فِي عِلْمِ النَّفْسِ: هُوَ رَدَّةُ الْفِعْلِ الْآلِيَّةِ الَّتِي تَحْدُثُ لِلإِنْسَانِ عَلَى إِثْرِ الشُّعُورِ الْمَقَاجِي².

وورد معنى الرجوع كذلك على: العود إلى ما كان منه البدء، أو تقدير البدء، مكانا كان أو فعلا، أو قولاً. وبذاته كان رجوعاً، أو بجزء من أجزائه، أو بفعل من أفعال، فالرجوع: العود. والرجع الإعادة والرجعة والرجعة: في الطلاق، وفي العود إلى الدنيا بعد الممات، والرجاع: مختص برجوع الطير بعد انقطاعها³.

وفي القرآن فمن الرجوع قوله تعالى: "يَقُولُونَ لَنْ نَرَجِعَ إِلَى الْمَدِينَةِ"⁴، وقوله تعالى: "فَلَمَّا رَجَعُوا إِلَى أَيْهِمْ"⁵، وقوله تعالى: "وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَى إِلَى قَوْمِهِ"⁶، وقوله كذلك: "وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ إِرْجِعُوا فَارْجِعُوا"⁷.

والرجعة: عود المطلق على مُطْلَقَتِهِ، والرجعي: نسبة إلى الرجعه؛ والطلاق الرجعي: ما يجوز معه للزوج رد زوجته إلى عِصْمَتِهِ من غير استئناف عَقْدٍ، وَرَجَعَهُ نَاقَتَهُ: بَاعَهَا مِنْهُ ثُمَّ أَعْطَاهُ إِيَّاهَا لِيَرْجِعَ عَلَيْهَا⁸.

ومن معانيه أيضاً: رَجَعْتُ الْكَلَامَ وَغَيْرُهُ أَيَّ رَدَدْتُهُ وَهِيَ جَاءَ الْقُرْآنُ؛ قَالَ تَعَالَى: "فَإِنَّ رَجَعَكَ اللَّهُ"⁹ وَرَجَعَ الْكَلْبُ فِي قَيْئِهِ عَادَ فِيهِ فَأَكَلَهُ، وَمِنْ هُنَا قِيلَ: (رَجَعَ) فِي هَيْبَتِهِ إِذَا أَعَادَهَا إِلَى مُلْكِهِ. وَرَجَعَتِ الْمَرْأَةُ إِلَى أَهْلِهَا بِمَوْتِ زَوْجِهَا أَوْ بِطَلَاقِ فَهِيَ (رَاجِعٌ)¹⁰، يَأْتِي الرُّجُوعُ بِمَعْنَى الْإِنْصِرَافِ، يُقَالُ: "رَجَعَ يَرْجِعُ رَجْعًا رُجُوعًا" إِذَا نَصَرَ، وَيَأْتِي رَجَعَى وَرَجَعَانًا وَمَرَجَعًا وَمَرَجَعَةً¹¹، وَفِي التَّنْزِيلِ قَوْلُهُ تَعَالَى: "إِنَّ إِلَى رَبِّكَ الرُّجْعَى"¹².

ويأتي بمعنى الرد، يقال: رَجَعَ الشَّيْءُ إِلَيْهِ: رَدَّهُ وَأَعَادَهُ إِلَيْهِ، وَارْتَجَعَ الْمَرْأَةُ وَارْجَعَهَا مُرَاجَعَةً وَرُجُوعًا: رَجَعَهَا إِلَى نَفْسِهِ بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَالاسْمُ الرَّجْعَةُ¹³، وَيُقَالُ كَذَلِكَ: "رَاجِعَ الشَّيْءُ وَرَجَعَ إِلَيْهِ، وَرَجَعْتُهُ رَجْعًا مَرْجُوعًا": إِذَا الْمَرْجُوعُ: الْمَرْدُودُ¹⁴.

¹ - أحمد أبو حاققة، معجم النفاثس الكبير، المرجع السابق، ص. 670.

² - المرجع نفسه.

³ - الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن، المرجع السابق، ص. 275-276.

⁴ - سورة المنافقون، الآية رقم 08.

⁵ - سورة يوسف، الآية رقم 63.

⁶ - سورة الأعراف، الآية رقم 150.

⁷ - سورة النور، الآية رقم 83.

⁸ - أحمد أبو حاققة، معجم النفاثس الكبير، المرجع السابق، ص. 670. وأبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، المصري، لسان

العرب، دار صادر، بيروت، المجلد. 08، ص. 115.

⁹ - سورة التوبة، الآية رقم 83.

¹⁰ - رجب عبد الجواد إبراهيم، معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير، المرجع السابق، ص. 104.

¹¹ - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، المجلد. 08، ص. 114.

¹² - سورة العلق، الآية رقم 08.

¹³ - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، المجلد. 08، ص. 115.

¹⁴ - إبراهيم أنيس، وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج. 01، ص. 331.

ويأتي أيضا بمعنى العود، يُقَالُ: رَجَعَ مِنَ السَّفَرِ، وعن الأَمْرِ يَرْجِعُ رَجْعًا وَرُجُوعًا، وَهُوَ تَقْيِضُ الدَّهَابِ وَرَجَعَ فِي الشَّيْءِ عَادَ فِيهِ، وَيُقَالُ: لَيْسَ لِهَذَا الْبَيْعِ مَرْجُوعٌ: أَي لَا يَرْجِعُ فِيهِ¹، وَالرُّجُوعُ: الْعُودُ إِلَى مَكَانٍ عَلَيْهِ مَكَانًا أَوْ صِفَةً أَوْ حَالًا.

ويأتي كذلك بمعنى المطالبة يقال: اِزْتَجَعَ عَلَى الْعَرِيمِ: طَالَبَهُ²، ويأتي أيضا بمعنى الإبدال، يقال: ارتجع به شيئا: استبدله³. ويقال: أَرَجَعَ اللَّهُ هُمَهُ سرورا، أَي أَبَدَلَ هُمَهُ سرورا⁴.

من خلال بيان المعنى اللغوي لكل من لفظ "العدول"، ولفظ "الرجوع"، يتضح عدم اتفاقهما في المعنى اللغوي إلا حالة واحدة هي عَادَلَ عَنْهُ: حَادَ. وَعَدَلَ إِلَيْهِ: رَجَعَ. وَيُقَالُ: عَدَلَ فُلَانًا عَنْ طَرِيقِهِ: رَجَعَهُ، وَعَدَلَهُ إِلَى طَرِيقِهِ: عَطَفَهُ.

وبهذا، يمكن الاعتماد على اشتراك المعنى اللغوي للفظين في هذا الموضوع باعتبار أن العدول عن العقد قد يفيد المعنى نفسه للرجوع عن العقد، حتى يتضح المعنى الاصطلاحي للفظين.

وبعد ما تمت معرفة المعنى اللغوي للفظين، سيتم بحث معناهما الاصطلاحي لتقصي حقيقتهما ومدى اشتراكهما في المعنى.

ثانيا- المعنى الاصطلاحي للعدول والرجوع عن العقد⁵: لمعرفة حقيقة الشيء يجب تحديد معناه بكل وضوح، ولأجل ذلك، سيتم تحديد معنى العدول عن العقد في التشريعات (01)، وبعدها التطرق لما جاء به الفقه في هذا الشأن (02)، ثم بيان معنى الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي (03).

¹ - إبراهيم أنيس، وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.118.

² - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج.08، ص.118.

³ - إبراهيم أنيس، وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.331.

⁴ - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج.08، ص.115.

⁵ - للعقد في معناه الاصطلاحي حسب رأي فقهاء الفقه الإسلامي معنيان: عام وخاص، فالمعنى العام هو كل التزام شرعي سواء كان ناشئا بإرادة الطرفين كعقود المعاوضات، أم بإرادة منفردة كعقود التبرعات، كما يدخل في معنى العقد، العهد والخلف على اعتبار أن الخالف والمتعهد قد ألزما أنفسهما بذلك، وبهذا فبعض الفقه يطلق لفظ العقد على كل تصرف يتم بين طرفين، بل كل ما التزم به الفرد يعد عقدا قولاً أم فعلاً سواء كان نحوى ربه من طاعات، أم نحو الآخرين حتى ولو كان من طرف واحد. يراجع: فتح الله أكتفم تفاحة، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.20. وأحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.178 الهامش رقم 03. ونايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 2001، ص.ص.11-12. ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "يَأْتِيهَا الدِّينُ أَمْنًا وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ" الآية الأولى من سورة المائدة، وقوله تعالى: "أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِذَا عَاهَدْتُمْ"، سورة النحل، الآية رقم 91.

أما المعنى الخاص للعقد فيعرفه بعض الفقه كما يلي: "ما يتم بين إرادتين أو طرفين متقابلين (إيجاب وقبول)" وهو المعنى المتعارف عليه عند أغلب الفقهاء. يراجع: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.332. والسيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.318. وبهذا المعنى تتضح العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للعقد، لأن الأصل في الارتباط في المعنى اللغوي هو الارتباط بين الإيجاب والقبول فقط؛ ما يفيد ضرورة اجتماع إرادتين لانعقاد العقد. يراجع: نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.14. وهو التعريف الذي يوافق ما يعرف عند الفقه والتشريع الوضعي على غرار التشريع الجزائري حسب ما ورد بنص المادة 54 من القانون المدني.

01- معنى العدول عن العقد في التشريعات: خلاف لما هو معهود عن التشريعات بعزوفها عن تقديم تعريفات للمصطلحات القانونية، انفرد المشرع الجزائري بتقديم تعريف للعدول عن العقد في تعديله للقانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بالقانون رقم 18-09¹، حيث عرفه بنص المادة 02/19 كما يلي: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب"²، إلى جانب ما ورد بالقانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وإن كان لم يقدم تعريفاً له، إلا أنه اشترط على المستهلك حتى يمارس حقه في العدول، أن لا يحترم المتدخل آجال التسليم، أو أن تكون الطلبية غير مطابقة أو معيبة، وذلك من خلال ما ورد بنص المادتين 22 و23 على التوالي من القانون نفسه، وهو ما يتناقض مع ما جاء به قانون حماية المستهلك، ومن جهة أخرى يُلاحظ استعماله لمصطلح "المنتج" في المادة 22، وفي المادة 23 استعمل مصطلح "السلعة"، في حين أن قانون الاستهلاك عرف في نص المادة 10/03 المنتج كما يلي: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً"، فيما تناول المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي كذلك مصطلح "السلعة"، مما يُظهر عدم التنسيق بين النصوص القانونية، وي طرح التساؤل هل يمكن ممارسة العدول عن العقد في حال السلعة والخدمة معاً، أم الاكتفاء بالسلعة فقط، وبصيغة أخرى أي القانونين يُعتمد في تحديد النطاق الموضوعي للعدول عن العقد؟

أما بالنسبة لباقى التشريعات، فاكتفت بالإشارة إلى العدول في نصوصها بمصطلحات مختلفة دون تعريفه حيث استعمل التوجيه الأوروبي رقم 38-2011، مصطلح "العدول"، ومن ذلك ما ورد بنص المادة 09 منه أما بالنسبة للتشريعات الوطنية، فنذكر منها، التشريع الفرنسي، الذي استعمل مصطلح "العدول" بنص المادة ل.121-20 من القانون رقم 344-2014 والتعديلات التي لحقت، واستعمل "حق السحب"، و"حق الندم" عند تناوله لحق المؤلف بحسب ما ورد بالمادة ل.121-04 من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي.

ومن التشريعات العربية، التي استعملت مصطلح "العدول"، التشريع التونسي من خلال الفصل 30 من القانون رقم 83-2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، والتشريع اللبناني حسب ما ورد بالفصل 55 من قانون حماية المستهلك، و فيما استعمل التشريع المغربي مصطلح "التراجع" من خلال نص المادة 36 من القانون رقم 31-08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك.

أما التشريع المصري، ومن خلال نص المادة 17 من القانون رقم 181-2018³ والمادة 13 من

¹ - القانون رقم 18-09 المعدل والمتمم للقانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 10/06/2018، ج.ر، العدد 35.

² - ويبدو أن قيام المشرع بتعريف العدول عن العقد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، أمر مألوف عنه، وقد سبق له أن أصدر جملة تعريفات للبعض المصطلحات القانونية، كالمستهلك، والمهني، والسلعة، والخدمة، عند إصداره للقانون رقم 03-09 في مادته الثالثة.

³ - القانون رقم 181-2018 المتعلق بحماية المستهلك، ج.ر، العدد 37، الصادر بتاريخ 13/09/2018، الذي ألغى القانون رقم 67-2006 المتعلق بحماية المستهلك.

اللائحة التنفيذية رقم 822-2019¹ المتعلقة به، فإنه أسقط "لفظ العدول"، واستهل نص المادتين بعبارة "للمستهلك الحق في استبدال السلعة أو إعادتها"، أمّا في نص المادة 20 من قانون التجارة الإلكتروني فاستعمل لفظ "الفسخ" بدل العدول، خاصة وأن الفسخ يترتب عن عدم تنفيذ أحد طرفي العقد للالتزام، ومعلوم أن أحكام الضمان القانونية أو الاتفاقية تفي بالغرض (ضمان عيوب المبيع من استبدال وتصليح أو إعادة المنتج)، ولأجل ذلك، يحسن بالمشرع المصري تدارك ما وقع فيه من خلط، وإعادة تنظيم النصوص القانونية المتعلقة بحق العدول عن العقد، والنص عليه صراحة، مع تقييده بحق الرد فقط، لأن خيار الاستبدال يخص المنتج المغيّب.

02- معنى الرجوع عن العقد وفقا لما جاء في الفقه الوضعي: بداية تجب الإشارة لاختلاف الفقه حول اختيار المصطلح الأنسب للتعبير عن العدول عن العقد، وفقا لما جاءت به التشريعات؛ فمنهم من أطلق عليه لفظ "حق الندم"، ومنهم من أعطاه لفظ "حق التنازل"، ومنهم من استعمل لفظ "حق الرجوع أو خيار الرجوع"²، أو "حق إعادة النظر"، أو لفظ "حق الانسحاب"³، أو لفظ "العدول"⁴، وقد ورد تعريف الفقه الوضعي للعدول عن العقد كما يلي:

عُرِفَ العدول عن العقد على أنه: "قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إمضائه أو الرجوع فيه، ولذلك عرف باسم خيار الرجوع في التعاقد، اتفقا مع الخيارات في الفقه الإسلامي"⁵. ومن خلال هذا التعريف نلاحظ التأثير الواضح لصاحبه بالفقه الإسلامي، بدليل ربط تعريفه للعدول عن العقد بالخيارات الموجودة في الفقه الإسلامي، إلى جانب عدم ذكر مهلة العدول، ولا الطرف المعني به. ومن جهة أخرى عرف كما يلي: "مكنة تشريعية أو اتفاقية تتيح للمستهلك خلال مدة محددة، الرجوع عن العقد دون إبداء المبرر بشرط تحمل نفقات رد المبيع"⁶.

هذا التعريف وإن كان قد حدد العدول بمدة زمنية، إلا أن ما يؤخذ عليه اعتباره للعدول مكنة تشريعية أو اتفاقية، والمعروف عن العدول الذي جاءت به قوانين الاستهلاك أنه من النظام العام؛ ولا دور لإرادة الأطراف

¹ - اللائحة التنفيذية رقم 822-2019 لقانون حماية المستهلك رقم 181-2018، الصادرة بتاريخ 2019/04/01، ج.ر، العدد 13 مكر (أ)، مصر.

² - وهو اللفظ الذي جاء به الفقه الإسلامي، يقوم على نظرية العقد غير اللازم. وما يميزه عما جاء به التشريع الوضعي وفقهه، لأنه يتسع ليحمي المتعاقد ليس من تسرعه في إبرام العقد فقط، بل يوفر حماية كاملة لرضا لكل متعاقد بحاجة للحماية. يراجع: محمد السعدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة" مع التركيز على البيع بالتلفزيون"، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 1998، ط.01، ص.ص. 100-101.

³ - وهو اللفظ الذي استعمله التشريع الفرنسي في القانون رقم 298-58 المتعلق بحق المؤلف في إعادة النظر أو سحب مؤلفه بنص المادة 01/32 واستعمله كذلك التشريع الجزائري بالأمر رقم 03-05 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة، المؤرخ بتاريخ 2003/07/19، ج.ر، العدد 24.

⁴ - وهو اللفظ الذي ورد بنص المادة 01/07 من قانون 1998/02/10 المتعلق بعمليات الائتمان الاستهلاكي.

⁵ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص.767.

⁶ - مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دار النهضة العربية، 2012، ص.ص. 34-35.

فيه، إذ لا يمكن حتى لمن شرع لمصلحته أن يتنازل عنه، كما يلاحظ على هذا التعريف كذلك، أنه حصر حق العدول عن العقد في عقد البيع فقط، واستثنى باقي العقود الأخرى.

وعُرف أيضا بأنه¹: "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد أن أبرم العقد صحيحا (أو قبل إبرامه)، دون أن يترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع".

يطرح هذا التعريف نوعين من العدول وهما: العدول قبل التعاقد وفق ما يعرف بمهلة التروي والتفكير قبل ارتباط القبول بالإيجاب، والمعني الثاني هو العدول الذي جاءت به تشريعات الاستهلاك لصالح المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد، وبهذا يكون هذا التعريف قد أخلط بين المعنيين.

وعرفه جانب آخر كما يلي: "وسيلة قانونية بمقتضاها يسمح المشرع للمستهلك بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا، بحيث يستفيد من مهلة للتفكير في خلالها سيكون بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وأن ارتبط به"².

يبدو أن هذا التعريف يتوافق مع ما قصدته تشريعات الاستهلاك من تشريع العدول عن العقد.

ومن جهة أخرى عرف كما يلي: "مكنة يمنحها القانون للطرف الضعيف في العقد تسمح له خلال أجل معين أن يرجع بإرادته المنفردة عن رضائه الذي كان قد أبداه وقت إبرام العقد من غير حاجة لبيان أسباب ذلك"³.

إن أهم ما يُلاحظ على هذا التعريف أنه بيّن حقيقة العدول عن العقد التي قصدتها التشريعات التي تناولته في نصوصها، واستعماله لفظ "الطرف الضعيف" بدل لفظ "المستهلك" يوحي بأن المؤلف من أنصار الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك؛ لأن كل مستهلك طرف ضعيف في العقد والعكس غير صحيح، فغير المهني يمثل طرفا ضعيفا في مواجهة المهني، ولكنه ليس مستهلكا، وإلا ما الفائدة من تعريف الفقه لفظ "المستهلك"، ولفظ "غير المهني" بتعريفات مختلفة.

وعُرف كذلك: "منح المستهلك الحق في إرجاع السلعة أو رفض تقديم الخدمة خلال مدة معينة من استلام السلعة أو من إبرام العقد بالنسبة للخدمة دون إبداء أي مبررات للتاجر"⁴.

هذا التعريف كذلك يقترب مما قصدته التشريعات من تشريعها لحق المستهلك في العدول عن العقد.

¹ - سليمان البراك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 14، سبتمبر، 2005 ص.168.

² - التهامي سامح عبد الواحد، التعاقد عبر الانترنت، ص.321. نقلا عن عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2009، ص.136.

³ - رياحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، الجزائر، العدد 03، جانفي، 2016، ص.137.

⁴ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص.621.

وعرفه اتجاه آخر من الفقه كما يلي: "تعبير عن إرادة معاكسة بمقتضاه يقصد صاحب التصرف أو التعبير بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته وسحبها وكأنها لم تكن من أجل إفراغها من كل أثر في الماضي والمستقبل"¹.

أهم ما يلاحظ على هذا التعريف إغفاله لآجال اللازمة لممارسة العدول عن العقد.

وقد اهتم جانب آخر من الفقه بتحديد نطاق العدول عن العقد، حيث بين أن العدول عن العقد يسمح للمستهلك بالرجوع عن رضائه في التعاقد في أجل معين، يتم ذلك في العقود المبرمة عن بعد أو خارج المؤسسة وكذا بعض العقود المتعلقة بالخدمات المالية مثل القروض الاستهلاكية، بشكل يسمح تغير آثار العقد الإرادة المنفردة للمستهلك².

وقد اهتم بعض الفقه³ بتحديد العناصر التي يتكون منها حق العدول عن العقد، بما يلي: أول عنصر يتمثل في كونه تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة، يشترط فيه ما يشترط في كل تصرف قانوني من أهلية تصرف وإرادة خالية من عيوب الإرادة، وثاني عنصر يتمثل في كونه تعبيراً عن إرادتين متعارضتين، وهذا ما يمثل جوهر العدول الذي يقوم على إرادتين للشخص نفسه، الأولى جاءت تحت ضغط الإغراء والإشهار المضلل، أما الثانية فتأتي بعد مهلة تفكير وتروي يتم من خلالها نقض الإرادة الأولى وإبطال مفعولها، وآخر عنصر يتمثل في إفراغ التعبير الأول من كل آثاره القانونية، وذلك بتحديد الإرادة الأولى من كل آثارها القانونية.

وقد عرف بعض الفقه العدول عن العقد وفق قواعد القانون الوضعي الكلاسيكي كما يلي: "تصرف قانوني من جانب واحد ويترتب عليه بالنسبة للماضي والمستقبل إنهاء علاقة تعاقدية بشروط مخصوصة"⁴.

هذا التعريف يطرح معنى مشابهاً لما جاء به الفقه الإسلامي فيما يعرف بالرجوع عن العقد، ومغاييراً لما جاءت به تشريعات الاستهلاك، وهو ما يعرف بنقض العقد بالإرادة المنفردة.

من خلال التعريفات التي جاء بها الفقه بنوعيه بشأن "العدول عن العقد"، و"الرجوع عن العقد" يبدو واضحاً أن المعنى الاصطلاحي "للعدول عن العقد" يشترك مع المعنى الاصطلاحي "للرجوع عن العقد" في الحالة التي يراد منها رجوع وعدول المتعاقد عن العقد الذي أبرمه، وهو المعنى المقصود في هذا البحث، خاصة وأن كل من "العدول عن العقد"، و"الرجوع عن العقد" يتفقان من حيث الأسباب والأثر، ما يفيد أن التسميات المختلفة التي أطلقت بشأنهما هي مجرد مترادفات.

¹-Corni. G, Vocabulaire juridique, Association H. CAPITAN, Point Delta, 2011, p.729.

نقلا عن شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، 2016، ص.321.

²-Marc. C, les pouvoirs contractuels, étude de droit privé, thèse doctorat, université de bordeaux, France, 2018, p.p.73-75.

³-Solange. M, La rétractation en droit privé français, L.G.D.J, p.p.03-04.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، 2013 ط.01، ص.140.

وبناء على ما تم بيانه، يمكن تقديم تعريف للعدول عن العقد كالاتي: "العدول عن العقد حق من نوع خاص يؤهل صاحبه الرجوع عن العقد الذي أبرمه سواء تم تنفذه أم لا، يمارسه بإرادته المنفردة، دون تقديم أي مبررات خلال مهلة معينة؛ ودون تحمّل أي نفقات، وهو من النظام العام".

إنّ اعتبار العدول عن العقد "حق من نوع خاص" يتحدد من خلال طبيعته القانونية، باعتباره حقا من باب المجاز¹، لأن عناصر العدول عن العقد تتشابه مع عناصر الحق بمعناه الشخصي والعيني²، ويختلف عنه فقط فيما يتعلق بـ"بالشيء محل العقد" المتمثل في العين، والمنفعة، والدين وهو ما يثبت في الذمة، باعتباره شيئا غير مادي، كما يدخل في نطاق مقومات الحق من استئثار وتسلط واقتضاء، وتقرير الحماية القانونية له³، وبهذا يمكن اعتباره حقا من نوع خاص يدخل ضمن طائفة الحقوق الإرادية التي تمنح صاحبها إمكانية إنهاء العقد الذي أنشأته إرادتين بإرادته المنفردة. أمّا عبارة "سواء تم تنفيذه أم لا" فتشمل العقد الذي تم انعقاده وتراخى تنفيذه لوقت معين، أو تم تنفيذه من جهة واحدة أو من جهتين شريطة أن يتم ذلك خلال المهلة المحددة لذلك، فيما تفيد عبارة "من النظام العام" تعزيز الحماية للمتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية، بمنح الاتفاق على استبعاد حق المتعاقد الضعيف في العدول عن العقد أو التقليل من مدته أو تجزئته أو أي شيء من هذا القبيل، الأمر الذي يُفرغ هذا الحق من الهدف الذي شرّع من أجله.

من خلال ما سبق، نلاحظ اختلاف الفقه⁴ في تحديد المصطلح الذي يسمح للمتعاقد بإصدار إرادة مضادة تبطل مفعول إرادته السابقة، وبهذا يمكن القول إن العدول عن العقد هو من المصطلحات التي اتفقت ماهيتها واختلفت ألفاظها، وقد استعملت أغلب تشريعات الاستهلاك لفظ "العدول" بدل "الرجوع"، فالتشريع الجزائري استعمل لفظ "العدول" في المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي⁵، واستعمل المصطلح نفسه بمشروع تعديل قانون حماية المستهلك رقم 09-03 الصادر في سنة 2017، واحتفظ به في القانون رقم 18-09 المعدل والمتمم للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، واستعمل كذلك في ظل القواعد العامة عندما تكلم عن العدول عن العيوب بنص المادة 72 مكرر من القانون المدني. واستعمله التشريع الفرنسي في كل تعديلاته لقانون الاستهلاك، لهذه الأسباب سيتم استعمال لفظ "العدول" بدل "الرجوع"، رغم أن المصطلح الأنسب هو مصطلح "الرجوع" بدل "العدول"، وهذا بعد التدقيق في المعنى اللغوي للمصطلحين.

¹ - سيأتي بيان طبيعته القانونية في الفصل الثاني من الباب الأول لهذه الرسالة.

² - أحمد حسن فرج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.ص. 111-112.

³ - للتوسع أكثر بشأن هذه المقومات. يراجع: محمد حسين منصور، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص.ص. 71-72.

⁴ - بعض الفقه يستعمل عدة ألفاظ في مؤلفه للدلالة على معنى العدول، فقد استعمل لفظ "الانسحاب" تارة، ولفظ "الرجوع" تارة أخرى، وفي موضع آخر استعمل لفظ "العدول". يراجع: حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك)، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص. 43.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 2015/05/12 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج.ر، العدد 24.

03- معنى الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي: باعتبار أن الرجوع عن العقد من الألفاظ المركبة، فالأصل أن يكون بحث كل مصطلح على حدة، إلا أن مصطلح "العقد" هو من المصطلحات الشائعة الاستعمال، وقد استُهلكت تعريفه بحثاً من طرف الفقهاء، لأجل ذلك ستهتم الدراسة ببحث مصطلح "الرجوع" معتمدة على ما جاءت به الدراسات السابقة بشأن مصطلح "العقد"¹.

وتجب الإشارة، إلى أن العدول عن العقد لم يكن له أي أثر في العصر الجاهلي، سواء في عقود التبرعات كالهبة أم ما يعرف بالخيارات الشرعية، أما بالنسبة لفقهاء الفقه الإسلامي الأوائل؛ فإنهم لم يتصدوا لتقديم تعريف محدد للرجوع، وإنما جاءت أقوالهم عن معنى الرجوع بلفظ صريح أحياناً، ودلالة أحياناً أخرى، عند تناولهم إنهاء العقود اللازمة وغير اللازمة، وإبطالها بإرادة منفردة لأحد المتعاقدين، أو بالاتفاق معاً، كالهبة والوصية والعارية والوكالة، وعند حديثهم عن الإقالة، والعقد المشتمل على خيار².

ويرى جانب آخر من الفقه، أن الفقهاء القدامى للفقه الإسلامي لم يفرقوا بين معنى الرجوع والإلغاء، وأن ماهية المصطلحين لا تحتاج لتعريف لما يشتملان عليه من بيان ووضوح³، وإضافة لذلك فإن الفقهاء القدامى لم يقدموا تعريفاً اصطلاحياً خاصاً بالرجوع، بل اكتفوا بالمعنى اللغوي له فقط، كما استعملوه في مواضع مختلفة وبمعان متعددة، وأكثر ما استعملوه في باب الهبة والوصية، والعارية وغيرها⁴، وهذا ما يفيد أن المعنى الاصطلاحي للرجوع عند فقهاء الفقه الإسلامي لم يخرج عن مدلوله اللغوي، إذ يأتي تارة بمعنى الفسخ، وأخرى بمعنى الرد والمطالبة وهي كلها معاني الرجوع من حيث اللغة⁵.

فيما يرى جانب آخر من الفقه⁶؛ أن الفقهاء القدامى أحياناً يطلقون لفظ "الرجوع" ويقصدون به معنى أصيلاً، وأحياناً يطلقونه ويقصدون به معنى تبعياً، فالمقصود من المعنى الأصيل للرجوع هو حكم الرجوع في العقد ويعني رفع حكم العقد وإعادةه للحالة التي كان عليها من قبل، ومنه قوله تعالى: "إِنَّهُ عَلَيَّ رَجْعُهُ لِقَادِرٌ"⁷. أمّا

¹ - يراجع: فتح الله أكتثم تفاحة، نظرية الرجوع عن العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 13-15. وأنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 19.

² - فتح الله أكتثم تفاحة، نظرية الرجوع عن العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 24-26.

³ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص. 137-455.

⁴ - نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 04-505. وفتح الله أكتثم تفاحة، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 40.

⁵ - نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 05. وفتح الله أكتثم تفاحة، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 40. وللتأكد من تطابق المعنى اللغوي للرجوع مع معناه الاصطلاحي عند الفقهاء القدامى يراجع: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، ص. 490. وأحمد أبو حاق، معجم النفايس الكبير، المرجع السابق، ص. 670. وابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، المجلد 08، ص.ص. 114-118.

⁶ - أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 09-10.

⁷ - سورة الطارق، الآية رقم 08.

المقصود التبعية للرجوع فهو ما يترتب على رفع حكم العقد من أثر، مثل رجوع المشتري في الثمن، ورجوع البائع بالمبيع.

وقد اتفق فقهاء الفقه الإسلامي المعاصرين على استعمال لفظ "الرجوع" بدل لفظ "العدول" للدلالة على العدول عن العقد، وأوردوا له التعريفات التالية:

عرف أنه: "رد العقد القابل لذلك، والعودة إلى واقع الحال قبل العقد وفق شروط مخصوصة"¹.

ثم بين صاحب التعريف أن من معاني كلمة "رد" منع الشيء وصرفه وإرجاعه، وهو جنس في التعريف يشمل أي رد؛ سواء كان رد العقد، أم غيره، وبإضافته للعقد خرج به ما سواه من التصرفات غير العقدية، أما عبارة "العقد القابل لذلك"، فيبعد العقود التي لا تقبل الرجوع كالعقود اللازمة التي لا يلحقها مبرر يستدعي الرجوع، أما عبارة "العودة إلى الحال ما قبل العقد" فتبين أثر الرجوع والمتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، أما عبارة "وفق شروط مخصوصة" فتفيد أن الرجوع عن العقد يتطلب توافر ظروف وشروط معينة كبقاء محل العقد الذي يرد عليه الرجوع وعدم زواله ووقوعه بألفاظ ودلالات توحى به².

وعرف كذلك بما يلي: "العود إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة"، فعبارة "وفق شروط مخصوصة" هي التي تحدد نطاق الرجوع؛ بالعقد غير اللازم، سواء لطبيعته كالهبة، أم لعارض، كدخول الخيار على العقد اللازم، مثل البيع بشرط الخيار، وفي هذا قيداً لإخراج العقد اللازم³.

وعرفه جانب آخر من الفقه⁴ بما يلي: "نقض العقد القابل لذلك بإرادة منفردة لأحد العاقدين بشروط مخصوصة". وأضاف له التعريف التالي: "قدرة الإرادة المنفردة على إنهاء الرابطة العقدية دون توقف على رضا الطرف الآخر".

وعرف أيضاً كما يلي: "خيار الرجوع يكمن أساساً في مكنة وقدرة أحد المتعاقدين على الرجوع في تعاقدته بإرادته المنفردة، استثناء من القواعد العامة التي تجعل للعقد بمجرد إبرامه قوة ملزمة تحولته دون نقضه والرجوع فيه إلا باتفاق الإرادتين وليس بإرادة واحدة"⁵.

إن أهم ما يُلحظ على هذا التعريف، أنه بيّن الطبيعة القانونية لخيار الرجوع عن العقد، كما بين الدور الانفرادي للإرادة المنفردة في إنهاء العقد، إلا أنه أغفل تأقيت خيار الرجوع بمدة معينة تزول معها الريبة والشك حول مصير العقد.

¹ - فتح الله أكتنم تفاعحة، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 8-26.

² - المرجع نفسه، ص. 26.

³ - أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 10.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 138. للإشارة، فإن المؤلف قد ساوى بين الرجوع والإلغاء وفق رأي الفقه الإسلامي في هذا الشأن، وهو الأمر الذي سيتم تبيانه بالتفصيل في هذه الرسالة في موضع لاحق (عند دراسة النظم القانونية المشابهة للعدول عن العقد).

⁵ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم (دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، جامعة الكويت، 1994، ص. 158.

وبهذا يمثل الرجوع عن العقد بسبب الخيارات أو لكون العقد غير لازم أهم ما تم ملاحظته من خلال التعريفات التي جاء بها فقهاء الفقه الإسلامي بشأن الرجوع عن العقد.

ثالثاً- موازنة بين ما جاء به التشريع الوضعي والفقه الإسلامي: اعتماداً على ما تم بيانه بشأن لفظي "العدول" و"الرجوع" عن العقد، يتضح أن العدول عن العقد بمفهوم القوانين الحديثة ظهر نتيجة تغير الظروف السياسية والاقتصادية للدول، وهو يفيد معنى خاصاً وضيقاً؛ فهو ممنوح لأحد طرفي العقد وهو المستهلك، لا يتطلب إعماله توافر شروط معينة أو تقديم تبريرات محددة للإفادة منه، وهو ذو نطاق ضيق يشمل بعض العقود فقط، وهي عقود لازمة؛ اعتمده التشريعات الحديثة بعد اختلال المراكز القانونية للطرفين لتدعيم الحماية للمستهلك، في حين أن المفهوم الذي جاء به الفقه الإسلامي عام وواسع؛ ذو نطاق أوسع يشمل عدة عقود يحتاجها الفرد في حياته، وفق ما يعرف بالعقد غير اللازم، سواء لطبيعته، أم لتعلق الخيار به؛ ومعلوم أن الخيارات كثيرة ومتنوعة تصل حدود تسعة عشر خياراً حسب رأي بعض الفقه¹. وأهم ما يميزه عن العدول عن العقد الذي جاءت به القوانين الحديثة أنه لا يكون بدون تبرير وإنما يشترط أن يطرأ طارئ على العقد الذي ينشأ صحيحاً فيحول بينه وبين استمراره وهو ما يتوافق مع نقض العقد بالإرادة المنفردة المعروفة في القواعد العامة.

وهكذا يبدو عدم اهتمام فقهاء الفقه الإسلامي بتخصيص الحماية لطرف دون آخر، وهذا أمر بدهي لأن الأصل في المسلم أن لا يغش، ولا يخدع خاصة في الفترات المولية لفترة حكم الرسول صلى الله عليه وسلم وعليه لم يول فقهاء الفقه الإسلامي اهتمامهم بطرف على حساب آخر، حتى ولو كان طرفاً ضعيفاً والآخر قوياً ولكن مع تغير ظروف حال الناس وابتعادهم عن مكارم الأخلاق، اضطرت التشريعات لتغيير النظم القانونية السائدة بما يخدم مصالح طرفي العقد بهدف تحقيق المساواة الفعلية التي اختلفت بسبب اتساع الهوة بين طرفي العقد، بظهور طرف قوي يملك كامل القدرة على فرض شروطه على الطرف الآخر الذي يجد نفسه مضطراً للموافقة على العقد بدون مناقشة شروطه حتى خارج عقد الإذعان.

الفرع الثاني: التطور التاريخي للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

إن دراسة تاريخ القانون بصفة عامة تتجاوز دراسته في أمة معينة تساعد على فهم القانون بطريقة صحيحة، وذلك بدراسة مختلف العوامل التي أثرت على نشوء القانون، حتى يتسنى فهم ما لحق النظم القانونية الحديثة من تطور عبر انتقالها من جيل لجيل حتى وصلت لما هي عليه اليوم؛ لأنه من الصعب استيعاب الشرائع العصرية وفهم حقيقتها دون الرجوع لمصادرها التاريخية، مما يستدعي بحث نشوء حق العدول عن العقد، بداية في القانون الوضعي (أولاً) ثم في الفقه الإسلامي (ثانياً).

¹ - محمد أمين الشهير ابن عابدين، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ج.04، ص.ص.565-567. أما جانب آخر من الفقه فيرى بأن عدد الخيارات يصل إلى ثلاثة عشر (13) خياراً. للتوسع أكثر يراجع: بن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998 ج.06، ط.01، ص.03.

أولاً- التطور التاريخي للعدول عن العقد في التشريعات الوضعية: مرت نشأة وتطور العدول عن العقد عبر

مراحل زمنية متعددة سواء في التشريعات الغربية (01) أم في التشريعات العربية (02)

01- التطور التاريخي للعدول عن العقد في التشريعات الغربية: سيتم بحث التشريع الروماني باعتباره مصدرا لكثير من التشريعات الغربية (أ) - وحتى بعض التشريعات العربية -، ثم دراسة بعض التشريعات، مثل التشريع الفرنسي (ب)، وبعض التشريعات الغربية الأخرى على سبيل المثال (ج)

أ- العدول عن العقد في التشريع الروماني: إن تناول هذا القانون بالدراسة راجع لاعتباره من أهم التشريعات التي سادت الدول الغربية لحقبة زمنية طويلة، كما يمثل المصدر التاريخي لكثير من النظم القانونية الحالية¹.

باعتبار العدول عن العقد تصرف انفرادي في المجال العقدي، يمكن القول أن التشريع الروماني لم يكن يسمح بمثل هذه التصرفات، لتأثر أحكامه بالدين والشكلية، فكانت التصرفات القانونية تبرم في وقت معين وطقوس خاصة تتم تحت إشراف رجال الدين الذين كانوا يحتكرون معرفتهم للقواعد القانونية وتفسيرها للطبقة التي ينتمون إليها، كما أن العقود كانت جميعها تخضع للشكلية وإجراءات رسمية مشددة².

وتجب الإشارة إلى أن "البريتور" كان يتمتع بسلطة قضائية واسعة جعلت منه المرجع الأول لحماية الحقوق؛ باعتباره حاكما عاما؛ مستعملا في ذلك عدة وسائل منها: الأوامر البريتورية مثلا، كالتكليف برد مال معين إلى صاحبه، أو النهي عن القيام بعمل معين، والاشتراطات البريتورية، وإعادة الشيء إلى أصله أو إلى الحالة التي كان عليها من قبل، إذ تمثل هذه الحالة أخطر الوسائل التي يستعملها البريتور بناء على سلطته الإرادية، فيأمر بإلغاء التصرف القانوني واعتباره كأنه لم يكن³.

وبناء على ما سبق، يبدو أن بوادر إنهاء العقد بالإرادة المنفردة كانت موجودة في هذا التشريع، وإن كانت متمثلة في شخص البريتور مع ضرورة وجود أسباب كافية لذلك وخلال مدة زمنية معينة. وعلى هذا يعتبر الرومان أول من أسس مبادئ الرجوع في التشريعات الوضعية، وذلك من خلال ما يعرف بـ "الشرط الفاسخ" قياسا على ما يعرف بـ "خيار الشرط" - المعروفة في الفقه الإسلامي - بعد ما كان الفقه الروماني من قبل يجمع إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وحتى بإرادة الطرفين تقديسا للرابطة العقدية⁴.

ففي البداية لم يكن التشريع الروماني يعترف بتعادل الالتزامات، إذ لم يلزم الفرد باحترام ما تعهد به، ولم يسع لحماية الطرف الضعيف في العقد، كما ترك للفرد كامل الحرية في حماية حقوقه بنفسه⁵.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، مؤسسة الكتاب الحديث، لبنان، بدون طبعة وبدون سنة طبع، ص.06.

² - محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.34-44.

³ - المرجع نفسه، ص.60-62.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.455.

⁵ - حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع (دراسة في علم الاجتماع القانوني)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ط.02، ص.56.

ولكن تدارك الأمر بعدها، واهتم بحماية الضعفاء من خلال القانون الخاص بحمايتهم، مثل قانون اتليا "Atlia" الذي صدر سنة 176 قبل الميلاد الذي أعطى للحاكم القضائي البريتور الحق في تعيين وصي على الصغير الذي لم يعين رب أسرته وصيا عليه ولم يوجد له أقارب من الأعصاب¹.

ويبدو أن لفظ "الضعفاء" لا يتوقف عند معنى الصغير فقد، بل قد يمتد إلى كل طرف في علاقة عقدية يكون في مركز ضعف مقارنة بمركز الطرف الآخر المتعاقد معه.

ب- العدول عن العقد في التشريع الفرنسي: تطور حق العدول في التشريع الفرنسي من خلال عدة مراحل بداية بالقانون الفرنسي القديم، واعتباره امتداد للقانون الروماني؛ فإنه اعتمد حق العدول عن العقد من خلال "الشرط الفاسخ"، ولكن بتدخل من الكنيسة لتقدير ضرورة ذلك، وفي أواخر القرن الثامن عشر توصل الفقيه بوتيه إلى أحقية فسخ العقد لكن برضا الطرفين، وبصدور قانون نابليون لسنة 1804 تم اعتماد الشرط الفاسخ بنوعيه الصريح والضمني بإمكانية أحد الطرفين فسخ العقد دون موافقة الطرف الآخر²، كما قرر القانون نفسه خيار الرجوع في الهبة بين الزوجين حسب ما ورد بنص المادة 1096³ من القانون المدني الفرنسي.

وبتاريخ 30 جوان 1926 تم تشريع قانون خاص بالملكية الصناعية، حيث اعتبر أول خروج عن القوة الملزمة للعقد، ثم توالى بعده القوانين التي تم من خلالها اعتماد خيار الرجوع من طرف المشرع الفرنسي في عدة تشريعات، منها التشريع الصادر في 08 أكتوبر سنة 1964 الذي يمنح العامل خيار الرجوع خلال مدة زمنية محددة عن إقراره بالمخالصة النهائية.

وتناوله بالقانون رقم 298-57⁴ المتعلق بحق المؤلف، الذي أجاز له أن يرجع عن العقد الذي أبرمه مع الناشر، ويسحب مؤلفه من التداول وفقا لما ورد بنص المادة 32-01 التي جاء فيها: "على الرغم من تنازل المؤلف عن حقوق الاستغلال فإنه يتمتع، حتى بعد نشر مصنفه، بالحق في إعادة النظر أو السحب في مواجهة من آلت إليه حقوق الاستغلال، ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدما المتنازل إليه عن الضرر الذي قد يصيبه من جراء هذا الرجوع أو السحب"، وقد أصبح مضمون هذه المادة بنص المادة ل.121-04⁵ من قانون الملكية الفكرية.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.52.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.457-458.

³ - Art. 1096 du code civil français dispose : « Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude... ».

⁴ - Loi du 11/03/1957 sur la propriété littéraire et artistique, Voir l'article 32-01 de la loi n°57-298 du 11/03/1957.

⁵ - Art. l. 121-04 du code de propr. Intell dispose : « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire », Code de la propriété intellectuelle, Dernière mise à jour des données de ce code : 01 septembre 2021, consulté : www.legefrance.fr.

أما الصورة الحديثة للعدول في التشريع الفرنسي والمتمثلة في تقرير حماية خاصة للمستهلك من تسرعه في التعاقد، هو القانون الصادر في 12/07/1971¹ المتعلق بالتعليم بالمراسلة حسب ما ورد بنص المادة 09² التي تمنح طالب العلم الرجوع عن التعاقد مع المؤسسة التعليمية خلال ثلاثة (3) أشهر بداية من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطالب وسائل التعليم، ثم بعده القانون رقم 72-06 الصادر في 03/01/1972³ المتعلق بالتمويل الائتماني الذي يمنح مهلة خمسة عشر يوما لطالب الائتمان للعدول عن العقد الذي أبرمه دون التزامه بأي مبلغ كمقابل لرجوعه عن العقد.

وبالإضافة لما سبق، تناول التشريع الفرنسي موضوع البيع بالمنزل، أو ما يعرف بالبيع بعيدا عن الأماكن التي اعتاد البائع ممارسة البيع فيها بالقانون رقم 72-1137 الصادر في 22 ديسمبر 1972⁴، بنص المادة 03⁵ التي تمنح المشتري سبعة أيام من تاريخ إبرام العقد للعدول عنه، وقد استعمل لفظ "renoncer" بمعنى عدل⁶.

وبصدور القانون رقم 78-22 بتاريخ 10/01/1978⁷ المتعلق بإعلام وحماية المستهلك في نطاق عمليات الائتمان، تناول حق العدول عن العقد من خلال المادة 07/2 و2، وكذا القانون رقم 81-05 المتعلق بالتأمين على الحياة الصادر في 07/01/1981⁸، إذ أجاز لطالب التأمين العدول عن طلبه خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسديد القسط الأول حسب ما ورد بنص المادة 09 منه، كما ورد أيضا بالقانون رقم 85-687

¹-Loi n°71-556 du 12/07/1971 relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement (J.O du 13/07/1971).

²-Art.09 dispose : «...Jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat, celui-ci peut être unilatéralement résilié par l'élève moyennant une indemnité dont le montant ne saurait excéder 30 p. 100 du prix du contrat, fournitures non comprises. Les sommes déjà versées peuvent être retenues à due concurrence... ».

³-Loi n°72-6 du 3/01/1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance (J.O du 5/01/1972).

⁴-Loi n° 1137-22 du 22 décembre 1972 relative à relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, www.legefrance.fr

⁵-« Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue... ».

⁶- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، المرجع السابق، ص.ص.16-17. ومحمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص.ص.83-84. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق ص.86. وعبد العزيز مرسى حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المستهلك في عقود البيع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، بدون دار النشر، 2005، ص.71.

⁷-Loi n° 78-22 du 22 janvier 1972 relative à l' information et à la protection des consommateurs dans le demain de certaine opérations de crédit, J.C.P, 1978, 111-46697.

⁸-Loi n°85-677 du 05/07/1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

الصادر في 1985/07/05¹ الذي يهدف لتحسين ضحايا حوادث المرور وتسريع إجراءات التعويض، حسب ما ورد بنص المادة 19 منه.

ثم القانون رقم 21-88 الصادر في 1988/01/06² المتعلق بالبيع عن بعد والبيع بواسطة التلفاز يملك خلالها المستهلك العدول عن العقد الذي أبرمه خلال سبعة أيام من تاريخ تسليم المبيع باستبدال المنتج أو استرداد ثمنه؛ مقررًا بذلك صراحةً أحقية المستهلك في العدول عن العقد بنص المادة 01³ التي جاء فيها ما يلي: "في جميع العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج، وذلك خلال سبعة أيام كاملة، تحسب من تاريخ تسلمه طلبه، الحق في إرجاعه إلى البائع، إما لاستبداله بآخر، أو لردده واسترداد ثمنه دون أية جزاءات من جانبه سوى مصاريف الرد".

ج- العدول عن العقد في تشريعات بعض الدول الأوروبية الأخرى: يعد التشريع السويسري من أولى التشريعات الأوروبية التي تناولت خيار الرجوع عن العقد، خاصة مقاطعة "لينزبورج" من خلال تنظيم البيع العقاري؛ نظراً للأهمية الخاصة التي يحظى بها العقار، يمنح الطرفين مهلة ترو وتأمل قبل أن يصبح العقد تاماً مع دفع مقابل مادي لذلك، فوفقاً لهذا التشريع يمكن لكلا المتعاقدين الرجوع في تعاقده بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر؛ شريطة أن يتم ذلك خلال يوم واحد، بالإضافة لدفع المقابل المالي لذلك؛ بل كان يفرض على من يرجع في العقد سواء كان بائعاً أم مشترياً تحمل "Wenkoaf" وهي المصروفات والنفقات التي انفتحت بسبب إبرام العقد، تتمثل في طقوس شكلية تثبت البيع⁴. إضافة للمصروفات السابقة كان يلزم من يرجع في تعاقده بتسديد مبلغ 02٪ من ثمن البيع للطرف الآخر، كما لم يكن الرجوع عن التعاقد في هذا التنظيم القانوني متعلقاً بالنظام العام، بل كان خاضعاً لرغبة وإرادة المتعاقد الشخصي، إلى جانب ارتباطه بنظام الشهر والبيع العقاري⁵.

للإشارة فإن هذا التنظيم التشريعي المتعلق بالرجوع بالتعاقد لم يكن معروفاً في مقاطعة "لينزبورج" فقط بل امتد لمقاطعات أخرى كمقاطعة "Brugg" لمدة يوم واحد ومقاطعة "Bale-compagne" لمدة أربعة عشر يوماً، وفي مقاطعة "Diesse" بخمسة عشر يوماً وفي مقاطعة "Neuchâtel" لم يرتبط بالبيع العقاري بل كان يطبق على بيع الماشية مرتبطاً بنظام العربون، أما مهلة العدول فحددت بثمانية أيام، وكان آخر قانون نظم

¹-Loi n°85-677 du 05/07/1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

²-Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat", <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000684061>.

³-Art.01 dispose « Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour ».

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.70. ومصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول المرجع السابق، ص.16.

⁵ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.71.

خيار الرجوع هو القانون المدني لمقاطعة "Grison" الصادر في سنة 1863 وكان يحدد مهلة خيار الرجوع بثلاثة أيام تبدأ من توقيع العقد¹.

وقد تعرض الخيار التشريعي للرجوع في القانون السويسري للنقد من قبل الفقه، فقامت حكومة "Neuchâtel" بتقديم مشروع تعديل القانون المدني في سنة 1854 لإلغاء القواعد التشريعية المنظمة لخيار الرجوع لغياب مبرر وجوده، وانتهى الأمر بإلغائه، وبعد ذلك ظهر خيار الرجوع في القانون السويسري بنص صريح سنة 1956 في البيع بالتقسيط وبعض البيوع الائتمانية الأخرى، بمنح المشتري خيار الرجوع عن العقد خلال مدة زمنية تتراوح من ثلاثة أيام إلى خمسة أيام مقابل 03٪ من ثمن البيع، ولكنه ألغي، وأعد بدله مشروع آخر يتعلق بالبيوع التي تتم عن بعد؛ ينص على منح المشتري مهلة للتأمل والتفكير في موضوع العقد قبل إتمام العقد دون موافقة البائع².

وفي سنة 1960 قدم مشروع قانون آخر نص على منح المشتري خيار الرجوع خلال ثلاثة أيام من إبرام العقد وقصر نطاقه على البيوع الائتمانية التي لم يسدد فيها الثمن كاملاً؛ مقابل مبلغ مالي يقدر بحوالي 05٪ من ثمن البيع، وجعله من النظام العام، وقد تمت الموافقة على هذا المشروع الأخير بعد إجراء بعض التعديلات عليه في سنة 1962 تميز باقتصاره على نطاق موضوعي يشمل نوع معين من البيوع، ونطاق شخصي كذلك يتمثل في المشتري دون البائع³.

وبهذا يكون خيار الرجوع قد عاد في القانون السويسري في ثوب جديد يقترب في نطاقه وأحكامه مما جاءت به القوانين الحديثة التي تناولت حق الرجوع عن العقد.

أما بالنسبة لتشريع لوكسمبورج الصادر في 1961/05/19 يعد أول تشريع تناول خيار الرجوع عن العقد بمفهومه الحديث، إذ منح المشتري حق الرجوع عن العقد الذي أبرمه بإرادته المنفردة دون توقف ذلك على موافقة البائع مقابل دفع 03٪ من ثمن المبيع تعويضاً للبائع⁴.

ثم بعدها صدر القانون المؤرخ في 1983/08/20 الذي نص على حق العدول عن العقد يتعلق بشأن البيع بالمراسلة في مادته السابعة بمنح المستهلك هذا الحق خلال مهلة خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام المبيع وبعده القانون الصادر في 2006/02/18 الذي منح المستهلك فرصة تبديل سلعته خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ استلامه للسلعة⁵.

¹-Raymond. J, le droit de repentir, revue Droit suisse, p.33.

نقلا عن إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.71، الهامش رقم 01.

²- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.74.

³- المرجع نفسه، ص.76.

⁴- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، المرجع السابق، ص.16. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم المرجع السابق، ص.77.

⁵- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، المرجع السابق، ص.16.

أما التشريع الإنجليزي فقد تناول خيار الرجوع عن العقد منذ سنة 1964 بما يعرف بالبيع الإيجاري الذي يتم خارج مجال البائع، والمؤجر، والمورد، شريطة أن يكون محل الائتمان ألني جنيه استرليني، ويطلق على هذا النوع من البيع اسم "Cancellation" يستطيع المشتري من خلاله العدول عن العقد الذي أبرمه خلال مدة أربعة أيام من تاريخ تسلم المشتري ومن يكون في حكمه صورة من العقد الذي يريد الرجوع عنه¹.

وفي عام 1974 تم تعديل قانون 1964 ليشمل تطبيق خيار الرجوع الائتمان الاستهلاكي إلى جانب البيع الإيجاري السابق ذكره، كما عدل مهلة الرجوع كذلك فأصبحت تقدر بخمسة أيام، كما أدخلت بعض التعديلات على أعماله كتوسيع خيار الرجوع ليشمل كل عقد يتضمن ائتماناً حدده بخمسة آلاف جنيه فما فوق مع ضرورة إبرام العقد خارج مجال مانح الائتمان².

أما بالنسبة للتشريع الألماني، فقد تناول خيار الرجوع عن العقد وفق تشريعين صدرتا في عام 1969، مُنح المشتري من خلالها حق الرجوع عن البيع الذي أبرمه خلال مهلة زمنية تقدر بأسبوعين من تاريخ إبرام العقد شريطة أن يكون البيع الوارد عليه خيار الرجوع يتعلق بالقيم المنقولة فقط، وبصدور قانون 1974 تم منح المشتري خيار الرجوع في البيع بالتقسيط أينما تم إبرامه، وتقدر مهلة الرجوع عن العقد بسبعة أيام من إبرام العقد³.

أما فيما يتعلق بخيار الرجوع في نطاق التعلم بالمراسلة، فقد تناوله قانون 1976، يمنح من خلاله طالب العلم مهلة زمنية تقدر بأسبوعين تحتسب من أول تسلمه لوسائل التعلم⁴، وفي سنة 2013 تناول حق العدول عن العقد شكل صريح بنص المادة 355 من القانون المدني.

أما بالنسبة للتشريع الأمريكي، فقد كانت البذور الأولى لخيار الرجوع عن العقد منذ سنة 1962 حيث قام الرئيس الأمريكي آنذاك بتقديم لائحة للكونغرس الأمريكي جاء فيه: "إن كلمة مستهلك تشملنا جميعاً وأنهم أكبر شريحة اقتصادية تؤثر وتتأثر بجميع القرارات الاقتصادية العامة والخاصة"⁵. ومن أهم ما جاء في هذه اللائحة: الحق في الأمان، حق الحصول على معلومات، حق سماع الرأي، حق الاختيار.

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.79.

² - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.19. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.79.

³ - المرجع نفسه، ص.80.

⁴-Raymond. J, le droit de repentir, Op-cit, p.33.

نقلاً عن إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع نفسه، ص.80.

⁵-To the Congress of the United States:

Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.

The federal Government--by nature the highest spokesman for all the people--has a special obligation to be alert to the consumer's needs and to advance the consumer's interests. Ever since legislation was enacted in 1872 to protect the consumer from frauds involving use of the U.S. mail, the Congress and Executive Branch have been increasingly aware of their responsibility to make certain that our Nation's economy fairly and adequately serves consumers' interests.

وقد اعتُبرت هذه اللائحة المرجع في تحديد حقوق المستهلك بصفة عامة، ومنها انطلقت الأمم المتحدة لتقرير حماية المستهلك في مواجهة التطور الاقتصادي والتكنولوجي.

وإكمالاً للمعنى نفسه، يضيف الرئيس الأمريكي الأسبق ما يلي: "إن مبدأ القوة الملزمة للعقد لن تحول دون تقرير مثل هذا الحق للمستهلكين، إذ أن ضرورات الحماية المعاصرة تتعارض معه تعارضاً صارخاً، كما أن التطورات الاقتصادية غالباً ما تلعب دورها في قدرة المستهلك على الوفاء بالتزاماته على نحو يجعل من إمكانية تحلله من العقود وسيلة فعالة للتقليل من فرص عجزه عن الوفاء بالتزاماته المالية وما يترتب عليها من أضرار اقتصادية واجتماعية واضحة في الأسرة والمجتمع بشكل عام"¹.

يبدو أن حق المستهلك في الاختيار؛ هو الحق الذي نشأ عنه حق المستهلك في العدول عن العقد، وتعتبر ولايتي "أوكلاهوما" و"أوتاها" أول من اعتمد خيار الرجوع عن العقد الذي منح خيار الرجوع في العقد لأحد المتعاقدين دون موافقة الطرف الآخر.

وفي سنة 1969 صدر القانون الخاص بالبيع بالتقسيط حيث حول للمشتري خيار الرجوع في البيع الذي أبرم في مقر سكنه، حيث حددت مهلة الرجوع عن العقد بثلاثة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد، وما يعاب على هذا القانون أنه استبعد البيع الذي يتم عن طريق المراسلة².

أما بالنسبة للتشريع البلجيكي، فقد تناول خيار الرجوع عن العقد من خلال قانون 08 جويلية 1958 الذي عدل قانون البيع بالتقسيط، وجعل خيار رجوع المشتري عن العقد يتم خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لسداد أول قسط من الثمن، دون تقديم أي تبرير يبين سبب الرجوع، كما يشمل نطاق الرجوع عن العقد البيوع التي تتم خارج أماكن البيع، ونص هذا القانون كذلك على ضرورة ذكر خيار رجوع المشتري في عقد البيع، وإلا وقع العقد باطلاً³.

أما بالنسبة لمقاطعة الكيبك بكندا ووفقاً للقانون الصادر في عام 1971، فقد تم منح المشتري في العقود التي تتم في مقر سكنه خيار الرجوع خلال خمسة أيام وفقاً لنص المادتين 25 و 35 من القانون نفسه اللتين تشترطان أن تحتوي بنود العقد على شرط فاسخ بقوة القانون يمنح المشتري حق الرجوع عن العقد الذي أبرمه⁴.

02- التطور التاريخي للعدول عن العقد في التشريعات العربية: سيتم البحث في هذا الشأن التشريع الجزائري (أ) ثم التشريع المصري (ب)، وبعض التشريعات العربية الأخرى على سبيل المثال (ج).

¹-https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AC%D9%88%D9%86_%D9%83%D9%8A%D9%86%D9%8A%D8%AF%D9%8A

اطلع عليه يوم الأربعاء: 05/07/2017 على الساعة 01:55.

²- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.81.

³-Cluwe et Delcorde. C, la loi du 2 juillet 1970 modifiant la réglementation des opérations à tempérament, journal tribunal, 1970, p. 704. .81. نقلاً عن إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.81.

⁴-Dniel. J, Rapport sur la consommation et de la formation du contrat en droit Québécois, trav, de la Ass Henri caitant, 1973. .82. نقلاً عن إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.82.

أ- **العدول عن العقد في التشريع الجزائري:** يرى بعض الفقهاء¹ الجزائري أن حق العدول عن العقد تطرق إليه التشريع الجزائري في عدة قوانين كلاسيكية بخلاف قانون الاستهلاك، فقد تم التطرق إليه من خلال قانون التأمينات² بنص المادتين 70 مكرر و90 مكرر بخصوص التأمين على الأشخاص، وكذا في قانون النقد والقرض³ في المادة 119 مكرر1 التي جاء نصها كما يلي: "يمكن لأي شخص اكتسب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد". كما تناول المشرع الجزائري حق العدول عن العقد فيما يتعلق في المجال الصحي، وبالأخص فيما يتعلق بالتبرع بالأعضاء بالنظر لخطورة التصرف وارتباطه بجريمة ومعصومية جسم الإنسان حسب ما ورد بنص المادة 162 من قانون الصحة⁴ حيث أجاز للمتبرع أن يعدل عن قراره في التبرع بأحد أعضائه خلال الفترة الزمنية المولوية لموافقته على عملية التبرع.

إلى جانب ما سبق بيانه؛ فإن بعض الفقهاء يرى أن التشريع الجزائري قد تطرق لحق العدول عن العقد من خلال قانون الترقية العقارية⁵ بنص المادة رقم 32 التي جاء نصها كما يلي: "يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع نسبة خمسة عشر بالمائة من مبلغ التسبيق المدفوع".

وقد تناول حق العدول عن العقد بالمرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، إلا أن أهم ما يلاحظ على ما ورد في هذا المرسوم التنفيذي، أنه لم يبين الأحكام التي يتمكن من خلالها المستهلك ممارسة حقه في العدول عن العقد، فلم يحدد كيفيات وشروط ممارسة هذا الحق كما لم يحدد نطاق ممارسته، ولا الآثار القانونية التي ترتب على ممارسته كذلك، واكتفى فقد بيان مهلة العدول من خلال ما جاء في نص المادة 02/11 ما يلي: "غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته (08) أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما". كما نص في المادة 14 من المرسوم نفسه على ما يلي: "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون (07) أيام عمل مهما يكن تاريخ

¹-Filali. A, Le droit de la consommation une adaptation du droit commun des contrat, p.18.

وما تجب الإشارة إليه بهذا الشأن أن لفظ "الفسخ" يفيد أن الطرف الآخر قد أخل بالتزامه باعتباره جزء الإخلال عن التزام، في حين أن العدول عن العقد هو خاص بالمستهلك وحده بدون سبب أو مبرر.

² - القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20/02/2006، المعدل والمتمم للقانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، ج.ر العدد 15، المؤرخ في 2006/03/12.

³ - الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 20/08/2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 11-03، المتعلق بالقرض والنقد، ج.ر العدد 50، المؤرخ في 2010/09/01.

⁴ - القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 2008/07/20، ج.ر، العدد 44.

⁵ - القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17/02/2011، الذي يحدد القواعد المطبقة على نشاط الترقية العقارية، ج.ر العدد 14، المؤرخة في 2006/03/06 .

التسليم أو تقديم السلعة". كما تناوله من خلال قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 بنص المادتين 22 و23 على التوالي.

إلا أن ما يبدو، أن التشريع الجزائري قد لاحظ أهمية حق العدول عن العقد بالنظر للظروف المعاصرة للوقت الحالي؛ فقام بتعديل القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بالقانون رقم 18-09 ومن أهم ما ورد في أسباب التعديل أن إنشاء حق العدول يجب أن يكون موافقا للمعايير الدولية في مجال القانون المقارن، ما يفيد أن الأحكام التي سيتولى المشرع تنظيمها ستأتي موافقة لما جاء به التوجيه الأوروبي، وما جاءت به التشريعات الوطنية الأخرى التي أخذت بالعدول عن العقد وفقا لما جاء به التوجيه الأوروبي. وعرفه بنص المادة 02/19 كما يلي: "... العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون سبب...".

ب- العدول عن العقد في التشريع المصري: لم ينص التشريع المصري على ما يعرف "بالعدول عن العقد" بالمفهوم الذي جاءت به التشريعات الغربية - التوجيه الأوروبي والتشريعات التي اعتمدهت في قوانينها كالتشريع الفرنسي- إلا أنه تطرق للموضوع من خلال القواعد العامة في بعض الحالات، كالقانون رقم 354 لسنة 1954 المتعلق بحماية المؤلف بمنحه حق سحب مؤلفه حسب ما ورد بنص المادة 42 التي جاء فيها: "للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب خطيرة، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفة من التداول...". أهم ما يلاحظ على نص هذه المادة أنها قيدت حق المؤلف في سحب مؤلفه بضرورة أن تطرأ أسباب خطيرة تبرر قراره في سحب المؤلف، وأن يتم ذلك عن طريق حكم قضائي، إلى جانب دفع التعويض المسبق لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالي¹.

إن ما يبدو على مضمون هذا النص، مخالفته لشروط وخصوصيات العدول عن العقد وفقا لما جاءت به قوانين الاستهلاك.

إلا أن بعض الفقه، يرى أن سحب المؤلف لمؤلفه من التداول؛ وإن كان يتعد عن فكرة الرجوع عن العقد الذي يحمي التعاقد من تسرعه في إبرام العقد، إلا أنه لا يتعد كليا عن حماية الرضا، فالمشرع هنا يعتد بتغيير الرضا اللاحق على التعاقد كاستثناء عن الأصل العام².

ومن الحالات التي منح فيها التشريع المصري إمكانية العدول عن العقد كذلك، عقد التأمين حسب ما ورد بنص المادة 759 من القانون المدني المصري جاء فيها: "يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية، أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله للمؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية...".

¹ - محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص.ص. 90-91. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص. 88. ومحمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1988، ط. 01، ص. 89.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص. 89.

أما بالنسبة لعقد التأمين على الحياة فيمكن للمؤمن له أن يتوقف عن دفع الأقساط في أي وقت وفقاً لقاعدة "الوفاء الاختياري للأقساط"، وهو حق ينفرد به المؤمن له وحده، وهذا ما يمثل حق العدول لصالح المؤمن له مقرر بنص قانوني¹.

كما تقرر حق الرجوع عن العقد في عقد النقل البحري والجوي وفق قاعدة عرفية، إذ يمكن للراكب قبل تنفيذ عملية النقل الرجوع عن العقد الذي أبرمه مع الناقل بإرادته المنفردة، بإعادة تذكرة النقل واسترداد ما دفعه كاملاً².

وفي سنة 2018 قام بإلغاء قانون حماية المستهلك رقم 67-2006، بالقانون رقم 181-2018 تطرق من خلاله للعدول عن العقد، بنص المادة 17 منه حيث جاء فيها ما يلي: "للمستهلك الحق في استبدال السلعة أو إعادة قيمتها النقدية، دون إبداء أي أسباب ودون تحمل أي نفقات خلال أربعة عشر يوماً من تسلمها، وذلك دون الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وللجهاز أن يحدد مدداً أقل بالنظر إلى طبيعة بعض السلع".

ج- العدول عن العقد في تشريع بعض الدول العربية الأخرى: من بين الدول العربية التي تناولت حق العدول عن العقد التشريع التونسي من خلال القانون رقم 83/2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية الذي منح المستهلك الحق في العدول عن العقد بالفصل رقم 30 من القانون نفسه، أما بالنسبة للتشريع المغربي، فقد تناول هذا الحق في نص المادة 36 من القانون رقم 31/08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، نظم من خلاله ثلاثة أنواع من العقود تتمثل في العقود المبرمة عن بعد والبيع خارج المحلات التجارية، والقروض الاستهلاكية، يمكن للطرف الضعيف في العلاقة العقدية العدول عن العقد خلال سبعة أيام، أما التشريع اللبناني فقد تناول حق العدول عن العقد من خلال نص المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 2005/659، أما بالنسبة للتشريع الفلسطيني فقد تناول حق العدول عن العقد كذلك من خلال نص المادة 55 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2003.

أهم ما تم ملاحظته من خلال دراسة التطور التاريخي لنشأة وتطور العدول عن العقد، هو اهتمام التشريعات منذ القدم بحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية باستصدار نصوص قانونية تواكب ما استجد من متغيرات على مر السنين، فعلى سبيل المثال نجد تشريع حمورابي الذي صدر منذ 1700 قبل الميلاد ينص على حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهي العبارة التي استعملها في بداية كل مادة من مواده والتي تقدر بـ

¹ - محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص.94. ومحمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص.94.

² - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون)، المرجع السابق، ص.94. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.87.

(286) مادة¹. إلى جانب ما جاء به التشريع الروماني من حماية للضعفاء بصفة عامة، مثل قانون اتليا "Atlia" الذي صدر سنة 176 قبل الميلاد الذي أعطى الحق للحاكم القضائي البريتور الحق في تعيين وصي على الصغير الذي لم يعين رب أسرته وصيا عليه ولم يوجد له أقارب من الأعصاب².

ثانيا- نشأة الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي: قبل التطرق للتطور التاريخي للرجوع عن العقد، تجب الإشارة إلى أن العرب في الجاهلية³ لم يعرفوا "الرجوع عن لعقد"؛ سواء في عقد الهبة، أم في العقود المقترنة بالخيار ويعتد السبب في ذلك صفات الكرم والرجولة والشهامة التي كانت تميز العرب وقتها، وما يؤكد ذلك ما ورد عن الإمام عبد الرزاق بن همام الصنعاني عن طاووس قال: "ابتاع النبي صلى الله عليه وسلم قبل النبوة من أعرابي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد البيع: اختر، - وقت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتاجر بمال خديجة بنت خويلد رضي الله عنها ما يُبين أن خيار المجلس لم تكن معروفة في الجاهلية- فنظر إليه الأعرابي فقال: لعمرك الله من أنت؟ فلما كان الإسلام جعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بعد البيع، وفقا لما ورد عن محمد بن يوسف عن سفيان بن عبد الله بن دينار بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كُلُّ بَيْعٍ لَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ خِيَارٍ"⁴. وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه أن استنكار الأعرابي لفكرة الخيار من الرسول صلى الله عليه وسلم دليل على أن فكرة خيار المجلس لا وجود لها في الجاهلية⁵. والأمر نفسه بالنسبة للخيارات الإرادية كخيار الشرط وخيار التعيين، إذ لم تكن معروفة في الجاهلية، وبهذا لم يكن وقتها يُعرف الرجوع عن العقد بسبب هذه الخيارات⁶. ودليل ذلك حديث حبان بن منقذ الذي كان يخدع في البيوع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يقول بشأن ذلك: "إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خَلَابَةَ"⁷.

ووفقا لما ورد، فإن العرب في الجاهلية، ولم يعرفوا نظرية الرجوع عن العقد، لا في عقود التبرعات ولا في العقود المقترنة بالخيار، وهي العقود التي تمثل نطاق الرجوع في العقد⁸.

¹ - حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع، المرجع السابق، ص.96.

² - محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.52.

³ - تجب الإشارة إلى أنه كان ينظر للقانون في العصور الغابرة على أنه ظاهرة مستديمة وغير متغيرة، بسبب ارتباطه بالأخلاق والدين والسياسة، إلى جانب روح التحفظ التي كانت تسود التقاليد المتوارثة وقتها، والاعتقاد السائد بأن العدالة الإلهية هي من تحافظ على القوانين وتحمي بحسن تنفيذها.

يراجع: حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع المرجع السابق، ص.48.

⁴ - رواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ذكر الاختلاف على عبد الله بن دينار في لفظ هذا الحديث، رقم الحديث: 4475، ص.608.

⁵ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.454.

⁶ - المرجع نفسه، ص.454.

⁷ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع، رقم الحديث: 2117، ص.509. ورواه مسلم في الصحيح

كتاب: البيوع، باب: من يخدع في البيع، رقم الحديث: 1533، ص.665.

⁸ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.454-455.

واعتماداً على ما سبق بيانه، تعتبر الشريعة الإسلامية، المنشأ الأصلي والمباشر لأغلب التشريعات القانونية، بل لكل التشريعات القانونية، العربية منها خاصة، واعتمدها الفقه الإسلامي في أحكامه وتشريعاته وهذا ما جعله يحتل مركز الصدارة في تنظيمه لحق الرجوع عن العقد بضوابطه وشروطه المحددة؛ لتحقيق مصالح الأفراد ودفع الأضرار وفق قاعدة - الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف- والتي تعني أن الضرر الأول عام ونطاق أثره أوسع، أما الضرر الثاني فخاص وأثره منحصر، الأمر الذي يتطلب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة¹. ومرجعهم في هذا القرآن الكريم وفقاً لما جاء في قوله تعالى: "وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيْبًا"²، ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن التحية تستعمل في معان عدة منها السلام والثناء، ومنها الهدية بالمال، والمعنى الأخير هو المقصود بدليل القرينة الدالة عليه والواردة في الآية نفسها من قوله تعالى: "رُدُّوهَا" فرد الشيء يتعلق بالأعيان لا بالأعراض؛ فهذا الأخير لا يتوقع رده³.

أما عن الدليل من السنة النبوية، فنجد ما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِحَبِيَّتِهِ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا"⁴.

أما الدليل من حيث الإجماع، فيتمثل فيما ورد عن عمر ابن الخطاب وعثمان ابن عفان رضي الله عنهما، وما ورد عن عبد الله بن عمر وأبي الدرداء رضي الله عنهم أنهم قالوا بأحقية الرجوع في الهبة⁵.

أما بالنسبة للرجوع بسبب الخيارات، فنذكر منها خيار المجلس، الذي يرتبط بانفضاض مجلس العقد سواء طال أم قصر، فقد اختلف الفقه بشأنه، فهو ينتهي بالخروج عن الموضوع حسب المذهب الحنفي والمالكي - يرون بعدم مشروعيته -، وينتهي بالتفرق البدني عن مكان التعاقد لدى الشافعية والحنابلة؛ إذ يكون لكلا طرفي العقد حق الخيار في جعل العقد نهائياً أو إلغاؤه⁶، وقد اتفق الفقهاء القائلون بخيار المجلس على تفسير التفرق بأنه تفرق

¹ - أحمد علي محمد داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الثقافة، 2011، ج.02، وج.03، ص.826. ويبدو أن الفقه الوضعي انطلق من هذه القاعدة، والأمر نفسه لبعض التشريعات المعاصر في تشريعها لحق المستهلك في العدول عن العقد بنصوص أمرة لما فيه من تحقيق للمصلحة العامة وفيها تحقيق لمصلحة خاصة وهي حماية مصالح الطرف الضعيف في العقد.

² - سورة النساء، الآية رقم 68.

³ - محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، طبعة جديدة منقحة ومرتبعة، دار ابن جزم، لبنان، 2009، ص.570.

⁴ - رواه الدررقي في السنن، كتاب، باب البيوع، الحديث رقم: 2971، ص.461.

⁵ - محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سل السلام بلوغ المرام، المرجع السابق، ص.570.

⁶ - محمد حبيب التجكاني، المرجع السابق، ص.19. ومحمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق، ص.427.

بالأبدان¹. فيما يرى بعض الفقه أن المرجح في التفرقة في المجلس يرجع لعرف الناس وعاداتهم، لأن التنازع علق عليه حكماً ولم يبينه فدل على أنه أراد ما يعرفه الناس². وبهذا فمدة خيار المجلس تبقى مجهولة.

أما بالنسبة لخيار الرؤية، فقد اختلف القائلون به حول الأجل الذي يمكن للمتعاقد من خلاله استعمال حقه في الخيار، فمنهم من قال إنه مؤقت ومؤجل إلى ما بعد الرؤية³، ومنهم اعتبره خياراً غير مؤقت يثبت لصاحبه مدى الحياة إلى أن يوجد ما يبطله⁴.

وقد انتقد بعض الفقه الرأي الثاني، وقال إن الأصل في الحقوق والحريات عدم التأييد، كما أنه يبقى العقد مهدداً بالزوال، وهو ما يتنافى واستقرار المعاملات، ويجانب العدالة، حيث يجعل المتعاقد تحت رحمة من شرع الخيار لمصلحته، وهذا ما يدعو إلى القول بوجوب تحديد أجل معقول ينتهي فيه إذا لم يستعمله صاحبه⁵.

وبالنسبة لخيار الشرط، فقد اتفق جمهور الفقهاء على تقييد مدة الخيار بمدة زمنية محددة، إذ لا يصح اشتراط خيار غير محدد تحديداً دقيقاً، وذلك حتى لا يكون الخيار سبباً من أسباب الجهالة الفاحشة التي تسوق للنزاع والشقاق وهو ما يتنافى مع أحكام الشريعة⁶، ودليلهم في ذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ الذي منحه مدة ثلاثة أيام لرد المبيع أو قبوله⁷، والأمر نفسه فيما يتعلق بحديث المصراة، فقد ورد عن أبي هريرة أن أبا القاسم صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ ابْتَعَا شَاةً مَحْمَلَةً أَوْ مِصْرَاةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِنْ شَاءَ أَنْ أُمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَهَا، وَرَدَ مَعَهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ"⁸.

وما تجب الإشارة إليه أن موطن الاختلاف بين الفقه تعلق بطول وقصر المدة المحددة لاستعمال الخيار وبذلك انقسم الفقه إلى اتجاهين برأيين مختلفين جاء فيهما ما يلي:

– الحد الأدنى لخيار الشرط: يرى أنصار هذا الرأي أن الحد الأدنى لا توقيت له، وليس له حد لا يمكن أن يقل عنه، فيجوز مهما قل، لأن جواز الأكثر يدل على جواز الأقل، وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه الحنفي أن الحد

¹ – عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود (مدخل إلى نظرية الخيار ودراسة فقهية لأحكام 33 خياراً)، مطبعة مقهوى، 1985، ج. 01، ط. 02، ص. 152.

² – موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلوة، دار عالم الكتاب، الرياض 1998، ج. 03، ط. 03، ص. 12. وحسن أيوب، فقه المعاملات في الإسلام، دار السلام، مصر، ط. 01، ص. 86.

³ – ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج. 06، ص. 30.

⁴ – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ج. 05، ط. 02، ص. 295-296.

⁵ – رباحي أحمد وعماري إبراهيم، مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 109.

⁶ – عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 198.

⁷ – ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج. 06، ط. 01، ص. 03.

⁸ – رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: حكم بيع المصراة، رقم الحديث: 1524، ص. 661. ورواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في المصراة، رقم الحديث: 1252، ص. 263. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: من اشترى مصراة فكرهها، رقم الحديث: 3444، ص. 437. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: المخفلة، رقم الحديث: 4489، ص. 609. ورواه ابن ماجة في السنن، كتاب: التجارات، باب: بيع المصراة، رقم الحديث: 2239، ص. 398.

الأدنى لوقت خيار الشرط يمكن أن يدوم "ولو لحظة" إلا أن اشتراط الخيار للحظات يعني عنه فترات المساومة بمجلس العقد¹. وقد استبعد بعض الفقه تقدير مدة الحد الأدنى فقال: "أقل مدة الخيار ليس بمقدر"².

- الحد الأقصى لمدة خيار الشرط: اختلف الفقه بشأن هذه المدة اختلافاً واسعاً لذا عمد بعض الفقه إلى حصره في الاتجاهات الفقهية التالية:

- التفويض المطلق للمتعاقدين: يرى أنصار هذا الرأي ضرورة إعطاء طرفي العقد امكانية الاتفاق على مدة خيار الشرط³، إلا أن بعضهم ذهب لتقييد مدة الخيار حتى لا تتنافى مع الهدف المقصود من العقد، بشرط أن يضرب فيه أجل مثله⁴.

- التفويض للمتعاقدين في حدود المألوف: وهو الرأي الذي جاء به الإمام مالك، فقد اشترط ضرورة تحديد مدة الخيار حسب الحاجة مقارنة بنوعية المبيع، وبهذا يملك المتعاقد تعيين المدة التي يشاء شريطة أن لا يتجاوز الحد المعتاد في كل نوع⁵.

بالنظر لما تقدم، يتضح تدرج اهتمام التشريعات بتقرير الحماية للطرف الضعيف (المستهلك)، حتى وصلت لما هي عليه اليوم لارتباط القانون بالتغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، مما يؤدي لإعادة صياغة العديد من القوانين بما يلائم هذه التغيرات، هذا بخلاف ما جاء به فقهاء الفقه الإسلامي الذين اعتمدوا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام في منتهى الدقة والوضوح تكفل حماية فعالة لكل طرف في العلاقة العقدية وليس لطرف على حساب آخر.

الفرع الثالث: خصائص العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

بمعرفة حقيقة العدول عن العقد والبيئة الأصلية والثانوية لظهوره، تتضح خصائص ومميزات العدول عن العقد والمتمثلة في كونه تصرفاً انفرادياً في المجال العقدي (أولاً)، ثم من حيث نوعية العقود التي يرد عليها (ثانياً) إلى جانب كونه ذو صفة تقديرية ومجانبة (ثالثاً)، وارتباطه بالنظام العام (رابعاً)، إضافة لاعتباره حقاً مؤقتاً (خامساً).

أولاً- العدول عن العقد تصرف انفرادي في المجال العقدي: إذا كان التصرف الانفرادي المستقل يتمثل في اتجاه إرادة الشخص لإنتاج أثر قانوني بإرادته المنفردة مع الغياب الكلي لأي رابطة عقدية، مثل الحال في الوعد بالجائزة والوصية، فإن العدول عن العقد هو تصرف انفرادي في المجال العقدي؛ حيث تنشأ التزامات الطرفين

¹ - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، حققه محمد نجيب، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، ج. 11 بدون طبعة، ص. 14.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج. 05، ص. 213.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 221.

⁴ - ابن رشد الحفيد، شرح وتحقيق عبد الله العبادي، شرح بداية المجهتد ونهاية المقتصد، دار السلام، مصر، 1995، ط. 01، ص. 1752.

⁵ - المرجع نفسه.

بتوافق إرادتين، إلا أن إرادة المستهلك هي التي تتولى إنهاء هذه العلاقة العقدية بإرادته المنفردة بالعدول عنه، ويبدو أن هذه الخاصية تمثل أهم خاصية تميز العدول عن العقد عن غيره من النظم القانونية المشابهة له، التي سيتم بحثها في المطلب الثاني من هذه الدراسة.

وإضافة لما سبق، فإن أهم ما يترتب على هذه الخاصية؛ هو وجود علاقة سلطة وخضوع بين طرفي العقد من خلال ما يعرف بالحق الإرادي المحض؛ الذي يختلف عن الحقوق الكلاسيكية المعروفة، كالحق العيني والحق الشخصي القابلة للاعتداء والتعدي عليها، فصاحب الحق الإرادي المحض يمارس حقه في مواجهة الطرف الآخر دون أن يكون لهذا الأخير حق الاعتراض أو عدم الامتثال لصاحب الحق في العدول عن العقد. ولتأكيد حقيقة هذا الحق شرع استعماله بعيدا عن كل شرط أو قيد، بالرغم مما ينتج عنه من مساس باستقرار المعاملات، وما قد يترتب عليه من أضرار للطرف الآخر¹.

وعليه فالمتعاقد الذي يكون في مواجهة صاحب الحق الإرادي يكون في حالة خضوع لمن شرع العدول لأجله، فلا يمكنه الامتناع عن تنفيذ الالتزام أو التعدي على صاحب الحق الإرادي². وبهذا يكتسب صاحب الحق الإرادي سلطة من نوع خاص، ليست على شخص معين أو شيء معين وإنما على مركز قانوني قائم، سواء بتعديله أو إنهائه.

ووفقا لما ورد ذكره، فالسلطة التي يملكها صاحب الحق الإرادي تسمح بإنشاء رابطة خضوع تمكنه من المساس بالدائرة القانونية الخاصة بالطرف الآخر، وبالمقابل امتثال هذا الأخير للطرف الذي شرع العدول لمصلحته³.

ثانيا- اختصاص العدول عن العقد بفئة معينة من العقود: تعد أهم ثاني ميزة للعدول عن العقد، كونه يرد على عقد لازم مستوف لكل أركانه وشروطه؛ لأنه في العقود غير اللازمة يمكن للمتعاقد نقض العقد وإلغائه بالإرادة المنفردة في أي مرحلة ولا حاجة لإعطائه هذا الخيار⁴.

ولالإشارة، فإن حالة الرجوع عن العقد وفقا لما جاء به فقهاء الفقه الإسلامي تتمثل في رجوع المتعاقد الذي شرع الرجوع لمصلحته، بسبب غياب اللزوم عن العقد، سواء لطبيعة العقد، أم بسبب الخيار، قد يكون لأحد طرفي العقد أو كليهما حسب نوعية العقد.

وفي كل هذه الحالات، فإن العدول عن العقد المقصود من هذه الدراسة يمثل اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يعتبر الأصل فيه عدم جواز ذلك إلا برضا الطرفين، وللموازنة بين خطورة هذا التصرف

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.228.

² -Bosco. D, le droit de rétractation, (pour l'obtention du DEA de droit privé de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille), France, 1999, p.48.

³ -Boyer. L, les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant contrat, RTD civ, 1949.1, n 27.

⁴ - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، العراق، ص.898.

وضرورة حماية مصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، كان لزاما على التشريعات وقبلها فقهاء الفقه الإسلامي أن يتم حصر نطاقه في فئة معينة من العقود، باعتباره استثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه.

ثالثا- العدول عن العقد ذو صفة تقديرية ومجانية: يعتبر العدول عن العقد حقا تقديريا يخضع لقرار المستهلك وحده إن شاء استعمله، وإن شاء تركه، شريطة أن لا يكون مجبرا على ذلك في الحالة الثانية؛ إذ يرى بعض الفقه أن الصفة التقديرية لحق العدول تظهر من خلال نص المادة ل.121-16¹ من قانون الاستهلاك الفرنسي وما لحقه من تعديلات بمواد مختلفة، يستعمله المستهلك بما يتمشى مع مصالحه دون تقديم أي تبريرات بهذا الشأن فهو يرتبط فقط برضا المستهلك الذي أصدره على عجلة من أمره ودون ترو، كما لا يترتب على عاتق المستهلك أي مسؤولية². ومن جهة أخرى فالمستهلك غير ملزم بإعذار المهني ولا استصدار حكم قضائي لذلك، وبالمقابل فإن المهني ملزم بتنفيذ قرار المستهلك بالعدول عن العقد طواعية وإلا تعرض للجزاء³.

أما من حيث كونه مجاني، فإن غياب هذه الصفة يُفرغ العدول عن العقد من الهدف الذي شُرِع من أجله، لأن العدول عن العقد شرعته التشريعات، وقبلها فقهاء الفقه الإسلامي لحماية وضمأن رضا المتعاقد الضعيف؛ لكي يصدر متمهلا غير متسرع، فمجانية العدول عن العقد تقابل محاولات انتزاع الرضا في بعض حالات التعاقد، خاصة العقود الاستهلاكية⁴، كما أن اشتراط تقديم المقابل المالي يؤدي إلى عزوف المستهلك عن الاستفادة من حقه في العدول⁵.

رابعا- ارتباط العدول عن العقد بالنظام العام: عدول المستهلك عن حقه يرتبط ارتباطا وثيقا بالنظام العام نظمته التشريعات بقواعد آمرة⁶، مما يستبعد إمكانية التنازل عنه، أو وضع أي شرط يحد من نطاقه أو يُضيف قيود على ممارسته⁷.

أما الفقه الإسلامي من جهته، فيميز بين ما يتعلق بحق العبد فلا يعتبره من النظام العام؛ إذ يجوز التنازل عنه، أما حق الشرع فهو متعلق بالنظام العام، ومن ثم فلا يمكن التنازل عنه، ووفقا لذلك يرى الفقه الإسلامي أن

¹ - يقابلها نص المادة ل.222-07 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل في 2019.

Art. L.222-07 dispose : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités... ».

² - محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، أكاديمية شرطة دبي، 2016 ص.20. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.898.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.228-229.

⁵ - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.898.

⁶ - حسب ما ورد بنص المادة 35 من قانون 03 جانفي 1972 التي منعت أي اتفاق يخالف أحكام هذا القانون، وكذا نص المادة 03 من قانون 1972/12/22 التي نصت على بطلان كل شرط أو اتفاق يتنازل بمقتضاه المشتري عن حقه في الرجوع في البيع المنزلي، والمادة 28 من قانون 1978/01/10 التي أضفت صفة النظام العام على كل أحكام هذا القانون.

⁷ - محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، المرجع السابق، ص.20.

خيار الرؤية وحده لا يجوز إسقاطه باعتباره حق الشرع، أما باقي الخيارات الأخرى؛ وخاصة خيار العيب وخيار التعيين وخيار الشرط، فكلها يجوز فيها الإسقاط.¹

أما فيما يتعلق بخيار المجلس، فقد اختلف الفقه بشأنه، فجمهور الفقهاء يرى أنه يمكن التنازل عنه باتفاق الطرفين، على اعتبار أنه تقرر من أجلهما فيجوز لهما تركه، إضافة إلى أنه خيار غرر فجاز إسقاطه²، في حين يرى المذهب الشافعي عدم جواز التنازل عن خيار المجلس عند التعاقد على اعتبار أنه خيار يثبت بعد تمام العقد وعليه فلا يمكن إسقاطه قبل تمامه إلا إذا تفرقا أو تخايرا³.

وبهذا تكتسي هذه الخاصية أهمية كبيرة في الحفاظ على حق المستهلك في العدول عن العقد دون مساومة، مما يفرغه من الهدف الذي شرع من أجله.

خامسا- العدول عن العقد حق مؤقت: باعتبار العدول عن العقد مشرعا لصالح المستهلك بصفته المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية، يمارسه بدون تقديم تبرير لذلك، وبالنظر لاعتبارات العدالة بأن لا تبقى العقود مهددة بالزوال في أي وقت، وحتى لا يتعسف من شرع العدول لمصلحته لجأت التشريعات التي منحت المستهلك الحق في العدول عن العقد؛ لاشتراط ممارسة هذا الحق خلال مدة زمنية محددة حفاظا على استقرار المعاملات⁴.

والأمر نفسه فيما يتعلق بالخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، فخيار الرجوع عن العقد يمارس خلال فترة محددة؛ بسبب ما يترتب على الرجوع من ريبة وشك وعدم التأكد من بقاء العقد وتنفيذه، مما يؤثر على استقرار المعاملات بالسلب. وبهذا تعد القاعدة العامة في خيار الرجوع أنه مؤقت ولمدة قصيرة وليست طويلة، أما فيما يتعلق بقدر المدة المحددة لذلك فهي تخضع لعدة اعتبارات، كما يتعارض بعض منها مع بعض، لأن طول مدة الخيار تخدم مصلحة من تقرر له الخيار، إذ تمكنه من تدبير أمره بشأن موضوع التعاقد، ومن جهة أخرى تطيل فترة الشك وعدم الاستقرار للطرف الآخر، وقد يحدث العكس في حالات أخرى، كأن يكون المتعاقد على عجلة من أمره وتكون فترة الرجوع مشرعة بصفة أمرة لا يجوز التنازل عنها⁵.

ويضيف الفقه نفسه، أن مدة الأسبوع هي المدة الأنسب لأغلب حالات الرجوع، كما يجوز إطالتها أو تقصيرها حسب كل حالة⁶.

¹ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.284.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.242.

³ - محمد الزحيلي، المهذب في الفقه الشافعي لأبي اسحاق الشيرازي، المعاملات المالية والسبق وإحياء الموات والوقف والهبات والوصايا، دار القلم ودار الشامية، ج.03، ط.01، 1996، ص.ص.11-12.

⁴ - مصطفى أحمد أبو عمر، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، المرجع السابق، ص.45.

⁵ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.ص.235-236.

⁶ - المرجع نفسه، الهامش رقم 01، ص.236.

ويكاد يجمع الفقه الإسلامي، أن خيار الرجوع عن العقد بتطبيقاته المتعددة خيار مؤقت ينقضي بمدة معينة، فخيار المجلس باعتباره أحد تطبيقات الخيار القانوني ينقضي بانقضاء المجلس أو بتفرق الأبدان، ما لم يتم بتمام الرضا، أو بالتخاير، كما ينقضي خيار الشرط بمضي مدة الخيار بالرغم من الاختلاف في تحديدها¹. واعتماداً على ما سبق بيانه، من مفهوم العدول عن العقد وتطوره التاريخي انتهاء بجملة الخصائص التي يتصف بها تتضح معالمه وحدوده، إلا أن حقيقته وتميزه عن غيره من الأنظمة القانونية التي تقترب منه مما يتطلب التفرقة بينهما، هذا ما سيتم بحثه من خلال المطلب الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثاني: مقارنة العدول عن العقد ببعض المفاهيم القانونية المشابهة له

إن تعريف شيء ما يرتبط بتحديد ماهيته، ووضعه في موضعه الخاص به، وتمييزه عن الأشياء التي يمكن أن تختلط به، فضبط المصطلحات يحول دون الوقوع في الخلط بين معاني وآثار المصطلحات، وعليه فلا يمكن الوقوف على مضمون العدول عن العقد بكل دقة ووضوح إن لم يتم مقارنته ببعض التقنيات القانونية المشابهة له، ووضع حد فاصل بينه وبينها، مع تبيان اختلافه عنها؛ إلى جانب اختلافهم من حيث الدور الذي يناط بكل منهم؛ لذا كان لا بد من بحثها وبيان صلتها بمصطلح حق العدول عن العقد، وأوجه الاختلاف بينها وبينه. وتتمثل هذه الحالات في انحلال العقد (الفرع الأول)، وإبطال العقد (الفرع الثاني)، ثم مقارنة العدول عن العقد بالعقد الموقوف (الفرع الثالث)، وبعدها خيار المجلس (الفرع الرابع)، ثم مقارنته مع العدول عن الوعد بالتعاقد (الفرع الخامس) وفي الأخير بحث مقارنة العدول عن العقد مع بعض صور التراضي (الفرع السادس).

الفرع الأول: مقارنة العدول عن العقد ببعض حالات انحلال العقد

يري أغلب الفقه² أن انحلال العقد هو انقضاء التزامات المتعاقدين واعتباره كأن لم يكن، ويتم انحلال العقد إما بالفسخ (أولاً)، أو الانفساخ (ثانياً) أو بالتقاييل (ثالثاً)، أو بالإلغاء (رابعاً).
أولاً- علاقة العدول عن العقد بفسخ العقد³: حتى يمكن تحديد العلاقة بين العدول عن العقد وفسخه بكل دقة، يجب بحث حقيقة الفسخ حسب ما جاء به الفقه الإسلامي والفقه الوضعي (01)، ثم بحث أوجه الالتقاء بين العدول عن العقد والفسخ (02)، وبعدها بحث أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والفسخ (03).
01- حقيقة الفسخ: تبين حقيقة الشيء من خلال تعريفه، وقد عرف الفسخ بعدة تعريفات فقهية نذكر منها ما يلي:

¹ ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص.ص. 1749-1752.

² جلال على العدوي، المرجع السابق، ص. 231. وإسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق ص.ص. 122-123. ووليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص. 370. ومحمد حسين منصور، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 430.

³ الفسخ لغة: مصدر فسخ بمعنى نقض، ومنه فسخت البيع: أي نقضته، فانقضت، ويأتي بمعنى أزال. للتوسع أكثر يراجع: ابن منظور، لسان العرب مادة الفسخ، ج. 03، ص.ص. 44-45.

الفسخ هو : "جزاء لعدم قيام أحد المتعاقدين بما رتبته العقد في ذمته من التزامات"¹.

وعرفه جانب آخر من الفقه كما يلي: "رفع العقد الصحيح اللازم لجانب التعاقد نظراً لتعذر استثناء المعقود عليه، ويتم بالتراضي أو بحكم الشرع، أو بقضاء القاضي"². وعُرف كذلك كما يلي: "حل ارتباط العقد"³.

وفي هذا الصدد تجب الإشارة إلى أن استعمال لفظ "الحل" من طرف أغلب الفقه الإسلامي دليل على الدقة في اختيار الألفاظ التي توحى بالمعنى الخاص للفظ المقصود، وباستعمال لفظ "الحل" يتميز الفسخ عن المصطلحات التي قد تختلط به كالزوال، والانقضاء، والرجوع وغيرها⁴.

يقوم أساس الفسخ حسب رأي بعض الفقه الإسلامي على أساس "الشرط الفاسخ"، في حين يرى جانب آخر بأن أساس الفسخ هو "نظرية الظروف الطارئة" أو ما يعرف "بالجائحة"⁵، التي تقابل القوة القاهرة في الفقه الوضعي مستنديين في ذلك لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، يم تأخذ مال أخيك بغير حق"⁶.

ويرجع الفقه الوضعي أساس الفسخ لفكرة العدالة وفكرة الارتباط ونظرية السبب وفقاً لقاعدة تقابل الالتزامات⁷.

02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد وفسخ العقد: من خلال تعريف كل من العدول عن العقد وفسخه تتضح العلاقة بينها كما يلي: كل من العدول عن العقد والفسخ⁸ يلحقان العقد الصحيح المستكمل لأركانه وشروطه، ولا يردان إلا على العقد الملزم للجانبين، كما أن كل من العدول عن العقد وفسخه مقرران بنص

¹ - السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص.202.

² - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.404.

³ - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ط.01، ص.287. وابن نجيم الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ط.01، ص.292.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.99.

⁵ - المرجع نفسه، ص.100.

⁶ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساقاة والمزارعة، باب: وضع الجوائح، رقم الحديث: 1554، ص.680. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: وضع الجوائح، رقم الحديث: 4528، ص.613. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في وضع الجائحة، رقم الحديث: 3470، ص.440.

⁷ - السنهوري، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.206. وإسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني المرجع السابق، ص.101.

⁸ - حسب ما ورد بنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

قانوني¹، وكلاهما يلحقان العقد في مرحلة تنفيذه، كما لا ينتظر تحقيق مصلحة اقتصادية من وراء ممارسة كل من العدول عن العقد وفسخه².

وفي كل من فسخ العقد والعدول عنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل انعقاد العقد واعتباره كأن لم يكن أصلا، وتعتبر اعتبارات العدالة ومبدأ حسن النية السبب الرئيسي لتشريعهما.

03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والفسخ العقد: بعدما تم معرفة كل من معنى العدول والفسخ تظهر جليا أوجه الاختلاف بينهما كما يلي: يتميز العدول عن العقد بالصفة الانفرادية المحضة لإنهاء العقد دون تسبب أو تقادم أي تبرير من طرف من شرع العدول لأجله، أما دور المتعاقد في طلب فسخ العقد فيشترط فيه عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه³.

يتطلب ممارسة العدول عن العقد احترام المدة المحددة لذلك فقط، في حين يتطلب فسخ العقد توافر ثلاث شروط تتمثل في أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، وأن يقوم المتعاقد طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزامه أو مستعدا لذلك⁴، كما أن الأصل في الفسخ، أنه اتفاقي أو قضائي يمارس من طرف كلا المتعاقدين، أما العدول عن العقد فهو من حق المستهلك، ولا يحتاج لتدخل القاضي، وإذا كان العدول عن العقد يمارس خلال مدة زمنية محددة، وهي بمثابة مدة سقوط، فالأصل في الفسخ أنه يخضع لنظام التقادم وفقا للقواعد العامة طالما لم يرد نص خاص به، وهي نص المادة 308 من القانون المدني الجزائري.

ويرى البعض أن العدول أعم من الفسخ، إذ يمثل الفسخ صورة من صورته⁵، كما أن حكم القاضي في الفسخ يكون منشئا له، أما بالنسبة للعدول فإذا تم اللجوء للقضاء؛ فحكم القاضي يكون كاشفا له.

وإلى جانب ما سبق، فإن العدول عن العقد يخضع لقاعدة "الكل أو اللاشيء"، فلا يمكن للمستهلك أن يعدل عن جزء من الشيء محل العقد ويُبقي على الجزء الآخر، في حين يمكن أن يقع الفسخ على جزء من الشيء محل العقد ويُسبقي على الأجزاء الأخرى في حال قابلية هذا الأخير للتجزئة⁶، كما لا يحتاج المتعاقد الذي شرع العدول لمصلحته لحكم القاضي لممارسة حقه في العدول، في حين يتطلب إعمال الفسخ كقاعدة عامة اللجوء

¹ - حسب ما ورد بنص المادة 119 من القانون المدني الخاصة بالفسخ، والمادة 19 من قانون حماية المستهلك رقم 09-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

² - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.794.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.149.

⁴ - توفيق حسن فرج ومحمد يحي مطر، الأصول العامة للقانون، دار الجامعية، 1989، ص.537.

⁵ - فتح الله أكنم تفاحة، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.28.

⁶ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.796.

للقضاء الذي قد يكون كاشفاً أو منشئاً له¹، ويختلفان أيضاً من حيث التعويض، إذ المعروف عن العدول عن العقد أنه يتم بدون تعويض، أما الفسخ، فقد يكون معه التعويض.

وإذا كان أهم أثر يترتب على الفسخ هو حل الرابطة العقدية وإعادة الحال لما كان عليه قبل العقد إذا كان ممكناً، أو تعويض الطرف المتضرر²، وإن كان الفسخ في العقود الزمنية لا يكون له أثر رجعي³، فإن العدول عن العقد الأصل فيه أن يكون بأثر رجعي، كما لا يمكن الحديث عن العدول عن العقد في العقود الزمنية لتعلقه بمدة زمنية محددة تتصف بالقصر، وهذا لا يتناسب مع هذا النوع من العقود.

وما تجب الإشارة إليه، أن كلا من فقهاء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون الوضعي اتفقوا من حيث آثار الفسخ، إلا في حالتين: يرى الفقه الوضعي فيها أن أثر الفسخ يكون ذا أثر رجعي في جميع العقود، إلا العقود الزمنية التي يكون الأثر فيها في حينه، أما فقهاء الفقه الإسلامي فيروا أن الفسخ لا يكون ذا أثر رجعي في كل الحالات، وإنما يخضع لطبيعة العقد المفسوخ تحقيقاً للعدالة وملاسات كل عقد على حدة، أما الحالة الثانية فتتمثل في تأسيس الفقه الوضعي للفسخ بناء على تقابل الالتزامات، أما الفقه الإسلامي فيضيق من نطاق الفسخ ويجعل أساسه في العدالة والسلطة التقديرية للقاضي⁴. ويؤكد هذا الرأي جانب آخر من الفقه بقوله: "ليس للرجوع في حالة عدم لزوم العقد لأحد العاقدين دون الآخر أثر رجعي، فإذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقد انفسخ العقد من وقت رجوعه وبقيت آثار العقد إلى وقت الرجوع قائمة"⁵.

وإضافة لما تم بيانه، فإن فقهاء الفقه الإسلامي يستعملوا الفسخ بمعنى الرجوع أحياناً ومعناه رد الشيء واسترداد ما يقابله⁶، واستعمال لفظ الفسخ عندهم بمعنى الرجوع يبدو واضحاً عند كلامهم عن الرجوع في عقد

¹ - السنهوري، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص. 207-208. وقد بينت التشريعات ذلك، فقد نص المشرع الجزائري على ذلك بنص المادة 119 من القانون المدني يقابلها نص المادة 158 من القانون المدني المصري، والمادة 212 من القانون المدني الكويتي.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 106.

³ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج. 01، ص. 695. وأحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ج. 02، و.ج. 03، ص. 716.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 112.

⁵ - أنس عبد الواحد، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 50. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي منشورات محمد الدايدة، لبنان، ج. 04، ص. 198. وهو الرأي نفسه، لذي جاء به جانب آخر من الفقه إذ يرى أن الواهب لا يملك الزوائد المنفصلة برجوعه ومقتضى ذلك أن الرجوع ليس له أثر رجعي أما الفسخ فله أثر رجعي. للتوسع أكثر يراجع: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، لبنان، ج. 02، ط. 02، ص. 236.

⁶ - الزركشي أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بحدار بن عبد الله الشافعي، المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، ط. 02، ص. 48.

الشركة، حسب رأي الفقه الحنفي¹، والشافعي²، والحنبلي³. أما المالكية فقد استعملوا لفظ الانفصال للتعبير عن العدول مثل من ينفصل عن شريكه⁴.

ومن جهة أخرى يرى بعض الفقه⁵ أن الفرق بين الرجوع والفسخ يختلف من حيث محل كل منهما، إذ الفسخ محله العقود اللازمة، في حين الرجوع محله العقود غير اللازمة.

كما تختلف الغاية من العدول عن العقد عن الغاية من فسخه، فالغاية من العدول حماية مصالح طرف منحه التشريع أحقية ذلك حماية له من تسرعه في إبرامه للعقد؛ ربما لا يحقق له أي منفعة، بل وقد يجلب له مهلكة. أما الغاية من الفسخ فهي جزاء أساسه خطأ المدين، والمتمثل في إخلاله بالتزاماته الناشئة عن العقد. وهذا ما يؤكده بعض الفقه؛ فالغاية من الرجوع، ليست جزاء يوقع على الراجع، وإنما هو حق قرره له الشرع لاعتبارات خاصة، مما يستدعي التمييز بين الرجوع والفسخ، هذا إلى جانب اختلاف محل كل منهما، فالرجوع محله العقود غير اللازمة، أما الفسخ فلا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، وبالتالي لا يتصور أن تكون العقود غير اللازمة محلاً للفسخ⁶.

بعد ما تم توضيح كل من معنى العدول عن العقد وفسخ العقد وتبيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينها، وبالرغم من وجود نقاط مشتركة بين المصطلحين، وأن بعض الفقه يطلق أحدهما على الآخر لتقاربهما من حيث الآثار⁷، إلا أنه يتضح اختلاف المقصود من وراء كل منهما، ففسخ العقد يشترط ضرورة وقوع خطأ من الطرف الآخر لممارسته. أما العدول عن العقد يستعمله من شرع لأجله بدون تقديم تبرير، وبهذا لا يمكن للفسخ أن يغني عن العدول عن العقد. كما أن مفهوم العدول عن العقد وفقاً لما جاء به بعض فقهاء الفقه الإسلامي أوسع من الفسخ، وأن الفسخ صورة من صور الرجوع عن العقد بمعنى الفسخ هو رجوع⁸، وأن العلاقة بينهما هي من قبيل "التباين الجزئي"، إذ بينهما عموم وخصوص، فهما يلتقيان في التصرف الذي يعتبر فسخاً ولا يلتقيان في

1- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج.06، ص.77.

2- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ج.04، ط.02، ص.283.

3- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج.03، ط.01، ص.506.

4- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل، دار الفكر، لبنان، ج.05، ط.02، ص.122.

5- أنس عبد الواحد، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.50.

6- حجازي مصطفى أحمد عبد الجواد، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه الإسلامي، وبعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ط.01، ص.32-33. وعمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.796.

7- فتح الله أكنم تفاع، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.28.

8- للاستفادة أكثر حول الموضوع يراجع: رسالة فتح الله أكنم تفاع، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق إذ اعتبر فيها الرجوع عن العقد بمثابة فسخ والتي تبقى وجهة نظر المؤلف.

التصرف الذي لا يعتبر فسخاً، وعليه فكل رجوع فسخ وليس كل فسخ رجوع¹. إلا أن هذا لا يعني أن اللفظين لا يختلفان في المبنى والمعنى المقصود منها، وإنما الفرق بينهما واضح من خلال ما سبق ذكره، إذ لا يمنع الاعتماد على الفسخ إذا توافرت شروط استعمال المتعاقد حقه في العدول والرجوع عن العقد، وفي كل هذا حماية ودعم للمتعاقد الذي يحتاج كل يوم لدعائم قانونية تعزز مكانته أمام قوة ومعرفة الطرف الآخر.

ثانياً- علاقة العدول عن العقد بانفساخ العقد: حتى يمكن تحديد العلاقة بين العدول عن العقد وانفساخه بكل دقة، يجب معرفة معنى انفساخ العقد حسب ما جاء به الفقه الإسلامي والفقه الوضعي (01)، ثم بحث أوجه التشابه بين العدول عن العقد وانفساخ العقد (02)، وفي الأخير بحث أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وانفساخ العقد (03).

01- تعريف انفساخ العقد: انفساخ العقد هو انقضاء التزام المدين لاستحالة تنفيذه بالسبب الأجنبي، مما يؤدي لانحلال العقد بحكم القانون دون حاجة للجوء للقضاء²، وفقاً لما ورد بنص المادة 121 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"³. وهي المادة التي يستخلص من خلالها شروط الانفساخ والمتمثلة في كون استحالة المطلقة للتنفيذ، وأن تكون لاحقة لإبرام العقد، وذات مصدر أجنبي خارج عن نطاق طرفي العقد⁴.

02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد وانفساخ العقد: تتمثل أوجه التشابه بينهما فيما يلي: كلا النظامين يلحقان بالعقد في مرحلة التنفيذ، كما أن كل من العدول عن العقد وانفساخه، يعدان من النظام العام، كلا النظامين يقومان على النص القانوني ولا يخضعان لاتفاق الطرفين، كما يشتركان في عدم الحاجة لإعذار الطرف الآخر، ولا للجوء القبلي للقضاء، وإنما يحتجان للتدخل البعدي للقضاء في حال قيام نزاع بين الطرفين، أو في حال حدوث تعسف، وفي هذه الحالة؛ فإن حكم القاضي يكون حكماً مقررراً لا منشئاً، ويترتب عن كل من العدول عن العقد وانفساخه زوال العقد واعتباره كأن لم يكن، وفي كلا النظامين لا يشترط احلال المتعاقد الآخر بالتزاماته، كما لا مجال للتعويض في كليهما.

03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وانفساخ العقد: تتمثل أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي: لا يحتاج من شَرَّع العدول لمصلحته تقديم تبرير أو سبب إقدامه على العدول عن العقد، أمّا بالنسبة للانفساخ العقد

¹ - فتح الله أكنم تفاحة، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.28.

² - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.551.

³ - تقابلها المادة 159 من القانون المصري المعنى نفسه.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ط.03، ص.ص.466-468. ورمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص.300-301. ووليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.463.

فيجب توفر الشروط التالية: أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بسبب خارج عن إرادة المدين، وأن تقع الاستحالة بعد إبرام العقد، وأن تكون الاستحالة مطلقة وليس جزئية¹، ويعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل العقد؛ في حال عدول عن العقد، أما بالنسبة للانفساخ العقد فلا يمكن الكلام عن إعادة الحال لما كان عليه قبل انعقاد العقد لاستحالة ذلك، إلا أنه في حال الاستحالة الجزئية، يستمر العقد في الجزء الباقي، أما بالنسبة للعدول عن العقد، فلا يمكن العدول عن جزء من محل العقد فقط.

وإذا كان العدول عن العقد يُمارس خلال مهلة زمنية محددة قانونًا، فإن انفساخ العقد يرتبط بالقوة القاهرة التي تحول دون تنفيذ العقد خلال فترة تنفيذه التي قد تطول أو تقصر حسب نوعية العقد، ويرتبط العدول عن العقد بالعقود الفورية، في حين يرتبط انفساخ العقد بالعقود الزمنية أو العقود الفورية المتراخية التنفيذ.

ثانياً- علاقة العدول عن العقد بالتقاييل: سيتم تعريف الإقالة (01)، ثم بحث أوجه التشابه بين الإقالة والعدول عن العقد (02)، وبعدها التطرق لتبيان أوجه الاختلاف بين الإقالة والعدول عن العقد (03).

01- تعريف الإقالة: الإقالة لغة هي: "الرفع والإزالة"، ومن ذلك قولهم: أقال الله عثرته إذا رفعه من السقوط². وعرف بعض فقهاء الفقه القانوني التقاييل (الإقالة) كما يلي: "اتفاق العاقدين أو من يقوم مقامهما على رفع حكم العقد القابل لذلك بشروط مخصوصة"³.

وعرفت كذلك: "اتفاق أطراف العقد على إنهائه، ويتم هذا التقاييل بإيجاب وقبول بطريقة صريحة أو ضمنية، ويلاحظ أن هذا التقاييل لا يكون له أثر رجعي"⁴.

فيما عرفتها مجلة الأحكام العدلية 1 بنص المادة 190 كما يلي: "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها". ومن التشريعات التي تناولت الإقالة في نصوصها، التي تأثرت بالشرعة الإسلامية والفقه الإسلامي، ومنها التشريع الأردني فتناولها بنص المادة 142 من القانون المدني الأردني كما يلي: "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده" وهو النص نفسه الذي جاءت به المادة 107 من القانون الفلسطيني، أما بالنسبة للتشريع العراقي فقد تناولها بنص المادة 181 من القانون المدني العراقي كما يلي: "للعاقدين أن يتقايلا برضاها بعد انعقاده".

ومن التشريعات التي لم تتناول الإقالة في نصوصها، التشريع الجزائري والتشريع المصري والتشريع الفرنسي إلا بكونها اتفاق كسائر الاتفاقات في ظل القواعد العامة في الاتفاقات والعقود⁵، وبهذا فما يستطيع توافق

¹ - محمد حسين منصور، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 464-465. وعلي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق ط. 03، ص. 466-467.

² - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج. 11، ص. 579.

³ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 125.

⁴ - مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص. 240.

⁵ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 06، ص. 172.

الإرادتين أن تفعله يمكنها أن تزيله وتنقضه¹، وهو ما يتضح من نص المادة 106 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". ويفهم من خلال نص هذه المادة جواز حل الرابطة العقدية بالاتفاق، وهو ما يعرف بالتقاييل عند فقهاء الفقه الإسلامي.

أما عن تكييف الإقالة، فقد ذهب أنصار المذهب المالكي لاعتبار الإقالة بيع ثان، لأنه نقل للملك بعوض على وجه التراضي²، ومن المذهب الحنفي من رأى أن الإقالة بيع جديد في حق المتعاقدين وغيرهما، إلا أنه تعذر جعلها بيعاً فتجعل فسخاً³، كما اعتبرت الإقالة عقداً جديداً يتفق فيه على ما يناقض العقد الأول⁴، ومن الفقه من اعتبر الإقالة فسخاً⁵.

أما بالنسبة للتشريعات التي نصت على الإقالة في قوانينها، ومنها التشريع الأردني فقد اعتبر الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد حسب ما ورد بنص المادة 243 من القانون المدني الأردني، وهو المعنى نفسه الذي اعتمده التشريع العراقي بنص المادة 183 من القانون المدني العراقي.

02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والإقالة: تتمثل أوجه التشابه بينهما فيما يلي: يشترك العدول عن العقد مع الإقالة في مجال إعمال كل منهما، وهي مرحلة تنفيذ العقد، كما لا يلزم كل من له الحق في ممارستها بتقديم مبررات لذلك، مع الاستغناء عن دور القاضي في إنشائها أو تقريرهما⁶، ويشتركان معا أيضاً من حيث دورهما في حماية عنصر الرضا، ومنح فرصة الاختيار للمتعاقد بالرجوع عن العقد الذي أبرمه عند الندم.

ففي كلا الحالتين يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وهذا بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بالفقه الإسلامي (خاصة العراقي والكويتي والأردني)، كما أنه إذا كان يشترط بقاء الشيء محل العقد في العقد الذي تلحقه الإقالة، وإلا بطلت الإقالة⁷، فالأمر كذلك بالنسبة للعدول عن العقد، فإذا هلك الشيء محل العقد فلا مجال للحديث عن إمكانية الاستفادة من العدول عن العقد لمن شرع لأجله.

وإذا كان العدول عن العقد- في قوانين الاستهلاك خاصة- شرع لمنح المتعاقد المحتاح للعدول عن العقد بسبب عدم تريثه وتدبره لما هو مقدم عليه، ممّا يسبب له الندم على تسرعه في حال عدم مناسبة محل العقد

¹ - وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.397.

² - ابن قدامة المقدسي الجماعلي، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983، ط.04، ص.25.

³ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، سوريا، 1985، ج.04، ص.715.

⁴ - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974، ص.612. ومحمد حسين منصور، نظرية الالتزام المرجع السابق، ص.433.

⁵ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.06، ص.177.

⁶ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.790.

⁷ - وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.393.

لمتطلباته، فكذلك الحال بالنسبة للإقالة، فقد شرعت للسبب نفسه - ندم المتعاقد - وفقا لما ورد عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ أَقَالَ نَادِمًا أَقَالَهُ اللَّهُ نَفْسَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"¹.

03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والإقالة: تتمثل أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والإقالة فيما يلي: العدول عن العقد هو تصرف بإرادة منفردة خاص بأحد طرفي العقد أو كليهما في ظل القواعد العامة والفقهاء الإسلامي، في حين حصرته قواعد الاستهلاك في صفة المستهلك، أما الإقالة فلا تتم إلا برضا الطرفين. وإذا كان للعدول عن العقد نطاقا يمارس فيه ولا يمكن تجاوزه، فإنه يشمل العديد من العقود، فإن الإقالة حسب أغلب الفقهاء²، خاصة بعقد البيع فقط، ودليل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ أَقَالَ مسلما بَيْعَتُهُ، أَقَالَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَثْرَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"³، كما أن الأصل في الإقالة أنها تتم برضا الطرفين، فالتصرف الذي يتم فيه الرجوع في الهبة بين الواهب والموهوب له بالتراضي يعتبر إقالة، أما الرجوع في الهبة بدون موافقة الموهوب له فهو تصرف بإرادة منفردة⁴.

ويرى الفقه الغربي والتشريعات التي لم تأخذ بالإقالة صراحة، أن الإقالة ليس لها أثر رجعي، لأن الملكية تعود إلى البائع بعقد جديد، وبما أنها عقد يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون للإقالة أثر رجعي؛ وهنا تقترب من الفسخ الاتفاقي⁵ في حين أن العدول عن العقد له أثر رجعي، ويعد أهم فرق بين العدول عن العقد والإقالة أن للعدول أجلا يمارس خلاله، أما الإقالة فغير محددة بأجل.

بعد ما تم تحديد كل من معنى العدول عن العقد والإقالة، وتبيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينها وبالرغم من وجود نقاط مشتركة بين المصطلحين، إلا أن اختلاف المقصود من وراء تشريع كل منهما واضح فالإقالة تتطلب ضرورة موافقة كلا الطرفين، فضلا على أن أغلب الفقهاء يرى أنها تتعلق بعقد البيع فقط وفقا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتُهُ، أَقَالَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَثْرَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ" السابق ذكره. كما أن الإقالة لم تنص عليها أغلب التشريعات الوضعية إلا تلك التي تأثرت بالفقه الإسلامي كالتشريع الأردني والعراقي، في حين نجد أن العدول عن العقد يشمل نطاقا أوسع منها، شريطة احترام المدة المخصصة لذلك خاصة فيما يتعلق بالمفهوم الذي جاء به الفقه والتشريع الوضعي المتعلق بقوانين الاستهلاك.

¹ - رواه البيهقي في السنن، كتاب: السنن الكبرى، باب من أقال مسلم إليه بعض السلم وقبض، رقم الحديث: 11242، ص. 405.

² - أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ج. 02، وج. 03، ص. 719-720.

³ - رواه ابن ماجه في السنن، كتاب: التجارات، باب: الإقالة، رقم الحديث: 2199، ص. 392. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في فضل الإقالة، رقم الحديث: 3460، ص. 439.

⁴ - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص. 612.

⁵ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 06، ص. 174-180. وعبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص. 612.

أما فيما يتعلق بالفقه الإسلامي، فيتضح جليا بأنه لو كانت للإقالة المعنى نفسه مع المفهوم الذي يعنيه الرجوع عن العقد، لما تم تناوله بتلك الأهمية خاصة فيما يتعلق بالعقود والتصرفات المالية التي تعتبر عصب المعاملات اليومية للأفراد والدول، خاصة وأن المعروف على فقهاء الفقه الإسلامي الوضوح والدقة في اختيار الألفاظ وتحديد معانيها. وبهذا يبدو أن العلاقة بينهما هي من قبيل "التباين المنفصل"¹ الذي تتعدد ألفاظه وتعدد معانيه، ولكنها لا تجتمع في معنى واحد، وبهذا فالمصطلحان يختلفان في اللفظ والمعنى والمقصود منهما، ولا يمكن لأي منهما أن يغني عن الآخر، كما لا يجمع اللجوء لأحدهما اللجوء للآخر، وفي كل هذا حماية ودعم للمتعاقد الذي يحتاج كل يوم لضمانات تعزز مكانته أمام قوة ومعرفة الطرف الآخر.

ثالثا- علاقة العدول عن العقد بإلغاء العقد بالإرادة المنفردة²: تجيز التشريعات في بعض العقود لكلا الطرفين إلغاء العقد كما هو الحال في الوكالة والعارية والوديعة، ويقتصر أحيانا أخرى الإلغاء في بعض العقود على أحد الطرفين فقط، ومنها عقد الكفالة، والرهن، والقرض، ولإيجاد العلاقة بين العدول عن العقد وإلغائه يجب تحديد المقصود بإلغاء العقد (01)، ثم بيان أوجه التشابه بين العدول عن العقد وإلغائه (02)، وأخيرا بحث أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وإلغائه (03).

1- تعريف إلغاء العقد³: "إلغاء العقد هو تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه بالنسبة للمستقبل فقط إنهاء العقد القابل لذلك بناء على نص قانوني أو اتفاق المتعاقدين"⁴.

وعرفه جانب آخر من الفقه كما يلي: "هو تصرف قانوني منفرد الإرادة يؤدي إلى حل الرّباط التعاقدية بالنسبة للمستقبل دون أن ينسحب ذلك على الماضي، ولا يكون إلا في الحالات التي نص عليها القانون"⁵.

02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد وإلغاء العقد: من خلال تعريف مصطلحي العدول عن العقد وإلغائه بالإرادة المنفردة، يبدو تماس العدول عن العقد مع الإلغاء لدرجة أن بعض الفقه الإسلامي لا يفرق بين

¹ - المتباين هو ما تتعدد ألفاظه ومعانيه بأن يكون لكل لفظ معنى، فإن لم يكن اجتماع هذه المعاني سمي بالمتباين المنفصل مثل الفرس والإنسان، وإن أمكن اجتماعهما سمي بالمتباين المتصل، كناطق وفصيح. يراجع: فتح الله أكنم تفاحة، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي المرجع السابق، ص.38.

² - إذا كان بعض الفقه يرى أن الإلغاء إنهاء، فإن ما يبدو أن هذا الأخير يكون عند إخلال أحد الطرفين بالتزامه، ويكون ذلك عن طريق القضاء، أما الإلغاء فهو رخصة شرعت لأحد المتعاقدين أو كلاهما ودون اللجوء للقضاء. يراجع: وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.954.

³ - الإلغاء لغة هو مصدر للفعل الرباعي ألغى، ويطلق على عدة معاني منها الإبطال والإسقاط والإزالة والفسخ، يقال ألغيت الشيء أي أبطلته وفسخته وأزلته. يراجع: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص.250.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.142.

⁵ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.798. ومن أمثلة العقود التي تتعرض للإلغاء، وعقد الوكالة، العارية والوديعة، المقاوله، القرض.

العدول عن العقد - الرجوع عن العقد - وإلغاء العقد¹، وفي توضيح لهذا المعنى يرى جانب من الفقه أن لفظ "الإلغاء" يشمل عدة صور من انحلال العقد وزواله، وبهذا يمكن أن نميز داخل هذا التعبير طريقتين رئيسيتين لحل العقد، تتم الأولى بأثر رجعي، وهنا يكون التصرف القانوني قريب من الرجوع عن العقد، بل ويختلط به إن لم يكن كذلك. أما إذا اقتصر انحلال العقد على المستقبل دون المساس بالماضي؛ فإذا تم انحلال العقد بعد البدء في التنفيذ فهنا يتعلق الأمر بإنهاء العقد وليس رجوع بالمعنى الدقيق، أما إذا تم انحلال العقد قبل البدء في التنفيذ، فهنا يتعلق الأمر بالرجوع عن العقد²، وتتمثل أوجه التشابه بين العدول عن العقد وإلغائه فيما يلي: يعتبر كل من العدول عن العقد وإلغائه تصرف يتم بإرادة منفردة لا يتوقف على إرادة الطرف الآخر، ودون تبرير أو لجوء للقضاء، كما يعتبر كل منهما صورة من صور إنهاء العقد³، يتعلق كل من العدول عن العقد وإلغائه بعقد صحيح، ويمارس من طرف من شرع له بدون تقديم مبررات⁴.

يتحدد نطاق كل منها بمجال محدد من العقود، كالعقود المستمرة بالنسبة للإلغاء، والعقود غير اللازمة (الجائزة) والعقود اللازمة المقترنة بخيار بالنسبة للرجوع⁵، ويتم ممارسة كل من العدول عن العقد أو إلغاء العقد بناء على النص القانوني⁶، كما يترتب على كلا النظامين القانونيين وصم العقد بالشك والريبة وعدم اليقين والتأكد من تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد⁷.

03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وإلغاء العقد: تتمثل أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي: العدول عن العقد يرد على العقود اللازمة، أما الإلغاء فيرد على العقود غير اللازمة⁸، كما أن للعدول عن العقد أثر رجعي يعاد فيه المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل العقد، أما إلغاء العقد فبخلاف ذلك فهو ينسحب على المستقبل فقط⁹.

¹ - فتح الله أكثم تفاعحة، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.38. وإسماعيل شاهين عبد النبي، المرجع السابق، ص.14. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.151.

² - المرجع نفسه، ص.ص.151-152.

³ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.797. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق ص.151.

⁴ - خالد وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.954.

⁵ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.143.

⁶ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.798.

⁷ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.152.

⁸ - وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.955.

⁹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.145.

يشمل الإلغاء العقود المستمرة حتى لا تتصف بالأبدية، وبالنسبة للعقود الفورية فيشمل العقود التي يبدأ في تنفيذها كعقد الوكالة ويقتصر الإلغاء على المستقبل فقط¹، وإذا كان العدول عن العقد يمارس بشكل مطلق من طرف من شرع لمصلحته، فإنه يوجد حالات يمنع فيها الإلغاء، بالرغم من حق المتعاقد فيه، مثل بعض حالات الوكالة، والظروف الطارئة، ووفقا لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"².

بعد ما تم تحديد كل من معنى العدول عن العقد وإلغاءه وتبيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينها يظهر أنه بالرغم من وجود نقاط مشتركة بين المصطلحين إلا أن مقصود كل واحد منهما يختلف عن الآخر ويظهر ذلك من نوعية العقود التي يردان عليها، إذ الأصل في الإلغاء أنه يلحق العقود المستمرة، في حين أن العدول عن العقد كأصل عام يرد على كل العقود شريطة احترام المدة المخصصة لذلك خاصة فيما يتعلق بالمفهوم الذي جاء به الفقه والتشريع الوضعي المتعلق بقوانين الاستهلاك. أما فيما يتعلق بما جاء به فقهاء الفقه الإسلامي فيبدو أنهم اعتبروا كلا من العدول عن العقد - الرجوع عن العقد - وإلغاء العقد شيئا واحدا حيث بين بعض الفقه أن العلاقة بينهما هي من قبيل "التباين المتصل"، الذي تتعدد ألفاظه وتعدد معانيه، كما يمكن اجتماع هذه الألفاظ في معنى واحد، وعليه فكل ما كان رجوع هو إلغاء والعكس صحيح³.

إلا أن ما يبدو، ومن خلال نقاط الاختلاف بين المصطلحين، يتضح أن المصطلحين من قبيل "التباين المنفصل"، خاصة وأن المقصود من وراء العدول عن العقد وفقا لما جاءت به قوانين الاستهلاك يختلف تماما عن المقصود من الإلغاء، وإلا فما الفائدة من إعادة النص على المقصود نفسه بلفظ مغاير، خاصة وأن اللغة القانونية لا تقبل التكرار.

الفرع الثاني: مقارنة العدول عن العقد بحالات بطلان العقد:

يتمثل البطلان في الجزء الذي يفرضه القانون على اختلال ركن من الأركان أو أحد شروطها وهو نوعان، العقد الباطل بطلانا مطلقا (أولا)، والعقد القابل للإبطال (ثانيا).

أولا- علاقة العدول عن العقد بالعقد الباطل بطلانا مطلقا: يتم من خلال هذا العنوان تعريف العقد الباطل بطلانا مطلقا (01)، وبعدها بحث أوجه التشابه بينهما (02)، وأوجه الاختلاف بينهما (03).

01- تعريف العقد الباطل بطلانا مطلقا: العقد الباطل بطلانا مطلقا هو العقد الذي يتخلف عند انعقاده أحد أو كل الأركان اللازمة لانعقاده، سواء تعلق الأمر بركن الشكل الذي يتوقف على النص القانوني⁴ أو تعلق الأمر

¹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.797. وفي حال الرجوع بأثر رجعي، فالأمر يتعلق بالرجوع في التعاقد بالحالة التي تتطلبها حماية المستهلك. يراجع: ص.797.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.255.

³ - فتح الله أكنم تفاع، نظرية الرجوع في العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.38.

⁴ - وقد يرجع البطلان الموضوعي أيضا للنص القانوني حسب رغبة المشرع مثل بطلان بيع ملك الغير وبطلان تصرفات السفينة قبل تسجيل قرار الحجر. يراجع: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.65.

بالجانب الموضوعي بتخلف كل من ركن التراضي، أو المحل، أو السبب، أو الشروط التي تتطلب تحقق هذه الأركان باستثناء شروط التراضي، والبطلان في هذه الحالة؛ إما تقتضيه طبيعة الأشياء وإما يملية القانون حماية للمصلحة العامة¹.

02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعقد الباطل بطلانا مطلقا: تتمثل أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعقد الباطل بطلانا مطلقا فيما يلي: كل من البطلان المطلق والعدول عن العقد يجعلان من العقد وكأنه لم يكن، ولا يحتاجان لإصدار حكم بشأنهما²، ويعتبر كلاهما من النظام العام.

03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد الباطل بطلانا مطلقا: تتمثل أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي: البطلان هو جزء عدم استكمال العقد لأركانه، يترتب نتيجة خلل يلحق تكوين العقد، فهو لا يرد على عقد صحيح، وإنما هو وصف للعقد منعدم قانونا، ولا ترتب عليه أي آثار، ولا حاجة لتقرير بطلانه، أما العدول عن العقد فيلحق عقدا تاما مستكمل لأركانه واجب التنفيذ، إلا أنه؛ ولضرورة استلزامته، شرعته التشريعات التي أخذت به، وقبل هذا جاء به فقهاء الفقه الإسلامي سواء بالنظر لطبيعة العقد أو إذا لحق العقد خيار³، يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد، بخلاف العدول عن العقد الذي لا يستفيد منه إلا من شرع لمصلحته.

لا يمكن تجزئة العقد أو تحويله بالنسبة للعدول عن العقد، وهذا ما يميز حقيقته وجوهره. فالعدول عن العقد يشمل خيارات محددة، تتمثل رد السلعة واسترداد الثمن، ولا يتعدى ذلك لاستبدال الشيء محل العقد أو العدول عن جزء معين من محل العقد والإبقاء على الجزء الآخر⁴، في حين يمكن ذلك في حال بطلان العقد بطلانا مطلقا فيمكن تجزئته أو تحويله⁵، وهذا ما ورد بنص المادتين 104 و105⁶ من القانون المدني، كما يتحصن العقد من البطلان المطلق بمرور بمدة زمنية طويلة المدى وفقا لما ورد بنص المادة 102 من القانون المدني

¹ - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص.387. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.65.

² - وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.945. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.82.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.145.

⁴ - أحمد السعيد الزقود، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 03، السنة 19، 1999 ص.213.

⁵ - وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.946.

⁶ - تقابلها المادة 140 من القانون المدني العراقي، وللإشارة فإن التشريع العراقي لا يأخذ بالتقسيم الثنائي لبطلان العقد وإنما بالبطلان على درجة واحدة وهو البطلان المطلق لتأثره بما جاء به الفقه الإسلامي، أما حالات البطلان الأخرى فيعتبر العقد فيها صحيحا ولكنه موقوف النفاذ. للتوسع أكثر يراجع: وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.945.

في حين أن العدول عن العقد محدد بمدة زمنية قصيرة المدى وبانقضائها لا يملك من شُرْع العدول لمصلحته سوى إمضاء العقد، أو إيجاد سبب ومبرر آخر لإنهاء العقد.

ثانياً- علاقة العدول عن العقد بالعقد القابل للإبطال: يمثل العقد القابل للإبطال حالة قانونية معروفة في القانون الوضعي يتميز بخصائص ومميزات تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية المعروفة في القانون الوضعي، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال تعريفه وتبيان حقيقته حتى يتم مقارنته بالعدول عن العقد (01)، وبعدها بحث أوجه التشابه بينه وبين العدول عن العقد (02) ثم أوجه الاختلاف بينهما (03).

01- تعريف العقد القابل للإبطال: يعتبر العقد قابلاً للإبطال إذا اختل فيه شرط من شروط صحة التراضي، أو إذا نص القانون على ذلك. ويعتبر أحد قسمي العقد غير الصحيح ولكنه ينتج جميع آثاره القانونية إلى حين إبطاله ممن أراد المشرع حمايته، ويهدف المشرع من خلاله تقديم حماية خاصة للمتعاقد الذي يقدم على التعاقد دون تقدير لأهمية التصرفات المقبل عليه، أو لحمايته من خطر وقوعه في أحد عيوب الإرادة كالغلط والتدليس¹. وتجدر الإشارة إلى أن العقد القابل للإبطال يمر بمرحلتين: يكون في الأولى موجوداً ومنتجاً لآثاره، وفي الثانية تأتي بعد تحديد مصيره إما بإجازته من طرف من شُرْع الإبطال لمصلحته، أو إذا طُلب إبطاله فيزول بأثر رجعي².

02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعقد القابل للإبطال: من خلال تعريف كل من مصطلحي العدول عن العقد والعقد القابل للإبطال يتضح أن أوجه التشابه بينهما تتمثل فيما يلي: رضا المتعاقد هو محل الحماية الذي من أجله شُرْع إبطال العقد والعدول عنه، كما يحق لمن تقرر البطلان أو العدول عن العقد لمصلحته الاستمرار في العقد أو إنجائه³، كما يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وبأثر رجعي، كما أنه في كل من العدول عن العقد والعقد القابل للإبطال يملك الطرف الذي شُرْع العدول أو البطلان لمصلحته القيام بذلك خلال مدة معينة⁴.

03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعقد القابل للإبطال: بالرغم من وجود أوجه التشابه بين المصطلحين إلى حد ما، إلا أنّ هذا لا يمنع من وجود اختلاف بينهما، ويتمثل ذلك فيما يلي: العدول عن العقد يرد على عقد صحيح تام ونافذ، أما الإبطال، فيلحق العقد غير الصحيح بسبب اختلال شرط من شروط صحة

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، لبنان، 1987، ط.04، ص.465. وعبد المنعم فوج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص.387-389.

² - المرجع نفسه، ص.391.

³ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.785.

⁴ - نص المشرع الجزائري على أحقية الطرف الذي شرع الإبطال لمصلحته بنص المادة 101 التي جاء فيها: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حال نقص الأهلية..."، والحال نفسه بالنسبة للعدول عن العقد فقد قيدت ممارسته من طرف صاحبه بمدة محددة اختلفت فيها التشريعات المقارنة.

التراضي، أو إذا نص القانون على ذلك¹، وأن نطاق العقد القابل للإبطال أوسع من نطاق العدول عن العقد؛ إذ يشمل كل العقود، بخلاف العدول عن العقد الذي يرد على عقود محددة.

ولا يمكن تجزئة العقد أو تحويله بالنسبة للعدول عنه، في حين يمكن ذلك في حال قابلية العقد للإبطال فهو يقبل تجزئة العقد أو تحويله²، وهذا ما ورد بنص المادتين 104 و105 من القانون المدني، كما أن مجال الحماية بالنسبة للعدول عن العقد يتعلق بحماية المتعاقد من ضعفه الشخصي المتمثل في الضعف التقني والعلمي والفني، أمّا بالنسبة لمجال الحماية بالنسبة لقابلية العقد للإبطال، فهو يتعلق بحماية المتعاقد من سلوك المتعاقد الآخر، فيما يتعلق بعيوب الإرادة، ما عدا عيب الغلط أو لنقص في أهليته³، إلى جانب حالات خاصة قررها القانون تتمثل في التصرفات القانونية التي تتم بغير إذن المالك، أو تلك التي لا تحترم فيها إرادة من يهيمه الأمر كإرادة الوكيل الذي تجاوز حدود وكرالته⁴.

وإذا كان يمكن لمن شرع العدول لمصلحته أن ينهي العقد بإرادته المنفردة خلال المهلة المحددة لذلك، دون أن يتطلب ذلك استصدار حكم من المحكمة فالأمر خلاف ذلك حال إبطال العقد، حيث يجب على من شرع الإبطال لمصلحته استصدار حكما من المحكمة لتقرير ذلك.

وإن كان العنصر المراد حمايته من خلال قابلية العقد للإبطال أو العدول عن العقد هو حماية رضا المتعاقد، إلا أنّ هناك اختلاف بينهما من حيث كون الرضا المراد حمايته في الحالة الأولى، هو فعلا رضا غير مكتمل بسبب عيوب الإرادة أو نقص الأهلية وعوارضها، أمّا الحماية المقصودة من العدول عن العقد، فهي حماية رضا المتعاقد من تسرعه واندفاعه لإبرام عقد يكشف بعدها عدم حاجته إليه⁵، كما يمكن لمن شرع الإبطال لمصلحته أن يميز العقد قبل انتهاء المدة المقررة لذلك، فيصبح بذلك عقدا مستقرا، لأنه مقرر لحماية مصلحة خاصة، أمّا في حال العدول فلا يمكن لمن شرع العدول لمصلحته أن يتنازل عنه، لأنه من النظام العام.

بالنظر لما سبق ذكره، يتضح أنّ هناك تقارب بين النظامين من حيث التوقيت والوجود القانوني، والنطاق الضيق من حيث الفئة المعنية بممارسته، إلا أنّ هذا التقارب لا يعني أنّ للمصطلحين المعنى والدور نفسه، والدليل

¹ - يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن اعتبار العقد القابل للإبطال يكون له وجودا قانونيا وينتج آثاره كأني عقد صحيح، ولكن يمكن للمتعاقد الذي عُييت إرادته أو كان ناقص الأهلية أن يبطله. يراجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص. 423-424. وعبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص.ص. 387-389.

² - وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص. 946.

³ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 786. والسنهوري، نظرية العقد، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 1998 ج. 02، ط. 02، ص.ص. 610-611.

⁴ - عبد القادر عرعاري، نظرية العقد (مصادر الالتزام)، دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في القانون رقم 08-31 والقانون المتعلق بحماية المستهلك، والقانون رقم 05-53 المتعلق بتبادل المعطيات القانونية بشكل إلكتروني، والقانون رقم 09-24 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات، دار الأمان، المغرب، 2014، الكتاب 02، ط. 04، ص.ص. 291-292.

⁵ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 786.

أن قابلية العقد للإبطال جاءت به القواعد العامة منذ تقنين نابليون سنة 1804، وبالرغم من ذلك اضطرت التشريعات الحديثة لتشريع العدول عن العقد بسبب التغيرات الطارئة على المجتمعات، وبهذا يمكن القول إن العلاقة بين المصطلحين هي علاقة تكامل لارتباط كل منهما بعنصر الرضا، فإبطال العقد يحمي المتعاقد من تعيب رضاه أما العدول عنه فيحمي المتعاقد من تسرعه في إبداء رضاه.

الفرع الثالث: علاقة العدول عن العقد مع العقد الموقوف

لتحديد علاقة العدول عن العقد بالعقد الموقوف يجب تعريف العقد الموقوف (أولاً)، وبعدها بحث أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعقد الموقوف (ثانياً)، ثم أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعقد الموقوف (ثالثاً).

أولاً- تعريف العقد الموقوف: "هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة، ولكن ينقصه أحد عنصري النفاذ: الملك والولاية"¹.

وعرف كذلك كما يلي: "هي العقود الصادرة من أهلها، المضافة لمحلها مع سلامة أوصافها من الخلل لكن صدورها لم يكن ممن له ولاية العقد"²، فالفضولي لا يملك الولاية على محل العقد؛ على اعتبار أن الولاية على محل العقد تثبت للعائد حق الملك في المحل، أو النيابة على المالك، وأن لا يتعلق بالمحل حق الغير كأن يكون مستأجراً أو مرهوناً، كما أن الولاية على التصرف تتم باستكمال العاقد القدر اللازم من التمييز لإتمام التصرفات فمن التصرفات من يكفي معها التمييز، ومنها ما يتطلب سن الرشد³.

والعقد الموقوف ينعقد صحيحاً، ولكن لا تترتب آثاره ولا أحكامه إلا بإجازة من شرع وقف النفاذ لمصلحته⁴.

ومن حالات العقد الموقوف، نذكر تصرف الصبي المميز وبمثاله العبد، والمعته والسفيه وذو الغفلة والفضولي؛ ويندرج تحته البائع إذا باع مرة أخرى من غير مشترطه، والغاصب، والمرتد، والنائب والوكيل إذا جاوز حدود النيابة، ومالك العين المرهونة، أو العين المؤجرة، والمريض مرض الموت إذا باع مورثه، ووصي الميت إذا باع لوارث.

¹ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.19. ومحمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.89. ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، (النشأة، التطور، المعاصرة)، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2006، ط.01، ص.439.

² - نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.18.

³ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.19.

⁴ - محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص.41. ومحمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق، ص.439.

وقد بين بعض الفقه¹ أن أصل وقف العقود ثلاث مسائل: تتمثل الأولى في بيع الفضولي، وفيه قولان أصحهما أنه باطل، والثاني أنه موقوف إن أجازته المالك أو المشتري له وإلا بطل، والثانية إذا تم غصب المال؛ ثم بيع وتصرف في ثمنه في مرات أخرى، وفيها قولان أصحهما بطلان الكل، والحل الثاني يمكن للمشتري من خلاله أن يجيز البيع ويأخذ ثمنه. أمّا الثالثة فتشمل حالة بيع مال أبيه على اعتبار أنه حي، وأن البائع فضولي، وكان الأب ميتا وقت العقد، وفيه قولان: أصحهما صحة البيع لمصادفته لملكه، والثانية المنع لأنه لم يقصد قطع الملك². ومن التشريعات التي أخذت صراحة بالعقد الموقوف، هي التشريع العراقي والتشريع الأردني لتأثرهما بالفقه الإسلامي³. وقد جاء تعريف العقد الموقوف في التشريع الأردني بنص المادة 171 كما يلي: "يكون التصرف موقوف النفاذ إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو من مالك في مال تعلق به حق الغير، أو ناقص أهلية في ماله، وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر، أو مكره أو إذا نص القانون على ذلك". أما التشريع العراقي فقد تناول العقد الموقوف من خلال نص المادة 01/135 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: "من تصرف في ملك غيره بدون إذن انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك".

وإلى جانب التشريعات التي أخذت صراحة بالعقد الموقوف، هناك تشريعات أخذت بالعقد الموقوف دون النص عليه صراحة، كالتشريع الجزائري والتشريع المصري، مثل العقد الذي يتجاوز فيه الولي أو الوصي حدود ولايته دون استئذان من المحكمة في الحالات التي تتطلب ذلك، وتصرفات الوكيل خارج حدود وكالته، والعقد الذي يبرمه الفضولي، فالأصل في هذه العقود والتصرفات أنها تقع موقوفة على إجازة من يملك ذلك، فهذه العقود ليست قابلة للإبطال لأنها لا تنتج أثرا قبل الإجازة⁴، إلى جانب بيع المريض مرض الموت للوارث حسب ما ورد بنص المادة 01/408 من القانون المدني، وبيع ملك الغير بالنسبة للمالك، حسب نص المادة 397 من القانون نفسه⁵، وتصرفات الفضولي حسب نص المادة 150 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، إضافة لما تناوله قانون الأسرة فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، حسب ما ورد بنص المادة 83 من قانون

¹ - جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.ص. 285-286.

² - وما تجب الإشارة إليه أن المقصود بالفضولي في الفقه الإسلامي يختلف عنه في الفقه والتشريع الغربي الذي تحلت منه أغلب التشريعات العربية، ومنها التشريع الجزائري بنص المادة 150 من القانون المدني، فحسب هذه التشريعات الفضولي هو من يقوم بأداء حاجات ضرورية لرب العمل دون علمه، ثم يرجع عليه بما انفق، أمّا في الفقه الإسلامي، فالفضولي هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، وليس بالضرورة أن يكون الأمر ضروري أو عاجل، فمن باع ملك غيره دون أن يكون وكيلاً أو نائباً فهو فضولي، ومن اشترى لغيره مال دون توكيل أو نيابة كذلك يكون فضولياً. للتوسع أكثر يراجع: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 04، ص.ص. 129-130.

³ - لا يأخذ كل الفقه الإسلامي بالعقد الموقوف على غرار المذهب الحنفي والمالكي، إذ نجد كل من المذهب الحنبلي في جانب منه، والمذهب الشافعي ينكران العقد الموقوف ويعتبرانه مثل العقد الباطل والفساد، والسبب أن الملك والأهلية بالنسبة لهما من عناصر الانعقاد وليس من عناصر النفاذ. للتوسع أكثر يراجع: أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ج. 02 و ج. 03، ص. 443.

⁴ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 462. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 04، ص. 69.

⁵ - تقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري، والمادة 550 والمادة 551 من القانون الأردني.

الأُسرة¹ التي جاء نصها كما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ثانياً- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعقد الموقوف: من خلال معرفة كل من العدول عن العقد والعقد الموقوف يمكن تحديد العلاقة بينهما: يعتبر العقد الموقوف يعتبر عقداً صحيحاً موقوف النفاذ حتى تنقضي إجازته صراحة أو ضمناً ممن شرع الوقف لمصلحته²، فكذلك العدول يرد على عقد صحيح يمكن لمن شرع لأجله (المستهلك) أن يوقف آثاره بإرادته المنفردة خلال المهلة المحددة له قانوناً.

ثالثاً- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعقد الموقوف: يختلف العدول عن العقد عن العقد الموقوف في أنه: لا يمكن الكلام عن عقد موقوف إلا إذا تعلق الأمر بنقص الأهلية وما يرافقها من حالات، أو بسبب الإكراه أو لعدم ولاية العاقد على محل العقد، أو إذا تعلق حق الغير بالمحل كعقد الفضولي³، في حين نجد أن العقد الذي يرد عليه العدول هو عقد صحيح نافذ صادر من ذي أهلية وإرادة سليمة، كما أن العقد الموقوف بالرغم من صحته، إلا أنه يبقى موقوف النفاذ حتى تلحقه الإجازة. أمّا العدول فيرد على عقد صحيح نافذ إلى أن يستعمل من شرع العدول لمصلحته حقه في العدول عنه⁴.

الفرع الرابع: مقارنة بين العدول عن العقد وخيار المجلس

إذا كان العدول عن العقد يسمح لمن شرع لمصلحته إنهاء العقد سواء تم تنفيذه أم لا بإرادة مضادة للإرادة التي أبرم بها، فما علاقته مع خيار المجلس؟ الأمر الذي يستدعي بحث هذه العلاقة من خلال تعريف خيار المجلس (أولاً)، ثم بحث أوجه التشابه بين العدول عن العقد وخيار المجلس (ثانياً)، ثم التطرق لأوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وخيار المجلس (ثالثاً).

أولاً- تعريف خيار المجلس: قبل تعريف خيار المجلس، تجب الإشارة إلى أن مجلس العقد فكرة خاصة جاء بها الفقه الإسلامي؛ بهدف تحقيق التريث والتروي من طرف القابل لتحقيق المقصود من العقد لصالح الطرفين، ويتمثل في إعطاء مهلة زمنية لطرفي العقد لمناقشة موضوع التعاقد وشروطه، وأحكامه، إلى غير ذلك مما يدور بين المتعاقدين، ويمثل مجلس العقد بين حاضرين مكان تواجدهما، وبين غائبين يتمثل في مكان وصول الرسول أو قراءة

¹ - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر العدد 15.

² - محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 90-91.

³ - أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ج.02، وج.03، ص.446. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.125.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.149.

خطاب الإيجاب، وفي حال التعاقد بالهاتف فمجلس العقد هو الوقت الذي تستغرقه المكالمة الهاتفية، وينتهي مجلس العقد بانسحاب أحد طرفي العقد قبل إتمام العقد بصفة غير عارضة¹.

أما العدول عن العقد بمجلس العقد، فيعرف بخيار المجلس، وهو خيار خاص بالعقود الملزمة للجانبين قابلة للفسخ، وهي عقود المعاوضات المالية، يبدأ خيار المجلس بعد تمام العقد باتصال الإيجاب بالقبول بمجلس العقد، يمنح من خلاله المتعاقدين فرصة العدول عن العقد وفسخه ما لم يتفرقا بأبدائهما عن المجلس، أو بغير ذلك من قول أو فعل يصرف المتعاقدين عن التعاقد². وعرفه جانب آخر من الفقه كما يلي: "حق العاقد في إمضاء العقد أو رده، منذ التعاقد إلى التفرق أو التخائر"³.

وبناء على ما سبق، فإن مجلس العقد يتمثل في الفترة الزمنية التي يتم خلالها العقد، أما خيار المجلس؛ فهو حق شرعي جاء به فقهاء الفقه الإسلامي يثبت لكلا المتعاقدين بمنحهما حرية إنهاء العقد ما لم يتفرقا بأبدائهما عن مجلس العقد.

وقد اختلف الفقه بشأن خيار المجلس، فهو ينتهي بالخروج عن الموضوع حسب المذهب الحنفي والمالكي - يرون بعدم مشروعيته -، وتنتهي بالتفرق البدني عن مكان التعاقد لدى الشافعية والحنابلة؛ إذ يكون لكلا طرفي العقد حق الخيار في جعل العقد نهائياً أو إلغائه⁴، أساسهم في ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "الْمُتَبَايَعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ"⁵.

ثانياً - أوجه التشابه بين العدول عن العقد وخيار المجلس: من خلال تعريف المصطلحين تتضح أوجه التشابه بينهما كما يلي: كل من العدول عن العقد وخيار المجلس يلحقان العقد بعد تمام انعقاده⁶، وكما يثبت العدول عن العقد بالنص القانوني، فخيار المجلس كذلك يثبت بحكم الشرع دون حاجة لاتفاق الطرفين⁷، فكلاهما يثبتان بالنص لا بالاتفاق.

وكلاهما يرد على عقود المعاملات المالية، وكلاهما يتعلق بعنصر التراضي في العقد، وبمنحان التعاقد مهلة للتفكير والتروي بمصير العقد، كما يردان على عقد تام ونافذ، ويتفقان في الحكمة من تشريعهما، والمتمثلة في منح

¹ - محمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق، ص.426.

² - محمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق، ص.427. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.96.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.198.

⁴ - محمد حبيب التحكاني، المرجع السابق، ص.19. ومحمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق، ص.427.

⁵ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث رقم: 2111، ج.03، ص.64. ومسلم في الصحيح كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، الحديث رقم: 1531، ج.03، ص.1163.

⁶ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.96.

⁷ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.121.

المتعاقد فرصة للتروي والتفكير في أمر العقد¹، ولكل من العدول عن العقد وخيار المجلس نطاق موضوعي يتحدد بنوع معين من العقود التي يرد عليها. وإذا كان المتعاقد الذي شُرِّع العدول لمصلحته يستطيع ممارسته دون تقادم أسباب أو تبرير لذلك، فالحال نفسه بالنسبة لخيار المجلس فهو لا يحتاج لسبب خاص من الأسباب التي جعلها الشارع واجبة للاستفادة من خيار من الخيارات الحكمية الأخرى، فهو لا يتطلب تعيب المعيب ولا فوات وصف مطلوب².

ثالثاً- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وخيار المجلس: تتمثل عناصر الاختلاف بين المصطلحين فيما يلي: يتعلق خيار المجلس بعقد صحيح نافذ، ولكنه عقد غير لازم (جائز) لحين انقضاء مجلس العقد³، أما العدول فيرد على عقد صحيح نافذ ولازم.

واعتماداً على ما ورد عن مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "الْمَيْتَابِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ"⁴. وقد أجاز جمهور الفقهاء لكلا المتعاقدين الرجوع في العقد ما دام المجلس قائماً، وإن كان بعض الفقه⁵ يرى بأن خيار المجلس هو بمثابة خيار رجوع البائع في بيعه اعتماداً على ما ورد عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَهُ"⁶، أما فيما يتعلق بالعدول عن العقد فهو خاص بالمستهلك، ومن جهة أخرى، فإن العدول عن العقد محدد بمهلة زمنية محددة، أما خيار المجلس فهو مرتبط بانقضاء مجلس العقد الذي قد يطول أو يقصر، لأنه خاضع لإرادة المتعاقدين، فيطول برغبتهم في التروي ويقصر بإرادة المستعجل منهما، حين يخبر صاحبه، أو يفارقه، فهو مرتبط بأحد الأمرين: إما التخبر أو التفرق وكلاهما غير معروف زمن حصوله⁷، فيما ذهب جانب آخر من الفقه للقول إن المرجع في التفرق في المجلس يرجع لعرف الناس وعاداتهم، لأن التنازع علق عليه حكماً، ولم يبينه فدّل على أنه أراد ما يعرفه الناس⁸.

ووفقاً لما تم بحثه؛ بشأن علاقة العدول عن العقد بخيار المجلس، يبدو واضحاً اقتراب النظامين من بعضهما البعض، خاصة فيما يتعلق بمهلة التروي والتفكير بشأن مصير العقد الذي تم إبرامه تأكيداً لعنصر الرضا وحماية له

¹ - محمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق، ص.427. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.97.

² - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.118.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.97.

⁴ - سبق تخريجه، ص.56.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج.05، ص.228.

⁶ - رواه الدارقطني في السنن، كتاب: البيوع، الحديث رقم: 2805، ج.03، ص.382. ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: من قال يجوز بيع العين الغائبة، رقم الحديث: 10426، ص.439.

⁷ - حسن أيوب، فقه المعاملات في الإسلام، دار السلام، مصر، ط.01، ص.86.

⁸ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.149.

وممارسته بالإرادة المفردة، وإن كانت مهلة التفكير بالنسبة لخيار المجلس غير محددة، إلى جانب اشتراكهما في عدم التزام من شرع لمصلحتهما بتقديم تبرير ذلك، ولا حاجة لهما في اللجوء للقضاء.

وهو المعنى الذي يؤكد به بعض الفقه؛ إذ يرى بأن خيار المجلس المعروف في الفقه الإسلامي يتوافق مع العدول عن العقد الذي جاءت به قوانين الاستهلاك، لأن الغاية والحكمة منهما واحدة¹.

إلا أنه وبالرغم من اشتراك النظامين القانونيين في عدة عناصر؛ خاصة الغاية والهدف من وراء تشريعهما تبقى نقاط الاختلاف بين المفهومين حائلا بين اعتبارهما شيئا واحدا، فنشأة خيار المجلس مرتبطة بظهور الفقه الإسلامي، أما العدول عن العقد فهو ذو منشأ قانوني، إلى جانب كونه حديث النشأة، وهو ما يعني أن العلاقة بينهما هي علاقة تكامل، الهدف منها مضاعفة الحماية لعنصر التراضي في العقد لأهميته، فخيار المجلس يحمي رضا المتعاقد في الفترة المزامنة لانعقاد العقد؛ في حين حق العدول عن العقد يحمي رضا المتعاقد فيما بعد هذه المرحلة لمدة تطول بعض الشيء عن مدة خيار المجلس.

الفرع الخامس: مقارنة العدول عن العقد بالعدول عن الوعد بالتعاقد

إذا كان العدول عن العقد يسمح لمن شرع لمصلحته إنهاء العقد، سواء تم تنفيذه أم لا بإرادة مضادة للإرادة التي أبرم بها العقد فما هي علاقته مع العدول عن الوعد بالتعاقد؟، إن بحث هذه العلاقة يستدعي تعريف الوعد بالتعاقد (أولا)، ثم بحث أوجه التشابه بين العدول عن العقد والوعد بالتعاقد (ثانيا)، ثم التطرق لأوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعدول عن الوعد بالتعاقد (ثالثا).

أولا- تعريف الوعد بالتعاقد: الوعد بالتعاقد هو "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد مع شخص آخر يسمى الموعد له بإبرام عقد معين في المستقبل إذا ما أظهر الموعد له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها"² وقد نص عليه المشرع الجزائري بنص المادة 71 من القانون المدني كما يلي: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها..."³.

للوعد بالتعاقد حالتان: تتمثل الحالة الأولى في الوعد بالتعاقد من الجانبين، فمن خلاله يكون كلا الطرفين ملتزما بالوعد الذي يقع على عاتقه بناء على الاتفاق الذي حصل بينهما، هي الصورة الأقل حدوثا في الواقع العملي. أما الحالة الثانية فتتمثل في الوعد الملزم لجانب واحد، وهي الصورة الغالبة في الواقع، إذ يعدُّ أحد الطرفين

¹ - وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص. 927.

² - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 196. ومحمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص. 112.

³ - تقابلها المادتين 101 و 102 من القانون المدني المصري والمادتين 72 و 73 من القانون المدني الكويتي، والمواد 92 و 105 و 106 من القانون

الآخر بإبرام عقد معين، أما الموعود له فله الحق في قبول الوعد أو رفضه¹. وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن الوعد بالتعاقد بمعناه القانوني السليم لا يمكن إلا أن يكون من جانب واحد فقط²، وقد أكد المشرع الكويتي هذا الرأي وفقاً لما ورد بنص المادة 72 من القانون المدني الكويتي التي جاء نصها كما يلي: "الاتفاق الذي يعد بموجبه أحد الطرفين أن يبرم، الطرف الآخر، عقداً معيناً".

وبهذا فحالة الوعد بالتعاقد من جانب واحد هي الحالة التي تقترب وتشبه بالحق في العدول عن العقد.

ثانياً- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعدول عن الوعد بالتعاقد: يتشابه كل من العدول عن العقد والعدول عن الوعد بالتعاقد من جانب واحد يرتبطان بعنصر التراضي، ولكل منهما مجال زمني يمارس فيه.

ثالثاً- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعدول عن الوعد بالتعاقد: تتمثل أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي: حق العدول عن العقد خاص بالمستهلك، أما حق الموعود له في التراجع عن العقد فهو خاص بكل مشتر سواء اتصف بالضعف أم بالقوة، كما أن العدول يرد على عقد تام يتطلب الأركان والشروط اللازمة لانعقاد أي عقد. والأمر نفسه بالنسبة لانعقاد الوعد بالبيع، إلا أنه بالنسبة لتوافر شرط الأهلية بالنسبة للموعود والموعود له في حالة الوعد بالبيع أو الوعد بالشراء، فيشترط أن تتوافر في الواعد الأهلية اللازمة لانعقاد عقد البيع، أما الموعود له فتكفي معه أهلية التمييز، باعتبار الوعد بالبيع نافعا له نفعاً محضاً³، ويترتب على استعمال العدول خلال المهلة المحددة لذلك إنهاء الرابطة العقدية، في حين يؤدي استعمال الموعود له لخياره في المهلة الممنوحة له بإبداء رغبته في إتمام العقد وإبرامه⁴.

يتحصن العقد من الزوال إذا لم يمارس المستهلك حقه في العدول خلال المهلة المحددة لذلك، أما إذا لم يُبدِ الموعود لرغبته خلال المهلة المحددة له لا يكون هناك أي عقد⁵.

من خلال معرفة معنى كلا النظامين القانونيين، وأوجه التشابه والاختلاف، يتضح أن العلاقة بينهما هي علاقة تكامل وتدعيم لعنصر التراضي لأهميته، فمن خلال الوعد بالتعاقد يمنح المتعاقد مهلة ليؤكد من خلالها نيته في اتمام العقد وإبرامه؛ بعد مهلة كافية للتفكير بشأن العملية العقدية المقدم عليها، أما فيما يتعلق بالعدول عن العقد فالأصل أن مجال ممارسته يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، وبهذا فهو يمثل حماية وتدعيم لرضا المتعاقد الذي قد يتسرع في إبداء رضاه، ومن هنا تظهر علاقة التكامل بين النظامين القانونيين، فبالرغم من إبداء رضاً سليماً وحرراً في مرحلة الوعد بالتعاقد ومع تأكيد ذلك أثناء إبرامه للعقد، إلا أنّ التشريعات الحديثة منحت المستهلك الحق

¹ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.197. وعلي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ط.03 ص.153.

² - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص.114.

³ - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، دار هدى، الجزائر، 1992، ج.01، ط.01، ص.104.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.136.

⁵ - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص.116.

في العدول عن العقد الذي أبرمه بمحض إرادته خلال مهلة زمنية محددة حماية له من تسرعه في إبداء رضاه مرة أخرى.

الفرع السادس: مقارنة العدول عن العقد مع بعض أوصاف التراضي

قد يكون العقد مقترنا بشروط تحقق مصلحة أحد الطرفين؛ وفق ما يعرف بأوصاف التراضي تتمثل أساسا في عربون التعاقد، وشرط التجربة، ولذا سيتم بحث العلاقة بين العدول عن العقد والعدول عن التعاقد بالعربون (أولا)، ثم بحث العلاقة بين العدول عن العقد وشرط التجربة (ثانيا).

أولا- علاقة العدول عن العقد والعدول عن التعاقد بالعربون: إذا كان حق العدول عن العقد يمنح صاحبه إنهاء العقد سواء تم تنفيذه أم لا بإرادة مضادة للإرادة التي أبرم بها فما علاقته مع العدول عن العربون، هذا سيتم بحثه خلال تعريف العربون (01)، ثم بحث أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعدول عن التعاقد بالعربون (02)، ثم نتطرق لأوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعدول عن التعاقد بالعربون (03).

01- تعريف العربون: العربون هو مبلغ من المال أو أي منقول آخر يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر بعد الاتفاق على كافة عناصر العقد، غالبا ما يكون المشتري أو من في حكمه، وذلك للدلالة على حق كلا المتعاقدين في العدول عن العقد المبرم، وإما للدلالة على تأكيد انعقاد العقد فيُعد جزء من الثمن¹. وفي المعنى نفسه عرفه جانب آخر من الفقه كما يلي: "العربون مبلغ من النقود يدفعه أحد العاقدين للآخر في مراحل إبرام العقد"².

ويرى بعض الفقه³ أن العربون هو طريقة من طرق التعاقد إلى جانب الوعد بالتعاقد أو العقد الابتدائي وإن كان عقد البيع هو مجال الرئيسي للعربون، إلا أن مجاله اتسع ليشمل عقود أخرى كالإيجار والمقاوله، خاصة وأن المشرع وضعه ضمن الأحكام العامة للرضا حسب ما ورد بنص المادة 72 مكرر من القانون المدني.

وتجيب الإشارة إلى أن الغاية من دفع العربون تختلف بالعرض الذي دفع من أجله، فقد يمثل دفع العربون أحقية كلا المتعاقدين بالعدول عن العقد، وقد يكون القصد منه تأكيد تمام العقد باعتباره ضمانا لتنفيذ العقد⁴ وقد اختلفت التشريعات في تحديد الدلالة الواجبة الأخذ بها بالنسبة للعربون، فالتشريعات اللاتينية كالتشريع

¹ - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ج.02، ط.01، ص.142-143. ومحمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص.128.

² - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص.205.

³ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ط.03، ص.162 والهامش رقم 01.

⁴ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.93. وعلي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.163. ومحمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.205.

الفرنسي¹، اعتمدت دلالة العربون، في حين اعتمدت التشريعات الجرمانية كالتشريع الألماني² بدلالة التأكيد³.
أما بالنسبة للتشريعات العربية، واعتمادا على نصوصها القانونية يتضح أن أغلبها اعتمدت العربون دلالة
عدول عن العقد على غرار التشريع الجزائري بنص المادة 72 مكرر من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي:
"يمنح العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى بغير
ذلك"⁴. أما بالنسبة للقانون العراقي⁵ فقد اتبع منحى التشريعات الجرمانية.

02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعدول التعاقد بالعربون: تتمثل أوجه التشابه بينهما في كونهما
يمارسان خلال مهلة زمنية معينة، وكلاهما يؤدي لوضع حد للعقد، دون أن يرتبط ذلك بإحلال المتعاقد الآخر
بالتزاماته، كما يتفق كل من العدول عن العقد وأحكام البيع بالعربون على تأكيد رضا المتعاقد وحمائته بشأن العقد
الذي تم إبرامه⁶، كما يشتركان في ممارستهما بالإرادة المنفردة للمتعاقد، ولا يحتاجان إلى اللجوء إلى القضاء⁷، كما
يعد كل من العقد الذي يلحقه حق العدول أو عربون التعاقد عقد غير لازم يمكن العدول عنه.

03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعدول عن التعاقد بالعربون: أما بالنسبة لأوجه الاختلاف
بينهما فيتمثل أهمها في كون العدول حق خاص بالطرف الضعيف في العقد (المستهلك)، أما العدول عن العقد
المقترن بالعربون فهو مشروع لكلا طرفي العقد، أما من حيث المهلة المخصصة للعدول، فهي تتعلق بالنظام العام
محدد بنص قانوني لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، في حين نجد أن المهلة المحددة للعدول عن عربون تخضع للاتفاق
الطرفين أو للعرف الجاري⁸، كما أن نطاق العدول عن العقد محدود بعقود معينة، في حين يتسع مجال العدول عن

¹ - نذكر منها على سبيل المثال، ما ورد بنص المادة 1590 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 1385 من القانون المدني الإيطالي، والمادة 1590 من القانون المدني اللكسمبورجي، والمادة 1590 من القانون المدني لجزر القمر.

² - نذكر منها على سبيل المثال، ما ورد بنص المادة 336 من التقنين المدني الألماني. والمادة 158 من قانون الالتزامات السويسري، والمادة 74 من التزامات بولوني

³ - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد المرجع السابق، ص.143. ومحمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص.93.

⁴ - ونذكر منها على سبيل المثال، ما ورد بنص المادة 103 من القانون المدني المصري، والمادة 104 من القانون المدني السوري، المادة 107 من القانون المدني الأردني، والمادة 92 من القانون المدني الفلسطيني، والمواد 101، و102، و103 من القانون المدني القطري، والمواد 74 و75 و76 من القانون المدني الكويتي.

⁵ - ونذكر منها على سبيل المثال ما ورد بنص المادة 92 من القانون المدني العراقي، والمادة 148 معاملات مدنية إمارتية، والفصل 288 من التزامات وعقود مغربية، والفصل 303 من التزامات وعقود تونسي.

⁶ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.835.

⁷ - المرجع نفسه.

⁸ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.207.

العربون ليشمل كافة العقود باستثناء عقد السلم¹، وإذا كانت دلالة العربون هي العدول فالعقد لم يتم، وأما العدول عن العقد فالعقد فيه تام.

والعدول عن العقد يتعلق بالنظام العام، وهو مقرر للمستهلك وحده، ولا يمكن لغيره الاستفادة منه بخلاف العدول عن العربون فهو اتفاقي²، وإن كان يتفق مع ما جاء به الفقه الإسلامي بشأن الرجوع عن العقد أنه يسمح لكلا المتعاقدين في أنه يسمح لكلا الطرفين العدول (الرجوع) عن العقد، إلا أنّ العدول المقصود في الفقه الإسلامي المحكم خاص بفتة معينة من العقود ورد فيه نص خاص ولا يخضع لاتفاق الطرفين، كما أنه يخص طرف محدد باسمه في العقود، والعدول المعروف في العربون الأصل فيه أنه يرد على جميع العقود³، كما يتميز العدول عن العقد بمجانتيه، يتطلب العدول عن العربون إعماله تقديم مبلغ معين من المال⁴. ويُعد تعدي العدول عن العقد على القوة الملزمة له، أهم فرق بين النظامين، لأن للعدول عن العربون يقوم على الاتفاق⁵.

بالرغم من التشابه الموجود بين النظامين القانونيين، العدول عن العقد والبيع بالعربون، من حيث تعلقهما بعنصر التراضي من أجل صدوره صحيحاً سليماً ومعبراً بصدق عن حقيقة الرضا الصادر من التعاقد، إلا أنّ الفرق بينهما شاسع، خاصة وأن أحكام البيع بالعربون تخص كلا الطرفين، فعادة ما يستفيد الطرف القوي من قيمة العربون، بالنظر للضعف المادي والمعرفي الذي يتصف به من يتعاقد معه، بسبب التطور التقني والتركييب المعقد للشيء محل العقد مما يحول دون إحاطته بحقيقة ما هو مقدم على التعاقد عليه؛ ومدى تلبسته لمتطلباته، وبهذا يجبر على التخلي على العملية التعاقدية بأخف الضررين، وهي فقد قيمة العربون الذي قدمه، أمّا بالنسبة لحق العدول عن العقد، فالأصل فيه أنه شُرِّع لحماية المستهلك في العلاقة العقدية بنص أمر لا يمكن الاتفاق على مخالفته.

ثانياً- العلاقة بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة: إذا كان العدول عن العقد يسمح لصاحبه إنهاء العقد سواء تم تنفيذه أم لا بإرادة مضادة للإرادة التي أبرم بها العقد فما علاقته مع البيع بشرط التجربة، الأمر الذي يستدعي بحث هذه العلاقة من خلال تعريف البيع بشرط التجربة (01)، ثم بحث أوجه التشابه بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة (02)، ثم التطرق لأوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة (03).

¹ - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص.145.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.138-139. أيمن مساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 46، الكويت، أبريل، 2011، ص.10.

³ - أيمن مساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، المرجع السابق، ص.10.

⁴ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، مصر، 2011، ط.01، ص.227. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.139.

⁵ - سليمان البراك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.13. وموفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.227.

01- تعريف البيع بشرط التجربة: البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بخيار تجربة المبيع لمعرفة مدى صلاحيته للغرض الذي أعد من أجله خلال فترة معينة¹. وقد نص المشرع الجزائري على ذلك بنص المادة 355 من القانون المدني والتي جاء نصها كما يلي: "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها...". كما تناول قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 المعدل والمتمم في المادة 15 منه والمرسوم التنفيذي رقم 13-327² المنظم له في المادة 11 تجربة المنتج المبيع، فجاء نص المادة 15 كما يلي: "يستفيد كل مقتن لأي منتج مذكور في المادة 13 من هذا القانون، من حق تجربة المنتج المقتنى". أما نص المادة 11 المرسوم التنفيذي رقم 13-327 فجاء نصها كما يلي: "يمكن المستهلك أن يطالب بتجريب المنتج المقتنى، طبقاً للتشريع والأعراف المعمول بها، دون إعفاء المتدخل من إلزامية الضمان".

من خلال ما تم ذكره، يتضح أن البيع بشرط التجربة في ظل القواعد العامة كان ذا طبيعة اتفافية، فأصبح في ظل القواعد الخاصة بحماية المستهلك من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفته، بالنظر لطبيعة السلع والمنتجات.

02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة: تتمثل أوجه التشابه بينهما فيما يلي: كل من العقد الذي يلحقه العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة عقد تام ونافذ، ويعد كل من العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها في ظل القواعد الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك، وفقاً لقاعدة الخاص يقيد العام.

يخضع كل من العدول عن العقد والبيع بشرط للإرادة المنفردة للمستهلك، دون موافقة الطرف الآخر ودون اللجوء إلى القضاء، كما يتفقان في إعطاء المتعاقد مهلة للتفكير والتروي بشأن العقد الذي أبرمه، ويتعلق مصير العقد في كلا الحالتين على المشيئة المطلقة للمشتري (المستهلك).

وفي كلا النظامين يعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليه قبل العقد وبأثر رجعي، كما لا يمكن تجزئة الشيء محل العقد في حال العدول عنه، والحال نفسه النسبة لرد المبيع الذي يكون تحت التجربة وفقاً لقاعدة "الكل أو اللاشيء".

03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة: يختلف العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة من حيث المهلة الخاصة بهما، حيث أن المهلة الممنوحة للمستهلك في العدول محددة بالنص القانوني، أمّا المهلة المخصصة لتجربة المنتج فتخضع لاتفاق الطرفين أو للعرف الجاري في حال عدم وجود اتفاق على ذلك³

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.56.

² - المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 2013/09/26، الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج.ر، العدد 49.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.58.

وإذا كان الهدف من العدول عن العقد حماية رضا المستهلك بعدم التسرع في إبرامه، فإن البيع بشرط التجربة شُرِّع لتأكيد المشتري من صلاحية الشيء محل العقد للغرض الذي اشتراه من أجله، كما يختلفان كذلك من حيث تحمّل تبعه هلاك الشيء بالسبب الأجنبي بعد التسليم، أين يتحملها المستهلك بالنسبة للعدول عن العقد، أما في حالة هلاك الشيء محل العقد خلال مهلة التجربة؛ فإن البائع هو من يتحمل تبعه الهلاك إذا كان الشرط واقفاً أما إذا كان الشرط فاسخاً فالمشتري هو من يتحمل تبعه الهلاك¹.

لا تتمتع عناصر الاشتراك بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة من اختلاف حقيقة وحكمة تشريع الأول عن حقيقة وحكمة تشريع الثاني، إذ يبدو جلياً أن العدول عن العقد إنما شُرِّع لحماية رضا المستهلك، في حين شرع البيع بشرط التجربة لمنح فرصة لكل مشتري بغض النظر عن قوة أو ضعف مركزه القانوني مقارنة بالطرف الآخر، وبالتالي لا يمكن لأحدهما أن يغني عن الآخر، وبهذا، فإن ما يبدو بشأن العلاقة بينهما أنها علاقة تكامل لتحقيق الهدف المنشود من وراء تشريع كل منهما حماية وحفظ لمصالح من شرع لمصلحتهما.

وترتيباً لما سبق، يتضح أن العدول عن العقد يختلف عن كل الأنظمة السابق ذكرها؛ بالرغم من وجود نقاط مشتركة بينهما، لدرجة ما، إلا أنّ الاختلاف واضح بينهما، ممّا يمنع انتماء العدول عن العقد لأي منهما، ثم أنه لا يعقل أن تُشرع التشريعات نظام معين بمواد مختلفة لتؤدي الدور نفسه²، فالهدف من وراء النص على العدول عن العقد هو تعزيز الحماية للمستهلك بمنحه فرص أكثر؛ حماية لحقوقه، بالنظر لما استجد من ظروف عملت على إحداث خلل في العلاقة العقدية؛ مرجحة موازين القوى لصالح طرف على آخر، ممّا استدعى من التشريعات تشريع نصوص قانونية لمواكبة الظروف الحاصلة وإعادة التوازن العقدي المفقود، والتي من بينها حق المستهلك في العدول عن العقد الذي أبرمه.

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.332.

² - وهذا ما جاءت به حتى التشريعات القديمة، فبالنسبة لقانون همورابي، كل مادة من مواد تناول مسألة محددة بدقة متناهية لا تسمح باستخلاص أقرب المسائل منها مهما اقتربت منها. للتوسع أكثر يراجع: حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع، المرجع السابق، ص.96-97.

المبحث الثاني: نطاق العدول عن العقد في التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي

لقد اهتمت التشريعات التي تناولت العدول عن العقد في نصوصها، وقبلها فقهاء الفقه الإسلامي وفق ما يعرف بالرجوع عن العقد، بتنظيمه تنظيمًا محكمًا؛ باعتباره خروجًا عن الأصل العام لمبادئ العقد؛ خاصة فيما يتعلق بقوته الملزمة، حيث قامت بتحديد نطاق إعماله، سعيًا منها لضمان استقرار المعاملات، والحفاظ على التوازن العقدي بين الطرفين، بالنظر للظروف والبيئة الرقمية التي أصبحت المجال الخصب لإبرام العقود، وبذلك فلا يمكن لمن شرع العدول لمصلحته أن يمارسه بشكل مطلق دون شرط أو قيد، وفيما يلي سنقوم بتحديد مجاله الشخصي (المطلب الأول)، ومجاله الموضوعي (المطلب الثاني)، ولا يكتمل نطاق العدول عن العقد إلا ببحث القانون الواجب التطبيق في حال قيام نزاع بشأنه في العلاقة العقدية المشتملة على العنصر الأجنبي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المجال الشخصي للعدول عن العقد في التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي

تتحلى أهمية تحديد المجال الشخصي للعدول عن العقد، في تحديد الطرف الذي يحق له ممارسته بصفته الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهو ما يجب تحديده بدقة حتى لا يستفيد منه من لا يستحقه، وقد أثار هذا الأمر جدلاً واسعاً في كل من الفقه والتشريعات الوضعية، مما يستدعي بحث النطاق الشخصي للعدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك (الفرع الأول)، وبعدها سيتم تحديد، النطاق الشخصي لممارسة الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المجال الشخصي للعدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك

يتمثل المجال الشخصي للعدول عن العقد في تحديد الشخص المعني به فقط، لأجل ذلك سنستثني الطرف المقابل له من هذه الدراسة، ويعد المستهلك هو الشخص المعني بالعدول، وقد أثار إشكال تحديده جدلاً واسعاً عند الفقهاء، الأمر الذي انعكس على موقف التشريعات كذلك بشأن تحديد مفهومه، ولأجل ذلك سنحاول ضبط مفهومه بشكل دقيق من خلال ما جاء به الفقه الوضعي (أولاً)، ثم بحثه من خلال ما جاءت به القوانين الوضعية (ثانياً)، ليتم بعدها استخلاص أهم الشروط اللازم توافرها لاكتساب صفة المستهلك (ثالثاً).

أولاً- موقف الفقه الوضعي من الشخص المعني بالعدول عن العقد: إن ضبط مفهوم المستهلك يكتسي أهمية بالغة في الفقه، الذي انقسم بشأنه بين مقيد وموسع، في تحديد صفة المستهلك بناء على الزاوية التي يعتمدها في هذا التحديد، وهذا ما يدعونا إلى بيان مفهوم المستهلك وفق المفهوم المقيد (01)، والمفهوم الموسع له (02) وبين هذين المفهومين ظهر مفهوم وسط للتوفيق بينهما (03).

01- الاتجاه المقيد¹ في تحديد مفهوم المستهلك: ذهب أغلب الفقه للتضييق من مجال الأشخاص المعنيين بصفة المستهلك، الذي يحتاج لحماية خاصة من طرف التشريعات، وقد عرفه بعض الفقه كما يلي: "كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية والعائلية"².

وعرفه جانب آخر من الفقه كما يلي: "كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية"³.

وعُرف كذلك بما يلي: "هو الشخص الذي يتعاقد خارج نطاق مهنته أو حرفته للحصول على سلع أو خدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية أو من أجل الحصول على تمويل هذه التصرفات مع وجود محترف"⁴.

من خلال هذا التعريف، يظهر أن الشخص الاعتباري يدخل في مفهوم المستهلك، إلا أنّ هذا لا يعني أن التعريف يتبنى الاتجاه الموسع للمستهلك، فالشخص الاعتباري يبقى مستهلكا كلما وجد في حالة ضعف، وقلة خبرة عما هو مقدم عليه، وخير دليل على ذلك قيام الجمعيات الخيرية باقتناء سلع أو خدمات من أجل تقديم أعمال خيرية.

وعرف المستهلك كذلك كما يلي: "هو شخص طبيعي يقتني أو يستهلك مالا أو خدمة للاستعمال غير المهني"⁵.

يتضح من خلال ما جاء به الفقه المقيد لصفة المستهلك، أنه ركز على الجانب القصدي للاستهلاك، أي إشباع حاجات شخصية فقط دون إدخالها من جديد في حلقة الإنتاج والتوزيع⁶. وبهذا فالمفهوم المقيد للمستهلك يتطابق مع مفهومه الاقتصادي، الذي يفرق بين مفهوم المستهلك، ومفهوم كل من المنتج والموزع⁷.

وفي المعنى نفسه، يرى بعض الفقه أن استبعاد من يتعاقد لأغراض مهنية من الحماية المقررة للمستهلك يرجع للعلاقة غير المتكافئة بين الطرفين؛ بسبب الافتقار للتخصص الفني والمعرفي للمستهلك الذي يضعه في موقع الضعف مقارنة بالطرف الآخر⁸.

¹ - المقيد هو اللفظ الدال على فرد مقترن بوصف يمنع إطلاقه، مثل قوله تعالى: "فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ"، فتحرير الرقبة مرتبط بصفة الإيمان، للتوسع أكثر يراجع: محمد السراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998، ص.288.

² - زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009، ص.35.

³ - حسن عبد الباسط جمعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص.13.

⁴ - بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص.35.

⁵ - Jean calais. A et henri. T, Droit de la consommation, 8^{ème} ed, Dalloz, 2010, p.08.

⁶ - GHESTIN. J, traité de droit civil, les obligation, les contrats, 2^{ème} ed, paris, 1988, p.48.

⁷ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.13.

⁸ - Pizzio. J.P, l'introduction de la notion de consommateur en droit français, D, 1982, p. 91.

أما فيما يخص مصطلح "غير المهني" فإن بعض الفقه¹ يرى أنه لا يفيد معنى المستهلك، معتمدا في ذلك على ما ورد بالمرسوم التنفيذي الفرنسي رقم 78-462 المؤرخ في 24 مارس 1978 لتنفيذ الفصل الرابع من القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10/01/1978² المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين من المنتجات والخدمات إذ يعتبر أن غير المهني هو كل مهني يباشر عملا ما خارج مجال تخصصه، موضحا ذلك بحالة المحامي والطبيب عند شرائهما أثاث المكتب، وحالة التاجر الذي يشتري جهاز إنذار لمتجره، وبهذا فليس كل مستهلك هو مهني أو غير مهني، إلا أنه يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بالمستهلك على كل من المهني وغير المهني.

إلا أنّ ما يبدو، أن الأمر ليس بهذه السهولة خاصة فيما يتعلق بالفقه الفرنسي، الذي اختلف حول تحديد الطبيعة القانونية لغير المهني، بسبب اللبس الذي احتواه نص المادة 35-01 من القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10/01/1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين، التي جاء نصها كما يلي: "في العقود المبرمة بين المهنيين من ناحية وغير المهنيين أو مستهلكين من ناحية أخرى". وكذلك، ما ورد بنص المادة ل.132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995³ المتعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية التي جاء نصها كما يلي: "تعد شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين...".

وبناء على نص هاتين المادتين، اعتبر البعض أنّ المهني هو الذي يبرم تصرفات خارج نطاق تخصصه بمثابة مستهلك، وهو ما يفيد المساواة بينهما في الحماية، على اعتبار أن المهني يمكنه الإحاطة بكل ما يتعلق بمجال تخصصه، ولكنه لا يستطيع الإحاطة بما يرتبط بمجال تخصصه بشكل أو بآخر، مما يجعله طرفا ضعيفا مقارنة بالمختص الذي يتعاقد معه⁴؛ واستندوا في ذلك على أحكام القضاء الفرنسي الذي كان متباينا، فيما يتعلق بصفة المهني الذي يتعامل خارج مجال تخصصه، هل يعتبر مستهلكا أم لا؟ معتمدة في ذلك، على الأحكام التي تم التوصل إليها في الأعمال التحضيرية، حيث اعتبرت عبارة "غير المهني" مرادفة لعبارة "المستهلك"⁵، ومن الأحكام القضائية في هذا الشأن نذكر منها: قرار محكمة النقض الفرنسية القاضي باستفادة المهني الذي يعمل خارج نطاق تخصصه بالحماية من الشروط التعسفية⁶، وفي قرار آخر لها، بينت أن الحماية من الشروط التعسفية تخص كل

¹ - إسلام هاشم عبد المقصود عبد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.28-29.

²-Loi n° 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, J O R F, 11 Janvier 1978.

³-Loi n° 95-96 du 1 Février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J.O.R F du 02 Février 1995.

⁴ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.31.

⁵-Calais- auloy,J, Proposition pour un nouveau droit de la consommation, La documentation Française, 1985 p.13.

نقلا عن رباحي أحمد، حماية التعاقد من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.326.

⁶-Dans un arrêt du 15 avril 1982, la Cour de cassation a estimé que le dispositif relatif aux clauses abusives était parfaitement applicable à un professionnel agissant en dehors de son domaine de compétence, Cass 1^{er} civ, 15 avril, 1982, Aurélien Bamdé, La notion de consommateur, Posted, Mai, 2017, consulté le cite : <https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur>.

اطلع عليه يوم: 2021/09/13 الساعة 01:31.

علاقة تتم بين المهني وغير المهني أو بين المهني والمستهلك، أين ساوت بين المصطلحين¹، فيما قيدت من نطاق المستهلك من خلال قرارها الشهير الصادر بتاريخ 15/04/1986، حيث رفضت منح صفة المستهلك لعون التأمينات، ضد شركة إشهار، وقضت بإتمام العقد، حيث جاء نصها كما يلي: "العقد المبرم بين عون التأمينات وشركة الإشهار لإنجاز إشهار مكتبه لا يدخل ضمن مجال تطبيق هذا القانون"²، وبعد هذا الحكم تراجع عن المفهوم المقيد للمستهلك واعتمدت المفهوم الموسع، حيث اعتبرت مقتني جهاز إنذار لمكتبه مستهلكا، لأنه في نفس حالة المستهلك من حيث قلة أو انعدام الدراية بما اقتناه، معتمدة في ذلك على قانون 10/01/1978³ لتعود مرة أخرى للمفهوم المقيد للمستهلك، معتمدة في ذلك على ما جاء به التوجيه الأوروبي لسنة 1993 بنص المادة ب-402.

وفي قرار آخر لها بتاريخ 10/07/1996⁵ رفضت تقديم الحماية لتعاونية فلاحية، على اعتبار أن العقد له ارتباط مباشر بنشاطها المهني، وبالتالي لا تستفيد من الحماية المقررة في نص المادة ل.132-01 من قانون الاستهلاك، فوفقا لهذا القرار يتضح أنها تشترط في تقرير الحماية للمهني أن لا تكون هناك علاقة مباشرة بين نشاط المهني والعقد الذي أبرمه من أجل نشاطه.

ومن جهة أخرى، ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن غير المهني، لا يمكنه التمتع بالحماية المقررة للمستهلك؛ على اعتبار أن درجة ضعفه، لا يمكن أن تبلغ درجة الضعف التي يتصف بها المستهلك حتى يخصص

¹-Dans un arrêt du 15 avril 1982, la Cour de cassation a estimé que le dispositif relatif aux clauses abusives était parfaitement applicable à un professionnel agissant en dehors de son domaine de compétence, Cass 1^{er} civ, 06 avril, 1986, Aurélien Bamdé, La notion de consommateur, Posted, Mai, 2017, consulté le cite : <https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur>.

اطلع عليه يوم: 2021/09/13 على الساعة 01:31.

²-Cass 1^{er} Civ. Avril 1986 : Bul. Civ.I.N° 90 D. 1980.

وقد جاء نصها كما يلي:

« ... le contrat conclu par un agent d'assurances avec une société de publicité pour réaliser une opération de publicité de son cabinet n'entre pas dans le domaine d'application de cette loi » .

³- « ... Attendu qu'Abonnement téléphonique reproche aux juges du second degré d'avoir ainsi statué, aux motifs que la loi du 10 janvier 1978 et le décret du 24 mars 1978 sont applicables en la cause, la société Pigranel se trouvant dans la situation de n'importe quel individu non commerçant, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une opération commerciale entre professionnels, à but lucratif pour l'une comme pour l'autre des parties, alors que, d'une part, selon le moyen, la loi du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs ne s'applique pas aux contrats souscrits par des commerçants ou professionnels, lesquels sont en mesure de déceler et de négocier les clauses qu'ils jugent abusives, en particulier dans le cas de l'espèce puisque la société Pigranel est spécialisée dans la rédaction de contrats, de sorte que la cour d'appel a violé l'article 35 de ladite loi, les articles 1er à 5 du décret précité et l'article 1134 du Code civil... ». Cass 1^{er} du 28 avr. 1987, N°85-13674, Bull.civ. 1, 1987, N°134, P.103. Consulté le cite : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007018721/>.

اطلع عليه يوم: 2021/09/20 على الساعة 01:20.

⁴-Art. b/02 : " Consommateur: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

⁵-« ...Les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation et du décret du 24 mars 1978 ne s'appliquent pas à un contrat de vente qui a un rapport direct avec l'activité professionnelle de l'acheteur. Tel est le cas de la vente d'un matériel d'arrosage à un groupement agricole d'exploitation en commun ». Cass 1^{er} du 10 juill. 1996, N°94-16843, Bull. civ. 1, 1996, N°318, P.222. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036803>.

له الحماية نفسها مع المستهلك، معتمدا في ذلك على رأي اللجنة المكلفة بصياغة قانون الاستهلاك التي رأت أنه لا يجب الخلط بين مصطلح "المستهلك" ومصطلح "غير المهني"¹، وفي المعنى ذاته جاء قرار محكمة العدل الأوروبية، في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 2001، الذي خالف ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية، حيث اعتبر أن مصطلح "مستهلك" يتعلق بالشخص الطبيعي فقط².

أما بالنسبة للشخص الاعتباري، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الشخص الاعتباري يستفيد مما ورد بالقانون رقم 23-78 بشأن الحماية المخصصة للمستهلك³، وهو الرأي الذي أكدته محكمة العدل الأوروبية، حيث اعتبرت أن الشخص الاعتباري لا يمكن اعتباره مستهلكا⁴، إلا أن القرار الصادر في 2005/03/15 من الغرفة الأولى الفرنسية اعتبرت أن ما جاء في قرار محكمة العدل الدولية بشأن تعريف المستهلك استثنى من الحماية المخصصة للمستهلك "غير المهني"، وليس الشخص الاعتباري⁵. وبالنظر لما تم توجيهه من انتقادات لصفة "غير المهني"، أضاف الفقه الفرنسي شرطا آخر لاعتبار المهني مستهلكا عند تعامله خارج مجال تخصصه، يتمثل في ضرورة انعدام الصلة بين العملية التعاقدية التي أقدم عليها والنشاط المهني الذي يمارسه⁶.

يتضح من خلال ما سبق، أن المعيار المعتمد في تحديد صفة المستهلك عند أصحاب هذا الاتجاه يرتبط بتخصيص سلعة أو خدمة للاستعمال النهائي.

وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه أن هذا الاتجاه، يربط بين المعنى القانوني والاقتصادي للمستهلك؛ باعتبار المستهلك من يتعاقد لإشباع حاجات غير مهنية، وبهذا فمصطلح "المستهلك" يقابل مصطلح "المهني". ولا يمكن

¹-Picod. Y, et Davo. H, Droit de la consommation, Dalloz, 2005, p.148.

²-Bamdé. A, La notion de consommateur, Posted , Mai , 2017, consulté le cite : <https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur>

. اطلع عليه يوم: 2021/09/13 على الساعة 01:31.

³-Dans son arrêt du 28 avril 1987, la Cour de cassation a d'abord estimé que les personnes morales n'étaient pas exclues du bénéfice de la loi du 10 janvier 1978. Cass 1^{er} civ, 28 avril, 1987, Bamdé. A, La notion de consommateur, consulté le cite : <https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur>

⁴-consulté le cite : <https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur>.

⁵-Dans un arrêt du 15 mars 2005, la première chambre civile a affirmé en ce sens que « si, par arrêt du 22 novembre 2001, la cour de Justice des communautés européennes a dit pour droit : "la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques", la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives». consulté le cite <https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur>.

اطلع عليه يوم: 2018/11/12 على الساعة 14:20.

⁶ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.39.

للمهني أن يكون مستهلكا مادام يتصرف لإشباع حاجاته المهنية، وبهذا يتوافق تعريف المستهلك مع ما جاءت به نظرية عقود الإذعان، التي ترتبط بسلع أو مرافق ضرورية للمستهلك¹.

02- الاتجاه الموسع في تحديد مفهوم المستهلك: ذهب جانب آخر من الفقه إلى التوسع في إضفاء صفة المستهلك على الشخص الذي يحتاج للحماية من طرف تشريعات الاستهلاك. ومن بين التعريفات التي أخذت بالمفهوم الموسع نذكر:

"كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك، أي بمعنى استعمال خدمة أو سلعة بغض النظر عما إذا كان اقتناء هذه الخدمة أو السلعة للاستعمال الشخصي أو لأغراض مهنية"².

وعرف أيضا: "كل شخص طبيعي أو معنوي قام بعملية استهلاكية بهدف إشباع حاجة من سلعة أو خدمة"³.

وعرفه بعض الفقه على أنه: "كل من يتعاقد بهدف استعمال أو استخدام مال أو خدمة لغرض الاستهلاك سواء لاستعماله الشخصي أو المهني"⁴.

كما عُرف كذلك بما يلي: "كل شخص يتعاقد على استعمال مال أو خدمة لغرض الاستهلاك سواء لاستعماله الشخصي أو المهني"⁵.

وعرف أيضا: "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بالشراء أو الاستهلاك أو الاستعمال أو الاستخدام للسلع والخدمات سواء للاستهلاك الشخصي أو للأغراض المهنية الحرفية"⁶.

كما عُرف المستهلك⁷ في نطاق التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت كما يلي: "هو المتعامل في نطاق هذه التجارة، والذي يتلقى الإعلان عن السلعة ويقوم بشرائها"⁸.

¹ - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص.ص. 99-100.

² - درماش بن عزوز، حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والثقافية، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد 02 جوان، 2011، ص. 37.

³ - إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 27.

⁴ - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، مصر، 1986، ص. 08.

⁵ - يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 24، العدد 44، أكتوبر، 2010، ص. 143.

⁶ - إبراهيم الأخرس، حماية المستهلك بين مقاصد الشريعة والفكر الاقتصادي الوضعي، المرجع السابق، ص. 366.

⁷ - يرى بعض الفقه أن المستهلك في نطاق تعاملات التجارة الإلكترونية هو نفسه المستهلك في التعاملات الكلاسيكية، باستثناء استعماله لوسائل إلكترونية لتنفيذ العقد. للتوسع أكثر يراجع: هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 65.

⁸ - عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب العلمية، مصر، 2008، ص. 76.

وعرف أيضا كما يلي: "كل متعاقد يكون طرفا مدعنا، أي قابلا في عقد الإذعان"، وهذا التعريف أضاف صاحبه بأن من يتعاقد على سلعة أو خدمة عن طريق الإذعان، بهدف الاستثمار أو عمليات التحويل يستفيد بدوره من الحماية نفسها التي يتلقاها من يتعاقد على سلعة أو خدمة لإشباع حاجاته الشخصية"¹.

يبدو من خلال هذا التعريف؛ أن صاحبه حصر مفهوم المستهلك في الطرف المدعن في عقد الإذعان وبهذا يكون قد حصر صفة الضعف الملازمة للمستهلك، في الضعف الاقتصادي فقط، في حين أننا نجد أنّ مفهوم المستهلك في عقد الاستهلاك أوسع من ذلك، إذ تتجاوز الحماية في هذا النوع من العقود، إلى الضعف العلمي والمعرفي للمستهلك، مقارنة بمن يتعاقد معه، إلى جانب هذا، فهو يحرص حماية المستهلك في عقد الإذعان في حين يتسع نطاق عقد الاستهلاك إلى كل عقد يتعلق بسلعة أو خدمة بغض النظر عن كون العقد عقد إذعان أم لا.

وبناء على ما سبق، يتضح أن هذه التعريفات جاءت على إطلاقها من حيث الصياغة، ولم تضع أي قيد أو شرط، على صفة المهني حتى يستفيد من أحكام قانون الاستهلاك، سوى ضرورة ارتباط العملية التعاقدية بصفة الاستهلاك.

وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه، بأنه ليس هناك فئة معينة مقصودة بالحماية على حساب فئة أخرى تسمى بالمستهلكين، بل جميع أفراد المجتمع هم مستهلكون، ولو بدرجات متفاوتة؛ حتى من يمارس نشاطا تجاريا². وعليه، فإذا كان أنصار هذا الاتجاه، يسعون لتحقيق العدالة العقدية، فلا حاجة لتشريع قانون خاص بالاستهلاك أو حماية المستهلك، إذ يمكن الاكتفاء بالحماية التي تقرها القواعد العامة في ذلك وفقط، خاصة وأن جانبا من الفقه استنكر تحديد طائفة من الناس يمكن تسميتهم بمستهلكين، إذ يرى أن كل الأفراد في المجتمع وبدرجات متفاوتة يمكن تسميتهم بمستهلكين، حتى من كان يمارس نشاطا إنتاجيا³.

فوفقا لما جاء به أنصار هذا الاتجاه، يتضح أنه كلما اتصف أحد المتعاقدين بصفة الضعف، مقارنة بالطرف الآخر، يجب أن يحظى بأحكام قوانين الاستهلاك التي تقر حماية فعّالة للمستهلك، إلا أنّ اعتماد هذا المعيار يلقي على عاتق القضاة مسؤولية التأكد من تحقق حالة الضعف، التي تبقى قرينة بسيطة يمكن دحضها إلى جانب الاعتماد على الظروف المحيطة بكل طرف على حدة.

¹ - محمد ابراهيم بنداري، حماية المستهلك في الشريعة والقانون، بحث مقدم لكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 06 و07/12/1998، ص.55.

² - هبة ثامر محمود، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية (دراسة مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة العراق، العدد 22، 2009، ص.05.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ط.01، ص.206، الهامش رقم 02، نقلا عن حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص.88، الهامش رقم 11.

وبالنظر للتعريفات السابقة، وخاصة المعنى الأخير، يرى بعض الفقه أن التوسع في مفهوم المستهلك جعل منه مصطلحا لم تتضح حدوده حتى الآن¹.

أما جانب آخر من الفقه، فاعتمد الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك، مع ضرورة ضبطه في إطار معايير دقيقة تمتاز بالموضوعية².

ويبدو أن هذا الرأي يعد بمثابة انطلاقة لاعتماد الاتجاه الوسط للمستهلك للتوفيق بين الاتجاهين.

03- الاتجاه الوسط في تحديد مفهوم المستهلك: اعتمد هذا الاتجاه على الوسطية في تحديد صفة

المستهلك، في محاولة منه للتوفيق بين الاتجاه المضيق والاتجاه الموسع، وقد أورد أنصار هذا الاتجاه التعريفات التالية: فعرف كما يلي: "فضلا عن غير التاجر الذي يشتري ما يحتاج إليه من سلع أو خدمات لاستعماله الشخصي، المهني أو التاجر الذي يتعاقد في سلعة خارج دائرة السلع التي يتعامل فيها"³.

وعرف كذلك كما يلي: "المستهلك هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يرم تصرفا قانونيا للحصول على مال أو خدمة بقصد أن يكون هو أو ذويه المستعمل النهائي لها، وتمتد نفس الصفة إلى المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه"⁴.

ومن جهة أخرى، عرف بعض الفقه⁵ المستهلك كما يلي: "المستهلك هو الشخص الذي يسعى للحصول على حاجته من مختلف السلع والخدمات أو الشخص الذي يستهدف إشباع حاجاته بالحصول على مختلف السلع والخدمات اللازمة لذلك". ويضيف الفقه نفسه أن تحديد المستهلك يرتبط بثلاث خصائص تتمثل فيما يلي: أن يكون الشخص طبيعيا أو اعتباريا، أن يرم الشخص عقودا متكررة، لإشباع حاجاته اليومية أو حاجات أسرته من سلع وخدمات دون أن يكون له نية المضاربة وتحقيق الربح من وراء ذلك، وأن لا يتمتع هذا الشخص بالخبرة والقدرة الفنية للتأكد من جودة وسلامة السلعة أو الخدمة المقتناة، ليضيف كذلك أن طبيعة المستهلكين تتسع لتشمل كل من يتعامل لأجل الحصول على سلعة أو خدمة، هو جاهل بخفاياها، وغير قادر على التحكم في تسييرها وصيانتها، فلا يمكن لأي شخص مهما كانت صفته، أن يلعب دور المنتج في كل الحالات.

إنّ أهم ما يلاحظ على هذه التعريفات، أنّها تعتبر كل شخص تنتهي عنده السلعة؛ أي من مرحلة الإنتاج إلى مرحلة الاستهلاك، سواء للاستعمال الشخصي أو المهني، مستهلكا تجب حمايته.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.11، الهامش رقم 01.

² - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.342.

³ - جمال زكي جردلي، البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الإنترنت، ط.01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص.65.

⁴ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.41.

⁵ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ط.01، ص.21.

فمن خلال ما جاء به الاتجاه الوسط في تحديده لصفة المستهلك، يتضح أنه بالإضافة إلى تركيزه على إشباع حاجات شخصية، أضاف معه ضرورة إشباع حاجات مهنية، بإدخالها في العملية الاقتصادية من جديد وإعادة استهلاكها، وذلك لأجل مد نطاق الحماية لأكبر شريحة ممكنة من الأفراد، فلا يوجد أي مانع من شمول المهنيين بالحماية، ولكن في غير تخصصاتهم تطبيقاً لمقتضيات العدالة الداعية لتحقيق التوازن العقدي، وهي مسألة ترتبط بظروف كل متعاقد على حدة، واتصافه بصفة الضعف بغض النظر عن كونه مستهلكاً أو مهنياً¹.

وبهذا؛ فأنصار هذا الاتجاه يرون أن صفة الضعف تلازم حتى المتعاقد الذي يقتني سلعة أو خدمة لغرض مهني، شريطة أن لا تدخل في مجال تخصصه، وفقاً لمعيار عدم التخصص وقلة الخبرة، الأمر الذي يجعل من المهني طرفاً ضعيفاً أمام الطرف المقابل له؛ إذا اتصف بقلة الخبرة، وعدم التخصص، مما يضيف عليه صفة الضعف وحاجته للحماية.

وفي السياق نفسه، يضيف بعض الفقه، أنه إذا كان أنصار هذا الاتجاه يرون حماية المهني الذي يتصف بصفة الضعف، وهي الصفة التي على أساسها اتجهت السياسة التشريعية لسنّ قوانين الاستهلاك، فلا بد من وضع ضوابط لذلك، لتجنب التعسف والتحاييل على القانون، ويعد أول ضابط في ذلك استبعاد المهني غير المتخصص الذي بوسعه الاستعلام بنفسه أو بواسطة مستشاريه القانونيين في ذلك². ويؤكد هذا الرأي جانب آخر من الفقه بقوله: إن المهني حين يمارس تصرفات ما، بهدف تحقيق أغراضه غير المهنية، فعدم تخصصه لا يدل على ضعفه، فاقتماداً لا يعد ضعيفاً، كما يمكنه الاعتماد على صاحب الخبرة في غير مجال تخصصه³. أما الضابط الثاني فيتمثل في عدم تقرير الحماية للمهني غير المتخصص في مواجهة شركة صغيرة، حتى لا تضيع الحكمة التي من أجلها شرعت قوانين الاستهلاك⁴ (حماية الطرف الضعيف).

واعتماداً على ما سبق، يبدو لنا أن الاتجاه الوسط لمفهوم المستهلك، هو الخيار الأنسب في تحديد الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حتى تشمل الحماية فئة واسعة ممن هم فعلاً بحاجة للحماية ويُستبعد من الحماية من لا يستحقها، وفقاً لما جاءت به قوانين الاستهلاك.

¹ - فراس جبار كريم، المستهلك وأساليب توعيته في العقد، (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة 05، العدد 03، 2013، ص.253.

² - المرجع نفسه، ص.254.

³ - حسن عبد الباسط جمعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.12.

⁴ - فراس جبار كريم، المستهلك وأساليب توعيته في العقد، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.254.

ثانيا- موقف التشريعات من صفة المستهلك¹: تباينت التعريفات التي أوردتها التشريعات بشأن المستهلك ككتابين الفقه، فمنها من أخذت بالمفهوم المقيد للمستهلك (01)، ومنها من تبنى المفهوم الموسع للمستهلك (02)

01- تعريف المستهلك في التشريعات التي أخذت بالمفهوم المقيد للمستهلك: نذكر من هذه التشريعات التشريع الجزائري الذي أغفل في القانون رقم 89-02² المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، تعريفه، إلا أن نصوصه التطبيقية تولت ذلك، ومنها القانون رقم 90-39³ المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، بنص المادة 09/02 التي جاء فيها ما يلي: " كل شخص يقتني بئمن أو مجانا متوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطى أو النهائى لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

وقد اختلف الفقه بشأن هذا النص، إذ يرى منهم أن المشرع من خلاله اعتمد المفهوم المقيد للمستهلك من خلال هذا النص⁴، في حين رأى جانب آخر من الفقه أن المشرع أخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك من خلال عبارة "معدين للاستعمال الوسيطى أو النهائى"⁵.

فيما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن استعمال مصطلح "للاستعمال الوسيطى"، عبارة غامضة وردت في غير محلها، ومناقضة لما بعدها "لسد حاجات شخصية أو حاجات شخص آخر يتكفل به..."، فكيف يمكن التوفيق بين نقيضين هما الاستعمال لغرض مهني، والاستعمال لتلبية حاجات شخصية، فالمساواة بين هذين النقيضين يفقد قانون حماية المستهلك خصوصيته، ويخالف فلسفة تشريعه⁶.

إلا أنّ ما يبدو من خلال ما جاء به القانون رقم 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش أنه أخذ بالاتجاه الوسط للمستهلك، حيث خص بالحماية المهني الذي من يتعامل خارج نطاق تخصصه بالحماية نفسها التي منحها للمستهلك.

كما يظهر من عبارته أنه يشمل الأشخاص الاعتبارية، كالجمعيات والتعاونيات الخيرية، التي تقتني سلعاً وخدمات لتوزعها بالمجان على مستحقيها تشجيعاً لها، لأنها لا تسعى لتحقيق الربح، ولو استثناها من الحماية فلربما ستحجم عن أداء عملها الخيري.

¹ - المستهلك في اللغة: الاستهلاك: مادته الأصلية هلك، واستهلك المال: أفقده وأنفذه، وأهلكه: باعه، وهلك الشيء: هلكه وأهلكه واستهلك للتوسع أكثر يراجع: لسان العرب، المرجع السابق، المجلد 10، ص.505.

² - القانون رقم 89-02 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر المؤرخة في 1989/02/28، ج.ر، العدد 06.

³ - القانون رقم 90-39 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، ج.ر، العدد 02.

⁴ - موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.31.

⁵ - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، مصر، 2007، ص.ص.68-69. وشوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016، ص.379.

⁶ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006، ص.31.

أما القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فعرف المستهلك بنص المادة 02/03 كما يلي: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت للبيع ومجردة من كل طابع مهني". وبهذا، يبدو واضحا أن المشرع أخذ بالمفهوم المقيد للمستهلك، من خلال عبارة "مجردة من كل طابع مهني".

كما يظهر من خلال نص المادة أن المستفيد من الحماية هو مقتني السلعة أو المستفيد من الخدمة، ولكن الصياغة الفرنسية لنص المادة تُظهر استفادة مستعمل المنتج من الحماية من خلال عبارة "Acquiert ou utilise". وبهذا يكون اسقاط لفظ "يستعمل" من الصياغة العربية قد وقع سهوا لا قصدا، مما يشمل مستعمل المنتج من الحماية المقررة لمقتنيه.

أما قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03-09 المعدل والمتمم، فقد عرف المستهلك في المادة 01/03 كما يلي: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل بحمايته". يتضح من خلال هذا التعريف، أن المشرع قد أخذ بالمفهوم المقيد للمستهلك من خلال عبارة "الاستعمال النهائي".

أما عن إطلاقه لصفة المستهلك على الشخص الاعتباري، وبناء على ما ورد بنص المادة 49 من القانون المدني، يبدو أنه قصد بذلك الجمعيات والتعاونيات الخيرية من خلال لفظ "مجاني"؛ على اعتبار أن هذه الجمعيات الخيرية، عادة ما تحصل على السلع والخدمات بالمجان، بالنظر للنشاط الخيري الذي تمارسه، خاصة وأن النص جاء واسعا ليشمل كل التصرفات التي يقوم بها المستهلك؛ سواء كان التصرف عقد معاوضة أم عقد تبرع، من خلال عبارة "يقتني بمقابل أو مجانا"، وبهذا يكون المشرع قد أحسن صنعا بحمايته للجمعيات والتعاونيات الخيرية تشجيعا لها لما تقوم به من أعمال. ولا يقصد به باقي المؤسسات المذكورة في نص المادة 49 من القانون المدني، خاصة المؤسسات العامة منها، فطابع هذه الأخيرة والمؤهلات المخصصة لها؛ تغنيها عن الحاجة للحماية، وإلا تنتفي الحاجة لتشريع قوانين خاصة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، والاكتفاء بالقواعد العامة في ذلك. وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه أن المشرع قد أحسن صنعا عندما اعتبر الشخص الاعتباري مستهلكا بالنظر لما استقر عليه الفقه والقضاء عدم حصر الحماية على الشخص الطبيعي¹.

كما انتقد بعض الفقه اقتصار المشرع في تعريفه للمستهلك على عملية "الاقتناء" وأغفل عملية "الاستعمال" الذي يخص كل من يستعمل المنتج المقتني من عائلة المقتني².

¹ - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.344.

² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.384.

إلا أن النص صريح وواضح من خلال عبارة "...أو تلبية حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به" فالمرشح قد خص بالحماية كل من يدخل تحت كفالته، سواء كان إنسانا، أم حيوانا.

كما عرف المشرع الجزائري المستهلك بنص المادة 03/06 من قانون التجارة الإلكترونية رقم 05-18 كما يلي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

يتضح من خلال هذا التعريف احتفاظ المشرع بالمعنى الذي جاء به قانون حماية المستهلك وقمع الغش فيما أضاف للمستهلك لفظ "الإلكتروني"، وحصره في نطاق الاتصالات الإلكترونية، كما استثنى فئة المستهلكين الذين يدخلون تحت كفالته، وكان أولى به أن يشملهم بالحماية.

ومن خلال التعاريف السابق ذكرها، فيما يتعلق بموقف التشريع الجزائري بشأن مفهوم المستهلك، يتضح أن هناك تردد في تحديد مفهومه، إذ يظهر من القانون رقم 90-39 أخذه بالاتجاه الوسط للمستهلك، من خلال عبارة "الاستعمال الوسيط"، في حين أخذ بالاتجاه المقيد لمفهوم المستهلك من خلال القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، والقانون رقم 04-02 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 الذي يحدد الممارسات التجارية، وقانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05.

وهكذا يبدو موقف التشريع الجزائري المتباين بشأن تحديد صفة الشخص المقصود بالحماية، الأمر الذي يُصعب من مهمة القضاء عند الفصل في القضايا التي تتعلق بهذا الشأن، خاصة وأن القاضي الجزائري مطالب باحترام النص القانوني.

أما التشريع المصري، فقد عرف المستهلك بحسب ما ورد بنص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181-18 الذي ألغى القانون رقم 67-2006، حيث جاء نصها كما يلي: "كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية أو غير الحرفية أو غير التجارية، أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"، وأكد على هذا المعنى بنص المادة 05/01 من اللائحة التنفيذية رقم 822-209 لقانون حماية المستهلك رقم 181-2018 بالصياغة نفسها، وبهذا يكون القانون المعدل واللائحة التنفيذية له، قد احتفظا بالمعنى نفسه الوارد بنص المادة 03/01 من القانون الملغى.

في حين عرفه التشريع المغربي بالقانون رقم 08-31¹ المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك بنص المادة 02/02 كما يلي: "يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجاته غير المهنية منتجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

¹ - القانون رقم 03-11 الصادر في 18 فيفري 2011، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج.ر، العدد 5932، الصادرة بتاريخ 2011/04/07.

أما التشريع اللبناني فعرف المستهلك من خلال قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659-2005 حسب ما ورد بنص المادة 01/02 التي جاء فيها ما يلي: "المستهلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها، وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني"¹. فمن خلال هذا التعريف، يبدو أن التشريع اللبناني قد أخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك من خلال عبارة "لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني".

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فقد امتنع قبل سنة 2014 عن تقديم تعريف خاص بالمستهلك²، ونلاحظ ذلك من خلال ما ورد بنص المادة 01-35 من القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10/01/1978، المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين، إلى جانب القوانين التي لحقته، حيث جاءت متفرقة في نصوص مختلفة، ولم يتم تجميعها في قانون واحد حتى سنة 1993³، تحت اسم قانون الاستهلاك الفرنسي. وعلى الرغم من أن لجنة مراجعة قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995، اعتمدت المفهوم الضيق للمستهلك، واستبعدت المهني وغير المهني من الحماية؛ حيث استخدمت لفظي المستهلك والمهني فقط، وأسقطت لفظ "غير المهني"، بسبب الخلط الذي وقع فيه المشرع من قبل في القانونين الصادرين في سنة 1978 و1993، إلا أن المشرع بإصداره قانون الاستهلاك لسنة 1995⁴ خالف قرار اللجنة، واحتفظ بلفظ "غير المهني"، وذلك من خلال ما ورد بنص المادة ل.132-01 منه المتعلقة بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية، حيث أعاد استعمال العبارتين "غير المهنيين أو المستهلكين"، السابق ذكرهما، وبهذا يكون المشرع قد مد الحماية للمهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه وهذا ما يؤكد نيته وقصده من هذه الحماية⁵، حيث عد "غير المهني" طرفاً ضعيفاً يحتاج للحماية مثله مثل المستهلك ويبدو أن هذا الجمع في الصفة بين "غير المهني" و"المستهلك" يقصد به تحقيق الحماية وليس المعنى الاصطلاحي للفظين، حيث أن حرف "أو" من معانيه الجمع⁶ في اللغة، ويبدو أنه يفيد في هذه الحالة، مد الحماية لأكبر شريحة في المجتمع، وبهذا يكون التشريع الفرنسي قد أخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك.

¹ - قانون حماية المستهلك اللبناني، رقم 659 لسنة 2005.

² - Yves. P. et Hélène. D., droit de la consommation, armand colin, dalloz, 2005, p.20.

³ - Code de la consommation française modifié par la Loi n° 93-949 du 26 Juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), J.O.R.F. n° 171 du 27 Juillet 1993.

⁴ - Loi n° 95-96 du 1 Février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J.O.R.F. du 02 Février 1995.

⁵ - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.ص.327-328. وص.340.

⁶ - قد ذكر المتأخرون عدة معان لحرف العطف "أو" في حدود إحدى عشر معنى، وما يفيد في هذا المقام معنى "الجمع المطلق"، أي بمعنى "حرف الواو"، مثل قول الشاعر: "قوم إذا سمعوا الصريخ رأيتهم: ما بين ملجم مهرد أو سافع". للتوسع أكثر يراجع: إميل بديع يعقوب، معجم الإعراب والإملاء دار شريفة، ص.99. ومعجم الوسيط، دار الفكر، ج.01، ص.32. وإن كان بعض الفقه يأخذ بالرأي الذي يقول بأن حرف العطف "أو" لغة يقتضي المغايرة. للتوسع أكثر يراجع: إبراهيم صالح، حقيقة العيب الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي دار الطباعة المحمدية الأزهر، 1988، ص.46.

وبقي الحال على وضعه حتى سنة 2001¹، وسنة 2008، ولم يعرف مصطلح "المستهلك"، إلى أن صدر تعديل 2012، فاستعمل مصطلح "مشتري المنتج" في عمليات البيع عن بعد، بنص المادة ل.121-16، وفي البيع بالمنزل بالمادة ل.121-21، واستعمل مصطلح "الأشخاص" فيما يتعلق بالتدابير المتعلقة بالصحة والسلامة في المادتين ل.01-221 ول.01-212، وفي بعض النصوص استعمل مصطلح "المقترض" كما هو الحال في القرض الاستهلاكي بنص المادة ل.01-311، والقرض العقاري بنص المادة ل.01-312 إلى أن استعمل مصطلح "المستهلك"، في عدة مواد نذكر منها ما يلي: ل.01-114، ول.01-35 ول.83-121، ول.86-121، ول.01-122، ول.03-122.

على أن المشرع الفرنسي بعد طول انتظار، عرف المستهلك بمناسبة تعديله لقانون الاستهلاك رقم 344-2014، وذلك من خلال مادة تمهيدية، نصت على أنه: "في مفهوم هذا القانون يعتبر مستهلكا كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، أو الصناعي، أو الحرفي، أو الأعمال الحرة"². يتضح من خلال نص هذه المادة، أن المشرع الفرنسي لم يعتبر الشخص الاعتباري مستهلكا، كما أنه وبمفهوم المخالفة جعل المزارع مستهلكا حتى ولو تعامل خارج مجال تخصصه، وإن كان القضاء الفرنسي في إحدى قراراته قد استثنى المزارع من الحماية المخصصة للمستهلك، حيث اعتبر مزارعا تعاقد لأجل أعمال إدارية لها صلة مباشرة باختصاصه المهني، مهنيا³.

وقد احتفظ القانون الصادر في 2015 في مادته التمهيدية⁴، بالمعنى نفسه الذي ورد في تعديل 2014 فيما تطرقت الإصدارات اللاحقة لسنة 2015 لتعريف كل من المستهلك وغير المحترف.

ففي سنة 2016 وبموجب الأمر رقم 301-2016⁵ المتضمن الجانب التنظيمي لقانون الاستهلاك أعاد تنظيم قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث عرف المستهلك في الفقرة الأولى لمادته التمهيدية كما يلي: "كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، أو الصناعي، أو الحرفي، أو الأعمال الحرة أو الزراعي"⁶.

¹-Loi n° 2001-1062 du 15 Novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, J.O.R F. n° 266 du 16 Mai 2001, texte n° 01.

²-Art. Préliminaire dispose : « Au sens du présent code, est considéré comme un consommateur Toute personne physique qui agit à des fins n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale».

³-Cass. 2^{eme} Civ., du 26 mars 2015, n° 14-11599, Publié au bulletin en ligne. <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2015/JURITEXT000030409399> le 30/06/2016 a 18h23.

⁴-Art. Préliminaire dispose : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

⁵-Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation J.O.R F. n°64 du 16/03/2016.

⁶-Art. liminaire dispose « Toute personne physique qui agit à des fins n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

ويتبين من خلال هذه المادة، أن المشرع الفرنسي قد استبعد أصحاب النشاط الفلاحي من صفة المستهلك، إضافة للنشاطات الوارد ذكرها في تعديل 2015.

وفي الفقرة الثانية من المادة التمهيدية للأمر رقم 301-2016، عرف "غير المحترف" كما يلي: "كل شخص اعتباري يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، أو الصناعي، أو الحرفي، أو الأعمال الحرة أو الزراعي"¹. وبصدور قانون الاستهلاك رقم 203-2017 الذي تضمن المصادقة على الأمر رقم 301-2016، احتفظ المشرع الفرنسي بالتعريف نفسه لغير المحترف الوارد في تعديل 2016 بنص المادة 03 منه². وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد حسم الأمر فيما يتعلق بـ "غير المحترف"، حيث اعتبره شخصا اعتباريا يتعاقد خارج مجال اختصاصه، موافقا بذلك قرار محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 2016/06/15³. واحتفظ بالتعريفات السابقة لكل من المستهلك وغير المحترف في تعديله لقانون الاستهلاك الصادرين في 2019 و2021.

ويظهر مما سبق، أن المشرع الفرنسي قد تبني المفهوم الضيق للمستهلك، حيث استبعد كل من تعامل في إطار نشاطه التجاري، والصناعي، والزراعي، والأعمال الحرة، من الحماية المقررة للمستهلك، إلى جانب استبعاده الشخص الاعتباري، موافقا بذلك ما جاءت به التوجيهات الأوروبية، خاصة نص المادة الثانية منه، حيث ربط صفة المستهلك بعملية الاقتناء من أجل الاستعمال النهائي فقط.

أما التشريع الإنجليزي فعرف المستهلك بالقانون رقم 137-73 كما يلي: "الشخص الذي لا يتعاقد في عمل ينفذه ولكنه يتعامل مع الشخص الذي يقوم بتنفيذه".

أما التشريع البلجيكي فعرف المستهلك في القانون الصادر في 1993/07/14 في المادة 08/01 كما يلي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على أو يستخدم لأغراض لا تحمل الصفة المهنية منتجات أو خدمات معروضة في السوق".

أما بالنسبة للتشريع الأمريكي ووفقا لما ورد بقانون التجارة الموحد الأمريكي، فإنه لم يعرف المستهلك ولكنه حدد السلع الاستهلاكية بأنها: تلك السلع التي تشتري أو تستعمل للاستخدام الشخصي أو العائلي للأغراض المنزلية.

¹-Art. Préliminaire « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

²-Art. Préliminaire « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

³-« ...Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 2323-83 du code du travail que le comité d'entreprise assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés ou de leur famille ; que, lorsqu'il exerce cette mission légale, le comité d'entreprise agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, en sorte que, non-professionnel, il bénéficie des dispositions de l'article L. 136-1 du code de la consommation ; que, par ce motif de pur droit, substitué, selon les modalités de l'article 1015 du code de procédure civile, à ceux que critique le moyen, l'arrêt se trouve légalement justifié ». Cass 1^{er} du 15 juin 2016 n° 15-17369, Publié au bulletin. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2016/JURITEXT000032732372> le 05/07/2016 à 22h44.

أما التشريع الإسباني، فقد عرفه بنص المادة الأولى من قانون 1984/07/19 الخاص بالدفاع عن المستهلكين كما يلي: "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يمتلك، أو يستخدم، بوصفه المستهلك النهائي للأموال المنقولة أو العقارية، سلعا أو خدمات ولا يعتبر من قبيل المستهلكين، الأشخاص الذين يمتلكون أو يستهلكون سلعا أو خدمات بغرض إدماجها في عمليات الإنتاج أو التحويل أو التداول أو الأداء للغير من دون أن يكونوا المستهلكين أخيرا من تلك العمليات"¹.

ولالإشارة فإن بعض الفقه يرى أن هذا التعريف هو الأنسب والأفضل لتعريف المستهلك².

ومن جهتنا نؤيد هذا الرأي، لتوسيعه لمحل عقد الاستهلاك باشماله على العقار، وكان أحرى بباقي التشريعات أن يحدوا حذوه؛ بالنظر للتحويلات الحاصلة في مجال التعاملات العقارية، وما صاحبها من عوامل ساعدت على اتساع الهوة بين طرفي العلاقة العقدية في هذا المجال³.

أما بالنسبة للتشريعات الدولية؛ فقد كرس الاتجاه المقيد في تعريفها للمستهلك، ومنها اتفاقية بروكسل المنعقدة بتاريخ 1968/09/27، المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام القضائية في الجانب المدني والتجاري، فعرفت المستهلك حسب ما ورد نص المادة 13 منها كما يلي: "هو الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط يعد غريبا عن نشاطه المهني"⁴.

أما اتفاقية روما المنعقدة بتاريخ 1980/06/19 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فقد أشارت لمعنى المستهلك بنص المادة 01/05: "يطبق نص هذه المادة على العقود المتعلقة بتوريد منقولات مادية أو تأدية خدمات للمستهلك لاستعمالها في نشاط مخالف لنشاطه المعتاد، ولأجل الحصول على تمويل هذه العقود"⁵.

وأما التوجيه الأوروبي الذي يعد المصدر الأساسي لجل التشريعات الغربية، الصادر في 1993⁶ المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، فعرف المستهلك من خلال نص المادة 02/ب كما يلي: "كل شخص طبيعي وفي إطار العقود المتعلقة بنصوص التوجيه، يتصرف لأهداف لا تدخل في نشاطه المهني"⁷.

¹-Paisant.G, les nouveaux aspects de la lute contre les clause abusives, D.S, 1988, chron, p.255.

نقلا عن عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.21.

²- أحمد حمد محمود على خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، (دراسة مقارنة)، مصر، ص.43.

³- سيتم توضيح ذلك عند الكلام عن النطاق الموضوعي للعدول عن العقد في المطلب الثاني من هذه الرسالة.

⁴- نص المادة 13 من اتفاقية بروكسل:

"Inproceeding conerning a contact concluded by a person for a purpose whih can be regarded as being outside his trade or profession, hereinafter calde".

⁵- نص المادة 01/05 من اتفاقية روما :

"This Article applies to contract the object of which is The supp ; y of good "

⁶-Directive C.E.E. n° 95-13, 05 Avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E. 21 Avril 1993.

⁷-Art.02/b dispose : « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présent directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

أما التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20/05/1997¹ المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، فقد عرف المستهلك بنص المادة 02/02 بما يلي: "هو كل شخص طبيعي يتصرف لإشباع حاجاته لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري".

وأما التوجيه الأوروبي رقم 83-2011² الصادر في 2011، فقد حافظ على المعنى نفسه لتعريف المستهلك الذي جاء به التوجيه رقم 97-07، وقد عرفه بنص المادة 01/02 كما يلي: "المستهلك هو كل شخص طبيعي يبرم عقدا من تلك العقود التي تخضع لهذا التوجيه لأغراض لا تدخل في مجال نشاطه التجاري أو المهني أو المصنع التقليدي أو العمل الحر".

وأهم ما يلاحظ على هذه التعريفات الدولية، أنها أقصت الشخص الاعتباري من الحماية المقررة للمستهلك.

وفي هذا المعنى اهتمت الكونفدرالية الخاصة بالتنظيم العائلي للاتحاد الأوروبي "COFACE"³ بتحديد المستهلك موضحة ذلك، كما يلي: "يستحسن إعطاء تعريف موحد وواضح المعالم للمستهلك، لأن صفة "غير المهني" الذي يعتبره بعض الفقه مستهلكا يعترها الغموض، كما لا تستبعد هذه المنظمة الشخص الاعتباري من الحماية المقررة للشخص الطبيعي، كالمؤسسات الصغيرة حين تتعامل في مجال خارج نطاق تخصصها".

02- تعريف المستهلك في التشريعات التي أخذت بالمفهوم الموسع له: من بين التشريعات التي أخذت بالمفهوم الموسع للمستهلك نجد: التشريع التونسي إذ عرف المستهلك من خلال الفصل الثاني من قانون المستهلك رقم 117-1992⁴ كما يلي: "كل من يشتري منتوجا لاستعماله لغرض الاستهلاك". وهو النص الذي يبدو مبهما، إذ حتى المهني الذي يشتري سلعة لحاجاته المهنية الأصل فيها فقط، أن مصيرها النفاذ والاستهلاك.

¹-Directive 97/07 du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance (journal officiel n° L144 du 04 Juin 1997).

²-DIRECTIVE 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 25 octobre 2011, relative aux droit des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du conseil et de la directive 1999/44/CE du parlement européen et de conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du conseil et de la directive 97/7/CE du parlement européen et de conseil. Journal officiel de l'Union européenne, 22/11/20011, l 304/.

اطلع عليه يوم: 2017/06/03 على الساعة 11:08.

³-« Une définition unitaire du consommateur est en effet tout à fait souhaitable, encore faut il que cette définition soit claire la seule référence à l'activité non - professionnelle n'est probablement pas suffisante. Cette dernière activité n'étant pas elle - même définie. La COFACE n'exclut pas en principe les personnes morales comme pouvant bénéficier des règle de protection de consommation de même, les responsables de petites entreprises agissant à des fins qui ne sont pas rapport direct avec leur activité professionnelle de varient ils bénéficier d'une protection de même ordre ». Confédération Organisation Familiales de la L'union Européenne, www.coface-eu-org.

اطلع عليه يوم: 2018/05/06 على الساعة 15:15.

⁴-href="http://www.ashrfmshrf.com">www.ashrfmshrf.com

اطلع عليه يوم: 2019/02/26 على الساعة 15:30.

أما التشريع الفلسطيني، فقد أورد تعريفاً للمستهلك من خلال قانون حماية المستهلك، رقم 21 لسنة 2005¹، وفق نص المادة الأولى كما يلي: "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة".

أما بالنسبة للتشريع العراقي، فقد عرف المستهلك من خلال قانون حماية المستهلك العراقي رقم 01-2010² بنص المادة 05/01 كما يلي: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها".

من خلال هذا التعريف، يتضح التأثير الواضح للتشريع العراقي بالفقه الإسلامي، الذي لا يميز في الحماية بين المتعاقدين، على اعتبار أن الأصل في المعاملات أنها تقوم على الأمانة وحسن النية، وهي الصفات المفترضة في المسلم، فلفظ "الإفادة" لفظ عام يشمل الهدف الذي يسعى لتحقيقه التاجر من تجارته.

أما تشريع سلطنة عمان، فقد عرف المستهلك من خلال المرسوم رقم 81-2002³ المتعلق بحماية المستهلك بنص المادة 06/01 كما يلي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يشتري سلعة أو خدمة أو يستفيد من أي منهما".

وهو التعريف الذي جاء مطابقاً لما جاء به التشريع العراقي، يجعل الحماية عامة تشمل كل متعاقد بصفة عامة.

ثالثاً- شروط اكتساب صفة المستهلك: من خلال ما سبق بيانه بشأن تحديد النطاق الشخصي للعدول عن العقد، يمكن استخلاص الشروط اللازم توافرها لاكتساب صفة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، والمتمثلة في أن يكون المستهلك شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً (01)، وأن يكون محل العقد سلعة وخدمات (02)، وأن يهدف لإشباع حاجات شخصية بصفة نهائية أو وسطية خارج المجال المهني (03).

01- أن يكون المستهلك شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً: يبدو هذا الشرط بديهياً؛ على اعتبار أن الاتجاه الوسطي يمد الحماية للمهني الذي يتصف بصفة الضعف في مواجهة الطرف الآخر، فصفة الضعف، هي المعيار المتبع في تحديد صفة المستهلك، بغض النظر عن كونه شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وقد تم تبيان موقف جانب من الفقه والتشريعات التي تبنت هذا الرأي، ويبدو أنه الاتجاه الأنسب، كما سبق وأن بينا ذلك.

ومن جهة أخرى، ذهب جانب آخر من الفقه لإنكار إصباح صفة المستهلك على الشخص الاعتباري على اعتبار أن الجهات التي تديره تمتلك من الأدوات والمؤهلات؛ ما تجعل منه كند للطرف الآخر المتصف بالقوة الأمر الذي ينفي عنه صفة المستهلك، ضف لذلك فإن تبعات ما يترتب عليه من خسائر أو التزامات تقع على

¹ - قانون حماية المستهلك الفلسطيني، رقم 21 لسنة 2005، ج.ر، العدد 63.

² - قانون حماية المستهلك العراقي رقم 01-2010 الصادر في 08/02/2010، ج.ر، العدد 4143.

³ - المرسوم رقم 81-2002 المتعلق بحماية المستهلك الصادر في 01/09/2002، عمان، ج.ر، العدد 726.

ممثل القانوني¹. في حين يرى جانب آخر من الفقه أن وجود هذه الأدوات والمؤهلات لا يعني تخصيصها لأغراض مهنية، بقدر ما تعتبر كشروط يتطلبها اكتساب الشخصية المعنوية، ويضيف الفقه نفسه أنها وسائل يمنح من خلالها الأهلية لممارسة تصرفاته القانونية، والتي يفترض أن تكون عقود الاستهلاك من ضمنها، ويضيف في تعقيبه على الرأي الأول، أن وجود الممثل القانوني للشخص الاعتباري لا يختلف عن الممثل القانوني للشخص الطبيعي بصفته وصيا أو وليا؛ إذ لا يمنع هذا التمثيل صفة الاستهلاك عن الشخص الطبيعي؛ فما المانع من عدم إضفاء صفة المستهلك على الشخص الاعتباري بالرغم من اشتراكهما في العلة نفسها².

02- أن يكون محل العقد سلعا وخدمات: وفي هذا الصدد يرى البعض أن استعمال كلمتي السلع والخدمات يبين أن مفهوم المستهلك يغطي مجالا واسعا، وينطبق على حالات متعددة، وأن جميع الأموال والأشياء يمكن أن تكون موضوعا من موضوعات الاستهلاك، عندما تستعمل لغرض غير مهني، كما لا يجب حصر المواد المعدة للاستهلاك في تلك المواد التي تستهلك لأول مرة، كالمأكولات والمشروبات، وإنما تمتد لتشمل السلع التي تستهلك بالمدى الطويل؛ كالسيارات، والآلات المنزلية³، أما بالنسبة للخدمات، فيقصد بها جميع الأداءات التي تقوم بمال⁴.

03- أن يهدف لإشباع حاجات شخصية بصفة نهائية أو وسطية خارج المجال المهني: يعد هذا الشرط أساس تقرير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية؛ باعتباره المعيار الذي اعتمده كل من الفقه والتشريعات للفرقة بين الطرف الضعيف والطرف المقابل له. فلكي يتصف أحد طرفي العلاقة العقدية بصفة الضعيف، يجب أن يكون مستهلكا نهائيا بالمفهوم الاقتصادي، أي أن لا تكون له نية المضاربة وتحقيق الربح⁵، ويدخل في نطاق الحاجات الشخصية للمستهلك ما يقتنه لحاجات عائلته⁶.

وبالنظر لما سبق ذكره بخصوص النطاق الشخصي للعدول عن العقد، يتضح أن فكرة الضعف الملازمة للمستهلك حسب ما جاء به الفقه؛ وما لحقه من تشريعات، وضعية تقوم على التفاوت الاقتصادي والفني والمعرفي، وهي الصفة التي تلازم المستهلك؛ سواء وفقا للاتجاه المقيد له، أم الموسع للمستهلك، والاتجاه الوسط بينهما.

غير أن ما يبدو أن الاتجاه الوسط، هو الاتجاه الأنسب لتحديد صفة المستهلك، وبهذا فالمهني الذي يتعامل خارج نطاق تخصصه، يعد ضعيفا مقارنة بمن يتعامل معه، لأجل ذلك فهو يحتاج للحماية، لا يجب

¹-Stricler, la protection de la partie faible en droit civil, sur le site : www.iej.u.strabg.fr/fpartiefaible.civ اطلع عليه

يوم : 2018/01/04 على الساعة 15:32.

²- سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نظرات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم 01 لسنة 2010، دراسة مقارنة، بدون دار النشر، العراق، جامعة بابل 2010، ص.79.

³- المهدي ابن شقرون، حماية المستهلك في عقد البيع عن بعد، الاخراج الفني والطباعة، المغرب، 2015، ط.01، ص. 40، الهامش رقم 78.

⁴- المرجع نفسه.

⁵- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص.99. و

Jean calais. A et Henri. T, droit de la consommation, 8éd, DALLOZ, 2010, p.08.

⁶-Ibid, p.p.08-09.

حرمانه منها، وعليه، فليس من العدل تقرير الحماية لمالك شركة ضخمة في مواجهة مهني بسيط، كما اتضح أن سبب التباين في مفهوم مصطلح "المستهلك"، هو محاولة كل اتجاه، احترام السياسة التشريعية المتبع في النظام القانوني الذي يتبعه، إلى جانب اختلاف الأسس، والمبررات، والزوايا التي ينظر منها للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ودليل ذلك موقف كل من التشريع الجزائري، والفرنسي غير الثابت من المستهلك.

وفي المعنى السابق، يرى بعض الفقه¹ أن الحماية المقصودة من تشريعات الاستهلاك، لا تقصد أبدا الفصل بين طائفة المستهلكين والمهنيين، إذ من مصلحة كل طرف أن يبرم تصرفات قانونية لأجل الحصول على غذاء أو اقتناء سيارة أو اقتراض مال لتأمين ذلك، فالتاجر الذي يشتري سيارة لاستعماله العائلي، يتصف بصفة المستهلك، فقوانين الاستهلاك يجب أن لا ترتبط بطائفة من الأفراد على حساب آخر، بل يجب أن تهتم بالوصف القانوني للتصرفات التي يبرمها الفرد.

وفي المقابل، نجد أن فقهاء الفقه الإسلامي قد أضفوا نطاق الحماية على كل متعاقد يكون بحاجة لحماية في ظل احترام مبادئ وأسس الشريعة الإسلامية، وعلى رأسها أخلاق المعاملات المفروضة شرعا على كل فرد. ويبدو أن سبب اختلاف الفقه والتشريع الوضعي عن الفقه الإسلامي، بشأن مفهوم المستهلك، يعود لاختلاف المورد القانوني الذي تشعب منه كل منهما، ضف لذلك صفة القصور وعدم الكمال التي تلازم التشريع الوضعي، النظر لما هو عليه الوضع في الفقه الإسلامي، حيث العدل والإنصاف من مميزات الشريعة الإسلامية التي نهل منها الفقه الإسلامي، فكل متعاقد يتلقى الحماية حسب الحالة القانونية التي يتصف بها في تصرفاته القانونية. وعلى هذا الأساس، تقررر الحماية للمستهلك في العلاقة العقدية لاتصافه بالضعف الفني والمعرفي والمالي مقارنة بمن يتعامل معه.

ويجب التأكيد بأن الضعف المقصود في هذه الحالة - الحق في العدول عن العقد - هو ما سببته التطورات التقنية والفنية والمعرفية، وليس الضعف الشخصي المرتبط بمراحل تطور الفرد - أحكام الأهلية وعوارضها -، إذ نجد أن من يتعاقد مع مختص في برمجة أجهزة الإعلام الآلي، يتصف بالضعف من الجانب المعرفي والفني، مقارنة بالطرف الآخر الذي يتصف بالقوة المعرفية والفنية في مجال تخصصه.

وبهذا، فالاهتمام الذي حظي به الطرف الضعيف (المستهلك) على حساب الطرف القوي في العقد أملتته ظروف وعوامل رافقت كل المراحل الملازمة للعملية التعاقدية، من مرحلة التفاوض لمرحلة تنفيذ العقد، جعلت من أحد طرفي العقد طرفا ضعيفا مقارنة بالطرف الآخر، فاستدعت الضرورة تقرير حماية خاصة له، وفقا لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات".

وتأسيسا على ما تم بيانه، خاصة في ظل تضارب الآراء بشأن المستهلك بين مضيق، وموسع، وبن من انتهج المفهوم الوسط بينهما، يجب إعطاء مفهوم موحد له باعتباره محور تشريعات الاستهلاك.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 08-13.

الفرع الثاني: المجال الشخصي للرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي

إذا كان كل من الفقه والتشريع الوضعي رأى أن العلاقة العقدية قد اختلت بين طرفي العقد، وأصبحت تتكون من طرف قوي فنيا واقتصاديا، وآخر طرف ضعيف يحتاج للحماية، فإن فقهاء الفقه الإسلامي، لم يفرقوا في الحماية بين مستهلك، ومهني أو غير مهني، لأن الشريعة الإسلامية وضعت أسس ومبادئ عامة للمعاملات¹. فلفظ "المستهلك" لم يعرف عند فقهاء الفقه الإسلامي، إلا أن أحكام الشريعة الإسلامية، تناولت تنظيم حياة الأشخاص ضمن إطار حمائي يحرم الغش والخداع، اعتمادا على ما جاء به القرآن الكريم كقوله تعالى: "وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ"². فأخذ المال إما أن يكون باختيار، أو بغير اختيار كالإرث، والذي بالاختيار إما أن يؤخذ قهرا أو بالتراضي والمأخوذ قهرا³ إما يكون لسقوط عصمة الملك كالغنائم أو لاستحقاق الأخذ، كالزكاة بالنسبة للمتمتعين والنفقات الواجبة عليهم، والمأخوذ تراضيا إما أن يؤخذ بعوض كالبيع والأجرة، وإما أن يؤخذ بغير عوض كالهبة والوصية؛ فيحصل من هذا التقسيم أقسام ستة الأول: ما يؤخذ من غير مالك كنييل المعادن، وإحياء الموت والاصطياد، فهذا حلال بشرط أن لا يكون المأخوذ محتصا بذني حرمة من الآدميين، فهذا مجامع مداخل الحلال وكتب الفقه مشتملة على تفاصيلها فكل ما كان كذلك كان مالا حلالا، وكل ما كان بخلافه كان حراما، والثاني المأخوذ قهرا ممن لا حرمة له، وهو الفبيء، والغنيمة، وسائر أموال الكفار والمخاريين وذلك حلال للمسلمين إذا أخرجوا منه الزكاة، والثالث: ما يؤخذ قهرا باستحقاق عند امتناع وجب عليه فيؤخذ دون موافقته، والرابع: ما يؤخذ بالتراضي بعوض شريطة مراعاة شروط المتعاقدين، الخامس: ما يؤخذ بالرضا من غير عوض مثل ما هو عليه الحال في الهبة مع مراعاة شروط التعاقد، ولم يلحق ضرر بالغير، والسادس: ما يحصل بغير اختيار كالميراث، وهو حلال إذا كان الموروث قد اكتسب المال من بعض الجهات الخمس على وجه حلال، ثم كان ذلك بعد قضاء الدين، وتنفيذ الوصايا، وتعديل القسمة بين الورثة، وإخراج الزكاة والحج والكفارة إن كانت واجبة⁴. فالمال إما أن يكون لغيره أو له، فإن كان لغيره كانت حرمة لأجل الوجوه الستة المذكورة، وإن كان له فأكله بالحرام أن يصرف إلى شرب الخمر والزنا واللواط والقمار أو إلى السرف المحرم⁵، وكل هذه الأقسام داخلية

¹ - إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص.43.

² - سورة البقرة، الآية رقم 188.

³ - المأخوذ قهرا ممن لا حرمة له، وهو الفبيء، والغنيمة، وسائر أموال الكفار والمخاريين، وذلك حلال للمسلمين إذا أخرجوا منه الخمس، وقسموه بين المستحقين بالعدل، ولم يأخذوه من كافر له حرمة وأمان وعهد، والثالث: ما يؤخذ قهرا باستحقاق عند امتناع من عليه فيؤخذ دون رضاه، وذلك حلال إذا تم سبب الاستحقاق. للتوسع أكثر يراجع: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، مفاتيح الغيب، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ج.05، ط.03، ص.ص.279-208.

⁴ - أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، مفاتيح الغيب، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ج.05، ط.03، ص.ص.279-280.

⁵ - المرجع نفسه.

تحت قوله تعالى: "وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ"، وكرر هذا النهي في مواضع من قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ"¹.

وهذا يفيد أن النداء عام، لا يخص التجار فقط - المهنيين - ولا المستهلكين فقط، فتحريم أكل أموال الناس عام وشامل لكل الأصناف المعروفة في الفقه والقانون الوضعي، فلم يفرق بين الشخص الطبيعي، والشخص الاعتباري في تطبيق أحكامه من حيث الحماية².

وإلى جانب ذلك، ما ورد بسورة المطففين، إذ قال تعالى: "وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزِنُوهُمْ يُخْسِرُونَ أَلَا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ لِيَوْمٍ عَظِيمٍ يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ"³. ويقصد بالمطففين من ينقصون الناس، ويخسونهم حقوقهم في الكيل والميزان، مما يجب الوفاء به؛ فالمطفف هو المقلل من حق صاحب الحق عما له من الوفاء والتمام في كيل أو وزن؛ ومنه قيل للقوم الذي يكونون سواء في حاسبة أو عدد: هم سواء كطف الصاع، يعني بذلك: كقرب الممتلئ منه ناقص عن الملء وبنحو الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل⁴، فهم الذين يغشون المشتريين والمستهلكين، عبر البخس والغش في المكيال والميزان، حيث توعدهم رب العباد بعذاب أليم.

فالتشريع الإسلامي يسعى لحماية الفرد بصفة عامة، وبين أول دعائم تلك الحماية للفرد، والأمثلة كثيرة في هذا الإطار تدل على حماية الفرد بصفة عامة، نذكر قول الله تعالى: "وَمِنَ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ"⁵، إلى جانب ما ورد في قوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ"⁶، وقوله أيضا: "وَإِلَىٰ مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنِّ إِلَهٍ غَيْرُهُ قَدْ جَاءَتْكُمْ بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ"⁷، وفي موضع آخر قال المولى عز وجل: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ

¹ - سورة النساء، الآية رقم 29.

² - إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 44.

³ - سورة المطففين، الآيات من 01 - 06

⁴ - محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 2001، ج. 24، ط. 01، ص. 185.

⁵ - سورة آل عمران، الآية رقم 75.

⁶ - سورة الأنعام، الآية رقم 152.

⁷ - سورة الأعراف، الآية رقم 85.

تَعْلَمُونَ" ¹، وقال كذلك: "وَيَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ" ².

وأضاف في موضع آخر تأكيد الحماية للمتعاقد بصفة عامة: "أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ وَزِنُوا بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ، وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ" ³، وقول كذلك: "اللَّهُ الَّذِي أَنْزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ وَمَا يُدْرِيكَ لَعَلَّ السَّاعَةَ قَرِيبٌ" ⁴، وفي المعنى ذاته جاء قوله تعالى: "وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ، أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ، وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ" ⁵.

والأمر نفسه، بالنسبة للسنة النبوية، فقد وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم، قواعد حمائية لجميع أفراد المجتمع، دون تخصيص نوع بحماية خاصة دون غيره، وقد ورد عن مالك، عن عبد الله بن دينار، عن عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما: ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا بَايَعْتَ فُقُلًا لَا حِلَابَةَ" ⁶.

ويبدو من خلال الحديث أن الرجل كان تاجرا، وبالرغم من ذلك خص بالحماية، لأنه غبن، والأمر نفسه بالنسبة لباقي الأفراد، وبهذا فالحماية في الشريعة الإسلامية لا تخص الفرد، لكونه مستهلكا فقط، بل تخص كل متعاقد بغض النظر عن صفته ⁷. وقد وردت عدة أحاديث أخرى تهدف للحفاظ على التوازن والمساواة بين طرفي العلاقة العقدية تحذر من الغش والخداع، منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الْأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ" ⁸، وقال كذلك "أَلَا يَخْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ" ⁹. فالدين الإسلامي حرص على التوزيع العادل للثروة، فمنع حبسها عند مصدر واحد، أو مصادر محددة تحتكر السلع، والخدمات، وتتحكم فيها وفقا لما ورد في قوله تعالى: "مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ" ¹⁰.

¹ - سورة الأنفال، الآية رقم 27.

² - سورة هود، الآية رقم 85.

³ - سورة الشعراء، الآيات رقم 181-183.

⁴ - سورة الشورى، الآية رقم 17.

⁵ - سورة الرحمن، الآيات رقم 07-09.

⁶ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع، رقم الحديث: 2117، ص.509. ورواه مسلم في الصحيح كتاب: البيوع، باب: من يخدع في البيع، رقم الحديث: 1533، ص.665.

⁷ - إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.44-45.

⁸ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي صلى الله عليه وسلم إياهم، رقم الحديث: 1209، ص.255.

⁹ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في النهي عن الحكرة، رقم الحديث: 3447، ص.438.

¹⁰ - سورة الحشر، الآية رقم 07.

وإضافة لما سبق ذكره، فقد أسست الشريعة الإسلامية لما يعرف بنظام الحسبة، لحماية الفرد في المعاملات، وقد سمّاها بعض الفقه بالحماية الإجرائية والوقائية، وفق ما يعرف بأجهزة حماية المستهلك في القوانين الوضعية، والحسبة نظام ردع وضع لضبط المعاملات، فهي تحول دون وقوع كل ما يحدث خللاً أو يلحق ضرراً بالمجتمع والفرد معاً¹. ويعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، أول محتسب في الإسلام، فعندما وجد رجلاً وضع الطعام الجيد فوق الطعام الرديء قال له: "مَنْ عَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي"². وبهذا فنظام الحسبة يحقق الأمن والنظام في الأسواق، من خلال قمع الغش والكذب والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وإن كان بعض الفقه الحديث، قد استعمل لفظ "المستهلك"، وعرفه بأنه: "من يستعمل المنتجات لإشباع حاجات إنسانية، سواء أكان الشيء موضوع استهلاك مما يغني في استعمال واحد، كالمأكل والمشروب، أو كان ممّا لا يفنى إلا باستعمالات متعددة كالملبس..."³. إلا أن ما يبدو من خلال هذا التعريف، أنه لم يحدد صفة المستهلك بوجه خاص، بل جاء النص عاماً يشمل كل متعاقد يكون في موطن ضعف.

وبالرغم من إقرار الشريعة الإسلامية للملكية الفردية، إلا أنها لم تتركها دون قيد، مثل ما فعل النظام الرأسمالي، ولم تكن نظاماً اشتراكياً خالصاً، حسب ما جاء به أنصار المذهب الاشتراكي، بل هي نظام آخر يسعى لتحقيق الخير لجميع الأفراد على حد السواء⁴، وبهذا فقد أسست الشريعة الإسلامية قاعدة اقتصادية فذة في التخطيط الاقتصادي والتنظيم المحكم للنشاط الإنتاجي، عن طريق الابتعاد عن الكسب الحرام القائم على الغش والخداع بين طرفي العقد، كما سعت للتوزيع العادل للأجور، وبهذا تعد وسطية الإسلام الذي نهل منه فقهاؤه السبب الرئيسي في تحقيق التوازن بين طرفين متقابلين، حتى لا ينفرد أحدهما بالتأثير على الآخر⁵، فحرية الإرادة لم تترك مطلقة، بل قيدت بما يخدم الصالح العام، على اعتبار أن الفردية، أو الغنى، يمثلان مصدر خطر وانحراف للإسلام يربط بين الترف والهلاك كعقوبة⁶.

فالشريعة الإسلامية من خلال مصادرها، أسست معالم عامة لفقه المعاملات، شملت كل حاجيات الفرد وصنفتها حسب أهميتها، ووضعت من التشريعات العملية ما يضمن تحقيق التوازن والمساواة، بالسعي لاستقرار السوق الإسلامية، وحمايتها من التصرفات التي تؤدي لاضطرابها، كتحریم الربا، والاحتكار، بالإضافة لبعض البيوع

¹ - إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 281.

² - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: الإيمان، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا، رقم الحديث: 102، ص. 57-58.

³ - محمد حبيب التحكاني، المرجع السابق، ص. 09.

⁴ - إبراهيم الأخرس، حماية المستهلك بين مقاصد الشريعة والفكر الاقتصادي الوضعي، دار إتراف للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2012، ط. 01، ص. 60.

⁵ - إبراهيم الأخرس، حماية المستهلك بين مقاصد الشريعة والفكر الاقتصادي الوضعي، المرجع السابق، ص. 62.

⁶ - المرجع نفسه، ص. 64.

مثل بيع النجش¹ وبيع الحاضر للبادي، وبيع الملامسة والمنازدة، وتلقي الركبان، والبيع على بيع الغير، والشراء على شراء، وبيع الغرر، كما حرم الغش والتدليس، وكل تصرف يؤدي لأكل أموال الناس بالباطل، فألزمت كل طرف بتحري الصدق والعدل والنصح للآخر²، وفقا لقوله تعالى: "وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا"³. وقوله تعالى: "وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"⁴.

إلى جانب ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَّهُ لَهُ"⁵. وقوله كذلك: "مَنْ بَاعَ عَيْبًا لَمْ يَبَيِّنْهُ، لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ، وَلَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ"⁶، وقوله أيضا: "لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَبِيعَ شَيْئًا إِلَّا بَيَّنَّ مَا فِيهِ، وَلَا يَحِلُّ لِمَنْ عَلِمَ ذَلِكَ إِلَّا بَيَّنَّهُ"⁷.

وبناء على ما سبق، يظهر أن الفقه الإسلامي لم يقرر حماية لطرف على حساب الآخر، على اعتبار أن الحماية مقررة لكل طرف يجد نفسه في موطن ضعف، وبهذا يمكن القول إن فقهاء الفقه الإسلامي، واعتمادا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، يأخذون بالاتجاه الموسع للمستهلك على إطلاقه، إذ أن كل طرف في العلاقة العقدية، يكون في موطن ضعف مقارنة بالطرف الآخر، يعد طرفا ضعيفا يحتاج للحماية، وبذلك فإن حق الرجوع عن العقد يكون لكل طرف يكون في موطن ضعف في العلاقة العقدية.

المطلب الثاني: المجال الموضوعي للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

باعتبار أن العدول عن العقد يمثل استثناء عن القوة الملزمة له، ولأن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه، كان لزاما أن لا يشمل النطاق الموضوعي للعدول عن العقد، كل العقود التي يرمها الشخص وسنبحث في هذا المجال النطاق الموضوعي وفقا لما جاءت به قوانين الاستهلاك (الفرع الأول)، وبعدها بحث ما جاءت به القواعد العامة والفقه الإسلامي (الفرع الثاني)، وأخيرا سيتم تحديد المحل الذي يرد عليه العدول وفقا لتشريعات الاستهلاك (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المجال الموضوعي للعدول عن العقد وفقا لما جاءت به تشريعات الاستهلاك

يشمل المجال الموضوعي للعدول عن العقد وفقا لما جاءت به قوانين الاستهلاك، جملة من العقود التي يمكن للعدول عنها بالإرادة المنفردة للمستهلك بسبب تسرعه في إصدار رضاه (أولا) والاستثناءات الواردة عليها والتي تشمل العقود المستثناة من الحماية (ثانيا).

¹ - بيع النجش هو مدح السلعة وطلبها بثمن معين ثم لا يشتريه لنفسه، ولكن ليعم غيره فيزيد فيثمنه للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.233.

² - محمد أحمد أبو السيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004، ط.01، ص.ص.16-17.

³ - سورة الإسراء، الآية رقم 35.

⁴ - سورة الأنعام، الآية رقم 152.

⁵ - رواه ابن ماجة في السنن، باب: من باع عيبا فليبينه، الحديث رقم: 2246، ص.755.

⁶ - رواه ابن ماجة في السنن، باب: من باع عيبا فليبينه، الحديث رقم 2247، ص.755.

⁷ - صهيب عبد الجبار، الجامع الصحيح للسنن والمسانيد، باب حكم الإعلام بالعيب، ج.33، ص.442.

أولاً- العقود التي يمكن العدول عنها بالإرادة المنفرد للمستهلك: أوردت تشريعات الاستهلاك التي تناولت أحقية المستهلك في العدول عن العقد، مجموعة من العقود يمكن فيها للمستهلك العدول عن العقد الذي أبرمه وقام بتنفيذه، وتعرف هذه العقود بعقود الاستهلاك؛ وتتمثل في توريد أو تقديم مال أو خدمة، من طرف منتج أو مهني، ومتلقيها يكون مستهلكا، وهو الفرد العادي الذي يرغب في إشباع حاجاته الشخصية والعائلية، بغض النظر عن نشاطه التجاري أو المهني. مما يعني أن جميع أفراد المجتمع هم من المستهلكين وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة¹، نذكر منها العقود التي تتم عن بعد (01) والعقود التي تتم في المنزل (02)، ثم عقود الائتمان (03).

01- العقود التي تتم عن بعد (عقد البيع على الخط): العقد الذي يبرم عن بعد، هو العقد الذي لا يجتمع فيه المتعاقدان، فهو يتميز بعدم الحضور المادي للطرفين؛ حيث تنتقل فيه عبارات الإيجاب والقبول عن بعد بوسائل مختلفة كالهاتف، والتلفاز، أو أية وسيلة أخرى مسموعة أو مرئية²، مثل الفاكس، والتليكس، والإنترنت، وجهاز المائتل الذي لجأت إليه فرنسا كبديل عن الإنترنت، وهي الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقد الإلكتروني³. وبهذا فقد اتسع مدلول العقد الإلكتروني ليشمل كل العقود المبرمة بوسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني، سواء كانت مسموعة كالهاتف، أم مكتوبة كالفاكس والتليكس، أم مسموعة ومرئية كشبكة "الواب سبت"⁴.

ومن جهة أخرى، عرف بعض الفقه التجارة الإلكترونية كما يلي: "كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"⁵، وأضاف أن التعريف يتسع ليشمل كل التقنيات الحديثة المتوفرة حاليا ومستقبلا لإبرام عقود التجارة الإلكترونية، بكل أنواعها من سلع وخدمات، وغيرها من تقنيات وبرامج⁶.

واعتمادا على ما سبق بيانه، تتضح العلاقة بين العقد الإلكتروني ومعاملات التجارة الإلكترونية، وهي علاقة تكامل، فالتعاقد الإلكتروني يسهل معاملات التجارة الإلكترونية خاصة الدولية منها.

وقد نظم المشرع الفرنسي البيع عن بعد من خلال القانون رقم 88-21 الصادر في 06/01/1988⁷ المتعلق بالبيع عن طريق التلفاز بنص المادة ل.121 كما يلي: "كل بيع أو توريد أو تقديم خدمة ينقذ دون حضور مادي متزامن للأطراف، بين المستهلك والمهني، يستعمل في إبرامه وسيلة أو عدة وسائل من وسائل

¹ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ط.01، ص.45.

² - بن جديد فتحي، حق المشتري في التراجع عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد، مجلة القانون، المركز الجامعي بغيليزان، الجزائر، العدد 04، ديسمبر 2014، ص.79. وإلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.75.

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.75.

⁴ - محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.273.

⁵ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.49.

⁶ - المرجع نفسه.

⁷ -Loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de « télé-achat », JORF n° 0005 du 07/01/1988, www.legifrance.fr.

الاتصال عن بعد"¹، وبصدور المرسوم رقم 741-2001² أعاد تنظيم التعاقد عن بعد بتعديل قانون الاستهلاك، حيث عرف العقود التي تتم عن بعد بنص المادة ل.121-16 كما يلي: "كل بيع لمال أو خدمة يبرم دون الحضور المادي والمعاصر لكل من المستهلك والمهني باستعمال وسيلة أو عدة وسائل من وسائل الاتصال عن بعد"³.

أما التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر بتاريخ 1997/05/20⁴، فعرف العقود التي تتم عن بعد بنص المادة 02 كما يلي: "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه".

أما التوجيه الأوروبي الصادر في 1998/05/20 فقد عرف العقود التي تتم عن بعد بنص المادة 02 كما يلي: "كل عقد يتم بين المورد والمهني والمستهلك في مجال البيع وأداء الخدمات عن بعد بواسطة وسائل متعددة، وأيا كانت وسيلة الاتصال بما فيها التعاقد عبر شبكات الانترنت"⁵، وهو التعريف الذي احتفظ به التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 في المادة 07/02

من خلال هذه النصوص، يتضح أن من أهم العقود المقصودة، هي العقود الإلكترونية؛ فالعقد الإلكتروني⁶ هو العقد الذي يتم بين طرفين بواسطة وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد⁷.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فنذكر بعض التشريعات تناولت العقد الإلكتروني بصفته عقدا يتم عن بعد، منها التشريع الجزائري من خلال رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث عرف العقد الإلكتروني في نص المادة 03/06 منه ما يلي: "العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425

¹-Art. 1. 121 dispose : « toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ».

²-Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, www.legifrance.fr.

³-Art. 1. 121- 16 dispose : « les dispositions de la présente section s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance »

⁴-Directive 07-97 du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance (journal officiel n° L144 du 04 Juin 1997).

⁵-Art.02 définir le contrat à distance comme : « tout contrat concernant des bien ou services, conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de service à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication du contrat, y compris la conclusion du contrat elle- même ».

⁶ - وقد اختلف الفقه بين كون العقد الإلكتروني هو عقد إذعان أم عقد استهلاك، إلا أن ما يبدو أنه لا يمكن اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بصفة مطلقة لأن عقد الإذعان يتطلب توافر الشروط الثلاثة، وإن كان الغالب في العقود الإلكترونية هي عقود إذعان. للتوسع أكثر يراجع: إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.ص.45-47.

⁷ - عبد الرحمان حلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث للعلوم الإنسانية، المجلد 28، العدد 01، 2013، ص.ص.04-24.

الموافق ل 2 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه، باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني...¹، كما بينت المادة 13 من القانون نفسه المعلومات الواجب توافرها في العقد الإلكتروني، جاء فيها ما يلي: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:

- الخصائص التفصيلية، للسلع أو الخدمات،
- شروط وكيفيات التسليم،
- شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع،
- شروط وكيفيات الدفع،...".

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فقد كان من أوائل التشريعات التي أصدرت قانون التجارة الإلكترونية من خلال القانون رقم 83-2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية وتطرق للعقد الإلكتروني بالفصل 02 الذي جاء فيه ما يلي: "يقصد في مفهوم هذا القانون ب:

- المبادلات الإلكترونية: المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية...".
- وأضاف بالفصل 25 ما يلي: "يجب على البائع في معاملات التجارة الإلكترونية أن يوفر للمستهلك طريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية:
- هوية وعنوان وهاتف والبائع أو مسدي الخدمات.
- وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة...".

أما التشريع الأردني، فتناول العقد الإلكتروني من خلال القانون رقم 58-2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، بنص المادة 02 كما يلي: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا".

أما التشريع المغربي فتناول العقد الإلكتروني بنص المادة 26 منه التي جاء نصها كما يلي: "... على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا عن بعد أو يقترح بواسطة إلكترونية توريد منتج أو سلعة أو تقديم خدمة للمستهلك، كما تطبق هذه المقتضيات على كل عقد ينتج عن هذه العملية بين مستهلك ومورد بواسطة تقنية الاتصال عن بعد...".

وبالمعنى نفسه جاء التشريع العماني رقم 659-2005 في الفصل العاشر منه بالمادة 51 التي تنص على ما يلي: "ترعى أحكام هذا الفصل العمليات التي يجريها المحترف عن بعد...، لاسيما تلك التي تتم... أو عبر الهاتف أو الإنترنت أو أي وسيلة أخرى معتمدة لذلك". وبالمادة نفسها استثنى بدوره العمليات المالية والمصرفية والبيع بالمزاد العلني والعمليات التي تتناول أموالا غير منقولة.

¹ - وبالرجوع لنص المادة 04/03 من القانون رقم 04-02¹ المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجد أنها عرفت العقد كما يلي: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة، أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير فيه...". يبدو من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان.

ومن بين البيوع التي يشملها هذا النوع من العقود، البيوع التي يتم بالمراسلة؛ سواء تمت بالطرق التقليدية كإرسال خطابات بالبريد، أو بواسطة المجلات، أو عبر التيلكس، أم تمت بوسائل الاتصال الحديثة كالحاسوب¹. وما تجب الإشارة إليه، أن العقد الإلكتروني؛ عادة ما يتم بين محترف ومستهلك، ويتصف بالطابع الدولي، وقد كيفه أغلب الفقه بأنه من عقود الإذعان، بناء على أنه إذا كان عقد الاستهلاك العادي غالبا ما يعد من عقود الإذعان فمن باب أولى أن يعد عقد الاستهلاك² الإلكتروني عقد إذعان³.

ويعد السبب في تشريع حق العدول عن العقد في مثل هذا النوع من العقود، قصور القواعد العامة في تقرير حماية مناسبة للمستهلك في حال تعاقدته بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، وانتشار التجارة الإلكترونية التي أثرت بشكل كبير على النظام القانوني للعقود الكلاسيكية، خاصة وأن القبول في مثل هذه العقود يتم بمجرد الضغط على زر، والذي قد يقع سهوا فيتم إبرام العقد من طرف المستهلك؛ وقد يكون في غير مصلحته. أما بالنسبة لمرحلة تنفيذ العقد، وبالنظر لما يصاحب هذه المرحلة من مشاكل، كقلة قلة الأمان، وعدم رؤية المبيع في عقد البيع رؤية حقيقية؛ والاعتماد على وصف السلعة، أو رؤيتها عبر شاشات الحاسوب، لا تمثل رؤية حقيقية فيبرم المستهلك عقدا بإرادة ورضا غير مكتملين لغياب الوصف الصحيح والدقيق للسلعة، ضف لذلك الدعاية والإغراء، وهذا ما يجعل المستهلك يندم على إبرام مثل هذه العقود والرغبة في العدول عنها⁴.

وبناء على ما سبق، فإن وضع قواعد قانونية خاصة بهذا النوع من العقود، التي يغيب فيها الحضور المادي للمتعاقدين؛ مع ما يترتب عنه من إشكالات؛ أهمها عدم تمكن المشتري من التعرف على حقيقة ما هو مقدم عليه مهما بلغت نية المتعامل معه في وصف الشيء محل العقد⁵، أصبح ضرورة حتمية، خاصة وأنه يتم بين متعاقد مختص وآخر غير مختص⁶، ويعد العدول عن العقد أهم هذه القواعد القانونية الخاصة التي جاءت بها التشريعات الحديثة، على غرار ما جاء به التوجيه الأوروبي والتشريعات التي اتبعتها منها التشريع الفرنسي⁷.

¹ - محمد السعدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة " مع التركيز على البيع بالتلفزيون "، المرجع السابق، ص.ص. 59-60.

² - تعرف العقود الاستهلاكية بأنها العقود التي تتميز بعدم المساواة بين طرفيها، فأحد الطرفين يمتاز بالهيمنة الاقتصادية والفنية، بينما يتصف الآخر بقلة علمه وخبرته بما هو مقدم على اقتنائه يراجع في هذا: هذا موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، ج.37، العدد 02، سنة 1999، ص.29.

³ - رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، العدد 10، جوان، 2013، ص.ص. 100-103.

⁴ - أيمن مساعدة وعلاء حضاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، المرجع السابق، ص.ص. 01-02.

⁵ - عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ط.01، ص.47.

⁶ - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص.41.

⁷ - عبد الباسط جاسم محمد، عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.48.

02- البيع خارج المؤسسة: وهو البيع الذي يستخدم فيه البائع وسائل إغرائية عديدة ومتنوعة، بسبب مهارته المكتسبة مع الوقت في مثل هذا النوع من العقود، بإقناع الطرف الآخر - المستهلك - على إتمام إجراءات التعاقد دون ترو وتقدير لمدى حاجته للسلعة المباعة حقيقة أم لا¹.

يتمثل هذا النوع من البيوع، في انتقال البائع إلى محل إقامة المستهلك لتقديم خدمة أو لبيع سلعة في مكان أو موطن إقامته، أي العقود التي تتم خارج المؤسسة، وقد سماها بعض الفقه "بالسعي التجاري" أو "البيع من باب إلى باب"، وبالرغم من كونه يخدم المشتري بأن يوفر عليه مشقة الانتقال للمحل التجاري، إلا أن عيوبه كثيرة، فهو بمثابة أسلوب إكراهي عنيف، إلى جانب مفاجئة المستهلك بمقر إقامته بأسلوب مباغت وجذاب فيقدم على شراء منتجات قد لا يكون بحاجة إليها، كما يجرمه من فرصة المقارنة والمفاضلة بين عدة منتجات وكذا حرمانه من مهلة التفكير والتروي قبل إتمام العقد، الأمر الذي يجعل المستهلك في حالة ضعف وبجاجة للحماية².

وقد تناول التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 هذا النوع من العقود بنص المادة 07/02-ج جاء فيها ما يلي: "كل عقد يربط المهني بالمستهلك في المكان الذي لا يمارس فيه المهني نشاطه الدائم أو بشكل اعتيادي مع الوجود الفعلي للطرفين المتعاقدين من أجل المتابعة الفعلية للعرض المقدم للمستهلك، أو في المكان الذي يمارس فيه المهني نشاطه الدائم والمعتاد، ولكن بتقنية الاتصال عن بعد بشكل فوري في الوقت الذي يكون فيه المستهلك في مكان آخر مخالف لمكان نشاط هذا المهني، أو أثناء جولة منظمة من طرف المهني بهدف الترويج وبيع السلع والخدمات للمستهلك"³، وقبله التوجيه الأوروبي لسنة 1985 المتعلق بالبيع بالمنزل بنص المادة 01/01 التي نصت على أحقية المستهلك في العدول عن العقد في البيوع التي تلحقه في مكان عمله أو مسكنه أو حتى مسكن مستهلك آخر غير المستهلك المشتري، دون أن يطلب المشتري من البائع⁴.

أما التشريع الفرنسي فقد كان يحصر نطاق البيع المنزلي في ظل قانون 1972 المتعلق بالبيع بالمنزل في مكان إقامة أو مكان عمل المستهلك، واستثنى الأشياء والخدمات المعروضة للاستغلال الصناعي والزراعي والتجاري، وبصدور قانون 1989/06/23 وسع نطاق تطبيقه ليشمل كل الأماكن غير المخصصة للمعاملات التجارية⁵، وبعدها جمعه في ما يعرف حالياً بقانون الاستهلاك الفرنسي بصدور قانون الاستهلاك لسنة 1993 بالمواد التالية: من ل. 121-21 إلى ل. 121-23.

¹ - أيمن مساعدة وعلاء حضائنة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، المرجع السابق، ص.15.

² - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص.136-137.

³-Art.02/07-c: «conclu dans l'établissement commercial du professionnel ou au moyen d'une technique de communication à distance immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel, en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur».

⁴ - أيمن مساعدة وعلاء حضائنة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، المرجع السابق، ص.15.

⁵ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص.137.

وقد عمد التشريع الفرنسي من خلال قانون الاستهلاك الفرنسي من خلال نص المادة ل.121-22 إلى استثناء بعض النشاطات التجارية من نطاق البيع المنزلي، بسبب دخولها تحت نص تشريعي آخر أو لانعدام خطورتها على المستهلك، ومنها ما يلي¹:

- البيع في الأماكن الريفية وفي الأماكن السكنية لتشجيع التجارة الريفية.
- أن يقوم البائع أو من يمثله بعرض المنتجات ذات الاستهلاك الواسع؛ شريطة أن لا يتجاوز الأماكن المجاورة لمحل تجارته، سواء تعلق الأمر ببيع سلع أم تقديم خدمة.

وبصدور قانون الاستهلاك في 2016، أطلق عليه اسم "البيع خارج الوطن"، بالمواد من ل.01-221 إلى ل.29-221، حيث عرف العقد الذي يتم خارج المؤسسة (الموطن) بأنه كل عقد يربط المهني بالمستهلك في المكان الذي لا يمارس فيه المهني نشاطه الدائم أو بشكل اعتيادي مع الوجود الفعلي للطرفين المتعاقدين من أجل المتابعة الفعلية للعرض المقدم للمستهلك، أو في المكان الذي يمارس فيه المهني نشاطه الدائم والمعتاد، ولكن بتقنية الاتصال عن بعد بشكل فوري في الوقت الذي يكون فيه المستهلك في مكان آخر مخالف لمكان نشاط هذا المهني، أو أثناء جولة منظمة من طرف المهني بهدف الترويج وبيع السلع والخدمات للمستهلك حسب ما ورد بنص المادة ر.01-221 من القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك لسنة 2016.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد تناولها المشرع الجزائري بنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 114-15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي سماه بالبيع في المنزل، حيث جاء فيها ما يلي: "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة...".

أما التشريع المغربي هذا النوع من البيوع في الباب الثالث تحت عنوان "البيع خارج المحلات التجارية" بنص المادة 45 من القانون بالقانون رقم 31-08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، فجاء فيها كما يلي: "يخضع لأحكام هذا الباب كل من يمارس أو يعمل على ممارسة البيع خارج المحلات التجارية أو في موطن شخص طبيعي أو في محل إقامته أو في مقر عمله، أو بطلب منه، لأجل أن يقترح عليه شراء منتجات أو سلع أو بيعها أو إيجارها المفضي إلى البيع أو إيجارها مع خيار الشراء أو تقديم الخدمات ويخضع كذلك لأحكام هذا الباب البيع خارج المحلات التجارية في الأماكن غير المعدة لتسويق المنتج أو السلعة أو الخدمة...". ولكنه استثنى بعض الحالات من تطبيق أحكام هذا الباب بنص المادة 46 من القانون نفسه جاء فيها: "لا يخضع لأحكام هذا الباب:

- الأنشطة التي يكون فيها البيع خارج المحلات التجارية منظما بنص تشريعي خاص؛

¹ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص.139.

- البيع بالمنازل لمنتجات الاستهلاك العادي الذي يقوم به المورد أو مأموره خلال جولات متواترة أو دورية داخل المجموعة العمرانية التي توجد بها مؤسساتهم أو بجوارها؛

- بيع المنتجات المتأتية بصفة حصرية من صنع أو إنتاج شخصي للمورد خارج المحلات التجارية أو لعائلته وكذا تقديم الخدمات المرتبطة بمثل هذا البيع والمنجزة على الفور من لدنهم".

أما التشريع العماني رقم 659 الصادر في 2005 فنص في الفصل العاشر منه بالمادة 51 على ما يلي: "ترعى أحكام هذا الفصل العمليات التي يجريها المحترف ... أو في محل إقامة المستهلك، لاسيما تلك التي تتم في محل إقامة المستهلك...".

03- عقود الائتمان: يقصد بالائتمان العملية التي تمكن المستهلك من الحصول الفوري على أداء معين، يتمثل في مبلغ مالي، أو منتج معين، على أن يتم الوفاء بمقابل في وقت لاحق، وهو يقوم على الترابط المتبادل بين العقد الرئيسي والعقد التبعية، حيث يقوم المستهلك بإبرام عقد القرض في الوقت الذي يبرم فيه عقد البيع أو يتراخى لما بعد إبرام عقد البيع بصفته عقدا رئيسيا، ولخطورة هذا النوع من العقود ألزمت التشريعات مانح الائتمان أن يزود المستهلك بالمعلومات الكافية حول الائتمان الذي سيمنح له¹، وهو نوعان: عقد القرض الاستهلاكي (أ) وعقد القرض العقاري (ب).

أ- عقد القرض الاستهلاكي: من بين التشريعات التي خصت هذا النوع من العقود بحماية خاصة، التشريع الفرنسي من خلال قانون 1978/01/10 المتعلق بتنظيم الائتمان الاستهلاكي المعروف بقانون "Scrivener1" وبعدها تم دمجها في تقنين الاستهلاك الفرنسي في المواد ل.311-01 ول.311-37، ويقصد بالائتمان في هذا المجال الحصول الفوري على أداء معين سواء كان منتوجا أم خدمة أم مبلغا من المال، على أن يتم الوفاء لمقابل هذا الأداء في وقت لاحق، فمانح الائتمان عليه الانتظار لوقت معين حتى يقبض مقابل الأداء².

وتعد القواعد المنظمة للقرض الاستهلاكي، قواعد أمرة تحد من الحرية التعاقدية؛ لذلك فقد ضبط التشريع الفرنسي مجال تطبيقه بنص المادتين ل.311-02 ول.311-03.

تناولت المادة ل.311-02³ العمليات الائتمانية والكفالة التي تضمنها، سواء كانت مجانية أم بمقابل كما عد كلا من البيع الإيجاري، والإيجار المتضمن خيار الشراء، والبيع والخدمات التي تكون الأداءات فيها مؤجلة أو على شكل أقساط، شريطة أن تتم هذه العمليات بين المستهلك والمهني المختص في هذا المجال⁴.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي (دراسة القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.15 وص.22.

² - المرجع نفسه، ص.15.

³-Art. L 311-02 dispose : « Le présent chapitre s'applique à toute opération de crédit mentionnée au 4° de l'article, qu'elle L.311-01 soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit et, le cas échéant, à son cautionnement.

Pour l'application du présent chapitre, la location-vente et la location avec option d'achat sont assimilées à des opérations de crédit » .

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص.15.

أما المادة ل.311-03¹ فقد حددت العمليات الائتمانية المستثناة من الحماية وهي كالتالي:

- القروض والعمليات الائتمانية التي تتم في شكل رسمي.
 - العمليات الائتمانية التي تحدد مدتها بثلاثة أشهر أو أقل، والعمليات التي تزيد قيمتها عن 21500 يورو، على اعتبار أن عملية التوثيق المطلوبة في مثل هذه العمليات تحمي مصالح المستهلك من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها².
 - العمليات الائتمانية الموجهة لتمويل النشاط المهني، والقروض المخصصة للأشخاص المعنوية العامة.
 - العمليات الائتمانية المخصصة للتمويل العقاري، لأن هناك حماية خاصة لهذا النوع من العمليات.
- ومن بين التشريعات العربية التي تناولت العدول في عقد القرض الاستهلاكي، التشريع الجزائري حيث تناوله بالمرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي؛ حسب ما ورد بنص المادة 01/02 إذ جاء فيها: "هو كل بيع لسعة يكون الدفع فيها على أقساط مؤجلا أو مجزأ".
- كما نصت المادة 02/11 منه على مهلة العدول عن عقد القرض التي جاء فيها ما يلي: "... غير أنه يتاح للمشتري أجل العدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".
- أما التشريع المغربي فقد تناول القرض الاستهلاكي بنص المادة 74 من قانون الاستهلاك التي جاء فيها ما يلي: "تطبق أحكام هذا الباب على كل قرض استهلاكي باعتباره كل عملية قرض ممنوح بعوض أو بالجان من مقرض إلى مقترض يعتبر مستهلكا، كما هو معرف في المادة 02 وكذا على كفالاته.

¹-L.311-03 dispose : « Sont exclus du champ d'application du présent chapitre :

- 1°- Les opérations de crédit destinées à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété ou de jouissance d'un terrain ou d'un immeuble existant ou à construire, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien du terrain ou de l'immeuble ainsi acquis ;
- 2°- Les opérations dont le montant total du crédit est inférieur à 200 € ou supérieur à 75 000 €, à l'exception de celles, mentionnées à l'article, L.313-15 ayant pour objet le regroupement de crédits ;
- 3°- Les opérations consenties sous la forme d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai d'un mois ;
- 4°- Les opérations de crédit comportant un délai de remboursement ne dépassant pas trois mois qui ne sont assorties d'aucun intérêt ou d'aucuns frais ou seulement de frais d'un montant négligeable ;
- 5°- Les opérations mentionnées au 3 de l'article L.511-6 du code monétaire et financier ;
- 6°- Les opérations mentionnées au 2 de l'article L.321-2 du même code ;
- 7°- Les contrats qui sont l'expression d'un accord intervenu devant une juridiction ;
- 8°- Les contrats résultant d'un plan conventionnel de redressement mentionné à l'article du L.331-6 présent code conclu devant la commission de surendettement des particuliers ;
- 9° - Les accords portant sur des délais de paiement accordés pour le règlement amiable d'une dette existante, à condition qu'aucuns frais supplémentaires à ceux stipulés dans le contrat ne soient mis à la charge du consommateur ;
- 10°- Les cartes proposant un débit différé n'excédant pas quarante jours et n'occasionnant aucuns autres frais que la cotisation liée au bénéfice de ce moyen de paiement ».

²- نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص.16.

يدخل في حكم عمليات القرض، عمليات الإيجار المفوضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعد البيع وكذا البيع أو تقديم الخدمات التي يكون أداءها محل جدولة أو تأجيل أو تقسيط".

ونص المادة 75 قام التشريع المغربي باستثناء بعض عمليات القرض جاء فيها ما يلي: "يستثنى من نطاق هذا الباب ما يلي:

- القروض الممنوحة لمدة إجمالية تقل عن ثلاثة أشهر أو تعادها؛
- القروض المخصصة لتمويل حاجيات نشاط مهني وكذا القروض الممنوحة إلى الأشخاص المعنوية الخاضعين للقطاع العام؛

- القروض الخاضعة لأحكام الباب الثاني من هذا القسم".

ب- عقد القرض العقاري: سمّاه بعض الفقه بعقد التمويل العقاري وهو يتميز بعدم التوازن بين أطرافه¹، تناوله التشريع الفرنسي بالائتمان العقاري من خلال القانون "Scrivener2"، وبعدها أدمج كذلك في تقنين الاستهلاك الفرنسي في المواد ل.312-01 ول.312-36.

فقد حددت المادة ل.312-01 من تقنين الاستهلاك الفرنسي الحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية في ثلاثة عقود، وهي كالتالي:

- القروض المخصصة لتمويل التمليك، والبناء، والتصليح، والتحسين، ولصيانة العقار المعد للسكن، أو للسكنى والاستعمال المهني، شريطة أن لا تقل تكلفة ذلك عن 21500 يورو. إلى جانب شراء الأراضي المخصصة لبناء هذا العقار، ويجب أن يتم ذلك بطريقة معتادة، ويستوي في ذلك أن يكون الشخص المقرض طبيعي أو اعتباري ولا تهم الطريقة التي يسوى بها القرض سواء كانت رسمية أم عرفية.

- عقد البيع الإيجاري أو الإيجار المتضمن وعدا بالبيع، في حال العقار المخصص للسكن أو للاستعمال المهني حسب نص المادة ل.312-24 مع مراعاة أن نطاق هذه النصوص، سيضيق عندما يدخل العقد في نطاق قانون 12 جوان 1984 المتعلق بعقد الأشغال.

- تملك حصة أو أسهم في شركات متخصصة في التمليك أو الانتفاع، وخاصة شركات الانتفاع للوقت المتقاسم. أهم ما يلاحظ على نطاق هذه الحماية الذي جاءت به المادة ل.312-01 أنها خاصة بالمستهلك الذي هو بحاجة للائتمان من أجل مسكنه الشخصي أو العائلي.

أما المادة ل.311-03 فقد استثنت بعض الحالات من الحماية، وهي كالتالي:

- القروض الممنوحة للأشخاص الاعتبارية .

- القروض الممنوحة لتمويل النشاط المهني لقدرتهم على تجنب مخاطر الائتمان.

¹ - أسامة حماد الجعفري وسلام علي الرباعي، الحماية التشريعية للمستهلك في عقد التمويل العقاري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 09، السنة 09، 2017، ص.517.

ومن الدول العربية التي تناولت القرض العقاري في تشريعاتها نجد دولة المغرب بنص المادة 113 من قانون الاستهلاك جاء فيها ما يلي: تطبق أحكام هذا الباب على القروض كيفما كانت تسميتها أو تقنياتها والتي تمنح بصورة اعتيادية من قبل أي شخص لأجل تمويل العمليات التالية:

1- "فيما يخص العقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن:

أ- التي يتم اقتناءها من أجل تملكها أو الانتفاع بها؛

ب- الاكتتاب في حصص أو أسهم شركات أو شراءها إذا كان الغرض منها امتلاك هذه العقارات أو الانتفاع بها؛

ج- النفقات المتعلقة ببنائها أو إصلاحها أو تحسينها أو صيانتها.

2- شراء القطع الأرضية المخصصة لبناء العقارات المشار إليها في (البند 1) أعلاه".

فيما استثنت المادة 114 من القانون نفسه بعض العمليات كما يلي: "يستثنى من نطاق تطبيق هذا الباب:

1- القروض الممنوحة للأشخاص معنويين خاضعين للنظام العام؛

2- القروض المخصصة، كيفما كان شكلها، لتمويل نشاط مهني، ولاسيما نشاط الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يقدمون بصورة اعتيادية أو على سبيل التبعية لنشاط آخر أو بموجب غرض الشركة وبأي وجه من الوجوه، عقارات أو أجزاء من عقارات مبنية أو غير مبنية منتهية أشغالها أو غير منتهية أشغالها، جماعية أو فردية وذلك لأجل التملك أو الانتفاع".

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فلم يتطرق للائتمان العقاري بالرغم من أهميته في حياة الفرد، خاصة وأنه تطرق للائتمان الاستهلاكي مؤخرا، فكان من الأخرى تناول الاثنين معا.

بالنظر لما تم بيانه، يرى بعض الفقه أن حق العدول عن العقد يجب أن يحكمها خاصا يخص بعض العقود فقط بهدف حماية أحد الأطراف، دون الإضرار بالطرف الآخر¹.

ثانيا- العقود المستثناة من حق العدول عن العقد: باعتبار العدول عن العقد استثناء من القاعدة، فقد استثنت التشريعات التي تناولت العدول عن العقد جملة من العقود تناولها التوجيه الأوروبي رقم 97-07 بنص المادة 03/06 والتوجيه الأوروبي رقم 83-2011 بنص المادة 16 التي تقابلها المادة ل.121-20-02 نذكر منها ما يلي:

- عقود تقديم الخدمات التي يوافق المستهلك على البدء في تنفيذها قبل انتهاء مهلة العدول، وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه أن هذا الاستثناء له أثر سلبي على جملة من العقود التي ترم عن طريق الشبكة العنكبوتية لاستحالة إرجاع تقديم الخدمة مقارنة بإرجاع السلع، الأمر الذي جعل جمعيات حماية المستهلك تبدي تحفظها على هذا

¹-Lachachi. M, Les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, (Etude comparative), thèse doctorat, Université Oran 02, Faculté de droit et des sciences politiques, 2020, p.p214-215.

الاستثناء؛ وتطالب بإلغائه، خاصة عقود تقديم الخدمة في العقود المستمرة، التي عادة ما يصاحب الندم المتعاقد مع صاحب الخدمة المقدمة؛ وباعتباره الطرف الضعيف فله الحق في العدول عن العقد الذي شُرع لحماية الطرف الضعيف في العقد¹.

كما يرى جانب آخر من الفقه، أن هذه الحالة تفقد العدول عن العقد فعاليته في حماية المستهلك، لأن المستهلك لا يمكنه تحديد توافق المنتج - سلعة أو خدمة - مع متطلباته إلا بعد استعماله أو البدء في استعماله على أقل تقدير².

- ويستثنى كذلك العقود التي يحدد سعرها بناء على تقلبات السوق المالية كالتعامل بالفضة والذهب، ولا دخل للمتعاقد الآخر فيها.

- ويستثنى كذلك عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك والتي تتوافق مع ما يطلبه حسب رغبته الشخصية، كالملابس التي تصمم وفقا لمقاسه، أو السلع التي لا يمكن ردها لطبيعتها، كتلك التي يؤدي ردها إلى تغيير فيها، كحالة الأشياء المركبة من جزئيات عديدة ومعقدة، يصعب تركيبها، بل قد يصيبها التلف، وفي هذا حفاظا على مصالح الطرف الآخر التي لا يجب أن تهدر هي الأخرى³. والحال نفسه حسب رأي بعض الفقه⁴ بالنسبة للمنتجات الدوائية، والمنتجات التي لا يمكن للمستهلك إعادتها، كالمعلومات، والاستشارات التي تقدم للمستهلك عن طريق المواقع أو مكاتب الشركات؛ وفي كل هذا تحقيقا للعدالة التعاقدية وحماية للتوازن العقدي.

- عقود توريد الصحف والدوريات، ويعد السبب في هذا الاستثناء أن استعمال هذه الأخيرة مرتبط بفترة زمنية محددة، إذ تفقد كل صحيفة أو دورية قيمتها بانتهاء المدة الزمنية المخصصة لها⁵.

- عقود التسجيلات الصوتية كالأشرطة والفيديوهات، التي يتم فتحها من قبل المستهلك، والأقراص المدجة (CDS)، وبرامج الأجهزة الإلكترونية (Software)، والمنتجات الإلكترونية (Digital produit)، التي سمحت خدمت الإنترنت للمستهلك بشراء هذه المنتجات عن طريق تحميلها من المواقع الإلكترونية؛ خاصة الكتب والمجلات وغيرها من الحالات المشابهة، والسبب لإمكانية المستهلك أخذ نسخة منها قبل ممارسته لحق العدول دون دفع ثمنها؛ لأن مثل هذا قد يمثل تعسفا في حق الطرف الآخر، ثم إن ضرورة حماية حقوق الملكية

¹ - رباحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.143.

² - أحمد السعيد الزقود، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، المرجع السابق، ص.21.

³ - محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، المرجع السابق، ص.24.

⁴ - عن منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد 02، السنة 04، ص.65.

⁵ - محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، المرجع السابق، ص.25.

الفكرية تتطلب ذلك، ومنع المستهلك سبب النية من الاستفادة من هذه المنتجات بالمجان ثم إعادة إرجاعها للطرف الآخر¹.

- كما تم استثناء العقود التي تقوم على احتمال الخسارة أو الربح، كعقود الرهان واليناصيب؛ لأن الأصل في هذا النوع من العقود أنها تقوم على المجازفة والاحتمال، وهذا يتناقض مع منح المستهلك الحق في العدول، بالنظر لطبيعة العقد، فهو من عقود الغرر². إذ يرى بعض الفقه أن مثل هذه العقود تخضع لتقلبات السوق، ولا يمكن للطرف المتعاقد مع المستهلك السيطرة عليها³.

وإلى جانب هذا النوع من العقود، نصت المادة ل.121-20-04 من تقنين الاستهلاك الفرنسي على عقود أخرى تدخل في نطاق الاستثناء، منها العقود المتعلقة بتوريد سلع عادية في محل سكن أو عمل المستهلك وكذلك العقود الواجبة التنفيذ في تاريخ معين وبدورات محددة ومنتظمة⁴.

تمثل الاستثناءات السابق ذكرها، استثناءات بديهية تتطلبها نوعية العقود المستثناة، فعدول المستهلك في مثل هذه الحالات يفرغ العدول عن العقد من معناه، وقد يؤدي لتعسف المستهلك اتجاه المتعاقد الآخر الذي يلحقه ضرراً تجارياً كبيراً جراء استرجاعه المحل المعقود عليه في العقود السابق ذكرها، مما يؤدي لإعادة اختلال التوازن العقدي الذي شرع العدول عن العقد لمعالجته والتخفيف منه.

ومن التشريعات العربية التي حذت حذو التشريعات الغربية باستبعاد بعض العقود من حق المستهلك في العدول عن العقد، التشريع المغربي من خلال القانون رقم 31-08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك من خلال نص المادة 38 التي جاء فيها "لا يمكن أن يمارس حق التراجع إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، في العقود المتعلقة بما يلي:

- 1- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة؛
- 2- التزود بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها أو تعريفاتها رهيناً بتقلبات أسعار السوق المالية؛
- 3- التزود بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصاً أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف؛
- 4- التزود بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك؛
- 5- التزود بالجرائد أو الدوريات أو المجلات".

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.ص.126-127. ومحمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، المرجع السابق، ص.25.

² - محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، المرجع السابق، ص.25.

³ - محمد حسين قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.21.

⁴ - محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، المرجع السابق، ص.26.

وفي بالمعنى نفسه جاء التشريع التونسي من خلال القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية¹ حسب ما ورد بالفصل 32 منه كما يلي: "مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك،
- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزيده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاؤ مدة صلاحيتها،
- عند قيام المستهلك بنزع الأختام من التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الاعلامية المسلمة أو نقلها آلياً،
- شراء الصحف والمجلات.

الفرع الثاني: المجال الموضوعي للعدول عن العقد في ظل الفقه الإسلامي والقواعد العامة

تعتبر الشريعة الإسلامية، السبّاقة في تناول العدول عن العقد، وفقاً لما يعرف بالرجوع عن العقد، الذي تناوله الفقه الإسلامي من خلال جملة من العقود يمكن لأحد المتعاقدين أو لكليهما الرجوع عنها حماية لمصلحه وهذا ما يدفعنا إلى تحديد مجال هذه العقود وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي (أولاً)، وبعدها سيتم بحث مجال هذه العقود وفقاً لما جاءت به التشريعات الوضعية في القواعد العامة (ثانياً).

أولاً- المجال الموضوعي للرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي: الأصل في العقود اللزوم، إلا أنّ حاجات الناس جعلت الشارع يخرج عن هذا الأصل، في بعض العقود التي تستدعي طبيعتها أن تكون غير لازمة، وفق ما يعرف حسب بعض الفقه بالعقود الجائزة²، لأن طبيعتها تتطلب أن تكون كذلك، أو في العقود التي يلحقها خيار، أين يمكن لصاحب الحق أين يرجع عن العقد الذي أبرمه بإرادته المنفردة وفق شروط مخصوصة، وهذا ما تناوله الفقه الاسلامي من خلال الرجوع عن العقد وفق ما يعرف بالعقد غير اللازم، وهو نوعان: عقد غير لازم لطبيعته (01) وعقد غير لازم بسبب الخيار (02).

01- العقد غير لازم لطبيعته: هو العقد الذي يمكن لكلا الطرفين الرجوع عنه بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر، ويشمل العقد غير لازم من الجانبين (أ) والعقد غير لازم من جانب واحد (ب).

¹<https://ashrfmshrf.wordpress.com/2006/03/11/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A7%D8%B5%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A8%D8%A7%D8%AF%D9%84%D8%A7>

اطلع عليه يوم: 2018/02/26 على الساعة 15:25.

² - فقهاء الفقه الحنفي يطلقون على العقد غير اللازم بالعقد الجائز. للتوسع أكثر يراجع: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق ج.07، ص.162.

أ- عقد غير لازم من الجانبين: وهو العقد الذي يمكن لكلا الطرفين الرجوع عنه دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر إذا توفرت شروطه وانتفت موانعه¹، والسبب أنه لو لزم هذا النوع من العقود لأدى لإحجام الطرف الآخر من إبرام العقد، خوفاً من لزومه، خاصة إذا لم يكن له مصلحة في ذلك²، ويشمل هذا النوع مجموعة من العقود، منها الوكالة، والوديعة، والعارية، والشركة، والتي سيتم بحثها كما يلي:

عقد الوكالة، هو من عقود الإطلاقات يجوز لكلا طرفي العقد الرجوع عنه، بفسخه دون أن يتوقف ذلك على رضا الطرف الآخر، وقد اتفق الفقهاء على عدم لزومه من الجانبين³؛ لأن الوكالة إباحة تصرف، وللمبيع الرجوع وللمباح له الامتناع، أما كونه غير لازم في حق الموكل، فلأنه قد يرى مصلحة في ترك ما وكل فيه، أو أن يريد توكيل شخص آخر، أما كونه غير لازم من جانب الوكيل، فقد لا يتفرغ لأعمال الوكالة فيترتب على لزومه ضرر له، فكان العقد غير لازماً في حقه⁴. ويضيف جانب آخر من الفقه بأن الوكالة إذن من جهة الموكل، وبذل ونفع من جهة الوكيل، ولذلك تبطل بالفسخ من أحد طرفي العقد في أي وقت شاء⁵.

أما الوديعة فهي "استبانة حفظ المال وهي أمانة جائزة من جهتين"⁶، ويعرفها جانب آخر من الفقه أنها أمانة غير لازمة في حق الطرفين إلا لعارض⁷. في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار الوديعة؛ نوع من عقد الوكالة، إذا أذن المالك للمودع لديه المال التصرف فيه، واستعمله أصبحت عارية مضمونة، كالرهن الذي يأذن به صاحبه للمرتحن استعماله، فإن لم يستعملها فهي أمانة، لأن الانتفاع غير مقصود ولم يوجد، فوجب تغليب ما هو مقصود، وبهذا فهي تأخذ حكم عقد الوكالة بكونها عقد غير لازم بين الطرفين يمكن لكلا طرفي العقد إبطاله بفسخه⁸.

¹ - أنس عبد الواحد الجابري، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.19. وإسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.185.

² - بن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.290.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج.06، ص.37. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.04، ص.86. وشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، 1994، ج.03، ط.01، ص.257. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، لبنان، 1983، ج.03، ص.468.

⁴ - المراجع نفسها، ووليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.509-510.

⁵ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.03، ص.468.

⁶ - أبو القاسم بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغزنائي، القوانين الفقهية في الفقه المالكي، ص.246.

⁷ - بجرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض أبو البقاء تاج الدين السلمي الدميري الدمباطي المالكي، الشامل في الفقه المالكي، ج.02، صححه وضبطه، أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبوبة للمخطوطات وحفظ التراث، ص.726.

⁸ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.04، ص.167.

أما بالنسبة لعقد الشركة، فعرفها البعض كما يلي: "ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ"¹، فيما يرى جانب آخر من الفقه بأنها "شرعت لاستنماء المال؛ لأن نماء المال بالتجارة، والناس في الاهتمام للتجارة مختلفون، بعضهم أهدى من بعض، فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء"²، وهي في الأصل نوعان، شركة الأملاك، وشركة العقود³، وقد اتفق الفقهاء⁴ على أن عقد الشركة هي من العقود غير اللازمة التي يمكن لكلا المتعاقدين الرجوع والانفصال عنها متى شاء بإرادته المنفردة.

أما بالنسبة لعقد العارية، فقد عرفها بعض الفقه كما يلي: "العارية معونة ندب إليها المعير وأرفق بها المستعير، وهي مردودة إن بقيت، ومضمونة إن تلفت، وليس له إعارة ما استعاره ولا إجارته، وإن قدرت بمدة لم تتجاوزها ولا يمنع المعير أن يرجع قبلها، وإن أطلقت ردت إذا طلبت، ومؤنة ردّها على المستعير"⁵، وبهذا المعنى فالعارية هي المنحة، أي العطية التي ينتفع بها الإنسان وقتا معيناً ثم يردّها لصاحبها⁶. ويتمثل حكم الإعارة في المنفعة لا العين إلا إذا كان ملحقاً بالمنفعة عادة وعرفاً، كمن يعير آخر شاة للانتفاع بلبنها ووبرها لمدة ثم يردّها⁷. وتجب الإشارة، إلى أنه لما يتعلق الأمر بالدراهم والدنانير نكون بصدد قرض لا إعارة، على اعتبار أن الإعارة هي تملك المنفعة، أو إباحة المنفعة، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها⁸، أمّا عن حكم العارية فهي عقد غير لازم من الجانبين، فلكل من المعير والمستعير رد العارية متى شاء وإن كانت مؤقتة والمدة باقية، لأنها مبرمة من المعير، وارتفاقاً من المستعير فلا يليق الإلزام به

كما أنّ الرجوع في كل هذه العقود لا يمكن أن يتحقق إلا بعد تحقق الشروط اللازمة لذلك، وانتفاء الموانع.

ب- العقد غير اللازم من جانب واحد: وهو عقد لازم في حق أحد الطرفين، أما من شرع الرجوع لأجله فيمكنه التحلل منه بإرادة المنفردة، دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر⁹، وهناك بعض العقود جعلها الفقهاء غير لازمة بمجرد انعقاد العقد؛ بل حتى لمجرد الشروع فيها وهي عقود الجعالة، القراض (المضاربة) المغارسة

¹ - شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ج3، المرجع السابق، ص.221.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.06، ص.58.

³ - المرجع نفسه، ص.56.

⁴ - المرجع نفسه، ص.77. وشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في

شرح مختصر الخليل، ج.06، ط.03، دار الفكر، 1992، ص.122. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.03، ص.506.

وشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.03، ص.228.

⁵ - المارودي، الإقناع في الفقه الشافعي، المرجع السابق، ص.114.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.214.

⁷ - المرجع نفسه، ص.215.

⁸ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.215.

⁹ - أنس عبد الواحد الجابري، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.19.

والمزارعة، وسبب عدم اللزوم حتى مع مجرد الشروع في العمل، لأنه قد يتسرع لإبرام العقد لحاجته للعرض، ثم يتضح له أنه لا يمكنه الوفاء بما التزم به من عمل¹. ويشمل هذا النوع مجموعة من العقود، منها الرهن، والكفالة وعقد القرض، وعقد الهبة وسيتم بحثها كما يلي: عقد الكفالة²، وقد عرفها البعض كما يلي: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة"³. وعرفها جانب آخر من الفقه كما يلي: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"⁴. ويكون عقد الكفالة عقداً غير لازم من جهة المكفول له؛ لأن العقد من مصلحته الخاصة، فجاز له الرجوع عنه ويلزم من جهة الكفيل لتعلقه بمصلحة الغير⁵. ويرجع السبب في لزوم عقد الكفالة في حق الكفيل دفع الضرر عن المكفول له⁶. ويعد عقد الكفالة من عقود التوثيق، فلا يمكن للكفيل الفسخ إلا برضا المكفول له، أما بالنسبة للمكفول له فله حق التخلي عن توثيقه حقه لأنه؛ محض مصلحته⁷.

أما عقد القرض فقد عرف كما يلي: "دفع المال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله"⁸، وهو عقد لازم من جهة المقرض، للزومه بالقبض، ما لم يفسل القابض أو يحجر عليه⁹، وهو من عقود الإرفاق المالية، وقد اختلف الفقه بشأنه بين من اعتبره غير لازم من الجانبين¹⁰، ومن اعتبره غير لازم من جهة واحدة¹¹. أما بالنسبة لعقد الرهن فهو "توثيق دين بعين"¹²، يمكن عقده بعد الحق، لأنه دين ثابت تدعو الحاجة لتوثيقه وضمانه، ولا يجوز عقده قبل الحق؛ لأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه، وهو من عقود التوثيق، والفرق بينه وبين الضمان، كون الضمان التزام مال تبرعاً بالقول، فجاز في غير حق ثابت¹³. وهو لازم في حق الراهن

-
- ¹ - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعمونه، دار الهدى، الجزائر، 2000 ص.30.
- ² - ولها عدة معاني منها: حمالة، وضمانة، وزعامة للتوسع أكثر يراجع: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.04 ص.79.
- ³ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.06، ص.221.
- ⁴ - ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، 1968، ج.04، بدون طبعة، ص.399.
- ⁵ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.03، ص.331.
- ⁶ - أنس عبد الواحد الجابري، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.174.
- ⁷ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.290.
- ⁸ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.03، ص.312.
- ⁹ - المرجع نفسه، ص.314.
- ¹⁰ - الفقه الحنفي والشافعي، للتوسع يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.07، ص.396. وابن قدامة، المغني السابق، ج.04، ص.208.
- ¹¹ - الفقه المالكي والحنبلي. للتوسع أكثر يراجع: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج.03، بدون طبعة، دار الفكر، بدون سنة الطبع، ص.226-227. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.03، ص.312.
- ¹² - المرجع نفسه، ص.320.
- ¹³ - المرجع نفسه، ص.321.

فليس له فسخه إلا برضا المرتهن، في حين هو غير لازم في حق المرتهن؛ لأن العقد شرع توثقة لحقوقه، فهو محض مصلحته، فله التخلي عن توثقة حقه متى شاء بفسخ الرهن¹.

أما بالنسبة لعقد الهبة، فقد عرفها بعض الفقه كما يلي: "الهبة هي تمليك العين للحال من غير عوض"². وقد اختلف الفقه بشأن الملك الموهوب، بين من رأى أن ثبوت الحكم غير لازم في الأصل، وللواهب أن يرجع في هبته³. معتمدين في ذلك على قوله تعالى: "وَإِذْ حَيَّيْتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنِ مِنْهَا أَوْ رُدُّهَا"⁴. فلفظ "التحية" يستعمل في عدة معاني، كالسلام والثناء والهدية بالمال، أما لفظ "الرد" فيتعلق بالأعيان لا بالأعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء، فلا يتصور في الأعراض⁵. والدليل من السنة الكريمة قول رسول صلى الله عليه وسلم: "الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يُتَّبَ مِنْهَا"⁶. في حين رأى جانب آخر من الفقه أن الملك في الهبة لازم في الأصل، ولا يثبت الرجوع إلا في هبة الولد، وليس للولد الرجوع فيما وهب لوالده⁷، ودليله في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَجِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ الْعَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ"⁸.

وما تجب الإشارة إليه، أن الرجوع في كل هذه العقود لا يمكن أن يتحقق إلا بعد تحقق الشروط اللازمة لذلك، وانتفاء الموانع.

وبالرغم من أن أغلب الفقه الاسلامي، حصر العقود غير الازمة؛ سواء من جهة واحدة، أم من الجهتين إلا أنّ بعض الفقه له رأي مخالف، إذ يرى بضرورة ترك مجال هذه العقود مفتوح، حتى يدخل فيها ما يستجد من عقود، طالما هذه العقود لم تحرم حالاً وتحلل حراماً، إلى جانب صعوبة حصر هذه العقود⁹، خاصة مع اختلاف الفقهاء القائلين بالحصص في طريقتهم، ففيما يرى البعض في عقودها غير لازمة، يعتبرها البعض الآخر لازم وحتى

1- بن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.290.

2- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.127.

3- المرجع نفسه.

4- سورة النساء، الآية رقم 86.

5- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.128.

6- سبق تخريجه، ص.32.

7- أبو الحسن علي محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالمارودي، الإقناع في الفقه الشافعي، بدون سنة النشر وبدون طبعة ص.120.

8- رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: الرجوع في الهبة، رقم الحديث: 3539، ص.447.

9- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.473. واسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.156.

في مجال الحصر ليسوا متفقين، فبينما يرى بعض الفقهاء¹ العقود غير اللازمة أربعة، يرى البعض الآخر أنه أكثر من ذلك².

02- العقد غير اللازم بسبب الخيار: إذا انعقد العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه، يصبح لازماً للعاقدين، ولا يمكنهما الرجوع عنه، إلا إذا وجد سبب لذلك، وقد اتفق فقهاء الفقه الإسلامي خاصة، أن الأسباب التي تدخل على العقد وتحوله من اللزوم إلى عدم اللزوم هي الخيارات³، وقد اعتادوا تعريف الخيار تعريفاً مضافاً كقولهم: خيار الرؤية، وخيار المجلس، وخيار الشرط، وهكذا، ويمكن استنتاج السبب الذي شرع الخيار من أجله، والمتمثل في أهمية الرضا في العقود، وقد حرصت الشريعة الإسلامية على رعايته بتشريع ما يكفل سلامته؛ سواء من جانب الوجود، فشرعت لذلك ما يعرف بالخيار، أما من جانب عدمه فمنعت، كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالرضا، كالإكراه، والغش، والكذب، ومن هنا جاءت فكرة الخيار؛ حتى يتمكن كل من تضرر من عقد أبرمه بإبطاله، والرجوع عنه، إذا تبين له فيما بعد، أنه يلحق به ضرراً في حال وجد شرط الرجوع، وانتفاء موانعه⁴.

والخيارات نوعان: يتمثل النوع الأول في الخيارات الحكمية، وهي ما يثبت بحكم الشارع عند توافر مسببها الشرعي، فهي لا تحتاج لاتفاق أو أي اشتراط لقيامها، فهي تنشأ تلقائياً بمجرد وقوع السبب الذي رُبط قيامها به مثل خيار الرؤية، وخيار العيب. ويعد هذا النوع من الخيارات الأكثر تواجداً بل أغلبها⁵. أما الخيارات الإرادية فهي الخيارات التي لا تنشأ إلا إذا اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، ومنها خيار الوصف، وخيار النقد، وخيار الشرط الذي يرى بعض الفقهاء بشأنه، أنه مقصور على العقود اللازمة القابلة للفسخ، التي لا يشترط فيها القبض قبل تفرق المجلس؛ كالبيع، والصلح، والإجارة قبل بدء مدتها، والمزارعة، والمساقاة، ولذلك فلا يرد خيار الشرط على العقود غير اللازمة لطبيعتها، لعدم الحاجة إليه، فالأصل أنها قابلة للرجوع فيها بطبيعتها، كالكوالة، والهبة⁶.

أما بالنسبة لخيار التعيين، فبعض الفقهاء يقول باستبعاده من نطاق الخيارات الاتفاقية التي تلحق العقد فتحمله غير لازم، فخيار التعيين يعمل على تأخير تعيين المبيع إلى أجل معين، يسمح للمشتري بالخيار بين شيئين

¹ - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس عبد الرحمان المالكي المعروف بالقرائي، الفروق، عالم الكتب، بدون تاريخ، ج.04، بدون طبعة ص.31. ومن العقود التي اختلف الفقهاء بشأنها عقد القرض، للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.07 ص.396. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.04، ص.208. وهو الفقه الحنفي والشافعي القائل بأن عقد القرض عقد غير لازم من الجانبين. أما بالنسبة للفقه القائل أن عقد القرض عقد غير لازم من جانب واحد هو الفقه المالكي والحنبلي. للتوسع أكثر يراجع: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، ج.03، بدون طبعة، ص.226-227. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.03، ص.312.

² - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.290. والقرائي، الفروق، المرجع السابق، ج.04، ص.32.

³ - أنس عبد الواحد الجابري، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.19.

⁴ - أنس عبد الواحد الجابري، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.23.

⁵ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.50.

⁶ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.66.

أو ثلاثة، ما يجعل محل العقد غير محدد، وهذا ما يتوافق مع الالتزام التخييري المعروف في القوانين الوضعية، حسب نص المادة 216 من القانون المدني¹. فمن خلال تعريف هذا الخيار يتضح أن المشتري لا يمكنه الرجوع عن العقد، بل يتوقف حقه على اختيار محله فقط، وبهذا فهو يختلف عن الحق في الرجوع عن العقد الذي يهدف للاستيثاق من عنصر الرضا، اختلافاً جوهرياً².

ثانياً- المجال الموضوعي للرجوع عن العقد في ظل القواعد العامة: تجب الإشارة، إلى أن التشريعات تطرقت للإلغاء بالإرادة المنفردة، وفق ما يعرف بالإلغاء، وتعتبر التشريعات الوضعية إنهاء³ العقد بالإرادة المنفردة رخصة⁴ خولها القانون لأحد الطرفين أو لكليهما في أنواع كثيرة من العقود⁵، تقترب مما جاء به الفقه الإسلامي في نظرية العقد غير اللازم، ولكنها استعملت مصطلح "نقض العقد"⁶، و"إلغاء العقد"، ولم تعرف ما اصطلح عليه "بالرجوع عن العقد" في الفقه الإسلامي إلا من خلال عقد لهبة⁷، وقد تطرق التشريع الجزائري لعقد الهبة بنص المادة 202 من قانون الأسرة كما يلي: "الهبة تمليك العين بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزامات تتوقف تمامها على إنجاز الشرط"، وقد بينت المادة 211 من القانون نفسه من يحق له الرجوع عن العقد كما يلي: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية: ...". ليضيف بنص المادة 212 منه ما يلي: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"، وعلى خطى التشريع الجزائري سار التشريع التونسي بتطرقه للرجوع عن عقد الهبة في مجلة الأحوال الشخصية بالفصل رقم 200 جاء فيه ما يلي: "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض.

ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وتسمى هبة بعوض".

فيما تناولت بعض التشريعات الأخرى عقد الهبة، في نصوص القانون المدني، حيث نص عليها التشريع المصري بالمادة 486 من القانون المدني بما يلي: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض"

¹ - تقابلها المادة 275 من القانون المدني المصري.

² - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.ص. 800-801.

³ - يجب الإشارة إلى أن إنهاء العقد يؤدي لانحلال القوة الملزمة له بتراضي الطرفين، أو بواسطة أحد طرفيه أو كليهما بوجود شرط في العقد، أو بنص من نصوص القانون. للتوسع أكثر يراجع: جلال العلوي، المرجع السابق، ص. 230.

⁴ - وكيف الفقه الإسلامي الإنهاء بالإرادة المنفردة بأنه حق يخص أحد طرفي العقد أو كلاهما. للتوسع أكثر يراجع: وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 506. وإسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 144.

⁵ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 635.

⁶ - إلا أن انقضاء العقد يتعلق بتنفيذه أو انتهاء المدة المتفق عليها سابقاً، للتوسع أكثر يراجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 632.

⁷ - سيتم التطرق لها بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة، تحت عنوان آثار الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.

والتشريع الفرنسي بنص المادة 894 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "الهبة عقد به يتجرد الواهب عن الشيء في الحال ومن غير رجوع لمصلحة الموهوب له الذي يقبله".

وبناء على ما سبق، يتضح أن نطاق الرجوع عن العقد في ظل القواعد العامة، يتمثل في عقد الهبة فقط ويكون بأثر رجعي، لأن التشريع الوضعي في ظل القواعد العامة يفرق بين الإلغاء والرجوع عن العقد، فالأول ليس له أثر رجعي أما الثاني فيكون ذا أثر رجعي¹.

وما تجب الإشارة إليه، أن التشريعات الوضعية تطرقت لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة بسبب الخيار، ولكن ليس بالكيفية التي تطرق إليها الفقه الإسلامي، باستثناء التشريعات التي تأثرت بالفقه الإسلامي في نصوصها كالتشريع الأردني، والتشريع العراقي.

ومن خلال ما سبق، يتضح أنّ الفقه الإسلامي، وبالرغم من أنه يرى في العقد الصحيح المستوفي لأركانه وشروطه عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه احتراماً للقوة الملزمة للعقد، وسعياً لتحقيق استقرار المعاملات، وفقاً لقوله تعالى: "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"²، إلا أنه جاء بنظرية متكاملة للعقد غير اللازم منظمة تنظيمياً دقيقاً قائمة على أساس عدم لزوم العقد سواء بسبب طبيعته، أم بسبب الخيارات حماية لكل متعاقد يتواجد في حالة ضعف، ويحتاج لحماية، بإنهاء العقد بإرادته المنفردة دون أن تشتت عليه اتصافه بوصف معين، أما بالنسبة للتشريعات الوضعية، فلا تعرف الرجوع بمفهومه الحقيقي إلا في عقد الهبة.

وتأسيساً على ما سبق، يتضح الخلاف بين ما جاء به فقهاء الفقه الإسلامي، وما جاءت به القواعد العامة، مع بعض التقارب الجزئي، حددها بعض الفقه كما يلي: "الفقه الإسلامي يكيّف الإنهاء بالإرادة المنفردة بأنه حق يخص أحد طرفي العقد أو كليهما، وهذا ما يظهر من خلال الألفاظ المستعملة من طرف فقهاء الفقه الإسلامي، فقد استعملوا في إنهاء العارية مصطلح الرجوع³. فحرف اللام في كلمة "المعير" تفيد الملك، والملك يفيد الاستحقاق، وبهذا فرجوع المعير في العارية حق له⁴. في حين تنظر التشريعات للإنهاء على أنه رخصة فالإنهاء بالإرادة المنفردة لا يجوز إلا إذا رخص العقد أو القانون ذلك⁵.

أما الاختلاف الثاني، فيبدو واضحاً في معنى الإنهاء بالإرادة المنفردة، بين موقف التشريعات والفقه الإسلامي، إذ يسمى إلغاء عند التشريعات ولا يكون له أثراً رجعياً، بينما يسمى الرجوع عن العقد عند الفقه الإسلامي ويكون ذو أثر رجعي.

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.140.

² - سورة المائدة، الآية رقم 01.

³ - للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.216.

⁴ - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.506.

⁵ - المرجع نفسه.

الفرع الثالث: نطاق العدول عن العقد بالنسبة لطبيعة محل العقد

تمثل المنقولات بما فيها السلع والخدمات، مجال عدول المستهلك عن العقد، وقد تناول هذا الموضوع التوجيه الأوروبي رقم 97-07¹ الخاص ببيع المسافة والبيع المنزلية من خلال نص المادة 03/06 والمادة 03/06 على التوالي أنه يشمل السلع والخدمات أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فنجد أنه استثنى العقود التي تتناول تقديم الخدمات² حسب ما ورد بالقانون رقم 88-21 في مادته الأولى.

وقد عرف التشريع الجزائري السلعة من خلال المادة 17/03 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم كما يلي: "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً"³. أما الخدمة فجاء تعريفها في المادة 16/03 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بما يلي: "كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا للخدمة المقدمة".

أما فيما يتعلق بالتشريعات العربية التي تناولت في تشريعاتها نظام العدول، فقد شملت كل من السلع والخدمات، فالتشريع التونسي تناوله من خلال نص المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، والتشريع الفلسطيني نص عليه بالمادة 55 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، والأمر نفسه بالنسبة للتشريع اللبناني من خلال نص المادة 55 من قانون حماية المستهلك.

وبناء على ما ورد بالتشريعات السابق ذكرها، يتضح استثناءها للعقد الذي يكون محله عقار من الحماية المقررة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية؛ لانتهاء صفة النفاذ والزوال بشأنه، فهو قار وثابت في مكانه. ضف لذلك أن للعقار نظام قانوني خاص يوليه حماية خاصة، مثل نظام الشهر العقاري والضمان العشري وغيره، إلى جانب اشتراط ركن الشكلية لإتمام التصرفات التي ترد عليه، مما يعطي للمتعاقد وقتا كافيا لاتخاذ قراره بإتمام العقد.

إلا أن الحال ليس كذلك في كل الحالات، فالمتعامل في المجال الترقية العقارية⁴ أصبح بحاجة للحماية التي يحتاجها الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، بالنظر للتحويلات الحاصلة في هذا المجال، فإذا كان الأمر يتعلق ببائع ومشتري للعقار بشكل عرضي، أو عن طريق عقد مقاوله التشييد والبناء الذي يخضع للنظام العشري حسب ما ورد بنص المادة 554 من القانون المدني الجزائري التي جاء نصها كما يلي: "يضمن المهندس المعماري والمقاول

¹-Directive 07/97/CE du parlement Européen et du Conseil Européen Concernant La protection des consommateur en matière de contrat a distance, O.J, 1997, n144/9

²-Bizai, le télé- achat et le droit de contra, p.62.

نقلا عن أيمن مساعدة وعلاء حضائنة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيع المسافة، المرجع السابق، ص.22.

³ - للإشارة فإن التشريع الجزائري جمع بين السلعة والخدمة في لفظ واحد وهو "المنتج" بنص المادة 10/03 جاء فيها ما يلي: "المنتج هو كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً".

⁴ - حسب ما ورد بنص المادة 03/02 من القانون رقم 04-11 التي جاء نصها كما يلي: "مجموع عمليات تعبئة الموارد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية".

متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته...". فإن ظروف الحال تغيرت؛ فظهر في المجال العقاري فئة متخصصة؛ تتمثل خاصة في المرقي العقاري¹ وغيره من أصحاب التخصص في هذا المجال خاصة فيما يتعلق بعقد حفظ الحق²، وعقد البيع على التصاميم³، وفق ما ورد بنص المادة 29 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، جاء فيها ما يلي: "لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ الحق لعقار مقرر ببناءه، أو في طور البناء إلا من طرف المرقي العقار، كما تنص عليه المواد 4 (فقرة 2) و 18 و 19 و 20 و 21 من هذا القانون". كما أصبح الضمان العشري لا يسعف المتعاقد مع المرقي العقاري بسبب نقص الإعلام الذي يعتريه في هذا المجال، إلى جانب الشروط التي يتطلب قيامها للاستفادة من الضمان العشري، وبالرغم من تضامن كل من المرقي العقاري مع المقاول في الضمان العشري؛ حسب ما ورد بنص المادة 46 من القانون رقم 04-11 من القانون السابق ذكره، التي جاء نصها كما يلي: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل بناية أو جزء منها جراء عيوب بما في ذلك النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

فإذا كان المتعامل مع المرقي العقاري له الحق في العدول عن العقد، فيمكنه إنهاء العقد الذي يربطه مع المرقي العقاري، دون ذكر أسباب ذلك؛ ولا تحقق أي شرط؛ سوى احترامه للمدة المحددة للعدول عن العقد، وبهذا يمكن إعادة التوازن للاختلال الحاصل بين طرفي العلاقة العقدية بسبب التفوق الفني والمعرفي الموجود بين المرقي العقاري ومن يتعامل معه.

وفي هذا المعنى، يرى بعض الفقه أن عقد الاستهلاك ليس من العقود الخاصة، لأن مفهومه يتسع ليشمل عددا من العقود الخاصة، إن لم نقل كل هذه العقود، لأن طبيعتها تختلف باختلاف صفة أطرافها، وتصبح عقود استهلاك كلما اكتسب أحد طرفيها صفة الضعف، واكتسب الآخر صفة القوة، وهذا ينطبق على عقد البيع، كما ينطبق على عقد القرض، أو عقد الوديعة، أو عقد الإيجار، أو عقد المقاولة، أو أي عقد آخر يكون محله تقديم

¹ - حسب ما ورد بنص المادة 07/02 من القانون رقم 04-11 التي عرفت المرقي العقاري كما يلي: "يعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

² - حسب ما ورد بنص المادة 27 من القانون رقم 04-11. والتي جاء نصها كما يلي: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر ببناءه أو في طور البناء لصاحب الحق، فور إنجازه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير".

³ - حسب ما ورد بنص المادة رقم 28 من القانون رقم 04-11 جاء فيها: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من البناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، وهو العقد الذي يتضمن ويكسر تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال...".

منتوج أو خدمة¹. وفي المعنى نفسه، دعم جانب آخر من الفقه هذا الرأي، وقال بأن مجال عقود الاستهلاك يتسع لتنظيم العديد من العقود التي يرتبط فيها المستهلك بالمتدخل بغض النظر عن موضوعها، فقد تنصب على منتجات، كما تنصب على تأدية خدمات، سواء كانت مالية كالعقود البنكية، أم عقود التأمين، أم ذهنية كالتعاقد مع الأطباء والمحامين². ويؤكد هذا الرأي جانب آخر من الفقه، إذ يرى أن عقود الاستهلاك هي من العقود الحديثة، إلا أن حقيقتها هي عقود تقليدية في مسمياتها تدعمت بحماية تشريعية للطرف الضعيف³.

وبهذا يصبح المتعامل مع المرفي العقاري طرفا ضعيفا يحتاج للحماية التي أقرتها تشريعات الاستهلاك خاصة وأن من شروط ممارسة مهنة المرفي العقاري المؤهل العلمي في التخصص.

واعتمادا على تقنية القياس، يمكن إضافة العقود التي تتم في إطار التعاملات العقارية؛ خاصة في مجال الترقية العقارية للعقود السابق ذكرها، لاشتراكها معها في عنصر التخصص في مجال معين، إلى جانب الضعف الملازم للطرف المتعامل مع المرفي العقاري، بالنظر للنشاطات التي يمارسها المرفي العقاري، حسب ما ورد بنص المادة 03 من القانون رقم 04-11 المتعلق بالترقية العقارية التي جاء نصها كما يلي: "يعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تحديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

ومن بين التشريعات التي وسعت من النطاق الموضوعي للعدول عن العقد، نجد التشريع الإسباني من خلال نص المادة الأولى⁴ من قانون 1984/07/19 الخاص بالدفاع عن المستهلكين، حيث وحدت بين المتعاقد الذي يمتلك أو يستخدم أموالا منقولة أو عقارية واعتبره مستهلكا.

ولأجل ما تم بيانه، ولاعتبار العدول عن العقد بناء قانونيا حديثا تتطلبه ضرورات الحياة الاصطناعية ومستلزماتها، يستدعي الأمر توسيع نطاقه ليشمل عقودا أخرى لم يشملها بعد؛ متى توافرت مبررات ذلك، للحد من حالات الاختلال في التوازن العقدي.

واعتمادا على ما تم بحثه بشأن النطاق الموضوعي للعدول عن العقد، اتضح أن الرجوع عن العقد وفقا لما جاء به الفقه الإسلامي استثناء عن القوة الملزمة للعقد، يتعلق بعقود من طبيعة خاصة، تتمثل في العقد اللازم سواء لطبيعته أو بسبب الخيار، إلى جانب العقود المستمرة غير المحددة المدة، كما أنه مخول لطرفي العقد أو لأحد

¹ - موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.29.

² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2016 ص.10.

³ - هبة ثامر محمود، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية، المرجع السابق، ص.05.

⁴ - جاء نصها كما يلي: "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يمتلك، أو يستخدم، بوصفه المستهلك النهائي للأموال المنقولة أو العقارية، سلعا أو خدمات ولا يعتبر من قبيل المستهلكين، الأشخاص الذين يمتلكون أو يستهلكون سلعا أو خدمات بغرض إدماجها في عمليات الإنتاج أو التحويل أو التداول أو الأداء للغير من دون أن يكونوا المستهدفين أخيرا من تلك العمليات"⁴.

طريفي العقد بالنظر لطبيعة ونوعية العقد بغض النظر عن قوته الاقتصادية والمعرفية مقارنة بالطرف الآخر، شريطة توافر شروط معينة وانتفاء موانع محددة. وهو ما تناولته القوانين الوضعية تحت اسم إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في عقود محددة ذكرتها على سبيل الحصر، وبهذا تكون التشريعات الوضعية في ظل القواعد العامة قد أسست لفكرة ليست بعيدة في مضمونها عن فكرة العقد غير اللازم، إلا أنها لم تنظمها بالكيفية التي تناولها الفقه الإسلامي من خلال نظرية العقد غير اللازم، وهذا ما يؤكد بعض الفقه¹.

أما فيما يتعلق بالقواعد الخاصة التي تناولتها تشريعات الاستهلاك، فقد تطرقت للعدول عن العقد في نطاق ضيق حصرت في فئة معينة من العقود، بالنظر لخروجه الصارخ عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، وبدون شروط محددة، يكفي فقط وجود علاقة عقدية غير متكافئة، على أن يمارس خلال مهلة زمنية محددة، حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية الذي أبدى رضا متسرعاً، وهي ليست بفكرة جديدة من أفكار الفقه القانوني الحديث، وإنما أصولها متأصلة بما جاء به الفقه الإسلامي وفق ما يعرف بنظرية "العقد غير اللازم"؛ عالج من خلالها حماية ركن الرضا بصفة عامة وليس التسرع فيه فقط.

المطلب الثالث: نطاق العدول عن العقد من حيث القانون الواجب التطبيق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

اعتماداً على النطاق الموضوعي للعدول عن العقد، الذي بيّن أن أغلب العقود التي تتم عن بعد في الوقت الحالي هي العقود الإلكترونية² التي تتم عبر شبكة العنكبوتية؛ وباعتبار هذه الشبكة لا تعرف الحدود التقليدية بين الدول، فالتعاقد الإلكتروني ليس قاصراً على الأفراد المتواجدين في الإقليم الواحد، فالغالب أنه يتم بين أطراف متواجد في دول مختلفة، وقد يتم تنفيذ العقد في دولة ثالثة، الأمر الذي يثير ضرورة تحديد القانون الذي يحكم هذه العلاقة العقدية، وعليه فإشكال القانون الواجب التطبيق تطرح بقوة³، فإذا كانت القاعدة تنص على تطبيق قانون الموطن؛ وكان هذا القانون لا يخدم مصلحة المتعاقد خاصة فيما يتعلق بحق العدول عن العقد، فالسؤال الذي يطرح نفسه هل يطبق قانون الإرادة (الفرع الأول)، أم ضوابط الإسناد الملائمة لحماية الطرف الضعيف (الفرع الثاني)، أم القواعد ذات التطبيق الضروري (الفرع الثالث).

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.138.

² - بالرغم من اعتبار العقد الإلكتروني عقد دولي إلا أنه قد يكون عقداً وطنياً بجميع عناصره، كان يتم بين طرفين يحملان نفس الجنسية ويتم تنفيذه داخل الوطن. للتوسع أكثر يراجع: عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.63.

³ - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.21.

الفرع الأول: قانون الإرادة

يرى بعض الفقه¹ أن أغلب التشريعات تنفق على الاعتداد بضابط الإرادة أساساً للإسناد بالنسبة للعقد الدولي، وفق ما يعرف بالنظرية الشخصية (أولاً)، وبالنظر للانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي يكون الطرف الضعيف طرفاً فيها، اهتدى الفقه لفكرة النظرية الموضوعية (ثانياً).

أولاً- النظرية الشخصية: هي النظرية التي قدست مبدأ سلطان الإرادة، في ظل النظام الاقتصادي الحر، الذي أكد مبدأ الحرية التعاقدية تمثيلاً مع القانون الطبيعي، وحماية لحقوق الإنسان، إلا أنّ اعتماد هذه النظرية في نطاق العقود الدولية، نتج عنه اندماج أحكام القانون في الشروط التعاقدية، فيصبح مجرد شرط في العقد، وبهذا تسمو الإرادة على القانون².

وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه، أن الأصل في العقود الإلكترونية، أن يُمنح طرفي العقد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية؛ وهذا هو المبدأ السائد في فقه وقضاء الدول التي تنص على قانون المعاملات الإلكترونية³.

وتكمن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق في تحقيق الأمان القانوني لهم؛ نتيجة معرفتهم المسبقة بالقانون الذي يخضعون له⁴. وبهذا فقانون الإرادة يترتب عليه توافق توقعات الأطراف، ورعاية مصالحهم كما يخدم التجارة الدولية بحد ذاتها⁵.

وقد اعترفت جل القوانين الوطنية بمبدأ قانون الإرادة، فقد نص القانون المدني الجزائري عليها بنص المادة 18⁶ من القانون المدني، كما تناولته النصوص الدولية، من بينها اتفاقية لاهاي المتعلقة بالعقود الدولية للمنقولات المادية لسنة 1955 بنص المادة 01/02 التي جاء نصها كما يلي: "يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إرادة الأطراف".

وعن كيفية اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، فالأصل أن الاتفاق يتم صراحة عن طريق بند في العقد، كما يمكن أن يتم ذلك في اتفاق لاحق، كما يمكنهم تغيير القانون الذي تم

¹ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004 ص.329.

² - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.333. وحسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.23.

³ - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص.ص.255-303.

⁴ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.393.

⁵ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.11.

⁶ - يقابلها نص المادة 19 من القانون المدني المصري، ونص المادة 01/25 من القانون المدني العراقي.

الاتفاق عليه مسبقاً¹ وفقاً لما ورد بنص المادة 02/03 من اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث جاء نصها كما يلي: "يجب للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل سواء تم ذلك تبعاً لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى". ويشترط في هذه الحالة أن لا يسبب هذا التغيير أضراراً للغير، خاصة الحقوق المكتسبة².

أمّا عن الاتفاق الضمني، فيمكن للقاضي استخلاصه من ظروف الحال وملابسات العملية التعاقدية وبالاعتماد على القرائن، ومن بين القرائن التي يمكن الاعتماد عليها نوعية العملة التي يتم الوفاء بها، أو بالاعتماد على مكان الوفاء أو مكان التنفيذ، وجنسية الأطراف ومكان إبرام العقد³.

ومن التشريعات الدولية التي أخذت بقانون الإرادة، اتفاقية روما لعام 1980 بشأن العقود الدولية حسب نص المادة 03 التي تخضع جميع العقود، لقانون الإرادة، بما فيها عقود الاستهلاك.

إنّ اعتماد النظرية الشخصية في اختيار القانون الواجب التطبيق، يبدو أنه يمثل خطورة على المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فقد يفرض الطرف القوي صاحب الخبرة الفنية والتفوق الاقتصادي شروطه، فيستبعد القانون الذي يخدم مصلحة الطرف الضعيف، مما يتوجب حمايته من هذه الخطورة، إلا أن بعض الفقه استخلص عدة الحالات يكون فيها تطبيق النظرية الشخصية دوراً فعالاً في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فتتمثل فيما يلي⁴:

- أن يبادر الطرف الضعيف في العلاقة العقدية للتعاقد في بلد المتعاقد معه بإرادته، ودون أي تأثير من الطرف الآخر، ويطبق هذا الفرض، بغض النظر عن مستوى الحماية التي تقدم للطرف الضعيف، عن تلك التي يكفلها له قانون الموطن، فعلى سبيل المثال لا الحصر في حال تعاقد بين طرف (أ) من بلد لا يحتوي تشريعه على نص يكفل له حق العدول عن العقد، مع طرف آخر (ب) ينتمي لدولة تناول تشريعها حق العدول عن العقد لمصلحة المستهلك، فإذا اختار (أ) وهو المستهلك تطبيق قانون دولة الطرف (ب)، فعلى القاضي احترام إرادة الأطراف بالنظر للحماية التي يكفلها للطرف الضعيف.

- أن يكون قانون الإرادة هو الأصلح لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ويتحقق هذا الفرض في الحالة التي لا يقدم فيها قانون محل الإقامة، حماية للمستهلك، أو يقدم له حماية أقل مقارنة بالقانون الذي اختاره المتعاقدان، فيضطر القاضي لاستبعاد القانون، قانون محل الإقامة، ولتوضيح كيف يخدم ضابط قانون الإرادة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، نورد المثال التالي: اعتماداً على ما جاء بنص المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 1972/12/22، المتعلق بالبيع بالموطن، الذي يمنح للمستهلك مدة سبعة أيام من تاريخ الالتزام

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.ص. 404-406.

² - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 285.

³ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 407.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.ص. 81-82.

بالشراء بالعدول عن العقد الذي سبق له الارتباط به، فإذا تعاقد مصري مقيم بمصر مع بائع فرنسي تابع لشركة فرنسية لها فرع في مصر، واتفقتا على اختيار القانون الفرنسي ليطبق على العقد عند النزاع، فيكون هذا القانون أكثر حماية للمواطن المصري من قانون موطنه، لأنه لا يقدم له الخدمة التي يقدمها له القانون الفرنسي، وهي حقه في العدول عن العقد، وعليه فضابط الإرادة لا يكون مضرًا بالمستهلك في كل الأحوال¹.

وفي المعنى نفسه، رأى جانب آخر من الفقه، عدم الابتعاد الكلي لقانون الإرادة وفقا للنظرية الشخصية وإنما التخفيف منه فقط، لأن الاستبعاد الكلي له من شأنه أن يلحق أضرارًا بالمستهلك في حد ذاته، خاصة في الحالة التي يكون لا يمكن لقانونه أن يخدمه، ويعامل كلا طرفي العقد معاملة واحدة، كما قد يتناول القانون المختار حماية أكثر للطرف الضعيف في العلاقة العقدية². ولكن لما يتعلق الأمر بالتعاقد الإلكتروني، يجب توفير أكبر حماية للمستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية والأجدر بالحماية، فيجب أن لا يكلف المستهلك بالسفر إلى دولة أخرى ليرفع دعواه، مما يحول دون المطالبة بحقوقه، بسبب إمكانياته المحدودة³.

وبالرغم مما سبق، فقد انتقد الأخذ بمبدأ الإرادة، لما له من سلبيات على حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وذهب جانب من الفقه، إلى ضرورة تعطيل قانون الإرادة، في الحالة التي يكون فيها أحد طرفي العقد طرفًا ضعيفًا مقارنة بالطرف الآخر، لأن عدم التكافؤ بين طرفي العقد، ومنحهم كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق قد يؤدي لتعسف الطرف القوي، فيختار القانون الأصلح له⁴.

ومن جهة أخرى، فإن الإشكال يثور في الحالة التي لا يتم فيها الاتفاق على القانون الواجب التطبيق وتعدر استخلاص ذلك من إرادتهما الضمنية، ليجد المتعاقد، خاصة الطرف الضعيف نفسه أمام قانون لا يكفل له أي حماية، أو يكفل له حماية أقل من تلك التي عهدتها في موطنه، خاصة وأن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق تتراخى لمرحلة ما بعد رفع النزاع إلى القضاء.

وعليه ففي مثل هذه الحالة، يبحث القاضي عن الإرادة المفترضة للطرفين، وفقا لما يعرف بالإسناد الجامد للرابطة العقدية، بالاعتماد على ضابط مكان إبرام العقد، على اعتبار أنه يكفل للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد مما يوفر لهم الأمان⁵، ويضيف بعض الفقه أن حماية المستهلك هي أساس كل عملية تعاقدية وبالتالي فقانون محل إقامته، هو الواجب التطبيق بالنظر للحماية التي يقرها له؛ بوصفه طرفًا ضعيفًا أمام المنتجين مما يجعل رضا المستهلك -محل شك- بسبب الإغراءات والإعلانات المضللة⁶.

¹ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.32.

² - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.412.

³ - إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.318.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.28.

⁵ - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.328.

⁶ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.169.

فالعبارة في عقود الاستهلاك، خاصة في عقود التجارة الإلكترونية بقانون الموطن العادي للمستهلك لتفادي الغش والتحايل والسعي، لتطبيق قانون دول أخرى لا تقرر حماية فعالة للمستهلك، مما جعل بعض القوانين المقارنة كالقانون السويسري يخرج عن احترام قاعدة -قانون الإرادة- حسب ما ورد بنص المادة 01/120، وهذا درء للغش والتحايل على المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية بتطبيق قانون آخر لا يخدمه¹.

ومن جهة أخرى، يرى جانب آخر من الفقه، أنّ الاعتماد على مكان إبرام العقد لا يناسب عقود الاستهلاك، خاصة تلك التي تتم عن بعد؛ لأنه يسمح بإمكانية تحايل الطرف القوي في العقد². وبالنظر لما سبق، يرى بعض الفقه أن عقود الاستهلاك تخضع لقانون الإرادة كقاعدة عامة، إلا أنّ هذا الخيار لا يجوز أن يستتبعه حرمان المستهلك من الحماية التي تقرر لها القواعد الآمرة بقانون محل إقامته³، لأن حماية المستهلك هي أساس كل عملية تعاقدية، وهي الحماية التي يكفلها له قانون محل إقامته⁴. أما بالنسبة لضابط محل تنفيذ العقد الرغم من صلته الحقيقية بالعقد، إلا أنّ ما يبدو فيما يتعلق بهذا الضابط هو صعوبة تطبيقه لما يتعلق الأمر بالعقد الإلكتروني، خاصة في حالة تعدد أماكن تنفيذ العقد، مما يخضع العقد لأكثر من قانون⁵.

إن ما تم ذكره بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب اتفاق الأطراف، أثبت عدم ملائمتة لعقود الاستهلاك التي تشتمل على العنصر الأجنبي. ووفقا لما سبق، يمكن القول إن الاعتماد على قواعد الإسناد الجامدة السابق ذكرها لا تخدم مصلحة المستهلك التي يكون أحد عناصرها أجنبيا خاصة فيما يتعلق بالمعاملات التجارية الحديثة، مما دفع الفقه لانتهاج المنهج الموضوعي، كوسيلة من وسائل حل النزاع بين القوانين التي تحكم العلاقة العقدية. وقد اتضح أن أغلب التشريعات الوطنية والدولية اعتمدت النظرية الشخصية لقانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية الكلاسيكية، وحتى الإلكترونية، إلاّ بعض التشريعات الدولية كاتفاقية رومان واتفاقية لاهاي استبعدت هذا الضابط لما يتعلق الأمر بالطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وقد أكد التوجيه الأوروبي لسنة 1977 المتعلق بالتعاقد عن بعد من خلال نص المادة 12 بصفة آمرة على عدم استبعاد حق المستهلك في الحماية حتى ولو وافق على ذلك.

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.173.

² - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.430.

³ - أحمد عد الكرم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات، 2000، ص.41. نقلا عن عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.113.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.431.

ثانياً- النظرية الموضوعية: وتعرف أيضاً بالتركيز الموضوعي، ويعد الفقيه "باتيفول" صاحب هذه النظرية، ويرى أن دور إرادة المتعاقدين وفقاً لهذه النظرية يقوم على تركيز الرابطة العقدية في مكان معين عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد اعتماداً على ظروف وملابسات التعاقد¹. وتعرف هذه القواعد بأنها "مجموعة من القواعد القانونية تطبق مباشرة على العلاقات ذات العنصر الأجنبي"².

إن نظرية التركيز الموضوعي، لا تختلف عن نظرية قانون الإرادة في السماح للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أنها تعلي سلطة القانون على سلطة الإرادة، إذ يرى بعض الفقه أن اختيار القانون الواجب التطبيق وفق هذه النظرية لا يعني اندماجه في العقد واعتباره من الشروط العقدية، بما يبعد النصوص الآمرة من القانون المختار، وهو ما يمثل خطورة على حماية المستهلك، وإتّماً يطبق القانون المختار، بوصفه قانوناً، وليس باعتباره مجرد شرط موضوع في العقد، وبهذا ينتج عنه عدة نتائج مهمة؛ منها عدم السماح للمتعاقدین بمخالفة القواعد الآمرة الموجودة في القانون الواجب التطبيق، إلى جانب التزام المتعاقدین بالتعديلات التي تلحق القانون الواجب التطبيق³، وهو المعنى الذي يؤكد بعض الفقه بقوله: إن نظرية التركيز الموضوعي تمنع طرفي العقد من التحميد الزمني للقانون الواجب التطبيق⁴.

ويرى بعض الفقه، أن أهم ما يميز نظرية التركيز الموضوعي عن النظرية الشخصية في قانون الإرادة، هو فشل القاضي في الوصول للإرادة الضمنية للطرفين لا يسمح له بالبحث والتقصي عن إرادتهم المفترضة، وإنما يجب عليه استخلاص القانون الواجب التطبيق، من خلال التركيز الموضوعي للعقد، لإرادة الطرفين لا تقدم الحل لمشكلة تنازع القوانين، ولكنها تقدم ما يمكن للقاضي الاعتماد عليه، لاستنتاج القانون الواجب التطبيق على القضية موضوع النزاع المعروضة أمامه⁵، ويجب أن يتطابق اختيار طرفي العقد مع تركيز حقيقي لعناصر العقد، ففي حالة قيام علاقة عقدية بين مواطن عراقي مع شركة مصرية على أن ينفذ العقد في سوريا، فللأطراف تركيز العلاقة العقدية واختيار قانون أحد هذه الدول الثلاث، ولكن لا يمكنهم اختيار قانون آخر، كالقانون الأردني مثلاً⁶. ويتمثل دور هذه النظرية في حماية المستهلك، من الأضرار التي يمكن أن تلحق به بسبب الحرية والقدرة التي يملكها الطرف القوي، في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، بما يخدم مصلحته ضد من يتعاقد معه، مستعيناً في ذلك بخبرته ومستشاريه القانونيين⁷.

¹ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.338. وجمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.498.

² - رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.121.

³ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.343.

⁴ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.28.

⁵ - المرجع نفسه، ص.26.

⁶ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.420-421.

⁷ - المرجع نفسه، ص.423.

ووفقا لهذه النظرية لا يمكن لطرفي العلاقة العقدية اختيار القواعد المكملة في القانون الواجب التطبيق واستبعاد القواعد الآمرة التي شرعت خصيصا لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية¹.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه أن نظرية التركيز الموضوعي تحول دون التحايل على القانون وفقا لمبدأ قانون الإرادة، وهذا ما يؤثر بالإيجاب على حماية المستهلك بمنع الطرف القوي من التهرب من نتائج القانون واجب التطبيق، مستعينا في ذلك بخبرته وبأهل الاختصاص².

وبالرغم مما تقدمه نظرية التركيز الموضوعي من حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إلا أنها لم تسلم من النقد، ويعد أهم انتقاد وجه لها هو مخالفتها لأحكام اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حسب ما ورد بنص المادة 01/03.

ويرى بعض الفقه، عدم كفاية المنهج الموضوعي لحكم وتنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية، وغير الإلكترونية، لذا يبقى الاعتماد على قواعد الإسناد شريطة التوسع في مفهوم قانون الإرادة، الذي يسمح للمتعاقدين باختيار القانون الذي يروونه مناسباً، وقد يشمل القواعد الموضوعية الدولية؛ سواء كانت اتفاقية أم عرفية³، إلى جانب صعوبة إعمالها في العقود المبرمة عن طريق الشبكة العنكبوتية، لأن القاضي يواجه صعوبة كبيرة في بحثه للقانون الأوثق صلة بالعقد الإلكتروني، فلا اللغة تخدمه لأنها عادة ما تكون بالإنجليزية، ولا الموطن، ولا مكان إبرام العقد، ولا مكان التنفيذ الذي يتم على شبكة العنكبوتية، دون الحضور المادي للمتعاقدين⁴. ويضيف هذا الفقه أن منهج القواعد الموضوعية لا يزال في بدايته، ما يفيد ضرورة الاستعانة بقواعد الإسناد الكلاسيكية في نطاق عقود التجارة الإلكترونية بصفة عامة⁵.

فيما يرى اتجاه آخر من الفقه، ضرورة تقييد مبدأ قانون الإرادة بما يخدم مصلحة المستهلك، وهذه القيود تتمثل في القواعد الآمرة الموجود في النصوص الموضوعية في القوانين الداخلية، وبالتالي لا يمكن استبعادها بناء على قانون الإرادة، وهذا ما يجعل إرادة الأطراف تلعب دوراً مكملاً لحماية المستهلك في العلاقة العقدية، في الحالة التي تسمح بتطبيق قانون أفضل من قانون محل إقامته، وفق ما يعرف بالقاعدة التخيرية للمستهلك⁶. وقد حرصت بعض التشريعات على ضرورة إخضاع العقود المبرمة مع المستهلك لقانون محدد، حيث يعطي ضمانات للمستهلك، منها حق العدول عن العقد، لذلك تقضي هذه التشريعات باعتماد قانون محل إقامة المستهلك⁷.

¹ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.24.

² - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.425.

³ - محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ط.01، ص.14.

⁴ - المرجع نفسه، ص.118.

⁵ - محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص.276.

⁶ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.74.

⁷ - إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.321-322.

ومن التطبيقات التشريعية التي قننت تقييد قانون الإرادة، اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980، إذ اشترطت أن لا يؤدي اختيار قانون الإرادة إلى حرمان الطرف الضعيف من الحماية المقررة له في قانون محل إقامته حسب ما ورد بنص المادة 02/05.

وفي المعنى نفسه، يرى جانب من الفقه أن كل قواعد الإسناد الكلاسيكية لا تصلح للمعاملات الإلكترونية؛ باستثناء قانون الإرادة¹. ويضيف جانب آخر أن الاتفاق يتم بين طرفي العقد عن طريق بند في العقد أو يوضع بشكل لاحق للعقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، أما بالنسبة للتعبير الضمني، فلا يثير أي إشكال بالنسبة للعقد الإلكتروني، لأنه مسألة واقع، تخضع لمحكمة الموضوع².

الفرع الثاني: ضوابط الإسناد الملائمة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية

لقد أصبحت الحاجة ملحة لمسايرة الظروف الحالية، بما رافقها من تطور وازدهار التجارة الخارجية، بسبب الثورة التقنية الحاصلة، الأمر الذي دفع بفقه القانون الدولي الخاص، لمسايرة هذا التطور بوضع ضوابط مرنة لقاعدة التنازع تكفل حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وفق ما يعرف بالأداء المميز (أولا)، وضابط الإقامة المعتاد للمستهلك (ثانيا)، وفي الأخير القانون الأصلح للمستهلك (ثالثا).

أولا- الأداء المميز: بالنظر للانتقادات التي وجهت لقانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقة العقدية الدولية، التي يشترط أن يكون أحد عناصرها طرفا ضعيفا، رأى الفقه ضرورة الاعتماد على قواعد إسناد مرنة، بإسناد العقد للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد وفق ما يعرف بنظرية الأداء المميز³، وقد أخذت به التشريعات الحديثة لتبني موقف وسط يحقق العدالة بين طرفي العلاقة العقدية، عن طرق تجزئة الإسناد بتحديد ضابط إسناد مناسب، يحدد مسبقا لكل فئة من العقود، بما يتمشى وطبيعتها⁴.

والإسناد وفقا لنظرية الأداء المميز، يقوم على افتراض مسبق، يفيد أنّ محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يكفل للأطراف الأمان القانوني ويحفظ توقعاتهم المشروعة، وعلى هذا الأساس فالعقد الذي يبرمه المحامي مع موكل أجنبي، يخضع لقانون الدولة التي يمارس فيها المحامي نشاطه، والحال كذلك في عقد البيع، فإن أداء البائع بتسليم الشيء محل العقد يعد أداء مميزا، مقارنة بأداء المشتري، الذي يعد أقل أهمية، مما

¹ - محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص.167.

² - إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.321.

³ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.336-337.

⁴ - هاشم علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.351-352.

يبرر إسناد العقد لقانون محل أداء البائع¹، كما يؤدي الإسناد لقانون دولة المدين بالأداء المميز، تجاوز ما يثيره تنفيذ العقد من مشاكل؛ خاصة في الحالة التي يتم فيها التنفيذ في عدة دول².

إلا أنّ جانباً آخر من الفقه، يرى أن الأداء المميز، هو صورة من صور التركيز الموضوعي، لكنه يتركز على عنصر داخلي وجوهري فيه، ممّا يحفظ توقعات المتعاقدين ويحقق لهم الأمان القانوني، من أجل استقرار المعاملات الدولية، وبهذا، فنظرية الأداء المميز تحتل مركزاً وسطاً بين الإسناد الجامد (قانون الموطن، أو مكان إبرام أو تنفيذ العقد)، وبين نظرية التركيز الموضوعي التي حققت المرونة المطلقة في الإسناد³، وهو يقوم على تقسيم العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه، وبهذا يتغير القانون الواجب التطبيق من عقد لآخر كذلك⁴.

ويرى اتجاه آخر، أنّ نظرية الأداء المميز تمثل إحدى الحلول المناسبة لتنازع القوانين في مجال العقود الإلكترونية، بتحديد من يقع عليه الالتزام الرئيسي في العقد⁵، بالنظر للثبات الذي تتميز به، واحترام توقعات الأطراف؛ لأنها تحقق الحل المناسب لكل عقد بحسب شكله وطبيعته، دون أن تخل بتوقعات الأطراف؛ فاختلاف التركيز لا يرجع لظروف وملابسات التعاقد كما في نظرية التركيز الموضوعي في قانون الإرادة، وإنما الاختلاف يعود لطبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها، وهو ما يتم تحديده مسبقاً من خلال قاعدة الإسناد⁶.

ومن التشريعات التي اعتمدت على الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الاستهلاكية، خاصة تلك العابرة للحدود، القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 وفقاً لنص المادة 01/117 التي جاء نصها كما يلي: "يكون العقد محكوماً عند انتفاء اختيار الأطراف بقانون الدولة التي يرتبط معها العقد بروابط أكثر وثوقاً"، وتضيف المادة نفسها في الفقرة الأخيرة منها بعض الأمثلة، لما يعد أداء مميزاً في بعض العقود مثل عقد نقل الملكية، وأداء الكفيل في عقد الكفالة، ومن التشريعات التي سارت على النهج نفسه القانون السويسري؛ القانون الدولي الخاص لألمانيا الغربية لسنة 1987⁷.

أمّا فيما يتعلق بالتشريعات الدولية، فقد اعتمدت العديد من الاتفاقيات الدولية على الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الاستهلاكية، خاصة تلك العابرة للحدود، ومنها

¹ - هاشم علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.352.

² - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009، ص.430.

³ - المرجع نفسه، ص.429.

⁴ - سلام أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، مصر، دار النهضة العربية، 2001، ط.01، ص.199. نقلاً عن محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص.123.

⁵ - محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص.128.

⁶ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.352-353.

⁷ - للتوسع أكثر يراجع: موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.437.

اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالبيع الدولية للمنقولات المادية، وفقا لما قرره المادة الثالثة التي اعتمدت محل إقامة البائع بصفته المدين بالأداء المميز، وهو الضابط نفسه الذي اعتمده اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث أكدت بالفقرة الثانية للمادة الأولى، قرينة الأداء المميز فجاء نصها كما يلي: " ويفترض أن العقد يكون مرتبطا بروابط أكثر وثوقا مع البلد الذي تتحقق فيه لحظة إبرام العقد الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز".

ولم يسلم هذا الضابط من النقد كذلك، بسبب عدم تقريره لحماية فعّالة تناسب الضعف الملازم لأحد طرفي العلاقة العقدية، ومن بين أهم الانتقادات التي وجهت له ما يلي:

- يبدو واضحا أن الأخذ بهذا الضابط في مثل هذا النوع من العقود لا يخدم مصلحة المستهلك؛ لأنه ينص على تطبيق قانون الطرف الآخر، الذي عادة ما يكون في مركز قوة، مقارنة بمن يتعاقد معه، ففي الحالة التي تتعلق بعقد بيع أو توريد خدمات على الشبكة العنكبوتية، فإن المدين بالأداء المميز هو البائع أو مقدم الخدمة، فيكون قانون دولتهما هو الواجب التطبيق¹.

- إن اعتماد هذا الضابط يقوم على أساس جغرافي، وهذا لا يتوافق مع طبيعة العقود الدولية التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية، إضافة لذلك فإن أغلب المواقع الإلكترونية التي يتم من خلالها التعاقد غير دائمة وهذا ما لا يتوافق مع شرط الإقامة الذي يتطلب الاستقرار والدوام².

- غياب الأمان القانوني المنتظر من التوقعات المشروعة للمستهلك بشأن القانون الواجب التطبيق³.

إضافة للانتقادات الموجهة لضابط الأداء المميز، يرى بعض الفقه⁴ ضرورة استبعاد تطبيق قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز، عندما يتعلق الأمر بعلاقة عقدية غير متكافئة، خاصة فيما يتعلق بالعقود الاستهلاكية اعتمادا على نص المادة 02/05 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت على قاعدة إسناد خاصة بعقود الاستهلاك، إذ جعلت الاختصاص لقانون محل الإقامة المعتادة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

يتضح مما سبق، أن نظرية الأداء المميز، لا تخدم مصلحة المستهلك؛ لأن المدين بالأداء المميز هو دائما الطرف القوي في العلاقة العقدية؛ متمثلا في المنتج ومن في حكمه، مما يجعل الدول الموقعة على الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية تعزز من حماية مصالح مواطنها، على مصالح أي طرف آخر، مما يستدعي ضرورة بحث ضابط آخر، إلى جانب تقييد حرية طرفي العلاقة العقدية في اختيار القانون الواجب التطبيق؛ لأن العقد الاستهلاكي الإلكتروني تحكمه عدة قوانين بالنظر للبيئة التي الافتراضية التي يبرم فيها (الشبكة الإلكترونية).

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 437، ص. 438.

² - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 345.

³ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 57.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 59.

ثانياً - ضابط الإقامة المعتاد للمستهلك: بالنظر لاعتبارات حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، خاصة فيما يتعلق بالعقود التي يكون أحد عناصرها أجنبي عن العلاقة العقدية، إلى جانب قصور ضوابط الإسناد التي تم الإشارة إليها سابقاً في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، اتجهت الأنظار للاعتداد بضابط الإقامة المعتاد للمستهلك في العلاقة العقدية.

وفي المعنى السابق، يرى بعض الفقه أن تدخل الدول في المجال الاقتصادي والاجتماعي أدى لاستبعاد قانون الإرادة في مجال عقود الاستهلاك الدولية وانتهاج قاعدة إسناد خاصة تنص على تطبيق قانون محل إقامة المستهلك¹.

ولإعمال محل الإقامة المعتاد للطرف الضعيف، كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق، اعتمد بعض الفقه على مبررات واقعية، تتمثل في حماية التوقعات المشروعة للمستهلك باعتباره قانون البلد الذي يعيش فيه، مما يسهل عليه معرفة أحكامه بسهولة، وباستطاعته توقع ما يترتب عليه من آثار سواء كانت سلبية أم إيجابية، وبهذا فإن مركز المستهلك في هذا النوع من العقود يمثل "مركز الخطورة" وهي فكرة تقابل فكرة الأداء المميز حيث يكون قانون الطرف الضعيف هو الأولي بالاعتبار، كما يرتبط هذا الضابط بسلامة رضا الطرف الضعيف في العقد الذي يصدر تحت ضغط الدعاية والإعلان المضلل، فالأمر يتعلق بنوع من العقود المباغته².

ومن التشريعات التي اعتمدت ضابط محل إقامة المستهلك؛ كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، القانون الدولي الخاص السويسري حسب ما ورد بنص المادة 01/120 والقانون الدولي الخاص النمساوي بنص المادة 01/41 منه، والقانون الدولي الخاص الألماني في المادة 01/29. وبخصوص التشريعات الدولية، فقد أقرت بعض الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حسب ما ورد بنص المادة 02/05 التي جاء فيها: "اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تؤكد لها النصوص الآمرة في قانون بلد إقامته المعتاد". وأضاف في الفقرة الثالثة من المادة نفسها ما يلي: "على الرغم من النصوص الواردة في المادة الرابعة، وفي حالة عدم الاختيار، وفقاً لنص المادة الثالثة، فإن هذه العقود هي عقود المستهلك تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للمستهلك...".

أما فيما يتعلق باتفاقية لاهاي في مجال المنقولات المادية، فقد نصت في المادة 02/03 على تطبيق محل الإقامة المعتاد للمشتري (المستهلك) إذا تم تسليم الطلب إلى البائع أو ممثله، سواء كان مقيماً أم غير مقيم في تلك الدولة.

¹ - بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص.269.

² - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.60-61.

أما الاتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين، فقد نصت في المادة 06 على ما يلي: "اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لا يجب أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الآمرة في قانون محل إقامته المعتادة".

على الرغم من الحماية التي يقدمها هذا الضابط للمستهلك، إلا أنه لم يسلم من النقد، على اعتبار أنه لا يمكن القول أن هذا الضابط يحقق حماية دائمة له، وعلى العكس من ذلك فقد تتحقق له الحماية عن طريق ضابط الأداء المميز، ويضيف الرأي نفسه، أنه يجب تضمين قاعدة التنازع شرطا استثنائيا، يتمكن من خلاله القاضي استبعاد القانون المعتاد للمستهلك، واختيار القانون الأكثر حماية له¹.

إن ضابط الإقامة المعتادة يخدم مصلحة المستهلك بالنسبة للدول المنتجة والموقعة على الاتفاقيات الدولية في هذا المجال بما يخدم مصالحها، ولكن بالنسبة للدول المستهلكة، مثل حال الجزائر؛ فمثل هذا الضابط لا يخدم مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

ثالثا- القانون الأصح لحماية المستهلك: بالنظر للانتقادات التي وجهت لضابط محل إقامة المستهلك في اتجاه آراء بعض الفقه إلى القول بضرورة جعل الحماية، ذات إسناد تخييري حتى يمكن إيجاد القانون الأصح للمستهلك، بغض النظر عن كونه القانون الذي اختاره الأطراف، أو قانون المتعاقد الآخر، إذا كان يوفر حماية أكثر للمستهلك².

وتجب الإشارة، إلى أن اعتماد هذه الطريقة في اختيار القانون الأنسب لحماية المستهلك، على عقود الاستهلاك الدولية، يسهل على القاضي الاختيار بين قواعد الاسناد، لإيجاد القانون الأصح لتحقيق الحماية الفعالة؛ للمستهلك³، كما يمكنه من استبعاد الدفع بالنظام العام، باستبعاد القانون الذي تستند إليه قاعدة التنازع، إذا كان لا يرقى لمستوى الحد الأدنى من الحماية المقررة في قانون دولة محل إقامة المستهلك⁴.

وإضافة لما سبق بيانه، فإن اعتماد الاسناد التخييري، لأجل تطبيق القانون الأصح للمستهلك، يؤدي لتوسيع مجال تطبيق القانون الأجنبي؛ عندما يحقق له حماية أكبر⁵.

ومن بين التشريعات الوطنية التي شرعت ضابط القانون الانسب لحماية المستهلك القانون الدولي الخاص النمساوي حسب نص المادة 02/41 التي نصت على استبعاد القانون الذي اختاره طرفي العلاقة العقدية، تسبب في إلحاق ضرر بالمستهلك، ما يفيد من جهة أخرى استبعاد قانون محل إقامته، إذا كان القانون المختار يحقق حماية

¹ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.64.

² - المرجع نفسه، ص.68. وموفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.449.

³ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.69.

⁴ - المرجع نفسه. وموفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.451.

⁵ - المرجع نفسه، ص.68.

أكثر له¹، وبالمعنى نفسه جاء نص القانون الدولي الخاص الألماني بنص المادة 01/29 الموافقة لنص المادة 02/05 من اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. أما بالنسبة للتشريعات الدولية، فقد نصت المادة 02/05 من اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على ما يلي: "اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تؤكد لها النصوص الآمرة في قانون بلد إقامته المعتاد". إذ يعد نص هذه المادة تطبيقاً واضحاً للإسناد التخييري للقانون الأكثر حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية ما يفيد استبعاد تطبيق القانون الذي لا يحترم القواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك². أما بالنسبة لاتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين، فقد نصت في المادة 01/06 على ما يلي: "القانون الذي اختاره الأطراف يكون واجب التطبيق على البيوع الواردة في هذه الاتفاقية دون أن يترتب على هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة".

من خلال ما سبق، يمكن استخلاص خصائص قاعدة تنازع القوانين الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق لتحقيق حماية فعّالة للمستهلك في العقود الدولية التي تتمثل فيما يلي:

أما قاعدة ذات إسناد تخييري، تسمح للقاضي باختيار القانون الأكثر حماية للمستهلك، كما تعتبر قاعدة مادية تسعى لتحقيق الحماية له³، إضافة لكونها قاعدة تغني عن استخدام الدفع بالنظام العام بمفهومه الكلاسيكي⁴، إلى جانب كونها قاعدة ذات إسناد مرن، يتم تطبيقها فقط في العقود التي تربط بين طرفين يتصف أحدهما بالضعف لتكفل له الحماية المنشودة⁵.

ومن أهم ما تم تقديمه من انتقادات لهذا الضابط؛ صعوبة تحديد القانون الأصح للمستهلك، وصعوبة إجراء المقارنة بين قانونين في الحالة التي يقدم فيها الحماية في جانب، ويغفلها في جانب آخر، إلى جانب الإخلال بالأمان القانوني والتوقعات المشروعة لطرفي العلاقة العقدية⁶، كما أن الأخذ بهذا الضابط يفعل ضابط الأداء المميز، من خلال تطبيق قانون الدولة التي بها روابط الإقامة المعتادة للطرف الواجب عليه، تقديم الأداء المميز⁷.

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.452. وحسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.ص.70-71.

² - حسام الدين فتحي ناصف، حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.71.

³ - المرجع نفسه، ص.74.

⁴ - المرجع نفسه، ص.69. وموفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.451.

⁵ - حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.ص.76-77.

⁶ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.455.

⁷ - مهند عزمي أبو مغلي ومنصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، المجلد 11، العدد 02، الأردن، 2014، ص.1360.

إلا أن ما يبدو، أن الأخذ بهذا الضابط يساهم في حماية المستهلك من الأخذ بقانون الإرادة وما يترتب عليه من ضغوط تمارس عليه، خاصة وأن قانون الإرادة يخدم مصلحة الدول المنتجة على حساب الدول المستهلكة، الدليل ذلك أن أغلب الاتفاقيات الدولية نصت على مناسبة قانون الإرادة لعقود الاستهلاك الدولية منها اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بنص المادة 01/03 واتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية والأشياء المنقولة المادية، بنص المادة 02.

الفرع الثالث: القواعد ذات التطبيق الضروري¹

إن ظهور قواعد التطبيق الضروري، كان نتيجة انتهاج الدول الحديثة لمبدأ التدخل في النشاط اجتماعي والاقتصادي بما يحقق المصلحة العامة²، وقد صاحب هذا التطور تبني الدولة لقواعد داخلية أمره، تعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري، لذا يجب تحديد معنى القواعد ذات التطبيق الضروري (أولاً)، ثم بحث المعايير المقترحة لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري (ثانياً)، وأخيراً تبين دور هذه القواعد في حماية المستهلك (ثالثاً).

أولاً- تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري: اختلف الفقه في تعريف هذه القواعد، فمن قائل أنها تطبق مباشرة على النزاع دون المرور على قواعد التنازع، ومن قائل بأنها قواعد خاصة لتحقيق سياسة تشريعية معينة وهناك توجه ثالث، يبدو أنه الأنسب إذ عرفها بأنها تلك القواعد التي يفرض تطبيقها بصورة مطلقة على كل الوقائع المرتبطة بإقليم محدد بصرف النظر عن ما تقضي به أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم تحديد هذا القانون عن طريق اختيار أطراف العقد أو بناء على قواعد الإسناد، فهذه القواعد تطبق بالنظر لوجود رابطة بين محتواها وبين العناصر الواقعية التي تشير إلى تطبيقها، فوجود رابطة بينها وبين إقليم محدد وهو شرط ضروري لانطباقها، فهذه القواعد تتمتع بقوة إلزامية مطلقة، لأنها تملّي أو تقرر تطبيق قاعدة قانونية بقصد ضمان حماية المجتمع ضد الشروط المجحفة التي يملّيها متعاقد على الآخر³. ليضيف جانب آخر أن القواعد ذات التطبيق الضروري تقابل منهج قاعدة الإسناد أو منهج التنازع⁴. بمعنى يجب إنزال حكمها الموضوعي على المسائل المطروحة أمام القاضي دون حاجة لإعمال قواعد الإسناد⁵.

¹ - وقد أطلق عليها الفقه عدة تسميات منها قواعد البوليس، أو القواعد ذات التطبيق المباشر، أو القواعد الضرورية. للتوسع أكثر يراجع: رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 121-125.

² - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص. 358.

³ - بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.ص. 275-276.

⁴ - رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 121.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص.ص. 474-475.

من خلال تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري، يتضح أن هناك علاقة بينها وبين القواعد الآمرة من حيث طبيعتها، إلا أنها تختلف عنها من حيث الأهمية التي أولتها لها التشريعات، وبهذا فليس كل قاعدة أمرة هي قاعدة ضرورية للتطبيق، وإنما فقط تلك التي تصل لهذه الأهمية¹.

ومن بين الأسباب التي دفعت الفقه الحديث للاهتمام بالقواعد ذات التطبيق الضروري، تدخل الدولة في كافة المجالات، وخاصة المجال الاقتصادي، فتدخل الدولة من خلال نظامها القانوني في تنظيم وحماية مصالحها كعمليات الائتمان، والرقابة على النقد، وحماية الطرف الضعيف في كثير من العقود، ومنها عقود الاستهلاك، عن طريق الحد من الحرية الفردية وتقليص مبدأ سلطان الإرادة، لأجل حماية مصالح الجماعة².

وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه، أن هذه القواعد تكون واجبة التطبيق على العقود المبرمة مع المستهلكين أيًا كان القانون الواجب التطبيق، خاصة في الحالة التي يكون هذا القانون يوفر حماية أفضل للمستهلك من القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع³، وهذا ما جعل بعض الفقه، يرى أن هذه القواعد هي قواعد أمرة دولية، تطبق أيًا كان القانون الواجب التطبيق⁴.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه أن اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، تسعى لتزايد عدد القواعد والقوانين الحمائية التي سمّاها فقهاء القانون الدولي بـ"القواعد ذات التطبيق الضروري"، تكفل من خلالها الدولة مقوماتها ومصالحها الاقتصادية والاجتماعية الضرورية، بتطبيقها على كافة العلاقات التي تدخل في مجال سريانها، بغض النظر عن كونها وطنية أم دولية، وأن الدول المتقدمة تسعى من وراء تشريع هذه القواعد سلب المزايا التي تحصلت عليها الدول النامية، من اتفاقيات تحرير التجارة الدولية، وفي المقابل تسعى الدول النامية لتشريع هذه القواعد لحماية منتجاتها وتجارها، وبهذا، فالعقود الدولية غير مستبعدة عن هذه القواعد، وبهذا سيتم القضاء على حرية الإرادة في إبرام العقود⁵.

من خلال ما سبق، وبالرغم من اختلاف الفقه في تعريف هذه القواعد، إلا أنه اتفق على وجود مثل هذه القواعد لحل النزاع إلى جانب الأسلوب المعتمد في قواعد الإسناد الجامدة⁶.

¹ - بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.276.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.476.

³ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.244.

⁴ - Kassis. A, le nouveau droit européen des contrats internationaux, paris, L.G.D.J, 1983, N° 123, P.181.

نقلا عن خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.244.

⁵ - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.525-526.

⁶ - بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.299.

ثانياً - معايير تحديد طبيعة القاعدة ذات التطبيق الضروري: قد اعتمدت عدة معايير لتحديد القاعدة ذات التطبيق الضروري، منها المعيار الشكلي، أو كما يسميه بعض الفقه، بمعيار التحديد التشريعي، فالمعيار المعتمد في عقود الاستهلاك، هو معيار محل إقامة المستهلك، والمعيار المعتمد في عقد العمل هو معيار مكان العمل¹.

ومن المعايير الفنية، نجد معيار الإقليمية، ومعيار النظام العام، الذي أطلق عليه بعض الفقه، النظام العام الوافي، واعتبرت قواعد فوق قواعد التنازع تفرض نفسها، دون اعتماد على قواعد التنازع².

ويرى بعض الفقه أن التطبيق المباشر لقواعد ذات التطبيق الضروري، باسم النظام العام، قد يؤدي إلى خلط بين هذه القواعد وبين الدفع بالنظام العام، ليضيف أنه بالرغم من أن كلا الفكرتين، تسعى لحماية المبادئ الأساسية للدولة، إلا أنهما يختلفان من حيث طريقة إعمال كل منهما، ومن حيث توقيت إعمالهما، فوجود قواعد ذات التطبيق الضروري، تستبعد مسألة تنازع القوانين³.

وفي المعنى نفسه، يضيف جانب آخر من الفقه، أن الدفع بالنظام العام في مجال قواعد التنازع يرتبط باعتبارات موجودة في القانون الأجنبي نفسه، أما بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري، فالقانون الوطني هو من ينص على استعمال هذه القواعد، كما أنّ القاضي الوطني يستطيع تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي، في حين يكون للدفع بالنظام العام أثر استبعادي للقانون الأجنبي، وبهذا يكون للقواعد ذات التطبيق الضروري علاقة تكامل مع قواعد التنازع، لأجل حماية مصالح حيوية للدول⁴، ولهذا ذهب الفقه لاعتماد معايير أخرى لتحديد طبيعة هذه القواعد.

فإلى جانب المعايير الفنية في تحديد طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري، ذهب بعض الفقه للاعتماد على المعايير الغائية، والمتمثلة في معيار القوانين السياسية باعتبار هذه الأخيرة لا تخضع لتنازع القوانين، ولكن القواعد ذات التطبيق الضروري تطبق على العلاقات الداخلية والخارجية، في حين تختص القوانين السياسية بالعلاقات الداخلية فقط، بالإضافة لذلك، فقد توجد قواعد لا تتعلق بالقوانين السياسية للدولة، ولكنها تعتبر قواعد ضرورية التطبيق على العلاقات الداخلية والدولية، كالقوانين التي تحمي المستهلك في العلاقة العقدية⁵.

أما عن معيار تنظيم الدولة الذي يرتبط بحماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة، فهو يؤدي للتوسع في القواعد ذات التطبيق الضروري، ويتدخل الدولة في كافة المجالات؛ حيث تأخذ معظم القوانين صفة

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.ص. 245-246. وبدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 280.

² - بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 284.

³ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 351.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 478.

⁵ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 353.

القواعد ذات التطبيق الضروري، وهذا ما يؤثر بالسلب على التجارة الدولية بسبب استبعاد دور تنازع القوانين في كل الحالات¹.

وبالنظر للانتقادات الموجهة للمعايير السابقة لتحديد طبيعة القاعدة ذات التطبيق الضروري، اعتمد بعض الفقه المعيار العقلائي؛ لأنه يفسح المجال للقاضي بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية، وإن كان هذا القانون غير مختص بحكم هذه العلاقة وفقا لقواعد الإسناد، إذا اكتشف أن لهذه القواعد صلة وثيقة بالعقد من خلال الظروف والملابسات المرافقة للعملية العقدية، على اعتبار أن حماية المستهلك، قد لا تتوقف على القواعد الآمرة في قانون دولة القاضي².

ثالثا- دور القواعد ذات التطبيق الضروري في حماية المستهلك: عمدت التشريعات الحديثة لتشريع نصوص خاصة بحماية المستهلك في العلاقة العقدية على إقليمها، إلا أنّ انتشار التجارة الإلكترونية ورواجها في الوقت الحالي، استدعى تدخل هذه التشريعات بسنّ قواعد ذات التطبيق الضروري لتحكم العلاقات التعاقدية الداخلية والدولية معا، بهدف توفير الحماية اللازمة للمستهلك، بالحد من مبدأ سلطان الإرادة، الذي يتسع مجاله في النطاق الدولي لدرجة استبعاد القواعد الآمرة من التطبيق، لأنه من ضرورات التجارة الدولية، حيث يمثل مبدأ سلطان الإرادة خطورة على عقود الاستهلاك بتمكين الطرف القوي من اختيار القانون الذي يخدم مصالحه على حساب مصالح المستهلك³.

وقد تبنت التشريعات عدة نصوص ذات التطبيق الضروري، خاصة ما يتعلق بحماية الطرف الضعيف من الإعلانات الكاذبة والغش في السلع والخدمات، إلى جانب حق الطرف الضعيف في العلاقة العقدية في العدول عن العقد الذي أبرمه دون تقديم تبريرات لذلك⁴.

وفي السياق ذاته، فإن اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي؛ بالرغم من اعتناقها لحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد قيدت هذه الحرية باحترام قوانين البوليس (القواعد ذات التطبيق الضروري) في دولة القاضي، أو في الدول الأجنبية الأكثر اتصالا بالعقد حسب ما ورد بنص المادة 02/07.

وفي المعنى نفسه، يضيف بعض الفقه أنّ ضرورة حماية المستهلك تتجاوز القواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي والقانون الأجنبي الواجب التطبيق، لتطبق هذه القواعد في أي قانون أجنبي آخر له علاقة بعملية التعاقد، حتى ولو لم يكن مختصا بحكم العقد، وهذا ما يتوافق مع السياسة الحمائية للمستهلك، ولتحقيق هذه القواعد الهدف الذي شرعت من أجله، يجب على القاضي الذي يعرض عليه النزاع، احترام هذه القواعد لأجل

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.ص. 254-255.

² - بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 295.

³ - المرجع نفسه ص.ص. 99-101.

⁴ - المرجع نفسه، ص.ص. 262-263.

تحقيق الانسجام في الحلول الدولية، فتطبيق قاضي الدولة (أ) لقواعد ذات التطبيق الضروي للدولة (ب) يجعل قاضي الدولة (ب) يطبق القواعد الخاصة بقانون الدولة (أ)، وبهذا تتحقق الحماية المرجوة للمستهلك أيًا كان القاضي الذي ترفع أمامه الدعوى¹.

ومن خلال ما سبق بيانه، يتضح أنّ للقواعد ذات التطبيق الضروي أسلوب متميز، عما جاءت به قواعد التنازع الكلاسيكية في المنازعات ذات الصفة الدولية المحتوية على المستهلك، ويتم ذلك عن طريق الحد من مبدأ سلطان الإرادة، الذي ثبت عدم صلاحيته لحكم العلاقة العقدية ذات الطرف الضعيف، في مقابلة طرف قوي، حتى في ظل القانون الواحد، كما اتضح أن الدور الذي تقوم به القواعد ذات التطبيق الضروي في حماية المستهلك، لا يبعده الدفع بالنظام العام، الذي يمثل قيوداً على تطبيق القانون الأجنبي، مما يحول دون تحقيق حماية أفضل للمستهلك، بالرغم مما يقدمه الدفع بالنظام العام من حماية، وبهذا لا يمكن الخلط بين النظامين.

إذا كان هذا هو الحال بالنسبة للفقهاء والتشريع الوضعي، بشأن العلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي فالأمر يختلف بالنسبة لما جاء به الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بالعلاقة العقدية المحتوية على عنصر أجنبي.

فإن ما تجب الإشارة إليه، أن مصطلح "القانون الدولي الخاص" غير معروف في الفقه الإسلامي، وإن ظهر بشكل عارض في بعض المؤلفات الفقهية المعاصرة، على أن غياب التسمية لا يعني أن الفقه الإسلامي لم يتناول المسائل التي تناولها القانون الدولي الخاص كمصطلح قانوني، فالشريعة الإسلامية لم تغفل العلاقات الدولية المشتملة على العنصر الأجنبي وإن كانت لا تسمى بأسمائها المعروفة الآن²، فهي لم تترك شيئاً إلا بينته ووضحته على أكمل وجه مصداقاً لقوله تعالى: "وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ"³. وقوله تعالى: "وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا"⁴.

فالشريعة الإسلامية تخاطب الفرد بما يلائم عصره، وتضع له من العموميات ما يكفل له تنظيم ما سيحدث في حياته المستقبلية، وبهذا تبرز خاصية الإحاطة والشمول للشريعة الإسلامية⁵.

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.ص. 281-282.

² - رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 43-44.

³ - سورة النحل، الآية رقم 89.

⁴ - سورة الفرقان، الآية رقم 33.

⁵ - رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 45.

وما يدل على وجود تبادل تجاري بين مواطني الدولة الإسلامية¹ وغيرهم من مواطني الدول الأخرى، هو السماح لغير المسلمين بدخول الدولة الإسلامية عن طريق عقد الأمان²، وعقد الذمة³، ويمكن للذميين ممارسة التجارة في الدول الأجنبية⁴.

فقد تناول فقهاء الفقه الإسلامي مركز الأجانب، وبيّنوا أحكام أهل الذمة والمستأمنين، وعقد الذمة، كما تناولوا ما ينشأ بينهم وبين المسلمين من علاقات، وكيفية تسيير هذه المعاملات في حالة تنازع القوانين، موضحين في ذلك ما لهم، وما عليهم من حقوق في أرقى الصور؛ لم تصل إليها بعد التشريعات الوضعية⁵. كما كانت هناك ممارسات تجارية مع أهل الحرب كذلك، ما كانت تقوم به قوافلهم التجارية بين الشرق والغرب، وفقا لما ورد في قوله تعالى: "لِإِيْلَافٍ قُرَيْشٍ إِيْلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ..."⁶.

وتجب الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي، قسم العالم إلى دارين، دار الإسلام، ودار الحرب، بغض النظر عن وجود حرب أو سلام بينهما، وهذا التقسيم لا يمنع من تطبيق الشريعة الإسلامية في دار الإسلام على جميع المقيمين بها، تطبيقا إقليميا في كل نزاع يعرض على القاضي، والقاضي المسلم لا يقضي بغير أحكام الشريعة الإسلامية⁷، اعتمادا في ذلك على قوله تعالى: "وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ..."⁸.

فيما يرى بعض الفقه، أنّ معنى هذه الآية لا يفيد تطبيق الأحكام نفسها في جميع المنازعات، بما فيها المنازعة ذات العنصر الأجنبي، وإنما معناه أنه لم يكن يستمد حكمه مباشرة من القانون الأجنبي، ولكنه كان يعتمد على أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وإن كان بعض هذه الأحكام

¹ - يتمثل مواطني الدولة الإسلامية في المسلم، والذمي وهو من يقيم في دار الإسلام بشكل دائم بناء على عقد ذمي دائم وهو يتمتع كل ما يتمتع به المسلم ولا يعد أجنبيا، أما المستأمن فهو من دار الحرب ويعيش داخل دار الإسلام بناء على عقد أمان قابل للتجديد، فهو الأجنبي، وكل من الذمي والمستأمن يخضع للشريعة الإسلامية وفقا لمبدأ إقليمية القوانين الذي تنص عليه الشريعة الإسلامية. للتوسع أكثر يراجع: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ط.05، ص.18. ورمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.154-155.

² - الأمان هو وسيلة يتم عن طريقها دخول الأجنبي للدول الإسلامية لأجل ممارسة التجارة وتحقيق مصالحه، الأصل في الأمان أنه مؤقت لا يتمتع المستأمن بحق المواطنة في الدولة الإسلامية، وهو نوعان عام وخاص، للتوسع أكثر يراجع: رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.252. وص.262.

³ - عقد الذمة، يعطي للذمي حق الإقامة الدائمة في الدولة الإسلامية باعتباره مواطنا من مواطنيها، للتوسع أكثر يراجع: رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.262.

⁴ - المرجع نفسه، ص.319.

⁵ - محمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق، ط.01، ص.15.

⁶ - سورة قريش، الآية رقم 01 و 02.

⁷ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ط.01، ص.14. ورمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.192.

⁸ - سورة المائدة، الآية، رقم 49.

مستمد من النظم القانونية غير الإسلامية، أو متأثراً بهذه النظم في حدود ما تقره الشريعة الإسلامية، ولكنها أحكام مندمجة في الفقه الإسلامي وتعتبر جزء منه¹.

وبهذا، فإذا كان من أهم المبادئ المقررة في فقه القانون الدولي الخاص، عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، فإن الأمر بخلاف ذلك في الفقه الإسلامي، فالاختصاص القضائي له تأثير مباشر على الاختصاص التشريعي².

وبناء على ما سبق بيانه، لا يمكن القول بغياب فكرة تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية، بالرغم من التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، فوجود العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية يتعين تطبيق القانون الأنسب لهذه العلاقة، مما يثير عدة إشكالات، وباعتبار الشريعة الإسلامية قد وضعت قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع لحكم مثل هذه الحالات؛ يبدو أن قانون القاضي هو الأنسب³.

وأهم ما تجب الإشارة إليه في هذا المقام، أن التشريعات والفقه الوضعي يسعيان لتحديد قاعدة الإسناد التي تساعد على اختيار القانون الأنسب، لتطبيقه على عقود الاستهلاك الدولية، بسبب قصر ضابط الإدارة وفشل ضوابط الإسناد الجامدة في ذلك، فقام الفقه باقتراح عدة ضوابط ثبت عدم كفايتها، حتى اهتدى بعض الفقه لاقتراح ضابطا يقترب نوعاً ما إلى فقهاء الشريعة الإسلامية وطبقه الفقه الإسلامي، وفق ما يعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري. وبالرغم من ذلك، فإن مسألة تنازع القوانين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الاستهلاكية الدولية مسألة صعبة ومعقدة، لذا يجب تشريع نصوص قانونية خاصة بهذا النوع من العقود، مع مراعاة الأعراف المهنية والتجارية بالنظر لدورها البارز في مجال العلاقات الدولية؛ في إطار مبادئ العدالة وحسن النية، يراع فيها مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية دون إهمال لمصلحة الطرف الآخر لتشجيع التجارة الإلكترونية الدولية لما لها من فوائد.

ومن خلال ما تم عرضه بشأن تنازع القوانين واختيار القانون الواجب التطبيق، يتضح أن آخر ما توصلت إليه القوانين المحلية والدولية، والفقه الوضعي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الدولية؛ وفق ما يعرف بقواعد الإسناد المرنة، والقواعد ذات التطبيق الضروري يعد بمثابة مبادئ أولية تناولتها الشريعة الإسلامية في أحكامها، وبهذا فإن الفقه الإسلامي لم يغيب عنه تناول الموضوعات التي تناولها الفقه والقانون الوضعي، وفق ما يعرف بالقانون الدولي الخاص، بل تناولها بكيفية تجاوزت بكثير التشريعات والفقه الوضعي من خلال التطرق لعلاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول في حالات السلم والحرب، كما بين الأحكام الخاصة لمعاملة الأجانب وبدرجة لم ترق لها التشريعات الوضعية بعد، على اعتبار أن أحكامها تستجيب لكل ما يستجد على الساحة ودليل ذلك اعتمادها على القرآن الكريم والسنة النبوية.

¹ - أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، 1956، ج. 01، ص. 45.

² - رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 347.

³ - المرجع نفسه، ص. 381.

إلا أن بعض الفقه يرى أنّ ما تناولته الشريعة الإسلامية بهذا الشأن، يحتاج لأحكام إضافية تفصيلية
تساير بها ما استجد من موضوعات، وهي مسؤولية تلقى على عاتق فقهاء الفقه الإسلامي المعاصرين¹.

¹ - رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 49.

الفصل الثاني: التنظيم التشريعي والفقهي للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

بعدها تم التطرق في الفصل الأول لحقيقة العدول عن العقد، بتمييزه عن النظم القانونية التي تقترب منه من حيث الماهية أو الآثار، سيتم من خلال هذا الفصل بحث التكييف القانوني للعدول عن العقد، حيث احتدم الخلاف الفقهي في هذا الشأن، بعدما سكنت أغلب التشريعات عن تحديد طبيعته القانونية، والأساس القانوني الذي يقوم عليه العدول، ولأجل ذلك سيتم التطرق لآراء الفقه، وفقا لما جاء به كل من الفقه القانوني والإسلامي فيما يتعلق بتحديد الطبيعة الأساس القانونيين للعدول عن العقد (المبحث الأول)، وبعدها تتضح صورة العدول عن العقد وتكتمل، يستوجب الأمر بحث أهم التبريرات التي دفعت التشريعات الحديثة لتبني حق المستهلك في العدول عن العقد وقبلها الفقه الإسلامي الذي أخذ بحق الرجوع عن العقد، حماية لأي طرف يكون في حالة ضعف في العلاقة العقدية، مع تحديد كيفية ممارسة هذا الحق من طرف من شرع لأجله (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تكييف العدول عن العقد من حيث الطبيعة والأساس القانونيين في القانون الوضعي

والفقہ الإسلامي

اختلف الفقه بشأن تحديد الطبيعة القانونية "للعدول عن العقد" من عدة جوانب؛ فبالنسبة للعقد الذي يرد عليه العدول اعتبره جانب من الفقه عقدا غير مكتمل الوجود، فيما اعتبره جانب آخر من الفقه بأنه عقد تام كامل الأركان، في حين اعتبره جانب من الفقه الإسلامي بأنه عقد غير لازم. ومن جهة أخرى، اختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية للعدول عن العقد، بعد سكوت التشريعات التي نصت عليه عن تحديد طبيعته القانونية فهناك من اعتبره حق، وجانب آخر اعتبره مجرد رخصة، فيما ذهب اتجاه آخر لاعتباره مكنة قانونية، فيما اعتبره جانب آخر من الفقه، حق من نوع خاص يتمشى مع الهدف الذي من أجله شرع عدول المستهلك عن العقد وفي المقابل كان للفقه الإسلامي موقفا من الطبيعة القانونية للرجوع عن العقد (المطلب الأول). وبعد معرفة الطبيعة القانونية للعدول عن العقد، سنحدد الأساس القانوني الذي يقوم عليه وهو الأمر الذي اختلف بشأنه الفقه كذلك، فمنهم من أقامه على أساس الخيارات، في حين أقامه جانب آخر من الفقه على فكرة العقد غير اللازم والعقد غير النافذ، إلى جانب فكرة تعاقب الرضا، فيما اعتمد جانب آخر من الفقه على النص القانوني وقاعدة لا ضرر ولا ضرار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

يتم العدول عن العقد بإصدار إرادة مضادة تصدر من أحد طرفي العقد - المستهلك - تخدم العقد الذي تم بناءه باتفاق إرادتين، وتعيد الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل العقد، دون أن يلزم صاحب الإرادة المضادة تعويض الطرف الآخر، وباعتبار أن لفظ "العدول عن العقد" لفظ مركب، فالأمر يتطلب بحث طبيعة العقد الذي يرد عليه العدول، هل هو عقد تام أم عقد غير تام؟ (الفرع الأول)، ليتم بعدها تحديد الطبيعة القانونية للعدول عن العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الطبيعة القانونية للعقد الذي يرد عليه العدول

سيتم بحث موقف الفقه والتشريعات الوضعية من الطبيعة القانونية للعقد الذي يمكن العدول عنه (أولاً)

وبعدها نبين موقف الفقه الإسلامي من طبيعة العقد الذي يمكن الرجوع عنه (ثانياً)

أولاً- الطبيعة القانونية للعقد الذي يلحقه العدول في التشريعات الوضعية: باعتبار العدول عن العقد تصرف قانوني بإرادة منفردة، يفترض وجود عقد سبق إبرامه باتفاق إرادتين؛ ثم تقوم إرادة واحدة بنقض العقد وهدمه، فما طبيعة العقد الذي يرد عليه العدول؟

أغلب التشريعات الحديثة، نصت على انعقاد العقد بمجرد بالتراضي بين الطرفين، على غرار التشريع الجزائري، بنص المادة 59 من القانون المدني على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية. على أن لحق العدول بالعقد وفق التوجهات التشريعية الحديثة جعل الفقه يختلف حول طبيعته القانونية، فمنهم من رأى أنه عقد غير تام (01) ومنهم من رأى أنه عقد تام (02)، كما ذهب رأي آخر إلى اعتباره عقد غير لازم (03)، في حين رأى آخرون أنه عقد غير نافذ مقترن بالنص القانوني (04)، فيما اعتبر اتجاه آخر العقد المقترن بالعدول عقدا نافذا بالنص القانوني (05).

01- العقد المقترن بالعدول عقد غير تام: ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن العقد المقترن بالعدول؛ هو عقد لم يكتمل وجوده بعد، وإتّما هو في طور التكوين، ولا يمكن الكلام عن تمام العقد إلا بعد انتهاء المدة الممنوحة للمستهلك للتفكير والتدبر، بشأن العقد المقبل على إبرامه، على اعتبار أنّ المهلة التي منحها التشريعات للمستهلك لإبداء موقفه بشأن العقد الذي أبرمه من حيث البقاء فيه أو العدول عنه، تمثل المرحلة النهائية التي يكتمل فيها رضا المستهلك بشأن العقد الذي أبرمه بداية¹.

وفي المعنى نفسه، ذهب بعض الفقه إلى القول بأن هذا النوع من العقود، يمر بمرحلتين لتكوين رضا المتعاقد (المستهلك)، تتمثل الأولى في الإبرام الأولي للعقد، أمّا الثانية فتنتهي بانتهاء المهلة المحددة للعدول عن العقد، وبهذا يكتمل رضا المتعاقد (المستهلك) بشأن العقد بصفة نهائية².

وفي المنحى نفسه، سار بعض الفقه الفرنسي، باعتباره العقد المقترن بالعدول، عقد غير تام؛ لأن رضا المستهلك يمر بمرحلتين، إذ يتبادل الطرفان رضاهما ابتداءً؛ وهذا لا يكفي لبناء عقد كامل، بالنظر لأهمية ركن الرضا في تكوين العقد، ممّا يتطلب منح المستهلك مهلة للتروي والتفكير، بشأن العقد الذي اتفق عليه ابتداءً لتدعيم رضاه الأول، وبه يتم التكوين النهائي للعقد³. وهذا ما يدل على أنّ العقد المقترن بالعدول يتطلب رضا مزدوجاً يمر على مرحلتين متتاليتين⁴.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص.92.

² - أحمد السعيد الزقود، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، المرجع السابق، ص.27.

³-Solange. M, La rétractation en droit privé français, op- cit, p.121.

⁴ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.773.

ومن جهة أخرى، أكد جانب من الفقه أنّ العقد الذي يرد عليه العدول، عقد غير تام؛ بدليل أن المستهلك إذا لم يشأ تأكيد رضاه، وسحب موافقته خلال مهلة التفكير والتروي فإن ذلك يحول دون التكوين النهائي للعقد¹.

يتضح ممّا سبق، أن أنصار هذا الرأي، يرون أن العقد المقترن بالعدول يتطلب ضرورة المرور على مرحلتين بينهما فترة زمنية لاكتمال رضا المستهلك، وهو ما يفيد أنّ العقد لم ينعقد بعد، وهذا لا يمثل اعتداء على قوته الملزمة التي ذهب أغلب الفقه إلى القول بأن عدول المستهلك عن العقد يمثل تعد عليه.

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه، أنّ أنصار هذا الاتجاه جانبهم الصواب لمخالفتهم القواعد العامة المتعلقة بانعقاد العقد².

فيما يرى جانب آخر من الفقه، أنّ فكرة التكوين التدريجي، للعقد تفيد في العقود التي لم يتم تنفيذها ولا تصلح في العقود التي تم تنفيذها؛ لأن التنفيذ دليل كمال العقد، كما أنّ العقد الذي يلحقه العدول يجب اعتباره صحيحاً، وإن لحقه بعض النقص وفرضية الرجوع فيه، مثله مثل بعض الحالات القانونية الأخرى، التي اعتُبر فيها العقد صحيحاً بالرغم ممّا أصابه من خلل، كما في حال تعيب الإرادة، أو في حال تضمن العقد لشروط تعسفي، وغيرهما من الحالات المشابهة³.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه، أنّ منح مهلة للتفكير والتروي تمثل حالتين، تكون الأولى سابقة على التعاقد، تتعلق بالاعتداء على مبدأ الرضائية، وليس مبدأ القوة الملزمة للعقد، وفق ما يعرف بالعقد الابتدائي⁴، يتم من خلاله الاتفاق مبدئياً على انعقاد العقد وشروطه، أمّا نفاذه فيكون لاحقاً بالتأكيد على ذلك الاتفاق⁵. وبهذا يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقد المتضمن العدول، يتطلب رضا مزدوجاً يتم على مرحلتين متعاقبتين⁶ ويضيف؛ أن أنصار هذا الاتجاه، يوضحون رأيهم بتشبيه هذه الحالة بالحمل المستكين، الذي يتوقف نموه إلى أن يتم إسقاطه وإنهائه؛ إذ يرون أن الرضا الأول يبقى غير نهائي خلال المهلة المحددة للرجوع، وفيها يبقى العقد في حالة سكون، فالرضا الأول هو رضا غير مكتمل، ولا يتم وجوده إلا بإرادة من تقرر له العدول عن العقد، بعدم

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي للتعاقد، المرجع السابق، ص.222.

² - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد المرجع السابق، ص.900.

³ - رباحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.141.

⁴ - وهو يختلف عن العقد الابتدائي الذي يطلق على العقد الذي أبرم بصفة نهائية دون تسجيله. يراجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم المرجع السابق، ص.121.

⁵ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.121.

⁶ - Cornu. G, Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, Trav, Ass, Capitant, p.131. نقلا عن إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.133.

العدول عنه خلال المهلة المحددة لذلك، أما أثناء المهلة المحددة للعدول عن العقد، فلا يرتب آثاره، وقد اعتمدوا في هذا على فكرة العقد الابتدائي، والوعد بالتعاقد من جانب واحد¹.

كما أن القول بضرورة تأكيد القبول، يفيد أن تأكيد هذا القبول يمثل رجوعاً عن التعاقد، لا رجوعاً عن العقد وهو الرأي الذي لا يقبل إلا في الفترة الممنوحة قبل انعقاد العقد².

ووفقاً للآراء السابقة بشأن العقد المرتبط بعدول المستهلك، يبدو أن ما يتم بين المستهلك والطرف الآخر، لا يمثل سوى إبداء المستهلك لرغبته في إبرام العقد، إلى حين تأكيدها، أو نفيها بمرور المهلة الممنوحة له للتفكير والتروي، وهذا يتوافق إلى حد ما حسب ما يبدو مع ما يعرف بالوعد بالتعاقد من جهة واحدة وفقاً لما ورد بنص المادة 71 من القانون المدني ولم يرق بعد لمرتبة العقد.

02- العقد المقترن بالعدول عقد تام: اعتبر جانب من الفقه، العقد الذي يمكن العدول عنه هو عقد تام وورود العدول عليه لا يغير من طبيعته شيئاً، فالعقد يبقى صحيحاً³ كاملاً كما هو؛ طالما ارتبط الإيجاب بالقبول وفقاً لنص المادة 59 من القانون المدني، وبهذا الصدد نصت المادة 217 من مرشد الحيران على ما يلي: "العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً"⁴. وأضافت المادة 212 من مرشد الحيران ما يلي: "إنما تجرّي أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلزم بها غيرهما، ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بالتراضي في الأحوال التي يجوز فيها الفسخ"⁵. وفي المعنى نفسه نص المشرع العراقي في المادة 08/135 من القانون المدني على ما يلي: "إذا لم يكن العقد صحيحاً موقوفاً أفاد الحكم في الحال". وعرف بعض الفقه العقد الصحيح كما يلي: "العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافاً إلى محل صالحاً لحكمه وسلم من الخلل في ركنه وأوصافه"⁶، ومعلوم أن الأصل في العقود الصحيحة أنها تكون لازمة لا يمكن فسخها؛ لأن العقد انعقد لمقاصد وأغراض وإشباع حاجات، ولذا كان الوفاء بها لازماً وواجباً؛ لأن العقود عهود، والله تعالى أمر بالوفاء بالعهود مصداقاً لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁷. ولأن الالتزامات من آثار العقود، والالتزامات من طبيعتها اللزوم⁸.

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص. 135-136.

² - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 911.

³ - والبيع نوعان: صحيح وفساد. والصحيح نوعان لازم وغير لازم. وفيه ثلاثة أيضاً: نافذ لازم، ونافذ ليس بلازم، وموقوف فالأول ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه. والثاني ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار. والموقوف ما تعلق به حق الغير. للتوسع أكثر يراجع: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج. 05، ص. 50. كما عرف العقد الصحيح كما يلي: "العقد الصحيح ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده". للتوسع أكثر يراجع: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، 1987، ج. 01، ط. 01، ص. 95.

⁴ - مرشد الحيران، المرجع السابق، ص. 36.

⁵ - المرجع نفسه، ص. 34.

⁶ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص. 358.

⁷ - سورة المائدة، الآية رقم 01.

⁸ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 359.

يعتمد أنصار هذا الرأي، على أن المستهلك قد تسلم الشيء محل العقد، ودفع الثمن، وهذا ما يدل على أن العقد قد أبرم بصفة نهائية، ومنح المستهلك إمكانية العدول عن العقد لا يغير من طبيعة العقد شيئاً، ولكنه يمثل اعتداء على القوة الملزمة له، دون أن يمثل ذلك إهداراً للقواعد العامة، خاصة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وفقاً لما ورد بنص المادة 106 من القانون المدني وما يقابلها من نصوص في التشريعات الوضعية الأخرى، فالمادة نفسها تسمح بالخروج على هذه القاعدة عن طريق الاتفاق، أو بما يقضي به القانون¹.

ويُظهر هذا الرأي أن التشريعات القانونية هي التي نصت على حق المستهلك في العدول عن العقد فعبارة تفيد أن العقد قد تم مستوفياً أركانه وشروطه، وإلا فهناك حلول أخرى يمكن الاعتماد عليها للتخلص من الرابطة العقدية، عن طريق إبطاله، أو فسخه.

وما يؤكد هذا الرأي، هو أن التشريعات التي أخذت بحق العدول عن العقد اعتبرت العقد الذي يرد عليه العدول عقداً تاماً، ومنها التشريع الجزائري حسب ما ورد بنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي جاء فيها ما يلي: "... يبقى العقد صحيحاً" إضافة لما ورد بنص المادة ل. 221-18² من قانون الاستهلاك الفرنسي في تعديله سنة 2019، التي بينت كيفية احتساب أجل العدول عن العقد، حسب محله وطبيعته والطريقة التي ينفذ بها، حيث بينت أن العقد الذي يلحقه العدول، هو عقد تام، من خلال عبارة "العدول عن عقد مبرم عن بعد بواسطة الهاتف أو خارج المؤسسة"، إلى جانب ما ورد بنص المادة ل. 222-07³ التي جاء فيها: "... أن حق المستهلك في العدول عن العقد الذي تم عن بعد يبدأ من يوم إبرام العقد...". ما يفيد خروجه عن مبدأ القوة الملزمة للعقد⁴.

¹ - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1988 ط. 01. ص. 109.

² - Art. L. 221-18 dispose : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25 ».

Le délai mentionné au premier alinéa court à compter du jour :

1° De la conclusion du contrat, pour les contrats de prestation de services et ceux mentionnés à l'article L. 221-4 ;

2° De la réception du bien par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de vente de biens. Pour les contrats conclus hors établissement, le consommateur peut exercer son droit de rétractation à compter de la conclusion du contrat.

Dans le cas d'une commande portant sur plusieurs biens livrés séparément ou dans le cas d'une commande d'un bien composé de lots ou de pièces multiples dont la livraison est échelonnée sur une période définie, le délai court à compter de la réception du dernier bien ou lot ou de la dernière pièce.

Pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période définie, le délai court à compter de la réception du premier bien».

³ - Art. L. 222-7 dispose : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités.

Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation court à compter du jour où :

1° Le contrat à distance est conclu ; ... ».

⁴ - محمد حسين قاسم، نحو فسخ العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 63.

وتأسيسا على ما سبق، فإن حقيقة العدول عن العقد، ومن خلال التعاريف التي أوردت بشأنه، يتأكد أن العقد الذي يرد عليه العدول هو عقد تام صحيح¹، وإذا كان الأمر كذلك فهل يعد هذا العقد، عقد نافذ، أم غير نافذ؟

03- العقد المقترن بالعدول عقد غير نافذ بالنص القانوني: الأصل في العقود أنها تنعقد صحيحة نافذة، لا يجوز لأحد الطرفين أن يرجع فيها بإرادته المنفردة، باستثناء بعض العقود بسبب طبيعتها، وبالرغم من ذلك، ذهب بعض الفقه لاعتبار العقد المقترن بالعدول عقد غير نافذ، ولكن بالنص القانوني، وهو ما يفيد أن العقد موقوف² لأن به خلل ليس بسبب ذاته أو بعض أوصافه، وإنما لتعلق التصرف بحق الغير، أو لوجود عيب في رضا المتعاقدين أو نقص في الأهلية، وهذا المعنى يسمح للتشريعات تقرير عدم نفاذ العقد في حالات أخرى بنص القانون حماية للطرف الضعيف في العقد (المستهلك)، شريطة أن يكون عدم النفاذ من جهة المستهلك لا من جهة المتدخل وهذا يعني أن المتدخل ملزم بتنفيذ التزامه اتجاه المستهلك³.

وبناء على ما سبق، قدم بعض الفقه جملة من الحجج تبرر اعتبار العقد المقترن بعدول المستهلك، عقدا غير نافذ خلال مهلة العدول، ولا يعتد بتنفيذ المستهلك للعقد⁴، وهذه الحجج هي:

- للمحافظة على القواعد المألوفة، والمتمثلة في انعقاد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، مع تأجيل ترتيب آثار العقد إلى ما بعد انقضاء مهلة العدول، وعدم ممارسة المستهلك لهذا الحق.

- حماية لحقوق المتعاقدين والغير معا، إذ يبقى المهني مالكا للشيء محل العقد، كما يستفيد المستهلك بعدم سريان التقادم في حقه.

- عدم وجود ما يمنع الفصل بين انعقاد العقد ونفاذه، وهذا ما نصت عليه التشريعات الحديثة، بإقرار وقف العقد في حالات معينة لتعلقها بالرضا أو الإرادة، وهذا ما يبرر العمل بها في مجال قوانين الاستهلاك.

وعلى الرغم من وجاهة التبريرات التي قدمها صاحب فكرة العقد غير النافذ المرتبط بالنص القانوني، إلا أن ما يبدو اختلافها مع ما قصدته تشريعات الاستهلاك من عدول المستهلك عن العقد؛ باعتباره تعدد على القوة

¹ - العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا، والمراد بمشروعية ذاته أن يكون ركنه صادرا من أهله، مضاف إلى محل قابل لحكمه، والمراد بمشروعية أوصافه أن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل. للتوسع أكثر يراجع: أحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المكتبة الأزهرية للتراث، 2013، ط.01، ص.183.

² - "هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة، ولكن ينقصه أحد عنصري النفاذ: الملك والولاية". للتوسع أكثر يراجع: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.19. ومحمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.89. ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة المرجع السابق، ص.439.

³ - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.913.

⁴ - المرجع نفسه، ص.ص.914-916.

الملزمة للعقد وبنص صريح، ثم إن التشريعات التي تناولت عدول المستهلك عن العقد، أشارت في نصوصها إلى أن المستهلك يعدل عن العقد الذي أبرمه دون تقديم مبررات لذلك؛ وأن المستهلك يتحمل مصاريف رد السلعة للمهني، وهو ما يفيد أن المستهلك قد نفذ التزامه بتسليم الثمن للمهني واستلم الشيء محل العقد بمعنى أن العقد قد نفذ من الطرفين، وليس من طرف المهني فقط كما رأى انصار هذا الرأي.

04- العقد المقترن بالعدول نافذ بالنص القانوني: يفيد موقف هذا الاتجاه¹ أن العقد نافذ في حق طرفيه؛ إذ يقوم كل منهما بتنفيذ التزامه، وهذا يؤكد أنّ العقد المقترن بعدول المستهلك هو عقد نافذ². والنصوص الواردة بهذا الشأن تؤكد ذلك، حيث نصت على تحمّل المستهلك لمصاريف رد السلعة للمهني، منها على التوالي: نص المادة 02/06 من التوجيه الأوروبي رقم 07-97، ونص المادة 07³ من التوجيه الأوروبي رقم 32-2002، ونص المادة 14⁴ من التوجيه رقم 83-2011، إلى جانب ما جاءت به بعض التشريعات الداخلية للدول التي أخذت بالعدول عن العقد لصالح المستهلك، كالتشريع اللبناني بنص المادة 56 من قانون حماية المستهلك، التي تلزم المهني برد المبالغ التي استلمها وتحمل المستهلك مصاريف التسليم.

وبهذا، فإن تشريعات الاستهلاك بالدول التي أخذت بعدول المستهلك عن العقد منحتة هذا الحق على العقد الذي أبرمه وقام بتنفيذه، بصريح النص، وهذا ما يمثل خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولكنه خروجاً مشروعاً حسب رأي بعض الفقه⁵؛ لأنه يمثل تطبيقاً لنص قانوني، وتحقيقاً لمقتضيات العدالة، كما يرى صاحب هذا الرأي أنّ ما يدعم رأيه، هو ما جاءت به القواعد العامة في هذا الشأن، والمتمثلة في نص المادة 01/146 من القانون المدني العراقي التي ورد فيها ما يلي: "... إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي"⁶.

إلا أنّ ما يبدو، أنّ الأصل في العقد النافذ أنه عقد صحيح بطبيعته ولا يحتاج لنص تشريعي يقره، لأن العقد النافذ ترتب آثاره في الحال⁷.

¹ - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.914.

² - وقد عرفت المادة 113 من مجلة الأحكام العدلية العقد النافذ كما يلي: "البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم إلى لازم وغير لازم".
³-Art.07 dispose : « ...5. Le consommateur restitue au fournisseur, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours calendrier, toute somme et/ou tout bien qu'il a reçus de ce dernier. Ce délai commence à courir à compter du jour où le consommateur envoie la notification de rétractation».

⁴-Art.14 dispose : « ...Le consommateur supporte uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur qu'il doit les prendre en charge».

⁵ - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.914.

⁶ - يقابلها من التشريع الجزائري نص المادة 106 جاء فيها ما يلي : "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

⁷ - أحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص.182.

05- العقد المقترن بالعدول عقد غير لازم: اعتبر جانب من الفقه أن العقد المقترن بالعدول المستهلك وبالرغم من كونه نشأ صحيحاً تاماً وناظراً، إلا أنه عقد غير لازم، وأن هذا العقد لا يصبح لازماً إلا بعد انتهاء مهلة العدول عنه على اعتبار أن الأساس القانوني للعدول عن العقد، يقوم على فكرة العقد غير اللازم. فالعقد غير اللازم بالرغم من كونه صحيحاً، إلا أنه يكون لازماً في مواجهة أحد طرفيه فقط، أما الطرف الآخر، فلا يلزمه هذا العقد؛ وهي الطريقة التي يمكن التوفيق فيها بين العدول عن العقد والقوة الملزمة له¹.
على أن العقد غير اللازم، نوعان، عقد غير لازم من الجانبين، وعقد غير لازم من جانب واحد، ومثل هذه العقود لا تحتاج لمنح أحد طرفيها حق العدول عنها؛ لأن طبيعة العقد تسمح لأحد الطرفين أو لكليهما بنقضه بإرادته المنفردة.

ولهذا، انتقد بعض الفقه، جعل فكرة العقد المقترن بالعدول ذو طبيعة غير لازمة، لأن من خصائص العقد المقترن بالعدول المستهلك أنه يرد على العقود اللازمة، وبالتالي لا يمكن تحويلها إلى عقود غير لازمة، مجرد اقتران العدول بها؛ على اعتبار أنّ صفة اللزوم وغير اللزوم صفتان مستقلتان عن بعضهما البعض، ولا يمكن أن يجتمعا في عقد واحد، ثم إن صفة عدم اللزوم ترد على بعض العقود لطبيعتها²، أو إذا اقترنت بالخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، وعليه لا يمكن اعتبار اقتران العقد بالعدول لمصلحة المستهلك عقداً غير لازم، لأن في ذلك تغيير لطبيعة العقد، وأن فسخ العقد في حالة وجود الخيارات ليست سوى سلطة يمنحها القانون أو الاتفاق لأحد طرفي العقد أو لكليهما³.

وبناء على ما سبق، لا يمكن اعتبار العقد الذي يرد عليه العدول عقد غير لازم، فالعقد غير اللازم هي عقود كذلك بطبيعتها؛ سواء من جانب واحد أم من جانبين مثل الكفالة، والوكالة، وغيرهما من العقود المماثلة أما العقود اللازمة بطبيعتها، كعقد البيع وعقد الإيجار وغيرهما من العقود اللازمة، فالأصل أنه لا مجال للعدول عنها بعد تمام انعقادها. إلا بالتراضي، أو بالفسخ إذا اجتمعت شروطه، وبالنظر لتغير الظروف الملازمة والمحيطه لانعقاد العقد وتنفيذه، عمدت التشريعات الحديثة إلى النص على العدول عن العقد لصالح المستهلك، وهو خروج عن القواعد العامة، بهدف إعادة التوازن العقدي المفقود بين طرفي العلاقة العقدية.

كما يظهر أن حقيقة الأمر تبين أن العقد الذي يرد عليه العدول هو عقد صحيح تام، نافذ ولازم في حق الطرفين؛ لأن الأصل في العقود أنها صحيحة وناظرة، ولا يجوز لأي طرف أن يعدل عنها بإرادته المنفردة إلا في نطاق نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من نصوص التشريعات الأخرى. وبهذا يبدو أن

¹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 775.

² - تخلف اللزوم في العقد غير اللازم سببه أن طبيعة العقد وغايته تقتضي ذلك، وصفة عدم اللزوم صفة ملحوظة في العقد وجزء من طبيعتها تقتضيه غاياتها. للتوسع أكثر يراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج. 20، ص. 42.

³ - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 913.

التشريعات التي نصت على العدول عن العقد، قد اعتمدت على نص هذه المادة، باعتبارها الأصل العام للخروج عن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، بالسماح للمستهلك، بالعدول عن العقد الذي أبرمه ونفذه، خلال مهلة زمنية معينة، بالنظر للظروف المحيطة بعملية التعاقد، والتي رجحت الكفة لصالح الطرف الآخر، الذي عادة ما يستغل مركزه القانوني، لتحقيق مصالحه الشخصية على حساب مصالح الطرف الضعيف.

ويؤكد بعض الفقه ما سبق بيانه بما يلي: "أن القبول في العقود التي تبرم عبر الشبكة العنكبوتية، وفي ظل وجود حق العدول، هو قبول بات ينعقد العقد بموجبه، وأن حق العدول هو حق يعطى للمستهلك بعد إبرام العقد"¹.

أولاً- الطبيعة القانونية للعقد الذي يمكن الرجوع عنه في الفقه الإسلامي: اتفق فقهاء الفقه الإسلامي² على أن العقد الذي يمكن الرجوع عنه، هو عقد غير لازم، سواء بسبب طبيعته، أم بسبب أحد الخيارات، إذ يرى الفقه أن انعقاد العقد صحيحاً يكون لازماً؛ ولا يجوز لأي من عاقديه الرجوع فيه بإرادته المنفردة وفقاً لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ"³.

وبينت المادة 212 من مرشد الحيران أنه: "إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلزم بها غيرهما، ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بالتراضي في الأحوال التي يجوز فيها الفسخ"⁴. وعلى خلاف ذلك، يكون غير لازماً، إذا ثبت حق الرجوع لأحد طرفيه، أو لكليهما، إما بسبب طبيعته مثل عقد الوكالة، وعقد الكفالة، وعقد القرض، وإما لورود أحد الخيارات عليه، كخيار الرؤية، وخيار الشرط، وغيرهما من الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي⁵.

¹ - محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة، الأردن، 2009، ط.01، ص.159.

² - ديبان بن محمد الديبان، تقلب مجموعة من المشايخ عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، فقه المعاملات المالية المعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، 1432، ج.06، و.15، ط.01، ص.247 و.387 على التوالي. وابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، لبنان، 1992، ج.05، ط.02، ص.121.

³ - سورة المائدة، الآية الأولى.

⁴ - محمد قدري باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحوال الناس، المطبعة الكبرى الأميرية، البولاق، 1891، ط.02، ص.34.

⁵ - تم التطرق لها في المبحث الثاني للفصل الأول من الباب الأول في هذه الرسالة بعنوان النطاق الموضوعي للعدول عن العقد في الفقه الإسلامي.

وعلى الرغم من أن العقد المشروع ذاتا ووصفا، هو الذي يظهر أثره بانعقاده¹، إلا أن عدم اللزوم بالنسبة لبعض العقود يعتبر جزءاً من طبيعتها تقتضيه غاياتها، ومعه يمكن للمتعاقد الرجوع عن العقد ونقضه الإرادة المنفردة دون حاجة للتراضي².

أما النسبة للرجوع عن العقد بسبب الخيار، فالأصل أنه يلحق العقد اللازم، وما اقتران الخيار به سوى قيد أو استثناء على المبدأ، فهو ليس ممّا تقتضيه طبيعة العقد³، وبهذا فالخيار سالب للزوم، وهو من البديهيّات عند الفقهاء⁴، ويتعلق الأمر بعقود المعاملات المالية، كالبيع والإيجار؛ فالأصل فيهما النفاذ واللزوم، وإذا أراد أحد المتعاقدين العدول عن العقد فما عليه سوى اشتراط أحد من الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، وجاء نص المادة 115 من مجلة الأحكام العدلية كما يلي: "البيع غير اللازم النافذ هو الذي فيه أحد الخيارات"، وأضافت المادة 376 من المصدر نفسه ما يلي: "إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار".

ومن التشريعات التي تأثرت بالفقه الإسلامي في نصوصها وتناولت العقد غير اللازم دولة الإمارات العربية المتحدة بنص المادة 218⁵ من قانون المعاملات المدنية كما يلي:

1- "يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقيه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض.

2- ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه".

كما نصت المادة 213 من القانون المدني العربي الموحد على ما يلي: "العقد غير اللازم هو العقد النافذ الذي يحق لأحد عاقيه أو لكل منهما أن يردده، ويكون ذلك :

- في العقود التي يقتضي موضوعها عدم لزومها، كالرهن بالنسبة للمرتهن وكالإيداع أو الإعارة بالنسبة لكل المتعاقدين.

- في العقود اللازمة بمقتضى طبيعتها، إذا كان فيها خيار لحكم الشرع، كخيار العيب، وخيار الرؤية في عقود المعاوضة أو باشتراط العاقد كخيار الشرط فيها".

¹ - يراجع نص المادة 217 من مرشد الحيران على ما يلي: "العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده وهو العقد المشروع ذاتا ووصفا". ورغم ذلك فإن عدم اللزوم بالنسبة للعقود غير اللازمة جزء من طبيعتها تقتضيه غاياتها، ومعه يمكن للمتعاقد الرجوع عن العقد ونقضه الإرادة المنفردة دون حاجة للتراضي. وللتوسع أكثر يراجع: محمد قدرى باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحوال الناس، المرجع السابق، ص.35.

² - وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، 1404-1427، ج.20، ط.02، ص.42.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - وهو توجه كل من التشريع العماني بنص المادة 133 من القانون المعاملات المدنية العماني. والتشريع الأردني بنص المادة 176 من القانون المدني الأردني، والتشريع اليمني بنص المادة 145 من القانون المدني اليمني. والتشريع السوداني بنص المادة 103 من قانون المعاملات المالية السوداني وما بعدها.

يتضح من خلال النصوص السابقة، أنه إذا اجتمعت عناصر انعقاد العقد، وعناصر الصحة والنفاد وصدر من أهله في محل قابل لحكمه، وكان للعقد الولاية على محل العقد، وأهلية التصرف، انعقد العقد صحيحا نافذا وأنتج كافة الآثار التي تترتب عليه¹.

وبناء على ما سبق، فإن عدم اللزوم في العقد ناشئ عن طبيعة العقد، أما في الخيارات فعدم اللزوم طارئ بسببها²، وبهذا فالعقد الذي يمكن الرجوع عنه، هو عقد نافذ غير لازما بسبب طبيعته، أو بسبب ما لحقه من خيارات³، وعلى هذا، يظهر اتفاق فقهاء الفقه الإسلامي على أن العقد الذي يمكن الرجوع عنه هو العقد غير اللازم سواء لطبيعته، أم بسبب الخيار.

الفرع الثاني: تحديد الطبيعة القانونية للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعدول عن العقد، بين من اعتبره حق من الحقوق المألوفة في الفقه القانوني (أولا)، ومن اعتبره رخصة أو مُكينة قانونية (ثانيا)، فيما اعتبره جانب آخر من الفقه حق من نوع خاص (ثالثا).

أولا- العدول عن العقد حق⁴ عيني أو شخصي: إذا كان الحق استثنائي شخص بقيمة معينة يتكفل القانون بحمايتها، تحقيقا للمصلحة الخاصة للأفراد، كما تتحقق على إثرها المصلحة العامة⁵، وقد اعتبر جانب من الفقه أن العدول عن العقد هو حق، شأنه شأن الحقوق الشخصية والعينية، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم من حيث نوعية الحق، فمنهم من اعتبره حق عيني، ومنهم اعتبره حق شخصي، فهل يعتبر العدول عن العقد حق عيني (01) أم هو حق شخصي (02)؟

¹ - إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، حل العقود، 2007، ج.07، ط.02، ص.26.

² - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.20، ص.47.

³ - عبد الله فرج حسن، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968، ص.35.

⁴ - الحق في المعنى اللغوي هو الثابت الموجود، أما في المعنى الاصطلاحي فقد عرفه بعض الفقه كما يلي: "استثنائي يثبت للشخص على قيمة معينة على سبيل التخصص والافراد". والاستثنائي يمثل جوهر الحق إذ يعد حقيقة نفسية لدى الإنسان منذ طفولته، وإلى جانب الاستثنائي فالحق عبارة عن تسلط وهو نتيجة ملازمة للاستثنائي فتبوت القيمة المالية للشخص يتطلب التسلط عليه من طرف مالكه وهو يتناسب تناسب طردي بين طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحق، فيكون كاملا في الحق العيني فصاحبه يملك حرية الاستعمال والتصرف والاستغلال، ويكون وسطا بالنسبة لحق الدائنية حيث التسلط يقع فقط على الأداء، ويضيق نطاق التسلط في الحقوق اللصيقة بالإنسان كحقه في الحياة وحمل اسم معين. وبهذا فالاستثنائي والتسلط يمثلان الحق في مواجهة صاحبه، أما في مواجهة الغير فالحق يتطلب احترام الكافة له وتمكين صاحبه من اقتضائه عن طريق حمايته من طرف السلطة العامة. للتوسع أكثر يراجع: محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009. يراجع الصفحات: ص.15، ص.21، ص.17.

ص.18، ص.28 على التوالي. وقد عرفه جانب آخر من الفقه الحقوق بأنها مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع؛ قد تكون متعلقة بمال كحق الشرب والمرور، وقد لا تتكون متعلقة بمال كحق الحضانة. للتوسع أكثر يراجع: أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها، دار هدى، الجزائر، 2000، ص.05.

⁵ - محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.20-21.

01- العدول عن العقد حق عيني: الحق العيني هو "سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين بالذات تخوله القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة له متعلقة بهذا الشيء"¹.

من خلال هذا التعريف يمكن استنتاج خصائص ومميزات الحق العيني، إذ أهم ما يميزه أن المدين فيه هو عامة الناس، وليس شخص محدد بعينه. ومن أشهر أمثلة الحق العيني "حق الملكية". ويشترك هذا النوع مع غيره من الحقوق، بأنه سلطة يمنحها القانون فرداً محدداً، ويلزم الكافة باحترامه، بعدم منافسته أو الاعتراض له².

وهذا ما لا يمكن تصوره بالنسبة لحق العدول عن العقد الذي يتميز بتحديد طرفيه من قبل القانون، وهما- مستهلك ومتدخل- وفقاً لما جاءت به قوانين الاستهلاك، ووفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي لمن شرع الخيار لمصلحته، أو لمن كان العقد غير لازم من جهته. إلى جانب هذا، فإن الحق العيني يمكن صاحبه من تحقيق فائدة اقتصادية، وهذا لا يمكن تصوره في العدول عن العقد، الذي يمكن صاحبه من استرداد الثمن الذي دفعه، مقابل رد المقابل لصاحبه مع تحمل مصاريف الرد التي قد تكون جد مكلفه أحياناً³.

يتضح مما سبق ذكره، صعوبة تكييف العدول عن العقد حق عيني، لأنه لا يمنح من شرع لأجله أي سلطة على شيء، وإنما يمنحه القدرة على هدم عقد بعد إبرامه، وبهذا لا يمكن اعتباره حق عيني⁴، كما أن المستهلك لا يملك سلطة مباشرة على شيء معين، بل له إمكانية إنهاء العقد الذي أبرمه دون ترو وتدبر⁵، وحتى بالنسبة للحقوق المعنوية، كحق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة؛ وإن تشابه معها من حيث كون المحل فيهما ليس شيئاً مادياً، إلا أنه لا يدخل في طائفة الحقوق المعنوية بالنظر لتعريفهما.

02- العدول عن العقد حق الشخصي: يرى أنصار هذا الاتجاه، أن العدول عن العقد ينشأ بالاعتماد على الرابطة العقدية بين الدائن والمدين وهي الميزة التي تميز الحق الشخصي أو حق الدائنية "هو استئثار يقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه أداء معين"⁶، وبهذا فللدائن حق يقابله الواجب الذي يقع على عاتق المدين أو يتحمل ذمته المالية⁷. وعليه فإن الحق الشخصي يتميز بكون المدين شخص أو عدة أشخاص معينون بالذات، والدائن في الحق الشخصي، يتعامل مع المدين، ويمارس حقه مباشرة على أساس رابطة الدائنية التي تربط بينهما؛ والمتثلة

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.03.

² - المرجع نفسه.

³ - وهي الحالة التي يكون فيها محل إقامة طرفي العقد يختلف من دولة لأخرى.

⁴ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.770.

⁵ - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 09، العدد 18 ص.346.

⁶ - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ط.01، ص.83.

⁷ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.03.

أساساً في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء معين¹، كل هذا يتم بصفتها دائن ومدين بغض النظر عن مراكزهما القانونية من حيث القوة والضعف.

وعليه، فإن هذا الحق لا يمثل سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، ولكنه يلزم شخص آخر بأداء أمر معين، أساسها خضوع وإذعان شخص اسمه المدين لآخر اسمه الدائن لأداء أمر معين². وبهذا فهو يشترك مع غيره من الحقوق بكونه سلطة يمنحها القانون فرداً معيناً ويلزم الكافة باحترامها، إذ لا يجوز لهم منافسة صاحبها أو أن يتعرضوا له في استعمالها³.

ويتطلب اقتضاء الحق الشخصي، تدخل المدين حتى يستوفي الدائن حقه، الأمر الذي جعل بعض الفقه يعتبر العدول عن العقد، ينتمي لطائفة الحقوق الشخصية اعتماداً على العلاقة الموجود بين الدائن والمدين، وهي نفسها المتحققة في ما يعرف بالعدول عن العقد، الذي يتضح من تعريفه أنه يتضمن علاقة مشابهاً بين من شرع العدول لمصلحته؛ ومن يمارس العدول ضده، يملك الطرف الأول سلطة إتمام العقد أو نقضه بإرادته المنفردة ضد الطرف الثاني، وبهذا تكتمل عناصر الحق الشخصي في عدول المستهلك عن العقد. إلا أن ما يبدو أن العدول عن العقد لا يتفق مع هذا التبرير؛ لأن من تقرر العدول لمصلحته لا يملك سلطات الدائن بالحق الشخصي اتجاه المدين به، وأكثر ما يملك الإبقاء على العقد أو نقضه بإرادته المنفردة⁴ - حتى من الجانب العملي، لا يمكن للمستهلك كطرف ضعيف، أن يطلب من الطرف الآخر، وهو القوي، القيام بأي دور، والدليل اعتبار العدول عن العقد من القواعد الآمرة التي لا يمكن، لاتفاق على مخالفتها - كما أن العدول ليس له محل أو موضوع معين يقع عليه⁵.

وعليه، لا يمكن اعتبار العدول عن العقد حق شخصي لضرورة تدخل المدين لتنفيذ الالتزام، بخلاف حالة العدول عن العقد، الذي يملك صاحبه إمكانية تنفيذه، حتى مع رفض الطرف الآخر له⁶، إضافة لذلك فإن استيفاء الحق الشخصي يكون بواسطة من عليه الحق بالوفاء أو بمقاضاته⁷.

ومن خلال تعريف الحق الشخصي، يظهر الفرق بينه وبين العدول عن العقد، فالعدول لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يوصف بالحق الشخصي؛ لأن رابطة الدائنية تتطلب تدخلاً من المدين حتى يحصل الدائن على حقه⁸، ضف إلى ذلك فإن صفة التسلط موجودة في الحق الشخصي، حتى ولو كانت غير مباشرة، كما في

¹ - رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، منشورات حلبي الحقوقية 2016، لبنان، ط. 01، ص. 131.

² - سليمان مرقس، الوابي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 04.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - سليمان البراك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 14، سبتمبر، 2005 ص. 183.

⁵ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 770.

⁶ - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص. 345.

⁷ - محمد إسلام مذكور، نظرية الحق (المدخل للفقه الإسلامي)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2005، ص. 45.

⁸ - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص. 346.

الحق العيني¹، وهي غائبة في حالة العدول، ولا يحتاج من شرع العدول لمصلحته تدخل الطرف الآخر للقيام به، بل يمارسه بإرادته المنفردة².

وترتيباً على ما سبق ذكره، بشأن الحق العيني والحق الشخصي، لا يمكن اعتبار العدول عن العقد حق عيني، أو حق شخصي، بالرغم من وجود عناصر مشتركة بينهم، من استئثار بالشيء، والحماية القانونية المقررة لهم، بالنظر لقدم ظهور الحق بنوعيه العيني والشخصي، وحدائث ظهور العدول عن العقد، وارتباطه بعقود الاستهلاك من جهة، وتحديد نطاق مجاله بعقود معينة مذكورة على سبيل الحصر.

ثانياً- العدول عن العقد رخصة أو مكنة قانونية: يرى بعض الفقه، أن العدول عن العقد هو رخصة قانونية منحت لأحد طرفي العقد للعدول عنه، على اعتبار أن الرخصة، هي مجرد السماح للشخص باستعمال المال ويمكن سحبها ممن منحها³، إذ يرى بعض الفقه أنها تلعب دوراً في تغيير الحكم من الصعوبة إلى السهولة⁴ (01). فيما اعتبر جانب آخر من الفقه أن العدول عن العقد، هو مكنة قانونية شرّعت بنص قانوني، بالنظر للتحويلات الحاصلة في مجال المعاملات (02).

01- العدول عن العقد رخصة قانونية: عرف بعض الفقه، الرخصة بأنها ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي، مع الاقتصار على موضع الحاجة فيه، مثل قصر الصلاة والفطر في رمضان مع السفر؛ لأن الأصل في الرخصة التخفيف ورفع الحرج⁵، وهناك من عرفها كما يلي: "الرخصة هي وسيلة قانونية يستطيع بواسطتها الشخص أن يحدث آثاراً قانونية"⁶.

كما اعتبر البعض مصطلح الرخصة مصطلحاً غامضاً⁷، وهو ما أدى لاختلاف الفقه بشأنها، بين من أخلط بينها وبين الحرية، وهذا يتوافق مع ما جاء به الفقه الإسلامي باعتبار الرخصة حرية عامة⁸. فيما اعتبر جانب آخر من الفقه الرخصة حق بمعناه الدقيق؛ يخول صاحبه ميزة قانونية خاصة، أمّا اتجاه آخر، فقد أعطى مفهومها خاصاً للرخصة يميزها عن الحق بمفهومه الدقيق والحرية العامة، أهم ما يميزها عدم خضوعها للتقادم بالنظر لما تقدمه لصاحبها من حاجات دائمة ومتجددة⁹.

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المرجع السابق، ص.04.

² - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص.345.

³ - محمد حسنين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.28.

⁴ - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى، المرجع السابق، ص.29.

⁵ - محمد إسلام مذكور، نظرية الحق (المدخل للفقه الإسلامي)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2005، الهامش رقم 02، ص.13.

⁶ - خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص.346.

⁷ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.178-181.

⁸ - للتوسع أكثر يراجع: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.09.

⁹ - إلا أنّ ما يبدو أن حتى هذا الاتجاه قد اخلط بين الرخصة والحرية، ثم أن كل المراكز القانونية التي تتميز بالحاجات الأساسية للفرد لا تخضع للتقادم وليس الرخص فقط. للتوسع أكثر يراجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.182.

وبالرغم مما سبق، يرى بعض الفقه أن العدول عن العقد رخصة بمعنى الإباحة أو الحرية¹، ومثلها التملك بالشفعة؛ إذ يرتب القانون للشريك الآخر، إمكانية الاختيار بين الحلول محل المشتري في البيع، أو ترك الصفقة للمشتري، حسب ما ورد بنص المادة 795 من القانون المدني الجزائري، والحال نفسه بالنسبة للمالك على الشيوخ حسب نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري، وبهذا يكون لصاحب الرخصة اختصاص حاجز، كما هو الحال بالنسبة إلى الحق².

وقد أيدّ جانب آخر من الفقه، ما سبق ذكره، واعتبر أن العدول عن العقد هو رخصة، ولكنه اعتبر الرخصة مرحلة وسطى بين الحق والحرية العامة، على اعتبار أن صاحب الرخصة له وضع متميز عن الغير ممن لا يملكون الرخصة، إلا أن هذه الميزة تبقى محدودة مقارنة بالحق³.

إلا أنّ ما يبدو، من خلال ما تم عرضه بشأن الرخصة، عدم اتفاق الفقه الوضعي على حقيقتها بعد، إذ هناك من اعتبرها حق، فيما اعتبرها جانب آخر من الفقه حرية من الحريات العامة، واعتبرها رأي ثالث خياراً من الخيارات القانونية، ولهذا لا يمكن اعتبار العدول عن العقد رخصة؛ لغموض مفهومها واختلاف الفقه بشأن حقيقتها.

02- العدول عن العقد مكنة قانونية: يرى جانب من الفقه، أن العدول عن العقد يمثل منزلة وسط بين الحق بمعناه الدقيق والمكنة القانونية، على اعتبار أن المكنة تحول صاحبها سلطة أكثر من الرخصة وأقل من الحق⁴ فبالعدول عن العقد يستطيع من شرّع لأجله إحداث آثار قانونية، من بينها إلزام الطرف المقابل بالامتثال للقرار الذي اتخذته المستهلك بالعدول، والخضوع للآثار المترتبة عنه، وهذا لا يوجد في الرخص؛ على اعتبار أن المكنة تمثل سلطة التحكم في مصير العقد الذي تقرر خيار العدول بشأنه⁵، وإن كانت هذه السلطة غير كاملة؛ بل مقيدة بالاختيار بين القبول بإتمام العقد، أو إنهائه بإرادته المنفردة، ما يفيد أن العدول عن العقد، هو حق له نظام قانوني خاص به يميزه عن غيره من الحقوق⁶.

¹ - السنهوري، مصادر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.09.

² - سعيد جعفر، مدخل للعلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ج.02، ط.01، ص.44.

³ - عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقد البيوع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع بالتلفزيون بوجه خاص 2005، ص.78.

⁴ - سليمان البراك دايع، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.183. وموفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، مصر، 2011، ط.01، ص.233.

⁵ - عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1970، ص.120.

⁶ - ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016، ط.01، ص.35. وعمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.771.

ويضيف جانب آخر من الفقه، أن هناك ثلاث مراتب، تشمل الحق بنوعيه، والرخصة، ومنزلة وسطى بينهما، وبهذا يمثل العدول عن العقد عند أصحاب هذا الاتجاه منزلة وسطى¹ بين الحق بنوعيه والرخصة. فمن له صلاحية ممارسة العدول، يحتل مركزاً قانونياً يتميز به عن غيره؛ وبالوقت نفسه لم يصل للاستئثار بالحق، وبهذا فالعدول عن العقد يمثل مرتبة وسطى بين الحق والرخصة، تمكن صاحبها من إحداث أثر قانوني بمحض إرادته².

ومن جهة أخرى، يرى جانب آخر من الفقه، أنّ المكنة القانونية ليست مرتبة من مراتب الحق، وليس من الصواب تسميتها بالمنزلة الوسطى بين الحق والرخصة، كما أن نشوء الحق لا يشترط بالضرورة أن يسبقه وجود مكنة بمعناها الحقيقي، كحق الإرث مثلاً، والحال كذلك بالنسبة لحق المؤلف، فهو يمتلك حرية التأليف ابتداءً وبعد أن يكتب وينشر، ليصبح صاحب حق ذهني وفكري ومالي على مؤلفه، أمّا بين المرحلتين (حرية التأليف ونشر المؤلف) فلا وجود لحق الكاتب في المطالبة بتمليك المؤلف، أو الحق الذهني على المؤلف الذي لم ينشره بعد³.

وبالرغم من كون المكنة، هي قدرة صاحبها على إحداث أثر قانوني بإرادة المنفردة دون أي اعتبار لإرادة الطرف الآخر، إلا أن أنصار هذا الرأي لم يبينوا أي نوع من الممكن ينتمي إليها العدول عن العقد على اعتبار أن المكنة القانونية هي ثلاثة أنواع وهي كالتالي⁴:

- مكن منشئة يملك من تقرر له أن يؤسس رابطة قانونية جديدة، أو أن يكتسب بها حقاً مثل حق الشفعة.
 - مكن قانونية معدلة أو مغيرة، يتمثل دورها في تغيير وتعديل ما هو موجود، مثل خيار التعيين.
 - مكن قانونية فاسخة أو منهية، يتمثل دورها في إنهاء وإسقاط حق أو علاقة قانونية مثل فسخ الدائن للعقد والحق في إبطال العقد بوجود عيب من عيوب الإرادة، أو غيره من الأسباب.
- ووفقاً لما سبق، يرى بعض الفقه أن النوع الأخير من الممكن، يتفق مع العدول عن العقد، وهذا يفيد أن العدول عن العقد هو بمثابة مكنة قانونية فاسخة أو منهية⁵.

وبالنظر للطبيعة القانونية للمكنة القانونية باعتبارها منزلة وسطى بين الرخصة والحق، فإننا نقدم مثلاً حياً يؤكد صعوبة اعتبار العدول عن العقد مكنة قانونية، وهو كالتالي: لو أن شخصاً أعجب ببيت ورغب في شراؤه فقبل صدور إيجاب البائع له بالبيع يكون له حق التملك العام في الدار وغيرها، وفق ما يعرف بالرخصة. وبعد

¹ - للإشارة فإن الفقه الوضعي لا يعرف "المنزلة الوسطى"، بل يخلط بينها وبين الرخصة. للتوسع أكثر يراجع: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 9-10. ورمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني (النظرية العامة للحق)، دار المطبوعات الجامعية 2006، ط. 02، ص. 47.

² - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص. 908.

³ - أرام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص. 89.

⁴ - رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، منشورات حلبي الحقوقية لبنان، 2016، ط. 01، ص. 134.

⁵ - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص. 346-347.

صدور قبوله بشراء الدار تصبح له ملكية الدار، وهذا هو الحق. ولكن مرحلة ما قبل القبول وبعد الإيجاب، فهو يملك أكثر من رخصة التملك، وأقل من حق الملك، يكون له الحق في أن يملك، إذ يستطيع بقبوله البيع أن يصبح مالكا للدار، وفق ما يعرف بالمنزلة الوسطى، كما أن المكنة القانونية قد تقع في مجال إنشاء المراكز القانونية وقد تقع في مجال آثار المراكز القانونية¹، فالمكنة القانونية تتمثل في إنشاء أو تعديل أو إنهاء وضع قانوني كما سبق بيانه².

وبالنظر لما سبق، نجد أن العدول عن العقد يقترب من مفهوم المكنة القانونية الفاسخة أو المنهية، إلا أنه يختلف عنها، ولا يمكن أن يدخل في نطاقها؛ لأنه حديث النشأة³، وخاص بأحد طرفي العلاقة العقدية محدد بعينه، بخلاف المكنة المنهية أو الفاسخة، والتي يبدو من خلال تعريفها أنها تخص أي طرف في العقد يجد نفسه في مركز قانوني يسمح له بإنهاء العقد، كفسخ العقد من قبل أحد طرفيه.

وبالتالي، لا يمكن اعتبار العدول عن العقد مكنة قانونية في أي حال من الأحوال، بالرغم من وجود النقاط المشتركة بينهما، كارتباطه بمحض إرادة صاحبه، وخضوعه لنظام السقوط خلال مدة زمنية قصيرة.

ثالثا- العدول عن العقد حق من نوع خاص: يرى بعض الفقه، أن العدول عن العقد هو حق إرادي محض يختلف مضمونه عن مضمون الحقوق العادية، يمكن صاحبه من إحداث أثر قانوني بإرادته المنفردة، دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر، يتمثل جوهره في سلطة التحكم في مصير العقد الذي تقرر هذا الخيار بشأنه⁴.

وأكد هذا التوجه، جانب آخر من الفقه، إذ يرى بأن هناك نوع من الحقوق يعرف بالحقوق المنشئة أو الترخيضية⁵، أو الحقوق الإرادية المحضة كما يسميها بعض الفقه⁶، يتوقف نشوؤها على إعلان إرادة من جانب من تقرر له هذه الحقوق، ومعتمدة على المركز القانوني الذي يتواجد فيه الطرف الذي شرعت لأجله، فتؤهله للتصرف بإرادة منفردة محدثا أثرا قانونيا؛ وبهذا، فالعدول لا يستفيد منه أي شخص، وإنما هو مخصص لشخص

¹ - أرام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، المرجع السابق، ص.72.

² - المرجع نفسه، ص.132.

³ - في حين نجد أن المكنة القانونية قد تم قدم الأمم، فقد عرفت في التشريعات القانونية القديمة في معرض الأحكام والمواد القانونية، مثل الشريعة الرومانية كالسلطة الأبوية، وشريعة حمورابي الذي تضمن أحكاما تمنح مكنة قانونية، لكن دون إدراجها تحت عنوان مكنة، مثل المواد القانونية المتعلقة بالزواج في هذه التشريعات. للتوسع أكثر يراجع: أرام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، المرجع السابق، ص.81-82.

⁴ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.771.

⁵ - تنقسم الحقوق الترخيضية إلى نوعين منها المستقلة والذاتية مثل إعلان الرغبة في الوعد بالتعاقد، والثانية الحقوق الترخيضية المساعدة وهي حق الإنهاء بالإرادة المنفردة للعدول غير محددة المدة. للتوسع أكثر يراجع: أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص.40.

⁶ - سليمان البراك، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.183. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.233.

معين بذاته مثل حق الموجب له في القبول¹. كما يتميز بكونه يُوجد حالة من التبعية والخضوع ضد من يمارس العدول في مواجهته².

وقد دَعَم هذا الرأي، جانب آخر من الفقه، إذ اعتبر أن الفكر القانوني الحديث، اهتم بتحليل فكرة الحق تحليلًا واسعًا، أدى إلى إضافة حقوق أخرى، إلى جانب الحقوق الشخصية والعينية، وهي ما يعرف بالحقوق الترخيضية أو الحقوق الإرادية، وهي الحقوق التي تمثل إمكانية إنشاء علاقة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها³. وأضاف آخر، أنه إلى وقت قريب كانت الحقوق تنقسم إلى قسمين رئيسيين تتمثل الأولى في الحقوق العينية، والثانية في الحقوق الشخصية، إلا أن هذا التقسيم الكلاسيكي لم يعد كافيًا لاستيعاب كل أنواع الحقوق المالية، حيث ظهرت الحقوق المعنوية، أو حقوق الملكية الفكرية، مثل حق صاحب العلامة التجارية المسجلة باسمه على هذه العلامة⁴.

ويؤكد بعض الفقه ما سبق ذكره، أن هناك نوع من الحقوق يعرف بالحقوق الإرادية؛ تميز عن الحقوق الأخرى بإفلاتها من المراقبة القضائية، كما تدخل في إطار الحق المانع؛ لأنه يرتبط بالشخص صاحب الحق المتمثل في شخص واحد، وهذا ما يتوافق مع العدول عن العقد وفقًا لما جاءت به قوانين الاستهلاك، والذي يخص المستهلك وحده، وهو من الحقوق المستحدثة جاء بها بعض الفقه، كما يعرف أيضًا بالحقوق ذات طابع أناني لأن القانون يخولها لشخص أو لأشخاص تحقيقًا لمصالحهم الخاصة، باعتبارها وسائل تسمح للفرد بإشباع حاجاته المادية والمعنوية⁵.

وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه، أن الحق الإرادي المحض يخول صاحبه سلطات تختلف عن تلك التي يمنحها الحق الشخصي والحق العيني، تتمثل في سلطة مجردة تؤثر في المراكز القانونية بإنشائها أو إلغائها أو تعديلها، بمحض إرادته المنفردة، كما يتميز بكون مضمونه يتمثل في تمكين صاحبه سلطة الخيار بين بدائل محددة سلفًا، كما يمارس صاحب الحق حقه في مواجهة الطرف الآخر دون التزام هذا الأخير بأي التزام⁶.

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية) المجلد 01، ج.09، ص.448.

² - رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، منشورات حلبي الحقوقية 2016، لبنان، ط.01، ص.162.

³ - عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، العدد 01، السنة 01 جانفي، 1955، ص.23.

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص.13.

⁵ - شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ط.01، ص.ص.63-65.

⁶ - عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقد البيع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع بالتلفزيون بوجه خاص، المرجع السابق، ص.ص.75-76.

إلا أن العدول عن العقد حسب ما جاءت به قوانين الاستهلاك يمكن صاحبه من إنهاء مركز قانوني فقط؛ وخلال مهلة زمنية محددة، وكذلك الحال بشأن الرجوع عن العقد وفقا ما جاء به فقهاء الفقه الإسلامي بشأن العقود التي يلحقها أحد الخيارات أو بالنسبة للعقود غير اللازمة بطبيعتها.

وبمعنى أدق، فإن العدول عن العقد، يدخل في طائفة الحقوق المنهية أو الفاسخة، لتوافق هذا النوع من الحقوق مع جلّ التعريفات الواردة بشأن العدول عن العقد، وإن كان بعض من الفقه¹ يرى أن العدول عن العقد هو مكنة قانونية فاسخة أو منهية، إلا أنه أطلق عليه تسمية "حق إرادي"، محتفظا بخصوصيته عن باقي الحقوق الأخرى - كما سبق بيانه -، وبهذا لا يملك من شرع العدول لمصلحته سلطة مباشرة على الشيء محل التعاقد ولكنه يملك مكنة إنهاء العقد الذي أبرمه على سرعة من أمره بدون ترو حول ما يريده من وراء إبرامه للعقد². ولكن، الحق الإرادي المحض لا يكون المحل فيه ماديا، بل هو شيء معنوي أو مجرد يتمثل في مركز قانوني يتعلق بشخص آخر؛ وهو بهذا يتعد عن كل من الحق الشخصي والحق العيني³.

وبهذا، فإن العدول عن العقد يتوافق مع هذه الحالة، فهو حق من نوع خاص، تطلبته ظروف الحال. وبخلاف ما تم ذكره بشأن الحق الإرادي، يرى بعض الفقه أن فكرته تبدو فكرة غامضة، وغير مضبوطة لأن حقيقة الحق أيّا كان نوعه، هو ذا طبيعة إرادية؛ يمنح صاحبه سلطة ممارسته في الوقت والطريقة المسموح بها قانونا، "فإرادية"، ليست حكرا على الحقوق الإرادية فقط؛ بل تمثل صفة مميزة للحق كأصل عام، فالإرادة ليست ركنا في الحق، وإنما هي صفة ترتبط باستعمال الحق لا بجوهره⁴.

كما أنّ المحل في الحق الإرادي غير واضح، ولا وجود للحق من الناحية القانونية إن لم يكن له محلا واعتبار محل الحق الإرادي مركزا قانونيا يتعلق بشخص آخر، أمر غير واضح، فالشفيح مثلا، له حق الخيار بعد البيع، وهو مضمون حقه الإرادي، أما محله فهو مركز المشتري، الذي سيحل محله في حال استعمال حقه في الأخذ بالشفعة، ويؤكد الفقه نفسه، أن الحقوق وردت في القانون على سبيل الحصر، ولا يمكن للإرادة أن تنشئ حقوقا أخرى؛ وإن كانت فكرة الحق الإرادي مقبولة من حيث مضمونها وعناصرها ومعناها؛ فإن الحق لا يخرج عن ما جاء به القانون⁵.

¹ - علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات حلي الحقوقية، لبنان 2017، ط. 01، ص. 546.

² - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونيا عن بعد، المرجع السابق، ص. 346.

³ - de péremption, paris, 1979, p. 165. C.S.A Houin : le droit

نقلا عن عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقد البيوع التي تتم عن بعد، المرجع السابق، ص. 76.

⁴ - عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقد البيوع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع بالتلفزيون بوجه خاص، المرجع السابق، ص. 77.

⁵ - عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقد البيوع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع بالتلفزيون بوجه خاص، المرجع السابق، ص. 77.

وترتيباً لما سبق بيانه، بشأن الطبيعة القانونية للعدول عن العقد، توصلنا إلى أن العدول عن العقد، هو حق، ولكنه حق من نوع خاص، بالاعتماد على عناصر الحق التي بينها بعض الفقه كما يلي¹:

- الشيء الثابت: يتمثل في العين، والمنفعة، والدين وهو ما يثبت في الذمة، والحقوق الفكرية.
- من يثبت له الحق: قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً.
- من يثبت عليه الحق: يقصد به الغير، قد يكون شخصاً أو شيئاً معيناً.
- مشروعية الشيء الثابت: قد تكون بحكم الشرع، أو بحكم التشريع الوضعي.
- الاختصاص: إذ لا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص، باعتباره قوامها، إذ به يكون الشيء الثابت مقصوراً على الشخص بذاته، ممنوعاً عن غيره، سواء كانت العلاقة بين هذا الشخص وشخص آخر (حق شخصي) أم بينه وبين شيء (حق عيني)، ويضيف جانب آخر من الفقه، أن الاختصاص يجب أن يكون مقرراً شرعاً².

ويرى بعض الفقه³، أنّ الحق يمتاز بخاصية الاستثارة؛ والتي تعني الانفراد بموضوع الحق دون الكافة، كما يجب أن يقره القانون، ليكون حالة قانونية، ويضيف أن الاختصاص جنس في التعريف، يشمل كل حق وهو الاستثارة، وكل هذه الخصائص تتوافر في العدول عن العقد، فهو حق أقره القانون، ليستأثر به صاحبه فقط في مواجهة الكافة.

وبهذا، يتضح أن عناصر العدول عن العقد، تتشابه مع العناصر السابق ذكرها إلى حد ما، وتختلف عنه فقط فيما يتعلق بـ "بالشيء الثابت"، فهو ليس بحق شخصي ولا حق عيني، وهو ما يفيد أنه حق من نوع خاص. وما يدعم رأينا كذلك بشأن طبيعة العدول عن العقد، ما جاء به بعض الفقه، حيث اعتبر أنّ الحق يجب أن يكون له صاحب يستحقه، ويختص به دون غيره، ممّا يستلزم حمايته ومنع التعدي عليه، ولو جاز منع صاحب الحق من حقه لم يكن حقاً له⁴، بحسب ما عرفه بعض الفقه: "الحق هو علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيد منها"⁵.

وفي المعنى نفسه، يضيف جانب آخر من الفقه، أن المركز القانوني الذي يتمتع به صاحب الحق، يكون خاصاً به ومستأثراً به دون غيره من الأشخاص الذين لا يملكون الحق نفسه، كما أن الميزة القانونية التي يمنحها الحق لصاحبه، هي ميزة مطلقة، لا تخضع لأي قيد، سوى مشروعية استعماله، بمعنى صاحب الحق لا يلزم

¹ - أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص.ص. 111-112.

² - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 57.

³ - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1984، ط. 03، ص. 58.

⁴ - علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وحقوق أخرى، تقديم علي جمعة، دار الفكر العربي، مصر، 2010، ط. 01، ص. 59.

⁵ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج. 04، ص. 2839.

باستعمال حقه بكيفية دون الأخرى، طالما كان استعماله مشروعاً، وبهذا فالحق لا يمنح إلا لشخص معين بالذات بالنظر لتحديد محله وموضوعه¹.

كما أنّ الحق قد يكون عينياً، وقد يكون منفعة، وكل ما يراد حمايته ودفع التعدي عنه، فالحقوق كثيرة ومتنوعة ومختلفة، وتتفرع إلى حقوق مالية، وأدبية، واجتماعية، وخلقية². وفي المعنى ذاته، يضيف جانب آخر من الفقه، أن الحقوق أنواع، وهي تختلف عن بعضها في ماهية السلطة التي تمنح لصاحبها وللغرض الذي تقررت من أجله، ما يجعل تقسيم الحقوق وظهور أنواع جديدة لا مفر منه³.

وقد أثبت الواقع إضافة حقوق أخرى، بسبب التطور في المجالات المختلفة، كالإنتاج الفكري والفني، على غرار الحقوق الذهنية التي اختلف الفقه بشأن طبيعتها القانونية هي الأخرى، ثم اعترف بطبيعتها المزدوجة؛ إذ لها جانب معنوي وجانب مادي، واعتبرها حق من نوع خاص⁴.

ومن جهة أخرى، فقد أصدر بعض الفقه الإسلامي في المؤتمر الرابع بالمملكة العربية السعودية، في الفترة الممتدة من 06-11/02/1988، قراره ببيع الاسم التجاري والترخيص، ووضعهما تحت عنوان الحقوق المعنوية وفي قراره الخامس، أعيد بحث الموضوع من جديد بتاريخ من 10-15 من شهر ديسمبر من السنة نفسها، وبعد اطلاعه على البحوث المتقدمة في الموضوع بشأن الحقوق المعنوية تقرر أن كل من الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والاختراع، والتأليف هي حقوق خاصة لأصحابها، وأصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة، وهي حقوق يعتد بها شرعاً، ولا يجوز الاعتداء عليها⁵.

ويضيف جانب من الفقه، أنّ حقوق التأليف والنشر والتوزيع، تدخل تحت عنوان قانوني جديد، هو الحق الأدبي، وهو حق مصون شرعاً بناء على قاعدة الاستصلاح أو المصلحة المرسلّة؛ لأن كل عمل فيه مصلحة غالبية أو دفع ضرر أو مفسدة يكون مطلوباً شرعاً⁶.

وما يؤكد ما سبق ذكره، بشأن الطبيعة القانونية للعدول عن العقد، أن مفهوم الحق كان وما زال محل نظر ونقاش، بين الأديان، ومختلف الأفكار، والأيديولوجيات السائدة في العالم، وعرف كما يلي: "الحق استئثار بشيء أو قيمة يحميه القانون"⁷، كما أن الاستئثار هو أهم عنصر للحق، بل مطابق تماماً للحق بمعناه الاصطلاحي⁸.

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.ص. 166-168.

² - علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وحقوق أخرى، المرجع السابق، ص. 56.

³ - سليمان مرقس، الوابي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 06.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص.ص. 118-119.

⁵ - علي أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة ومؤسسة الريان، الدوحة، 1996، ج. 01، ص.ص. 747-

748.

⁶ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، منقحة ومعدلة، دار الفكر، سوريا، ج. 04، ط. 04، ص. 2861.

⁷ - أرام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 48.

⁸ - المرجع نفسه، ص. 49.

وقد ثبت منذ القدم، وفي القانون الروماني، أن ظروف الحياة هي التي توجب الاعتراف بنوع جديد من الحقوق بالرغم من ارتباط الحق بالدعوى في ذلك العصر¹. فالشاهد هنا يفيد أن ظروف الحياة هي من توجب الاعتراف بالحق، وبالتالي لا مانع من ظهور حقوق جديدة لم تكن معهودة من قبل، كحق العدول عن العقد الذي اعتمد في هذه الدراسة، بالنظر لتعريف الحق بأنه: "علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيدها"².

فما المانع إذن، من إضافة حقوق أخرى، ومنها حق العدول عن العقد، وفقا لما جاءت به التشريعات الحديثة خاصة، وبالنظر للتطورات الحاصلة في المجال المعرفي والتقني، وتطور طرق ووسائل الإنتاج.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة القانونية للرجوع عن العقد

إذا كان رأي الفقه القانوني في تكييف عدول المستهلك عن العقد، تنوع بعدة تكييفات، من حق بمفهومه الكلاسيكي بنوعيه، إلى رخصة، ومكنة، وأخيرا حقا إراديا محضا يخضع لتقدير المتعاقد الذي شرع لأجله، فإن فقهاء الفقه الإسلامي يرون من جهتهم بصفة عامة، أنّ الخيارات في الفقه الإسلامي، هي من طبيعة واحدة وهي تسقط بالإسقاطات وتنتقل بالميراث وبغيره من الأسباب، وهذا ما يستدعي بحث موقف فقهاء الفقه الإسلامي من طبيعة ما يعرف عندهم بالرجوع عن العقد، فهل يعتبر الرجوع عن العقد حق (أولا)، أمّا يعتبر رخصة (ثانيا)، أم خيار (ثالثا).

أولا- الرجوع عن العقد حق: اعتمد فقهاء الفقه الإسلامي في تعريفهم للحق، على ما ورد بالقرآن الكريم واستعمالات الحق في القرآن الكريم كثيرة ومتنوعة، نذكر منها ما يلي³:

فوجه منها: الحق هو: الله، وذلك كقوله تعالى في المشركين: "وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ"⁴. كما يعني القرآن، كقوله: "حَتَّىٰ جَاءَهُمُ الْحَقُّ وَرَسُولٌ مُّبِينٌ"⁵. ويعني أيضا: العدل كقوله تعالى: "يَوْمَئِذٍ يُؤْفِقِهِمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ"⁶. كما يعني التوحيد، وذلك كقوله تعالى: "بَلْ جَاءَ بِالْحَقِّ"

¹ - عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996، ص. 141 الهامش رقم 01.

² - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج. 04، ص. 2839.

³ - الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد مجلة البحوث الإسلامية، ج. 40، ص. 353.

⁴ - سورة المؤمنون، الآية رقم 71.

⁵ - سورة الزخرف، الآية رقم 29.

⁶ - سورة النور، الآية رقم 25.

وَصَدَقَ الْمُرْسَلِينَ¹. ويعني وجب، من قوله تعالى: "وَلَكِنَّ حَقَّ الْقَوْلِ مِنِّي"². ويعني كذلك المال والدين الثابت كقوله تعالى: "وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ"³.

وقد استعمل فقهاء الفقه الإسلامي لفظ "الحق" كثيرا، في مواضع مختلفة، وفي معان عديدة متميزة ذات دلالات مختلفة - على الرغم من انتظامها في معنى عام يجمعها، هو الثبوت والوجوب - ومع كثرة استعمالهم إياه لم يعن أكثرهم ببيان حدوده في مواضع استعماله المختلفة، بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوي، ودلالاته عليه ووفائه بجميع استعمالاته في اللغة والعلوم، حيث يستعملون كلمة "الحق" مصدرا، ويطلقونها على الوجود في الأعيان مطلقا، وعلى الوجود الدائم، وعلى مطابقة الحكم، وما يشتمل على الحكم للواقع ومطابقة الواقع له⁴. ويستعمل "الحق" استعمال اسم الفاعل والصفة المشبهة، ويطلق عندئذ على الواجب الوجود لذاته، وعلى كل موجود خارجي، وعلى الحكم المطابق للواقع وعلى الأقوال والأديان والمذاهب باعتبار اشتغالها على الحكم⁵، وفق ما سيتم بيانه:

وقد عرف بعض الفقه الإسلامي الحق كما يلي: "هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، اليقين، ضد الباطل الحظ والنصيب، المال، والملئ...". كما يطلقون الحق على ما يشمل الملك سواء كان نقدا أم منقولا، أم عقارا أم ديناً، أم منفعة، أم أمراً آخر كالحقوق المجردة، وهي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية، تجعل ما تثبت له قادرا على تحصيل ما تعلق به، كحق الانتفاع، وحق التملك، والخيارات... وغير ذلك من الحقوق الاعتبارية، وليست هذه هي كل إطلاقات الحق عند فقهاء الفقه الإسلامي، بل تارة يريدون منه الحق المجرد فقط، وتارة يريدون منه الحق المرافق العقار، كحق الشرب، وحق السيل، وأكثر ما يستعمل في مقابلة الملك والمال⁶.

وعرف أيضا كما يلي: "هو اختصاص ثابت شرعا لتحقيق مصلحة، يقتضي سلطة أو تكليفا"، وبين صاحب التعريف أن الاختصاص هو جوهر الحق وميزته، وقولنا: ثابت شرعا: إشارة إلى أن مصدر الحق هو الشرع، فحيث أقره الشارع ثبت. وتحقيق المصلحة هي ثمرة الحق وغايته. وأما موضوعه: فهو ما يقتضيه من سلطة أو تكليف⁷.

أما الحق عند الأصوليين، فقد انقسموا بشأنه إلى اتجاهين⁸:

¹ - سورة الصافات، الآية رقم 37.

² - سورة السجدة، الآية 13.

³ - سورة البقرة، الآية 282.

⁴ - الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد مجلة البحوث الإسلامية، المرجع السابق، ج.40، ص.354.

⁵ - محمد عميم الإحسان المجددي الركني، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، باكستان، 1986، ط.01، ص.80.

⁶ - للتوسع أكثر يراجع: محمد كمال الدين إمام وجابر عبد المهدي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق ص.337.

⁷ - الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد مجلة البحوث الإسلامية، ج.40، ص.360.

⁸ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.18، ص.08-10.

- الاتجاه الأول: يرى أن الحق: "هو الحكم، وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، أو التخيير أو الوضع". وهو نوعان حق الله، وحق العبد؛ وهو ما يتعلق بمصلحة خاصة له.
- الاتجاه الثاني: يرى أن الحق "هو الفعل، إلى جانب حق الله فهناك حق العبد"، وحق العبد ثلاثة أقسام حقه على الله، وهو ملزم بعبادته، والثاني حقه في الجملة وهو الذي تستقيم به مصالحه، والثالث حقه على غيره.
- وقد قسم بعض الفقه حقوق العباد إلى خمسة أقسام¹:
- النوع الأول: حق مِلْكٍ، كحق السيد في مال المَكَّاتب²، ومال القَنَّ³.
 - النوع الثاني: حق تمليك، كحق العاقد للعقد إذا وجب له في عقد يملك فسخه لاسترجاع ما خرج عنه إلى ملكه.
 - النوع الثالث: يشمل عدة صور منها، وضع الجار خشبه على جدار جاره إذا لم يضر به، ومنه نقل الماء في أرض غيره.
 - النوع الرابع: حق الاختصاص، وهو ما يختص مستحقه الانتفاع به دون أن يزاخمه فيه أحد، ومنها جلد الميتة والطرق والأفنية، والمسيل.
 - النوع الخامس: هو حق التعلق باستيفاء الحق، ومنها حق المرتهن بالرهن.
- وبالنظر للارتباط الوثيق بين الحق والملك عند فقهاء الفقه الإسلامي، لدرجة عدم تفريق الفقه بينهما سيتم تناول أقسام المِلْك، وهي أربعة أنواع، تتمثل فيما يلي⁴:
- النوع الأول: مِلْك عين ومنفعة، وهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المنشأة لها من بيع أو هبة، أو إرث.
 - النوع الثاني: مثل الوصية.
 - النوع الثالث: مِلْك منفعة بدون عين، منها الوصية بالمنافع، والوقف، لأن منافعه للموقوف عليه في ملكه لرقبته، ومنه المِلْك غير المؤبد كالإجارة، ومنافع المبيع المستثناة في العقد لمدة معينة.
 - النوع الرابع: مِلْك الانتفاع المجرد، وله صور متعددة، منها مِلْك المستعير، فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة، ومنها المنتفع بملك جاره بوضع الخشب على جدار جاره، وممر في دار وغيرها.

¹ - ابن رجب، القواعد، دار الكتب العلمية. يراجع الصفحات التالية: ص. 188، و. 191، و. 192، و. 193.

² - المكاتب هو من اشترى نفسه من سيده بمال مُنْجَم، فهو استحق الحرية بتمام الاداء، للتوسع أكثر يراجع: وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، 1404-1427، ج. 23، ط. 02، ص. 18.

³ - القَنَّ هو الرقيق الخاص قد يكون خاصا لملك واحد، وقد يكون مشتركا بين اثنين أو أكثر. للتوسع أكثر يراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج. 23، ص. 18.

⁴ - ابن رجب، القواعد، المرجع السابق، ص. 195-196.

وقد عرفت المادة 104¹ من مرشد الحيران الحقوق كما يلي: "الحقوق التي يكون التصرف والانتفاع بالأعيان على ثلاثة أنواع:

الأول: حق ملك رقة العين ومنفعتها.

الثاني: حق ملك الانتفاع بالعين دون الرقة.

الثالث: حق الشرب والمسيل والمرور والتعلي وغير ذلك من المنافع."

وأضافت المادة 11 من مرشد الحيران ما يلي: "الملك التام من شأنه أن يتصرف فيه المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا...".

وفي معنى الحق، ذهب اتجاه آخر من الفقه، إلى اعتبار الملك اختصاص الفرد بالشيء، بالتصرف فيه ابتداء والانتفاع به دون غيره، وفق ما يسمح به الشرع - التشريع - إلا بوجود مانع²، فالملك هو استئثار بشيء يتطلب أن يكون المستأثر به مختصا، ومستأثرا باستعماله واستغلاله والتصرف فيه³. وهو المعنى الذي أكده جانب من الفقه بقوله: "الملك هو ما من شأنه أن يتصرف فيه بوقف الاختصاص"⁴. ويضيف بعض الفقه كذلك، أن الحق كالملك يترتب عليه الإسقاط، أو النقل بالمعاوضة، أو الإرث، ولكنه ليس من الإباحة الشرعية⁵.

كما أضاف جانب آخر من الفقه على أن الحق يطلق على المال المملوك، ويطلق على الملك نفسه، كما يطلق على الوصف الشرعي، كحق الولاية، وحق الحضانة، والخيارات، كما يطلق على مرافق العقار، كما يطلق على الآثار المترتبة على العقود، كالاتزام بتسليم المبيع أو الثمن⁶.

ومن جهة أخرى يرى جانب آخر من الفقه⁷ أن الحق ينقسم إلى عدة تقسيمات، اعتمادا على اعتبارات مختلفة بالنظر للزوم وعدمه، وبالنظر للعام والخاص، وبالنظر لمعقولية المعنى وعدم معقولية المعنى، وبالنظر لكون الحق تام أم مخفف، أم محدد وغير محدد، وباعتبار الحق مطلقا ومقيدا، وباعتباره حقا ماليا أو غير مالي، وبالنظر لعموم النفع وخصوصه، ومرجعه في هذه التقسيمات يعتمد على صاحب الحق، أو للشيء محل العقد، وبهذا المعنى

¹ - محمد قدرى باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحوال الناس، المرجع السابق، ص. 03.

² - أحمد حسن فرج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص. 31. وأحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعميومتها، المرجع السابق، ص. 19. للتوسع أكثر يراجع الصفحات التالية: ص. 21، و. 22، و. 23.

³ - أحمد حسن فرج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 32، الهامش رقم 01.

⁴ - عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج. 04، ص. 502.

⁵ - للتوسع أكثر يراجع: أحمد حسن فرج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 30.

⁶ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 2839.

⁷ - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج. 18، ص. 13.

يرى فقهاء الفقه الإسلامي أن ما أثبتته الشريعة الإسلامية حقاً فهو حقاً، وما عااده فليس بحق، فالحاكم هو الله تعالى¹، وفقاً لقوله تعالى: "إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ"².

أما عن الشيء محل الحق في الفقه الإسلامي، فهو شيء مستحق كالفرائض الخمس، والمال، والديون والانتفاع وغيرها، ويشترط في الشيء المستحق (محل) أن يكون غير ممنوع شرعاً، لأن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما نهي عنه الشرع، فلا يكون حقاً³.

وقد قسم فقهاء الفقه الإسلامي الحقوق بالنظر لمحل الحق إلى عدة تقسيمات، نذكر أهمها:

من حيث مالية الحق، نجد حق المالي، هو الحق المتعلق بالمال والمنافع، كحق الشرب، وحق العلو وغيرها وحق غير مالي كحق الحضانة، وحقوق الأسرة على العموم. وأضاف بعض الفقه أن الحقوق المالية هي التي تتعلق بالمال وترتبط به⁴.

من حيث تقرر الحق في محله، أي من حيث إمكانية انفراد الحق عن محل، وهو نوعان:

- حق مجرد (المحض)، وهو ما يمكن انفراده عن محله، مثل حق الشفعة، فهو مجرد؛ سواء استعمله صاحبه، أم أسقطه، فالمحل تبقى كل صفاته؛ سواء أخذه صاحب الشفعة، أم أخذه شخص آخر، وأن محل الحق يبقى عند المدين بعد التنازل، كما كان قبل التنازل، كحق الشفعة، وحق الخيار، وهو الحق الذي يجوز المعاوضة عنه بالمال⁵.

- حق غير متقرر، وهو ما تعلق بمحله تعلق استقرار، بحيث لا يمكن انفصاله عن محله.

من حيث ثبوته لصاحبه، كذلك ينقسم لنوعين :

- حقوق تثبت لتحقيق منافع لأصحابها لا لدفع الضرر، مثل حقوق الارتفاق المتعلقة بالعمارة.

- حقوق تثبت لدفع الضرر، وهي الحقوق التي يقررها الشرع لصاحبها، منعا لضرر متوقع قد يلحق به، فهي وسيلة لدفع الضرر، مثل حق الشفعة، فإنه شرع لرفع الضرر الذي يمكن أن يلحق بأحد الشركاء، جراء بيع شريكه لحقه.

وأهم ما يميز تقسيم الحقوق عند فقهاء الفقه الإسلامي، تبيان حقوق الله⁶، وحقوق العباد، حيث أن

حقوق العباد تتمثل في الحقوق المالية، والحقوق المتعلقة بالمال، وتتمثل في العين، والدين، والمنافع، والحق المطلق

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.18، ص.11.

² - سورة الأنعام، الآية رقم 57.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.18، ص.12.

⁴ - الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد مجلة البحوث الإسلامية، المرجع السابق، ج.40، ص.361.

⁵ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج.04، ص.ص.2852-2853.

⁶ - لم يتم التطرق لحقوق الله لخروجها عن مجال الدراسة .

وهو ما ليس بعين ولا بدين ولا منفعة؛ كحق الشفعة، وحق الخيار، وما شابه ذلك¹، وفي المعنى نفسه يضيف بعض الفقه، أن الحقوق المطلقة لا يمكن الاعتياض عنها بمال².

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه، أن هناك نوع من الحقوق يعرف بـ "الحقوق المتصلة بالمال"، فهي ليست مال، ولا في معنى المال، ولكنها تتصل بالأموال، كحق الشفعة، وحق الانتفاع، والحقوق التي تعلق حق الغير بعين منها، كحق الرهن وحق الخيار³.

وبناء على ما سبق، يتضح أنّ فقهاء الفقه الإسلامي، لم يستعملوا تعبير الحق شخصي والحق عيني فالحق بالنسبة لهؤلاء يشتمل على عدة روابط متميزة عن بعضها البعض، فهم يطلقون لفظ "الحق" على جميع الحقوق، بما فيها الحقوق المالية وغير المالية، ومرافق العقار، وحق المسيل، وحق الشرب، والحقوق المجردة، كما يستعملون لفظ "الحق" لما ينشأ عن العقد من التزامات، ففي عقد البيع مثلاً، حقوق العقد هي تسليم المبيع ودفع الثمن، أمّا الالتزام الذي يعتبر حكم العقد، فهو نقل ملكية المبيع⁴، وتتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بالدين والالتزام بالعين، والالتزام بالعمل، والالتزام بالتوثيق، وفي الأخير تتحول هذه الالتزامات إلى التزام بالدين، أو التزام بالعين، وهي تتميز عن بعضها البعض ولا تندمج مع بعضها، كما فعل الفقه الغربي، كما أن التمييز بين الدين والعين، غير التمييز بين حق شخصي وحق عيني، فالدين هو صورة من صور الحق الشخصي فقط، والعين تتجاوز الحق العيني، لتشمل جزء من الحق الشخصي، وبهذا، ففقهاء الفقه الإسلامي لا يعرفون الحق الشخصي ولا الحق العيني، بل يعرفون الدين والعين ويميزون بينهما على أساس الذمة، فالدين يتعلق بالذمة بخلاف العين، وقد يكون الحق عينياً أو شخصياً متعلقاً بالعين ذاتها⁵.

وبناء على ما سبق بيانه، فإن بعض الفقه، يرى أنّ الحق يطلق على كل ما يشمل الملك سواء كان نقداً منقولاً، أم عقاراً، أم ديناً، أم منفعة، أم أمراً آخر كالحقوق المجردة، وهي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية تجعل من تثبت له قادراً على تحصيل ما تعلقت به؛ كحق الانتفاع وحق التملك، وحق ولاية التصرف في مال الغير والخيارات⁶.

ومن جهة أخرى، فقد استعمل الفقهاء لفظ "الحق" عدة استعمالات؛ فقد استعملوه بالمعنى العام، بما يقصد منه كل ما يثبت للشخص من ميراث، أو سلطات؛ سواء كان مالياً أم غير مالي، كما استعمل في مقابلة الأعيان والمنافع، بما يثبت للشخص من مصالح بالنظر للاعتبار الشرعي، كحق الشفعة وحق الخيار، ويطلقونه

¹ - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.18، ص.14.

² - ابن رجب، القواعد، المرجع السابق، ص.199.

³ - أحمد حسن فرج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.124.

⁴ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.13. والموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.18، ص.11.

⁵ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.14-15.

⁶ - محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي والنظريات العامة، المرجع السابق، ص.81.

مجازا على غير واجب، كحق الجوار وحق المؤلف، كما يطلقونه بالنظر لمعناه اللغوي من حقوق الدار، كحق التعلي، وحق الشرب، وحق المسيل¹.

وتأسيسا على ما سبق، يمكن اعتبار خيار الرجوع عن العقد الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية حقا يندرج تحت الحقوق المتصلة بالمال، فهو ليس بمال، ولكنه يتصل بمال، كما أنه يقوم على أساس رابطة قانونية بين مراكز قانونية مختلفة، يستأثر من يملك حق الرجوع عن البقية بما يخوله له هذا الحق باقتضاء حقه بالرجوع عن العقد الذي أبرمه.

ثانيا- الرجوع عن العقد رخصة: عرف فقهاء الفقه الإسلامي الرخصة كما يلي: "هي الأحكام التي تثبت مشروعيتها بناء على الأعذار، مع قيام الدليل الحرم، توسعا في الضيق"².

وعرفها جانب آخر من الفقه، بأنها مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة، فالفرد في نطاق القانون له حرية التنقل، وحرية التملك، وما بين الحق والرخصة، توجد مرحلة وسطى هي أعلى من الرخصة وأقل من الحق، فحق التملك رخصة، وحق الملك هو الحق، وما بينهما مرحلة وسطى، وهي حق الشخص في أن يملك، فهو يملك أكثر من الرخصة، وأقل من حق التملك، ولكن له الحق في أن يملك³.

وقد انتقد بعض الفقه⁴، هذا المفهوم للرخصة واعتبره مبهما ومطلقا؛ يفيد معنى الحرية وما تعنيه من إباحات غير محددة، كحرية التملك، وحرية التنقل، ولكنه يؤكد أن الفقه الإسلامي هو السبّاق في تنظيم المراكز القانونية بين الإباحة العامة بمعنى الحرية، والإباحة الخاصة بمعنى الحق، ونوع ثالث من الإباحة يتوسطهما، وهي تقترب إلى الحق من حيث خصوصيتها وتبتعد عن الحرية، إلا أنها مقيدة في مضمونها عن الحق، لأنها تمنح صاحبها خيارات محددة، تتمثل في الاختيار بين بدلين محددين، وهي ما يعرف في الفقه الإسلامي بالحق في كسب حق معين لتحقيق سبب خاص لذلك، ومثال ذلك الإيجاب الموجه لإبرام عقد؛ فيكون له الخيار بين تملك الشيء بمجرد القبول، وبين رفض التملك، وبهذا فالفقه الإسلامي يميز بين تكوين حق الملكية، وقيامه، بثلاث مراحل، تبدأ بجرية التملك تتمثل في اختيار الشخص بين الفعل أو الترك⁵، ثم الحق في التملك بسبب قيام سبب من أسباب الملك، ويعني قدرة الشخص على تملك شيء محدد بالذات بإرادته المنفردة، دون أن يتوقف ذلك على

¹ - علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، المرجع السابق، ص. 148. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 01 ص. 13-14.

² - أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الثقافة، الأردن، 2011 ج. 02 و. 03، ص. 909.

³ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 01، ص. 09.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص. 178.

⁵ - يقصد بجرية التملك في الفقه الإسلامي مجرد الإباحة في تملك شيء غير محدد، أي ما يخير فيه الفرد بين الفعل والترك، وبهذا المفهوم تشبته مع مفهوم الحرية في فقه القانون الوضعي. للتوسع أكثر يراجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص. 186.

إرادة أحد¹، لتنتهي بالملك التام²، والذي يقصد به حسب رأي بعض الفقهاء ما يلي: "الحق المتقرر في عين معينة تثبت لصاحب الحق، والذي بمقتضاه تثبت لصاحبه كل الحقوق المترتبة على الملكية، وتمكنه من مباشرة التصرفات الشرعية التي تثبت للمالك"³.

أما بالنسبة للمركز المتوسط بين الملك والتملك، والذي يتمتع فيه صاحبه بمرتبة أعلى من مجرد حرية التملك، ولكنها أقل من حق الملك التام، وقد عبر البعض عن هذا المركز المتوسط، بمن جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، فهو يصبح بالخيار بين القبول والرفض، فإذا قبل أصبح مالكا بمحض إرادته⁴.

ثالثا- الرجوع عن العقد خيار: "الخيار اسم مصدر من اختيار يختار اختيارا وهو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه"⁵.

وفي المعنى الاصطلاحي هو: "حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه بظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي"⁶.

والأصل في الخيارات أنها تلحق العقود اللازمة كالبيع والإجارة⁷، وفقا لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه "البيع صفقة أو خيار"⁸.

ويضيف جانب آخر من الفقهاء، أن الخيار في أصله غرر، وقد جوزته السنة لحاجة الناس إليه، لأن البائع عادة ما يحجم عن إخبار المشتري بما اشتراه، فيحتاج أن يعلم إن كان يصلح له أم لا، فجعل له الخيار رفقا به⁹. والفقهاء الشافعي كذلك بنى رأيه على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم على "حديث الخيار"، واعتبر أن البيع يكون لازما في حق المتعاقدين، ولم يكن لهما رده إلا بخيار أو عيب، أو شرط يشترطه¹⁰، وفي هذا المعنى قال: المتبايعين في سلف إلى أجل، أو دين، أو عين، أو صرف، أو غيره، تبايعا وتراضيا، ولم يتفرقا عن مقامهما أو مجلسهما الذي تبايعا فيه فكّل واحد منهما فسخ البيع، وإنما يجب على كل واحد منهما البيع، حتى لا يكون له رده إلا بخيار أو شرط خيار..."¹¹.

¹ - القراني، الفروق، المرجع السابق، ج.03، ص.33.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص.185.

³ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص.28.

⁴ - القراني، الفروق، المرجع السابق، ج.03، ص.33.

⁵ - شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، دار العبيدكان، 1993، ج.03، ط.01، ص.383.

⁶ - الموسوعة لفقهاء الكويتية، المرجع السابق، ج.20، ص.41.

⁷ - الموسوعة لفقهاء الكويتية، المرجع السابق، ج.22، ص.146.

⁸ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.264.

⁹ - ابن رشد، المقدمات الممهدة، دار الغر الإسلامي، لبنان، 1988، ج.02، ط.01، ص.86.

¹⁰ - الشافعي، مسند الإمام الشافعي، بدون طبعة، دار المعرفة، لبنان، 1990، ج.03، ص.03.

¹¹ - الشافعي، مسند الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج.03، ص.04.

وتأسيسا على ما سبق، يرى بعض الفقه، أنّ الرجوع عن العقد يكون في مرحلة التملك رخصة أو خيارا ويبدو أنّ مصطلح الخيار أنسب؛ على اعتبار أن الرخصة مصطلح قانوني جديد، لم يستقر الفقه القانوني بشأنه أمّا الخيار فهو مصطلح معروف في الفقه الإسلامي، ويقصد به المركز القانوني الذي يخول صاحبه سلطة الاختيار بين بدائل محددة سلفا، فالوضع يكون قبل ممارسة الخيار غير مستقر، ويضل كذلك حتى يتدخل صاحب الخيار ويمارس خياره، فتتضح الصورة، ويستقر الأمر إمّا بملكية المشتري للمبيع بصفة نهائية، أو يرجع عن قراره، ويرجع المبيع للبائع¹.

فمن خلال ما تم بيانه بشأن الطبيعة القانونية للرجوع عن العقد، وفقا لما جاء به فقهاء الفقه الإسلامي يتضح أنهم لم يولوا أهمية كبيرة لهذه الطبيعة، فمنهم من اعتبره حقا، بالنظر للمفهوم الواسع للحق بالنسبة لهذا الفقه، ومنهم من أطلق عليه لفظ الخيار، ويبدو أن هذا الاعتبار الأخير يتوافق مع الرجوع عن عقد اللازم وبالأخص عقد البيع، بالنظر للدور الذي يلعبه الخيار، بالنسبة لهذا النوع من العقود، حيث ينزع عنهم صفة الزوم، ويجعل من العقد الذي لحقه عقدا غير لازما يمكن الرجوع عنه. أمّا بالنسبة للرجوع عن العقد غير لازم بطبيعته، فالأنسب أن يطلق عليه حق الرجوع، بدل خيار الرجوع، والدليل أنّ فقهاء الفقه الإسلامي لما استعملوا لفظ الخيار في مؤلفاتهم، أطلقوه دائما تحت عنوان "البيع"².

وعليه، يمكن اعتبار العدول عن العقد، أو الرجوع عن العقد "حقا"؛ لأن مصطلح "الحق"، مصطلح استقر عليه فقهاء الفقه الوضعي والشرعي، وهذا أفضل من اللجوء إلى مصطلحات أخرى ليست محل اتفاق الفقه، وإن كان هذا النوع من الحقوق لم يكتمل بنيانه بعد بالنظر لحدائته، خاصة وأن مصطلح "الحق" بمفهومه الكلاسيكي لم يتفق الفقه حول مدلوله، حيث اختلفت الاتجاهات الثلاثة في تعريفه، رغم اتفاقهم على عناصره والتي من أهمها عنصر الاستثثار³، الذي تشترك فيه كل الحقوق باعتباره جوهر الحق، وأن من شرع العدول لمصلحته يستأثر بحقه في العدول عن العقد.

وما يؤكد موقفنا هذا؛ من الطبيعة القانونية للعدول عن العقد، هو ما جاء به المشرع الجزائري في تعديله للقانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بالقانون رقم 08-09 حيث اعتبره "حقا" بنص

¹ - عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقد البيع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع بالتلفزيون بوجه خاص، المرجع السابق، ص.ص. 78-79.

² - للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 05، ص.ص. 263-264. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج. 03، ص. 253. وشمس الدين محمد بن أبي عباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج لشرح المنهاج، المرجع السابق، ج. 04، ص.ص. 04-05.

³ - الحق هو استثثار بمصلحة، ومعني أدق هو استثثار بشيء يمس الشخص وبهمه، ليس لصفته مستفيدا، ولكن بصفة هذا الشيء يخصه وحده. للتوسع أكثر يراجع: Dabin, le droit subjectif, 1952, p.56 نقلا عن نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص. 31.

صريح من خلال ما ورد بنص المادة 02/19 جاء فيها ما يلي: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب".

وما يدعم اعتبار كل من العدول عن العقد والرجوع عن العقد "حق"، أن بعض الفقه، يرى أن الحق ليس ميزة طبيعية يتصرف فيها الفرد بحسب مشيئته ورغبته، بل هو سلطة منحها الجماعة ليتمكن من القيام بواجبه فمن التناقض أن تفرض التشريعات على الفرد واجبا ما، ثم لا تمنحه سلطة تمكنه من القيام بهذا الواجب لأن في هذا تكليف بما يطاق¹.

المطلب الثاني: أساس العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

من بين العقود التي تظهر فيها سرعة وعجالة طرقي العقد، هي العقود التي تتم عن بعد، وخاصة تلك التي تبرم إلكترونيا؛ لأنه بمجرد الضغط على الزر يتم العقد، الأمر الذي يستدعي حماية الطرف الضعيف من تسرعه واندفاعه في إبرامه العقد بعجالة، سواء تم ذلك سهوا أم قصدا، الأمر الذي دفع بعض التشريعات إلى منح المستهلك فرصة العدول عن العقد بإرادته المنفردة خلال مهلة معينة، ولما كان العدول عن العقد تعدّ صارخ على القوة الملزمة للعقد، استدعت الضرورة بحث الأساس الذي يقوم عليه العدول، فالعقد الذي يلحقه العدول قد أبرم صحيح نافذ، مما يستدعي بحث الأساس الذي يمكن الاستناد عليه لتبرير للعدول عن العقد، وقد اعتمد بعض الفقه على فكرة الشرط كأساس للعدول عن العقد (الفرع الأول)، في حين اعتمد جانب آخر من الفقه على فكرة غياب رؤية المبيع كأساس للعدول عن العقد (الفرع الثاني)، وذهب جانب آخر من الفقه لاعتماد فكرة العقد غير النافذ والعقد غير اللازم كأساس للعدول عن العقد (الفرع الثالث).

فيما ذهب جانب آخر من الفقه فقد اعتمد على النص القانوني كأساس لعدول المستهلك عند العقد الذي أبرمه (الفرع الرابع). أمّا بالنسبة للفقه الإسلامي، فقد ذهب بعض الفقه للاعتماد على العقد غير اللازم كأساس الرجوع عن العقد، فيما اعتمد جانب آخر من الفقه على قاعدتي "الضرر يزال" و"لا ضرر ولا ضرار" (الفرع الخامس).

¹ - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1984، ط.03، ص.40.

الفرع الأول: فكرة الشرط¹ أساس العدول عن العقد

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار فكرة الشرط أساس العدول عن العقد لأجل ذلك، سيتم تحديد معنى فكرة الشرط (أولاً)، وتحديد طبيعة الشرط (ثانياً)، ثم بحث مشروعية الشرط وأدلة إثباته (ثالثاً)، وبعدها التوقيت المناسب لممارسته (رابعاً)، وفي الأخير بحث أي نوع من الشرط يصلح كأساس للعدول عن العقد (خامساً).

أولاً- معنى فكرة الشرط: قبل تحديد معنى الشرط، يجب الإشارة إلى أنّ الشرط يطلق أحياناً على ما يستلزمه القانون في واقعة لتخفيف أثر معيّن، مثل اشتراط التراضي في العقد ووجود محل الالتزام وإمكانية تعيينه وغيرها ويطلق على هذا النوع بمعنى الوصف، وهو عنصر من عناصر الحق ذاته، ولا يتصور قيام الحق بدونه².

وقد يأخذ الشرط صفة البند، وهو ما يعبر عن إرادة الأطراف، وبهذه الصفة هو جزء من العقد³، ويظهر في الحالات التالية: اتفاق الطرفان على تحمّل البائع نفقات العقد أو إلزام البائع بدفع مبلغ من المال في حال تأخره عن التسليم⁴.

كما يعني الشرط الوصف الذي يلحق الالتزام؛ وبالفرنسية يعني "condition" وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يرتبط به وجود الالتزام أو زواله، والشرط بهذا المعنى إمّا واقفاً أو فاسخاً⁵. ويبدو أنّه النوع الذي اعتمد عليه الفقه كأساس للعدول عن العقد، وقد أورد له عدّة تعريفات نذكر منها ما يلي:

عرفه ابن عابدين كما يلي: "إن خيار الشرط مركب إضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ"⁶.

وعرفه بعض الفقه الحديث كما يلي: "خيار الشرط هو حق يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو كليهما يخول مشروطه فسخ العقد في مدة معلومة". ثم أضاف قائلاً: إن أبسط صورة لتعريف خيار الشرط هي: "خيار الشرط هو التحفظ الذي يبيده أحد المتعاقدين أو كلاهما عند العقد بحيث يكون لصاحب الحق في فسخ العقد أو إجازته خلال مدة معينة، وفي خلال تلك المدة إذا فسخ العقد صراحة أو بما يعتبر فسخاً، أو يسقط الخيار بمانع

¹ - شرط: الشَّرْطُ: مَعْرُوفٌ، وَكَذَلِكَ الشَّرْيطَةُ، وَالْجَمْعُ شُرُوطٌ وَشَرَائِطٌ. وَالشَّرْطُ: إِلْزَامُ الشَّيْءِ وَالتَّزَامُهُ فِي الْبَيْعِ وَتَحْوِيهِ، وَالْجَمْعُ شُرُوطٌ. وَفِي الْحَدِيثِ: لَا يَجُوزُ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ. يَرِاجِعُ: لِسَانُ الْعَرَبِ، ج. 07، ص. 329. أمّا عن مشروعيته فهو جديد على العرب بدليل حديث أهل حبان ابن منقذ، إذ سألوا النبي صلى الله عليه وسلم الحجر على صاحبهم لما علموا ما به من ضعف وكثرة غبنه في المبيعات ولم يأمرهم بصاحبهم باشتراط الخيار لنفسه من أجل النظر والتروي ما يفيد أن العرب لم يعرفوا هذا الخيار من قبل. للتوسع أكثر يراجع: عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق ص. 45 وما بعدها، ويعرف الشرط في المذهب المالكي بخيار التروي، وذلك لإتاحة الفرصة للعقاد لإعمال الروية أي التأمل والتفكير الهادئ. للتوسع أكثر يراجع: محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي المرجع السابق، ص. 54، الهامش رقم 02.

² - السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام الأوصاف، الحوالة، الانقضاء)، بدون طبعة، دار إحياء التراث، لبنان، ج. 03 ص. 34-35.

³ - جميل شرقاوي، أحكام الالتزام، ج. 02، ص. 164.

⁴ - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 18.

⁵ - المرجع نفسه، ص. 17.

⁶ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج. 04، ص. 567.

من موانع استمراره اعتبر العقد كأن لم يكن، وإن أمضى العقد أو لم يستعمل حقه في فسخه حتى مضت المدة أو وجد مسقط للخيار قبل مضيها زال حق الخيار وصار العقد باتاً لازماً¹.

كما عرفه جانب آخر من الفقه كما يلي: "هو خيار يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما، يكون بموجبه لأحد المتعاقدين أو كلاهما أو لغيرهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه خلال مدة معلومة"². هو الخيار الذي يباشره المتعاقد بنفسه دون التوقف على القضاء شأنه شأن خيار الرؤية لا يحتاج لتقدير خاص، وهو من الخيارات التي وردت بها نصوص خاصة كخيار الرؤية³، هو ذا مصدر اتفاقي يمنح للمتعاقدين أو لأحدهما حق إمضاء العقد أو فسخه خلال مدة معين⁴. فقد يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما وبموجبه يكون لمن له الخيار أو لكلاهما الحق في نقض العقد في خلال مدة معينة، فإن لم ينتقضه لزم⁵، فالعقد الموصوف بخيار الشرط غير لازم بالنسبة لمن له الخيار.

ثانياً- تحديد طبيعة فكرة الشرط: يعد الشرط من الخيارات المرتبطة بإرادة المتعاقد وفق ما يعرف "بالخيارات الإرادية" إلا أن هذه الطبيعة الإرادية للشرط لا تتجاوز مرحلة قيامه، في حين يبقى أصله ومشروعيته خاضع للنصوص الشرعية شأنه شأن باقي الخيارات⁶.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن خيار الشرط يصح اشتراطه لأي المتعاقدين أو كلاهما⁷ معتمدين في ذلك على ما ورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لمنقذ ابن حبان "إذا بايعت" التي تفيد معنى البائع والمشتري⁸.

وهو المعنى الذي جاء به جانب آخر من الفقه، بقوله أنّ ما يميز خيار الشرط إمكانية أن يشترط كل واحد من العاقدين لنفسه أو أي أحد من العاقدين لغيره، أو أن يشترطه أحدهما لنفسه دون الآخر حسب ما جاءت به المذاهب الأربعة السابق ذكرها الحنفي والمالكي والحنبلي والشافعي⁹.

¹ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.196.

² - أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.528.

³ - أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.527.

⁴ - محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي والنظريات العامة، المرجع السابق، ص.195.

⁵ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.45. ومحمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ص.54.

⁶ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.213.

⁷ - ابن همام، فتح القدير، دار الفكر، ج.06، بدون سنة، دون طبعة، ص.301. والسرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، 1993، ج.13 ص.42. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.03، ص.228. والشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.03، ص.05.

⁸ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.302.

⁹ - أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.530.

والمعنى نفسه، جاء به جانب آخر من الفقه الحديث، حيث يرى بأن مصدر خيار الشرط فهو العقد نفسه أو اتفاق لاحق، كما يشترط تعيين من يملك حق خيار الشرط¹. وبهذا فإن خيار الشرط يفيد أن المستهلك أو الممتلك يملك أحقية وضع مهلة كافية تسمح له بمعاينة الشيء موضوع التعاقد حتى يتبين محاسنه ومساوئه².
وتجب الإشارة، إلى أنه باستعمال حق خيار الشرط يفسخ العقد ولا يشترط فيه حكم القاضي أو رضا الطرف الآخر³.

ثالثاً- موقف الفقه من فكرة الشرط وأدلة إثباته: أجمع جمهور الفقهاء⁴ على مشروعية خيار الشرط في العقد معتمدين في ذلك على القرآن الكريم والسنة النبوية. فمن القرآن الكريم قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁵.

ومن السنة النبوية، فقد استدلل الفقه بحديث حبان ابن منقذ الذي ورد بشأن أبيه منقذ ابن عمرو⁶ جاء فيه أن رجلاً ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَافَةَ"⁷، وعن بن خالد بن يزيد الراسبي، نا أبو ميسرة أحمد بن عبد الله بن ميسرة، نا أبو علقمة الفري، نا نافع، عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الْحَيَاةُ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٌ"⁸. والمعنى نفسه ورد برواية أخرى أخبر فيها أبو بكر محمد بن أحمد بن الحارث الأصبهاني، نا أبو الشيخ الأصبهاني، نا إسحاق بن أحمد، نا أبو كريب، نا يونس بن بكير نا محمد بن إسحاق، حدثني نافع، عن ابن عمر، قال: سمعت رجلاً من الأنصار وكانت بلسانه لوثة يشكو إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيع، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَافَةَ ثُمَّ أَنْتَ بِالْحَيَاةِ فِي كُلِّ سَلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ، فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْذُدْ"⁹.

وإن كان بعض الفقه استبعد الإشارة لخيار الشرط من خلال هذا الحديث، واعتبره نصيحة للمتعاقد كي يأخذ حذره مع من يتعامل معهم حتى لا يخدع¹⁰.

¹ - محمد حسنين، نظرية بطلان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.56.

² - محمد حبيب التحكاني، المرجع السابق، ص.20.

³ - محمد حسنين، نظرية بطلان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.60.

⁴ - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج.09، ص.222. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.03، ص.482. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية

المقتصد، المرجع السابق، ج.03، ص.225. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.263-264.

⁵ - سورة المائدة، الآية الأولى.

⁶ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.299. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.03، ص.226.

⁷ - سبق تخريجه، ص.31.

⁸ - رواه الدارقطني في السنن، الكتاب: البيوع، الباب: الخيار، رقم الحديث: 3012، ص.11.

⁹ - رواه البيهقي في السنن، الكتاب: السنن الكبرى، الباب: الدليل على أن لا يجوز خيار الشرط في...، رقم الحديث: 10459، ص.499.

¹⁰ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.199.

رابعاً- تأقيت خيار الشرط: اتفق جمهور الفقهاء على تقييد مدة الخيار بمدة زمنية محددة، إذ لا يصح اشتراط خيار غير محدد تحديداً دقيقاً، وذلك حتى لا يكون الخيار سبباً من أسباب الجهالة الفاحشة للنزاع والشقاق وهو ما يتنافى مع أحكام الشريعة¹. ولكن موطن الاختلاف بين الفقه تعلق بطول وقصر المدة المحددة لاستعمال الخيار، وبذلك انقسم الفقه إلى اتجاهين برأيين مختلفين، الاتجاه الأول جاء بأدنى مدة للشرط (01)، فيما ذهب الاتجاه الثاني بأقصى مدة للشرط (02).

01- الحد الأدنى لفكرة الشرط: يرى أنصار هذا الرأي أن الحد الأدنى لا تأقيت له وليس له حد لا يمكن أن يقل عنه، فيجوز مهما قل، لأن جواز الأكثر يدل على جواز الأقل، كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدر الخيار ثلاثة أيام، وهذا تقدير شرعي، والتقدير الشرعي يمنع الزيادة والنقصان أو يمنع أحدهما فقط، وهذا التقدير لا يمنع النقصان، فاشتراط الخيار بأقل من ثلاثة أيام يجوز، ويمنع الزيادة، ولو لم تمنع الزيادة لانعدمت أهمية هذا التقدير²، ويدعم هذا الرأي جانب آخر من الفقه، إذ يرى أن هذا لا يمكن قبوله من الناحية العملية³. وقد استبعد بعض الفقه تقدير مدة الحد الأدنى فقال: "أقل مدة الخيار ليس بمقدار"⁴.

02- الحد الأقصى لمدة لفكرة الشرط: اختلف الفقه بشأن هذه المدة اختلافاً واسعاً بين من نسب الأجل للتفويض المطلق للمتعاقدين (أ)، وبين ربط الأجل بما هو مألوف بين المتعاقدين (ب)، وبين من حدد مدة الشرط بثلاثة أيام (ج).

أ- التفويض المطلق للمتعاقدين: يرى أنصار هذا الرأي ضرورة إعطاء طريقي العقد امكانية الاتفاق على مدة خيار الشرط كيف ما اتفقا عليه جاز ما لم يؤدي إلى ضرر⁵، إلا أن البعض منهم ذهب لتقييد مدة الخيار حتى لا تتنافى مع الهدف المقصود من العقد، كاشتراط مدة خيار أطول تفوق المؤلف "كألف أو مائة سنة"⁶. فأنصار هذا الرأي يرون بإمكانية تجاوز ما ورد في النصوص المتعلقة بخيار الشرط، على اعتبار أن هذا الخيار هو حق للمتعاقد يجب أن يخضع لتقديره⁷.

¹ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.199، ص.219.

² - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.41.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.220.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.213.

⁵ - عبد الكريم بن محمد الاحم، المطلاع على دقائق المستنقع (فقه المعاملات)، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، 2008، ج.01، ص.408. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.41. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.03، ص.498.

⁶ - السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ج.03، ص.89.

⁷ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.221.

ويعتبر اتجاه آخر من الفقه¹ من أنصار هذا الرأي، أن أساس خيار الشرط شرع للحاجة والتروي، ورفع الغبن، وقد تتطلب الحاجة أكثر من ثلاث أيام مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ"².

وأضاف جانب آخر، أن خيار الشرط محدود بزمن العقد، وإن كان لا بد من تحديده، فالحال يختلف من سلعة لأخرى، وينقص ويزيد بحسب الحاجة للتروي، شريطة أن لا تكون مدة الخيار مجهولة، وإن لم يتم تعيين مدة العقد، فالعقد صحيح ويحمل الخيار بحسب نوع السلعة، وإذا زاد على أمدها فسد العقد³ ويوضح جانب من الفقه ما سبق بيانه⁴، إذ يرى بجواز خيار الشرط لأي مدة معلومة قلت أو زادت عن ثلاث ليالي، بناء على ورد بحديث منقذ بن حبان "ولك بالخيار ثلاثة أيام"، وأضاف أن الخيار الشرط مدة ملحقة بالعقد؛ فيمنح لطرفي العقد حق تقديره كالأجل. ويضيف رأي آخر، أن خيار الشرط لا يصح لمدة مجهولة⁵، وفي المعنى نفسه أضاف رأي آخر⁶ أن خيار الشرط هو أن يشترط في العقد أو بعده، ولأنه بمنزلة حال العقد فمدته يجب أن تكون معلومة وإن طالت موافقا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ"⁷.

ب- التفويض للمتعاقدین في حدود المألوف: فيما ذهب جانب آخر من الفقه، لاشتراط ضرورة تحديد مدة خيار الشرط حسب الحاجة مقارنة بنوعية المبيع، وبهذا يملك المتعاقد تعيين المدة التي يشاء شريطة أن لا يتجاوز الحد المعتاد في كل نوع⁸، وقد تم تحديد مدة خيار الشرط في كل أنواع البيوع كما يلي⁹:

بالنسبة للعقار فقد حدد له أنصار هذا الرأي، شهر وستة أيام، ضف لذلك يومان يلحقان بمدة الخيار للتمكن من رد المبيع احتياطا من لزوم العقد في حق المشتري؛ إذا انتهت المدة اللازمة لذلك، أما بالنسبة لبيع الرق فقد حددت مدة خيار الشرط بأسبوع وألحق به ثلاثة أيام، مع إضافة يومان لتمكين المشتري من رد المبيع تجنباً للزوم العقد في حقه. أما بالنسبة للدواب فتختلف المدة حسب المقصود من الخيار، فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسيورها فهي ثلاثة أيام مع إضافة يومين لتمكين المشتري من رد المبيع تجنباً للزوم العقد في حقه. وإن كان خيار الشرط للاختبار الدابة في البلد نفسه، فالمدة هي يوم واحد ومثله.

¹ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.301.

² - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، رقم الحديث: 3594، ص.ص.644-645.

³ - ابن شاش، عقد الجواهر، المرجع السابق، ج.02، ص.ص.691-692.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.03، ص.483.

⁵ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.03، ص.202.

⁶ - السيوطي، مطالب النهي في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ج.03، ص.ص.88-89.

⁷ - سبق تخرجه.

⁸ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.03، ص.226. ابن شاش، عقد الجواهر، تحقيق: حميد بن محمد لحر، على التمهينة في

مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003، ج.02، ص.ص.691-692.

⁹ - ابن شاش، عقد الجواهر، المرجع السابق، ص.ص.691-693.

وإن كان الاختيار خارج البلد فالمدة "بريد" حسب رأي أبو القاسم، و"بريدان" عند أشهب، (والبريد هو مدة سير نصف يوم بالسير المعتاد)¹.

أما بالنسبة لبقية الأشياء، المتمثلة في النبات، العروض، المثليات، فأقصى مدة لخيار الشرط فيها ثلاثة أيام مع إضافة يوم لتمكين المشتري من رد المبيع، وتوقي لزوم العقد في حقه². أما بالنسبة للحضر والفواكه وبالرغم من دخولها قائمة المثليات، إلا أن بعض الفقه أورد لها مدة خيار خاصة تسمح بالمحافظة على طبيعتها الأصلية دون تغيير، وهي يوم واحد³. أما جانب آخر من الفقه، فرأى أن الخيار بشأن الفاكهة يقدر بحسب الحاجة⁴.

ترتبا لما سبق ذكره بشأن مدة خيار الشرط، فإن ما يبدو حسب رأي بعض الفقه أنها تخضع للعرف، ولا يوجد بشأنها نص خاص⁵.

ج- تحديد مدة الشرط بثلاثة أيام: قام جانب من الفقه⁶ بتحديد المدة الخيار بثلاثة أيام، حيث حدد مدة خيار الشرط بثلاثة أيام مهما كان نوع الشيء محل العقد⁷. معتمدين في ذلك على حديث منقذ ابن حبان وكذلك حديث إبان ابن أبي عياش عن أنس "أن رجلا اشتري من رجلا بعيرا اشترط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال: "الخيارُ ثلاثة أيام"⁸. إلى جانب ما روي عن عمر رضي الله عنه "ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان". وقد ذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك أين سمى خيار الشرط بخيار الثلاث⁹.

خامسا- الشرط المناسب كأساس للعدول عن العقد: باعتبار الشرط هو الوصف الذي يلحق الالتزام فهو إما واقفا يترتب على تحققه قيام الالتزام وإما فاسخا يزول الالتزام بتحقيقه¹⁰، وقد انقسم الفقه بين من اعتبر الشرط الواقف أساسا للعدول عن العقد (01) في حين رأى اتجاه آخر من الفقه أن الشرط الفاسخ هو أساس للعدول عن العقد (02)، فيما رأى جانب آخر من الفقه أن شرط التجربة هو أساس العدول عن العقد (03).

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.03، بدون طبعة، ص.ص.92-93.

² - المرجع نفسه، ص.95.

³ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.301.

⁴ - ابن شاش، عقد الجواهر، المرجع السابق، ص.693.

⁵ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.223.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.264. والمارودي، الإقناع في فقه الشافعي، المرجع السابق، ج.03، ص.91.

⁷ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.266. وابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج.06، ص.03. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.04، ص.568. وابن همام، الفتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.299.

⁸ - سبق ترجمته، ص.166.

⁹ - المارودي، الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، المرجع السابق، ج.05، ص.47.

¹⁰ - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.17.

01- الشرط الواقف¹ أساس العدول عن العقد: يرى أنصار الاتجاه، أن العدول عن العقد يقوم على أساس الشرط الواقف، ولكنه معلق على استعمال المستهلك لخياري في العدول عن العقد خلال المدة المقررة لذلك، وهي الحالة التي لا ينتج فيها العقد آثاره إلا عند تحقق الشرط، فنتج آثار العقد من تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ تحقق الشرط². ويرى جانب آخر من الفقه³ أن الشرط⁴ مانع يمنع الحكم ابتداء بعد انعقاد العلة وهو يمنع خروج المبيع عن ملكه⁵، كما أن صاحب الحق لا يمكنه التصرف بالشيء محل الحق، وبالتالي فآثار العقد لا تتحقق إلا بعد تحقق الشرط، لكن من تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ قبول الشرط⁶، وبهذا فلا يتحمل تبعه الهلاك⁷.

وتأسيسا على ما سبق، لا يمكن اعتبار الشرط الواقف أساسا للعدول عن العقد للأسباب التالية:

لأنه لا يمنع تنفيذ التزامات المتعاقدين⁸، يبدو أن أصحاب هذا الرأي يخلطون بين مهلة التفكير، والعدول عن العقد.

فيما رأى جانب آخر من الفقه، أن الأصل في الشرط أنه اتفاقي المصدر، في حين العدول عن العقد هو ذا مصدر قانوني، إلى جانب هذا، فإن طبيعة العقد الذي يرد عليه العدول هو عقد صحيح نافذ، أما العقد الذي يلحقه الشرط فهو عقد صحيح غير نافذ في حق الطرفين⁹.

وما تجب الإشارة إليه، أن الشرط هو من الأوصاف المعدلة للالتزام حسب ما بينه التشريع الجزائري في القانون المدني في الباب الثالث من الكتاب الثاني تحت عنوان الأوصاف المعدلة للالتزام؛ وهو أمر خارج عن العقد، بينما العدول عن العقد فيتعلق بعنصر الرضا وهو أمر داخل في العقد.

¹ - عرف التشريع الجزائري الشرط الواقف بنص المادة 205 كما يلي: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".

² - مصطفى محمد الجمال، السعي للتعاقد، المرجع السابق، ص. 221.

³ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 04، ص. 142.

⁴ - للإشارة، فإن بعض الفقه يرى أن خيار الشرط يقابل الشرط الواقف وفقا لما جاء في الفقه القانوني. للتوسع أكثر يراجع: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 04، ص. 200.

⁵ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج. 06، ص. 298. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 04، ص. 139.

وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج. 03، ص. 827.

⁶ - عبد المجيد حكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، بغداد، بدون سنة الطبع، ج. 02، ص. 167.

⁷ - المرجع نفسه، ص. 166.

⁸ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي لحقوق المستهلك، مجلة كلية القانون القطرية العالمية، العدد 04، السنة 06، الكويت، 2018، ص. 212.

⁹ - حسب ما ورد بنص المادة 206 من التشريع الجزائري: "إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري، ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن...".

02- الشرط الفاسخ أساس العدول عن العقد: كوّن العقد معلقا على شرطا فاسخا يفيد أن العقد ينتج آثاره من تاريخ إبرام العقد، إلا أن قيام المستهلك بالعدول عن العقد خلال المهلة المحددة لذلك، يجعل من العقد وكأنه لم يكن وتزول آثاره بأثر رجعي¹.

فوجود الشرط الفاسخ يكون العقد نافذ غير لازم، ورغم ذلك لا يعتد به كأساس للعدول عن العقد على اعتبار أنّ الشرط أمر خارجي عن العقد يرتبط بأطرافه إن الحق المعلق على شرط فاسخ، موجود ولكنه مهدد بالزوال²، في حين العدول أمر داخلي في العقد يرتبط بالتراضي بصفته مهم في العقد، خاصة وأن الشرط بهذه الحالة هو وصف يلحق العقد فقط، كما أن اعتبار الشرط الفاسخ أساس للعدول عن العقد يتعارض مع نية الأطراف في الحالة التي لم يقصدوا فيها تأجيل تنفيذ العقد حتى انقضاء مهلة العدول³. - وإن كان حتى هذا الرأي لا يستقيم كأساس للعدول عن العقد لأن مهلته لا توقف تنفيذ العقد-

وبالنظر لما ورد بالمادة 116: "الخيار كون أحد العاقدين مخيرا" من مجلة الأحكام العدلية يتضح عدم مناسبة أي من فكرة الشرط الواقف والشرط الفاسخ كأساس للعدول عن العقد، ويضيف بعض الفقه، أنّه إذا كان البائع مخيرا بخيار الشرط مثلا، فيكون له وحده صلاحية نفاذ البيع أو فسخه دون موافقة المشتري، والحال نفسه إذا كان المشتري هو المخير⁴.

وبالرغم من أنّ فكرة الشرط شُرعت لحاجة المتعاقدين، لخشية أحد المتعاقدين الانخداع بسبب عدم خبرته بحال السوق، أو إذا لم يكن ذا علم تام بالشيء محل العقد⁵، إلا أنه لا يصلح أساس للعدول عن العقد، لأن العدول مقرّر بنص قانوني لصالح المستهلك وحده، أمّا الشرط فهو اتفاقي ووصف خارجي عن العقد. فمن خلال بحث فكرة الشرط الواقف، والشرط الفاسخ كأساس للعدول عن العقد، اتضح أنّ فقهاء الفقه الإسلامي لم يعرفوا فكرة الشرط المعنى الذي جاء به الفقه الغري، وإنما جاؤوا بما يعرف بـ"خيار الشرط" موافقا للشرط الواقف في الفقه الغري، و"خيار العيب" موافقا للشرط الفاسخ في الفقه الغري حسب رأي بعض الفقه⁶.

03- شرط التجربة كأساس للعدول عن العقد: اعتبر بعض الفقه أنّ العدول عن العقد في حقيقته هو شرط تجربة، فإذا كان المشتري يستطيع أن يرجع عن البيع بعد تجربته في حال اشتراط ذلك، شريطة أن لا يجد المبيع على

¹ - حسب ما ورد بنص المادة 207 من التقنين المدني الجزائري: "يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر...".

² - عبد المجيد حكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.167.

³ - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونيا عن بعد، المرجع السابق، ص.350.

⁴ - أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.525.

⁵ - أحمد موابي الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، 1998، ط.01. ص.969.

⁶ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.201.

حسب اشتراطه، وأن لا يخالف المبيع وما أعد له، والحال نفسه بالنسبة للعدول عن العقد ولا فرق بينها سوى شرط التجربة اتفاقي¹، والعدول عن العقد يثبت بالنص القانوني²، حسب ما ورد بنص المادة 355 من القانون المدني: "في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة..."³. ويرى بعض الفقه⁴ أنّ فكرة تجربة المبيع تعطي تفسيراً منطقياً ومقبولاً لمهلة التروي في عقود الاستهلاك ولكنها لا تتوافق مع النص القانوني، لأن العقد الاستهلاكي يعتبر منعقداً من لحظة ارتباط الإيجاب بالقبول، ثم أن بعض النصوص القانونية التي تناولت العدول عن العقد عبرت عن ذلك بفسخ العقد من طرف المستهلك والفسخ والنقض لا يردا إلا على عقد قائم.

وبالرغم مما سبق، إلا أنّ هذا الرأي لم يسلم من النقد على أساس أنّ مدة التروي والتفكير الممنوحة للمستهلك ليس الغرض منها التأكد من ملائمة المبيع للاستعمال المخصص له مثل ما هو الحال بالنسبة للمبيع المعلق على أساس التجربة، وإتّماً الهدف من مهلة التروي هي اكتمال رضا المستهلك⁵.

وبناء على ما تم بيانه، يتضح أنّ أنصار هذا الرأي قد أخطوا بين مهلة التروي والتفكير التي تمنح للمستهلك قبل إبرام العقد، وحق العدول عن العقد الذي اتضحت الطبيعة القانونية للعقد الذي يرد عليه بأنّه عقداً تاماً صحيحاً قد يكون نفذ أم لا.

ويضيف اتجاه آخر من الفقه⁶، أنّ استبعاد شرط التجربة كأساس للعدول عن العقد يرجع لسببين هما: أن مهلة العدول لا يقصد من وراءها التحقق من صلاحية المبيع الشيء للاستعمال المخصص له، مثل ما هو الحال في اشتراط تجربة المبيع، وإتّماً الهدف منها الاستثاق من رضا من شرع العدول لمصلحته. كما أنّ العدول يخضع لإرادة ومشيئة من شرع لمصلحته، ولا يحتاج لأيّ تسبب أو رقابة قضائية، بخلاف البيع بشرط التجربة فهو يخضع لرقابة القاضي.

وتدعيماً لما سبق بيانه، فإن الأصل في شرط التجربة - يسمّيه البعض البيع بشرط التجربة - يرتبط بعقد البيع فقط، أمّا حق العدول فيشمل عقود توريد الخدمات إلى جانب عقود البيع الذي يتم عن بعد، والعقود التي تتم خارج المؤسسة.

¹ - وإن كانت أغلب تشريعات الاستهلاك قد نصت على إمكانية كل مشتري من تجربة محل العقد بنص القانون وعلى سبيل المثال فقد نص التشريع الجزائري في قانون حماية المستهلك على ذلك بنص المادة 15 جاء نصها كما يلي: "يستفيد كل مقنن لأي منتج مذكور في المادة 13 من هذا القانون، من حق تجربة المنتج".

² - يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص. 269.

³ - تقابلها نص المادة 524 من القانون العراقي جاء فيها: "ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف وهو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق والظروف أن المبيع معلق على شرط فاسخ".

⁴ - مصطفى محمد الجمال، السعي للتعاقد، المرجع السابق، ص. 233.

⁵ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 774.

⁶ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص. 140-141.

وإضافة لما سبق ذكره، وبالرغم من أنّ أغلب تشريعات الاستهلاك نصت على إمكانية كل مشتري من تجربة محل العقد بنص القانون ودون التوقف على إرادة الأطراف، وعلى سبيل المثال ما جاء به التشريع الجزائري في قانون حماية المستهلك بنص المادة 15 جاء نصها كما يلي: "يستفيد كل مقنن لأي منتج مذكور في المادة 13 من هذا القانون، من حق تجربة المنتج". فإنه لا يمكن اعتبار شرط التجربة أساس العدول عن العقد بالنظر للقصد المنتظر من وراء كل منهما، فشرط التجربة لا يمكن لاستفادة منه إلا إذا لم يتوافق المبيع مع ما يريده المشتري، في حين أن العدول عن العقد يستفيد منه المستهلك دون تقديم أي تبرير لذلك أو وجود أي عيب أو خلل بالمبيع إضافة لذلك، فإن شرط التجربة لا يخص سوى المشتري في ظل القواعد العامة والمقتني وفقا لقوانين الاستهلاك أما العدول فهو يشمل مجموعة من العقود يأخذ فيها أحد الطرفين صفة المستهلك، كما أنّ شرط تجربة المنتج يتعلق بالشيء محل العقد، أما العدول عن العقد فيتعلق بعنصر الرضا في العقد.

وتدعيما لما سبق ذكره، فإن بعض الفقه يرى أن هلاك أو تعيب المبيع في فترة تجربة المنتج يقع على البائع لاستحالة تحقق الشرط¹.

وتحصيلا لما تم ذكره بشأن فكرة الشرط بأنواعه كأساس للعدول عن العقد، يتضح عدم صلاحيته كأساس للعدول عن العقد، بالنظر لما تم بيانه فيما يخص حق العدول عن العقد.

الفرع الثاني: فكرة غياب الرؤية أساس العدول عن العقد

تقوم هذه الفكرة على خيارات الجهالة، منها خيار الرؤية² وهو من خيارات الجهالة الذي يمكن الاعتماد عليه كأساس للعدول عن العقد، ولأجل ذلك يجب معرفة خيار الرؤية (أولا) وباعتبار خيار الرؤية جاءت به الشريعة الإسلامية يجب بحث مشروعية خيار الرؤية وموقف الفقه منه (ثانيا)، وفي الأخير يتم بحث المجال الشخصي والزماني لخيار الرؤية (ثالثا).

أولا- تعريف خيار الرؤية: عرفه بعض الفقه كما يلي: "هو الخيار الذي يصبح معه العقد غير لازما بسبب اختلال رضا المتعاقد الناتج عن عدم رؤية الشيء محل العقد"³.

وعرف أيضا كما يلي: "هو أن يشتري شيئا لم يره فللمشتري الخيار إذا رآه، وهو غير مؤقت"⁴.

ينبثق خيار الرؤية عن فكرة الاعتداد بالغلط حتى مع كشف العاقد عن إرادته، حيث يعتقد المتعاقد قبل الرؤية أن الشيء محل العقد يناسب مطلبه، وبرؤيته يتضح له العكس، وأنه وقع في غلط، فأساس خيار الرؤية هو غلط

¹ - جلال العدوي، أصول المعاملات، المرجع السابق، ص.352.

² - وما تجب الإشارة إليه، أن بعض الفقه يرى أن خيار الرؤية يمثل مرحلة وسطى بين الشرط الواقف، والشرط الفاسخ لا يعرفها الفقه القانوني الغربي - والدليل عدم نص التشريعات الغربية والعربية التي تأثرت بها في تشريعها على خيار الرؤية. للتوسع أكثر يراجع: السهنوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.201.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.494.

⁴ - محمد عميم الإحسان المجددي البركني، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.90.

المشتري في شيء لم يسبق له رؤيته¹. وهو لا يرتبط بإرادة المتعاقد، بل بأمر الشرع إذ وجوده يرتبط بوجود أسبابه وليس إرادة أطرافه².

أما عن شروط خيار الرؤية فتتمثل فيما يلي:

- أن يكون المبيع مّا يتعين بالتعيين، لأن الفسخ يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يُملك بالعقد وإنما يملك بالقبض، كما أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية³.

- أن تكون العين التي بيعت لم يراها المشتري عند البيع⁴.

ثانياً- موقف الفقه من خيار الرؤية: اختلف الفقه بشأن مشروعية خيار الرؤية، بين من يقر بخيار الرؤية (01) وبين من لا ينكر خيار الرؤية مطلقاً (02)، فيما ذهب جانباً آخر من الفقه لربطه بحالة المبيع إذا كانت موصوفة أم لا (03)

01- موقف الفقه الذي يقر بخيار الرؤية: انقسم الفقه الذي يقر بخيار الرؤية إلى رأيين، رأي يقر بخيار الرؤية بشكل صريح (أ)، ورأي يقر بخيار الرؤية بشكل غير مباشر (ب)

أ- الرأي الذي يقر بخيار الرؤية بشكل صريح: يرى بعض الفقه أنّ هذا الاتجاه الفقهي هو الاتجاه الأكثر وضوحاً بشأن خيار الرؤية⁵، لأنه يثبت بحكم الشرع دون حاجة لشروط خاص يدرج في العقد⁶.

وإلى جانب الفقه الحنفي الذي جاء رأيه صريحاً بشأن خيار الرؤية، اقترب الفقه الشافعي في رأيه القديم منه وأجاز صحة بيع خيار الرؤية، قائلاً: لا بأس ببيع الطعام كله جزافاً ما يكال منه وما يعدّ، إلا أنه إذا كان في إناء لا يرى، فله الخيار إذا رآه⁷، وهو الرأي الذي جاء به الحسن والشعبي، والنخعي والأوزاعي لما روي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ"⁸.

ب- الرأي الذي يقر بخيار الرؤية بطريقة غير مباشرة: تتم ذلك عن طريق الاشتراط في العقد، ويتمثل في الفقه المالكي، إذ يرون أنّ خيار الرؤية لا يثبت بالشرع، ويجب أنّ يشترطه المشتري في العقد البيع ما لم يرى المبيع حتى يصح عقده⁹. وفي المعنى ذاته يضيف جانب من الفقه، أنّ المبيعات نوعين، مبيع حاضر مرئي؛ هذا متفق بشأنه ومبيع غائب أو متعذر رؤيته اختلف الفقه بشأنه، وقد رأى مالك وأكثر أهل المدينة أنه يجوز بيع الغائب على

¹ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.97. والسنهوري، الوسيط في شرح نظرية الالتزام، ج.03، ص.118.

² - محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي والنظريات العامة، المرجع السابق، ص.195.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.292.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.292.

⁵ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.159.

⁶ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.71. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.292.

⁷ - الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.03، ص.75.

⁸ - سبق تخريجه، ص.57.

⁹ - ابن رشد، المقدمات، المرجع السابق، ج.02، ص.76-77.

الصفة إذا كانت بعيدة جدًا؛ مما يميزها عن غيرها، وليس للمشتري خيار الرؤية، بل له خيار الوصف، وإذا لم يرى المشتري العين المبيعة ولم توصف له لا يتم البيع¹، إلا إذا اشترط المشتري خيار الرؤية²، وبهذا فخيار الرؤية خيار إرادي محض يجب اشتراطه تصحيحاً للعقد، وبهذا فالمالكية لا يتصورون خيار الرؤية إلا في عقد البيع وفق ما يعرف بخيار الوصف³.

ويضيف جانب آخر من الفقه أنّ خيار الرؤية غير معروف في المذهب المالكي، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف، أو في حالة العين البعيدة جدًا ولو وصفت، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط⁴، وإلا دخل البيع تحت طائفة بيع الغرر⁵.

وما تجب الإشارة إليه أن الفقه المالكي لم يرد في مؤلفاته عنوان خاص "بخيار الرؤية" بل أورده تحت عناوين مختلفة، مثل فصل بيع السلع الغائبة⁶، وبيع الغرر⁷، وهذا ما جعل بعض الفقه يرى أنّ المالكية لا يعرفون خيار الرؤية، وما دام المشتري لم يرى المبيع فعليه أنّ يشترط خيار الرؤية حتى يثبت له ذلك⁸.

فيما يرى جانب آخر من الفقه، وهو محق في ذلك. أنّ هذا التفريق بين كون العين مطابقة وغير مطابقة للوصف لا أساس له، ولا يقوم على أي معيار، لذلك يجب ثبوت خيار الرؤية بشكل مطلق، ودون حاجة لاشتراط ذلك في مطابقة العين الموصوفة للوصف المتفق عليه⁹.

ودليل أنصار خيار الرؤية، قوله تعالى: "...وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ"¹⁰، حيث وردت الآية على إطلاقها العين الحاضرة والغائبة معاً، ومن السنة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَهُ"¹¹.

¹ - ويشترط في البيع على الصفة خمس شروط هي كالتالي: ألا تكون العين المبيعة بعيدة جداً كالأندلس وإفريقيا، وأن لا يكون قريباً كالحاضر في البلد وأن يصفه غير البائع، وأن يحصر الأوصاف المقصودة، وأن لا يتقدم ثمنه شرط إلا في مأمون العقار، ويجوز النقد من غير شرط، ثم وإن خرج المبيع على حسب الصفة. والرؤية لزم البيع، وإن خرج على خلاف ذلك فللمشتري الخيار على ذلك. للتوسع أكثر يراجع: ابن جزري الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص.170.

² - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.03، ص.174.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.504-505. والسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.04 ص.ص.120-121.

⁴ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.167.

⁵ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.03، ص.145.

⁶ - ابن رشد، المقدمات، المرجع السابق، ج.02، ص.76.

⁷ - محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة، لبنان، ج.05، ص.69.

⁸ - محمد حسنين، نظرية البطالان في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص.69. والسنهوري، الوسيط في شرح الالتزامات، ج.04، ص.ص.120-121.

⁹ - رياحي أحمد وعمارى إبراهيم، مشروعية خيار الرؤية، المرجع السابق، ص.109.

¹⁰ - سورة البقرة، الآية رقم 275.

¹¹ - سبق ترجمته، ص.57.

02- موقف الفقه الذي ينكر خيار الرؤية: يتمثل هذا الجانب في الرأي الجديد للفقه الشافعي، إذ يرى عدم

جواز خيار الرؤية، ولا بيع العين الغائبة لأنها قد تتلف ولا يكون عليه أن يعطيه غيرها، اعتماداً في ذلك على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي نهي فيه عن بيع الغرر وبيع العين الغائبة التي فيها غرر، لأنه لا يعلم بقائه لعدم معرفة جنسها ونوعها¹، وهو مجهول الوصف لم يعرف طريقه، لأن طريق معرفة العين العيان².

وأضاف جانب آخر من الفقه³، أنه لا يجوز بيع المعدم، فبناءً على ما ورد عن جابر بن عبد الله: أن النبي صلى الله عليه وسلم "نهى عن المعاومة"⁴، وأضاف ما ورد عن سعيد بن منصور، وأبو بكر بن أبي شيبة وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، قالوا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن حميد الأعرج، عن سليمان بن عتيق، عن جابر، قال "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع السنين"⁵، وفي حديث آخر حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، ومحمد بن عبيد الغبري، واللفظ لعبيد الله، قالوا: حدثنا حماد بن زيد، حدثنا أيوب، عن أبي الزبير وسعيد بن ميناء، عن جابر بن عبد الله، قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المَحَاقِلَةِ، وَالْمُزَابِنَةِ وَالْمُعَاوَمَةِ، وَالْمُخَابِرَةَ - قَالَ أَحَدُهُمَا: بَيْعِ السَّنِينَ هِيَ الْمُعَاوَمَةُ - وَعَنِ الثُّنْيَا، وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا"⁶، ووفقاً لما ورد عن أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا عبد الله بن إدريس، ويحيى بن سعيد، وأبو أسامة، عن عبيد الله، ح وحدثني زهير بن حرب، واللفظ له، حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله، حدثني أبو الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحِصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ"⁷.

وبهذا فلا يجوز بيع العين الغائبة التي يجهل جنسها أو نوعها⁸، وعليه فإذا لم يرى المشتري المبيع فلا يصح البيع، وهو الرأي الذي قال به الحكم وحماد، وهو الرأي الصحيح لما روي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الغرر لأنه بيع مجهول الصفة فلا يصح⁹. فقَالَ: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن

1- الشافعي، التهذيب في الفقه الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية 1997، ج.03، ط.01، ص.283. والشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، المرجع السابق، ج.02، ص.14.

2- الشافعي، التهذيب في الفقه الشافعي، المرجع السابق، ص.284.

3- أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، تحقيق: قاسم محمد الثوري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، جدة 2000، ج.05، ط.01، ص.65.

4- رواه أبو داود في السنن أبي داود، الكتاب سنن أبي داود، باب في بيع السنين، رقم الحديث رقم: 3375، ص.284.

5- رواه أبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في بيع السنين، رقم الحديث: 3375، ص.430. ورواه مسلم في الصحيح، الكتاب: البيوع، باب: كراء الارض، رقم الحديث: 1536، ص.1178.

6- رواه أبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في المخابرة، رقم الحديث: 3404، ص.433.

7- رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحِصَاةِ، والبيع الذي فيه غرر، رقم الحديث: 1513، ص.658-659. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: بيع الحِصَاةِ، رقم الحديث: 4518، ص.612.

8- أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان، المرجع السابق، ج.03، ص.80. والمارودي، الحاوي الكبير، المرجع السابق ص.91.

9- المرجع نفسه، ص.81.

بَيْعِ الْعَرْرِ، وَعَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ"¹. وأضاف الفقه نفسه أنّ من باع شيئاً لم يره له نفس الحال مع من اشترى شيئاً لم يره، ولذلك لا يصح بيع ما لم يره².

3- موقف الفقه الذي يربط خيار الرؤية بضرورة وصف العين المبيعة: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التفريق في بيع العين الغائبة وبين العين الموصوفة والعين التي لم توصف، يقصد به عندهم ما لم يوصف ولم تتقدم رؤيته وقد ورد في روايتين تتمثل الحالة الأولى، في الحالة التي لا يُرى ولا يوصف فيها الشيء محل العقد فلا يصح العقد وبالتالي لا يثبت خيار الرؤية، أما الحالة الثانية، وهي الحالة التي تباع فيها العين موصوفة بوصف ينهي عنها الجهالة كذكر جنس ونوع المبيع، فالعقد صحيح وبالتالي يثبت خيار الرؤية للمشتري سواء كان على الصفة الموصوفة أم لا³.

وللإشارة، فقد رجح بعض الفقه هذا الاتجاه، على اعتبار أن الحاجة قد تدفع للتعاقد على العين الغائبة فأجيز خيار الرؤية شريطة أن توصف العين وصفا دقيقا ينفي عنها الجهالة، وبين الفقه نفسه أن هذا الرأي يتمشى مع متطلبات العدالة العقدية، والمحافظة على استقرار المعاملات وفق مبدأ الضرورة⁴. يبدو أن الاتجاه محققا فما ذهب إليه في الوقت الحالي، بما يعرف بالتعاقد عن بعد ومارافقه من تطور وتعقيد في الشيء محل التعاقد.

ثالثا- نطاق خيار الرؤية: يتعلق نطاق خيار الرؤية بالمجال الموضوعي له (01) والمجال الشخصي (02)، ثم المجال الزمني له (03)

01- المجال الموضوعي لخيار الرؤية: اختلف الفقه كذلك بالنسبة لنوعية العقود التي يرد عليها خيار الرؤية فذهب بعض الفقه إلى أن خيار الرؤية خيار خاص بعقد البيع (أ)، فيما اعتبر جانب آخر من الفقه أنّ خيار الرؤية يشمل كل عقد يشبه عقد البيع (ب).

أ- خيار الرؤية خاص بعقد البيع: يرى بعض الفقه أن من باع شيئاً لم يره مثله مثل من اشترى شيئاً لم يره ولذلك لا يصح بيع ما لم يره⁵، ودليل ثبوت الخيار في البيع الحديث الوارد بشأن الشراء حول قضية عثمان ابن عفان وطلحة رضي الله عنهما.

¹ - رواه ابن ماجة في السنن، كتاب: سنن ابن ماجة، باب: النهي عن بيع الحصاة، وبيع الغرر، رقم الحديث: 2194، ص. 739.

² - الشافعي، التهذيب، المرجع السابق، ج. 03، ص. 286.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج. 03، ص. 496-497. والمارودي، الحاوي الكبير، ج. 05، ص. 17. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج. 13، ص. 68.

⁴ - رباحي أحمد وعماري إبراهيم، مشروعية خيار الرؤية، المرجع السابق، ص. 112.

⁵ - الشافعي، التهذيب، المرجع السابق، ج. 03، ص. 286. وأحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي المرجع السابق، ص. 197.

ب- خيار الرؤية خيار خاص بكل عقد يشبه عقد البيع: يرى بعض الفقه¹ أن مجال خيار الرؤية هو عقود مخصوصة تقع على الأعيان المعينة تكون غير لازمة لأحد المتعاقدين بسبب عدم رؤية المبيع، وهو يثبت في أربع عقود تتمثل في البيع معين بالذات، وإجارة الأعيان، كإيجار دار بعينها أو سيارة إذا لم يراها المستأجر، وقسمة غير المثليات، وتشمل قسمة الأجناس المختلفة، وقسمة القيميات المتحددة الجنس كالثياب من نوع واحد، ولا تثبت في المثليات المتحددة الجنس كالموزونات. وبالنسبة لعقد الصلح فلا يثبت خيار الرؤية إلا في صلح على مال² وقد اعتمد الفقه بشأنها على القياس، فالإيجار هو بيع المنافع، والقسمة مبادلة والصلح عن المال بدل بمعنى عقد مبادلة، وكلها تصب في معنى البيع³.

كما يثبت خيار الرؤية في عقد السلم إذا كان رأس المال عينا ولا يثبت إذا كان دينا⁴، وكذلك عقد الاستصناع لأنه من أنواع البيوع ما لم يضرب له أجلا لأنه يتحول إلى عقد سلم حسب رأي أبي حنيفة⁵، ويثبت للمستصنع المشتري؛ ولو أتى به الصانع على الصفة المشروطة لأنه غير لازم في حقه⁶، هذه العقود كلها تختمل الفسخ حسب ما ورد بنص المادة 339 من مرشد الحيران التي جاء فيها ما يلي: "حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شروط في أربع مواضع...".

02- المجال الشخصي لخيار الرؤية: ذهب بعض الفقه إلى أنّ خيار الرؤية يثبت للمشتري فقط (أ)، فيما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنّ خيار الرؤية يثبت لكلا طرفي العقد (ب).

أ- خيار الرؤية يثبت للمشتري فقط: اتفق الفقه⁷ الذي أخذ بخيار الرؤية صراحة على ثبوته للمشتري فقط، بناء على ما رواه أبي هريرة، فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ"⁸. ولهذا فلا خيار للبائع فيما باعه لأن العقد لازم في حقه⁹.

وقد اعتمد الفقه الذي اعتبر خيار الرؤية خاص بالمشتري فقط، على ما روي عن عثمان بن عفان أنه باع أرضا له بالبصرة لطلحة بن عبد الله رضي الله عنهما، أنه لما علم أنه غبن في بيعه لأنه لم يرى ما باعه قال لي

¹ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.160.
² - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.543. ومحمد حسين، نظرية البطلان في الفقه الاسلامي، المرجع السابق ص.65. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.160.
³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.543.
⁴ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.541.
⁵ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.338. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.292.
⁶ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.541.
⁷ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.291. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.71.
⁸ - سبق تخريجه، ص.57.
⁹ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.37. وأبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، كنز الدقائق، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، 2011، ج.01، ط.01، ص.414.

الخيار لأني بعت ما لم أرى، وقال طلحة الخيار لي لأني اشتريت ما لم أرى، فقضى لهما جبير بن مطعم وحكم لمصلحة طلحة، أمام عدد من الصحابة ولم ينكروا عنه هذا الحكم، وهذا خير دليل على مشروعية خيار الرؤية للمشتري وحده¹.

ب- خيار الرؤية يثبت لكلا طرفي العقد: يرى جانب آخر من الفقه² أنّ خيار الرؤية يثبت للبائع كذلك إذا لم يكن الثمن مقدرا بالدينار كالتقود والمثلثات الموصوفة بالذمة، كأن يكون عينيا كالمقايضة. والنظر لما تم حثه، أيّد بعض الفقه الرأي الأول لأنه الأكثر وجاهة وسدادا³ - وهو محق في ذلك لأن الأصل في البائع أنّه المالك وهو من يقيّم ويقدر قيمة ما يملك، وحتى وإن أوكّل ذلك لشخص آخر فالموكل يعمل لحسابه ولمصلحته ورؤيته للمبيع يعني رؤية المالك له - .
وأضاف جانب آخر من الفقه أن خيار الرؤية يشمل العقارات والمنقولات، ولكنه خاص بالمشتري أو المستهلك ولا حق فيه للبائع⁴.

03- المجال الزمني للممارسة خيار الرؤية: يرى بعض الفقه أن وقت خيار الرؤية هو وقت رؤية الشيء محل العقد لا قبلها، وعلى ذلك لو قبل المتعاقد العقد قبل رؤية الشيء محل العقد بأن قال رضيت أو أحزت ثم رأي محل العقد بعد ذلك يمكنه الاستفادة من خيار الرؤية، لأن الشيء محل العقد قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشيء قبل العلم به محال الإمكان ملحق بالعدم، فوقت ثبوت الخيار هو وقت ثبوت الرؤية، وقبل الرؤية لا خيار، وإسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه غير ممكن⁵. وبهذا لا يصح إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية أو التنازل عنه؛ فإسقاط الشيء فرع لثبوته ولا يمكن الإسقاط قبل الثبوت، فلو أسقط المشتري خياره قبل الرؤية لم يسقط وظل له حق ممارسته عند الرؤية⁶. وفي هذا المعنى قال أحد الفقه: إن في الرضا قبل الرؤية إبطال حكم ثبت بالنص وهو خيار للمشتري عند الرؤية⁷.

1- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.292.
2- لجنة علماء رئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، 1310، ج.03، ط.02، ص.58. وابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.336. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.03، ص.496.
3- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.540.
4- محمد حبيب التحكائي، المرجع السابق، ص.21.
5- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.295.
6- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.544.
7- ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.337. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.70. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.297. ومن جهة أخرى، فقد أجاز الحنفية إمكانية فسخ العقد قبل الرؤية لعدم لزوم العقد بسبب الجهالة المرافقة له، وليس على أساس الخيار، وبرؤيته قد ثبت له خيار الرؤية فيكون سببا آخر للفسخ ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد. للتوسع أكثر يراجع: عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.545 وما بعدها.

أما عن مدة الزمن اللازم لتمام العقد أو فسخه بعد رؤية محل العقد ففيه رأيين، يتمثل الأول في عدم تحديد مدة خيار الرؤية (أ)، فيما يرى الرأي الثاني بضرورة تحديد مدة خيار الرؤية (ب) سيتم ذكرها على التوالي:

أ- **عدم تحديد مدة خيار الرؤية:** يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يوجد لخيار الرؤية أجل محدد، بل هو غير مؤقت يبدأ بالرؤية ويبقى إلى أن يرد ما يبطله -ولو بقي العمر كله- حسب رأي الفقه الحنفي¹.

إلا أن النقد الذي وجه لهذا الرأي، وهو مستساغ ومنطقي، لأنه يفقد العقد توازنه ويجلب المشقة والعسر للبائع بإطالة مدة عدم لزوم العقد من جهة المشتري والشارع يحرص على استقرار المعاملات وحماية مصالح الطرفين على حد سواء².

ب- **تحديد مدة خيار الرؤية:** يرى أنصار هذا الرأي بضرورة تحديد مدة خيار الرؤية، وهو الفقه الذي يشبه خيار الرؤية بخيار الشرط لأنهما شرعا للتروي بعد العقد، وباعتبار خيار الشرط محدد بفترة محددة؛ فالأمر نفسه بالنسبة لخيار الرؤية، فالرؤية بالنسبة للمشتري كالمدة في الشرط فإن سكت بعدها لزم العقد³.

ويؤكد هذا الرأي جانب آخر من الفقه، إذ يرى أنّ عدم تقييد خيار الرؤية بأجل محدد لا يتمشى والحريات والحقوق كأصل عام، إلى جانب بقاء العقد مهذا بالزوال في أي وقت شاء صاحب الخيار استعمال حقه؛ بينما تسعى التشريعات وعلى رأسها الفقه الإسلامي لتحقيق استقرار المعاملات المالية، مما يستدعي ضرورة تأقيت هذا الخيار⁴.

ولم يسلم هذا الرأي من النقد كذلك، لأن أنصاره شبهوا خيار الرؤية بالتروي؛ وهذا غير وارد لأن خيار الرؤية يمكن المتعاقد المشتري من التعرف على الشيء محل العقد⁵.

بعد مناقشة الآراء السابقة اتضح عدم توافق أي من الأوقات التي حددها أصحابها لتصلح كأجل زمني يستعمل فيه صاحب الخيار حقه في أمضاء العقد أو فسخه، ولذلك فإن أنسب وقت يصلح لممارسة خيار الرؤية هو مباشرة بعد رؤية الشيء محل العقد، إذ برؤية محل العقد يزول سبب تشريع خيار الرؤية وهو عدم الرؤية، وقد حصلت⁶.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.295، وابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.340. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.04، ص.595. وأحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص.198.

² - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.547.

³ - محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، دار الكتب العلمية، 2002، ط.01، ص.405.

⁴ - رباحي أحمد وعماري إبراهيم، مشروعية خيار الرؤية، المرجع السابق، ص.109.

⁵ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.547.

⁶ - المرجع نفسه.

وترجيحا لما سبق تقديمه، عن الآجال المناسبة لممارسة خيار الرؤية، يبدو أن الرأي الأخير هو الأنسب حتى لا تبقى مصالح الطرف الذي يستعمل ضده خيار الرؤية متممة بالاستقرار والعقود مهددة بالزوال لمدة طويلة مما يفقدها الهدف والغاية المنشودة منها.

فيما ذهب جانب آخر من الفقه¹ إلى تقديم رأي مغاير لما تم بيانه، بيّن صاحبه أنّ من شُرّع خيار الرؤية لمصلحته يمكنه من الردّ، قبل وبعد الرؤية، فيثبت حق الفسخ قبل الرؤية لأن العقد غير لازما قبلها، أمّا بعد الرؤية فيثبت بناء على حديث منقذ ابن حبان. بناء على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ"².

وفي اعتبار خيار الرؤية أساس العدول عن العقد، رأي بعض الفقه أن قصر خيار الرؤية على المبيعات المعينة بنوعها "الأشياء القيمة" والتسليم بكفاية الوصف النافي للجهالة للمبيعات المثلية "المعينة بنوعها" واعتباره مسقطا للخيار لا يعد أساسا للعدول عن العقد، بالرغم من ارتباطه برضا المتعاقد شأنه شأن العدول عن العقد وبالرغم من اعتباره من الخيارات التي أثبتتها الشارع، وبالنظر لسبب وجودها دون ضرورة لاشتراطها وهو من الخيارات التي يباشرها المتعاقد بنفسه دون الرجوع إلى القاضي³.

وبضيف جانب آخر من الفقه⁴ أنّ هذا الخيار يمنح صاحبه خيارين: إمّا فسخ العقد عند رؤية المبيع أو إجازته بعد الرؤية، وبهذا لا يمكنه العدول عنه وهذا ما يمثل قيّدا أمام المستهلك في عدوله بعد الرؤية.

وتأسيسا على سبق، لا يمكن اعتبار خيار الرؤية أساسا للعدول عن العقد، بالنظر لمحدودية العقود التي يشملها، خاصة وأن بعض الفقه حصره في عقد البيع فقط، كما سبق بيانه، ممّا يستثني مجال مهم من العقود تزداد أهميتها يوما بعد يوم وهي عقود الخدمات، كما أنه غير معروف في التشريعات الوضعية المتأثرة في نصوصها بالفقه والتشريع الغربي.

كما أن رؤية المبيع بالصفة التي وصف بها يُسقط الحق في الخيار، وهذا الحال لا يستقيم مع حق المستهلك في العدول عن العقد بالمفهوم الذي جاءت به التشريعات الحديثة، بالرغم من ارتباط كلاهما بعنصر الرضا.

الفرع الثالث: فكرة العقد غير النافذ والعقد غير اللازم أساس للعدول عن العقد

خلافًا ما تم بحثه سابقا من أسس للعدول عن العقد، ذهب بعض من الفقه لاعتبار العقد غير النافذ أساس للعدول عن العقد (أولا)، فيما ذهب جانب آخر من الفقه لاعتبار العقد غير اللازم أساس للعدول عن العقد (ثانيا).

¹ - أحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص.198.

² - سبق تخريجه، ص.57.

³ - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها، المرجع السابق، ص.146.

⁴ - زريقات عمر خالد، عقد البيع عبر الأنترنت، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الأردن، دار حامد، 2007، ط.01، ص.350.

أولاً- فكرة العقد غير النافذ أساس العدول عن العقد: بناء على التفرقة بين إبرام عقد صحيح وبين نفاذه¹، سار هذا النوع من الفقه بالربط بين تكوين العقد ونفاذه واكتسابه القوة الملزمة وقابليته للتنفيذ بمجرد انعقاده، إلا أنه يمكن الفصل بين انعقاد العقد، ونفاذه، كحال الوصية فالتصرف موجود، ولكنه غير نافذ إلى حين موت الموصي²، وبهذا فالتمييز بين تكوين العقد ونفاذه يقدم تفسيراً واضحاً للعدول عن العقد؛ فتوافق إرادتين وتراضي الأطراف عليه ينعقد به العقد، إلا أن التشريعات توقف فعاليته ونفاذه وتربطها على مشيئة المستهلك وحده وبمرور مهلة العدول يصبح العقد نافذ وذو فعالية، وبممارسة العدول ينقضي العقد وينتهي³. وهو الرأي الذي يؤكده جانب آخر من الفقه ويعتبره حجة كافية ومقنعة للحالات التي ينص فيها القانون على انعقاد العقد ومنح المستهلك إمكانية العدول عن العقد⁴.

ووفقاً لما سبق ذكره، وباعتبار العقد متوقف على إرادة المستهلك بإمضاء العقد أو إنهائه قبل انتهاء المهلة المحددة لذلك؛ حيث لا يثار أي إشكال فيما يتعلق بانعقاد العقد، إلا أن العقد يكون موقوفاً بين الطرفين إلى حين تأكيده من طرف المستهلك⁵.

وبهذا يؤكد أنصار هذا الاتجاه بأن عقود الاستهلاك هي عقود غير نافذة موقوفة على إرادة المستهلك خلال مدة معينة، وهذا ما يمثل أساساً لجميع حالات العدول عن العقد التي جاءت بها قوانين الاستهلاك. إلا أنّ ما يبدو، أنّ هذا الرأي وإن كان يقدم حلاً مقبولاً بالنسبة للالتزامات التي لم تنفذ بعد (العقد غير النافذ) فإنه لا يمكن الاعتماد عليه لتفسير الالتزامات التي تم تنفيذها، ثم أن تشبيه عقود الاستهلاك بالوصية هو تشبيه مع فارق، باعتبار الوصية هي تصرف موجود ويمكن للموصي أن يعدل عنها طالما لا زال على قيد الحياة إلا أن العدول عن عقود الاستهلاك بأنواعها خاصة التي تتم عن بعد، والتي عادة ما يتم تنفيذ الالتزامات بشأنها خاصة التسليم فلا يمكن الكلام عن عدم نفاذها⁶.

وإضافة لذلك، فإن تحمّل تبعة الهلاك في العقد غير النافذ تكون على المتدخل لأن الالتزامات لم تنفذ بعد حتى يتحمّلها المستهلك⁷.

¹ - العقد النافذ هو العقد الذي صدر من مالك تام الأهلية غير محجور عليه، أو صدر من ولي على المال، أو عن وكيل عن مالك، وكان مستوفياً لشروطه، وبعد نفاذ العقد يكون لازماً أو غير لازم. للتوسع أكثر يراجع: أحمد أبراهيم بيك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، ج. 02 ص. 213.

² - يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، المرجع السابق، ص. 283.

³ - مصطفى محمد الجمال، السعي للتعاقد، المرجع السابق، ص. 225.

⁴ - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص. 357.

⁵ - مصطفى محمد الجمال، السعي للتعاقد، المرجع السابق، ص. 225.

⁶ - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص. 357.

⁷ - المرجع نفسه

وفقاً لما سبق ذكره بشأن فكرة العقد غير النافذ؛ كأساس للعدول عن العقد، فإن بعض الفقه اعتبره أساس العدول عن العقد في عقود الاستهلاك - خاصة المبرمة عن بعد- إلا أن هذا الأساس لا يمكن تقبله لأن العدول الذي نظمته التشريعات الحديثة يتعلق بعقد قد تم تنفيذ التزاماته، ولظروف خاصة رافقت إبرام وتنفيذ العقد ارتبط خصوصاً بالطرف الضعيف في العقد.

ثانياً- فكرة العقد غير اللازم أساس للعدول عن العقد: ذهب أنصار هذا الاتجاه، إلى أن فكرة العقد غير اللازم أساس العدول عن العقد، فالعقد غير اللازم بالرغم من كونه نشأً صحيحاً، إلا أنه يكون نافذاً في مواجهة أحد طرفي العقد فقط، أما الطرف الذي تقرر العدول بشأنه فلا يلزمه العقد، وبه يمكن التوفيق بين القوة الملزمة للعقد والعدول عنه¹.

والحال نفسه بالنسبة للمستهلك، إذ يمكنه التحلل من العقد وفسخه بإرادته دون اللجوء للقضاء، وبهذا لا يكون العقد تام إلا بانقضاء مهلة العدول².

ووفقاً لما سبق، فإن العقد غير اللازم أساس العدول عن العقد، وعلى أساسه يمكن للمستهلك أن يعدل عن العقد بإرادته المنفردة، وبهذا يتم التوفيق بين القوة الملزمة للعقد وبين إمكانية المستهلك العدول عنه؛ على اعتبار أن القوة الملزمة للعقد ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقود اللازمة النافذة³.

ويؤكد جانب آخر من الفقه هذا الرأي، إذ يعتبر أن نظام العقد غير اللازم يغني عن البحث عن نظام قانوني آخر كأساس للعدول عن العقد، على اعتبار أن العدول يجعل من العقد الذي يرد عليه عقد غير لازم في حق من شرع من أجله يمكنه إنهاء العقد الذي أنشأته إرادتين بإرادته المنفردة⁴.

وفي المنحى نفسه ذهب جانب آخر من الفقه⁵، إلى أن نظام العقد غير اللازم يغني عن البحث عن أساس قانوني للعدول عن العقد يوفق بين القوة الملزمة للعقد والعدول عنه، لأن وجوب احترام القوة الملزمة للعقد يخص العقود اللازمة ولا يلتزم بها إلا من يكون العقد لازماً بالنسبة له، وإقرار حق العدول في نطاق موضوعي معين يفيد أن العقد في هذه الحالة غير لازم بالنسبة لمن شرع العدول لمصلحته مما يمكنه من العدول عنه بإرادته المنفردة.

¹ ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص.356. وعمر محمد عبد الباقي الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.775.

² مصطفى محمد الجمال، السعي للتعاقد، المرجع السابق، ص.224-227.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية رضا المستهلك، مجلة المحامي الكويتية، العدد جويلية وأوت وسبتمبر، 1985 ص.95. وعمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.775.

⁴ ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص.28.

⁵ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.143-144.

غير أن بعض الفقه انتقد الرأي القائل بأن العقد غير اللازم أساس العدول عن العقد، إذ لا يمكن اعتبار العقد الواحد ذو طبيعة مزدوجة ومختلفة على اعتبار أن العدول عن العقد وفقا لقوانين الاستهلاك يرد على عقد لازم، فالأصل في صفة اللزوم أو عدم اللزوم أن تبقى نفسها في العقد ابتداء وانتهاء؛ وبهذا لا يمكن للعقد الواحد أن يظهر بصفتين مختلفتين¹.

ويبدو أنّ هذا الجانب محق في موقفه فلا يمكن للعقد أن يكون بالصفتين معا، فلا يمكن أن يكون سبب حصول الشيء هو أساسه.

ومن جهة أخرى، فالفقه الإسلامي هو صاحب فكرة العقد غير اللازم نوعيها، قد حددها في نطاق موضوعي معين وبعقود محددة بأسمائها، في حين جعل البيع من العقود اللازمة².

إلا أنّ هناك من ردا على هذا النقد الأخير، معتبرا أنّ فكرة العقد غير اللازم تقترب إلى حد ما مع حق العدول عن العقد، وأن عدم ظهور العقد بمظهرين مختلفين لا يمكن تقبل حصوله في وقت واحد، ولكنه يحصل في أوقات مختلفة، خاصة وأن من خصائص العدول أنه يرد على العقود اللازمة، فتصبح بعد خلال مهلة العدول عن العقد عقودا غير لازمة، وبانتهاء مهلة العدول عن العقد تعود لطبيعتها الأصلية، وبهذا يمكن القول أن العقد الذي يرد عليه العدول يعد عقد صحيح ونافذ، ليصبح عقد غير لازم لارتباطه بحق المستهلك في العدول خلال مهلة زمنية محددة قانونا³.

الفرع الرابع: الأساس الأنسب للعدول عن العقد

الأصل في القواعد العامة؛ أنّ القوة الملزمة للعقد تثبت لكافة العقود الصحيحة والنافذة، ما لم تقرر التشريعات أو اتفاق الطرفين عكس ذلك حسب ما ورد بنص المادة 106 من القانون المدني، الأمر الذي يؤكّد أنّ النص القانوني هو أساس العدول عن العقد في التشريعات الوضعية، حيث كل الآراء التي سيقّت لتحديد الأساس القانوني للعدول عن العقد تعرضت للنقد من طرف الفقه، ويبدو أنه محقا في ذلك، بالنظر للظروف المحيطة بعملية التعاقد من إعلان كاذب يسبب ضغطا كافيا على المتعاقد الضعيف بمصادرة رضاه الحقيقي وإقباله على إبرام عقد قد يجد نفسه بعدها غير راغب فيه، أو يجد نفسه في أقصى درجات الغبن من وراء إبرامه لهذا العقد.

¹ - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.913. ومحمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص.141.

² - ابن نجيم، الاشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.290.

³ - علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2017 ط.01، ص.553.

ولذا فالتشريعات الحديثة (خاصة تشريعات الاستهلاك)؛ منحت المستهلك إمكانية العدول عن العقد كاستثناء عن المبدأ العام لاعتبارات هامة لها جملة من التبريرات¹ لم تقبل بها النظرية العامة للعقد في ظل القواعد العامة، الأمر الذي ألزم التشريعات الخروج عن الأصل العام وفقا لقاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" التي جاءت به المادة 39 من مجلة الأحكام العدلية وقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات". فالعقد يتم صحيح ونافذ بين طرفيه، ولكن من شَرَع العدول لمصلحته فقط يمكنه العدول عنه خلال مهلة زمنية محددة قانونا ليتمكن من تصحيح رضاه الذي أبداه تحت تأثير إعلاني مكثف وكاذب وشكل متسرع²، ولأجل ذلك، يرى بعض الفقه أن العدول عن العقد حق خاص، يجد أساسه في النص القانوني بمنح أحد طرفي العقد الإلكتروني كأصل عام³. وتدعيما لما سبق بيانه، يؤكد بعض الفقه وجهة الأخذ بالنص القانوني كأساس للعدول عن العقد الاستهلاكي بكل أنواعه⁴.

وفي المعنى ذاته يضيف جانب آخر من الفقه، أنه لا أحد ينكر أن القوة الملزمة للعقد تثبت للعقود الصحيحة النافذة، ولكن إذا نصت التشريعات على خلاف ذلك؛ فالأمر يصبح مشروعاً، ولذلك تدخلت التشريعات الحديثة - تشريعات الاستهلاك خاصة بهدف حماية أحد طرفي العقد (المستهلك) - بجعل العقد غير لازم في حقه بنص صريح كما جعلته من النظام العام⁵.

وبهذا يعد النص القانوني الخاص بالعدول عن العقد أداة قانونية فعّالة لحماية المستهلك في جميع الحالات التي يبرم فيها عقود دون تروّي وتفكير، ودون التمكّن من مناقشة شروط انعقاد العقد الذي يتم تحت تأثير الدعاية والإعلان المضللين ما يدفع بالمستهلك لإبرام عقد قد يرى بعد زوال تأثير الإعلان عليه أنه لا فائدة من ورائه - دون أن يعني ذلك عدم صلاحية محل العقد لما أهّل له أو تعييبه أو أيّ شيء من هذا القبيل -، مما جعل تشريعات الاستهلاك تشرّع في عقود الاستهلاك عكس ما جاءت القواعد العامة بشأن القوة الملزمة للعقد، وتمنح المستهلك حق العدول عن العقد كضرورة ملحة فرضتها ظروف الواقع المعيش، بنص قانوني صريح وجعلته من

¹ - يراجع المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول لهذه الرسالة.

² - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.57.

³ - نسرین محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي لحقوق المستهلك، المرجع السابق، ص.202.

⁴ - سليمان البراك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.14. وموفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.229. ومنصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.57.

⁵ - ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص.66.

القواعد الآمرة، كما دعمت ذلك بالنص الصريح على عدم الاتفاق على تقييده أو التنازل عنه بنص صريح كذلك¹.

استنادا على ما تم بيانه، يتضح وجهة أنصار هذا الرأي، ويظهر ذلك جليا من خلال تحديد الطبيعة القانونية للعقد الذي يرد عليه العدول، حيث اعتبر عقد صحيح نافذ، مما يلزم طرفيه بتنفيذه كأصل عام، ولا يمكنهما التحلل منه إلا بالفسخ أو التقايل احتراماً للقوة الملزمة للعقد، وضماناً لاستقرار المعاملات، أمّا ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد بالطريقة والكيفية التي جاءت بها التشريعات الحديثة حسب ما تم بيانه²؛ لا يتم إلا على أساس نص قانوني صريح يجيز له التعدي على القوة الملزمة للعقد، حيث عجزت كل الخيارات القانونية المتاحة من تحقيق الحماية المنشودة له في تغيير ظروف وملابسات اتمام معاملاته المالية.

الفرع الخامس: موقف الفقه الإسلامي من الأساس الذي يقوم عليه الرجوع عن العقد

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العقد غير اللازم أساس رجوع المتعاقد عن العقد، وهو يمثل حالتين تتعلق الأولى بطبيعة العقد، أمّا الثانية فتجسدت بدخول أحد الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي على العقد فتحوله من عقد لازم إلى عقد غير لازم، لأن ثبوت الخيار لأحد طرفي العقد أو لكليهما يجعل العقد قابلاً للرجوع فيه لمن تقرر له حق الخيار بين إمضاء العقد أو نقضه³، لأن الخيارات تسلب لزوم العقد، وهو من بديهيات الفقه الإسلامي⁴.

والرغم مما سبق، إلا أنّ بعض الفقه⁵ يرى أنّ فكرة العقد غير اللازم لا تصلح أساساً للرجوع عن العقد، فعدم اللزوم في هذه الحالة هو بمثابة أثر من آثار الخيار، والأساس يجب أن يكون سابقاً على وجود الأثر، وبهذا فقاعدة "الضرر يزال"⁶ الموجودة في الفقه الإسلامي هي أساس الرجوع عن العقد في الحالات التي يكون الرجوع عن العقد ثابتاً بحكم الشرع، كأغلب أنواع الخيارات، على اعتبار أنّ رفع الضرر⁷ عن المتعاقد، هو ما شرّع من أجله الرجوع عن العقد.

¹ - وقد نصت على ذلك أغلب التشريعات الحديثة نذر منها ما يلي: التوجيه الأوروبي في إصداراته المتتالية، منها التوجيه الأوروبي الخاص بالعقود التي تتم عن بعد رقم 97-07 بنص المادة 06 منه، والمادة 12 من التوجيه الأوروبي رقم 65-2002، والمادة 12 من التوجيه رقم 122-2008 وكذلك التشريع الفرنسي بنص المادة ل. 18-221 من قانون الاستهلاك.

² - المبررات التي سبقت لإعمال حق العدول عن العقد، وكيفية ممارسته.

³ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 777. والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ج. 04، ص. 200.

⁴ - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج. 20، ص. 47.

⁵ - عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، (دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري)، جامعة عين شمس، 1988 ص. 38.

⁶ - وهي القاعدة التي تقوم على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

⁷ - وقد عرف بعض الفقه كما يلي: "حالٌ سيئة يعيشها الإنسان؛ لأنه جري عليه النقصان لحقوقه أو ملكه، أو فحط وفقر وشدة، أو مرض وهزال أو احتياج مُلجئ، أو مُزاحمة ومخالفة؛ أو لأنه وَقَعَ به ما هُوَ ضِدُّ لِنَفْسِهِ بوجه عام". للتوسع أكثر يراجع: أحمد موافي الضرر في الفقه الإسلامي، ص. 23.

ويرى جانب آخر من الفقه، أنّ قاعدة "الضرر يزال" الواردة نص المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية تمثل قاعدة من قواعد دفع الضرر التي قررتها الشريعة الإسلامية، لا تتناهى مع مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، كما توافق في الفقه القانوني تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض بين المصلحتين¹، وكل ذلك يتم بمقتضى الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، فالفسخ في خيار المجلس يسمح للمتعاقد الذي لا يخدمه العقد بفسخه، والأمر نفسه بالنسبة لخيار الرؤية فقد شرّح لحماية المتعاقد الذي لم يرى الشيء محل العقد دفعا للضرر الذي سيلحق به، والحال نفسه بالنسبة لكل الخيارات المتبقية².

فقاعدة "الضرر يزال" ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه من ذلك: الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيار: من اختلاف الوصف المشروط، والتعزير، وإفلاس المشتري، وغير ذلك، والحجر بأنواعه، والشفعة، لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة، والقصاص، والحدود، والكفارات، وضمان المتلف، ونصب الأئمة، والقضاة، ودفع الصائل³، وقتال المشركين، والبغاة، وفسخ النكاح بالعيوب، أو الإعسار، أو غير ذلك⁴.

وأضاف جانب آخر من الفقه، أنّ جميع أنواع الخيارات شرّعت؛ لإزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين، كخيار المجلس، والعيب، والغبن، والتدليس⁵. ويضيف الفقه⁶ نفسه، أنّ الخيار في العقد هو حق التعاقد في فسخ العقد أو إمضائه، وبهذا فالخيار راجع إلى إرادة التعاقد. وقد شرّح الخيار بأنواعه المختلفة لدفع الضرر عن التعاقد، الذي يكون تارة متوقعا، وتارة يكون واقعا. فدفع الضرر المتوقع من طرف المتعاقد، شرّح له خيار المجلس وخيار الشرط، حيث ستدرك في مجلس العقد، أو في مدة الخيار، مما يستدعي أنّ يجعل للعقد خيار يتروى فيه التعاقدان، ويعيدان النظر، لاستدراك ما فاتهما بأن يفسخ العقد قبل لزومه. وأمّا النسبة لدفع الضرر واقع، كخيار العيب، والتدليس ونحوهما، فقد يتعرض أحد التعاقدين من الآخر للغش والتدليس أو غيرهما من أنواع الظلم، فشرّح للعقد الذي وقع تحت تأثير الغش والتدليس أنّ يدفع عنه الضرر بثبوت حقه في الخيار، فيفسخ العقد، ويتحلل من لزوم العقد، فكان ثبوت الخيار من محاسن التشريع التي لا بد منها لدفع الضرر.

¹ - الغريب إبراهيم محمد الرفاعي، تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة تأصيل وتطبيق بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، يراجع الصفحات: ص.26، ص.31، وص.36.

² - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.73.

³ - الصائل هو مصطلح خاص الفقه الإسلامي يتعلق بالاعتداء على الآخر سواء تعلق الأمر بنفسه أم ماله. للتوسع أكثر يراجع: وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج.05، ص.751.

⁴ - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ج.01، ص.83. الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.28، ص.180.

⁵ - أبو عمر دُبَيَّان بن محمد الدُبَيَّان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تقدم الشيخ عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مكتبة الملك فهد الوطنية المملكة العربية السعودية، 1432، ج.04، ط.02، ص.392.

⁶ - المرجع نفسه

وفي ذات المعنى، يرى بعض الفقه أنّ فكرة الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي ابنت على ضرورة إزالة الضرر بطلب من المضرور¹.

فيما ذهب جانب آخر من الفقه، إلى اعتبار أن قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" الواردة بنص المادة 19 من مجلة الأحكام العدلية، هي أساس الرجوع عن العقد، فأحكام الفقه الإسلامي تهدف لتحقيق المصالح²، فالضرر والإضرار ممنوع في الشريعة، وذلك هو ما جاء في حديث رسول الله صل الله عليه وسلم عن يحيى، عن مالك، عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه، أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"³. وقد صاغ الفقه قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁴ بصياغة الحديث نفسه، فهو التعبير الأنسب لها فلا ضرر ابتداء، ولا ضرر جزاء ومقابلة، وهذه القاعدة العظيمة تعكس عظمة الإسلام في منع الضرر عن الناس، وتندرج تحت هذه القاعدة عدة فروع فقهية⁵.

ومن القواعد الفقهية التي تندرج تحتها نذكر، منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي: "الضرر يدفع بقدر الإمكان" حسب ما ورد بنص المادة 31 من مجلة الأحكام العدلية. وقاعدة "الضرر يزال"، وما ورد بنص المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية، قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، وما ورد بنص المادة 28 من مجلة الأحكام العدلية، وغيرها من القواعد التي تفرعت عنها⁶؛ تمثل هذه القاعدة أساس من أسس الشريعة التي أخذ منها فقهاء الفقه الإسلامي، لمنع الفعل الضار، فهي تمنع الضرر منعا مطلقا، ذلك بدفعه قبل الوقوع، ورفع بعد الوقوع بما يمكن أن يزيل آثاره ويمنع تكراره، كما تدل على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما تخفيفا للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتا⁷ وقد ابني عليها أكثر أبواب الفقه في شتى مجالات الحياة، بل إن الفقه الإسلامي كله قام على هذه القاعدة بمنع الضرر ابتداء ورفع وإزالته إذا وقع⁸، فهذه القاعدة هي الأساس الذي بُنيت عليه

1- محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي والنظريات العامة، المرجع السابق، ص.44.

2- محمد حسن عبد الغفار، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية درس رقم.20، ج.10 ص.01. يراجع الموقع التالي: <http://www.islamweb.net>. اطلع عليه يوم: 2018/10/11 الساعة 14:35

3- رواه البيهقي في السنن، كتاب: الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، رقم الحديث: 11384، ص.ص.114-115.

4- يفيد معنى هذه القاعدة تجنب إلحاق المفسدة للغير، وتجنب مقابلة الضرر بالضرر. للتوسع أكثر يراجع: محمد حسن عبد الغفار، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، المرجع السابق، ص.ص.04-06. وأبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1420، ج.10، ط.03. ص.01.

5- محمد حسن عبد الغفار، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، المرجع السابق، ص.ص.03-04.

6- للتوسع أكثر يراجع: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (بتطوير في الترتيب والتبويب، وزيادات)، دار القلم، سوريا، 2004، ج.01 ط.02، يراجع الصفحات التالية: ص.990، و ص.993، و ص.994.

7- المرجع نفسه، ص.990.

8- أحمد مواني، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.05-06.

مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده، فهي تعمل علي تعطيل المضار وتقليلها¹، وفي المعنى ذاته يضيف الفقه نفسه أن الخيارات شرعت لدفع الضرر كما شرعت الشفعة لدفع ضرر سوء الجار².

ومن جهة أخرى، يرى جانب آخر من الفقه أن هذه القاعدة، تدخل في العبادات، وتدخل في البيوع وفي كثيراً في الحدود هذا عموماً وتدخل في باب القضاء خاصة³.

وبناء على ما سبق بيانه، اعتبر بعض الفقه، أنّ قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" أساس مهم لدفع الضرر في قواعد الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامية⁴.

وتظهر قيمة هذا الأساس خاصة في نطاق الرجوع عن العقد بسبب الخيارات، لأنها تُمنح لأحد المتعاقدين بهدف إبطال العقد الضرر عنه في الفقه الإسلامي⁵، فالخيار شرع لإزالة الضرر عن أحد العاقدين أو عن كليهما لأن إمضاء العقد وإلزامه به قد يسبب له ضرراً، لأجل ذلك منح الشارع المتعاقدين المضروب الحق في فسخ العقد أو إبقائه رفعا للضرر عنه⁶، بهذا، فالأساس الذي شرع من أجله الخيار هو إزالة الضرر عن المتعاقدين⁷، والسبب لأنها لأنها تمثل القاعدة الأصلية التي تتفرع عنها جملة من القواعد الفقهية، كما سبق بيانه كأصل عام، ويظهر ذلك جليا في مطابقتها لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، واحتوائها للضرر بنوعيه، وبذلك بدفعه قبل وقوعه، أو إزالة آثاره بعد وقوعه.

وتأسيسا على ما تم بيانه، يتضح جليا أنّ إزالة ومنع الضرر يمثل أساس الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي، بالرغم من تباين موقف الفقه بشأن القاعدة التي اعتمد عليها كأساس للرجوع عن العقد، إلا أنّ ما يبدو أنّ:

قاعدة "الضرر يزال" تصلح كأساس بالنسبة للرجوع عن العقد بسبب العقد غير اللازم، وبحدوث الضرر يمكن المتعاقدين المضروب بالرجوع عن العقد الذي أبرمه.

أما قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، فهي الأنسب للرجوع عن العقد بسبب الخيار حسب ما تم بيانه، بالنظر لمعنى القاعدة بمنع الضرر ابتداء بالنسبة لبعض أنواع الخيارات، كخيار الشرط، وخيار الرؤية، ومنع الضرر انتهاء كخيار العيب مثلا.

من خلال ما تم بحثه، فيما يتعلق بتحديد الطبيعة والأساس القانونيين للعدول عن العقد، يتضح أنّ كل من العدول والرجوع عن العقد، يعدان بمثابة حق شرعا لحماية مصالح أحد طرفي العقد يكون في حاجة ماسة

¹ - أحمد مواني، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.557.

² - المرجع نفسه، ص.951.

³ - محمد حسن عبد الغفار، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، المرجع السابق، ص.05.

⁴ - أحمد مواني، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.495.

⁵ - المرجع نفسه، ص.496، الهامش رقم 01.

⁶ - المرجع نفسه، ص.972.

⁷ - المرجع نفسه، ص.973.

للحماية، خاصة عنصر الرضا، بالنظر لأهميته في مجال المعاملات بصفة عامة، والمالية منها خاصة، إلا أنّ ما تم ملاحظته أنّ التشريع الوضعي اكتفى بحماية المتعاقد الذي شرّع العدول لمصلحته من تسرعه في إبداء الرضا فقط في حين أنّ الفقه الإسلامي تطرق لحماية رضا المتعاقد بشكل كامل.

أما بالنسبة للأساس الذي اعتمدت عليه التشريعات لاعتماد حق المستهلك في العدول عن العقد، فيبدو أن الاعتماد على النص القانوني الخاص بحق العدول عن العقد هو الأساس الأنسب، بغض النظر عن كل الاقتراحات التي قدمت لهذا الشأن.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي، فإن قاعدة "الضرر يزال" وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" المطابقة لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم تمثلان أساس الرجوع عن العقد، لأنهما تمنعان الضرر ابتداءً وانتهاءً.

وفي المعنى ذاته، يؤكد بعض الفقه بأن الرضا في العقود أمرًا كليًا، وأساسًا في العقد، وقد حرصت الشريعة الإسلامية على رعايته، بتشريع ما يكفل سلامته، سواء من جانب الوجود، أم من جانب العدم، أمّا من جانب الوجود، فشرعت لذلك ما يعرف بالخيار، وأمّا من جانب العدم، فمنعت كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالرضا، كالإكراه، والعش، والكذب، ومن هنا جاء الخيار؛ ليستدرك من شرّع له ما لحقه من ضرر جراء التزامه بعقد ما، بإبطاله، والرجوع عنه، إذا تبين له فيما بعد أن ضررًا ما قد لحقه، شريطة توافر شروط الرجوع، وانتفاء موانعه¹.

¹ - أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.24.

المبحث الثاني: مبررات العدول عن العقد وكيفية ممارسته في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

إنّ متطلبات تحقيق العدالة العقدية مسعى قدّم انتهجته جل التشريعات الوضعية؛ سواء بتصحيح العقد أم إكماله أم بتعديله، إلّا أن ظهور ظروف اجتماعية واقتصادية معينة، إضافة للثورة التقنية في مجال المعاملات عن طريق نوعية وكيفية انعقاد العقود، دفع التشريعات الحديثة بالنص في قوانينها بأحقية أحد المتعاقدين (المستهلك) في العدول عن العقد كضرورة حتمية؛ وهي أسباب قوية، يمكن الاستناد عليها لتبرير لجوء التشريعات لتبني حق العدول عن العقد بالنظر لخطورته وخروجه عن المبدئين السائدين في النظرية العامة للعقد وهما: مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد؛ وذلك لأجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهذا يدفع إلى بحث أهم التبريرات التي اعتمدت لتشريع حق العدول عن العقد (المطلب الأول)، وبثبوت حق العدول عن العقد لمن شرع له؛ فإنه يتعين اتباع وسائل وإجراءات محددة لممارسته، وإلّا فقد حقه في العدول عن العقد؛ خاصة وأنه يمثل تعدد صارخ على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ضف إلى ذلك ضرورة الحفاظ على التوازن العقدي، الذي من أجله شرع حق العدول عن العقد، حتى لا تتعطل مصالح المتعاقد الآخر لمدة أطول (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبررات الأخذ بالعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

وفقا للنظرية العامة للعقد، يكتسب العقد بانعقاده صحيحا القوة الملزمة، بحيث لا يجوز تعديله ولا نقضه بالإرادة المنفردة، إلّا بالاتفاق أو بالنص الصريح على ذلك، وبالنظر للتحويلات المرافقة لنطاق المعاملات المالية بصفة عامة، أقرت التشريعات الحديثة خاصة، حق العدول عن العقد لحماية للطرف الضعيف فيه، الأمر الذي يستدعي بحث الأسباب والمبررات، والتي يجب أن تكون قوية ومقنعة، بالنظر للتعدد الصارخ على القوة الملزمة للعقد، ويبدو أنّ مبررات ومسوغات تشريع حق العدول عن العقد تعددت وتنوعت من قواعد العدالة (الفرع الأول)، إلى ضرورة التوسع في استثناءات القوة الملزمة للعقد (الفرع الثاني)، إلى جانب قصور القواعد العامة (الفرع الثالث)، ثم ظهور عقود جديدة أحد أطرافها مهني متخصص (الفرع الرابع).

الفرع الأول: قواعد العدالة

يرى بعض الفقہ¹ أن قواعد العدالة² لا يمكن أنّ ترد مكتوبة بنصوص ومواد قانونية، بالرغم من احتواء بعض النصوص القانونية عليها، إذ يظهر منها أشياء وتغيب أخرى، فاجتهد الفقہ في استخراج قواعد العدالة. وقواعد العدالة، هي التي تلزم البائع ليس بنقل المبيع للمشتري فقط، وإنما تلزمه بأن لا يرتكب أي تصرف يجعل نقل الحق صعبا أو مستحيلا، بالرغم من عدم النص عليها، ونظرية الظروف الطارئة، ما هي إلّا تطبيق لمبدأ العدالة الذي يجعل القاضي يتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي لأطراف العقد، والأمر نفسه بالنسبة لمبدأ حسن

¹ - إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، بدون دار النشر، لبنان، 2008، ج.02، ط.03، ص.17.

² - ويخصص البعض في معنى العدالة؛ بما يسمى بالعدالة التوزيعية، التي تعطي أفراد المجتمع جميعا حصصا متساوية، إذ المساواة هي ما يعبر عن العدالة ويضيف أن للعدالة التوزيعية دور في حث التشريعات على منح فئة اجتماعية محددة، حماية خاصة بصيغة الأمر. للتوسع أكثر يراجع: جاك غستان المطول في القانون المدني (تكوين العقد) ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2000، ط.01، ص.257.

النية، فقد منح القانون، بموجب حسن النية نظراً لميسرة للمدين حسن النية، وأقام عليه المسؤولية العقدية لسوء نيته، وقواعد العدالة نفسها التي توجب على المدين إذا تعددت وسائل تنفيذ العقد، أن يختار الوسيلة التي تتفق مع مصلحة الدائن، وتتضمن ضرورة التعاون بين طرفي العقد لضمان حسن تنفيذه¹.

ومبادئ العدالة نفسها، جعلت التشريعات تميز لأحد طرفي العقد في كل من الوديعة، والوكالة، والشركة والعمل، والهبة أن يستقل بنقض العقد، فما المانع من منح أحد طرفي العقد، المزيد من الصلاحيات كلما دعت الحاجة لذلك، وهو الأمر الذي تتناوله هذه الدراسة بالبحث "العدول عن العقد".

ومبادئ العدالة، هي التي تلزم القاضي أن يجتهد للعثور على حكم يحسم به النزاع المعروض عليه؛ حتى ولو لم يشتمل القانون على مثل هذا الحكم، فتعويض المضرور عن الضرر، وحماية الطرف الضعيف في النزاع، يعد من مبادئ العدالة التي تقرها القوانين².

وخير مثال على دور فكرة العدالة في تغيير القوانين لما يتوافق وظروف الحال، التشريع الإنجليزي الذي أصدر عدة قوانين لتطبيق مبدأ العقد العادل، بعد ما قام القضاء الإنجليزي في هذا الإطار، بالاعتماد على فكرة "النفوذ غير الواجب" بالنظر للتضييق الذي لحق عيب الغلط من طرف التشريع الإنجليزي، وهو مفهوم مرن يمكن من خلاله الحفاظ على قواعد العدالة والتعادل في العقود. إن مرونة "النفوذ غير الواجب"، تجسدت في عدم وضع قائمة، يُحصر فيها وجود الضعف الذي يمكن أن يتواجد فيه أي متعاقد، ويستغلها المتعاقد الآخر، وترك المجال مفتوحاً لتحقيق العدالة والتوازن، لمراعاة ظروف المتعاقدين النفسية والاجتماعية والاقتصادية، التي يستغلها الطرف الآخر³، وقد وسع قضاء العدالة نطاق "النفوذ غير الواجب"، ليشمل العقود التي تبرم بين أشخاص تربطهم علاقات خاصة، كحالة العلاقات العائلية، والعقود التي يكون أحد الطرفين بحكم مركزه طرفاً قوياً، يمكنه إحداث ضغط وتأثير على إرادة الطرف الآخر، الذي يكون في مركز الضعف اقتصادياً واجتماعياً، أو علمياً ونفسياً⁴.

وترتيباً على ما سبق، فإذا كانت مبادئ العدالة، هي التي تسمح بالتعدي على القوة الملزمة للعقد من طرف القاضي، لتحديد نطاقه، كلما دعت الحاجة لذلك، كمنظية الظروف الطارئة، والشروط التعسفية، أليست التشريعات أولى من خلال سنّ نصوص قانونية، بناء على أسس العدالة والإنصاف، كلما دعت الحاجة لذلك بإضافة استثناءات جديدة على القوة الملزمة للعقد، حماية لمصالح الطرف الضعيف، أو وفقاً لقاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وهذا ما قامت به التشريعات الحديثة بالنص في قوانينها على حق العدول عن العقد.

¹ - إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.ص. 328-330.

² - حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع (دراسة في علم الاجتماع القانوني)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ط. 02، ص. 188.

³ - علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2002، ج. 01، ط. 02، ص.ص. 491.

⁴ - المرجع نفسه، ص.ص. 486-487.

وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه¹، أن القانون الوضعي يمنح الأفراد مكنتات واختصاصات معينة لاستعمالها والتصرف فيها، بجرية في إطار الحدود القانونية المحددة له.

الفرع الثاني: التوسع في الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد، من المبادئ الراسخة في الفقه القانوني والتشريعات، وباعتبار أن الواقع دائماً يسبق القانون، فإن الواقع المعيش؛ وما يشهده العالم من تطور؛ من حيث الإنتاج، والتوزيع، وتدخل عدة أطراف ووسائل بين طرفي العقد، إلى جانب التفوق الاقتصادي والفني لطرف على حساب الآخر، ساعد على ازدياد نطاق الاستثناءات القانونية على هذا المبدأ (أولاً)، وكذلك مجال الاستثناءات القضائية (ثانياً).

أولاً- الاستثناءات القانونية على القوة الملزمة للعقد: نصت أغلب التشريعات الحديثة، على غرار التشريع الجزائري على إمكانية نقض العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة حسب ما ورد في نص المادة 106 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

فالتقواعد العامة تسمح لأحد طرفي العقد بالعدول عن العقد بالإرادة المنفردة، بناء على الاعتبار الشخصي كعقد الشركة حسب نص المادة 440 من القانون المدني التي ورد فيها ما يلي: "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينة، على شرط أن يعلن الشريك سلفاً عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله إلى جميع الشركاء، وأن لا يكون صادراً عن غش أو في وقت غير لائق...". وهذا النص يستجيب للمنطق الذي يقتضي بزوال هذه الشركة وزوال الأساس الذي قامت عليه، والحال نفسه بالنسبة لباقي العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، كعقد الوديعة حسب نص المادة 594 من القانون المدني التي جاءت كما يلي: "يجب على المودع لديه أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه...". وعليه، فإن زوال هذه الصفة بعد انعقاد العقد، يمثل أساساً كافياً للعدول عنه بالإرادة المنفردة وهي حالات تدخل في نطاق نص المادة 106 من القانون المدني.

والحال نفسه بالنسبة لبيع العروض، إذ نص المشرع على أنّ عدم الوفاء بالثمن من طرف المشتري، يجعل البيع مفسوخاً بقوة القانون دون سابق إنذار، لأن الأصل في هذا النوع من الممتلكات أنه معرض للتلف، إلى جانب انخفاض قيمتها المالية بمرور الوقت عليها، وتقلبات الأسعار التي تلحق هذا النوع من البيوع، حسب نص المادة 392 من القانون المدني جاء فيها: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخاً وجوباً في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

¹ - محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص.ص. 28-29.

واستمرت الاستثناءات القانونية على القوة الملزمة للعقد، بظهور قوى اقتصادية احتكرت النشاط الاقتصادي، تمثلت في أرباب العمل، وشركات تجارية ضخمة؛ مما تسبب في مظالم اجتماعية حادة بسبب الحرية التعاقدية، سرّعت من ظهور المذهب الاجتماعي، الذي وضع في مقدمته مصالح الجماعة، فنتج عنه أفكارا اجتماعية تدعو لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، كنظرية الاستغلال، ونظرية إنقاص العقد وتحوله ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية عقود الإذعان، ووضع قوائم سوداء للشروط التعسفية¹، حيث نصت التشريعات على إلغائها واعتبارها كأن لم تكن، ومن ذلك ما ورد بنص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وتأكيدا لما سبق، أضاف بعض الفقه، أن التشريعات أصبحت أكثر جرأة وسمحت بتعديل العقد والإعفاء من بعض المسؤوليات العقدية كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، والقوة القاهرة، وعقد الإذعان إنقاص بعض الالتزامات إذا تطلب الأمر ذلك².

وإزداد تدخل التشريعات مرة أخرى؛ وبشكل آمر، حيث قامت بتوجيه النشاط الاقتصادي الحر³؛ أين ظهرت نماذج من العقود تتسم بالتخصيص والتكتل في مجموعات، فأصبح العقد موجها ومفروضا بعد أن كان التعبير الحر عن الإرادة هو السائد⁴، وبرزت القواعد الإجرائية في العقود بشكل متزايد⁵.

كما تدخلت التشريعات لحظر كل نشاط هدفه الاستئثار بممارسة نشاط معين، أو البيع بأسعار منخفضة مقارنة بسعر الإنتاج، حسب ما ورد مثلا بالأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، من خلال نص المادتين 11⁶ و12⁷ على التوالي.

-
- 1- وليد محمد الشناوي، الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي (دراسة مقارنة)، المكتبة العصرية، لبنان، 2009، ط.01، ص.ص.21-22.
 - 2- علي محي الدين على القره داغي، مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، المرجع السابق، ج.02، ص.1205.
 - 3- إن ترك الحرية الاقتصادية على إطلاقها، ينتهي بالقضاء على نفسها في آخر المطاف، بسبب تركيز الإنتاج بيد أشخاص محددين، مما يؤدي إلى احتكار السوق فيحصل عدم التكافؤ الاقتصادي، الذي يتنافى بدوره مع الحرية الاقتصادية. للتوسع أكثر يراجع: وليد محمد الشناوي، الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، المرجع السابق، الهامش رقم 01، ص.23.
 - 4- زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، جامعة البليدة 02، الجزائر، 2017، ص.233.
 - 5- زمام جمعة، العدالة العقدية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2014، ص.34.
 - 6- نصت المادة 11 ما يلي: "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو مومنا إذا كان يخل بقواعد المنافسة، ويتمثل هذا التعسف على الخصوص في:
- رفض البيع دون مبرر شرعي.
- البيع المتلازم أو التمييزي.
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا..."
 - 7- نصت المادة 12 على ما يلي: "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق...".

وقد استمر الفقه في السعي لتدعيم فكرة العدول عن العقد تدريجياً، وكل هذا في ظل القواعد العامة كمشروع كاتالا ومشروع تيري² (projet de catala¹ et projet de terre)، إلى أن قام المشرع الفرنسي بتعديل القانون المدني بالأمر رقم 131-2016³، الذي كرس مهلة التروي والتفكير بنص المادة 1122 التي جاء فيها أنه يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة للتفكير، حيث لا يمكن لمن وجه له الإيجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها، إلى جانب مهلة للعدول التي تمكن من تقرر لصالحه أن الرجوع عن رضائه قبل انقضائها⁴. ووفقاً لما سبق ذكره، من استثناءات قانونية، يبدو أنه لا مانع من إضافة استثناءات أخرى، طالما أنّ الأمر يتعلق بتوفير حماية للمتعاقد، وكل هذا وفق القاعدتين الفقهيتين التاليتين "المشقة تجلب التيسير"، و"إذا ضاق الأمر اتسع"⁵؛ أي أن العسر والمشقة هما السبب في تشريع أحكام التهوين وتسهيل الأمور⁶.

ثانياً- الاستثناءات القضائية على القوة الملزمة للعقد: إضافة للاستثناءات القانونية على القوة الملزمة للعقد توجد استثناءات قضائية، جاء بها القضاء الفرنسي؛ إذ عمد على حل الرابطة العقدية دون اتفاق الطرفين، وخارج مجال الاستثناءات القانونية، تتمثل في الحالات التالية:

- في حالة الخطر الداهم اللاحق بالدائن، الذي لا يمكن معه انتظار إجراءات التقاضي، أجاز له القضاء حل الرابطة العقدية بإرادته المنفردة⁷. وقد شهد القضاء الفرنسي عدة حالات في هذا المجال، مثل منح ممثل صاحب محل تجاري، الحق في حل الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، بعدما تأكد من استغلال صاحب المحل له باستعمال وسائل احتيالية للتعرف على زبائنه، ثم الاستغناء عنه فيما بعد⁸. وكذلك الحال عندما حكم القضاء الفرنسي بحق رب العمل بأن يتعاقد مع مقاول آخر، لتنفيذ الأعمال التي بدأها المقاول الأول وامتنع عن القيام بما التزم به، مما نتج عنه ضرراً بليغاً برب العمل دون اللجوء للقضاء⁹.

- حالة الإخلال بحسن النية، فقد أقر القضاء الفرنسي كذلك لمن يقع ضحية حسن نيته، إمكانية إنهاء العقد بإرادته المنفردة دون اللجوء للقضاء؛ لأن الإخلال بمبدأ حسن النية في العقود، من شأنه إزالة فعالية العقد، مما يعطي الطرف الآخر (الدائن) فرصة لإنهاء العقد بإرادته المنفردة. وقد أقر القضاء الفرنسي لصاحب العمل، إنهاء

¹-Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005

²-rapport terre, réflexion et synthèse, juillet 2012, www.apref.org

اطلع عليه يوم: 2017/10/12، على الساعة 23:30.

³-Code civil Dernière modification: 2021-07-01 Edition, 2021-07-01, JORF n°0093 du 21 avril 2018 consulté le cite : <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>.

⁴-Art .1122 dispose : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».

⁵- يمثل أصل هاتين القاعدتين الآية القرآنية الكريمة رقم 185 من سورة البقرة : "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ".

⁶- محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي والنظريات العامة، المرجع السابق، ص.47.

⁷-Cassin .R, Réflexion sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, R.T.D civ, 1945, p.p.159 -160.

⁸-Cass.Req.1/5 1889.

نقلا عن محمد حسين قاسم، نحو فسخ العقد بالإرادة المنفردة، ص.104.

⁹-Genicon .th, la résolution du contrat pour inexécution, LGDJ, 2007, p.398.

العقد بإرادته المنفردة بين العامل المكلف بالحراسة ليلا بسبب نومه¹، وهذا غش، والغش يفسد كل شيء؛ وعليه فلا داعي للجوء للقضاء لحل الرابطة العقدية؛ وهذا الإنهاء بالإرادة المنفردة يمثل جزءا سوء نية الطرف الآخر.

- حالة إخلال المدين بالتزامه بتفويت فرصة على الدائن، كالتزام المدين القيام بعمل؛ كالتزامه بتنفيذ عمل ما خلال مدة معينة، ولم يتم بذلك، فقد أقر القضاء الفرنسي لرب العمل بإرادته المنفردة إنهاء العقد الذي يربطه بالمقاول، الذي التزم ببناء منصة، خصصت لاحتفالات نهاية السنة؛ فمضى ذلك العام ولم يتم المقاول إنجازها².

- وهناك حالات أخرى ذكرها بعض الفقه، تتعلق بتدخل القاضي لتطبيق النصوص المتعلقة بالنظام العام، وتفسير العقد، ونظرية الظروف الطارئة، وحالة إعسار المدين إعسارا مؤقتا يمكن زواله، والنظر بشأن الشرط الجزائي بالزيادة والنقصان من تلقاء نفسه³. ويؤكد جانب آخر من الفقه⁴ أن هذه الحالات لا يفيد معها التمسك بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" لأنها تتنافى ومبدأ العدالة والصالح العام، لذا يجب على التشريعات التدخل في مثل هذه الحالات للحد من مبدأ سلطان الإرادة لإعادة التوازن العقدي المفقود.

الفرع الثالث: قصور قواعد حماية الرضا

مع التطور الحاصل في مجال المعاملات المالية؛ بالاعتماد الكلي على وسائل التكنولوجيا الحديثة، والشبكة العنكبوتية، أصبحت القواعد الكلاسيكية المتمثلة في عيوب الرضا (أولا)، إلى جانب الإخلال بالالتزام بالمطابقة (ثانيا) والإخلال بالالتزام بالإعلام (ثالثا)، قواعد غير كافية لتقرير حماية فعالة للمتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية.

أولا- عجز نظرية عيوب الإرادة عن تقرير حماية فعالة للمتعاقد: اهتمت التشريعات بالتراضي في العقود فنظمتها تنظيما دقيقا؛ واعتبرت أن تلاقي إرادتي الطرفين بطريقة سليمة، يمثل حقيقة ما انصرفت إليه إرادة كل منهما ورضيت به، وإذا شاب الإرادة عي من عيوبها الأربعة جاز لمن عيبت إرادته أن يطلب إبطال العقد، غير أن الواقع أثبت وجود صيغ تعاقدية متعددة ومتنوعة، ظهرت مع التطور الكبير في مجال الانتاج والتوزيع للسلع والخدمات، لوم يعد توافق الإرادتين يعبر عن الإرادة الصحيحة والسليمة في أغلب الأحيان، ضف إلى ذلك أن المتعاقد (المستهلك) لم يعد يقبل على التعاقد برغبة وحاجة للسلع والخدمات، بقدر ما أصبح يقدم على التعاقد عن طريق الإغراء، كما أصبح رضا المتعاقد ينتزع منه نزعا، مع التركيب المعقد للشيء محل العقد، الذي يجعل من

¹ نقلا عن محمد حسين قاسم، نحو فسخ العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.107. . C.A.Paris, 14/05/1982, IR, p.494.

² Genicon .th, la résolution du contrat pour inexécution, op- cit, p.339.

³ - رياحي أحمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.269.

⁴ - محمد إبراهيم بنداري، نحو مفهوم واسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان (دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، العدد 01، السنة 08، جانفي، 2000، ص.94-95. نقلا عن رياحي أحمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، ص.270.

معرفة طبيعته وخصائصه من الصعوبة بما كان، الأمر الذي جعل التوافق بين إرادة الطرفين، توافق مجازي بعيد عن الحقيقة¹.

فالقواعد الكلاسيكية للقانون المدني اهتمت بضرورة صدور الرضا صحيحا سليما واضحا، وأغفلت صدوره مترويا ومتمهلا؛ وما زاد من خطورة الأمر، اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد، وازدياد العقود النموذجية انعدمت معها إمكانية مناقشة شروط العقد، فازدادت حاجة الطرف الضعيف لآلية قانونية، تكفل حقه في إبداء رضا حقيقيا يعكس رغبته الفعلية في إتمام العقد الذي أبرمه².

وقد أثبت الواقع عجز نظرية عيوب الرضا وحدها في توفير الحماية للطرف الضعيف في العقد، لأن الرضا يكون سليما وفقا لنظرية عيوب الرضا؛ إلا أنه لا يعبر عن رضاه الحقيقي بشأن ما هو مقدم عليه، بسبب تسرعه في اتخاذ قراره في إبرام العقد؛ مما يؤدي لكثرة الدعاوى أمام القضاء وإغراق ساحته بها والتي يمكن حلها قبل ذلك أو عدم قيامها أصلا، خاصة وأن حسم الدعوى غالبا ما يكون في صالح الطرف القوي، إلى جانب ما يتطلبه رفع الدعوى القضائية من نفقات وجهد؛ فضلا عن صعوبة الاستفادة منها³؛ فعيب الغلط باعتباره توهمًا يقوم بالنفس يصور الواقع على غير حقيقته، فهو بهذا يؤثر في تكوين الإرادة، لا في نقلها ولا في تفسيرها؛ مما يؤدي إلى تعييبها فينتج عنه الانعدام الكلي للإرادة، فيصور للمتعاقد الآخر الأمر على غير حقيقته، ليكتشف بعدها عدم صحته فيصبح العقد قابلا للإبطال لمصلحته⁴، وفقًا لما جاءت به المادة 81 من القانون مدني بالنص على ما يلي: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله". كما يشترط في الغلط المعتد به لتعيب الإرادة أن يكون على درجة من الجسامه بحيث لو علم به المتعاقد قبل إبرامه للعقد لما أقدم على إتمامه، وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من نص المادة 82 قانون مدني كما يلي: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط...".

يتضح من نص هذه الفقرة، أنّ المعيار المتبع في تقدير الغلط من عدمه، هو المعيار الشخصي الذي يرتبط بالشخص المقبل على التعاقد، لا بالخصائص التي يتكون منها الشيء محل العقد، كحالة من يشترى شيئا على أنه أثري ليكتشف بعدها أنه مقلّد. والمشرع الفرنسي بدوره جاء موقفه في الغلط من خلال نص المادة 01/1110 من القانون المدني الفرنسي السابقة، بأنّ الغلط المعتد به يجب أن يتعلق بالمادة الأساسية لتكوين الشيء محل العقد، أو بنوعية هذه المادة المكونة من حيث الجودة والرداءة⁵.

¹ - سليمان البراك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.02.

² - أسامة شهاب أحمد، حق المستهلك بالتروي والتفكير (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02، السنة 09، 2017، ص.630.

³ - سليمان البراك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.02.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، المجلد 01، ط.03 ص.311-312.

⁵ -Corinne Renault .B, l'essentiel du droit des obligation, 4ème éd, gualino, éd, Eja, paris, 2008, p.p. 37- 38.

أما بعد تعديله بالأمر رقم 131-2016 فتناول الغلط بنصوص المواد من 1130-1136، نذكر منها نص المادتين 1133-101¹، ونص المادة 1134² على التوالي، حيث نصت المادة الأولى على أن الصفات الجوهرية في الأداء هي تلك التي تم الاتفاق عليها صراحة أو ضمنا والتي بالنظر إليها تعاقد الطرفان، أما المادة الثانية فبينت أنه لا يكون الغلط في الواقع في الصفات الجوهرية للمتعاقد معه سببا للبطلان إلا في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار وهذا ما يفيد أن الغلط أمر ذاتي، يقع على الصفة الجوهرية للشيء المتعاقد عليه، ويصور الأمر على غير حقيقته يوم إبرام العقد، مما يحمل المتعاقد الذي وقع فيه على التعاقد.

وما يُصعب من إمكانية استفادة المتعاقد (خاصة الطرف الضعيف) من إبطال العقد، بسبب وقوعه في غلط، شروط رفع دعوى الغلط؛ إذ يجب على المتعاقد الواقع في الغلط عند بعض التشريعات أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان على علم بالغلط، أو على الأقل يسهل عليه اكتشافه³، ثم عليه أن يثبت الصفة الجوهرية وأن هذا الغلط هو الذي دفعه للتعاقد⁴، وبما أن الغلط أمر ذاتي بتوهم، فمن الصعوبة إثباته، خاصة إثبات كونه جوهريا⁵ وفي حالة تمكن معيب الإرادة من إثبات وجود الغلط، وهو قليل الحدوث في الواقع العملي، فإنه يترتب على ذلك بطلان العقد.

والتحليل السابق يظهر أن حماية الرضا كان يتم من خلال نظرية عيوب الرضا؛ ولكن التطبيق العملي كشف قصور هذه النظرية في حالات كثيرة، عن حماية مصالح المستهلك⁶.

إضافة لما سبق، فإن نظرية عيوب الإرادة تبقى عاجزة عن تقديم الحماية للمتعاقد (المستهلك) في العقود التي تبرم عن بعد؛ إذ المتعاقد في مثل هذه العقود، يبدى إرادته بكل وضوح وحرية ولكنه يكون متسرعاً، ولذا فإن نظرية عيوب الرضا لا يمكن أن تحميه من تسرعه؛ لاقتصارها على بعض صور ضعف الإنسان وعيوب الإرادة. وقد ورد في هذا الصدد بشأن أحد أنواع البيوع عن بعد ما يلي: "إن البيع بواسطة التلفزيون أسلوب للتعاقد غير تقليدي، ينبغي أن يواجه بوسائل غير تقليدية ضمنا لسلامة إرادة المشتري"، الأمر الذي منح المشتري في مثل هذه العقود حقه في الرجوع عن العقد كوسيلة لحماية رضاه⁷.

¹-Art.1133-01 dispose : «Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté ».

²-Art.1134 dispose : « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ».

³ - يراجع نص المادة 120 من القانون المدني المصري.

⁴ - يراجع نص المادتين 81 و82 من القانون المدني الجزائري.

⁵ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.924.

⁶ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ط.01، ص.98.

⁷ - عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المستهلك في عقود البيع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، المرجع السابق، ص.ص.06-07.

وفي السيّاق نفسه، يرى بعض الفقه¹ أن قانون العقد الذي أنشئ في سنة 1804، بني على خيال مفاده أن المتعاقدين حُرّان ومتساويان، ولكن أعيد النظر في هذا الخيال بعد دخول عنصر مناقض لمنطق العقد وهو: السلطة، بهدف حماية الطرف الضعيف في العقد.

ليضيف جانب آخر من الفقه² أن المعطيات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة، أدّت لزعزعت الأطر الكلاسيكية في القانون المدني، ممّا أكّد ضرورة تعديل نظرياته وقواعده، التي تؤمّن الحماية الكافية للمستهلك في الوضع الحالي، ويمكن أنّ يعتبر القانون الصادر بتاريخ 1972/01/22 المتعلق بالبيع التي تجري في المنازل السبب الأول لإنشاء فرع قانوني جديد وتسميته قانون الاستهلاك.

ومع ازدياد التقدم العلمي، بظهور تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، والدمج بينهما، أصبحت أغلب التعاملات تتم عبر شبكة العنكبوتية - خاصة التجارية منها - وفق ما يعرف بالعقد الإلكتروني؛ حيث يتواجد الطرفان في أماكن مختلفة، بالرغم من تواجدهما في مجلس العقد. خاصة ما يعرف بالعقود على الخط أو التسوق الآلي، من خلال عدة برامج منها برنامج "ICQ"³؛ الذي يعني إني أبحث عنك.

ويضيف بعض الفقه، أن أغلب عقود التجارة الإلكترونية المبرمة مع المستهلك هي عقود بيع، وهي بحسب الأصل عقود لازمة لا يمكن العدول عنها⁴.

وفي المعنى نفسه، ذهب بعض الفقه لإقرار قصور القواعد العامة بالنظر للمستجدات والتطورات الحاصلة في العصر الحالي؛ ممّا يستدعي ضرورة سنّ نصوص قانونية جديدة، تتمشى وهذه المستجدات، لتدعيم حماية رضا المتعاقد الضعيف، حتى في مرحلة تنفيذ العقد، بالنظر للظروف المحيطة بانعقاد العقد ونوعية العقود الحالية⁵. ويؤكد هذا الرأي جانب آخر من الفقه بقوله: إنّ هناك ضغط رهيب يؤثر على المتعاقد الضعيف، يدفعه لإبرام عقد يكتشف بعدها عدم حاجته له، وأن إرادته وقتها رغم سلامتها - لم تصل حد الرهبة بإكراه أو استغلال وأنه لم يقع في غلط- ولكنه انبهر بقوة الدّعاية والإعلان اللتان تعرض لهما فتسرع لإبرام عقد لا جدوى من ورائه⁶.

¹-« Le droit des rapports contracté c'est construit en 1804 sur une fiction, celle de deux contractants libres et égaux. Cette fiction n'a depuis cessé d'être en cause, en raison els s de l'introduction d'un élément antinomique à la logique de contrat : le pouvoir. Les mouvements du droit privé des rapports contractuels, de la protection de la partie faible au contrat jusqu'à l'application de techniques étrangères à la logique contractuelle, s'expliqueraient alors en partie par la reconnaissance du pouvoir ». Lokiec. P, Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004, p.11.

نقلا عن شوقي بناسي، المرجع السابق، ص.16، الهامش رقم 01.

²-Jean pierre. p, un Apport législative en matière De protection du consentement, rev, trim, civ, 1976, p. 66.

³- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، المرجع السابق، ص.17.

⁴- آلاء يعقوب النعمي، الحماية القانونية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد 18، العدد 14، 2005 ص.41.

⁵- المرجع نفسه، ص.41. وموفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.216.

⁶- منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.63.

ولهذه الأسباب كان لزاما على التشريعات الحديثة معالجة قصور نظرية عيوب الرضا، وذلك بوضع قواعد خاصة تنظم عقود الاستهلاك، مستقلة عن القواعد العامة لنظرية العقد لتحقيق حماية خاصة للمستهلك¹.

ولأجل ذلك، شرعت التشريعات الحديثة، وخاصة تشريعات الاستهلاك، إمكانية عدول المستهلك عن العقد بنص أمر، لتجنبه اللجوء للقضاء وتجهض النزاع قبل نشوئه، فتمنح للعقد أرضية مستقرة².

وفي المعنى ذاته، يؤكد بعض الفقه أنّ ابتداء العدول عن العقد يسد عجز نظرية عيوب الإرادة، لتحقيق الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العقود التي تتطلب ذلك، بمنحه فرصة مراجعة نفسه مرة أخرى، بالتدبر في الالتزامات المترتبة عن العقد، والأسباب التي دفعته للتعاقد بروية وتمهل بخلاف ما حصل عند إبرام العقد³.

ثانيا- الإخلال بالالتزام بالمطابقة: باعتبار المطابقة من الالتزامات القانونية المستحدثة، فإنّ المشرع لم يتطرق لها من خلال القواعد العامة إلا بصفة عابرة من خلال التزام البائع بالتسليم. ولكن تم التطرق إليها في قانون الاستهلاك، فقد عرفتها المادة 18/03 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 بما يلي: "استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به".

وجاء في نص المادة 11 المعدلة بالمادة 2 من القانون نفسه ما يلي: "يجب أن يلي كل منتج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفته ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله. كما يجب أن يحترم المنتج المتطلبات المتعلقة بمصدره والنتائج المرجوة منه....".

وقد نص المشرع الفرنسي كذلك على الالتزام بالمطابقة في قانون الاستهلاك الفرنسي بنص المادة ل-04/211 التي جاء فيها: "يلتزم البائع بأن يسلم شيئا مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم"⁴.

وبيّن حالاًها من خلال نص المادة ل-05-211 بما يلي⁵:

1- للمشتري أنّ يشترط مطابقة المنتوجات بصفة عامة بالنظر للاستعمال العادي المنتظر منها، ثم من خلال ما يقدمه البائع من عينيات ونماذج، إلى جانب الرغبة المشروعة للمشتري، أو من خلال ما يصرّح به البائع أو من يمثله خاصة الإشهار.

¹ - يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، المرجع السابق، ص.256.

² - أسامة شهاب أحمد، حق المستهلك بالتزوي والتفكير (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، المرجع السابق، ص.625-626.

³ - Ferrie. b, les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, p.177.

⁴ - جاء نصها بالفرنسية كما يلي:

Art. L. 211-04 dispose : « le vendeur et tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défaut » .

تقابلها المادة 03/02 من قانون الاستهلاك المصري

⁵-Philippe. L et Jérôme. F et Emmanuel. T, principaux contrat civils et commerciaux, paris, ellipse, 2005, p.271.

2- تتمثل المطابقة فيما يتم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، أو ما يطلبه المشتري للاستعمال المحدد من طرفه شريطة أن يعلم به البائع ويقبله.

أما الفقه، فعرفها كما يلي: "تعهد البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم موافقاً للشروط المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمناً، ومحتويًا على المواصفات التي تجعله صالحاً للاستعمال بحسب طبيعته ووفقاً لغرض المشتري بما يشمل حسن الانتفاع به وتوقي أضراره"¹.

وبناء على ما جاءت به النصوص السابقة، يتضح أنّ المطابقة تشمل العديد من المعايير، تتمثل فيما يلي:

- مطابقة الشيء المبيع للأوصاف التي يطلبها المستهلك، من حيث مكوناته، وصفاته، مع النصوص القانونية باحترام الوسم، وتاريخ الصلاحية وغيرهما.

- مطابقة المقاييس والمواصفات المعتمدة، خاصة ما جاء به قانون التقييس رقم 04-04².

وفي هذا الصدد، يرى بعض الفقه، أنّ الالتزام بضمان المطابقة يستلزم بصفة خاصة في العقود التي تتم بالتلفاز أو عن طريق الانترنت إذ لا يمكن للمتعاقد المستهلك التأكد من مطابقة المنتج وقت التعاقد، ممّا يترتب مسؤولية المتعاقد الآخر³.

وإذا كان الأصل في السلع والخدمات، أن تكون مطابقة للمواصفات التي يتطلبها المتعاقد؛ مع مطابقتها للمقاييس والمواصفات المعتمدة من طرف الدولة، وفقاً لما جاء به قانون التقييس، فإن البعض ممن يتعامل مع المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية - خاصة من الناحية الفنية والتركيبية للمنتج - يعمد لمخالفة مطابقة المنتج للمقاييس والمواصفات المطلوبة، وهي الحالة التي لا يمكن للمتعاقد الآخر (المستهلك) أن يكتشفها إلا وقت تنفيذ العقد، وعند التسليم⁴، وعندها لا يكون أمام المستهلك سوى رفع دعوى قضائية، يثبت فيها عدم مطابقة محل العقد لما هو مطلوب قانوناً من حيث المطابقة؛ فيثبت له الحق في استبدال المنتج، أو رده واسترداد الثمن، وكل هذا يتم وفق إجراءات رفع الدعوى القضائية، وما تتطلبه من جهد ووقت⁵. ضف إلى ذلك ما يلزم لقيام الالتزام بالمطابقة ورجوع المستهلك على من تعاقد معه، بصفته متدخلًا أن يقوم المستهلك بفحص المنتج وإخطار المتعاقد الآخر بعدم المطابقة، إلا أن التركيب المعقد والدقيق للمنتجات في العصر الحالي لا يستطيع معه

¹ - ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، بدون طبعة، دار النهضة العربية، 2008، ص.10.

² - القانون رقم 04-04 المؤرخ في 13 جوان 2004، المتعلق بالتقييس، المؤرخ في 27/06/2004، ج.ر، العدد 41.

³ - ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.35.

⁴ - المرجع نفسه، ص.23.

⁵ - المرجع نفسه، ص.31.

المستهلك أن يكتشف الخلل الموجود بالمنتج؛ مما يضطره للاستعانة بخبير، كما يلتزم باحترام الوقت المحدد لإخطار المتعاقد الآخر بعدم المطابقة¹.

وقد أوجبت اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للسلع المشتري أن يخطر البائع بعيب المطابقة، موضحا طبيعته في مدة معقولة تكفي للتأكد من اكتشاف عيب المطابقة حسب ما ورد بنص المادة 39-202² من الاتفاقية التي جاء نصها كما يلي: "وفي جميع الأحوال يفقد المشتري حق التمسك بالعيب التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسليم المشتري البضائع...". أما إذا لم تحدد المدة اللازمة للإخطار فيقوم القاضي بتقدير المدة الكافية لذلك؛ معتمدا على طبيعة الشيء ومحل العقد وظروف التعاقد³.

ووفقا لما سبق ذكره، من إجراءات طويلة ومعقد، يجد المستهلك نفسه يدور في حلقة مفرغة من تضييع للمال والوقت والجهد جراء الاستعانة بخبير لتحديد عيب المطابقة في المنتجات ذات التركيب المعقد وإجراءات رفع الدعوى والمصاريف المرافقة لها، تجعله يعزف عن المطالبة بحقه.

ومع ذلك؛ وبالرغم من نص تشريعات الاستهلاك على ضمان الالتزام بالمطابقة؛ إلا أنه لا يشمل كل الحالات، إذ بإمكان المستهلك أن يطلب ضمان صفات معينة في الشيء محل العقد بناء على الاتفاق، أو أن يكفل المتدخل صفات معينة للمستهلك، إلا أن المتدخل باعتباره يمثل الطرف القوي قد يتعسف في حق المستهلك ولا يلتزم بأداء ما كفله للمستهلك.

وتجرب الملاحظة أن الحياة العملية كشفت أن الالتزام بالمطابقة لم يحترم في كثير من الأحوال من طرف منتجين ومقدمي خدمات بالرغم من النص على المطابقة المسبقة من طرف تشريعات الاستهلاك حسب ما ورد بنص المادة 12 من القانون رقم 03-09 المعدل والمتمم جاء فيها "يتعين على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة للمنتج قبل عرضه للاستهلاك..."، وتشديد الجزاء لمخالفة مطابقة المنتجات بنص المادة 73 مكرر من القانون نفسه التي جاء فيها ما يلي: "يعاقب بغرامة من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000) كل من يخالف الخصائص التقنية المنصوص عليها في المادة 11 من هذا القانون".

وفي المعنى ذاته، ذكر بعض الفقه، أنّ حملة تفتيش أجريت من قبل المصالح المختصة بمراقبة النوعية، أثبتت عدم احترام أدنى قواعد الجودة والضمان؛ خاصة في مجال المنتجات الإلكترونية الواسعة الاستهلاك⁴. ويتساءل بعض الفقه، عن الحالة التي لا يكون الغرض من المنتج، أو الاستعمال الخاص، مما تم الاتفاق عليه

¹ - ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.62.

² - <https://www.uncitral.org> > cisg.

اطلع عليه يوم: 2019/12/13، على الساعة 20:41.

³ - ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.63.

⁴ - العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، 2002، ص.205.

وإنما من توقعات المستهلك بأن يكون المنتج مطابقا لغرضه الخاص، فهل يمكن إلزام المتدخل بضمان المطابقة على أساس توقع المستهلك¹؟

واختلف الفقه بين مؤيد ومعارض؛ في الإجابة عن هذا التساؤل، إلا أن ما يبدو أن لجوء المستهلك للعدول عن العقد، هو الحل الأمثل لمثل هذه الحالة، خاصة مع التحولات الاقتصادية والصناعية المستجدة، التي ساعدت بعض المنتجين لإنتاج سلع غير مطابقة للمواصفات المطلوبة، من عناصر الأمن والسلامة في المنتجات لأجل تحقيق أكبر قدر من الربح.

وقد يسعى المتدخل لاستعمال وسائل غير أخلاقية، لتضليل المستهلك بمزايا غير حقيقية لمنتجه في ظل غياب تنظيم تشريعي كامل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، الذي أصبح عرضة للتلاعب بمصالحه الشخصية والمادية².

من خلال ما تم بيانه، يتضح ارتباط الالتزام بالمطابقة مع رضا المستهلك، حيث أن مطابقة المنتجات للرغبة المشروعة للمستهلك يساهم بشكل كبير في إقبال المستهلك على التعاقد بإرادة مستنيرة وواقفة، خاصة وأن "عبارة الرغبة المشروعة"، تفيد الأخذ بالمعيار الذاتي لكل مستهلك، كما أن مطابقة المنتجات للمواصفات الوطنية يؤكد جودتها، ويبعث على الاطمئنان، إلى جانب ضرورة تقديم المتدخل للإشهاد بالمطابقة، حسب ما ورد بنص المادة 10/02 من القانون رقم 04-04 المتعلق بالتقييس التي جاء فيها ما يلي: "العملية التي يعترف بها بواسطة شهادة المطابقة و/ أو علامة المطابقة بأن منتجاً ما يطابق المواصفات أو اللوائح الفنية كما هي محددة في هذا القانون".

ثالثاً- الإخلال بالالتزام بالإعلام: قبل بيان كيف يتم الإخلال بالالتزام بالإعلام، يجب تحديد معنى الالتزام بالإعلام، وهو الالتزام الذي تعددت التعريفات الفقهية بشأنه، نذكر منها ما يلي:

الالتزام بالإعلام هو "تعريف البائع المحترف للمستهلك بكيفية استعمال السلعة بالشكل الذي يحقق أقصى مدى من الأهداف التي يبتغيها من شرائه"³. وعرفه آخر بما يلي: "هو جعل المستهلك في آمنة ضد مخاطر المنتج الذي يشتريه سواء كان سلعة أو خدمة وهو ما يفرض على المهني التزاما بإحاطة المستهلك علما بظروف العقد وملاساته".

وبهذا يتضح أنّ الالتزام بالإعلام، هو التزام يقع على أحد الطرفين يفترض فيه العلم والدراية، وهذا ما يميزه عن الطرف الآخر، ويرجح الكفة لصالحه، الأمر الذي يجبره على ضرورة الإدلاء بكل ما يتعلق بما يقدمه

¹ - ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.85.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.137.

³ - محمد حاج بن علي، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة في الشيء المبيع، (دراسة مقارنة) أكاديمية الدراسات الاجتماعية والإنسانية، الشلف، 2011، ص.75. ولغة هو تحصيل حقيقة الشيء ومعرفته والتيقن منه. للتوسع أكثر يراجع: بولحية خميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار هدى، 2000، ص.50.

للطرف الآخر، من طريقة الاستعمال، إلى التحذير من سوء الاستعمال، ويتجسّد في فكرتين تبدوان في ظاهرهما أنهما مختلفتان ولكنهما متكاملتان، هما الالتزام بالإفضاء، والالتزام بالتحذير¹ :

والالتزام بالإفضاء، يتمثل في الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالمنتجات على أكمل وجه، وخاصة ما يتعلق بالمنتجات الخطرة، فانعدام البيانات السابق ذكرها، يحول دون استفادة المستهلك المنتج ممّا اقتناه، ويعرضه للخطر، ويجب أنّ يكون الإفضاء واضحاً ظاهراً ولاصفاً بالمنتج².

أمّا الالتزام بالتحذير، فيوجب على المحترف إحاطة المستهلك بالطرق السليمة لاستخدام المنتج؛ وذلك بأنّ يحدد له الكيفية التي تجنبه أضراره³.

وفي هذا الصدد، تجب الإشارة إلى أنّ الالتزام بالتحذير، قد يؤدي إلى إحجام المستهلكين عن شراء بعض المنتجات تجنباً لما قد ينتج عنها من أضرار، في حالة إغفال بعض الاحتياطات؛ الأمر الذي يؤثر على عملية البيع ذاتها، خاصة من المنظور التجاري للبائع عكس توضيح طريقة الاستعمال التي تشجع الإقبال على الشراء⁴.

بناء على ما سبق، يرى بعض الفقه بأنّ الالتزام بالإعلام يقتصر على التعاقد الذي يجهل المعلومات جهلاً مشروعاً- مبرراً- يعفيه ضرورة الاستعلام والتحري بنفسه⁵.

وبالرجوع للتشريعات المقارنة، نجد أنّ الدول الحديثة، قد عمدت إلى إلزام المنتجين والموزعين بإعطاء المعلومات الكافية للمستهلك، حتى يكون على بينة من أمره في إبرام العقود، هذه المعلومات تتجاوز حدود معلومات مبيّنة لنوعية السلعة المراد بيعها، وذلك بمصارحة المستهلك بعدم جدوى السلعة التي يريد شراءها للهدف الذي يسعى لتحقيقه من ورائها، أو عدم مطابقتها للغرض المتوخى منها، فالمطلوب من المنتج ومن في حكمه، إذن عدم اتخاذ موقفاً سلبياً؛ ويترك المستهلك يسعى للتأكد ممّا هو مقدم عليه لإتمام العقد أم لا⁶. فقد جاء نص المادة 17 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم بما يلي: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم..."، مع تأكيد ضرورة النص باللغة العربية

1- هناك جانب من الفقه، يفضل الاكتفاء بمصطلح الإفضاء بدل الالتزام بالإعلام، على اعتبار أنه أوسع من الإفضاء، ويتعلق بتوصيل الأحداث للجمهور عن طريق عدة وسائل قد تكون مرئية، مكتوبة وتشترط فيه المصادقية والوضوح. للتوسع أكثر يراجع: زهية حورية سي يوسف، الالتزام بالإفضاء عنصر من عناصر ضمان سلامة المستهلك المجلة النقدية القانونية والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02، 2009 الهامش رقم 01، ص.55.

2- محمد حاج بن علي، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة، المرجع السابق، ص.75. وزاهية حورية سي يوسف، الالتزام بالإفضاء عنصر من عناصر ضمان سلامة المستهلك، المرجع السابق، يراجع الصفحات التالية: ص.62، وص.67 وص.68.

3- محمد حاج بن علي، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة، المرجع السابق، ص.76-77. وزهية حورية سي يوسف، الالتزام بالإفضاء عنصر من عناصر ضمان المستهلك، المرجع السابق، ص.65.

4- محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج من الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، مصر، 1983، ط.01، ص.24.

5- فرحات رموش، الالتزام بالإعلام رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2012، ص.289-290.

6- جمال فاجر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 02، 1989 ص.99.

حسب نص المادة 18 من القانون نفسه، مع تشديد الجزاء في حال مخالفة نص المادتين 17 و18 من خلال نص المادة 78 من القانون نفسه بما يلي: "يعاقب بغرامة من مئة ألف دينار (1000.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من يخالف إلزامية إعلام المستهلك المنصوص عليها في المادتين 17 و18 من هذا القانون).

إلا أنّ ما يحدث في الواقع العملي غير ذلك، فقد حلّ الإعلان التجاري¹ محل الالتزام بالإعلام، خاصة مع تطور تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، وظهور شبكة العنكبوتية، وبدلاً من أن يكون وسيلة دعائية وتعريف بالمنتجات والخدمات ومدى استجاباتها لمتطلبات المستهلك، فإنّ التجار باعتبارهم طرفاً قوياً في العلاقة العقدية عادة ما يلجؤون لاستعمال أساليب الغش والخداع لتضليل المستهلك مستعملين في ذلك أحدث التقنيات والمؤثرات الصوتية والبصرية، ممّا يسبب ضغطاً نفسياً على المستهلك يدفعه للتعاقد دون ترو وتدبر لما هو مقدم عليه، بدل تنويره بمعلومات حقيقية وفق ما دعت إليه قوانين الاستهلاك. وفي هذا، تأثير على إرادة المستهلك في الحصول على معلومات دقيقة وصحيحة عن ما هو مقدم عليه، لأنه يعتمد على الإغراء والمبالغة وتزييف الحقائق² وللإشهار أثر مزدوج على الاقتصاد الوطني، فإنّ استعمال بصدق ووفاء يكون له دور إيجابي، وإنّ استعمال بعكس ذلك، لقصد تحقيق الربح على حساب صحة وسلامة المستهلك يكون له تأثير سلبي، خاصة وأنّ الإشهار أصبح يعتمد على تقنيات عالية، وطرق متطورة تحت إشراف متخصصين لهم كفاية فنية عالية تقوم على دراسات اجتماعية ونفسية للتمكن من معرفة متطلبات، ورغبات، وميولات المستهلك، بالتركيز أكثر على جانب الإثارة والإغراء، بعيداً عن القيم والأخلاق، وذلك بخلق استجابة شرطية لديه تقوم على علاقة التلازم بين الاستهلاك والسعادة في الجانب اللاشعوري للمستهلك (وفق نظرية بافلوف المعروفة في العلوم الطبيعية)، ممّا يجعله يبدي رغبة جامحة في الاستهلاك رغم محدودية دخله، ممّا يصيبه بالحزن والتوتر، في حال عدم قدرته على الشراء³.

ومن جهة أخرى، فإنّ طبيعة الإعلان التجاري، أصبحت تحت المستهلك على الإقدام على التعاقد بكونه واقع وضرورة من ضرورات الحياة، فأصبح مألوفاً ومقبولاً ما دام لا يؤدي إلى خداع المستهلك وتضليله، لأنّ حقيقته تهدف إلى تسويق السلع والخدمات، ولا يتم ذلك إلاّ بإظهار محاسنها ومزاياها⁴. وبخلاف ذلك نكون

1- يعرفه بعض الفقه بما يلي: "كل نشاط تجاري يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق الإعلان عن سلعة أو خدمة معينة، بإظهار محاسنها ومزاياها بأي وسيلة من وسائل الإعلان، لإثارة المستهلكين ودفعهم للتعاقد من أجل الحصول عليها". للتوسع أكثر يراجع: موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.41. والإشهار: "هو فن إغراء الجماهير أو الأفراد للإقبال على اقتناء منتجات أو سلع معينة أو الاستفادة من بعض الخدمات العامة، وذلك بخلق حالة من الرضا والقبول لديهم، أو محاولة إقناعهم بامتياز وفائدة تلك المنتجات والسلع". للتوسع أكثر يراجع: عبد الكريم عباد، حماية المستهلك من سلبيات الإشهار التجاري (قراءة في القانون رقم 31/08)، المرجع السابق، ص.76.

2- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.95. ومحمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قانون الاستهلاك، المرجع السابق، ص.13.

3- عبد الكريم عباد، حماية المستهلك من سلبيات الإشهار التجاري (قراءة في القانون رقم 31/08)، المرجع السابق، ص.76-78.

4- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.56-57.

أمام الإعلان المضلل الذي من شأنه خداع وتضليل المستهلك، بتقديم السلعة أو الخدمة التي أعلن عنها، ولكن ليس بالصورة التي أعلن عنها؛ أو أن لا تكون السلعة أو الخدمة موجودة أصلاً؛ أو أن يذكر المنشأ الأصلي للمنتج المعروف بالجودة والإتقان ليتبين بعدها أنها من منشأ آخر غير الذي ذكر في الإعلان، أو أنّ يتعلق التضليل بالمكونات الأصلية للمنتج، بأنها طبيعية، ليكتشف بعدها أنها غير ذلك، كما يمكن أن يؤدي الإعلان المضلل إلى إحداث لبس للمتعاقد الآخر، خاصة لما يتصف بالضعف، حين يعمد التاجر إلى تقليد المظهر الخارجي لمنتج آخر، أو علامته التجارية، أو تغيير بسيط في اسم منتوجه، ليوافق في النطق المنتج الأصلي¹.

كما أنّ الإشهار في القروض الاستهلاكية، بالرغم من اشتراط التشريعات التي تناولت هذا النوع من العقود، ضرورة أن يتضمن مجموعة من البيانات والمعلومات الموضوعية، إلا أن مجال القروض الاستهلاكية يخرج عن سيطرة التشريعات، كتحديد نسبة الفائدة التفضيلية، وضبط شروط منحها، والواقع يثبت ذلك، فالقروض الاستهلاكية أصبح يشكل أداة من أدوات النظام الرأسمالي، لنهب المزيد من فائض القيمة لدى المستهلك، والأمر نفسه بالنسبة للقروض في المجال العقاري².

وإضافة لما سبق، فإن الدعاية والإعلان في مجال العقد الإلكتروني تلعبان دوراً مضاعفاً في إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه للتعاقد؛ بالنظر لقوة الشبكة العنكبوتية من حيث الانتشار والتأثير والقدرة على إقناع الأشخاص على التعاقد ليكتشف بعدها أنه أبرم عقداً لا يحقق له نفعاً³.

ولأجل ذلك يبدو أن العدول عن العقد هو الحل الأمثل لهذه الحالات، خاصة لما يُقتنى منتجا ما ليكتشف صاحبه عدم حاجته له، لذا يجب على المتدخل السعي لتحسين منتجه والحرص على جودته، والابتعاد عن الطرق غير السوية في الترويج والإعلان عنه، لتفادي إنهاء العقد من طرف المستهلك بإرادته المنفردة، بسبب عدم رضاه عن المنتج الذي اقتناه.

وتدعيماً لما سبق، بيّن بعض الفقه، أن حق العدول عن العقد، هو مكمل لحق التبصير، فمن يتعامل عن بعد لا يرى الشيء محل العقد، وإنما يرى نموذجاً على شاشة الحاسوب⁴.

الفرع الرابع: ظهور عقود جديدة أحد أطرافها مهني متخصص

أبرز الواقع الاجتماعي والاقتصادي عقوداً جديدة، تتمثل في عقود البيع عن بعد، كالبيع بالمنزل، والبيع بالتلفزيون، والبيع عن طريق الشبكة العنكبوتية، أين يكون التعاقد على محل عقد تمت رؤيته على شاشة الحاسوب

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، يراجع الصفحات الثالثة: ص.60، وص.61، وص.64 وص.75.

² - عبد الكريم عباد، حماية المستهلك من سلبيات الإشهار التجاري (قراءة في القانون رقم 08-31)، المرجع نفسه، ص.95-96.

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ط.01، ص.14.

⁴ - فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان 2010، ص.14.

أو التلفاز فقط¹، حيث يتم تبادل التعبير عن الإرادة مع الغياب المادي للأطراف، مما يستدعي وضع قواعد قانونية خاصة بهذا النوع من العقود؛ لتمكين المتعاقد من التعرف على حقيقة ما هو مقدم عليه، لأنه مهما بلغت نية المتعامل معه في وصف الشيء محل العقد؛ فإن ذلك لا تغني عن الرؤية الحقيقية له، وهذا ما دفع بعض التشريعات إلى النص على العدول عن العقد، على غرار ما جاء به التوجيه الأوروبي والتشريعات التي اتبعتها منها التشريع الفرنسي².

وإضافة لما سبق ذكره من عقود، توجد عقود أخرى كذلك يمتاز أحد طرفيها بالمهنية والتخصص، كعقود التأمين، خاصة التأمين على الحياة، وعقد حفظ الحق³، وعقد البيع على التصاميم⁴، وعقد القرض الاستهلاكي وذلك لتسهيل أداء الخدمات، ونقل الأموال تمثيلاً مع ما استجد من واقع، وهذه العقود يبرز فيها طابع التخصص والمهنية، مما يدفع الطرف الآخر المتعاقد مع المستهلك إلى تضمين العقود بعض الشروط المحففة في حق المستهلك، مما يستدعي ضرورة إيجاد وسيلة لتحقيق حماية إضافية وفعالة في الوقت نفسه للمستهلك.

وبالازدهار التجارة الإلكترونية، أصبح المستهلك لا يتمكن من معاينة المنتج حتى يتفاوض بكل حرية مع من يتعاقد معه، وحتى مع توافر هذه الفرصة تكون مكلفة بالنسبة له، مما يعرضه للغش والخداع، خاصة وأن عقود التجارة الإلكترونية غالباً ما تسييرها شركات قوية من الناحية الاقتصادية تشبه شركات الاحتكار في عقود الإذعان⁵.

ويضيف بعض الفقه، أن حالات الغش تتزايد بشكل متتالية هندسية بسبب التطور الصناعي والتكنولوجي، مما ييسر عمليات الغش وطرق إخفائها ومحي آثارها فيسهل خداع المستهلكين⁶.

وما زاد من حاجة الدول الحديثة لتشريع حق العدول عن العقد، ظهور فكرة العولمة في الأنظمة الاقتصادية التي تمتاز بزيادة نمو النشاط الدولي المتبادل، وظهور تكتلات دولية على أسس اقتصادية ومعالم مشتركة، تنوع وتدقق المعلومات في مختلف مجالات الحياة الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية، وحتى الدينية

¹ - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.41.

² - عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.47-48.

³ - المادة 27 من القانون رقم 04-11، والتي جاء نصها كما يلي: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناءه أو في طور البناء لصاحب الحق، فور إنجازه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير".

أما المادة 07/02 من القانون نفسه، فعرفت المرقي العقاري كما يلي: "يعد مرقياً عقارياً في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

⁴ - المادة 28 من القانون رقم 04-11 جاء فيها ما يلي: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من البنائة مقرر بناؤها أو في طور البناء، وهو العقد الذي يتضمن ويكسر تحويل حقوق الأرض وملكية البنائة من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال...".

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الإلكترونية، 2008، ص.48.

⁶ - سالم محمد عبود ورشا كيلان شاكر، الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري، مركز بحوث السوق وحماية المستهلك، جامعة بغداد ص.04.

حيث منحت العولمة دفعا قويا للتجارة الخارجية، وسهلت عملية جذب الاستثمار الخارجي للدول الرأسمالية، كما ساهمت في ظهور الاقتصاد الرقمي، الذي ينمو مع وجود المعلومة وسرعة وسهولة الوصول إليها، بدل الاقتصاد الكلاسيكي المبني على توزيع فروع الاقتصاد من صناعة وزراعة وتجارة وخدمات¹، فلا يمكن بأي حال من الأحوال في الوقت الحالي، ممارسة أي نشاط اقتصادي مهما كان نوعه، بعدا عن التطور الاقتصادي الذي يسهل نشر المعلومات والمعارف، وتكييفه وفق الاحتياجات المحلية، هذا إلى جانب الاقتصاد المعرفي²، أو ما يعرف باقتصاد "اللاملموسات"، حيث يشهد الاقتصاد المادي تقلصا وانكماشًا، وتمثل شركة "ميكروسوفت" أنموذجا واضحا للاقتصاد المعرفي في خلق أصول وموجودات غير ملموسة³، فالاقتصاد المعرفي عمل على دمج التكنولوجيا الحديثة في عناصر الإنتاج، مما يؤثر بشكل واضح على مجالات التجارة والاتصالات، وانتشار التعامل بالشبكة العنكبوتية، والتجارة الإلكترونية، كما أصبح الاقتصاد الجديد يقوم على المعرفة الفنية، والمعلومة، بخلاف الاقتصاد الكلاسيكي الذي يقوم على رأس المال، والأيدي العاملة، والحيز الجغرافي⁴.

وقد عمد التشريع الفرنسي لتعديل القانون المدني في سنة 2016، لمواكبة اقتصاد العولمة بشكل دائم التطور، وذلك بجعله أكثر تنافسية، ومحل اختيار بالنسبة للعقود الدولية، سعيا منه لمواكبة تطورات قانون السوق إذ تناول بالتنظيم الأحكام العامة، من حرية تعاقدية، والقوة الملزمة للعقد، وحسن النية-المبدأ المجدد-، كما استحدث ما يعرف بالإكراه الاقتصادي، سعيا منه لجعل القانون الفرنسي، أكثر عدالة في محاولة تقريبه من القوانين الأوروبية، لأجل توحيد قانون العقود على المستوى الأوروبي، وذلك من خلال تمكين المتعاقدين من تجنب المنازعات المتعلقة بالعقد، دون اللجوء للقضاء، كإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة عن طريق الإخطار، وقبول أداء منقوص مع تخفيض الثمن، سعيا منه لمواكبة اقتصاد العولمة⁵.

إضافة لما سبق بيانه، فإن انعدام التواصل بين المستهلك ومن يتعاقد معه، إلى جانب الإغراءات، والدعاية والتسهيلات التي تمنحها السوق الإلكترونية، يدفعه للتعاقد دون ترو وتدبر في مثل هذه العقود، خاصة وأن نقرة على زر الحاسوب تكفيه لإتمام ذلك، كل هذا يجعل منح فرصة الرجوع عن العقد الذي أبرمه أمرا مبررا⁶، حيث

¹ - أحمد نافع المدادحة وعدنان عبد الكريم الذيابات، اقتصاديات المعلومة والمعرفة، مكتبة المجتمع العربي، الأردن، 2014، ط. 01، ص. 26.

² - "الاقتصاد المعرفي هو فرع من علم الاقتصاد يهتم بعوامل تحقيق الرفاهية من خلال مساهمته في اعداد نظم تصميم وإنتاج المعرفة ثم تطبيق الإجراءات اللازمة لتطويرها... من أجل تحقيق تنمية شاملة ومستدامة". للتوسع أكثر يراجع: أحمد نافع المدادحة وعدنان عبد الكريم الذيابات، المرجع السابق، ص. 57.

³ - المرجع نفسه، ص. 55.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 39-41.

⁵ - محمد قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد من 1111 إلى 1231-07، منشورات حلي الحقوقية، 2018، ص. 12-13.

⁶ - عبد الفتاح البيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 43.

أصبح هناك عرفاً تجارياً وطنياً ودولياً يفيد أن مجرد الضغط على مفتاح القبول في لوحة المفاتيح للحاسوب تعد تعبيراً عن رضا المتعاقد¹.

ثم إن عقود التجارة الإلكترونية تختلف عن العقود العادية، على اعتبار أن المعاملات الإلكترونية تتم بدون تدخل بشري، بل تتم باستخدام الوكيل الإلكتروني².

وقد تدخلت التشريعات الوطنية والدولية، التي تناولت في نصوصها تنظيم المعاملات والمبادلات الإلكترونية لتعريف الوكيل الإلكتروني، فعرفه القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC بنص المادة الثانية والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية UETA بالمادة 06/02 من القسم رقم "401" كما يلي: "برنامج حاسوبي، أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، أعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على تسجيلات إلكترونية، أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية، بدون الرجوع للشخص الطبيعي". كما عرفت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الوكيل الإلكتروني في المادة 04 كما يلي: "برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة إلكترونية أو أي وسيلة أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستعمل فيها النظام إجراء ما أو ما ينشئ استجابة ما"³.

ومن جهة أخرى، عرف الوكيل الإلكتروني كما يلي: "برمجة محددة لجهاز الحاسوب تتولى مهمة إبرام العقد الإلكتروني تلقائياً بمجرد اتصال الجهاز المبرمج بجهاز حاسوب آخر مبرمج للمهمة ذاتها، دون حاجة للتدخل البشري"⁴.

وبناء على ما جاءت به التعريفات السابقة، يتضح إمكانية إبرام عقد إلكتروني عن طريق الشبكة العنكبوتية بين شخص طبيعي ووكيل إلكتروني، يتمثل في جهاز الحاسوب مبرمج مسبقاً، أو بين جهاز حاسوب وآخر؛ وفي هذا تأثير على رضا المستهلك، خاصة من حيث المساواة بين طرفي العقد، وفي المعنى نصت اتفاقية الأمم المتحدة في المادة 12 منها على ما يلي: "لا يجوز إنكار صحة أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل

¹ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2009، ط. 01، ص. 43.

² - (ما يعرف بوسيط مؤتمت أو نظام رسائل آلي) إذ يتم وفقاً لهذا النظام إبرام العقد بين جهاز الحاسوب مع إنسان أو مع جهاز حاسوب آخر؛ ما يفيد أن الإيجاب والقبول يتمان بصورة آلية اعتماداً على عناصر ومعلومات مبرمجة بين أجهزة الحاسوب من خلال شبكة الإنترنت. للتوسع أكثر يراجع: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 65. ومحمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 78.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 60.

⁴ - قلاوaz فاطمة الزهراء، ورباحي أحمد، الوكيل الإلكتروني آلية حديثة للتعبير عن الإرادة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسينية بن بوعلبي الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، 2020، ص. 15.

بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي، أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين، لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال أو تدخله فيها"¹.

ضف لذلك، حالة وقوع "خطأ" أو "غلط" من طرف الوكيل الإلكتروني، وليس من موكله، أو بالنسبة للسبب الأجنبي، ففي الحالة الأولى وبسبب وجود عيب في برمجة الحاسوب، يدفع المتعاقد معه على التعاقد، فإنه يمكن طلب إبطال العقد على الموكل؛ باعتباره الأصيل في العقد، ليرجع بعدها على مصمم الجهاز؛ باعتباره المسؤول عن الخطأ في البرمجة²، أمّا إذا كان الضرر الذي لحق الغير يرجع للسبب الأجنبي؛ فلا يمكن للغير الرجوع على الموكل³.

كما أدت التطورات الاقتصادية والتقنية، إلى تفوق أحد طرفي العلاقة العقدية على حساب الطرف الآخر الذي لا يفقه مّا هو مقدم على التعاقد عليه شيئاً؛ وربما أساء التقدير بشأن الشيء محل العقد، ورأى أنه لا يتناسب مع احتياجاته.

وبالنظر للمزايا التي تقدمها التجارة الإلكترونية، من ربح للجهد والوقت في التعامل، خاصة تلك التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية، ولأجل تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة العقدية كان لزاماً على التشريعات تبني حق العدول للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، خاصة وأن الخبراء في هذا المجال يرون انحسار أساليب البيع الكلاسيكية، التي تضمن قدراً من المساواة بين طرفي العلاقة العقدية⁴.

ومن جهة أخرى، فالمستهلك لم تتوافر لديه الثقة الكاملة بالتسويق الإلكتروني، بعيداً عن التسويق الكلاسيكي، الذي يمكنه من معاينة المنتجات واختيار ما يناسبه بكل حرية⁵، مع مراعاة الجانب النفسي والثقافي للمستهلك؛ بالنظر للبيئة التي يعيش فيها، وهل تنتشر فيها ثقافة التعامل بالحاسب الآلي والشبكة العنكبوتية⁶؛ إلى جانب إجراءات الدعاية المضللة، والإعلان الذي قد يكون كاذباً، إلى جانب التسهيلات التي تمنحها المواقع الإلكترونية للمستهلك، فيندفع دون ترو وتفكير للاستجابة لهذه الإجراءات⁷.

وبالعودة لنطاق العقود التي شرع من أجلها العدول عن العقد في التشريعات الوضعية، نجد أن العقود الإلكترونية هي من جملة القضايا الفقهية المستجدة والطارئة، ظهرت بسبب الحاجة إليها، ويقيم المجال مفتوحاً لعقود أخرى حسب الحاجة، سببها التقدم التكنولوجي، وتطور وسائل الاتصال. إلا أنّ ما يبدو أنّ أصل هذه

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.67.

² -Benjamain Wright et Jan k.Winn, the law of electronic commerce, 3^{eme} ed, 2000 , p.p.09-15.

نقلا عن خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.72.

³ - المرجع نفسه، ص.72.

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.70.

⁵ - المرجع نفسه، ص.10.

⁶ - عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.79.

⁷ - المرجع نفسه، ص.89.

العقود هي العقود المعروفة؛ فقد تكون عقود مسماة، وقد تكون غير مسماة، أو عقود خدمات تكيف على أنها عقود مقاوله، أو عقود معلومات تكيف على أنها عقود استصناع، كما ينطبق بعضها على عقود الإيجار¹.

وفي إشارة لصحة استحداث عقود جديدة (عقود الاستهلاك)، يرى بعض الفقه² أنه كما تنشأ العقود باللفظ والكتابة، تنشأ كذلك بالفعل إذا تعارفه الناس وجعلوه ينشأ العقد، وكل ما جرى عليه عرفهم، وشاع بينهم، فالعقود شرعت للحاجة ومصصلحة الناس على ما يقتضيه الشرع، وهذا ما يستخلص من النصوص التشريعية التي تركت الحرية للناس لإنشاء العقود بحسب الحاجة، وإن لم يكن معروفا لهم ما لم تتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية، فتدخل في عموم قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"³.

ويضيف جانب آخر من الفقه⁴ أن الأصل في العبادات التوقيف، فلا يشرع منها إلا ما شرعه الله تعالى وإلا دخلنا في معنى قوله تعالى: "أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِّيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ"⁵. أما العادات فالأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله وإلا دخلنا في معنى قوله: "قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنَ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ آللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ"⁶.

وقد اتفق جمهور الفقهاء⁷ على جواز التعاقد عبر الأنترنت، لأن الأصل في العقود؛ وفي ما يستخدمه الناس الإباحة إلا ما دل على حرمة، معتمدين في ذلك على ما جاء في الكتاب والسنة.

فمن الكتاب الآيات الكريمة التالية: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁸. وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"⁹. وهي الآيات التي جاءت نصوصها على العموم بما يشمل جميع أنواع العقود بما فيها العقود الإلكترونية، شريطة أن يتم ذلك عن رضا وارتياح.

¹ - مكائيل رشيد علي الزبيري، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، العراق، 2012 ص.174.

² - علي الخفيف، المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر، 2008، يراجع الصفحات: ص.209 وص.210 وص.226.

³ - سورة المائدة، الآية رقم 01.

⁴ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، 1987، ج.04، ط.01، ص.09.

⁵ - سورة الشورى، الآية رقم 21.

⁶ - سورة يونس، الآية رقم 59.

⁷ - يرى بعض الفقه أن "والبعد إن كان مجال يوجب الالتباس بقول كل واحد منهما يمنع، إلا فلا". للتوسع أكثر يراجع: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، 1310، ج.03، ص.06. ويؤكد هذا الرأي كذلك بعض الفقه بقوله: "لو تناديا، وهما متباعدا، وتبايعا صح البيع. للتوسع أكثر يراجع: النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج.09، ص.181.

⁸ - سورة المائدة، الآية رقم 01.

⁹ - سورة النساء، الآية رقم 06.

ومن السنة النبوية ما ورد عن إسماعيل بن موسى السدي قال: حدثنا سيف بن هارون، عن سليمان التيمي، عن أبي عثمان التهدي، عن سليمان الفارسي، قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السمن والجن والفراء قال: "الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ، فَهُوَ بِمَاءِ عَقَا عَنْهُ"¹

ومن المعقول، أن العقود تعد من العادات لا من العبادات، والأصل في العادات ما يحتاجه الناس، وبهذا فالمعاملات المالية العبرة فيها للمعاني معللة بما يخدم مصلحة الفرد، وهي لا تحتاج لنص الشارع عليها فكلما تحققت العلة تعدى الحكم إليها وإلا فلا². وفي هذا المعنى قال بعض الفقه ما يلي: "... والجمود في المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين"³.

فالعقود الإلكترونية هي من الحاجات الضرورية في الوقت الحاضر، ولذا يرى بعض الفقه أن هذه العقود تندرج تحت المصالح المرسله التي لم يقدّم الدليل الشرعي على الاعتداد أو عدم الاعتداد بها⁴.

هذه الأسباب والمبررات، دفعت التشريعات للخروج عن حكم القواعد العامة، التي تلزم الأطراف باحترام القوة الملزمة للعقد، لأجل تحقيق حماية فعّالة للمستهلك، من خلال منحه فرصة للعدول عن العقد خلال أجل معين، حماية له من نفسه ضد ما يمارس عليه من التعاقد معه من وسائل الدعاية والإغراء، لأن الطرف القوي في مجال التجارة الإلكترونية، لا يقدم كل المعلومات المتعلقة بما تم عرضه من سلع وخدمات، كما لا يبدي النصح بشكل ناف للجاهلة حتى يمكن القول إن إرادة المستهلك حرة ومستنيرة.

وعليه، يمكن القول أن العدول عن العقد، يمثل أحد حقوق المستهلك التي نصت عليها القوانين الحديثة خاصة قوانين حماية المستهلك، باعتباره أحد الآليات القانونية الحديثة، التي توفر حماية فعّالة للمستهلك المتعاقد عن بُعد، كما يُمثل الحق في العدول عن العقد أداة تشريعية مهمة في حماية الأفراد، الذين يجدون أنفسهم في مركز ضعيف، فلا يملكون إرادة حقيقية ومستنيرة من حيث قدرتهم على مناقشة شروط تعاقدهم، إضافة لخضوعهم لتأثير الإعلانات بدفعهم للتعاقد، مع عدم تمكن المستهلك المتعاقد عن بُعد، رؤية ما يتم التعاقد عليه أو التحقق من خصائصه.

وفي المعنى ذاته، فإن التشريعات الحديثة، وفي محاولة منها لإعادة التوازن العقدي المفقود، نهجت نهجا وقائي يتمثل في محاولة تحقيق مساواة فعلية بين الطرفين، وذلك بإلزام المتدخل بإعلام المتعاقد معه بجميع المعلومات

¹ - رواه الترمذي في السنن، الكتاب: الجامع الكبير، باب: ما جاء في لبس الفراء، رقم الحديث: 1726، ص. 272.

² - مكائيل رشيد علي الزباري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 150.

³ - بابن الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1423، ج. 01، ط. 01، ص. 52.

⁴ - مكائيل رشيد علي الزباري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 151.

التي ترتبط بالعقد، ومن شأنها أن تؤثر على رضاه، وبعدها دعت به بنهج علاجي يتمثل في العدول عن العقد¹ وقد أقرت التشريعات حق العدول عن العقد بالرغم من الضرر الذي يلحق المتدخل من فقدانه لصفقته التجارية واحتمالية تغير قيمة السلع بين إبرام العقد، واسترداد السلعة، وإمكانية خضوع قرار العدول للميول الشخصية للمستهلك، بالنظر لأهميته².

وتعد مرحلة تنفيذ العقد، المجال المخصص للعدول عن العقد، وفقا لما جاءت به تشريعات الاستهلاك وهو من أهم الضمانات التي أقرتها التشريعات الحديثة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية من نفسه أولا، ثم من الغير، وكل هذا يتم وفقا لقاعدة "الضرورات تبيح المحضورات".

وتأكيدا لما سبق بيانه، يرى بعض الفقه، أنّ أهمية حق العدول عن العقد، تنبع من فكرة عامة، قوامها مراعاة حقوق الإنسان، من ضمنها حماية حق المستهلك، بصفته لا يملك خبرة تؤهله لحماية مصالحه، في الحالات التي تحتاج إلى خبرة فنية، كما هو الحال في التعاقد عن بعد، إلى جانب الإغراء الذي يلحقه، فيقدم على التعاقد دون ترو وتفكير، يقابله متدخل ذو خبرة فنية، مما يجعل التدخل التشريعي لحماية المستهلك ضروريا³.

كما استُحدثت نصوصا قانونية، تواكب التطور الحاصل في المجالين الاقتصادي والتقني والمعرفي، فقد تدخلت التشريعات لفرض الحماية من الشروط التعسفية كقيد على مبدأ سلطان الإرادة، وتعديا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن طبيعة عقد الإذعان تعطي التشريعات المبرر الكافي لهذا التعدي؛ بسبب غياب المساواة الحقيقية بين طرفي العلاقة العقدية⁴. ويؤكد هذا الرأي جانب آخر من الفقه⁵، إذ يرى أن هذا ما يمثل حافزا قويا لتدخل التشريعات لحماية المتعاقد المدعن في هذا النوع من العقود.

كما تصدت التشريعات كذلك، لظاهرة الأضرار التي تصيب المشتري ومستعمل المنتج بسبب العيب الظاهر فيه والذي لا يمكن للمشتري التعرف عليه بسبب تعقيد تركيبه؛ ضف لذلك الأضرار التي تنتج عن المنتجات غير المعيبة -المنتجات الخطرة بطبيعتها- بعدما أصبحت نظرية العيوب الخفية، عاجزة عن تأمين هذه الحماية، مما دفع رجال الفقه والقانون، لتطوير وتوسيع الأنظمة القانونية بما يواكب التحولات الصناعية والاقتصادية، والاجتماعية للإحاطة بكافة الإشكالات القانونية.

¹ - رعد هاشم أمين التميمي، ورعد عداي حسين مسعودي، العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية المستهلك العراقي (دراسة في ضوء التوجيه الأوروبي لعام 2011)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 21، العدد 04، جانفي 2019، ص.ص. 262-263.

² - رعد هاشم أمين التميمي، ورعد عداي حسين مسعودي، العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية المستهلك العراقي، المرجع السابق، ص. 264.

³ - هشام بلخنفر، الحق في الرجوع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث المغرب، العدد 12، 2016، ص. 324.

⁴ - رياحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 269.

⁵ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.ص. 452-453.

فمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، التي استحدثتها التشريعات الحديثة، وقبلها الفقه، تمثل نظاماً قانونياً موحداً خاصاً بالمسؤولية عن الإنتاج، هدفها حماية المضرور من خطر المنتجات، سواء كان متعاقداً أم غير ذلك وبعيداً عن عنصر الخطأ أو الإهمال المعروفين في دائرة المسؤولية التقصيرية، بإحداث تحوير عميق في نطاق المسؤولية العقدية والتقصيرية بالقضاء على قاعدة "نسبية أثر العقد" المعروفة في المسؤولية العقدية، وقاعدة "الخطأ" بالنسبة للمسؤولية التقصيرية¹.

وقبلها استحدثت التشريعات الحديثة، إضافة لما جاء به الفقه الفرنسي، فكرة البائع الصانع والبائع العرضي، فاعتبرت الأولى بمثابة بائع سيء النية، وطبقت عليه نص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي، على اعتبار أن الصانع يفترض فيه قانوناً معرفة العيوب لأنه ملزم بمعرفة أصول وقواعد الصنعة، وطبقت على الثاني نص المادة 1646 من القانون الفرنسي التي تعتبره حسن النية، كما توسع القضاء الفرنسي في الأخذ بالمعنى الواسع لمفهوم العيب الخفي دون الاكتفاء بمعناه الفني-المتمثل في الآفة العارضة التي تخلو منها الفطرة السليمة- ليشمل خطورته وقابليته لتعويض الأضرار الجسمانية². كما استحدثت المشرع الفرنسي الأمر رقم 131-2016³ المتضمن تعديل قانون العقود، حيث تناول تطور الانفرادية، في المجال العقدي بالنص على دور الإرادة في إنهاء الرابطة العقدية، حسب ما ورد بنص المادة 1226⁴. كما تضمن ذلك ما يعرف بانعدام الأثر، بنص المادتين على التوالي 1186⁵ و1187⁶ من الأمر نفسه، وهو جزء جديد يلحق العقد الصحيح، ولكن زالت بعد

¹- للتوسع أكثر يراجع: سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القانون المدني والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة، الأردن، 2008، ط. 01 ص. 22.

²- المرجع نفسه، ص. 161.

³-Code civil Dernière modification: 2021-07-01 Edition, 2021-07-01, JORF n°0093 du 21 avril 2018 consulté le cite : <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>.

⁴-Art. 1226 dispose : « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

⁵-Art. 1186 dispose : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. «La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement».

⁶-Art. 1187 dispose : « La caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ».

نشأته أحد عناصره الأساسية، وهو ليس بطلانا ولا فسخا إذ لا ينسب الخطأ فيه لأحد المتعاقدين¹. وما تجب الإشارة إليه، أن استحداث هذه النصوص في القانون المدني الفرنسي، يعد ثورة حقيقية على مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسه قانون نابليون الصادر في 1804.

وإذا كانت هذه هي أهم التبريرات التي اعتُمدت لتشريع حق العدول عن العقد في التشريعات الوضعية، فإن الأمر بخلاف ذلك عند فقهاء الفقه الإسلامي، إذ لم يحتاجوا لتشريع مشابه لحق العدول عن العقد، وفقا لما جاءت به التشريعات الوضعية²-تشريعات الاستهلاك- بسبب المصدر الذي اعتمد عليه؛ القرآن والسنة النبوية باعتبارهما تشريعان صالحان لكل مكان وزمان، فقد حاربت الشريعة الإسلامية كل أنواع الغش، ومظاهر التحايل تحت أي مسمى كان، ورتبت على ذلك الجزاء المناسب، بتقريرها الحق في الخيار لصالح الطرف المتضرر، وقد وردت في القرآن الكريم عدة آيات تحذر من الغش والخيانة والخداع، منها قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ"³، وكذلك قوله تعالى: "يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ"⁴. وقوله في موضع آخر: "وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ"⁵. وأكدت هذا السنة النبوية من قوله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ بَاعَ عَيْبًا لَمْ يُبَيِّنْهُ، لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ، وَلَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ"⁶.

إلى جانب قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"⁷، وما تم استخلاص من هذا الحديث، من قواعد فقهية لتنظيم وضبط حياة الفرد، كقاعدة: "الضرر يزال"، وقاعدة: "الخراج بالضمنان"، وغيرها من القواعد الفقهية التي تضبط وتنظم المعاملات المالية بين الأفراد، إلى جانب جملة من الأحكام، كمنع التطفيف في الميزان، وأكل أموال الناس بالباطل ومنع الغش، والاحتكار في معاملات، فضلا عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

¹ - محمد حسين قاسم، ترجمة قانون العقود الفرنسي الجديد للعربية للمواد من 1100 إلى 07/1231، المرجع السابق، ص.24.

² - التشريعات الوضعية في ظل القواعد العامة جاءت بنص عام منحت فيه الحرية لطرفي العقد في نقضه أو تعديله أو حسب ما يسمح به القانون كحالة الوكالة والكفالة، والهبة، وغيرها من العقود غير اللازمة؛ سواء من جانب واحد أم من جانبين حسب ظروف كل حالة، وهو نص المادة 106 القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"، وما يقابلها من التشريعات الوضعية الأخرى.

³ - سورة الأنفال، الآية رقم 27.

⁴ - سورة البقرة، الآية رقم 09.

⁵ - سورة البقرة، الآية رقم 188.

⁶ - رواه ابن ماجه في السنن، الباب: من باع عيبا فليبينه، رقم الحديث: 2247، ص.755.

⁷ - سبق تخرجه، ص.189.

من خلال نظام الحسبة وأحكامها، ومنع جملة من البيوع كبيع النجش¹، وبيع حاضر لباد²، وتلقي الركبان³ وغيرها.

أما من حيث عيوب الرضا، فقد تطرق الفقه الإسلامي للموضوع بشكل دقيق ومعمق، تناول كل جزئياتها حيث وفق فيها بين الإرادة الحقيقية للمتعاقد والإرادة الظاهرة، مما يسهل احترام إرادة المتعاقد واستقرار التعامل⁴.

ويؤكد البعض⁵ أن الفقه الإسلامي، ذهب لأبعد الحدود في محاربة كل ما هو غش وخداع، بناء على أن أكل مال الغير لا يجل إلا بكمال الرضا معتمداً في ذلك على قوله تعالى: "...وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ..."⁶، على اعتبارا على أن من معاني البخس، هي النقص بالعيب والتزهيد والمخادعة عن القيمة، والاحتيايل في الزيادة في الكيل أو النقص منه⁷

ومن جهة أخرى، رأى فقهاء الفقه الإسلامي، أنه في المجتمع أفراد لا يملكون الخبرة في التعامل، ولا القدرة على المساومة، فأوجدوا لهم مخرجا لتعاملهم لأجل حمايتهم، فشرع لهم عقودا تقوم على الأمانة، وهي المراجعة، والتولية، والوضعية، والإشراك، والاستئمان، وجعلها غير لازمة للطرف الذي وضع ثقته بالطرف الآخر، وبهذا استطاع الفقه الإسلامي أن يجمع بين استقرار المعاملات من جهة، وتحقيق الحماية المنشودة لمن يلجأ للتعاقد وفق هذا النوع من العقود⁸.

وما تجب الإشارة إليه، أن أحكام الشريعة الإسلامية التي اعتمد عليها الفقهاء الفقه الإسلامي حرصت على المحافظة على الكليات الخمس، وهي الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، حسب الأولوية وفقا لقاعدة:

¹ - بيع النجش وهو أن تمدح السلعة ويعطيها ثمنا لا يساوي قيمتها، ثم لا يشتريه لنفسه، ولكن ليعرضه لغيره فيزيد في ثمنه. وإنه مكروه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه "نهى عن النجش"؛ ولأنه احتيال للإضرار بالغير. للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع المرجع السابق، ج.05، ص.233.

² - القراني، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ج.05، ط.01، ص.65.

³ - تلقي الركبان للبيع، وقد رأى الإمام مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة، دون أهل الأسواق، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق، هذا إذا كان التلقي قريبا، فإن كان بعيدا فلا بأس به، وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال، ورأى أنه إن وقع جاز، ولكن يشرك المشتري أهل الأسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.03، ص.183. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.129.

⁴ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ط.01، يراجع الصفحات التالية: ص.70. وص.95. وص.149.

⁵ - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، أحكام القرآن، راجعه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان 2003، ج.02، ط.03، ص.318-319.

⁶ - سورة الأعراف، الآية رقم 85.

⁷ - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، الدار النموذجية، لبنان 1999، ط.05، الصفحات التالية: ص.31، وص.291. وابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج.06، ص.86.

⁸ - علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ التراضي في العقود، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2002، ج.01، ط.01، ص.670.

"الضرورات تبيح المحظورات" في مرحلة الضرورة، وبعدها المحافظة على هذه الكليات في مرحلة الحاجة، وفي الأخير مرحلة التحسينات وتشمل الأخذ بكل ما هو جميل ومستحسن¹، وبهذا فالشريعة الإسلامية هي شريعة الفطرة التي تتناول الأمور بأقصى درجات العدالة والتوازن².

وفي السياق نفسه، يرى بعض الفقه أن المعاملة متى خرجت عن الوجه المعروف، في جلب المصلحة للعباد، فهي ممنوعة شرعا بموجب قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود"³.

فالمعاملات المالية شرعت لتوافق مقاصد الشرع، ويعد عقد البيع أهم عقود المعاملات المالية، شرع لتبادل المنافع، فلا ينبغي أن يخالف مقاصد الشرع فيسبب ضررا للغير.

ولتأكيد عدم حاجة فقهاء الفقه الإسلامي، للتبريرات التي اعتمدت عليها التشريعات الوضعية لإعمال "حق العدول عن العقد"، وعدم حاجة المعاملات المالية الإسلامية لحق المشتري في العدول عن العقد بالمفهوم الذي جاءت به التشريعات الوضعية، كثرة الحالات التي تعالج عدم رضا المشتري بالعملية التعاقدية التي أقدم عليها، كالإقالة، والرجوع عن العقد غير اللازم، سواء لطبيعته أم بسبب الخيارات التي تصل لحد سبعة عشر خيارا حسب بعض الفقه، وهو ما يغني عن الحاجة للعدول عن العقد بالمفهوم الذي جاءت به التشريعات الوضعية- قوانين الاستهلاك-، بل إنها تحويه وتتجاوز به بكثير. إلى جانب الصفات الحميدة المفترضة في المسلم من صدق وأمانة وغيرهما، لأن الأصل في المسلم أنه كيس فطن، وفقا لمقولة بن سيرين: "لست بحب ولكن الخب لا يخدعني"⁴، إلى جانب التزام التاجر بالقواعد الشرعية في معاملاته؛ بما يحفظ للمشتري ماله، ويكسبه الأمان.

إلى جانب احترام الإعلان التجاري بمفهومه الإسلامي الذي عُرف كما يلي: "علم وفن التقديم مشروعا إسلاميا للسلع أو الخدمات أو التسهيلات أو المنشآت الشرعية وذلك لخلق حالة من الرضا النفسي والقبول لدى الجمهور مقابل أجر مدفوع يقوم به وسيط إعلامي إسلامي..."⁵.

وقد اهتم بشرح هذا التعريف جانب من الفقه كما يلي⁶:

- "مشروعا إسلاميا": عبارة عن قيد استبعد به كل إعلان تجاري لا يحترم الضوابط الشرعية.

¹ - والتحسينات، فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق للتوسع أكثر يراجع: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الموافقات، دار ابن عفان، 1997، ج.02، ط.01، ص.22.

² - محمد سالم أبو عاصي، علوم القرآن عند الشاطبي من خلال كتابه الموافقات، دار البصائر، مصر، 2005، ج.01، ص.ص.130-131.

³ - الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج.02، ص.405.

⁴ - محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2001، ج.07، ط.01، ص.17. والخبُّ الحبيثُ، ويُقال: الخداع للناس. للتوسع أكثر في المعنى يراجع: أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، معجم ديوان الأدب، تحقيق أحمد مختار عمر، دار الشعب للصحافة، مصر، 2003، ج.01، ص.249.

⁵ - أحمد عيسوي، الإعلان من منظور إسلامي، سلسلة كتب الأمة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 41، السنة 19، قطر، ص.27.

⁶ - علي عبد الكريم محمد المناصير، الإعلانات التجارية مفهومها وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن، كلية الدراسات العليا أوت، 2007، ص.ص.21-22.

- "خلق حالة من الرضا النفسي": وهذا يتطلب إرشاد المشتري، وتوجيهه بكل صدق وشفافية، لاختيار السلعة أو الخدمة التي تناسبه، وبهذا يستثني الإعلان الإغرائي الذي يؤثر على اختيار المشتري.
- "وسط إعلامي إسلامي": يتطلب التقييد بأحكام الشريعة الإسلامية.

وتأكيدا لما سبق ذكره بشأن مبررات العدول عن العقد، وبالاعتماد على الآية القرآنية الكريمة "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ"¹، التي تمثل الأصل لقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وهي القاعدة التي انبثقت عليها عدة أبواب في الفقه الإسلامي، منه الرد بالعيب وجميع الخيارات²، كما أن أسباب التسهيل في الأحكام حسب رأي بعض الفقه سبعة ومنها: "العسر، والإكراه، والنقص المادي، أو المعنوي في الإنسان"، ولأن هذه الأسباب تجلب المشقة، والمشقة يجب دفعها قدر الإمكان؛ كما أن العسر والمشقة هما السبب في تشريع الأحكام لتسهيل الأمور³. وفي هذا المعنى جاءت المادة 39 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان".

وإكمالا لما سبق ذكره، يرى بعض الفقه أنه على مرّ الزمن اتضح أن القوانين لا تكفل المطالب المتغيرة والمتزايدة الأمر الذي يدعو لتعديل القانون كلما دعت الحاجة لذلك، فالقانون ينمو ويتطور جنبا لجنب لنمو المجتمع وتطوره، ولذا فمن واجب الدول أن تسن قوانين جديدة كلما دعت الحاجة لذلك⁴.

وقد وضع "صولون" أن وجود النظام لا ترغب فيه الآلهة وحدهم فقط، بل ضرورة تتطلبه الحياة الاجتماعية، فالقانون عمل إنساني وهو بمثابة تصالح بين طرفي الخصومة، وهو نسبي وعرضة لتغيير والتنقيح باستمرار⁵. وحسب رأي "سوروكن" فإن المجتمعات تنظر للقانون باعتباره أداة تستخدمها الجماعة لاستغلال وإحضار جماعة أخرى، وأن هدف القانون نفعي يسعى لتحقيق أمن الفرد وحماية حقوقه، أمّا معايير هذا القانون فهي نسبية، وقابلة للتغيير ولا يوجد به أي شيء أبدي أو مقدس، أمّا "جورفيتس" فيرى أن الأنساق القانونية للمجتمعات المعاصرة هي أنساق انتقالية، وأكثر مرونة وقابلية للتغيير⁶، ويضيف بعض الفقه أن المتبع لتطور القانون يرى بوضوح دور تغيير الظروف في تغيير القوانين بما يلائم هذه الظروف، بدءا بالقانون الروماني المنكر لمبدأ الرضاية في العقود، وكيف اعتنق هذا المبدأ نتيجة احتكاكه بالشعوب الأخرى، وحاجته لإبرام بعض العقود التي

¹ - سورة البقرة، الآية رقم 185.

² - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.73.

³ - محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي والنظريات العامة، المرجع السابق، ص.47.

⁴ - حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع (دراسة في علم الاجتماع القانوني)، المرجع السابق، ص.50-51.

⁵ - المرجع نفسه، ص.53.

⁶ - حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع (دراسة في علم الاجتماع القانوني)، المرجع السابق، ص.62.

تتطلب السرعة بالنظر لما تتطلبه الشكلية من تعقيدات، فأنشأ أربع عقود رضائية وهي عقد الشركة، والوكالة والبيع، والإجارة، حيث نص قانون جوستيان في المتنين رقم 02 ورقم 22 على أن هذه العقود رضائية¹. وبهذا يستخلص أن القوانين لا تتغير مرة واحدة أو بصفة عفوية، وإنما تتغير عن طريق الاستثناءات، فقد يتحول الاستثناء إلى قاعدة لما تتغير البيئة التي نشأت فيها القاعدة، وتظهر مستجدات تستدعي التوسع في الاستثناء إلى أن يصبح قاعدة، فتغير بيئة وظروف إبرام العقود، جعل منها عقوداً متخصصة، تقوم على السرعة والمهنية، مما يستدعي الخروج عن التصور التقليدي لها.

كما اتضح كذلك قصر نظر واضعي التشريع الوضعي، وحاجتهم لتشريع قوانين جديدة كلما استجدت ظروف معينة تجعل من القواعد القانونية سارية المفعول قاصرة عن تحقيق مصالح طرفي العلاقة العقدية بطريقة عادلة ومنصفة، مقارنة بما استلهمه فقهاء الفقه الإسلامي من الشريعة الإسلامية التي تعتبر صالحة لكل زمان ومكان ودليل ذلك عدم حاجة التشريعات التي تأخذ بالشريعة الإسلامية لحق العدول عن العقد بالمفهوم الذي جاءت به التشريعات الحديثة، بالنظر لغنى الشريعة الإسلامية بما يكفل حق طرفي العلاقة العقدية من حقوق وواجبات متبادلة، ويؤكد صلاحيتها لكل زمان ومكان، مع توافر وجوب متطلبات حسن النية والأخلاق المفترضة في الشخص المسلم.

المطلب الثاني: كيفية ممارسة حق العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

بعد ما بينا شرعاً وقانوناً حق أحد المتعاقدين أو كليهما، في العدول عن العقد، بحسب طبيعة النظام القانوني المتبع والسياسة التشريعية بكل الدولة، حري بنا تحديد طرق وكيفيات ممارسة حق العدول عن العقد، وذلك لا يتم إلا ببحث مضمون العدول عن العقد، وهو المقصود من هذه الدراسة (الفرع الأول)، وبعد ذلك سنتحدث عن الشروط الواجب توافرها، لممارسة حق العدول من أجله ممارسة حقه (الفرع الثاني)، وبعدها نحدد الإجراءات الواجب توافرها لممارسة العدول هذا الحق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون العدول عن العقد

لتحديد مضمون حق العدول عن العقد، أهمية كبيرة حتى تتبين حقيقته وجوهره، ونتساءل في هذا المقام عن مدى اختلاف حق العدول عن العقد عن حق الرجوع عن التعاقد؟ (أولاً)، وهل يعني العدول عن العقد انسحاب المتعاقد قبل إبرام العقد وقبل صدور القبول؟ أم أنه يتم في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد؟ (ثانياً)، ومن جهة ثالثة هل يتوقف حكم العدول عن العقد على رد السلعة واسترداد الثمن فقط؟ أم يشمل أيضاً استبدال السلعة؟ (ثالثاً).

¹ - علي محي الدين علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ج.02، ص.1103.

أولاً- العدول عن العقد يختلف عن الرجوع عن التعاقد: ذهب اتجاه فقهي في تحديده لمضمون العدول عن العقد إلى القول بأن العدول يكون في المرحلة السابقة على إبرام العقد، أما الرجوع في التعاقد فيكون عن الفعل بعد إبرام العقد¹.

في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه، للاهتمام بالوسيلة التي من شأنها إعادة الوضع للحالة التي كان عليها من قبل، وإغفال تحديد اللفظ المناسب استخدامه في ذلك، هل هو "رجوع"، أم "عدول"، أم "تنازل"، أم "إعادة النظر"، أم "إلغاء"، أم "سحب"، أم، "نقض"، أو حتى "ندم"².

ثانياً- العدول عن العقد يكون قبله أم بعده: ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن العدول يكون قبل إبرام العقد؛ حيث يتم خلاله تأخير إبرام العقد لمدة زمنية معينة، يتمكّن من خلالها المتعاقد إبداء رأيه بشأن العملية العقدية، ليتم العقد بعدها إن كان في مصلحته أو العدول عنه، ولا يمثل عدوله فسخاً أو إنهاء للعقد حسب رأي أنصار هذا الاتجاه، بل يتم تعطيل إبرام العقد خلال المدة الممنوحة له³.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه، أن هناك حالتين للعدول عن العقد، تتمثل الأولى في كون العدول عن العقد يكون قبل إبرامه خلال مدة زمنية معينة تعرف بـ "مهلة التفكير"⁴ وفقاً لما يعرف بحق الانسحاب.

وفي المعنى نفسه، يرى جانب آخر من الفقه أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يكون موجهاً من طرف متخصص، عادة ما يتمثل في شركات كبيرة اتجاه المستهلك، كما أن بعض التشريعات تجعل من قبول المستهلك غير نهائي؛ وهو ما يفيد أن هناك قبول آخر نهائي للعقد⁵.

أما الحالة الثانية، فيكون العدول فيها بعد إبرام العقد، وفق ما يعرف بحق النقض أو الفسخ بالإرادة المنفردة⁶.

وبالنظر لما سبق؛ يرى بعض الفقه⁷، أن العدول عن العقد يتحدد مضمونه بعد إبرام العقد، أمّا قبل صدور القبول وارتباطه بالإيجاب، فلا مجال للكلام عن العدول عن العقد- وهي الحالة التي توافق ما يعرف بمرحلة

¹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص.766.

² - محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي، دولة الإمارات العربية، من الفترة 26-28/04/2003، ص.101، نقلاً عن وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المرجع السابق، ص.902.

³ - سليمان البراك، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.169.

⁴ - أسامة شهاب أحمد، حق المستهلك بالتروي والتفكير (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، المرجع السابق، ص.639-640.

⁵ - نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة) مجلة الحقوق، الكويت، السنة 33، العدد 02، 2008، ص.219. نقلاً عن وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي المرجع السابق، ص.902.

⁶ - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية- دراسة تحليلية مقارنة-، المرجع السابق، ص.129.

⁷ - وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.903.

المفاوضات- ويضيف صاحب هذا الرأي، أن ما يؤكّد توجهه في الموضوع موقف التشريع الفرنسي رقم 1978/04/10، الخاص بحماية المستهلك في نطاق عمليات الائتمان المتعلق بتنظيم علاقة المقرض بالمقرض من خلال نص المادة الخامسة التي تلزم المقرض بالإبقاء على العرض لمدة خمسة عشر يوما دون العدول عن إيجاب، ومنح المقرض مدة سبعة أيام من تاريخ القبول، للعدول عن العقد، وهي المادة التي يستخلص من خلالها أن التشريع الفرنسي، منح المستهلك مهلة للتفكير والتروي، قبل انعقاد العقد، ومهلة لتأكيد رضاه، الأمر الذي يفيد أن العدول عن العقد، يكون بعد انعقاد العقد وليس قبله. وهو التوجه نفسه بالنسبة للقانون الصادر بتاريخ 1971/07/22، المتعلق بالتعليم بالمراسلة حسب ما ورد بنص المادة 109¹ منه التي منحت طالب العلم الرجوع عن التعاقد مع المؤسسة التعليمية خلال ثلاثة أشهر بداية من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطالب وسائل التعليم، وكذا القانون الصادر في 1979/08/13 الخاص بالائتمان العقاري.

بناء على ما سبق، وبالنظر للتعريف الذي جاءت به هذه الرسالة، يتضح أن العدول عن العقد هو نظام قانوني خاص استحدثته التشريعات لتدعيم رضا المستهلك، وتقديم حماية أفضل له، وأهم ما يميزه أنه يرد على عقد صحيح سواء تم تنفيذه أم لا خلال المهلة المحددة له.

ثالثا- العدول عن العقد يشمل خيارات محددة: يرى جانب من الفقه، أن حق المستهلك في العدول عن العقد، يشمل إلى جانب رد السلعة واسترداد الثمن خيار استبدال السلعة بأخرى، ولكن إذا كان العدول عن العقد يعمل على إنهاء العقد والعودة للحالة التي كانت قبل العقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد، ممّا يوفر حماية فعّالة وقوية لرضا المتعاقد، فإن إمكانية استبدال السلعة لا يتم من خلالها إنهاء العقد، ممّا يمنح الفرصة للطرف القوي في التحكم بآثار العقد، وهذا لا يحقق الحماية المقصودة التي تناولتها التشريعات التي نصت على العدول في نصوصها، خاصة وأن التشريعات التي منحت المستهلك العدول عن العقد، لم تشترط عليه أي شرط أو قيد، ولا تقديم أي مبرر، ضف إلى ذلك، فإن منح المستهلك فرصة استبدال المنتج بآخر لا يمس بالقوة الملزمة للعقد وهذا ما يميز حقيقة وجوهر العدول عن العقد².

وما يؤكّد توقف حق العدول عن العقد على رد السلعة واسترداد الثمن فقط؛ أن قوانين الاستهلاك، على غرار التشريع الجزائري 03-09 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، تطرق لحالات إصلاح المنتج أو استبداله، أو رد الثمن حسب ما ورد بنص المادة 13 منه والتي جاء فيها: "... يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج...".

¹-Art.09 dispose : «...Jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat, celui-ci peut être unilatéralement résilié par l'élève moyennant une indemnité dont le montant ne saurait excéder 30 p. 100 du prix du contrat, fournitures non comprises. Les sommes déjà versées peuvent être retenues à due concurrence... ».

²- أحمد السعيد الزقود، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، المرجع السابق، ص.213.

وهي المادة التي يتضح من خلال نصها، أنّها تتعلق بالمنتوج المعيب؛ ما يفيد أنّ حق المستهلك في استبدال المنتوج يتعلق بالمنتوج المعيب، ولا علاقة له بحق المستهلك في العدول عن العقد، وإلاّ ما الفائدة من النص عليه بنص خاص، إذا كان بالإمكان الاكتفاء بنص المادة 13، وما قابلها في التشريعات المقارنة، ولكن تأكيد النص على العدول عن العقد بنص خاص في نفس التشريعات التي تناولت ضمان عيب المنتوج، يفيد أن هناك هدفاً آخرًا قصده التشريعات من وراء نصها على حق المستهلك في العدول عن العقد.

الفرع الثاني : شروط ممارسة العدول عن العقد

حتى يفيد المستهلك من حقه في العدول عن العقد، يجب على المتدخل ضرورة إعلامه بحقه في العدول باعتباره الطرف القوي والملم بكل ما يتعلق بالعلاقة العقدية (أولاً)، وبالرغم من إعلام المتدخل للمستهلك بحقه في العدول عن العقد، إلاّ أنّه يجب على المستهلك أن لا يفاجئ المتدخل بعدوله عن العقد، بل يجب عليه إشعاره بهذا العدول قبل انتهاء المدة المحددة لذلك (ثانياً).

أولاً - ضرورة إعلام المستهلك بحقه في العدول: أكد التوجيه الأوروبي في نصوصه، على ضرورة إعلام المستهلك بحقه في العدول عن العقد، نذكر منها التوجيه رقم 65-2002 من خلال نص المادة 03/03¹ والمادة 01/05²، ونص المادة 06³ من التوجيه رقم 83-2011.

كما ألزمت التشريعات المتدخل بإعلام المستهلك بحقه في العدول عن العقد وكل ما يتعلق به، وألقت على عاتقه ضرورة إثبات قيامه بواجب الإعلام، فقد نص التشريع الفرنسي على ذلك في قوانين الاستهلاك، أهمها

¹-Art. 03/03 dispose : « 1. En temps utile avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre, il reçoit les informations concernant: ...

3) le contrat à distance

a) l'existence ou l'absence du droit de rétractation prévu à l'article 6 et, si ce droit existe, sa durée et les modalités de son exercice, y compris des informations sur le montant que le consommateur peut être tenu de payer sur la base de l'article 7, paragraphe 1, ainsi que sur les conséquences découlant de l'absence d'exercice de ce droit;... »

²-Art. 05 dispose : « 1. Le fournisseur communique au consommateur toutes les conditions contractuelles ainsi que les informations visées à l'article 3, paragraphe 1, et à l'article 4 sur un support papier ou sur un autre support durable, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès en temps utile avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre.. »

³-Art. 06 dispose : « 1. Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou hors établissement ou par une offre du même type, le professionnel lui fournit, sous une forme claire et compréhensible, les informations suivantes:... ».

4. Les informations visées au paragraphe 1, points h), i) et j), peuvent être fournies au moyen des informations standardisées sur la rétractation figurant à l'annexe I, point A. Le professionnel a respecté les obligations d'information énoncées au paragraphe 1, points h), i) et j), s'il a fourni lesdites informations au consommateur, correctement complétées ».

التعديل الأخير لسنة 2019 بنص المادة ل.20-221¹ على ضرورة الالتزام بإعلام المستهلك بحقه في العدول فإرضاء عليه غرامة مالية بموجب المادة ل.131-01²، كما جعل الإخلال بهذا الالتزام سببا للتمديد أجل العدول إلى سنة بدل أربعة عشر يوما. أما المادة ل.14-221³ فقد نصت على ضرورة إعادة إعلام المستهلك في العقود الإلكترونية بعد تقديم طلبيته بشكل مرئي وواضح فيما يتعلق بمواصفات المبيع أو تقديم الخدمة محل الطلب. ونص كذلك قانون حماية المستهلك المغربي رقم 31-08 في ديباجته، أن من أهداف هذا القانون إعلام المستهلك والإعلام المقصود لا يشمل المنتج والخدمة فقط، بل كل ما يتعلق بالعقد، من شروط، سعيا منه لأخلقة مجال الممارسات التجارية من خلال نص المادة 29 منه التي جاء فيها ما يلي: "1-

4- وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36 ما عدا الحالات التي تستثني ذلك".

وفي هذا المعنى، يرى بعض الفقه أن إلقاء هذا الواجب على عاتق المتدخل يعد بمثابة "طفرة نوعية وفلسفة جديدة" لتجسيد دولة الحق والقانون⁴.

ويرجع السبب في ضرورة إعلام المستهلك بحقه في العدول عن العقد، إلى جهل المستهلك بأحكام هذا الحق؛ مما يحول دون مباشرته لحقه، وقد أكدت التشريعات التي تناولت حق العدول عن العقد في نصوصها، ومنها التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 الذي ألزم المتدخل بإعلام المستهلك بحقه في العدول عن العقد بنص المادة 06⁵، وعن كيفية ممارسته كذلك من خلال نص المادة 03/11⁶.

¹-Art. L.221-20 du code de consommation modifier en 2019 dispose : « Lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 221-5, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 221-18.

Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations ».

²-Art. L. 131- 01 du code de consommation modifier le 19/11/2019 dispose : « Tous manquements aux obligations d'information précontractuelle mentionnées aux articles L. 111-1 à L. 111-3 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale.

Cette amende est prononcée dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre V ».-

³-Art .L.221-14 dispose : « Pour les contrats conclus par voie électronique, le professionnel rappelle au consommateur, avant qu'il ne passe sa commande, de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat et, s'il y a lieu, à la durée minimale des obligations de ce dernier au titre du contrat, telles que prévues à l'article L. 221-5.

Le professionnel veille à ce que le consommateur, lors de sa commande, reconnaisse explicitement son obligation de paiement. A cette fin, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte la mention claire et lisible : commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement.

Les sites de commerce en ligne indiquent clairement et lisiblement, au plus tard au début du processus de commande, les moyens de paiement acceptés par le professionnel et les éventuelles restrictions de livraison ».

⁴ - بلخنفر هشام، حق الرجوع آلية لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا، مجلة القانون والأعمال، المرجع السابق، ص.159.

⁵-Art. 06 dispose : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou hors établissement ou par une offre du même type, le professionnel lui fournit, sous une forme claire et compréhensible, les informations suivantes:.. ».

⁶-Art. 11/03 dispose : « Le professionnel peut donner au consommateur, en plus des possibilités visées au paragraphe 1, la faculté de remplir et de transmettre en ligne, sur le site internet du professionnel, soit le modèle de formulaire de rétractation figurant à l'annexe I, partie B, soit une autre déclaration dénuée d'ambiguïté. Dans

ثانيا- إشعار المتدخل بالعدول عن العقد: يمثل العدول عن العقد تصرف قانوني بالإرادة المنفردة لصاحبه يُعلم فيها المتعاقد معه بإلغاء العقد دون أي اعتبار لموافقته على ذلك أم لا وفقا لنص المادة 61 من القانون المدني: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر قرينة على العلم به ما لم يتم الدليل على عكس ذلك". وعليه، يجب على المستهلك أن يُعلم الشخص الذي يتم ممارسة العدول ضده، وقد نصت التشريعات الوطنية والدولية على ضرورة إخطار المستهلك للمتدخل بعدوله عن العقد خلال الأجل القانوني المحدد لذلك، ويمكن أن يكون عدول المستهلك بأي طريقة أخرى شريطة أن لا يكون غامضا ويبين نية المستهلك في العدول عن العقد¹.

وإذا كان بعض الفقه، يرى أن التشريعات لم تحدد شكلا خاصا لتعبير المستهلك عن حقه في العدول عن العقد، إلا أنه من الناحية العملية ومن مصلحة المستهلك أن يستعمل وسيلة تمكنه من إثبات قيامه بهذا التصرف تجنبا للمنازعة، كتضمن حقه في العدول بخطاب موصي عليه بعلم الوصول². ويضيف بعض الفقه أنه يجوز للمستهلك مباشرة حقه في العدول بأي وسيلة يمكن من خلالها إعلام المتدخل برغبته في الرجوع عن العقد، فقد يكون بخطاب مسجل بعلم الوصول، أو عن طريق محضر قضائي، أو من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية³. ولم تحدد التشريعات طرق إثبات ممارسة حق العدول من طرف المستهلك، في حال قيام المتدخل بإنكار إعلان المستهلك برغبته في العدول عن العقد، ما يبقى الأمر على ما جاءت به القواعد العامة⁴.

وقد بينت الحثيثة رقم 44⁵ من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين ضرورة تبني أنموذجا للعدول عن العقد؛ لتحقيق الاطمئنان للمستهلك حيال التصرف المقدم عليه، وتجنبنا للاختلافات التي يمارس بها حق العدول عن العقد، وذلك بمنح دول الاتحاد الأوروبي من إضافة أي إضافات أخرى للأنموذج المقترح

ces cas, le professionnel communique sans délai au consommateur un accusé de réception de la rétractation sur un support durable.

¹ - رياحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.174.

² - محمد حسين قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، المرجع السابق، ص.68.

³ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2019 ط.01، ص.174.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - « Les disparités dans l'exercice du droit de rétractation dans les États membres ont entraîné des coûts pour les professionnels pratiquant la vente transfrontalière. L'introduction d'un modèle de formulaire de rétractation harmonisé, que le consommateur a la possibilité d'utiliser, devrait simplifier le processus de rétractation et apporter une sécurité juridique. C'est pourquoi les États membres devraient s'abstenir d'ajouter toute exigence de présentation au modèle de formulaire dans l'Union, par exemple en matière de taille de caractères. Le consommateur devrait toutefois conserver la faculté de se rétracter dans ses propres termes, pour autant que la déclaration faisant état de sa décision de se rétracter du contrat qu'il adresse au professionnel soit sans ambiguïté. Une lettre, un appel téléphonique ou le renvoi du bien avec une déclaration explicite pourrait remplir cette condition mais la charge de la preuve de la rétractation dans les délais fixés par la directive devrait incomber au consommateur. C'est pourquoi, il est de l'intérêt du consommateur d'utiliser un support durable lorsqu'il transmet sa rétractation au professionnel.

على مستوى الاتحاد، وكذلك حتى يكون المستهلك على بينة بشكل النموذج، ومن جهة أخرى، يجب على المستهلك أن يستعمل في ذلك وسيلة ثابتة لإبلاغ رغبته في العدول عن العقد للمتدخل، خلال مدة زمنية محددة. أما الحثية رقم 145¹ من التوجيه نفسه، فقد جاء فيها أن الممارسة العملية لحق العدول عن العقد، أثبتت أن أغلب المستهلكين يفضلون التواصل مع المتدخل، عن طريق مواقع التجارة على الشبكة العنكبوتية، ففي هذه الحالة، يجب على المتدخل أن يمنح للمستهلك خيار ملء نموذج العدول عن العقد الموجود على الشبكة العنكبوتية، كما يجب عليه أن يقدم إشعارا بالاستلام دون أي تأخير.

وبهذا يكون التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، قد ألزم الدول الأعضاء بتوحيد أنموذج مبسط، يستعمله المستهلك لإعلام المتدخل بعدوله عن العقد، والمشرع الفرنسي من جهته، نص على ضرورة إخطار المستهلك للمتدخل بحقه في العدول عن العقد من خلال المادة ل. 221-21²، عن طريق أنموذج العدول، أو بأي طريقة أخرى لا لبس فيها، أو عبر الشبكة العنكبوتية للموقع التجاري للمتدخل، الذي يجب أن يرد عليه دون تأخير، ويقع على المستهلك إثبات إبداء رغبته في العدول عن العقد. ويتم ذلك قبل انتهاء الفترة المنصوص عليها في نص المادة ل. 212-18-01³.

كما وضع التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، صيغة محددة للرجوع، ومنع فرض أي شروط أخرى من قبل الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، تتعلق بالشكل من خلال نص المادة 11/4⁴ أ وب.

¹- الحثية (45) L'expérience ayant montré que de nombreux consommateurs et professionnels préfèrent communiquer via le site internet du professionnel, ce dernier devrait avoir la possibilité de permettre au consommateur de remplir un formulaire en ligne. Dans ce cas, le professionnel devrait envoyer sans délai un accusé de réception, par exemple, par courrier électronique.

²-Art. 1.221-21 du code de consommation modifier en 2019 dispose: « Le consommateur exerce son droit de rétractation en informant le professionnel de sa décision de se rétracter par l'envoi, avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 221-18, du formulaire de rétractation mentionné au 2° de l'article L. 221-5 ou de toute autre déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter. Le professionnel peut également permettre au consommateur de remplir et de transmettre en ligne, sur son site internet, le formulaire ou la déclaration prévue au premier alinéa. Dans cette hypothèse, le professionnel communique, sans délai, au consommateur un accusé de réception de la rétractation sur un support durable. »

³-Art. 1.221-18-01 du code de consommation modifier en 2019 dispose : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25. »

⁴-Art. 11 dispose : « 1. Le consommateur informe le professionnel, avant l'expiration du délai de rétractation, de sa décision de se rétracter du contrat. Pour ce faire, le consommateur peut soit:

a) utiliser le modèle de formulaire de rétractation figurant à l'annexe I, partie B; ou

b) faire une autre déclaration dénuée d'ambiguïté exposant sa décision de se rétracter du contrat.

Les États membres s'abstiennent d'imposer toute exigence de forme relative au modèle de formulaire de rétractation autre que celles visées à l'annexe I, partie B... ».

وبحسب بعض الفقه¹، يعد نص المادة 06/06² من التوجيه الأوروبي رقم 65-2002 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد، النص الوحيد الذي يشترط ضرورة احترام شرط شكل الإخطار، إذ تنص على ضرورة ورود الإخطار في دعامة ورقية، أو دعامة أخرى دائمة، بإمكانها الوصول للشخص المرسل إليه. وإذا تم العقد عبر الشبكة العنكبوتية، فإنّ المتدخل ملزم بتقديمه للمستهلك استمارة العدول عن العقد عبر موقعه التجاري، أو إقرار واضح وصریح يتعلق بالعدول، حسب ما ورد بنص المادة نفسها، ويجب عليه كذلك أنّ يرسل إخطارا خاصا بتسلم العدول على دعامة ورقية.

ويرى بعض الفقه³ أن السكوت لا يعد تعبيراً ضمناً للعدول عن العقد، وفقاً لقاعدة "لا ينسب لساكت قول"، في حين يعتبر التعبير الضمني موقفاً إيجابياً من خلال ما يقوم به المستهلك من تصرفات. وتجب الإشارة، إلى أنّ القضاء الفرنسي قد بسط رقابته على استعمال المستهلك لحقه في العدول عن العقد من خلال تطبيقه لنظرية التعسف في استعمال، الحق ولكن دون تشدد في هذه الرقابة⁴. كما يجب البيان أن إلزامية إشعار الطرف الآخر بالعدول عن العقد، لا يعني بالضرورة القبول به، وإنما لتجنب عنصر المفاجأة في حق المتعاقد الآخر⁵. ويتم ذلك بملء الاستمارة الخاصة بالعدول عن العقد في الأجل المحدد وليس مهماً أن تكون طريقة الإرسال تقليدية أو حديثة⁶.

الفرع الثالث: المهلة المحددة لممارسة العدول عن العقد في التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي

إن العدول عن العقد، حق خالص يستفيد منه المستهلك بصفته طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية، ويمارسه بإرادته المنفردة، خلال مهلة محددة يجب عليه أن يحترمها، وإلا فقد حقه في العدول عن العقد. لذا سيتم بحث مهلة العدول عن العقد وفق ما جاءت به الدول الأوروبية (أولاً) ثم بحثه وفق ما جاءت به الدول العربية (ثانياً) ثم بيانه وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي (ثالثاً). وفي الأخير، ينبغي ضرورة تحديد الطرف المكلف بإثبات ممارسة هذا

¹ - أشرف محمد رزق فايد، حماية المستهلك (دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني)، مركز الدراسات العربية، مصر 2016، ط. 01، ص. 985.

² - Art. 06/06 dispose : « Si le consommateur exerce son droit de rétractation, il le notifie avant l'expiration du délai en suivant les instructions pratiques qui lui ont été données conformément à l'article 3, paragraphe 1, point 3 d), et de manière à ce que la preuve de cette notification puisse être administrée conformément à la législation nationale. Le délai est réputé respecté si la notification, à condition d'avoir été faite sur un support papier ou sur un autre support durable qui est à la disposition du destinataire et auquel il a accès, a été envoyée avant l'expiration du délai ».

³ - غازي خالد أبو عربي، حماية رضا المستهلك، دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون الاستهلاك الأردني، المرجع السابق، ص. 198.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، المرجع السابق، ص. 237.

⁵ - أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي، المرجع السابق، ص. 20.

⁶ - المرجع نفسه، ص. 147.

الحق في الآجال المحددة لذلك، إلى جانب بيان الحالات التي تتطلب اتباع طريقة محددة لممارسة حق العدول وكذا الجزء المترتب عن تخلف الشكل المطلوب إن وجد (رابعاً).

أولاً- مهلة ممارسة العدول عن العقد وفقاً لما جاءت به الدول الغربية: سيتم بحث ما جاء به التوجيه الأوروبي أولاً باعتباره المرجع لأغلب الدول الأوروبية (01) وبعدها بحث ما جاءت به بعض الدول الأوروبية (02).

01- مهلة العدول عن العقد وفقاً لما جاء به التوجيه الأوروبي: تناولت كل تشريعات التوجيه الأوروبي التي نصت على عدول المستهلك عن العقد المهلة المحددة لذلك، وإلا سقط حقه في العدول، حفاظاً على استقرار المعاملات، وحتى لا يبقى الطرف الآخر، مهدداً بزوال العقد لزمناً غير محدد، وما يُلاحظ على هذه المهلة، أنها تتغير مع كل إصدار من إصدارات التوجيه الأوروبي، حسب طبيعة العقد ومحلّه، وبهذا فلم يُترك المجال مفتوحاً للمستهلك للعدول عن العقد متى شاء حماية لمصالح من يتعامل معه.

وقد تناول التوجيه الأوروبي رقم 07-1997 مهلة العدول عن العقد بالمادة 01/06¹ التي جاء فيها: "كل عقد عن بعد يجب النص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن 07 أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات، فإن مهلة سبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد، أو من تاريخ كتابة المتدخل الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المتدخل عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يضمن العناصر الأساسية للعقد".

أما التوجيه الأوروبي رقم 65-2002² المتعلق بالخدمات المالية عن بعد، فقد عالج عقد تسويق الخدمات المالية عن بعد بنص المادة 01/06³ والتي حددت مهلة العدول أربعة عشر يوماً.

وبالنسبة للتوجيه الأوروبي رقم 83-2002 المتعلق بالتأمين المباشر على الحياة، فقد تناول التأمين على الحياة من خلال نص المادة 01/35 التي حددت مهلة العدول في حدود أربعة عشر وثلاثين يوماً يبدأ سريانها من يوم إعلان المستهلك - المؤمن له - رغبته في العدول.

¹-Art. 06/01 dispose : « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises... ».

²-Art. 06/01 dispose : « Les états membres veillent à ce que le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter, sans pénalité et sans indication de motif. Toutefois, ce délai est porté à trente jours calendrier pour les contrats à distance ayant pour objet les assurances sur la vie couvertes par la directive 90/619/CEE et les opérations portant sur les retraites individuelles ».

³-DIRECTIVE 2002/65/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, Journal officiel de l'Union européenne 3.2.2009, L.271/16, fr.

أما موقف التوجيه الأوروبي رقم 122-2008¹، الذي تناول بالدراسة حماية المستهلك في عقود الاستفادة بالسلع والمنتجات والخدمات المرتبطة بقضاء الإجازات بنظام اقتسام الوقت والعقود المرتبطة بذلك، فقد حدد مهلة العدول عن العقد بأربعة عشر يوماً، حسب ما جاءت به المادة 01/06² من هذا التوجيه.

والتوجيه الأوروبي رقم 48-2008³ المتعلق بعقود الائتمان الاستهلاكي حدد مهلة العدول حسب ما ورد بالمادة 01/14⁴ أربعة عشر يوماً تبدأ من يوم إبرام عقد القرض، أو من وقت استلام المستهلك لشروط التعاقد، والبيانات المتعلقة بكيفية ممارسة العدول عن العقد من طرف المستهلك، وهي الحالة التي يسبق فيها تقديم هذه البيانات سابقاً، لإبرام عقد الائتمان الاستهلاكي حسب نص المادة رقم 10 من هذا التوجيه.

أما بالنسبة للتوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين الذي عدل جملة من القوانين الصادرة عن هذا التوجيه⁵، فقد نص في الحثية رقم 40، بضرورة توحيد مهلة العدول عن العقد بأربعة عشر يوماً حفاظاً على ما يعرف بالأمن القانوني واستقرار المعاملات؛ وهذا ما تناولته المادة 1/09⁶ من هذا التوجيه والتي حددت المهلة بأربعة عشر يوماً.

وما يلاحظ على هذا التعديل الذي جاء به التوجيه الأوروبي لسنة 2011، أنه وحد مهلة العدول وجعلها واحدة؛ سواء تعلق الأمر بسلع ومنتجات أم خدمات، حسب ما ورد بنص المادة 09/2⁷ أ و ب.

¹-DIRECTIVE 2008/122/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, Journal officiel de l'Union européenne 3.2.2009, L33/14, fr.

²-Art. 06/01 du directive 2008/122 dispose : « En sus des voies de recours accessibles au consommateur en droit national en cas d'infraction aux dispositions de la présente directive, les états membres veillent à ce que le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours civils pour se rétracter du contrat d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente ou d'échange, sans indiquer de motif... »

³- DIRECTIVE 2008/48/CE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne 22.5.2008, L33/79, fr.

⁴-Art. 14/01 dispose : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires pour se rétracter dans le cadre du contrat de crédit sans donner de motif ».

⁵ - تمثل القوانين التي تناولها بالتعديل فيما يلي: التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993، والتوجيه الأوروبي رقم 44 لسنة 1999، والتوجيه رقم 577 لسنة 1985، إلى جانب التوجيه الأوروبي رقم 07 لسنة 1998.

⁶-Art. 09 dispose : « En dehors des cas ou les exceptions à l'article 16 s'appliquent, le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter d'un à distance ou un contrat hors établissement sans avoir à motiver sa décision et sans encourir ...

b/i- dans le cas des bien multiple commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, du jour ou le consommateur...prend physiquement possession du dernier bien »

⁷-Art. 09/02 dispose : « Sans préjudice de l'article 10, le délai de rétractation visé au paragraphe 1 du présent article expire après une période de quatorze jours à compter:

a) en ce qui concerne les contrats de service, du jour de la conclusion du contrat;

b) en ce qui concerne les contrats de vente, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien ou:

i) dans le cas de biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du dernier bien;

وتجب الإشارة إلى أن التوجيه الأوروبي السابق ذكره، قد استثنى بعض العقود من إمكانية العدول عنها من طرف المستهلك، باعتبار العدول عن العقد استثناء، والاستثناء لا يمكن التوسع فيه، حسب ما ورد بنص المادة 16¹ منه.

02- مهلة العدول وفقا لما جاءت به بعض التشريعات الغربية: سيتم بحث مهلة العدول عن العقد ببعض الدول الأوروبية على سبيل المثال لا الحصر، ومنها التشريع الفرنسي (أ)، والتشريع الألماني (ب)، والتشريع اللكسمبورجي (ج).

أ- التشريع الفرنسي: لقد تناول التشريع الفرنسي مهلة العدول في العديد من التشريعات التي أصدرها أهمها قانون الاستهلاك الفرنسي، وقانون التأمين، وقانون التعمير والبناء، سيتم تبيانها كما يلي:
فقد تناول التشريع الفرنسي مهلة العدول عن العقد، في قانون الاستهلاك رقم 949-1993² حسب ما ورد بنص المادة ل.121-16 أين حددت المهلة سبعة أيام كاملة، ولكنه لم يكتف بإرجاع السلعة فقط، بل أضاف خيار الاستبدال. والقانون رقم 23-2001³ بسبعة أيام، تبدأ من يوم تسليم السلعة، حسب نص المادة ل.121-20-01.

وبعد تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي في سنة 2014، بالقانون رقم 344-2014⁴، تغيرت المدة وأصبحت أربعة عشر يوما، واحتفظ بالمدة نفسها في تعديل 2015، 2016، بنص المادة ل.121-21 موافقا بذلك نص المادة 1/09 من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011.

وعند تعديله في سنة 2017، وفي تعديله سنة 2019، احتفظ المهلة نفسها، حسب ما ورد بنص المادة ل.18-221، احتراما منه لما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 بتوحيد المهلة بين دول الاتحاد الأوروبي وتوقيا للخلافات الناتجة عن اختلاف أحكام القوانين المقارنة، خاصة فيما يتعلق بالتعامل عن طريق الانترنت.
أما بالنسبة لقانون التأمين الفرنسي، فقد حددها في عدة مواضع، منها نص المادة ل.112-09⁵ تمنح المستهلك حق العدول في عقود التأمين التي تبرم في منزل المستهلك أو في محل عمله حتى ولو كان بناء على طلبه

ii) dans le cas de la livraison d'un bien composé de lots ou de pièces multiples, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du dernier lot ou de la dernière pièce;

iii) dans le cas des contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du premier bien;... ».

¹-Art. 16 dispose : « Les États membres ne prévoient pas le droit de rétractation énoncé aux articles 9 à 15 pour ce qui est des contrats à distance et des contrats hors établissement en ce qui concerne ce qui suit:... ».

²-consulté le cite www.legifrance.gouv.fr. 20. اطع عليه يوم 2019/12/12 علي الساعة 14:20.

³-consulté le cite www.legifrance.gouv.fr. 20. اطع عليه يوم 2019/12/12 علي الساعة 14:20.

⁴-consulté le cite www.legifrance.gouv.fr. 20. اطع عليه يوم 2019/12/12 علي الساعة 14:20.

⁵-Art. L.221-09 dispose : « Toute personne physique qui fait l'objet d'un démarchage à son domicile, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, et qui signe dans ce cadre une proposition d'assurance ou un contrat à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de quatorze jour

أربعة عشر يوماً عمل، مع ضرورة أن يتضمن الاقتراح المقدم للمؤمن له كافة البيانات المتعلقة بحق العدول، مع إرفاق النموذج المعد لممارسة حق العدول.

أما بالنسبة لقانون التعمير والبناء¹، المعدل في 2019، فقد حدد مهلة العدول عن العقد بما ورد بنص المادة ل. 271-201²، التي تناولت حالة التعاقد بشأن شراء الوحدات السكنية تحت الإنشاء، حيث حددت مهلة العدول عن العقد بعشر أيام.

ب- التشريع الألماني: تناول المشرع الألماني مهلة العدول عن العقد بنص المادة 02/355 من القانون المدني الألماني في تعديله لسنة 2013 مقتردياً في ذلك بما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، حيث قدرها بأربعة عشر يوماً³.

ج- تشريع لكسمبورج: تناول تشريع الاستهلاك لدولة لكسمبورج رقم 309-2018 الصادر في 25 أبريل 2018⁴، المعدل والمتمم للقانون الصادر في 02 أبريل 2014، مهلة العدول عن العقد بنص المادة ل. 221-203⁵؛ حيث حددتها بأربعة عشر يوماً عمل، وإذا صادف اليوم الأخير في تلك المهلة يوم عطلة أو إجازة، فإن المهلة تمتد إلى أول يوم عمل تال، وتمتد مهلة العدول إلى اثني عشر شهراً، إذا أدخل المتدخل بالتزامه بإعلام المستهلك بالبيانات المتعلقة بالعدول الواردة بنص المادة ل. 222-04⁶ من القانون نفسه، وفي حال قام المتدخل

calendaire révolus à compter du jour de la conclusion du contrat, sans avoir à justifier de motifs ni à support de pénalité... ».

¹-Code de la construction et de l'habitation consulté le cite www.legifrance.gouv.fr

²-Art. 217-01 du code de construction dispose : « Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte... ». Code de la construction et de l'habitation modifié le 15/11/2019. voir le site :[www. Droit .org](http://www.Droit.org)

اطلع عليه يوم: 2019/11/29 على الساعة 01:30

³-Art.355/02 du code civil allemand dispose : « The withdrawal period is fourteen days. Unless otherwise provided, it begins upon the contract having been concluded ».

⁴-Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, consulté le cite : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/consommation/20180701>

اطلع عليه يوم: 2020 /11/16 على الساعة 00:20

⁵-Art. L.221-03 dispose : « (1) Pour tout contrat visé par les chapitres 2 à 4 du présent titre, le consommateur a le droit de se rétracter par écrit ou sur tout autre support durable, sans indication de motif et sans pénalité, dans un délai de quatorze jours calendrier. Si le dernier jour du délai n'est pas un jour ouvrable, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. »

⁶-Art.L.222-04 : (1) Les informations visées à l'article L. 222-3, paragraphe (1), doivent être fournies par le professionnel au consommateur, ou mises à sa disposition par le professionnel sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée, dans un langage clair et compréhensible. Dans la mesure où ces informations sont fournies sur un support durable, elles doivent être lisibles.

(2) Si un contrat à distance devant être conclu par voie électronique oblige le consommateur à payer, le professionnel informe le consommateur d'une manière claire et apparente, et directement avant que le consommateur ne passe sa commande, des informations prévues à l'article L. 221-2, paragraphe (1), points a) et c) et à l'article L. 222-3, paragraphe (1), points a), d), n) et o).

بواجب الإعلام خلال اثني عشرة شهرا، يعاد العمل بنص المادة ل.221-03 السالفة الذكر، حسب ما ورد بنص المادة ل.222-09¹ الفقرتان 03 و04.

ثانيا- مهلة العدول عن العقد وفقا لما جاء به التشريعات العربية: سيتم التطرق لمهلة العدول عن العقد وفقا لما جاءت به بعض التشريعات العربية، نذكر منها، التشريع الجزائري (01)، ثم نبحت ما جاءت به التشريعات العربية الأخرى (02).

01- مهلة العدول عن العقد في التشريع الجزائري: يتناول التشريع الجزائري عدول المستهلك عن العقد حسب ما ورد بنص المادة 02/19 من القانون رقم 03-09 المعدل والمتمم والتي جاء نصها كما يلي: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب...". ولكن النص اكتفى بتعريف العدول عن العقد، ولم يحدد مهلة العدول محيلا ذلك لحين صدور نصوص تنظيمية التي نأمل أن يسرع في إصدارها².

ومن جهة أخرى، فقد حدد التشريع الجزائري مهلة العدول عن العقد فيما يتعلق بالقرض الاستهلاكي من خلال نص المادة 02/11 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 التي جاءت كما يلي: "غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته (08) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما". أما نص المادة 14 من المرسوم نفسه، فقد تناولت مهلة العدول بالنسبة للبيع في المنزل، فجاء نصها كما يلي: "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون (07) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة...".

02- مهلة العدول عن العقد في بعض التشريعات العربية: ومن التشريعات العربية التي تناولت العدول عن العقد بشكل صريح، وحددت آجال ممارسته، نذكر ما يلي: نجد التشريع المغربي (أ)، والتشريع التونسي (ب) والتشريع اللبناني (ج)، والتشريع المصري (د).

أ- التشريع المغربي: يعد التشريع المغربي من التشريعات العربية التي نصت على عدول المستهلك عن العقد تناوله بالظهير الشريف لسنة 2011 من خلال نص المادة 03/32، التي ألزمت من يتعامل مع المستهلك، أن يعلمه في الوقت المناسب دون تجاوز لوقت التسليم عن معلومات وشروط كيفية ممارسة حق العدول عن العقد

¹-Art. L.222-09-03et 04 dispose : « ... (3) Si le professionnel omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation comme l'exige à l'article L. 222-3 paragraphe (1) point g) et l'article L. 222-6, paragraphe (1), point h, le délai de rétractation expire au terme d'une période de douze mois et prend cours à la fin du délai de rétractation initial, déterminé conformément au paragraphe (2) du présent article.

(4) Si le professionnel a communiqué au consommateur les informations visées au paragraphe (3) du présent article dans un délai de douze mois à compter du jour visé au paragraphe (2) du présent article, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour de la réception de ces informations par le consommateur».

² - وما تجب الإشارة إليه أنه لا غرابة، في تأخر المشرع في استصدار النصوص التطبيقية، فعند إصداره للقانون رقم 03-09 في سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى القانون رقم 89-02، استبقى العمل بالنصوص التطبيقية السارية المفعول (المرسوم التنفيذي رقم 90/266 المتعلق بضمان المتوجات والخدمات حسب ما ورد بنص المادة 94 منه، حيث تأخر صدورها لعاية سنة 2013، أين صدر المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

حسب ما جاء فيها: "معلومات حول شروط وكيفيات ممارسة حق التراجع المنصوص عليه المادة 36، وقد نصت المادة 36 من التشريع نفسه، على منح المستهلك مهلة سبعة أيام لعدول المستهلك عن العقد الذي أبرمه، لتصبح ثلاثين يوماً في الحالة التي يُغفل فيها إعلام المستهلك بحقه في العدول؛ والتي جاء نصها كما يلي: "للمستهلك أجل:

- 07 أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع.

- 30 يوماً لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32".

ب- التشريع التونسي: أما فيما يتعلق بالتشريع التونسي، فقد تناول ما يعرف بالعدول عن العقد بقانون المبادلات التجارية لسنة 2000، محددًا مهلة العدول عن العقد عشرة أيام، وفقاً لما ورد بالفصل رقم 30 الذي جاء نصه كما يلي:

"مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل،...".

ج- التشريع اللبناني: تناول التشريع اللبناني حق العدول عن العقد، بنص المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني التي جاءت كما يلي: "خلافًا لأي نص آخر، يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقاً لأحكام هذا الفصل العدول عن قراره بشراء السلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مهلة 10 أيام ...".

د- التشريع المصري: تطرق التشريع المصري للعدول عن العقد، من خلال قانون التجارة الإلكترونية بنص المادة 20 ورد فيها ما يلي: "مع عدم الإخلال بأحكام الضمان القانونية أو الاتفاقية يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم إلكترونياً خلال 15 يوماً التالية على تاريخ تسلمه للسلعة أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة، وذلك دون حاجة لتقديم أي مبررات".

وما يلاحظ على نص هذه المادة، هو استعمال المشرع المصري للفظ "الفسخ"، حيث كان يجدر استعمال لفظي "العدول أو الرجوع"، لأن الأصل في فسخ العقود، هو إخلال أحد طرفي العقد بعدم التنفيذ كما أن أحكام الضمان القانونية أو الاتفاقية تفي بالغرض.

أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك المصري¹، فإنه لم يتناول حق العدول عن العقد، وإنما تكلم عن أحكام الضمان القانوني التي جاءت بها أغلب تشريعات الاستهلاك، بنص المادة 08 منه المتعلقة بضمان العيب أو مخالفة الصفة، حسب ما ورد بنصها "مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل

¹ - للإشارة فإن بعض الفقه يعتبر الخيارات الموجودة في نص المادة 08 من قانون حماية المستهلك المصري تتعلق بالعدول عن العقد، في حين هي تتعلق بخيار العيب. يراجع: علاء عمر محمد الحاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2017، ط. 01، ص. 563. وخالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك المرجع السابق، ص. 173.

للمستهلك، وفيما لم يحدد الجهاز مدة أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلّم أي سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله...¹.

ثالثاً- مهلة الرجوع عن العقد وفقاً لما جاء في القواعد العامة والفقهاء الإسلامي: تتعلق مهلة الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي، بالرجوع عن العقد بسبب الخيار (01)، والرجوع عن العقد بالنظر لطبيعة العقد (02).

01- مهلة الرجوع عن العقد بسبب الخيار: تتعدد أنواع الخيارات بين أربعة عشر، وتسعة عشر خياراً، إلا أننا سنتناول بالدراسة خيارين، مهمين معروفين في مجال الدراسات القانونية وفي الفقه الإسلامي على حد سواء؛ وهما خيار الشرط، وخيار الرؤية.

فبالنسبة لخيار الشرط، فقد اتفق جمهور الفقهاء على تقييد مدة الخيار بمدة زمنية محددة، إذ لا يصح اشتراط خيار غير محدد تحديداً دقيقاً، وذلك حتى لا يكون الخيار سبباً من أسباب الجهالة الفاحشة، التي تسوق للنزاع والشقاق، وهو ما يتنافى مع أحكام الشريعة². ولكن موطن الاختلاف بين الفقه تعلق بطول وقصر المدة المحددة لاستعمال الخيار، وبذلك انقسم الفقه إلى اتجاهين مختلفين جاء فيهما ما يلي:

يرى أنصار الاتجاه الأول، أن لخيار الشرط حد أدنى، فهو يجوز مهما قل، لأن جواز الأكثر يدل على جواز الأقل، وأضافوا، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدر الخيار بثلاثة أيام، وهذا تقدير شرعي، والتقدير الشرعي يمنع الزيادة والنقصان، أو يمنع أحدهما فقط، وهذا التقدير لا يمنع النقصان، فاشتراط الخيار بأقل من ثلاثة أيام يجوز، ويمنع الزيادة، ولو لم تمنع الزيادة لانعدمت أهمية هذا التقدير³. ويدعم هذا الرأي جانب آخر من الفقه إذ يرى أن هذا لا يمكن قبوله من الناحية العملية⁴. وقد استبعد بعض الفقه تقدير مدة الحد الأدنى فقال: "أقل مدة الخيار ليس بمقدر"⁵.

فيما يرى أنصار الاتجاه الثاني، أن لخيار الشرط حد أقصى، ولكنهم اختلفوا بشأن هذه المدة اختلافاً واسعاً حصر في الاتجاهات الفقهية التالية:

¹ - وهو النص الذي يقترّب من نصوص القواعد العامة المتعلقة بضمان العيب الخفي، وكل ما في الأمر أنه لم يشترط خفاء العيب، وذلك بالنظر للتطور الحاصل في المنتجات؛ فقد تكون معيبة بعبء ظاهر، ولم يستطع المستهلك اكتشافه بسبب قلة خبرته، كما استبعد الضمان الاتفاقي لأنه لا يقدم ضمانات أفضل للمستهلك من خلال عبارة "مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك". وهو النص الذي يقابله نص المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري.

² - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.219.

³ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.41.

⁴ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.220.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.213.

يرى أنصار الرأي الأول ضرورة منح التفويض المطلق للمتعاقدين، بإعطاء طرفي العقد إمكانية الاتفاق على مدة خيار الشرط، وكيف ما اتفقا عليه جاز، ما لم يؤدي إلى ضرر¹، إلا أن البعض منهم ذهب لتقييد مدة الخيار حتى لا تتنافى مع الهدف المقصود من العقد، كاشتراط مدة خيار أطول تفوق المألوف "كألف أو مائة سنة"².

فأنصار هذا الرأي، يرون إمكانية تجاوز ما ورد في النصوص المتعلقة بخيار الشرط، على اعتبار أن هذا الخيار هو حق للمتعاقد، فيجب أن يخضع لتقديره³.

ويعتبر اتجاه آخر من الفقه⁴ من أنصار هذا الرأي، أن أساس الخيار شرع للحاجة والتروي، ورفع الغبن وقد تتطلب الحاجة أكثر من ثلاث أيام، مصداقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسئلون على شُرُوطهم"⁵.

وأضاف جانب آخر من الفقه نفسه، أن خيار الشرط محدود بزمن العقد، وإن كان لا بد من تحديده فالحال يختلف من سلعة لأخرى، وينقص ويزيد بحسب الحاجة للتروي، شريطة أن لا تكون مدة الخيار مجهولة وإن لم يتم تعيين مدة العقد، فالعقد صحيح، ويحمل الخيار بحسب نوع السلعة، وإذا زاد على أمدها فسد العقد⁶.

ويوضح جانب من هذا الرأي الفقهي⁷ موقفه، إذ يرى بجواز خيار الشرط لأي مدة معلومة، قلت أو زادت عن ثلاث ليال، بناء على ورد بحديث منقذ بن حبان "الخيارُ ثلاثة أيام"⁸.

وأضاف أن خيار الشرط مدة ملحقة بالعقد؛ فيمنح لطرفي العقد حق تقديره كالأجل. ويضيف رأي البعض أن خيار الشرط لا يصح لمدة مجهولة⁹، وفي المعنى نفسه أضاف رأي آخر¹⁰، أن خيار الشرط هو أن في العقد أو بعده، ولأنه بمنزلة حال العقد فمدته يجب أن تكون معلومة وإن طال، موافقاً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "المسئلون على شُرُوطهم"¹¹.

¹ - عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق المستنقع (فقه المعاملات)، ج.01، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، 2008 ص.408. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.41. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.03، ص.498.

² - السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ج.03، ص.89.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.221.

⁴ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.301.

⁵ - سبق تخريجه، ص.168.

⁶ - ابن شاس، عقد الجواهر، المرجع السابق، ج.02، ص.691-692.

⁷ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.03، ص.483.

⁸ - سبق تخريجه، ص.166.

⁹ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.03، ص.202.

¹⁰ - السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ج.03، ص.88-89.

¹¹ - سبق تخريجه، ص.168.

أما أنصار الرأي الثاني، فاعتمدوا الحد المؤلف وذلك بتحديد مدة الخيار حسب الحاجة مقارنة بنوعية المبيع، وبهذا يملك المتعاقد تعيين المدة التي يشاء، شريطة أن لا يتجاوز الحد المعتاد في كل نوع¹، وقد تم تحديد مدة خيار الشرط في كل أنواع البيوع كما يلي²:

بالنسبة للعقار، فقد حدد له أنصار هذا مهلة شهر وستة أيام، ضف لذلك يومان يلحقان بمدة الخيار للتمكن من رد المبيع احتياطاً من لزوم العقد في حق المشتري؛ إذا انتهت المدة اللازمة لذلك، أما بالنسبة لبيع الرِّق فقد حددت مدة خيار الشرط بأسبوع وألحق به ثلاثة أيام، مع إضافة يومان لتمكين المشتري من رد المبيع تجنباً للزوم العقد في حقه. أما بالنسبة للدواب فتختلف المدة حسب المقصود من الخيار، فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسيرها؛ فهي ثلاثة أيام، مع إضافة يومين لتمكين المشتري من رد المبيع تجنباً للزوم العقد في حقه كذلك. وإن كان خيار الشرط لاختيار الدابة في البلد نفسه، فالمدة هي يوم واحد ومثله.

وإن كان الاختيار خارج البلد، فالمدة "بريد" حسب رأي أبو القاسم، و"بريدان" عند أشهب، (والبريد هو مدة سير نصف يوم بالسير المعتاد)³.

أما بالنسبة لبقية الأشياء، والتي تشمل النبات، والعروض، والمثليات فأقصى مدة لخيار الشرط فيها، ثلاثة أيام مع إضافة يوم لتمكين المشتري من رد المبيع، وتوقي لزوم العقد في حقه⁴. أما بالنسبة للخضر والفواكه وبالرغم من دخولها تحت قائمة المثليات، إلا أن بعض الفقه أورد لها مدة خيار خاصة تسمح بالمحافظة على طبيعتها الأصلية دون تغيير، وهي يوماً واحداً⁵. أما جانب آخر من الفقه نفسه فرأى أن الخيار بشأن الفاكهة يقدر بحسب الحاجة⁶.

وترتيباً لما سبق ذكره بشأن مدة خيار الشرط، فإن ما يبدو حسب رأي بعض الفقه أنها تخضع للعرف ولا يوجد بشأنها نص خاص⁷.

¹ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.03، ص 226. وأبو محمد جلال الدين بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي، المرجع السابق، ج.02، ص.ص.691-692.

² - ابن شاس، عقد الجواهر، المرجع السابق، ص.ص.691-693.

³ - الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، ج.03، بدون طبعة، ص.ص.92-93.

⁴ - المرجع نفسه، ص.95.

⁵ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.301.

⁶ - أبو محمد جلال الدين بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي، تحقيق حميد بن محمد لخم، المرجع السابق، ص.693.

⁷ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.223.

أما أنصار¹ الرأي الثالث والأخير فحددوا مدة خيار الشرط ثلاثة أيام مهما كان نوع الشيء محل العقد². واعتمدوا في ذلك على حديث منقذ ابن حبان، وكذلك حديث ابن خالد بن يزيد الراسبي، نا أبو ميسرة أحمد بن عبد الله بن ميسرة، نا أبو علقمة الفروي، نا نافع، عن ابن عم، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الخيار ثلاثة أيام"³. إلى جانب ما روي عن عمر رضي الله عنه: "ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم - لحبان-". وقد ذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك أين سمي خيار الشرط بخيار الثلاث⁴.

أما بالنسبة لخيار الرؤية، فيرى بعض الفقه أن وقت خيار الرؤية هو وقت رؤية الشيء محل العقد لا قبلها وعلى ذلك لو قبل المتعاقد العقد قبل رؤية الشيء محل العقد، بأن قال: رضيت، أو أجزت ثم رأى محل العقد بعد ذلك، يمكنه الإفادة من خيار الرؤية، لأن الشيء محل العقد قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشيء قبل العلم به، مُحال الإمكان ملحق بالعدم، فوقت ثبوت الخيار هو وقت ثبوت الرؤية، وقبل الرؤية فلا خيار، وإسقاط الشيء قبل ثبوته، وثبوت سببه غير ممكن⁵. وبهذا لا يصح إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية أو التنازل عنه؛ فإسقاط الشيء فرع لثبوته، ولا يمكن الإسقاط قبل الثبوت، فلو أسقط المشتري خياره قبل الرؤية، لم يسقط، وظل له حق ممارسته عند الرؤية⁶. وفي هذا المعنى قال أحد الفقه إن في الرضا قبل الرؤية إبطال حكم ثبت بالنص وهو خيار للمشتري عند الرؤية⁷.

بعد مناقشة الآراء السابقة، اتضح أن أنسب وقت يصلح لممارسة خيار الرؤية هو بعد رؤية الشيء محل العقد مباشرة، إذ برؤيته يزول سبب تشريع خيار الرؤية وهو عدم الرؤية، وقد حصلت، فخيار الرؤية ليس للتروي في أصل العقد، بل لكامل الاطلاع عليه⁸.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج.05، ص 264. والماوردي، الإقناع في فقه الشافعي، المرجع السابق، ج.03، ص.91.

² - المرجع نفسه، ج.05، ص.266. وابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.06، ص.03. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.04، ص.568. وابن همام، الفتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.299.

³ - سبق تخريجه، ص.166.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، المرجع السابق، ج.05، ص.47.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.295.

⁶ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.544.

⁷ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.337. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.03، ص.70. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.297. ومن جهة أخرى فقد أحاز الخنقية إمكانية فسخ العقد قبل الرؤية لعدم لزوم العقد بسبب الجهالة المرافقة له، وليس على أساس الخيار، وبرؤيته قد ثبت له خيار الرؤية فيكون سببا آخر للفسخ ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد.

للتوسع أكثر راجع: عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.545 وما بعدها.

⁸ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.547.

02- مهلة الرجوع عن العقد بسبب طبيعة العقد: يرى بعض الفقه¹ أنه بالرغم من اختلاف الفقهاء، بين حصر أو عدم حصر العقد غير اللازم، إلا أنه من الأحسن ترك هذه العقود دون حصر، طالما لا تحرم حلالاً ولا تحلل حراماً حتى يدخل فيها ما استجد من عقود. وسنتناول بالدراسة مهلة الرجوع بالنسبة للعقد غير اللازم من جهة واحدة (أ)، وبعدها مهلة الرجوع في العقد غير لازم من الجهتين (ب).

أ- مهلة الرجوع في العقد غير اللازم من جانب واحد: تتعدد وتنوع العقود غير اللازمة من جانب واحد ولذلك سيتم بحث بعض العقود الأكثر استعمالاً، وبالنسبة لعقد القرض الاستهلاكي فقد بينت المادة 457² من القانون المدني أن قرض الاستهلاك ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها، إلا أن نص المادة 01/458 من القانون المدني حددت مهلة الرجوع عنه ستة أشهر، وجاء نصها كما يلي: "يجوز للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم ذلك في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الإعلان".

أما بالنسبة لعقد الهبة³، فقد بينتها المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، فجاء نصها كما يلي: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه، إلا في الأحوال التالية...".

ويبدو أن المشرع لم يحدد في نص المادة مهلة وكيفية الرجوع عن عقد الهبة، وهو ما يفيد أن يتم في أي وقت، شريطة عدم وجود موانع لذلك.

أما بالنسبة لفقهاء الفقه الإسلامي، وبالرغم من اختلافهم⁴ بشأن الرجوع في عقد الهبة، إلا أنهم اتفقوا في وقت وكيفية الرجوع في الهبة؛ إذ يتم الرجوع سواء بالتراضي، أو بالتقاضي في حال عدم رضا المهبوب له.

ب- مهلة الرجوع في العقد غير اللازم من الجانبين: تتعدد هذه العقود كذلك، إلا أننا سنبحث بعض العقود الأكثر شيوعاً واستعمالاً في الحياة اليومية، ومنها عقد الوكالة من خلال نص المادة 586⁵ التي جاء فيها يلي: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكّل فيه أو انتهاء الأجل المعين للوكالة. كما تنتهي الوكالة أيضاً بعزل الوكيل أو

¹ - وليد صلاح وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، المرجع السابق ص.ص. 423-424.

² - يقابلها من التشريعات العربية، نص المادة 538 من القانون المصري، ونص المادة 506 من القانون المدني السوري، ونص المادة 684 من القانون المدني العراقي، ونص المادة 755 من القانون المدني اللبناني.

³ - سيتم التفصيل في هذه الجزئيات في المبحث الثاني من الفصل الأول للباب الأول عند الكلام عن آثار الرجوع عن عقد الهبة في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية

⁴ - يرى الفقه الحنفي أن الرجوع في الهبة جائز إلا لمانع. للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 06 ص. 128. أما جمهور الفقهاء فلا يرون جواز الرجوع في الهبة إلا في حالة الوالد لولده، وتسمى عند الملكية بالاعتصار. للتوسع أكثر يراجع: ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج. 03، ص. 275. وج. 04، ص. 117. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج. 06، ص. 42. والشافعي، الأم، المرجع السابق، ج. 04، ص. 64.

⁵ - يقابلها من نصوص التشريعات العربية، نص المادة 724 من القانون المدني المصري، ونص المادة 680 من القانون المدني السوري، ونص المادة 946 من القانون المدني العراقي.

بعُدول الموكل". أما نص المادة 587 من القانون المدني فجاء فيها ما يلي: "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك فإذا كانت بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل...". في حين جاء نص المادة 1588¹ من القانون المدني كما يلي: "يجوز للوكيل أن يتنازل عن الوكالة في أي وقت ولو وجد اتفاق يخالف ذلك... غير أنه لا يجوز للوكيل أن يتنازل عن الوكالة إذا كانت صادرة لصالح شخص أجنبي بهذا التنازل وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يمكن لصيانة مصالحه"².

وقد بين فقهاء³ الفقه الإسلامي، طرق إنهاء الوكالة عن طريق تصرف الوكيل فيما وكل فيه، لأن العقد يصبح غير ذي موضوع، فتنتهي بانتهاك الغرض منها، وتنتهي بفقد كل من الوكيل أو الموكل لأهليته. وباعتبار الوكالة عقداً غير لازم من الجانبين، فيمكن للموكل عزل الوكيل في أي وقت شاء بإرادته المنفردة، دون رضا الوكيل، كما يمكن للوكيل أن يعزل نفسه في أي وقت شاء، حتى بدون علم الوكيل حسب رأي جمهور الفقهاء⁴. أما الفقه الحنفي فيشترط ضرورة علم الوكيل بالعزل⁵.

أما بالنسبة لعقد العارية، فقد بينت المادة 546⁶ من القانون المدني آجالها كما يلي: "تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين أجل تنتهي باستعمال الشيء الذي أعير من أجله. فإذا لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت وفي كل وقت يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية...".

أما نص المادة 567 من القانون المدني، فقد بينت الحالات التي يجوز فيها للمعير أن يطلب إنهاء العارية، إذ جاء فيها: "يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية:
- إذا عرضت له حاجة عاجلة لم تكن متوقعة.

¹ - يقابلها من نصوص التشريعات العربية، نص المادة 715 من القانون المدني المصري، ونص المادة 671 من القانون المدني السوري، ونص المادة 948 من القانون المدني العراقي.

² - وقد بين التشريع المصري كذلك مهل الرجوع في الوكالة، من خلال نص المادة 714 من القانون المدني المصري.

³ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج.14، ص.101. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق ج.05، ص.67. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.04، ص.86. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.20.

⁴ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج.14، ص.102. والشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.03 ص.237. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.05، ص.67. وتقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، 1999، ج.02، ط.01، ص.529. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق ج.04، ص.86.

⁵ - أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق: عصمت الله عنایت الله، محمد وسائد بكداش، ومحمد عبید الله خان، وزینب محمد حسن فلاتة، دار البشائر الإسلامية، 2010، ج.03، ط.01، ص.268. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.ص.22-21.

⁶ - يقابلها من التشريعات العربية، نص المادة 635 من القانون المدني المصري، ونص المادة 602 من القانون المدني السوري، ونص المادة 847 من قانون المدني العراقي.

- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه.
- إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير".
يتضح من خلال نصوص هذه المواد أن العارية تنتهي بانتهاء المهلة المحددة لها، ولكن يمكن الرجوع عنها قبل انتهاء المدة المحددة لها لكل من المعير والمستعير.

أما فقهاء الفقه الإسلامي، فقد بينوا من جهتهم، أنّ الأصل في الحفظ هو استغراق المدة، وبما أنها تمليك بلا عوض، لا يشترط فيها إعلام المكان أو المدة كما في المعاوضات؛ لأنه لا يكون بينهما منازعة إذا أراد المعير الاسترداد، أما بالنسبة للمستعير، فيمكنه الانتفاع بالشيء المنتفع به طالبت المدة أم قصرت، ما لم يطالبه المالك بالرد¹. كما وضح جانب آخر من الفقه أن للمعير أن يرجع في العارية؛ سواء أطلقت العارية أم حدد لها وقتا فهي تنتهي بالمدة أو بالطلب، ويجوز للمستعير رد الشيء متى شاء².

رابعا- تحديد الطرف المكلف بإثبات ممارسة هذا الحق في آجاله المحددة: اعتمادا على قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، فإن عبء إثبات ممارسة حق العدول في آجاله المحددة، يقع على عاتق المستهلك؛ في حال منازعته من طرف من استعمل العدول ضده، وله في ذلك أن يستعمل كافة طرق الإثبات، ما لم يحدد له التشريع وسيلة معينة للإثبات³.

وحقيقة الأمر، أن إثبات المستهلك لممارسة حقه في العدول في آجاله المحددة أمر صعب؛ باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مما حدى بالتوجيه الأوروبي الصادر في 1997 لحث التشريعات الوضعية، على ضرورة تنظيم نصوص قانونية تلقي بعبء الإثبات على عاتق المهني، بأن يثبت أن المستهلك لم يستعمل حقه في العدول عن العقد في آجاله المحددة، إلا أنّ التشريعات الوطنية أغفلت الأمر، مما يبقى على مبدأ القواعد العامة في الإثبات ساري المفعول⁴.

¹ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.11، يراجع الصفحات: ص.115، وص.133، وص.134. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد المرجع السابق، ج.04، ص.98. والشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.03، ص.250.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.06، المرجع السابق، ص.214-215. وابن قدامة، المغني، ج.05، المرجع السابق ص.170.

³ - مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، المرجع السابق، ص.139-140.

⁴ - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.373.

وقد أكد التوجيه الأوروبي لسنة رقم 83-2011، بقاء سريان مفعول قاعدة القواعد العامة في الإثبات من خلال نص المادة 4/1¹، منه حيث يلتزم المستهلك وفقا للحثيثة رقم 44² منه على إثبات أمرين؛ يتمثل الأول الإشارة لممارسة حقه في العدول فعليا، أمّا الثاني فيتمثل في قيامه بإثبات ممارسته لحقه في العدول، خلال المهلة المحددة لذلك قانونا على دعامة ثابتة.

إضافة لما سبق ذكره، فإنه توجد بعض الحالات، ورد بشأنها نص يحث على اتباع وسيلة محددة لمباشرة حق العدول عن العقد، حسب ما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 122-2008 من خلال نص المادة 307³، التي تلزم المستهلك الذي يريد مباشرة حق العدول أن يستعمل وسيلة ورقية، أو أي وسيلة ثابتة، مع ضرورة وصولها للمتدخل قبل انقضاء مهلة العدول وفق أنموذج خاص بالعدول مؤكدا من خلاله على ضرورة احترام مهلة العدول عن العقد.

وما تجب الإشارة إليه، أنّه يمكن مباشرة حق العدول عن العقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والرسائل الإلكترونية بأنواعها، إلى جانب استعمال الوسائل الكلاسيكية في ذلك، عن طريق إرسال الأنموذج الخاص بالعدول عن العقد، بعد استكمال بياناته إلى المقر الخاص بالمعني المذكور بالعقد، خلال المهلة المحددة للعدول عنه⁴

وأما التشريع الفرنسي في تعديله الأخير لسنة 2019، فقد تطرق للوسيلة المناسبة لمباشرة حق العدول عن العقد، من خلال نص المادة ل.221-21⁵ والمتتمثلة في دعامة ورقية، أو دعامة إلكترونية، وفقا لما ورد بنص المادة ل.221-05 من القانون نفسه.

¹- Art.11/04 dispose: « ... La charge de la preuve concernant l'exercice du droit de rétractation conformément au présent article incombe au consommateur. ».

²-« ... Le consommateur devrait toutefois conserver la faculté de se rétracter dans ses propres termes, pour autant que la déclaration faisant état de sa décision de se rétracter du contrat qu'il adresse au professionnel soit sans ambiguïté. Une lettre, un appel téléphonique ou le renvoi du bien avec une déclaration explicite pourrait remplir cette condition mais la charge de la preuve de la rétractation dans les délais fixés par la directive devrait incomber au consommateur. C'est pourquoi, il est de l'intérêt du consommateur d'utiliser un support durable lorsqu'il transmet sa rétractation au professionnel ».

³-Art.07/01dispose : « Lorsque le consommateur entend exercer son droit de rétractation, il notifie au professionnel, sur support papier ou sur un autre support durable, sa décision de se rétracter, avant l'expiration du délai de rétractation. Le consommateur peut utiliser le formulaire standard de rétractation figurant à l'annexe V et fourni par le professionnel conformément à l'article 5, paragraphe 4. Le délai est respecté si la notification a été envoyée avant l'expiration du délai de rétractation».

⁴ - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، المرجع السابق، ص.138.

⁵- Art .L.221-21dispose : « Le consommateur exerce son droit de rétractation en informant le professionnel de sa décision de se rétracter par l'envoi, avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 221-18, du formulaire de rétractation mentionné au 2° de l'article L. 221-5 ou de toute autre déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter.

Le professionnel peut également permettre au consommateur de remplir et de transmettre en ligne, sur son site internet, le formulaire ou la déclaration prévus au premier alinéa. Dans cette hypothèse, le professionnel communique, sans délai, au consommateur un accusé de réception de la rétractation sur un support durable. »

ولضمان احترام ما سبق ذكره؛ من إجراءات، ترتبط بممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد، قررت التشريعات التي تناولته في نصوصها جزاءات محددة لتخلف الشكل المطلوب لذلك، فقد قررت المادة ل.242-¹01 من قانون الاستهلاك الفرنسي بطلان العقد الذي يتم خارج المؤسسة، فيما نصت المادة ل.242-²02 على بطلان العقد الذي يتم بدعامة إلكترونية، أما نص المادة ل.242-³03 فقد نصت على إلغاء كل شرط أو بند في العقد يمنع المستهلك من ممارسة حقه في العدول عن العقد.

الفرع الرابع: كيفية حساب مهلة العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي

يتم حساب مهلة العدول عن العقد بالتحديد الدقيق لنقطة البداية التي تختلف حسب نوعية العقد ومحله، كما تختلف بين كل تشريع وآخر، هذا ما سيتم بيانه في التشريعات الغربية (أولاً)، ثم تبيان ذلك في تشريعات الاستهلاك العربية (ثانياً)، ثم تبيان كيفية حساب مهلة الرجوع في القواعد العامة والفقهاء الإسلامي (ثالثاً).

أولاً- حساب بداية مهلة العدول عن العقد في التشريعات الغربية: تختلف بداية احتساب سريان مهلة العدول عن العقد، بحسب نوعية محل العقد الذي يمكن العدول عنه، إذا كان محله سلعة، أو تقديم خدمة، وقد بينت نصوص التوجيه الأوروبي نقطة بداية مهلة العدول (01)، وقد سارت التشريعات الغربية على نهجه، منها التشريع الفرنسي (02)، والتشريع الألماني (03)، والتشريع اللكسمبورجي (04).

01- وقت بداية احتساب مهلة العدول في التوجيه الأوروبي: بينت المادة 401/06⁴ من التوجيه الأوروبي رقم 1997-07، وقت بداية سريان مهلة العدول عن العقد، إذ تبدأ من يوم تاريخ استلام البضاعة من طرف المستهلك، أو التأكد من إعلامه بحقه في العدول عن العقد، وفقاً لما ورد بنص المادة 05 من التوجيه نفسه، أما

¹Art .L.242-01dispose : « Les dispositions de l'article L. 221-9 sont prévues à peine de nullité du contrat conclu hors établissement. ».

²Art .L. 242- 02dispose : « Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 221-14 sont prévues à peine de nullité du contrat conclu par voie électronique ».

³Art.L.242- 03dispose : « Est nulle toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation défini à l'article L.221-18 ».

⁴-Art. 06/01dispose : « ... Pour l'exercice de ce droit, le délai court:

- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur lorsque les obligations visées à l'article 5 ont été remplies, -pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat ou à partir du jour où les obligations prévues à l'article 5 ont été remplies si elles sont remplies après la conclusion du contrat, à condition que le délai n'excède pas le délai de trois mois indiqué à l'alinéa suivant

Au cas où le fournisseur n'a pas rempli les obligations visées à l'article 5, le délai est de trois mois. Ce délai court:

- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur,

- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat. Si, dans ce délai de trois mois, les informations visées à l'article 5 sont fournies, le délai de sept jours ouvrables indiqué au premier alinéa

commence à courir dès ce moment ».

في حال تعلق العقد بتقديم خدمات، فإن نقطة البداية تبدأ من يوم إبرام العقد، وفي حال إخلال المتدخل بالتزامه بإعلام المستهلك وحقه في العدول، فإن مهلة العدول تصل ثلاثة أشهر.

أما بالنسبة للتوجيه الأوروبي رقم 122-2008¹، فيبدأ سريان مدة العدول، من يوم إبرام العقد الأصلي أو العقد الابتدائي، أو من يوم استلام المستهلك لنسخة من العقد، حسب ما بينته المادة 02/06² من التوجيه نفسه.

أما فيما يتعلق بالتوجيه رقم 65-2002³ المتعلق بتسويق الخدمات المالية، فإن نص المادة 01/06⁴ بينت وقت بداية احتساب مهلة العدول بأنه يوم إبرام العقد، أو من يوم استلام المستهلك للبيانات المتعلقة بالإعلام عن حقه في العدول، باستثناء عقد التأمين على الحياة، فإن وقت تكون من وقت إعلام المؤمن له بنشوء العقد، موافقا بذلك نص المادة 01/35⁵ من التوجيه رقم 83/2002⁶ المتعلق بالتأمين على الحياة.

¹-DIRECTIVE 2008/122/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, Journal officiel de l'Union européenne 3.2.2009, L33/14, fr.

²-Art. 06/02 dispose : « Le délai de rétractation est calculé:

- a) à partir du jour de la conclusion du contrat ou de tout contrat préliminaire contraignant; ou
- b) à partir du jour où le consommateur reçoit le contrat ou tout contrat préliminaire contraignant, si ce jour est ultérieur à la date mentionnée au point a)... ».

³-DIRECTIVE 2002/65/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, Journal officiel des Communautés européennes, 9.10.2002 L 271/16, fr.

⁴-Art. 06/01 dispose : « ... Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir: -soit à compter du jour où le contrat à distance est conclu, sauf pour lesdites assurances sur la vie, pour lesquelles le délai commence à courir au moment où le consommateur est informé que le contrat à distance a été conclu,

-soit à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article 5, paragraphe 1 ou 2, si cette dernière date est postérieure à celle visée au premier tiret. Les états membres peuvent prévoir, en plus du droit de rétractation, que l'applicabilité des contrats à distance portant sur des services d'investissement est suspendue pendant le délai prévu au présent paragraphe... ».

⁵-Art .35/01 dispose : « Chaque État membre prescrit que le preneur d'un contrat d'assurance-vie individuelle dispose d'un délai compris entre quatorze et trente jours à compter du moment à partir duquel le preneur est informé que le contrat est conclu pour renoncer aux effets de ce contrat. La notification par le preneur de sa renonciation au contrat a pour effet de le libérer pour l'avenir de toute obligation découlant de ce contrat. Les autres effets juridiques et les conditions de la renonciation sont réglés conformément à la loi applicable au contrat, telle que définie à l'article 31, notamment en ce qui concerne les modalités selon lesquelles le preneur est informé que le contrat est conclu. »

⁶-DIRECTIVE 2002/83/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie Journal officiel des Communautés européennes, 19.12.2002 FR L 345/27.

أما التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 فقد تناول وقت بداية احتساب مهلة العدول بنص المادة 02/09¹ من التوجيه الأوروبي، آخذة في الحسبان نوعية محل العقد، ففي الحال الذي يتعلق بعقد يشمل عدة سلع تسلم كل سلعة على حدة، أو طلب سلعة تتكون من عدة أجزاء فإن الأجل فيها يبدأ من آخر سلعة أو قطعة أو جزء تم تسلمه، أما في الحالة التي تتعلق بتقديم سلعة بشكل دوري لمدة محددة، وبشكل منتظم، فيحسب الأجل من وقت تسليم أول سلعة.

أما المادة 01/10² من التوجيه نفسه، فقد جاءت بالاستثناء عما ورد بنص المادة 09، وهي الحالة التي لا يُعلم فيها المستهلك من طرف من يتعامل معه بحقه في العدول عن العقد الذي أبرمه، إذ يمد الأجل من أربعة عشر يوما إلى سنة.

إنّ ما يلاحظ، من خلال ما تم عرضه فيما يتعلق بالوقت الذي يبدأ فيه احتساب مدة العدول عن العقد (نقطة بداية احتساب المهلة) هي نفسها في كل نصوص التوجيه الأوروبي، بدأ بالتوجيه الأوروبي رقم 07-1997 إلى التوجيه رقم 83-2011، وما تغير هو مدة المهلة المحددة للعدول عن العقد. كما اعتمد ثلاثة معايير لتقرير وقت بداية مهلة العدول، تتمثل في تاريخ تسليم البضائع بالنسبة للسلع، وتاريخ إبرام العقد بالنسبة لعقود الخدمات، وتاريخ استلام المستهلك للخطاب المضمون الوصول المتعلق بحقه في العدول عن العقد، إذا كان هذا التاريخ لاحقا لتاريخ تسليم السلعة، أو إبرام العقد بالنسبة للخدمات.

02- وقت بداية احتساب مهلة العدول في التشريع الفرنسي: اعتمد التشريع الفرنسي على ما جاء به التوجيه الأوروبي بهذا الشأن، فقد تناول كيفية مهلة العدول عن العقد في قانون الاستهلاك رقم 949 لسنة 1993³ حسب ما ورد بنص المادة ل.121-16⁴ حيث حددت المهلة سبعة أيام كاملة، ولكنه لم يكتف

¹-Art .09/02 dispose : « sans préjudice ... le délai de rétractation visé au paragraphe 1 du présent article expire après une période de quatorze jour à compter :

a- en ce qui concerne les contrats de service, de jour de la conclusion du contrat

b- en ce qui concerne les contrats de vente, du jour ou le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien ou : i- dans le cas de bien multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, du jour ... possession du dernier bien ;

ii- dans le cas de la livraison d'un bien composé de lot ou de pièces multiples.... possession du dernier lot ou de la dernière pièce ;

iii- dans le cas des contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie du jour... possession du premier bien... »

²-Art .10/01 dispose : « Si le professionnel omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation comme l'exige l'article 6, paragraphe 1, point h), le délai de rétractation expire au terme d'une période de douze mois à compter de la fin du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article 9, paragraphe 2. ».

³-Loi n° 93-949 du 26 Juillet 1993 relative au code Consommation, Journal officiel de la république française
اطلع عليه يوم: 2020/11/18 على الساعة 15 و 37 دقيقة

⁴-Art L. 121-16 dispose : « ... a compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour. Si ce délai expire normalement un samedi. un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ».

بإرجاع السلعة فقط، بل أضاف خيار الاستبدال. والقانون رقم 23-2001¹ حددها بسبعة أيام تبدأ من يوم تسليم السلعة، حسب نص المادة ل.121-20²

أما في تعديلات قانون الاستهلاك الفرنسي في سنة 2014، و2015، و2016، و2017 و2019، فقد بين المشرع الفرنسي كيفية حساب مهلة العدول عن العقد، بتبيان وقت بداية احتسابها؛ بالنظر لأهميتها في حفظ حقوق الطرفين، واستقرار المعاملات، وقد بين في المواد التي تناولت حق المستهلك في العدول عن العقد، بدأ سريان العدول عن العقد بحسب ما إذا كانت سلعا أم خدمات، من خلال نص المادة ل.121-21³ في تعديل 2014 و2015.

وفي تعديل 2016 و2017 و2019 احتفظ بالمهلة نفسها، حسب ما ورد بنص المادة ل.221-18⁴ احتراماً منه لما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 بتوحيد المهلة بين دول الاتحاد الأوروبي، وتوقياً للخلافات الناتجة عن اختلاف أحكام القوانين المقارنة، خاصة فيما يتعلق بالتعامل عبر الشبكة العنكبوتية حسب رأي بعض الفقه⁵، وقد تمثل وقت بداية احتساب مهلة العدول عن العقد كما يلي:

- من يوم إبرام العقد، إذا كان يتعلق بتقديم خدمات حسب ما ورد بنص المادة ل.121-16-02.
- من يوم استلام المستهلك للسلع، في عقد البيع وعقود تقديم الخدمات، كتسليم البضائع.
- من تاريخ استلام آخر دفعة من السلع إذا تم تسليم السلع على دفعات.
- من تاريخ أول استلام للسلع التي يكون فيها التسليم منتظماً بفترات محددة.

¹-<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2001/8/23/2001-741/jo/texte>. JORF n°196 du 25 août 2001

²-Art. L. 121-20 dispose : «... Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services.

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

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

³-Art. L. 121-21 dispose : « ... Le délai mentionné au premier alinéa du présent article court à compter du jour
1° De la conclusion du contrat, pour les contrats de prestation de services et ceux mentionnés à l'article L. 121-16-2 ;

2° De la réception du bien par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de vente de biens et les contrats de prestation de services incluant la livraison de biens.

Dans le cas d'une commande portant sur plusieurs biens livrés séparément ou dans le cas d'une commande d'un bien composé de lots ou de pièces multiples dont la livraison est échelonnée sur une période définie, le délai court à compter de la réception du dernier bien ou lot ou de la dernière pièce. ».

Pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période définie, le délai court à compter de la réception du premier bien. »

⁴-Art. L.221-18 dispose : « Le consommateur dispose un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance... ».

⁵- رباحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.145.

أما المادة ل.121-21-101¹، فقد نصت على تمديد مهلة العدول عن العقد كما يلي: على أن تمتد مهلة من أربعة عشر يوما إلى اثني عشر شهرا، تحتسب من تاريخ انتهاء المهلة الأولية للعدول عن العقد الواردة بالمادة التي تنص على حق العدول عن العقد، في الحالة التي يتخلف فيها المتدخل عن تزويد المستهلك بالمعلومات اللازمة بحقه في العدول عن العقد حسب نص المادة ل.121-17-02 من القانون نفسه، وما يقابلها بعد تعديل 2016.

وفي حال تزويد المستهلك بحقه في العدول عن العقد خلال فترة التمديد تعود المهلة الأصلية للعدول عن العقد المقدرة بأربعة عشر يوما تحتسب من يوم تلقيه المعلومات اللازمة عن العدول عن العقد. وقد تعرض المشرع الفرنسي لنقد شديد من طرف جمعيات حماية المستهلك، مطالبين باحتساب المدة من يوم تقديم الخدمة وليس من يوم إبرام العقد².

وما تجب الإشارة إليه، أن المشرع الفرنسي أضاف في تعديله لقانون الاستهلاك منذ سنة 2016 نص المادة ل.221-19³ التي جاء فيها ما يلي:

- لا يحتسب يوم إبرام العقد، أو يوم استلام السلعة في المهلة المحددة بنص المادة ل.221-18 المتعلق بحق المستهلك في العدول عن العقد.

- يبدأ احتساب مهلة العدول من الساعة الأولى من اليوم الأول لبداية مهلة العدول، وتنتهي في آخر ساعة ينتهي فيها آخر يوم من مهلة العدول عن العقد.

- إذا صادف آخر يوم من مهلة العدول عن العقد يوم عطلة نهاية الأسبوع، أو أي عطلة وطنية، ستمدد المهلة لأول يوم يلحق يوم العطلة.

¹-Art. L. 121-21-1 dispose : « -Lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° du I de l'article L. 121-17, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 121-21.

Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations ».

²-Recommandation FDI, p. 55 .

نقلا عن رباحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.145.

³-Art .L. 221-19 dispose : « Conformément au règlement n° 1182/71/ CEE du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes :

1° Le jour où le contrat est conclu ou le jour de la réception du bien n'est pas compté dans le délai mentionné à l'article L. 221-18 ;

2° Le délai commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai ;

3° Si ce délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ».

أما النسبة للعدول عن العقد في قانون التأمين الفرنسي¹، فإن احتساب مهلة العدول، تبدأ من تاريخ إبرام العقد حسب ما ورد بنص المادة ل.112-9-201²، كما حددت المادة ل. 132-02³ مهلة العدول في مجال عقد التأمين على الحياة، ثلاثين يوم عمل، يبدأ سريانها من لحظة إعلام المؤمن له إبرام العقد، وتنتهي بانتهاء آخر يوم من مهلة العدول، ويحتسب اليوم بـ 24 ساعة كاملة، وإذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة نهاية الأسبوع أو يوم عيد أو إجازة، فإن المهلة تمتد لأول يوم عمل التالي، وإذا أحل المؤمن بالتزامه بإعلام المؤمن له بحقه في العدول، فإن مهلة العدول تمتد إلى ثمان سنوات من تاريخ علم المؤمن له انحلال المؤمن بالتزامه، حسب ما ورد بنص المادة ل.132-05-02⁴.

¹-Code des assurance, consulté le cite www.legifrance.gouv.fr

اطلع عليه يوم: 2020/11/17 على الساعة 23:23.

²-Art.L.112-9 dispose : «I. Toute personne physique qui fait l'objet d'un démarchage à son domicile, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, et qui signe dans ce cadre une proposition d'assurance ou un contrat à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique avec demande d'avis de réception pendant le délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de la conclusion du contrat, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités.

La proposition d'assurance ou le contrat comporte, à peine de nullité, la mention du texte du premier alinéa et comprend un modèle de rédaction destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation.

L'exercice du droit de renonciation dans le délai prévu au premier alinéa entraîne la résiliation du contrat à compter de la date de réception de la lettre recommandée ou de l'envoi recommandé électronique mentionnés au même alinéa. Dès lors qu'il a connaissance d'un sinistre mettant en jeu la garantie du contrat, le souscripteur ne peut plus exercer ce droit de renonciation... »

³-Art. L. 132-5-1 dispose : «Toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique, avec demande d'avis de réception, pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu. Ce délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. S'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il n'est pas prorogé... ».

⁴-Art. L.132-05-02 dispose : « ... Le défaut de remise des documents et informations prévus au présent article entraîne, pour les souscripteurs de bonne foi, la prorogation du délai de renonciation prévu à l'article L. 132-5-1 jusqu'au trentième jour calendaire révolu suivant la date de remise effective de ces documents, dans la limite de huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu... »

أما بالنسبة لحساب مهلة العدول في قانون البناء والتعمير¹، فقد بينت المادة ل.271-02² أن سريان مهلة العدول يبدأ من اليوم التالي لاستلام المستهلك للخطاب المتضمن بيانات العقد، ويتم ذلك بموجب خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، أو أية وسيلة أخرى تكفل التحديد القاطع لوقت استلام المستهلك للخطاب أو إيداع المتدخل له.

وإتماما للمعنى ذاته، يرى بعض الفقه، أن التشريع الفرنسي لم يحدد من يقع عليه إثبات عملية التسليم الذي يبدأ معه احتساب مهلة العدول عن العقد، وبالرجوع للقواعد العامة فإن المتدخل هو من يقع عليه عبء الإثبات في حالة ما إذا تمسك بانقضاء مهلة العدول عن العقد³.

03- وقت بداية احتساب مهلة العدول في التشريع الألماني: بين التشريع الألماني من خلال قانونه المدني أن احتساب مهلة العدول عن العقد تبدأ من يوم إبرام العقد حسب ما ورد بنص المادة 03/355 من القانون المدني⁴.

04- وقت بداية احتساب مهلة العدول في التشريع اللكسمورجي: بين التشريع اللكسمورجي رقم 309-2018 الصادر في 2018/04/25 المعدل والمتمم للقانون الصادر في 04/02، كيفية احتساب مهلة العدول عن العقد وهي الكيفية نفسها التي اعتمدها التشريع الفرنسي من خلال ما ورد بنص المادة ل.02-03-221 و03⁵، فبالنسبة للسلعة فمن يوم استلامها، وبالنسبة للخدمة من إبرام العقد.

¹-Code de la construction et de l'habitation consulté le cite www.legifrance.gouv.fr

اطلع عليه يوم: 2020/11/17 على الساعة 23 : 40.

²-L. 271- 02 dispose : « Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes.

Lorsque l'acte est conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente, cet acte peut être remis directement au bénéficiaire du droit de rétractation. Dans ce cas, le délai de rétractation court à compter du lendemain de la remise de l'acte, qui doit être attestée selon des modalités fixées par décret.

Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, les dispositions figurant aux trois alinéas précédents ne s'appliquent qu'à ce contrat ou à cette promesse.

Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est dressé en la forme authentique et n'est pas précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, l'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la notification ou de la remise du projet d'acte selon les mêmes modalités que celles prévues pour le délai de rétractation mentionné aux premier et troisième alinéas. En aucun cas l'acte authentique ne peut être signé pendant ce délai de dix jours. Les actes mentionnés au présent article indiquent, de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux conditions et aux modalités d'exercice du droit de rétractation ou de réflexion... ».

³ - محمد حسين قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، المرجع السابق، ص.62.

⁴-Art. 355/03 dispose : « In the case of the contract being withdrawn from, the performance received is to be returned without undue delay. Where the law has specified a maximum period within which restitution is to be made, this shall commence running for the trader upon receipt of the declaration of withdrawal and, for the consumer, upon dispatch of the declaration of withdrawal. A consumer will be complying with this period by dispatching the goods in good time. In the event of withdrawal, the trader bears the risk of the return shipment of the goods ».

⁵-Art .221-03- 02 et 03 dispose : 02 « Ces délais prennent cours:

- pour la livraison de biens, le jour de la réception;

يتضح من خلال ما سبق، اتفاق التشريعات الغربية على وقت بداية احتساب مهلة العدول عن العقد معتمدين في ذلك على التوجيه الأوروبي، إذ تم تبين ثلاث معايير لتقرير وقت بداية مهلة العدول، تتمثل في تاريخ تسليم البضائع بالنسبة للسلع، وتاريخ إبرام العقد بالنسبة لعقود الخدمات، وضرورة إخطار المستهلك بحقه في العدول.

ثانيا- حساب مهلة العدول في تشريعات الاستهلاك العربية: من التشريعات العربية التي حددت كيفية حساب مهلة العدول عن العقد في نصوصها القانونية، نذكر على سبيل المثال لا الحصر التشريعات التالية: التشريع الجزائري (01)، والتشريع المغربي (02)، والتشريع التونسي (03)، والتشريع اللبناني (04) على التوالي.

01- وقت بداية حساب مهلة العدول في التشريع الجزائري: تناول المشرع الجزائري مهلة العدول عن العقد في حالات خاصة من خلال المادة 02/11 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، حيث جاء فيها ما يلي: "... غير أنه يتاح للمشتري أجل العدول مدته (08) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

وبصدور قانون التجارة الإلكترونية رقم 05-18 تطرق لبداية احتساب مهلة العدول عن العقد من خلال نص المادة 01/22 التي جاء فيها ما يلي: "في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني آجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج دون المساس بحقه في التعويض عن الضرر".

ومع تعديل القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري بالقانون رقم 09-18، الذي كانت آمالنا معلقة عليه لتنظيم أحكام العدول عن العقد على غرار ما جاءت به التشريعات الحديثة في هذا الشأن نجده أحال الأمر كذلك على صدور التنظيم، خاصة وأن مشروع هذا القانون صدر في سنة 2017، فكان الأولى أن إصدار المراسيم التنظيمية له، خاصة وأنه تأخر في معالجته لحق العدول عن العقد مقارنة بباقي التشريعات الأخرى، وقد ورد في نص المادة 04/19 منه ما يلي: "تحدد شروط وكيفيات ممارسة وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم"، وما زال لحد الساعة لم يصدر التنظيم.

02- وقت بداية حساب مهلة العدول في التشريع المغربي: إنّ احتساب مهلة العدول عن العقد، يبدأ من تاريخ استلام السلعة، ومن تاريخ قبول العرض فيما يتعلق بعقود تقديم الخدمات، حسب ما ورد بنص المادة 04/36 من قانون حماية المستهلك المغربي التي جاءت كما يلي: "تسري الآجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسليم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات". وأضافت المادة 49 من القانون نفسه ما يلي: "استثناء من أحكام الفصل 604 من الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 (08/12)

- pour les prestations de services, le jour de la conclusion du contrat.

03 Les délais de rétractation sont censés être respectés dès lors que le consommateur a «adressé» sa rétractation auprès du professionnel avant l'expiration de celui-ci ».

1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يجوز للمستهلك التراجع داخل أجل أقصاه سبعة أيام ابتداء من تاريخ الطلبية أو الالتزام بالشراء، عن طريق إرسال الاستمارة القابلة للاقتطاع عن العقد بواسطة أية وسيلة تثبت التواصل.

يعتبر كل شرط من شروط العقد يتخلى المستهلك بموجبه عن حقه في التراجع باطلا وعدم الأثر".

03- وقت بداية حساب مهلة العدول في التشريع التونسي: إن مهلة العدول عن العقد تبدأ سريانها من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك بالنسبة للسلع، ومن تاريخ إبرام العقد بالنسبة لتقديم الخدمة، حفاظا على استقرار المعاملات، وتؤكد المستهلك مما هو مقدم عليه من خلال العملية التعاقدية التي أبرمها، وذلك حسب ما ورد بالفصل رقم 30 من قانون المبادلات التونسي التي جاء نصها كما يلي: "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب:

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك،

- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد،

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد.

في هذه الحالة، يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع للمستهلك في أجل عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة.

ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب:

04- وقت بداية حساب مهلة العدول في التشريع اللبناني: الأمر نفسه بالنسبة للتشريع اللبناني، فقد فرق

في احتساب مهلة العدول بين تقديم الخدمة وتسليم السلعة، حيث احتسب مهلة العدول من أول يوم يحصل فيه

الإفادة من الخدمة، فيما أحر بداية احتساب مهلة العدول بالنسبة للسلعة إلى يوم التسليم، حسب ما ورد بنص

المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني، التي جاء نصها كما يلي: "... خلال مهلة عشرة أيام تسري اعتبارا

إما من تاريخ العقد، فيما يتعلق بالخدمة أم من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة".

ثالثا- حساب مهلة الرجوع في ظل القواعد العامة والفقهاء الإسلامي: تجب الإشارة إلى أن وقت بداية

احتساب مهلة الرجوع عن العقد في ظل القواعد العامة والفقهاء الإسلامي، ليست بالدقة التي هي عليها في ظل

قوانين الاستهلاك فيما يتعلق بالعدول عن العقد، بالنظر لأسباب وظروف تشريع كلا النظامين، فالأصل في

العدول عن العقد الذي جاءت به قوانين الاستهلاك أنه تعدد على القوة الملزمة للعقد، إضافة إلى كونه حقا خالصا

للمستهلك يستفيد منه دونما حاجة لتقديم تبرير لذلك، سوى ضرورة احترام المهلة المحددة، أمّا بالنسبة لما جاءت

به القواعد العامة والفقهاء الإسلامي، فإن الرجوع عن العقد، لا يتم إلا مع خيار يلحق العقد، أو بالنظر لطبيعة

العقد غير اللازمة.

ولم يتطرق الفقه لوقت بداية احتساب مهلة الخيار؛ سواء بالنسبة لخيار الشرط أم خيار الرؤية، بل اكتفوا بتحديد المهلة المحددة لاستعمال الخيار، حيث اختلفهم بشأنها، بين من حددها بمدة أطول، وبين من حددها أقصر، وبين من حصرها في ثلاثة أيام، وبين من حددها حسب الشيء محل العقد، هذا بالنسبة لخيار الشرط¹، فيما ذهب بعض الفقه للقول بترك المهلة تخضع للعرف، حيث لا يوجد بشأنها نص خاص².
أما بالنسبة لخيار الرؤية، فالراجح فيه، أنه يكون بعد الرؤية مباشرة بعد للشيء محل العقد؛ إذ برؤية محل العقد يزول سبب تشريع خيار الرؤية وهو عدم الرؤية، وقد حصلت³.

¹ - للتوسع أكثر يراجع: المبحث الأول من هذا الفصل.

² - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 223.

³ - المرجع نفسه، ص. 547.

الباب الثاني: آثار وانعكاسات العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

تقضي القواعد الكلاسيكية، بأن العقد يزول إما الانقضاء، أو بالانحلال، غير أن التطور الذي لحق نظرية العقد أفرز طرفاً خاصة لإنهاء العقد الصحيح المستكمل لأركانه، بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بصفته طرفاً ضعيفاً في العقد، وهو المستهلك وذلك من خلال ممارسة حقه في العدول عن العقد، وقبل هذا جاء الفقہ الإسلامي بفكرة الرجوع عن العقد غير اللازم بنوعيه، أو العقد الذي تلحقه الخيارات، خاصة منها الخيارات الحكيمة. وهذان الطريقتان لهما آثاراً قانونية، تتميز عن آثار طرق الإنهاء التقليدية، بالرغم من وجود عناصر مشتركة بينهما، وذلك إما في شكل آثار مباشرة تترتب عن العدول عن العقد في التشريعات الوضعية والفقہ الإسلامي (الفصل الأول)، وإلى جانب الآثار المباشرة للعدول عن العقد، فقد تترتب تشريع حق العدول عن العقد، انعكاسات هامة على النظرية العامة للعقد، سيتم بيانها (الفصل الثاني).

الفصل الأول: آثار العدول عن العقد على العلاقة العقدية في التشريعات الوضعية والفقہ الإسلامي

يترتب على ممارسة حق العدول عن العقد، وفقاً لما جاءت به تشريعات الاستهلاك، وما جاءت به القواعد العامة والفقہ الإسلامي أيضاً، آثاراً هامة تتعلق بإنهاء الرابطة العقدية للعقد بأثر رجعي، وهذا الأثر الرجعي، تناولته التشريعات الوضعية والفقہ الإسلامي بشيء من التفصيل بنصوص قانونية بهدف حماية مصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

وتجيب الإشارة، إلى أن الآثار المباشرة لممارسة حق العدول عن العقد، تختلف عن الآثار المترتبة عن ثبوت حق العدول عن العقد، الذي يجعل منه غير لازم في حق أحد طرفيه، وقابلاً للرجوع فيه لمصلحة من شرع العدول لمصلحته، وهو الطرف الضعيف، ويشمل المستهلك في عقد الاستهلاك، والمؤلف في عقد النشر، وغيره من الحالات المماثلة، في حين يكون العقد لازماً في حق الطرف الآخر بصفته متدخلاً، وباعتبار العدول عن العقد حقاً تقديرياً يخضع لتقدير المستهلك وحده، فإن عدم استعماله خلال المهلة المحددة له قانوناً يجعل العقد لازماً واجب التنفيذ، أما في حالة إعمال المستهلك لحقه في العدول عن العقد، فيترتب على ذلك مجموعة من الآثار المباشرة تلحق العقد طرفيه على حد السواء، وهذا ما سيتم بحثه في تشريعات الاستهلاك (المبحث الأول)، ثم نبحت الآثار المباشرة للرجوع عن العقد في الفقہ الإسلامي والقواعد العامة (المبحث الثاني).

المبحث الأول- آثار العدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك

يعد العدول عن العقد حقا خاصا بالمستهلك، يمارسه بإرادته المنفردة، شريطة أن يتم خلال المهلة القانونية المحددة لذلك، وإلا يصبح العقد ملزما في حق كل من المستهلك والمتدخل معا، فتزول معه حالة الشك والترقب بزوال العقد.

وإذا مارس المستهلك حقه في العدول خلال المهلة المحددة له، يصبح العقد الذي أبرم صحيحا؛ كأنه لم يكن، ويترتب عليه عودة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل العقد، دون قيد أو شرط، ودون اللجوء إلى القضاء، اعتباره حقا تقديريا للمستهلك، وعلى ما تقدم سنتناول أهم الآثار المترتبة عن هذا العدول بالنسبة لطرفي العقد من خلال أحكام التشريعات التي أقرت هذا الحق (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى فإن التشريعات التي تناولت العدول في نصوصها؛ جعلت من عقد القرض الذي يبرم لتمويل العقد الذي عدل عنه، عقدا تبعا له من حيث الآثار، حيث يزول بزواله، على اعتبار أن كلا العقدين كُلا لا يتجزأ، وبالتالي فآثار العدول عن العقد لا تتوقف على ما يلحق العقد الرئيسي فقط، بل تتعداه إلى عقد القرض الذي ارتبط به بما يخالف مبدأ نسبية آثار العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار العدول عن العقد بالنسبة للعقد الرئيسي

يترتب عن ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد، آثارا مباشرة بمفهوم ضيق؛ يشمل الالتزامات الواقعة على طرفي العلاقة العقدية نتيجة زوال العقد. ويرى بعض الفقه¹ أن استعمال التوجيه الأوروبي لمصطلح الانسحاب من العقد، هو المصطلح الأنسب لحالة العدول عن العقد، لما تحققه من مزايا للمستهلك أكثر من مصطلحي "الفسخ"، و"الإلغاء". ويتمثل الأثر القانوني المترتب عن العدول عن العقد في إنهاء العقد وسقوط التزامات الطرفين، وهو ما نبهته من خلال تحديد التزامات المستهلك (الفرع الأول)، ثم تحديد التزامات المتدخل (الفرع الثاني)، وبعدها نبين الشخص الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء محل العدول عن العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التزامات المستهلك بعد ممارسة العدول عن العقد

بعد ثبوت حق المستهلك في العدول عن العقد، يتوجب على المستهلك رد المنتج² للمتدخل (أولا) وأداء كلفة رد المنتج (ثانيا)، مع تحمل انخفاض قيمة المنتج (ثالثا).

أولا- التزام المستهلك بإعادة المنتج للمتدخل: يترتب عن ممارسة المستهلك في العلاقة العقدية لحقه في العدول عن العقد الذي أبرمه، إرجاع الشيء محل العقد، والمتمثل في المنتج الذي استلمه (سواء كان سلعة أم

¹ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي المرجع السابق، ص.202.

² - وقد عرفت المادة 10/03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم المنتج كما يلي: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً".

خدمة)، ويتم ذلك بعد إعلام الطرف الآخر برغبته في العدول عن العقد المبرم بينهما قبل انتهاء المهلة المحددة لذلك¹، وسيتم بحث ذلك في التشريعات الغربية (01)، ثم في التشريعات العربية (02).

01- التزام المستهلك بإعادة المنتج للمتدخل في التشريعات الغربية: سيتم بحث ذلك من خلال التوجيه الأوروبي (أ)، وبعض التشريعات الغربية، منها التشريع الفرنسي (ب)، ثم التشريع للكوسومبورجي (ج)، ثم التشريع الإنجليزي (د).

أ- التزام المستهلك برد المنتج في التوجيه الأوروبي: ألزم التوجيه الأوروبي المستهلك أن يعبر صراحة عن إرادته في العدول عن العقد، وذلك بإرفاق نموذجاً خاصاً بالعدول يبين فيه للمتدخل أن إرجاع السلع يرجع إلى عدوله عن العقد وليس بسبب عيب فيها، أو أي سبب آخر، على أن يتم ذلك بوسيلة ثابتة تسمح له بالإثبات².

وتجب الإشارة بداية، إلى أن بعض الفقه ذهب للقول: بأنه لا يوجد في نصوص التوجيه الأوروبي، ما يمنع اتفاق المستهلك مع المتدخل على الاستبدال بدل الرد، أو وفق ما يعرف بتجديد العقد، عن طريق تغيير محل الالتزام، كحل بديل عن إنهاء العقد وفقد المتدخل لربح محقق³، غير أن نصوص التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 لم تتطرق لحالة الاستبدال، بدل الرد.

وإذا كان حقيقة لا يوجد ما يمنع المستهلك من خاصية الاستبدال، أو الرد، فإن استعمال هاتين الخاصيتين لا يتوافق والهدف من تشريع حق العدول عن العقد من جهة، حيث لا يحتاج المستهلك عند ممارسته لتبرير ذلك، فهو يخضع لرغبته المشروعة بمعناها الذاتي لا الموضوعي، ومن جهة أخرى، فإن خاصية الاستبدال والرد تناولتها نصوص أخرى، فيما يتعلق بعيب المنتج.

كما لم يتضمن التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 نصاً يسمح للمستهلك بالعدول الجزئي عن العقد بإرجاع بعض السلع والاحتفاظ بالجزء الآخر⁴.

¹ - فإذا انقضت المهلة القانونية للعدول، يصبح العقد لازماً في حق طرفي العقد على السواء، واجب التنفيذ.

² - Accordingly, it should not be possible to withdraw from the contract by simply returning the goods without any explicit statement to this effect. Refusing delivery or not picking the goods up at the post office would not as such count as valid expressions of withdrawal. In this way, the Directive ensures that the trader would not wrongly consider the return of a package as withdrawal, when it has not been delivered to the customer for some technical reason. On the other hand, the statement used by the consumer to withdraw from the contract does not necessarily have to refer to the 'right of withdrawal' in legal terms, European Commission, DG , June 2014, p.42, consulté le cite : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf

اطلع عليه يوم: 2020/12/31 على الساعة 02:45.

³ - رعد هاشم أمين التميمي ورعد عداي حسين مسعود، العدول عن عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.292.

⁴ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.214. الهامش رقم 53. ورعد هاشم أمين التميمي ورعد عداي حسين مسعود، العدول عن عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.292.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن سكوت التوجيه يحمل احتمالين: يتمثل الأول في عدم السماح بالانسحاب الجزئي، وهذا وفق قاعدة "الكل أو اللاشيء"، والاحتمال الثاني، يتمثل في ترك تنظيم هذه الحالة للتشريعات الداخلية كما هو مألوف¹.

إلا أنّ ما يبدو، هو عدم السماح للمستهلك بالرد الجزئي، لأن القواعد العامة لضمان العيب الخفي قد تطرقت لهذا الحل في نصوصها، أين أحالت المادة 381 إلى تطبيق ما ورد بنص المادة 376 من القانون الديني. كما يجب أن يقوم المستهلك بالتعبير الصريح عن رغبته في إرجاع السلعة والعدول عن العقد الذي أبرمه لأنه يمكن أن تعاد السلعة للمتدخل على اعتبارات أخرى، فلا يستفاد من حقه في العدول عن العقد، ويتم ذلك بإرفاق النموذج الخاص بحقه في العدول، مع تحمله عبء إثبات ذلك².

وتجدر الإشارة، إلى أن جميع الأحكام المتعلقة بإرجاع السلعة، تطبق حتى ولو كانت السلعة سليمة ومطابقة للمواصفات المطلوبة من طرف المستهلك، إلا أنه إذا أراد إرجاع السلعة لأي سبب آخر، كتعييبها، أو أراد فسخ العقد وفقا للقواعد العامة، فله الخيار في ذلك مع ممارسة حقه في العدول إن لم تنقض مهلته³، غير أن خيار العدول عن العقد هو الأفضل بالنظر لمزاياه مقارنة بباقي الخيارات الأخرى.

أما فيما يتعلق بالخدمات، فالتوجيه الأوروبي رقم 83-2011، يرى بأنه يمكن للمستهلك الذي استغل جزء من الخدمة المقدمة العدول عن العقد الذي أبرمه، شريطة أن يرد مبلغا ماليا معينا يقابل ما تم استعماله من الخدمة المقدمة بين المرحلة بين إبرام العقد، ولحظة ممارسة حق العدول عنه، وتحدد قيمتها على أساس سعر العقد أو قيمة الخدمة في السوق حسب الحال فق ما ورد بنص المادة 03/14 منه⁴، ومثال ذلك حالة توصيل خط هاتفي، يستخدمه المستهلك لمدة عشرة أيام، فيكون ملزما رد قيمة ثلث الاشتراك الشهري⁵.

¹ - رعد هاشم أمين التميمي ورعد عداي حسين مسعود، العدول عن عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.292.

²-Commission Européenne, DG justice, juin, 2014, p.42. consulté le cite : [htmlhttps://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf)

اطلع عليه يوم: 2020/11/10 على الساعة 00:24.

³-Commission Européenne, DG justice, juin, 2014, p.43consulté le cite : [htmlhttps://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf)

اطلع عليه يوم: 2020/11/10 على الساعة 00:45.

⁴-Art. 14/03 dispose : « Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation après avoir présenté une demande conformément à l'article 7, paragraphe 3, ou à l'article 8, paragraphe 8, il paie au professionnel un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé le professionnel de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Le montant proportionnel à payer par le consommateur au professionnel est calculé sur la base du prix total convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni. »

⁵-Commission Européenne, DG justice, juin, 2014, p.50. voir le cite : [htmlhttps://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf).

اطلع عليه يوم 2020/10/12 على الساعة 00:24.

وقد أُلزم التوجيه الأوروبي المستهلك بدفع قيمة مالية تقابل ما تم استغلاله من خدمات من لحظة إبرام العقد إلى لحظة ممارسته حقه في العدول عنه، تحدد وفقا لقيمة الخدمة في السوق، وهذا حسب ما ورد بنص المادة 01/14 من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011.

وبناء على ما ورد بنص المادة 03/14 السابق ذكرها، يرى بعض الفقه¹، أن التوجيه الأوروبي يبالغ في تقرير الحماية للمستهلك، باشتراطه الحصول على موافقة صريحة من المستهلك على البدء في التوريد بالخدمة خلال فترة العدول عن العقد، مع إقراره أنه سيخسر حقه في العدول عنه، إذا اكتمل حصوله على الخدمة، وإذا أغفل المتدخل هذا الإجراء لا يفقد المستهلك حقه في العدول عن العقد.

وبالمقابل قام الفقه² نفسه بتبزيير موقف التوجيه من اشتراط الموافقة الصريحة، بالحالة التي يتنازع فيها الطرفان حول تقديم الخدمة من عدمها؛ فيسهل على المتدخل تقديم الدليل.

وبناء على ما تم بيانه، فإن المستهلك لا يتحمل أية تكلفة حيال عدوله عن عقد تقديم الخدمة خلال مهلة العدول، حسب ما ورد بالمادة 04/14³ من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، حيث وضحت في فقراتها المتتالية؛ الحالات التي لا يتحمل فيها المستهلك أي تكلفة على سبيل الحصر كما يلي⁴:

أولاً- بالنسبة لعقود الخدمات المادية:

- أن لا يتم تقديم الخدمة كلياً أو جزئياً خلال فترة العدول عن العقد.
- في الحالات التي لا يقوم المتدخل بالالتزام بالإعلام الواقع على عاتقه فيما يتعلق بحقه في العدول عن العقد الوارد بنص المادة 01/06 من التوجيه نفسه.
- في الحالة التي لا يقدم فيها المستهلك صراحة البدء في تقديم الخدمة خلال مهلة العدول عن العقد

ثانياً- بالنسبة لعقود الخدمات الرقمية:

- عندما لا يعطي المستهلك موافقته الصريحة قبل انتهاء مهلة العدول عن العقد حسب ما بينته المادة 01/14

¹ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.211.

² - المرجع نفسه.

³-Art. 14/04dispose : « Le consommateur n'est redevable d'aucun coût.. »

⁴-Art. 14/04 dispose : « a) pour la prestation de services ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain, en tout ou partie, pendant le délai de rétractation, lorsque:

i) le professionnel a omis de fournir les informations visées à l'article 6, paragraphe 1, points h) ou j); ou
ii) lorsque le consommateur n'a pas expressément demandé que l'exécution commence pendant le délai de rétractation en application de l'article 7, paragraphe 3, et de l'article 8, paragraphe 8; ou
b) pour la fourniture, en tout ou partie, d'un contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel, lorsque:
i) le consommateur n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de quatorze jours visé à l'article 9; ou
ii) le consommateur n'a pas reconnu perdre son droit de rétractation en donnant son accord; ou
iii) le professionnel a omis de fournir une confirmation conformément à l'article 7, paragraphe 2, ou à l'article 8, paragraphe 7 ».

- عند عدم تصريح المستهلك بأنه سيفقد حقه في العدول عن العقد إذا ما وافق على البدء في تقديم الخدمة الرقمية له قبل انتهاء مهلة العدول عن العقد.

- في الحالة التي لا يقدم فيها المتدخل المعلومات اللازمة للمستهلك عن ضرورة تأكيد قراره بشكل صريح بالبدء في تقديم الخدمة الرقمية المتفق عليها، قبل انتهاء مهلة العدول عن العقد تحت طائلة خسارته لحقه في العدول عنه وتجب الإشارة، إلى أنه في الحالة التي يتضمن العقد تقديم سلع وخدمات معاً، كحالة عقد توصيل الهاتف أو الأنترنت، أين يقدم المتدخل، جهاز "المودم"، أو الهاتف، وفي الوقت نفسه يقوم بتوصيلات، ولو قبل البدء في تقديم الخدمة، فإن المتدخل إذا قام بهذه الأعمال خلال مهلة العدول عن العقد، فإنه يجب عليه أن يفصل بين السلعة والخدمة المقدمة، فيطبق على الأجهزة عقد بيع السلع، وبالمقابل يتحمل المستهلك تكاليف توصيل الأسلاك بما فيها الأعمال التحضيرية الأخرى، ومن جهة أخرى يجب أن يتحصل المتدخل على الموافقة الصريحة من المستهلك على البدء في تقديم الخدمة خلال مهلة العدول نظير حصوله على تعويض هذه الأعمال¹.

وقد بين البرلمان الأوروبي أنه في الحالة التي يتضمن فيها العقد تقديم سلع وخدمات معاً، فإن المتدخل إذا قام بهذه الأعمال خلال فترة العدول، وجب الفصل بين السلعة والخدمة في الأحكام المطبقة على كل حالة على انفراد، ويتحمل المستهلك تكاليف تمديد وتوصيل الأسلاك، وأية أعمال تحضيرية أخرى، كما يتحمل تبعه هلاكها أو تعييبها، ويشترط كذلك حصول المتدخل على موافقة المستهلك على البدء في الأعمال قبل انتهاء مهلة العدول كشرط حصوله على تعويض قيمة هذه الأعمال².

ب- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع الفرنسي: بينت المادة ل. 221-23-01³ من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل في 2021 أن المستهلك ملزم برد السلعة إلى المتدخل، أو أي شخص يحدد له من طرف المتدخل، بعد اتخاذ قراره بالعدول عن العقد دون تأخير غير مبرر خلال المهلة المحددة لذلك قانوناً، والمقدرة بأربعة عشر يوماً من تبليغه للمتدخل بحقه في العدول عن العقد، ما لم يتحمل المتدخل مهمة استرجاع السلعة بنفسه.

¹-For example, a consumer who withdraws from a contract for mobile telephone services after using the service for 10 days would have to pay the trader one third of the monthly subscription²² plus the price of any additional services received during that period.

Where the provision of services involves one-off costs to the trader to make them available to the consumer, the trader may include them in the calculation of the compensation:

For example, the trader may include the cost of installation works at the consumer's place of residence that are carried out as part of a contract for landline electronic communication services before the consumer withdraws from the contract, European Commission, DG , June 2014, p.p.50-51, consulté le cite :

اطلع عليه يوم: 2020/12/31 على الساعة 02:39 . https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf

²-Commission Européenne, DG justice, juin, 2014, p.42. voir le cite : [html](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf)

اطلع عليه يوم: 2020/12/31 على الساعة 00:24 . https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf

³-Art. L 221-23-01 dispose : « Le consommateur renvoie ou restitue les biens au professionnel ou à une personne désignée par ce dernier, sans retard excessif et, au plus tard, dans les quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter conformément à l'article L. 221-21, à moins que le professionnel ne propose de récupérer lui-même ces biens».

أما بالنسبة لعقود الخدمات المتعلقة بالماء، والكهرباء والغاز، فقد بين المشرع الفرنسي أنه إذا طلب المستهلك من المتدخل تزويده بما قبل انتهاء مهلة العدول عن العقد، فعلى المتدخل الحصول على طلب صريح من المستهلك بأي وسيلة كانت، إذا كان العقد مبرما عن بعد، وكتايا في حالة العقود المبرمة خارج المؤسسة، حتى يمكنه الحصول على تعويض من المستهلك مقابل الخدمة المقدمة إذا استعمل حقه في العدول عن العقد، ويجب أن يتناسب المبلغ الواجب دفعه مع ما قدم من خدمة قبل العدول عن العقد، وإذا كان المبلغ باهضا يقدر على أساس قيمة الخدمة في السوق حسب ما بينته المادة ل.221-25.

أما بالنسبة للخدمات المالية في العقود التي تتم عن بعد، فقد ألزم المشرع الفرنسي المستهلك بإرجاع كل المبالغ والأموال التي استلمها في الآجال المحددة قانونا المقدرة بثلاثين يوما تبدأ من تاريخ إخطار المتدخل برغبته في العدول عن العقد، حسب ما ورد بنص المادة ل.222-01 إلى المادة ل.222-18.

وقد طرح تساؤل أمام القضاء الفرنسي حول إمكانية حرمان المستهلك المتعاقد عن بعد، في حال فتح غلاف السلعة محل التعاقد، فيما يتعلق بحقه في العدول عن العقد، فأجابت عنه محكمة استئناف بوردو بما يلي: فيما يتعلق بحق العدول عن العقد، فإن شركة "Discount" المختصة في البيع عبر الانترنت، تنص في العقود التي تبرمها على أنها لا تقبل السلع التي ترجع في حالة لا تسمح بإعادة بيعها، إذ يجب أن تكون السلعة التي يمكن العدول عنها في حالتها الجيدة وبغلافها الأصلي، وحيث أن جمعية حماية المستهلك "U.F.C. Que Choisir" تعتبر أن هذا الشرط يحرم المستهلك المتعاقد إلكترونيا من التعاقد من حقه في العدول عن العقد، لعدم منحه فرصة فحص السلعة المقتناة.

فردت الشركة على الدفع الذي قدمته جمعية حماية المستهلك، بأن الهدف من الشرط ليس منع المستهلك من حقه في العدول عن العقد، وإنما الحفاظ على السلعة وردها في حالتها الأصلية.

وفي الأخير وصل الحكم إلى عدم منع المستهلك من حقه في العدول عن العقد، وذلك بالفصل بين الغلاف والسلعة حتى يتمكن المستهلك من معاينة السلعة بما يناسب رغباته، وهذا ما يستدعي تعديل الشرط¹.

ج- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع اللكسومبورجي: بينت المادة ل.222-10-03² أنه فيما يتعلق بعقد البيع، فإن المتدخل يمكنه أن لا يرد الثمن حتى يستلم المنتج، أو يتلقى من المستهلك دليلاً يؤكد فيه إرجاعه للمنتج. فيما بينت المادة ل.222-10-04³ التزامات المستهلك اتجاه المتدخل، حيث ألزمته برد المنتج للمتدخل أو من يمثله دون تأخير بعد أربعة عشر يوماً من اتخاذ قراره بالعدول عن العقد الوارد بنص المادة ل.222-09-05.

وأما في حال ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد بالنسبة لعقود لخدمات الكهرباء والغاز، فإنه ملزم بأن يرد للمتدخل مبلغاً من المال نظير ما تلاقاه من خدمة قبل إعلامه بممارسة حقه في العدول عن العقد حسب ما ورد بنص المادة ل.222-04-07، ونص المادة ل.222-07-03، حيث يحتسب المبلغ المدفوع للمتدخل مقارنة بالمبلغ الكلي للخدمة المقدمة، وإذا كان المبلغ الكلي غير محدد، يحتسب المبلغ بناء على قيمة الخدمة في السوق، حسب ما ورد بنص المادة ل.222-10-06⁴.

¹-Dans le cadre des retours pour rétractation, il est indiqué qu'aucune rétractation « ne sera acceptée si le produit retourné est impropre à sa commercialisation. Par conséquent le produit devra obligatoirement être retourné en parfait état dans son emballage d'origine, non ouvert, non descellé, non marqué... ».

U.F.C. Que Choisir ne conteste que l'obligation de retour dans un emballage d'origine non endommagé, estimant que cette clause interdit en réalité d'ouvrir le paquet, ce qui endommage forcément l'emballage, de sorte qu'aucune vérification n'est possible et que la protection légale est vidée de son sens.

La société C.Discount réplique que cet article ne vise qu'à éviter que des produits soient endommagés par certains clients indéliçats puis renvoyés sous couvert de l'exercice de ce droit. Elle estime que le produit renvoyé doit être conforme à sa commercialisation.

La clause est parfaitement valable en ce qu'elle exige que le produit retourné dans le cadre d'un droit de rétractation soit propre à une nouvelle commercialisation. Cependant, le produit ne se confond pas avec son emballage, lequel doit nécessairement être ouvert pour vérification, et peut être à cette occasion endommagé.

Cette circonstance ne peut priver le client de sa faculté de retour.

Cette clause devra par conséquent être modifiée en ce qui concerne les caractéristiques que doit présenter l'emballage d'origine, Tribunal de grande instance de Bordeaux 1^{ère} chambre civile Jugement du 11 mars 2008

Consulté le cite ; <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/>. اطلع عليه يوم: 2020/20/20 على الساعة 14:20.

²-Art. L.222-10-03 dispose : « S'agissant des contrats de vente, à moins qu'il ne propose de récupérer lui-même les biens, le professionnel peut différer le remboursement jusqu'à récupération des biens, ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits.. »

³-Art. L.222-10-04 : « A moins que le professionnel ne propose de récupérer lui-même ces biens, le consommateur renvoie ou rend les biens au professionnel ou à une personne habilitée par ce dernier à recevoir les biens.

Ce renvoi doit être effectué sans retard excessif et, en tout état de cause, au plus tard quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter du contrat au professionnel conformément à l'article L. 222-9, paragraphe (5). Ce délai est respecté si le consommateur renvoie les biens avant l'expiration du délai de quatorze jours ».

⁴-Art. L.222-10-06 : « Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation après avoir présenté une demande conformément à l'article L. 222-4, paragraphe (7) ou à l'article L. 222-7, paragraphe (3), il paie au professionnel un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé le professionnel de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Le montant proportionnel à payer par le consommateur au professionnel est calculé sur la base du prix

د- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع الإنجليزي: ألزم هذا التشريع المستهلك بتسليم السلعة للمتدخل دون تأخير غير مبرر، مقتدياً في ذلك بما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، محددًا مهلة 14 يوماً تبدأ من يوم إعلان رغبته في العدول عن العقد الذي أبرمه، حسب ما ورد بنص المادة 35-04 من اللائحة رقم 3134-2013 المتعلقة بعقود الاستهلاك.

إن أهم ما يمكن ملاحظته أن التشريعات الغربية لا سيما التشريع الفرنسي، قد تناول أغلب النقاط التي تتعلق بالعدول عن العقد، مدعماً في ذلك بالقضاء المعروف عنه بالاجتهاد في القضايا المستجدة.

02- التزام المستهلك بإعادة المنتج للمتدخل في التشريعات العربية: سيتم بحث التزام المستهلك بإعادة المنتج في بعض التشريعات العربية على سبيل المثال لا الحصر، ومنها، التشريع الجزائري (أ)، ثم التشريع التونسي (ب)، وبعدها التشريع المغربي (ج)، ثم التشريع القطري (د)، ثم التشريع المصري (هـ)، ثم التشريع الكويتي (و).

أ- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع الجزائري: لم يتناول المشرع الجزائري حق العدول عن العقد بالكيفية التي تناولته أغلب التشريعات الحديثة، ويظهر ذلك جلياً من خلال الآثار المترتبة عن العدول عن العقد التي ربطها، بخطأ المتدخل، أو أن يكون هناك سبباً كافياً لذلك، كعدم مطابقة المنتج للطلبية، أو إذا كان المنتج معيباً، حسب ما ورد بنص المادتين 22 و 02/23 على التوالي، حيث جاء نص المادة 01/22 كما يلي: "وفي حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه أربعة (4) أيام عمل...". أمّا نص المادة 02/23 فجاء كما يلي: "يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام... مع الإشارة إلى أسباب الرفض...". ويظهر من المادتين الشرطين المنصوص عليهما يمكن أن تعالجهما حلولاً أخرى، وفق نظام المسؤولية العقدية وضمان عيوب المبيع كأصل عام.

ب- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع التونسي: تناول المشرع التونسي التزام المستهلك برد المنتج للمتدخل بالفصل 01/31 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، الذي جاء فيه ما يلي: "بقطع النظر عن جبر الضرر لفائدة المستهلك، يمكن لهذا الأخير إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه...".

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع التونسي سار على منحى التشريع الجزائري، حيث ربط إمكانية المستهلك في رد المنتج للمتدخل بتوفر شرطين، وهما: مخالفة المنتج لما ورد بالطلبية، ومخالفة البائع لآجال التسليم، وهذا ما يتناقض مع حقيقة، وهدف تبني حق العدول عن العقد؛ الذي من أهم خصائصه أنه حق تقديري، لا يتطلب توافر أي شرط أو قيد.

total convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni».

ج- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع المغربي: بينت المادة 02/36 من قانون حماية المستهلك المغربي¹، الآثار المترتبة عن العدول عن العقد، فجاء نصها كما يلي: "... وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال".

ويرى بعض الفقه أن نص هذه المادة يشير بشكل ضمني إلى أنّ حق المستهلك في العدول ينتج أثرا مباشرا يتضمن إرجاع السلع محل العقد للمتدخل².

د- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع القطري: لم ينظم قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري المسائل المتعلقة بالتزامات المستهلك عند ممارسته للعدول عن العقد، بالكيفية التي تناولها التوجيه الأوربي والتشريعات التي سارت على نهجها الغربية والعربية منها، بل تركها للقواعد العامة حسب ما ورد بنص المادة 185 من القانون المدني القطري، الأمر الذي انتقده بعض الفقه؛ على اعتبار أن نص هذه المادة لا يخدم كلا الطرفين في حال ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد، فهو لا يلزم المتدخل بضرورة إعلام المستهلك بحقه في العدول عن العقد وتكلفة إرجاع البضاعة، وقبل هذا فهو لا يحمل معنى حق المستهلك في العدول عن العقد المنصوص عليه بالمادة 57 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، بما يحقق ضمانا أكثر للمستهلك³.

وما تجب الإشارة إليه، أن استخدام المشرع القطري للفظ "الفسخ" في نص المادة 57، يسمح للمستهلك بالرد الكلي، أو الجزئي، وبهذا تتضح نية المشرع القطري في الرجوع للقواعد العامة في هذه الحالة⁴.

هـ- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع المصري: بين نص المادة 17 من القانون رقم 181-2018 المتعلق بحماية المستهلك التزامات المستهلك بشأن العدول عن العقد كما يلي: "للمستهلك الحق في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد قيمتها النقدية، دون إبداء أي أسباب ودون تحمل أي نفقات خلال أربعة عشر يوما من تسلمها، وذلك دون الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وللجهاز أن يحدد مددا أقل بالنظر إلى طبيعة بعض السلع"، وإلى جانب ذلك ما ورد بنص المادة 13 من اللائحة التنفيذية رقم 822-2019 كما يلي: "للمستهلك الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها النقدية، دون إبداء أي أسباب ودون تحمل أي نفقات خلال 14 يوما من تسلمها، وذلك دون الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وللجهاز أن يحدد مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة...".

¹ - كل من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، وقانون حماية المستهلك المغربي لم ينص صراحة على زوال العقد بعد ممارسة المستهلك لحقه في العدول.

² - رضوان حيراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، موجود على الموقع التالي:

اطلع عليه يوم: 2020/10/11 على الساعة 23: 15. Amrald.settat@gmail.om.

³ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.ص. 214-215.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 214، الهامش رقم 53.

وأهم ما يلاحظ من خلال نص المادتين، أن المشرع المصري منح المستهلك خيار بين الاستبدال أو الإعادة، ويبدو أنه قد جانب الصواب بالنسبة لخيار الاستبدال، خاصة وأنه استعمل في المادة نفسها "دون إبداء أي أسباب"، فإذا لم يكن ملزماً بتقديم أي سبب أو مبرر لاستبدال السلعة فلماذا يستبدلها؟ ثم إن هذا الخيار لا ينهي العقد، بل يقيه قائماً، وهذا لا يتماشى مع الهدف المقصود من تشريع حق العدول، كما أنه يمكن المتدخل من الضغط على المستهلك بالنظر لمركزه باستبدال السلعة بدل ردها، كما أن خاصية الاستبدال ترتبط بكون المنتج معيماً مثل ما ورد بنص المادة 16 من اللائحة التنفيذية، وهي نفسها الخيارات الواردة في المادة 13 من اللائحة نفسها، غاية ما في الأمر أنه رفع من المهلة الاستبدال وجعلها ثلاثين يوماً، كما منح للطرفين إمكانية الاتفاق على زيادة مهلة العدول والتي قد تفوق مهلة ثلاثين يوماً بالاتفاق، لأجل ذلك كان الأولى الاكتفاء بخيار "الإعادة فقط"، وفي المعنى ذاته يضيف بعض الفقه أن خاصية الاستبدال؛ لا تعد تطبيقاً لحق العدول عن العقد بل هو "حق المشتري في الرجوع عن السلعة الأولى، مع إجباره على التعاقد على سلعة بديلة"¹، فكان يحسن به الاقتداء بالتشريعات التي سبقته في هذا الشأن، على غرار التشريعات الغربية، وبعض التشريعات العربية. وبالرغم من إلغاء المشرع المصري لقانون حماية المستهلك الصادر في 2006، إلا أنه استمر في الخلط بين حالتي "حق العدول"، والخيارات المتاحة في حال وجود عيب المنتج.

ومن جهة أخرى، يلاحظ أن المشرع المصري بعد أن حدد مهلة الرجوع بأربعة عشر يوماً، نجده منح الطرفين إمكانية تغييرها بما يخدم مصلحة المستهلك، كما سمح للجهاز أن يحدد مدة أقل بالنظر لطبيعة السلعة ولكنه لم يحدد نوع السلع المعنية.

كما نص على ضرورة رد "قيمة السلعة" وليس ثمنها، وهذا ما يثير إشكال زيادة ونقصان قيمة السلعة خاصة مع فرضية إطالة مهلة العدول، فكان الأولى به الاكتفاء بفرض رد الثمن على غرار باقي التشريعات المقارنة.

ويظهر كذلك أن المشرع المصري قد حصر العدول في حال اقناء السلع فقط، وأغفل الخدمات، وكان يفترض به أن يستعمل مصطلح "المنتجات" لأنها تشملهما معاً حسب ما ورد بنص المادة 07/01.

ثانياً- التزام المستهلك بأداء كلفة رد المنتج: يتحمل المستهلك مصاريف إرجاع السلعة، وهي نتيجة طبيعية لحق العدول عن العقد، وتشمل مصاريف النقل، والتأمين، خاصة في الحالة التي يكون مقر ممارسة المتدخل لعمله بعيداً عن مقر سكن المستهلك، كالعقود الدولية².

¹ - عدنان إبراهيم سرحان، تقييم النصوص الناظمة لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في قانون حماية المستهلك الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 01، السنة 06، مارس، 2018، الكويت، ص. 218.

² - عبد الله ديب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2012، ط. 01، ص. 201. وموفق حماد عبد الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 244.

وفي توضيح لتحميل المستهلك مصاريف إرجاع السلعة للمتدخل، بالرغم من النص على مجانية حق العدول، يرى بعض الفقه أن هذا التحميل يشكل إرهاقا وإضرارا بمصالحه، بالرغم من عدم ارتكابه أي خطأ ترتب عنه حق العدول، كتقصيره، أو تأخيره في تنفيذ التزاماته، لأجل ذلك فليس من العدل تحميل المتدخل هذه المصاريف، مما يمكن المستهلك من التعسف في استعمال حقه¹.

وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه أنّ تحميل المستهلك تكاليف رد السلعة للمتدخل، يجد من تعسف المستهلك في استعمال حقه في العدول عن العقد، وبالتالي فإن المستهلك لا يلجأ لاستعمال حقه في العدول عن العقد؛ إلا إذا كان الشيء محل العقد فعلا لا يتناسب مع رغباته، بالرغم من اعتبار حق العدول عن العقد حقا تقديريا يرجع للسلطة المطلقة للمستهلك في ممارسته، دون تعقيب عليه من طرف القضاء².

إنّ ما تم ذكره سابقا يعدا أمرا منطقيا، فالمستهلك هو من اختار العدول عن العقد؛ فعليه أن يتحمل نفقات ذلك حفاظا على التوازن العقدي المنشود، بالرغم من غلاء كلفة هذه المصاريف في الحالة التي يتم فيها التعاقد بين مستهلك ومتدخل من دولة أخرى، مما يكاد يفرغ هذا الحق من الهدف الذي شرع من أجله. وقد بين التوجيه الأوروبي، أن المستهلك هو من يتحمل مصاريف إرجاع السلعة إذا اختار طريقة مغايرة للطريقة التي استعمالها المتدخل حسب ما ورد بنص المادة 02/02/13³.

أما المشرع الفرنسي، فقد بين بنص المادة ل. 221-18⁴، أن المستهلك لا يتحمل أية مصاريف إضافية بسبب ممارسته لحقه في العدول، كما فرق المشرع الفرنسي بين نوعية المصاريف التي يردها المستهلك، من خلال نص المادة ل. 221-23-02⁵، حيث قضت أن المستهلك لا يتحمل سوى تكاليف المخصصة لرد السلعة، إلا إذا تكفل المتدخل بتحملها بنفسه، وفي الحالة التي لا يعلم فيها المستهلك بأن أعباء رد السلعة تقع على عاتقه. وأضافت الفقرة نفسها، أنه بالنسبة للعقود التي تتم خارج المؤسسة، إذا تم تسليم السلعة في مقر سكن المستهلك، فإن تكاليف استردادها يكون على المتدخل إذا كانت طبيعتها لا تسمح بردها عن طريق البريد.

¹ - عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، العدد 02، السنة 06، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، جوان، 2018، ص. 138.

² - أيمن مساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، المرجع السابق، ص. 201.

³ - Art. 13/02 dispose : « 2. Nonobstant le paragraphe 1, le professionnel n'est pas tenu de rembourser les frais supplémentaires si le consommateur a expressément choisi un mode de livraison autre que le mode moins ».

⁴ - Art. L. 221-18-01 dispose : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25 ».

⁵ - Art. L. 221-23-02 dispose : « Le consommateur ne supporte que les coûts directs de renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur que ces coûts sont à sa charge ».

فيما بينت المادة ل.221-24-03¹، أنّ المتدخل لا يتحمل مصاريف إضافية، إذا اختار المستهلك طريقة تسليم مكلفة عن طريقة التسليم الأولى.

أما في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بالعدول عن الخدمة المقدمة، فحسب ما ورد بنص المادة ل.221-25-02²، يقوم المستهلك بتسليم مبلغ من المال للمتدخل مقابل الخدمة المقدمة خلال مهلة العدول عن العقد وقبل إعلان رغبته في العدول عن العقد.

وهذا يعني أنه يمكن للمستهلك الذي استغل جزء من الخدمة المقدمة العدول عن العقد الذي أبرمه شريطة أن يرد مبلغا ماليا معيناً، يقابل ما تم استعماله من الخدمة المقدمة بين مرحلة إبرام العقد، ولحظة ممارسة حق العدول عنه، وإذا كان المبلغ المعين مبلغاً باهظاً، تحدد قيمة الخدمة المنجزة على أساس سعر السوق.

وفي المنحى نفسه سار المشرع للكسومبورجي، حيث بين أن المستهلك لا يتحمل سوى المصاريف المباشرة لإرجاع المنتج، إلا إذا قبل المتدخل تحملها، أما بالنسبة للعقود التي تتم خارج المؤسسة، أين يسلم المنتج بالمقر السكني للمستهلك، فإن المتدخل يسترجع المنتج على حسابه الخاص، أو عن طريق البريد بحسب طبيعته وهذا ما ورد بنص المادة ل.222-10-04³.

كما بين أن المستهلك يتحمل مسؤوليته عن استعماله المنتج خلال مهلة العدول عن العقد للتحقق من طبيعته ومميزاته التي تسمح له بتأدية الغرض المنتظر منه، حسب ما ورد بنص المادة ل.222-10-05⁴.

وأضاف أن المستهلك لا يتحمل أي مصاريف مقابل عدوله عن عقود خدمات الكهرباء والغاز، في فقرات محددة بنص المادة ل.222-07⁵.

¹-Art. L. 221-24-03 dispose : « Le professionnel n'est pas tenu de rembourser les frais supplémentaires si le consommateur a expressément choisi un mode de livraison plus coûteux que le mode de livraison standard proposé par le professionnel ».

²-Art. L. 221-25-02 dispose : « Le consommateur qui a exercé son droit de rétractation d'un contrat de prestation de services ou d'un contrat mentionné au premier alinéa de l'article L. 221-4 dont l'exécution a commencé, à sa demande expresse, avant la fin du délai de rétractation verse au professionnel un montant correspondant au service fourni jusqu'à la communication de sa décision de se rétracter ; ce montant est proportionné au prix total de la prestation convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni ».

³-Art. L.222-10-04 dispose : « ... Le consommateur supporte uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur qu'il doit les prendre en charge... ».

⁴-Art. L.222-10-05 dispose : « La responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens.... ».

⁵-Art. L.222-07 dispose : «Le consommateur n'est redevable d'aucun coût:

a) pour la prestation de services ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain, en tout ou partie, pendant le délai de rétractation, lorsque:

i. le professionnel a omis de fournir les informations visées à l'article L. 222-3, paragraphe (1), points g) ou i) ou à l'article L. 222-6, paragraphe (1), points h) ou j); ou.... ».

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه أنّ حق المستهلك في دفع تكاليف رد السلعة يسقط في حالتين¹: تتمثل الأولى في الحالة التي يتحمل فيها المتدخل تكاليف رد السلعة، حيث تقوم بعض الشركات بهذه التكاليف من باب الدعاية والترويج لمنتجاتها، وتشجيع المستهلك على اقتنائها. أمّا الثانية فتتمثل في الحالة التي يغفل فيها المتدخل عن إعلام المستهلك بحقه في العدول عن العقد.

كما بين المشرع الإنجليزي كذلك، بأن المستهلك لا يتحمل أي مسؤولية، ما عدا تحمل مصاريف رد السلعة للمتدخل، والمتمثلة في مصروفات طريقة التوصيل التي يختارها، والانخفاض في قيمة السلعة، ومصاريف التمديد، أو التزويد المبكر بالخدمة، حسب ما ورد بالمواد التالية على الترتيب، المادة 29 و32 و36 من اللائحة رقم 2013-3134 المتعلقة بعقود الاستهلاك.

أمّا بالنسبة للتشريعات العربية، فقد بين المشرع الجزائري أن المتدخل هو من يتحمل مصاريف إعادة السلعة، بحسب ما ورد بنص المادة 02/23 من قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 حيث جاء فيها ما يلي: "...، وتكون تكاليف إعادة السلعة على عاتق المورد الإلكتروني"، وبهذا يكون قد خالف أغلب التشريعات المقارنة العربية والعربية منها.

وفي المنحى نفسه، سار المشرع المصري، ومن خلال نص المادة 03/40 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181-2018، يتضح أن المتدخل هو من يتحمل مصاريف إعادة شحن المنتج وتسليمه، ولا أدل على ذلك العبارة التالية: "ويتحمل المورد جميع نفقات إعادة الشحن ومصاريف التسليم".

كما سلط غرامة مالية على المتدخل الذي يخالف التزامه بتحمل مصاريف رد المنتج حسب ما ورد بالمادة 65 من القانون رقم 181-2018 التي جاء نصها كما يلي: "يعاقب بغرامة لا تقل عن 30 ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه أو مثلي قيمة المنتج محل المخالفة أيهما أكبر، كل مورد خالف أحكام أي من المواد: (.../40 فقرة ثالثة) من هذا القانون".

وبناء على ما جاء به التشريعان، الجزائري والمصري، رأى بعض الفقه أن تحميل المتدخل نفقات رد السلعة يخدم مصلحة المستهلك، خاصة في الحالة التي يتم البيع في المنزل².

إلا أن ما يبدو، أن تحميل المتدخل نفقات استرداد السلعة، يؤثر بالسلب على التجارة الإلكترونية من جهة، ويمكن المستهلك من التعسف في استعمال حقه، خاصة في الحالة التي يؤخذ فيها بالمفهوم الواسع للمستهلك.

¹-Commission Européenne, DG justice, juin, 2014, p.44. consulté le
cite :htmlhttps://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf

اطلع عليه يوم: 2020/11/31 على الساعة 00:24.

² - نورة جحايشية وعصام نجاح، حق المستهلك في العدول عن العقد في التشريع الجزائري، منشورات جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص.492.

أما المشرع التونسي، فقد حمّل المستهلك مصاريف إرجاع المنتج للمتدخل، من خلال الفصل 03/30 التي جاء فيها ما يلي: "ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة". ومن جهة أخرى حمّل المتدخل مصاريف إرجاع الثمن للمستهلك بنص صريح من خلال الفصل 02/31 والتي جاء فيها ما يلي: "وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناتجة عن ذلك إلى المستهلك...".

إلا أن التساؤل الذي يثار بشأن هذه الحالة، لما يختار المستهلك طريقة مغايرة للطريقة التي دفع بها وبتكلفة أكثر من الطريقة الأولى، فمن يتحمل الفارق حينها؟

نرى بأنه ضمانا لحماية حقوق طرفي العقد، وبهدف المحافظة على التوازن العقدي، ووضع حد لاحتمال تعسف المستهلك في استعمال حقه، فإن اختيار طريقة مغايرة للتي دفع بها الثمن للمتدخل عند اقتنائه للسلعة فإن الفارق بين الكلفتين يقع على عاتقه، إلا إذا اختار المتدخل تحمّل ذلك هدف تشجيع تجارته وكسب ثقة المستهلك.

أما قانون حماية المستهلك الكويتي، فلم يتطرق لمصاريف إرجاع السلعة للمتدخل، وجعل قاعدة عامة مفادها عدم تحميل المستهلك أية مصاريف إضافية جراء ممارسته لحقه في العدول عن العقد، حسب ما ورد بنص المادة 09/25- ت من اللائحة التنفيذية التي جاء فيها ما يلي: "عدم إلزام المستهلك بأي تكلفة مادية نظير الاستبدال، أو الرد لأي سبب من الأسباب أو تحت أي مسمى...".

ويرى الفقه بناء على ما سبق بيانه، عدم جواز تحميل المستهلك أية مصاريف مقابل استعمال حقه في العدول بناء على قاعدة: "العام يؤخذ على عمومه ما لم يرد ما يقيد"، مع ضرورة التفريق بين تكلفة ممارسة حق العدول، وبين مصاريف ونفقات إرجاع السلعة للمتدخل، فالتكلفة الأولى يقصد بها ما يمكن أن يفرضه المتدخل على المستهلك بحكم مركزه عند ممارسته حقه في العدول عن العقد، أما التكلفة الثانية فطبيعتها تقتضي تحملها من طرف المستهلك، لأنه يتوقعها حال اتخاذه قرار العدول عن العقد¹.

وتعقيبا على ما تم بيانه، يبدو أنه بالرغم من نص التشريعات على أن المستهلك لا يتحمل أية مصاريف إضافية، في ما عدا مصاريف إرجاع السلعة لصاحبها، حتى لا يفرغ حق العدول من ميزته الحماية للمستهلك وحتى لا يمتنع من استعمال حقه في العدول عن العقد، إلا أنّ ما يمكن ملاحظته بشأن مصاريف إرجاع السلع أو الخدمة للمتدخل من طرف المستهلك، أن هذه المصاريف قد تكون جد مكلفة له، خاصة وأن أغلب العقود في هذا الشأن هي عقود إلكترونية دولية، وقد تزيد من كلفة مصاريف الرد، لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار حالة اتفاق طرفي العقد على أن تكون مصاريف النقل على المتدخل. أما بالنسبة لمصاريف التأمين، فالأصل فيها أن المتدخل هو من يتحملها وفقا لقاعدة "من يربح يتحتم عليه تحمل خسارة محتملة"، كما أن المتدخل عادة ما يأخذ بعين الاعتبار قسط التأمين في حساب تكلفة السلع والخدمات.

¹ - عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص.140.

ثالثاً- تحمّل انخفاض قيمة المنتج: يتحمل المستهلك انخفاض قيمة السلعة في حال استعمالها بطريقة تتجاوز ما يسمح بالتعرف على طبيعتها، أو خصائصها، أو وظيفتها¹.

ويرى بعض الفقه²، أن طبيعة، وخصائص السلعة، والوظيفة المنتظرة منها، تمثل معايير موضوعية للمحكمة كضابط أساسي لمعرفة مدى تعدي الطرف الضعيف للحدود التي سمح بها التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 لتجربة المبيع.

ويتم عادة فحص السلعة محل العدول بعناية تامة، بالكيفية نفسها التي يعاين بها المستهلك السلعة المراد اقتنائها، بهدف التأكد من خواصها ومميزاتها، وكل هذا يتم وفق مبدأ حسن النية³.

ويقدم التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، أنموذجاً حياً عن الكيفية التي يتم بها فحص السلعة محل العدول، بحالة الملابس التي يقوم الراغب باقتنائها، إذ يمكنه قياسها فقط حسب ما ورد بنص المادة 47⁴ من مقدمة التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، كما يمكنه فض الغلاف الخارجي لاستعمالها لفترة قصيرة، بهدف تجربتها حسب القرار الصادر من محكمة العدل الأوروبية⁵.

وبمفهوم المخالفة لما تم بيانه، فإن تعدي المستهلك الحدود المألوفة والمعقولة في تجربته للسلعة محل العدول يرتب مسؤوليته اتجاه المتدخل، كما في حالة استعمال الملابس لحضور حفل أو اجتماع ما، ولو لمدة قصيرة، أو مباشرة العمل بسيارة الأجرة التي اقتناها، لأنه في مثل هذه الأحوال يكون متعسفاً⁶.

وقد بينت المحكمة الأوروبية⁷ أنّ المتدخل يملك حق التعويض من الاستعمال المفرط للجهاز من طرف المستهلك وفق مبدأ حسن النية في ظل القواعد العامة، في قضية تتعلق بسيدة اشترت جهاز حاسوب بمبلغ قدره

¹-Art.14/02 dispose : « ... La responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens. Le consommateur n'est pas responsable, en tout état de cause, de la dépréciation des biens lorsque le professionnel a omis de l'informer de son droit de rétractation conformément à l'article 6, paragraphe 1, point h) ».

² - رعد هاشم أمين التميمي، ورعد عداي حسين مسعودي، العدول عن عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.283.

³-Joasia A. Luzak Vanessa Mak, the Consumer Rights Directive, Working Paper Series No. 2013-01, P.14. consulté le cite https://pure.uva.nl/ws/files/1536768/156732_402057.pdf,

اطلع عليه يوم: 2020/04/16 على الساعة 23:05.

⁴-Art. 47dispose : « ... le consommateur devrait uniquement les manipuler et les inspecter d'une manière qui lui serait également permise en magasin. Par exemple, il devrait seulement essayer un vêtement et non pas le porter. Par conséquent, le consommateur devrait manipuler et inspecter les biens avec toute la précaution nécessaire au cours de la période de rétractation. Les obligations du consommateur en cas de rétractation ne devraient pas le dissuader d'exercer son droit de rétractation. »

⁵-C- 489/7(Pia Messner), 03/09/2009. Cité par Joasia A. Luzak Vanessa Mak, the Consumer Rights Directive, Working Paper Series, op.cit, p.14.

⁶-Vanessa Mak, Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services No. 04/2010P.9, p.09 consulté le cite : <http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TISCO-Banking-Financin.g.html>.

⁷-ARRÊT DU 3. 9. 2009 — AFFAIRE C-489/07 Par ces motifs, la Cour (première chambre) « dit pour droit: Les dispositions de l'article 6, paragraphes 1, deuxième phrase, et 2, de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce qu'une réglementation nationale prévoit de manière générale la possibilité pour le vendeur de réclamer au consommateur une indemnité compensatrice pour

278 أورو عن طريق عقد مبرم عن بعد، وبعد ثمانية أشهر ظهر عيب بالجهاز فقررت السيدة إرجاعه متمسكة بحقها في العدول عن العقد القائم بنص المادة 97-07، على اعتبار أن حقها في العدول لا يزال قائماً، لأن البائع لم يقوم بإعلامها بهذا الحق حتى تبدأ مهلة العدول عن العقد في السريان، فاعترض البائع وطالبها بالتعويض على الاستعمال المفرط للجهاز خلال هذه المدة، فاستجابت له المحكمة وقررت أنه على المستهلك دفع التعويض في حالة الاستعمال المفرط للمبيع قبل ممارسته لحق العدول عن العقد طبقاً للقواعد العامة، وحسن النية.

إلا أنّ ما يبدو حسب رأي بعض الفقه، أنه من الصعوبة بما كان الفصل بين الفحص والتجربة المألوفة والاستعمال غير المقبول، دون أن يسقط الحق في العدول عن العقد، وما على صاحبه، إلا تحري مسلك الرجل العادي، والعرف السائد؛ للفصل بين الاستعمال المعقول، وتجاوز ذلك¹، كما حرص التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، على تحطّي هذا العائق، بتحفيز المستهلك على استعمال حقه في العدول عن العقد بالرغم من ذلك حسب ما ورد بنص المادة 47².

أما المشرع الفرنسي، فقد بين أن المستهلك لا يتحمل سوى مسؤولية انخفاض قيمة السلعة بسبب فقدانها لخصائصها حسب ما ورد بنص المادة ل. 221-23-03، أما المادة ل. 221-23-04³، فبينت أن المستهلك لا يتحمل المسؤولية عن انخفاض قيمة السلعة بسبب استعماله لها حتى يتأكد من طبيعتها ومناسبتها للغرض الذي تم اقتناؤها من أجله.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه أن الاستعمال غير المعقول للشيء محل العقد من طرف المستهلك يوجب مسؤوليته، إلا أنه في بعض الحالات يصعب تحديد مقدار الضرر، خاصة في الحالة التي يستعمل فيها السلع لوقت قصير، حيث ينجم عنه ضرراً محسوساً؛ كاستعمال الحلي والمجوهرات في الأفراح، فالقضية مسألة واقع تخضع

l'utilisation d'un bien acquis par un contrat à distance dans le cas où ce dernier a exercé son droit de rétractation dans les délais. Toutefois, ces mêmes dispositions ne s'opposent pas à ce que le paiement d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation de ce bien soit imposé au consommateur dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage dudit bien d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause, à la condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la finalité de ladite directive et, notamment, à l'efficacité et à l'effectivité du droit de rétractation, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer. ». ARRÊT DE LA COUR (première chambre) 3 septembre 2009 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0489&from=FR> .

اطلع عليه يوم: 2012/01/15 على الساعة 12:30.

¹-Joasia A. Luzak Vanessa Mak, the Consumer Rights Directive, Working Paper Series, op.cit, p.14.

²-Art. 47/01 dispose : « Certains consommateurs exercent leur droit de rétractation après avoir utilisé les biens dans une mesure qui excède ce qui nécessaire pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement du bien. Dans ce cas, le consommateur ne devrait pas perdre son droit de rétractation, mais devrait répondre de toute dépréciation des biens. Pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement des biens... ».

³-Art. 221-23-04 dispose : « La responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens, sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétractation, conformément au 2° de l'article L. 221-5 ».

للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، إلا أنّ ما يبدو حسب هذا الرأي أن التعويض يجب أن يكون وفقاً لما أراده المستهلك على حساب المتدخل، وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب¹.

وفضلاً عما سبق، يلتزم المستهلك بالمحافظة على السلع خلال مهلة العدول عن العقد، وحتى مع السماح له بتجربة المنتج، يجب أن تكون مماثلة للحالة التي يجرب فيها المستهلك السلعة في الحقل لأجل الوقوف على مدى ملاءمتها للغرض المنتظر منها، إذ لا توجد قاعدة عامة في هذا الخصوص، وفي حال تجاوز ذلك يتحمل المستهلك المسؤولية كاملة، حيث يحتسب مبلغ التعويض بتحديد الفرق بين قيمة السلعة الجديدة، وقيمتها بعد الاستعمال². ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقهاء أنّ مقتضيات نظرية التعسف في استعمال الحق، تلزم المستهلك بأن يرد الشيء محل العقد بالحالة التي كان عليها وقت التسليم، وهو ما يصعب تحقيقه في بعض الحالات التي يكون الحقل فيها سريع التلف، وهذا ما جعل تشريعات الاستهلاك تستثني بعض السلع والخدمات من نطاق العدول عن العقد، كبرامج الحاسوب، والتسجيلات الصوتية، وما شابه من الحالات المماثلة³.

وبالمقابل، يرى بعض الفقهاء⁴ أنّ حق العدول عن العقد يقتضي الحق في الغلط والحق في تجربة المنتج، إذ يقتضي منح المستهلك إمكانية تجربة المنتج لمعرفة مدى ملاءمته للطلبات المشروعة للمستهلك، وتحقيق الهدف الذي من أجله اقتنائه، إلا أنّ الحق في تجربة المنتج؛ قد تزعم المتدخل بسبب الأعباء الإضافية التي تنجر عن ذلك مما يدفعه لاشتراط ضرورة رد المنتج بشكله الأصلي، وهذا ما يفرغ حق العدول من الهدف الذي شرع من أجله. ويبدو أنّ ما جاء به الرأي الأخير، هو الأولى بالاعتبار، فإذا كانت تشريعات الاستهلاك قد منحت المستهلك تجربة المنتج بنص قانوني آمر - بخلاف ما كان عليه الأمر في القواعد العامة-، حسب ما ورد بالمادة 15 من القانون رقم 03-09 المعدل والمتمم التي جاء نصها ما يلي: "يستفيد كل مقتن لأي منتج مذكور في المادة 13 من هذا القانون، من حق تجربة المنتج المقتنى"، وكذلك ما ورد المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 حيث نصت على ما يلي: "يمكن المستهلك أن يطالب بتجريب المنتج المقتنى، طبقاً للتشريع والأعراف المعمول بها، دون إعفاء المتدخل من إلزامية الضمان"، فكيف نجرمه من حقه في العدول عن العقد خاصة وأنه يمثل إضافة من نوع خاص في تعزيز حماية المستهلك، فإذا طلب منه رد السلعة على حالتها الأصلية بأغلفتها، فهذا يعني إفراغ حق العدول عن العقد من معناه.

¹ - رعد هاشم أمين التميمي ورعد عداي حسين مسعود، العدول عن عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.284.

² - European Commission, D.G , June 2014, p.p.46-47, consulté le cite : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf

اطلع عليه يوم: 2020/12/31 على الساعة 02:39.

³ - أيمن مساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، المرجع السابق، ص.199.

⁴ - رياحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.148-149.

الفرع الثاني: التزامات المتدخل اتجاه المستهلك بعد العدول عن العقد

يتمثل التزام المتدخل المترتب عن العدول عن العقد، في إرجاع الثمن¹ للمستهلك إذا اتخذ قراره بإرجاع السلعة إلى المتدخل، ونفذه خلال المهلة المحددة لذلك. وسيتم فيما يلي بحث هذا الالتزام في التشريعات الغربية (أولاً)، ثم في التشريعات العربية (ثانياً).

أولاً- التزام المتدخل برد الثمن في التشريعات الغربية: سيتم بحث ذلك في التوجيه الأوروبي (01)، وبعدها في التشريع الفرنسي (02)، ثم في التشريع اللكسومبورجي (03).

01- التزام المتدخل برد الثمن في التوجيه الأوروبي: ألزم التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتدخل بإرجاع الثمن، وكل المصاريف التي استلمها من المستهلك، بما في ذلك مصاريف تسليم السلعة بدون تأخير غير مبرر في مهلة تقدر بأربعة عشر يوماً، من يوم إعلامه من طرف المستهلك باستعمال حقه في العدول عن العقد حسب ما ورد بنص المادة 01/13²، فيما بينت المادة 02/13³ أنه على المتدخل أن يرجع الثمن للمستهلك بالطريقة نفسها التي استلم بها الثمن أول مرة، ما لم يختار المستهلك طريقة مغايرة.

ومن جهة أخرى، أضاف البرلمان الأوروبي، أنّ المتدخل في حالة العدول يمكنه حبس المبالغ التي دفعها المستهلك، حتى يستلم بضاعته من المستهلك، ولكي يتمكن المستهلك من استعادة حقوقه قبل وصول السلع للمتدخل، عليه أن يثبت أنه فعلاً قام بإرجاعها⁴.

ويجب أن تتم عملية رد الثمن بالطريقة نفسها التي تم بها الوفاء، فلو تم الوفاء بوسائل الدفع الإلكتروني كبطاقات الائتمان المصرفي، فعلى المتدخل أن يستعمل الوسيلة ذاتها للرد، باعتبارها الوسيلة الأفضل والأقل تكلفة بالنسبة للطرف الضعيف في العقد⁵.

¹ - لوحظ استعمال لفظ "ثمن السلعة" وليس قيمتها، لأن مهلة العدول قصيرة لا يبدو معها أن يكون هناك تغير في القيمة عن الثمن الذي دفعه المشتري في الأول، أما في حالة تمديد المهلة بسبب عدم إعلام المستهلك في حقه بالعدول، فتطبق عليه قاعدة "الغش يفسد كل شيء".

²-Art. 13dispose :« 1. Le professionnel rembourse tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris, le cas échéant, les frais de livraison, sans retard excessif et en tout état de cause dans les quatorze jours suivant celui où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter du contrat conformément à l'article 11 ».

³-Art. 13/02 dispose : « Le professionnel effectue le remboursement visé au premier alinéa en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur pour un autre moyen de paiement».

⁴-European Commission, DG , June 2014, p.45, consulté le cite : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf

اطلع عليه يوم: 2020/12/31 على الساعة 02:39.

⁵-Article 13dispose :« ...Le professionnel effectue le remboursement visé au premier alinéa en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur pour un autre moyen de paiement et pour autant que le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur ».

كما يتحمل المتدخل كل رسوم التحويل والإصدار، ولكنه لا يتحمل الرسوم التي سبق ودفعها المستهلك عند دفعه للثمن كتعويض، كما لا يتحمل فرق العملة¹، ولا يحق له الرد بواسطة وصل "voucher" إلا إذا قبله الطرف الآخر².

ومن جهة أخرى، لا يوجد ما يمنع الطرفين من الاتفاق على أية طريقة للرد، شريطة أن لا تكلف هذه الطريقة مصاريف إضافية أخرى حسب ما ورد بنص المادة 02/02/13³.
وما تجب الإشارة إليه، أن المتدخل غير ملزم بردّ التكاليف الإضافية عن الكيفية غير المألوفة التي يختارها المستهلك للرد بشكل صريح، وهذا ما بينته المادة الأولى من مقدمة التوجيه في الفقرة رقم 46⁴، وقد جاء فيها أنه إذا كان ردّ الثمن يتطلب استعمال وسائل النقل الجوي، أو التسليم خلال مدة 24 ساعة، فإنّ المتدخل لا يتحمّل الفارق في أجرة النقل.

02- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع الفرنسي: كان قانون الاستهلاك الفرنسي يلزم المتدخل برد كل المبالغ التي استلمها من المستهلك في آجال معقولة، على أن لا تتجاوز ثلاثين يوماً على الأكثر تحتسب ابتداء من يوم ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد، مع نسبة من الفوائد تقدر قيمتها بالسعر القانوني الساري العمل به حسب ما ورد بنص المادة ل. 01-20-121⁵.

وأما في تعديله لقانون الاستهلاك في سنة 2017 فقد أعطى المتدخل مهلة أربعة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ إعلامه بعدول المستهلك عن العقد، لردّ الثمن للمستهلك، مع مصاريف التسليم، بدون تأخير غير مبرر، يبدأ احتسابها من تاريخ إعلام المتدخل بحقه في العدول، حسب ما ورد بنص المادة ل. 01-24-221⁶ و02⁶.

¹-European Commission,DG , June 2014, p.p.45-46, consulté le cite :
https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf

اطلع عليه يوم: 2020/12/31 على الساعة 02:45.

²-Recital 46 states regarding the use of vouchers: "The reimbursement should not be made by voucher unless the consumer has used vouchers for the initial transaction or has expressly accepted them", European Commission,DG , June 2014, p.p.45-46, consulté le cite :
https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf.

اطلع عليه يوم: 2020/12/31 على الساعة 02:50.

³-Art.13/02/02 dispose :«... et pour autant que le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur ».

⁴-Art.01/46 dispose : « ... Au cas où le consommateur se rétracterait du contrat, le professionnel devrait rembourser tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris ceux couvrant les dépenses engagées par le professionnel pour livrer les biens au consommateur.. ».

⁵-Art. L.121-20-01 dispose : « Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé.

Au-delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal en vigueur...».

⁶-Art. L.221-24-01 dispose : « Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel rembourse le consommateur de la totalité des sommes versées, y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter... ».

وأهم ما يلاحظ على نص هذه المادة مقارنة بما ورد في تعديل سنة 2014، أنه خفض المدة من ثلاثين يوماً إلى أربعة عشر يوماً فقط، لكنها تبدأ من يوم إعلامه من طرف المستهلك برغبته في استعمال حق العدول، لا من يوم ممارسته لحقه في العدول عن العقد، ويبدو أن في هذا التغيير حماية للمتدخل من تعسف المستهلك في استعمال حقه في العدول عن العقد، وتحقيقاً لاستقرار المعاملات، لأن مهلة أربعة عشر يوماً من إعلام المتدخل تجعل المستهلك يسرع في رد السلعة للمتدخل، حتى لا يتضرر من نقص القيمة؛ وضياع مصالحه، خاصة وأن كل متدخل هو بمثابة تاجر.

ومن خلال ما ورد في تعديل 2017 للمادة 221-24-01¹ يتضح أن المشرع الفرنسي قد حرص على حماية طرفي العلاقة العقدية من التعسف بطريقة فنية، حيث قطع على كل من المستهلك، والمتدخل فرضية تعسفه في استعمال حقه، بالنظر لما ورد فيها، حيث ألزمت المتدخل برد مجموع المبالغ التي دفعها له المستهلك، بما فيما مصاريف التسليم، بدون تأخير غير مبرر خلال مهلة تقدر بأربعة عشر يوماً يبدأ حسابها من التاريخ الذي يبلغ فيه المتدخل بقراره بالعدول.

كما نشير أن أهم ما يميز ما ورد في هذا التعديل والتعديلات التي لحقته في 2019 و 2021 أن المشرع الفرنسي سمح للمتدخل في الحالة التي يقترح فيها استلام السلعة بنفسه، أن يحتفظ بها عنده حتى يتسلم من المستهلك ما يثبت تصديره للسلعة ابتداءً، ويبدأ في احتساب المهلة من يوم العدول.

أمّا عن طريقة ردّ الثمن للمستهلك، فقد بين نص المادة ل.121-20-01² لسنة 2014، أنها يمكن أن تكون بأي طريقة دفع، تكون من اقتراح المتدخل، كما يمكن للمستهلك اختيار طريقة أخرى مناسبة. أمّا في تعديل سنة 2017، وما لحقها من تعديلات في 2019 وفي سنة 2021 فقد ألزم المشرع المتدخل بأن يرد الثمن بالطريقة نفسها التي استعملها المستهلك في دفع الثمن للمرة الأولى، إلا إذا وافق المستهلك على طريقة أخرى للرد دون أن يكلفه مصاريف أخرى، ومن جهة أخرى لا يرد المتدخل المصاريف الإضافية المكلفة التي يختارها المستهلك وقت التسليم حسب ما ورد بنص المادة ل.221-24-03³.

¹-Art. 221-24-01 dispose : « Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel rembourse le consommateur de la totalité des sommes versées, y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter.

Pour les contrats de vente de biens, à moins qu'il ne propose de récupérer lui-même les biens, le professionnel peut différer le remboursement jusqu'à récupération des biens ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve de l'expédition de ces biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits ».

²-Art. L.121-20-01 dispose : « ... Ce remboursement s'effectue par tout moyen de paiement. Sur proposition du professionnel, le consommateur ayant exercé son droit de rétractation peut toutefois opter pour une autre modalité de remboursement. ».

³-Art. L.221-24-02 dispose : « ...Le professionnel effectue ce remboursement en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur pour qu'il utilise un autre moyen de paiement et dans la mesure où le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur.

Le professionnel n'est pas tenu de rembourser les frais supplémentaires si le consommateur a expressément choisi un mode de livraison plus coûteux que le mode de livraison standard proposé par le professionnel ».

وتأكيدا لدور وأهمية العدول عن العقد بالنسبة للمستهلك، كرس القضاء الفرنسي هذا الحق بإدائه المتدخل الذي قام بتخفيض ثمن السلعة، بعد استعمال المستهلك لحقه في العدول، مستبعدا بذلك أي مبالغ إضافية يقدمها المستهلك للمتدخل¹.

وقد قام المشرع الفرنسي بوضع جدول زمني يحدد فيه آجال التأخير مع تحديد النسبة المئوية المناسبة لها وبين بالمادة ل.242-04² من قانون الاستهلاك أنه إذا تأخر المتدخل في إرجاع الثمن خلال عشرة أيام، يلزم بدفع نسبة 05% من الثمن الواجب رده، وإذا تأخر بين 10 و 20 يوما فتصل النسبة إلى 10%، وترتفع نسبة الغرامة إلى 20%، وإذا تأخر بين 20 و 30 يوما، ويستمر ارتفاع الغرامة بالتناسب الطردي مع عدد الأيام التي يتأخر فيها عن الرد، حسب ما ورد بنص المادة ل.221-24-02-03-04، ولم يكتف المشرع الفرنسي بوضع الجزاءات المدنية في حق المتدخل الذي يتأخر في رد الثمن للمستهلك، بل قرر جزاءات إدارية، وأخرى سالبة للحرية.

ومن جهة أخرى، يمكن للمتدخل تأجيل رد الثمن حتى يسترد السلعة، أو يستلم دليلا من المستهلك يثبت شحنه لها، كما يقوم بإرجاع ثمن السلع باستخدام الوسائل نفسها التي استخدمها المستهلك، ما لم يوافق المستهلك على طريقة أخرى، ولا يطلب من المتدخل تسديد تكاليف إضافية، في حال طلب المستهلك تسلم الثمن الذي دفعه بطريقة مكلفة أكثر من الطريقة العادية التي دفع بها حسب ما ورد بنص المادة ل.221-01-224.

ويعلق بعض الفقه³ على ما سبق بيانه، بأن الغاية من إقرار هذا الحكم هو حماية المتدخل من الأضرار التي يمكن أن تلحقه ولم تكن له يد فيها.

03- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع اللكسومبورجي: بين المشرع اللكسومبورجي طريقة رد المتدخل الثمن للمستهلك من خلال نص المادة ل.222-10-01⁴، حيث ألزم المتدخل برد الثمن للمستهلك، بدون تأخير وفي آجاله المحددة بـ 14 يوما التالية لإعلامه بالعدول عن العقد حسب نص المادة ل.222-09.

¹ - قرار صادر عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1993/06/23، نقلا عن رباحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.148.

²-Art. L.242-04 dispose : « Lorsque le professionnel n'a pas remboursé les sommes versées par le consommateur, les sommes dues sont de plein droit majorées du taux d'intérêt légal si le remboursement intervient au plus tard dix jours après l'expiration des délais fixés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 221-24, de 5 % si le retard est compris entre dix et vingt jours, de 10 % si le retard est compris entre vingt et trente jours, de 20 % si le retard est compris entre trente et soixante jours, de 50 % entre soixante et quatre-vingt-dix jours et de cinq points supplémentaires par nouveau mois de retard jusqu'à concurrence du prix du produit, puis du taux d'intérêt légal ».

³ - رعد هاشم أمين التميمي، ورعد عداي حسين مسعودي، العدول عن عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.282.

⁴-Art. L.222-10-01 dispose : « En cas d'exercice du droit de rétractation relatif à un contrat à distance ou hors établissement, le professionnel est tenu au remboursement des paiements reçus de la part du consommateur, y compris, le cas échéant, les frais de livraison. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises tels que visés au paragraphe (4) du présent article.

كما يجب على المتدخل أن يستعمل في ذلك الطريقة نفسها التي دفع بها المستهلك الثمن، إلا إذا وافق المستهلك على طريقة أخرى للدفع شريطة أن لا تكلفه مبالغ إضافية.

ومن جهة أخرى بخلاف ما تناولته الفقرة الأولى من المادة نفسها، فالمتدخل لا يتحمل المصاريف الإضافية، إذا اقترح المستهلك طريقة مكلفة لرد الثمن، تختلف عن الطريقة الأولى التي اقترحها المتدخل، حسب ما بينته المادة ل.222-10-02¹.

ثانيا- التزام المتدخل برد الثمن في التشريعات العربية: سيتم بحث ذلك في التشريع الجزائري (01)، وبعدها التشريع المغربي (02)، ثم التشريع التونسي (03)، وبعدها التشريع القطري (04)، ثم التشريع المصري (05) وأخيرا التشريع الكويتي (06).

01- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع الجزائري: تناولت المادة 02/22 من قانون التجارة الإلكترونية الآثار المترتبة عن العدول عن العقد بالنسبة للمتدخل كما يلي: "وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتج، خلال أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتج".

أما نص المادة 23 فجاء كما يلي: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيبا.... وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.

ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي:

- تسليم جديد موافق للطلبية، أو

- إصلاح المنتج المعيب، أو

- استبدال المنتج بآخر مماثل، أو

- إلغاء الطلبية دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع الضرر....".

إن أهم ما يمكن ملاحظته على ما جاء به المشرع الجزائري من خلال تناوله لحق العدول عن العقد بالقانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، أنه تكرر لما جاء به قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم

Ce remboursement doit être effectué sans retard excessif et, en tout cas, dans un délai de quatorze jours suivant celui où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter du contrat conformément à l'article L. 222-9. La somme due est de plein droit majorée du taux de l'intérêt légal en vigueur à compter du premier jour suivant l'expiration de ce délai.

Le professionnel effectue le remboursement visé aux deux premiers alinéas du présent paragraphe en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur pour un autre moyen de paiement et pour autant que le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur » .

¹-Art. L.222-10-02 dispose : « Nonobstant le paragraphe (1) du présent article, le professionnel n'est pas tenu de rembourser les frais supplémentaires si le consommateur a expressément choisi un mode de livraison autre que le mode moins coûteux de livraison standard proposé par le professionnel ».

03-09 المعدل والمتمم، بحسب ما ورد بنص المادة 02/13 منه التي ورد نصها كما يلي: "يجب على المتدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج...". وبالنظر لما تم بيانه، كان الأولى بالمشرع الجزائري الاقتداء بما جاءت به باقي التشريعات الأخرى في هذا الشأن، حتى يعطي لحق العدول عن العقد القيمة القانونية التي شرع من أجلها، وإلا الاكتفاء بما جاء به قانون حماية المستهلك فقط.

ومن جهة أخرى، نجد أن النصوص القانونية التي تتناول حق العدول عن العقد بالدراسة في التشريع الجزائري، لم تتطرق للحالة التي يرفض فيها المتدخل رد الثمن للمستهلك؛ وهذا ما يؤدي إلى إفراغ حق العدول من الهدف الذي شرع من أجله، وقد كان يستحسن بالمشرع الجزائري نهج مسلك التشريعات الأخرى في هذا المجال لا سيما التشريع الفرنسي حسب ما ورد بنص المادة ل. 04-242، والتشريع المغربي بنص المادة 178 من القانون رقم 08-31.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه¹ أن المشرع الجزائري أغفل الجزاء المترتب عن مخالفة أحكام العدول عن العقد، إلا انه يمكن تطبيق نص المادة 14 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والتي جاء نصها كما يلي: "في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني يمكن المستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به".

إلا أن ما يبدو أن الاعتماد على نص هذه المادة لا يسعف المستهلك، لأن طلب إبطال العقد يتطلب توافر شروط معينة إلى جانب ضرورة اللجوء إلى القضاء الذي يكون حكمه منشأ لحق الإبطال، خلافا لما هو عليه الحال النسبة للعدول الذي أهم ما يميزه أن حق تقديري يمارسه المستهلك بإرادته المنفرد، وفي حال اللجوء للقضاء، فإن حكمه سيكون حكما كاشفا لا موقرا.

02- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع المغربي: قد أمهل المشرع المغربي المتدخل مهلة خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ إعلامه بعدول المستهلك عن العقد، حسب ما ورد بنص المادة 37 من قانون حماية المستهلك رقم 08-31 التي جاء فيها ما يلي: "عند ممارسة حق التراجع، يجب على المورد أن يرد للمستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور، وعلى أبعد تقدير خمسة عشر الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور...".

وقد تساءل بعض الفقه عن مهلة خمسة عشر يوما الواردة بنص المادة 37 من القانون رقم 08-31 هل تحتسب من تاريخ إصدار المستهلك رغبته في العدول عن العقد، أم من تاريخ علم المتدخل بذلك، ومع غياب النص، اقترح هذا الفقه ضرورة الأخذ بما جاء به التشريع الفرنسي في هذا الشأن حسب ما ورد بنص المادة ل. 24-221 عن طريق استمارة إلكترونية تبعث للمتدخل مع ضرورة الرد عليها عن طريق الإشعار بالاستلام

¹-Lachachi. M, Les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, (Etude comparative), op-cit, p.226.

ويعتبر هذا التاريخ بداية احتساب مهلة رد الثمن للمستهلك¹. وتجب الملاحظة، أن القانون رقم 08-31 لم يتطرق لكيفية رد الثمن، حيث اكتفت المادة 37 بإلزام المتدخل ورد الثمن كاملا فقط دون النص على الكيفية التي يتم بها، مما يدفع بعض المتدخلين لاستغلال هذا الفراغ التشريعي رد الثمن عن طريق قسيمة الشراء، وهذا لا يخدم مصلحة المستهلك، إذ يجب أن يكون الرد على شكل وسيلة من وسائل الأداء، كالكاشيك، أو عن طريق التحويل البنكي².

وقد سلط المشرع المغربي عقوبة مالية على المتدخل في حال رفضه رد الثمن للمستهلك من خلال نص المادة 178 من القانون رقم 08-31، والتي تتراوح بين 1200 و50000 ألف درهم، ويعتبر في حالة العود الشخص الذي يرتكب مخالفة خلال خمس سنوات الموالية لصدور الحكم.

03- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع التونسي: حدد المشرع التونسي المدة الواجبة لرد الثمن للمستهلك بعشرة أيام حسب ما ورد بالفصل 04/30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، والتي جاء نصها كما يلي: "... يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة...".

04- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع الكويتي: ألزم المشرع الكويتي بدوره المتدخل برد ثمن السلعة مقابل استعمال المستهلك لحقه في العدول عن العقد، وما يترتب عليه من إرجاع للسلعة محل العقد، بالكيفية التي تم بها الدفع من طرف المستهلك، أو بأي طريقة أخرى يقبلها المستهلك، حسب ما ورد بنص المادة 25 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 39-2014 المتعلق بحماية المستهلك.

إلا أنّ ما يمكن ملاحظته بشأن التشريع الكويتي، أنه لم يحدد مهلة محددة تلزم المتدخل رد الثمن خلالها حفاظا على مصالح المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العقد، وكان الأحرى به أن يتبع نهج التشريعات التي سبقته في تحديد هذه المهلة، كالتوجيه الأوروبي على سبيل المثال لا الحصر، حتى يحقق العدول عن العقد الهدف المنتظر منه.

05- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع القطري: في ظل غياب نص في قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية يلزم المتدخل إرجاع الثمن للمستهلك، ذهب بعض الفقه³ إلى أن الآثار المترتبة عن الفسخ هي نفسها التي نصت عليها التشريعات التي ألزمت المتدخل برد الثمن للمستهلك، مع ضمان حق الحبس لكلا طرفي العقد في مرحلة تنفيذه، وفي مرحلة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد إذا تم الفسخ⁴.

¹ أبو بكر مهم، حماية المستهلك من خلال حق الرجوع في مقتضيات قانون 08-31، مجلة القانون والأعمال، العدد 11، عدد خاص، المغرب نوفمبر، 2016، ص.47.

² رضوان حيراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.40.

³ نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.219.

⁴ حسب ما ورد بنص المادة 01/280 من القانون المدني القطري: "لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه".

وما تجب الإشارة إليه، أن بعض الفقه، يرى أن عدول المستهلك عن العقد وفقا للتشريع القطري يصلح أن يكون ضمن الحالات التي قرر فيها المشرع الفسخ دون ارتكاب أي خطأ من الطرف الآخر، وفي ذلك تقديرا لمصلحة ما وحمايتها، والمصلحة المقصودة في هذه الحالة هي حماية المستهلك. كما يترتب على العدول الآثار نفسها التي تترتب على الفسخ، حيث تنتهي العلاقة العقدية، ويعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل العقد¹ وقد بينت المادة 57 من قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية، أن المشرع القطري استعمل لفظي الفسخ والإنهاء ولم يستعمل المصطلحات المألوفة عند أغلب التشريعات كالعدول والرجوع، أو الانسحاب كما في التوجيه الأوروبي، حيث جاء فيها ما يلي: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يكون المستهلك، في حالة إبرام العقود بواسطة الاتصالات الإلكترونية، الحق في فسخ العقد أو إنهائه خلال (03) أيام من تاريخ إبرام العقد...". ولم يتناول قانون التجارة والمعاملات الإلكتروني كيفية العدول في عقود الخدمات، وهذا ما يدعو إلى ضرورة الرجوع للقواعد العامة بحسب رأي بعض الفقه، خاصة وأن التشريع القطري اعتبر العدول عن العقد فسخا أو إنهاء له، فيعاد المتعاقدان للحالة التي كان عليها قبل العقد، وباعتبار عقود الخدمات من العقود الزمنية؛ يفسخ العقد دون أثر رجعي، وبهذا يتوافق مع ما جاء به التوجيه الأوروبي، فيلزم المستهلك بتقديم مقابل ما استفاه من خدمة².

ولم يشترط المشرع القطري، ضرورة حصول المتدخل على موافقه صريحة من المستهلك، وإنما يكفي أن ينفذ ما تم الاتفاق عليه من خدمة³.

6- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع المصري: ألزم المشرع المصري المتدخل بالالتزام برد الثمن بنص المادة 02/40 من القانون رقم 181-2018 المتعلق بشأن حماية المستهلك، حيث جاء فيها ما يلي: "وفي هذه الحالة يلتزم المورد برد المبلغ المدفوع من المستهلك بذات طريقة دفعه، ما لم يتفق على طريقة أخرى للرد، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ إعادة المنتج بالنسبة للسلع، أو من تاريخ التعاقد بالنسبة للخدمات ويتحمل المستهلك نفقات الشحن وإعادة المنتج، ما لم ينص العقد على غير ذلك"، كما يستخلص التزام المتدخل كذلك من نص المادة 17 من القانون نفسه، خاصة عبارة "مع استرداد قيمتها النقدية".

وبمقارنة نص المادة 02/40 مع ما ورد بنص المادة 17 من القانون نفسه التي تحدد التزامات المستهلك يتضح أن المشرع المصري استعمل في هذه المادة عبارة "مع استرداد قيمتها النقدية"، فيما استعمل في نص المادة 02/40 من القانون نفسه عبارة "الثلث".

¹ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.221.

² - المرجع نفسه، ص.ص.210-211.

³ - المرجع نفسه، ص.211.

ومنه يبدو، أنّ استعمال المشرع المصري لفظ "قيمتها" بدل "ثمنها"، يهدف لحماية المصالح الاقتصادية للمستهلك، إلاّ أنّ حقيقة الأمر غير ذلك؛ لأن قصر مهلة العدول عن العقد لا يمكن أن تتغير معها في العادة قيمة الشيء محل العدول عن العقد، بل تبقى في العادة نفسها، ولهذا فإن استعمال مصطلح "قيمتها" لا تفيد المستهلك في شيء؛ حيث تتساوى قيمة الشيء مع ثمنه.

وقد رتب المشرع المصري على المتدخل غرامة مالية معتبرة في حال مخالفته لنص المادة 02/40 من القانون رقم 181-2018 المتعلقة برد ثمن المنتج للمستهلك؛ حسب ما ورد بنص المادة 64 التي جاء نصها كما يلي: "يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه أو مثل قيمة المنتج محل المخالفة أيهما أكبر، كل مورد خالف أحكام أي من المواد: (...18، 40/ فقرة أولى وثانية، من هذا القانون".

ويظهر ممّا سبق بيانه، أن أغلب التشريعات العربية، لم تتطرق لآثار العدول عن العقد بالتفاصيل التي جاءت بها التشريعات الغربية، خاصة التوجيه الأوروبي الذي يعد المرجع الأصلي لها، مثل التشريع الجزائري والتشريع الكويتي والتشريع القطري لم يعالج هذه الجزئية في قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية، وغير بعيد عنهما موقف التشريع الكويتي، بخلاف التشريع المغربي الذي عالج هذه الجزئية على غرار التشريعات الغربية.

الفرع الثالث: تحمل تبعه هلاك الشيء محل العدول عن العقد

قبل بيان من يتحمل تبعه الهلاك بعد العدول عن العقد، سيتم الحديث عن أسس ومبادئ تبعه الهلاك كأصل عام (أولا)، وبعدها نحدد الشخص الذي يتحمل تبعه الهلاك (ثانيا).

أولا- أسس ومبادئ تبعه الهلاك: تعد التبعة مصطلحا من نوع خاص¹، تعرف في مجال العقود بالضرر المترتب عن استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه بسبب القوة القاهرة²، وفق ما يعرف بنظرية المخاطر، إلاّ أنّ ما تجب الإشارة إليه بحسب رأي بعض الفقهاء³، وهو عدم الخلط بين هذه النظرية بهذا المفهوم (théorie des risques) وبين نظرية المخاطر (théorie du risque) التي تحمّل الفرد مسؤولية ما أحدثه من ضرر، سواء بفعله، أم بفعل التابعين له، أم بفعل الأشياء التي تكون تحت حراسته وفق ما يعرف بالمسؤولية الموضوعية.

¹ -« le mot 'risque' a un premier sens très précis », voir : BEAUDANT.C, Cour de droit civil français, les contrats et les obligations, PARIS, 2é éd, 1936, p.02.

² -Juan. B.R, le transfert des risques dans la vente de meubles corporels, thèse doctorat, université de Montpellier, 1978, p.02.

³ - كميح حورية، تبعه هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر 2012، ص.07.

والتبعة ترتبط بالهلاك¹ لا تقوم إلا به، والهلاك المقصود في هذه الحالة هو الهلاك الذي يصيب الشيء ماديا ويقضي على وجوده كلياً أو جزئياً؛ بحيث يصير في حكم المعدوم الذي لا يسأل عنه أحد، فتثور مسألة من يتحمل تبعه هلاكه، حسب ما ورد بنص المادة 369 من القانون المدني، وليس الهلاك بمفهومه القانوني حيث لا تتأثر حالته المادية لا حقيقة ولا حكماً، ولكن تغير قيمته أو حالته القانونية فقط، كصدور قانون بعد إبرام عقد بيع يجعل الشيء المبيع غير قابل للتصرف، أو يصدر قانون بنزع الملكية للمنفعة العامة، فهذه الحالات تدخل في باب الاستحالة التي تخضع لحكم المادة 121 من القانون نفسه التي نصت على انفساخ العقد إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب أجنبي².

ويحسن التذكير أن الهلاك الذي تترتب عنه تبعه الهلاك، يتعلق بالهلاك الناتج عن القوة القاهرة، أو الحدث المفاجئ، أما الهلاك الذي يسببه الدائن، أو الغير، فيتحمله من تسبب فيه.

وبالنظر لما ورد بنص المادة 127 والمادة 02/138 من القانون المدني يتضح أنّ المشرع لم يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ بل جعلهما وجهان لعملة واحدة³. وقد عرفها القضاء الجزائري كما يلي: "... حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان حيث لا يستطيع هذا الأخير أنّ يتجنبها أو أنّ يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضاً بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها"⁴، ويرى بعض الفقه⁵ أنه إذا نظر للحادث من حيث أنّه غير متوقع الحصول فهو حادث فجائي، وإذا نظر إليه من حيث أنّه لا يمكن دفعه فهو قوة القاهرة، وعرفهما كما يلي: "أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين"⁶.

على أنّ بعض الفقه يفرق بينهما من حيث كون الحادث الفجائي، كالألة التي تنفجر في المصنع، فهو أمر موجود داخل الشيء. أما القوة القاهرة فهي حادث خارجي، والبعض الآخر اعتبر أن القوة القاهرة تسبب الاستحالة المطلقة، والحادث الفجائي يسبب الاستحالة النسبية. وهناك من يرى أنّ القوة القاهرة هي حادث

¹ - عرفه بعض الفقه كما يلي: "فقد الشيء لعناصره الأساسية التي يتكون منها أو بعضها بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ". للتوسع أكثر يراجع: محمد محمود عوض سلامة، هلاك العقود عليه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، مصر 1984، ص.20.

² - للتوسع أكثر يراجع: كميح حورية، تبعه هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.16.

³ - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص.289. وعلي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ط.02، ص.332. وعلي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 199، ص.69.

⁴ - المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 02، الغرفة المدنية، القسم 02، جوان 1990، ص.88.

⁵ - السنهوري، الموحز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.300.

⁶ - المرجع نفسه، ص.301.

يؤدي بنفسه إلى استحالة التنفيذ، أما الحادث الفجائي فتدخل فيه الظروف المحيطة به لتجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً¹.

ولكي يعتد بالقوة القاهرة كسبب لدفع المسؤولية يجب أن تجتمع العناصر التالية:

عدم التوقع: "Imprévisible" يعتبر أهم شرط يعتد به، لأن توقع الحادث يغني عن البحث عن العناصر الأخرى للقوة القاهرة.

عدم إمكانية الدفع: هو كل حادث لا يمكن توقي نتائجه، وقد يكون حدثاً طبيعياً، كالزلازل والعاصفة، ويعتمد في ذلك على المعيار الموضوعي، ومن ذلك الدفع تداعيات فيروس كورونا المستجد على التجارة الدولية.

ووفقاً للمبادئ العامة، يوجد ثلاث مبادئ لتحمل تبعه هلاك الشيء، فبالنسبة لمبدأ تبعه الهلاك على المدين، فهو المبدأ الذي يربط تبعه الهلاك بالتسليم، وقد أخذ بهذا المبدأ التشريع الجزائري، وبعض التشريعات العربية²، حيث جاء نص المادة 369 من القانون المدني الجزائري كما يلي: "إذا هلك المبيع قبل تسلمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري". فقد بين نص هذه المادة أن الهلاك مرتبط بالتسليم لا بانتقال الملكية.

ومن التبريرات التي اعتمد عليها أنصار هذا الرأي، أن الالتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ومكملاً له، حيث أن المشتري لا يتمتع بصفته كمالك إلا بعد تسلمه المبيع، وعليه فلا يتحمل تبعه الهلاك إلا بعد تسلم المبيع³، كما أنه لا يستطيع السيطرة على المبيع إلا بعد تسلمه⁴.

وأهم انتقاد وجهه لأنصار هذا المبدأ، أنه يحمل في طياته تناقضاً كبيراً، فكيف يعامل المشتري معاملة المالك من حيث التصرف في المبيع والثمار، ومن جهة أخرى لا يتحمل تبعه هلاكه⁵.

أما بالنسبة لمبدأ الهلاك على الدائن، فيرتبط بمجرد انعقاد العقد، وقد أخذ بهذا المبدأ القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، لأن انتقال الملكية في هذين القانونين كان يتطلب التسليم، حيث صرح بعض فقهاء الرومان بذلك في مدونة جستنيان، وعلى سبيل المثال ما جاء به الفقه PAUL: "إن هلاك الشيء بحادث مفاجئ لا يترتب عليه براءة ذمة المشتري"، أما الفقيه ULPEN فجاء عنه: "إذا مات العبد المبيع قبل التسليم فإن البائع يمكنه أن يطالب إلى جانب الثمن المصاريف التي تكبدها في إقامة الشعائر الجنائزية"⁶، فوفقاً لهذه النصوص يبقى المشتري مديناً بدفع الثمن إن لم يكن قد دفعه، أما البائع بصفته مديناً بتسليم شيء معين بالذات

¹ - السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 300-301 الهامش رقم 01.

² - حسب ما ورد بنص المادة 437 من القانون المدني المصري.

³ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص.122.

⁴ - لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع دراس قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2006، ط.03، ص.368.

⁵ - الزهرة الدويغسي، تبعه هلاك المنقول في عقد البيع وفق أحكام ظهير الالتزامات والعقود المغربي، رسالة في إطار دبلوم الدراسات المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المغرب، 1999، ص.89.

⁶ - Fauchille. P, de la théorie de risque dans la vente en droit romain, thèse, paris, 1882, p.29.

فينقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب هلاكه القوة القاهرة، وفق قاعدة "لا التزام بمستحيل"¹، ومن التشريعات الحديثة التي تأخذ بهذا المبدأ قانون الالتزامات السويسري حسب ما ورد بنص المادة 185 التي جاء نصها كما يلي: "منافع ومخاطر الشيء تنتقل للمشتري مند انعقاد العقد،..."

إلا أنّ هذا المبدأ تعرض لنقد شديد بسبب تحميل المشتري تبعه هلاك شيء لم يمتلكه، بل لم يكون حتى تحت حيازته، على اعتبار أن إرادة كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم قد تجاهلا إرادة المشتري التي تتجه للحصول على الشيء المبيع وليس مجرد دين يجب تأديته².

أما بالنسبة لمبدأ الهلاك على المالك³، فلا يختلف كثيرا عن مبدأ تبعه الهلاك على الدائن، لأنهما يلتقيان في كون الهلاك يقع على المشتري الذي يتحمل تبعه الهلاك بمجرد انعقاد العقد دون حاجة للتسليم⁴، وقد أخذ بهذا المبدأ كل من التشريع الفرنسي⁵، والتشريع المغربي⁶، والتشريع التونسي⁷.

إن أهم ما يلاحظ على نصوص هذه المواد، أنّها حملت المشتري تبعه الهلاك بصفته مالكا لا دائنا، فقد ربطت هذه القوانين الهلاك بنقل الملكية، وجعلت نقل الملكية يتم بمجرد العقد.

ومن أهم التبريرات التي سيقى لتبرير الأخذ بهذا المبدأ، هي قاعد "الغنم بالغرم"، وهي القاعدة نفسها التي أخذ بها أنصار مبدأ تبعه الهلاك على الدائن، بهدف تحقيق العدالة بين المتعاقدين، وأضاف جانب آخر من الفقه أن المشتري يصبح مالكا بمجرد العقد، وإذا بقي المبيع عند البائع فهو بمثابة ودیعة، فإذا هلكت بقوة يتحملها المشتري، لأنه المالك⁸.

¹ - صوفي حسين أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، 1965، ص.22.

² - Fauchille. P, de la théorie de risque dans la vente en droit romain, op-cit, p.91.

³ - للإشارة فقد أخذ بهذا المبدأ كل من المذهب المالكي والمذهب الحنبلي، وقد استدلوا في ذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "الخراج بالضمان"، للتوسع أكثر، يراجع على التوالي: القراني، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي لبنان، 1984، ط.01، ص.121. وابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، لبنان، 1984، ص.23.

⁴ - كميح حورية، تبعه هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.65.

⁵ - Art. 1138 dispose : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. » Version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016 voir le cite <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁶ - حسب ما ورد بالفصل 562 من قانون التزامات وعقود مغربي، حيث جاء فيها ما يلي: "ليس للمشتري الحق في استرداد الثمن أو إنقاظه إذا تعذر عليه رد الشيء المبيع في الحالات التالية: 01- إذا هلك المبيع بحادث فجائي..."

⁷ - حسب ما جاء في الفصل رقم 585 من مجلة الالتزامات والعقود أنه: "على المشتري ديون الدولة والأداءات الموظفة على المبيع من وقت تمام البيع ما لم يكن في ذلك ما يناهش شروط العقد كما عليه مضاريف حفظ المبيع واستخلاص غلته من الوقت ويصير المبيع حينئذ في ضمان المشتري ولو قبل تسلمه إياه ما لم يكن في ذلك ما يناهش العقد".

⁸ - Mazeaud. H et Léon. J et Chabas. F, Leçons de droit civil, les obligations, théorie général, T. 02, v. 01, 1973, p.p.1039- 1040.

أما عن الانتقادات التي وجهت إليه، فهو عجزه عن استيعاب جميع حالات البيع، مما حدا بالتشريعات التي أخذت به إيراد استثناءات عليه، خاصة التشريعين المغربي والتونسي بنص الفصل رقم 496 من قانون التزامات وعقود والفصل رقم 588 من ظهير شريف على التوالي.

ثانياً- تحمّل تبعه الهلاك بعد العدول عن العقد: لم تنظم التشريعات التي تناولت العدول عن العقد أحكام تحمل تبعه هلاك الشيء محل الالتزام بالشكل الذي تناولت به حق المستهلك في العدول عن العقد، ولذا نتساءل عن إمكانية ممارسة حق العدول من طرف المستهلك بالرغم من هلاك الشيء محل العقد بالقوة القاهرة؟ ثم على من تقع تبعه الهلاك خلال فترة العدول عن العقد؟ للإجابة عن هذا، سنبحث المسألة لدى التشريعات (01)، ثم موقف الفقه من ذلك (02)، ثم الرأي الأنسب للمستهلك (03).

01- تحمّل تبعه الهلاك في التشريعات: لم تتطرق نصوص التوجيه الأوروبي بشأن بيع المسافة والبيع المنزلية لآثار تلف البضائع، أو هلاكها، بما يعرف تبعه هلاك الشيء، أو تعييه، مما يحول دون إرجاعه بالكيفية التي استلم بها، وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه لا ضرورة للنص على ذلك، لأن هلاك الشيء أو تعييه يعد من مستقطات العدول عن العقد، سواء نتج ذلك بفعل المستهلك، أم بقوة القاهرة، على اعتبار أن هذه الوقائع تلحق الشيء محل العقد، وهو في يد المستهلك، الأمر الذي يمنعه من تنفيذ التزامه بالرد¹، والمادة 01/14 من التوجيه الأوروبي توضح ذلك، إلا أن التوجيه الأوروبي لم يشأ التطرق لهذه الجزئية تاركاً أمر تنظيمها للقوانين الداخلية للدول الأعضاء، كما هو الحال في مواقف أخرى متعددة، خاصة فيما يتعلق بالآجال، والنطاق وغيرهما حسب ما بينته المادة 14 من مقدمة التوجيه الأوروبي رقم 83-2011.

ويتضح من خلال النصوص الخاصة بالعدول عن العقد في قانون الاستهلاك الفرنسي يتضح عدم التطرق لتبعه هلاك الشيء المبيع بالقوة القاهرة.

أما بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الألماني، فقد عمدت إلى إلزام المستهلك بدفع تعويض للمتدخل مقابل استعماله للشيء محل العقد في حال ممارسة حقه في العدول عن²، على اعتبار أنه يجب على المستهلك أن يسلك سلوك الرجل العادي في المحافظة على الشيء محل العقد، ولذا عليه أن يتحمّل المستهلك تبعه هلاك الشيء محل العقد³.

¹ - رعد هاشم أمين التميمي ورعد عداي حسين مسعود، العدول عن عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.284.

²-Loos M, "Rights of Withdrawal", Centre for the Study of European Contract Law, working paper series No.2009/04, p.24.

نقلا عن أيمن مساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيع المسافة المرجع السابق، ص.198.

³ - للتوسع أكثر يراجع: أحمد سعيد الرقود، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، العدد 03، السنة 19 الكويت، 1995، ص.214. ومبروك ممدوح، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، 2000، ص.592.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد بين المشرع اللبناني بنص المادة 02/55 ما يلي: "...أنه لا يجوز للمستهلك ممارسة الحق المنصوص عليه في الحالات التالية: ... إذا تعيبت السلعة من جراء سوء حيازتها من قبل المستهلك".

وقد ذهب بعض الفقه¹ في تحليله لنص المادة 02/55 من قانون الاستهلاك اللبناني، مستعينا في ذلك بمفهوم المخالفة للنص، أنّ المستهلك يمكنه العدول عن العقد بالرغم من العيوب التي تلحق الشيء محل العقد بالسبب الأجنبي خلال مهلة العدول. ويضيف أنه إذا كان هذا هو الحال بالنسبة لتعيب الشيء محل العقد الذي ورد النص بشأنه، فكيف هو الحال بالنسبة للهلاك بالسبب الأجنبي خلال مهلة العدول عن العقد؟

وقد طرح ثلاثة خيارات لهذا التساؤل، أولها أن سكوت التشريعات على غرار التشريع اللبناني جاء قصداً بترك الأمر للقواعد العامة، أمّا الاحتمال الثاني فمفاده أنّ منع المستهلك من استعمال حقه في العدول عن العقد عند استعماله للسلعة، يجعل من باب أولى منعه من العدول عند هلاك السلعة بالسبب الأجنبي، أمّا الاحتمال الثالث، فيرى فيه أنّ العدول عن العقد يتطلب إعادة الحال لما كان عليه من قبل، وعليه فهلاك الشيء محل العقد بالسبب الأجنبي يحول دون عودة الحال لما كان عليه من قبل².

أما بالنسبة للمشرع التونسي، وبمفهوم المخالفة لنص الفصل 35 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية فقد جعل تبعة هلاك الشيء محل العدول عن العقد بالقوة القاهرة على المستهلك، حيث جاء فيها ما يلي: "وباستثناء حالات القوة القاهرة، يفسخ العقد إذا أحل البائع بالتزاماته، ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به".

02- موقف الفقه من تحمل تبعة الهلاك: يرى الفقه أن بعض إن السلطات الممنوحة للمستهلك مقيدة بمدى ملائمة المنتج للغرض الذي اقتني من أجله، أو مطابقتها للصورة الظاهرة على شاشة الحاسوب، فلا يجوز له أنّ يخرج عن هذه الحدود المألوفة من الاستعمال للشيء محل العقد، كما أنه ملزم بالمحافظة عليه وفق العناية الواجبة في حق الرجل العادي³.

وقد يلجأ لاستعمال الشيء محل العقد، بما يؤدي لنقصان قيمته، فيكون مسؤولاً عن كل تلف أو هلاك يلحق المنتج، وإلا اعتبر متعسفاً في حقه قاصداً الإضرار بالغير⁴.

¹ - ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، المرجع السابق، ص.373.

² - المرجع نفسه.

³ - أيمن مساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، المرجع السابق، ص.197.

⁴ - نصيرة غزالي، والعربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر المجلد.11، العدد.03، 2019، ص.305. وأيمن مساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، المرجع السابق، ص.198.

فيما ذهب جانب آخر من الفقه¹ إلى تحمّل المتدخل تبعة هلاك الشيء المبيع لعدم انتقال الملكية للمستهلك حتى مع تسلمه للشيء محل الالتزام، على أساس أن العقد الذي أبرم بين المستهلك والمتدخل يكون غير نافذ خلال مهلة العدول عن العقد.

ولا يمكن التسليم بهذا الرأي، لأن العدول عن العقد يرد على عقد صحيح تام حسب ما تم تبيانه عند دراسة الطبيعة القانونية للعقد الذي يرد عليه العدول، وبالتالي فملكية المبيع تنتقل للمستهلك بطريقة آلية حتى ولو لم يستلمه.

ولتوضيح ما سبق، يجب التفريق في تحمل المستهلك تبعة هلاك الشيء المبيع، بين حالة اتخاذه هذا قرار العدول، وقبل اتخاذه لقراره العدول، كما يلي: قبل اتخاذ المستهلك قرار العدول عن العقد (أ)، وبعد اتخاذ المستهلك قرار العدول عن العقد (ب).

أ- قبل اتخاذ المستهلك قرار العدول عن العقد: في هذه الحالة لا مناص من تحميل المستهلك تبعة الهلاك وفقا للقواعد العامة، باعتباره المالك، وحفاظا على التوازن المتطلب تحقيقه بين طرفي العلاقة العقدية، لأن العقد لا يزال قائما، ومن جهة أخرى، فالمستهلك قاصرا حتى يتلقى حماية بالحجم الذي يعفيه من تحمل تبعة هلاك الشيء هو تحت سيطرته، وبصفته مالكا له.

وفي المعنى ذاته ذهب بعض الفقه²، إلى أنه إذا كانت التشريعات لم تتطرق لمسألة تبعة هلاك السلع في العقود التي تتم عن بعد، فإنه يتوجب الرجوع للقواعد العامة، حيث ترتبط تبعة الهلاك بالتسليم، وبهذا فالمستهلك هو من يتحمّل تبعة هلاك الشيء المبيع بالقوة القاهرة بتسلمه السلع، وقبل انتهاء مهلة العدول المقدرة بثلاثة أيام بعد إبرام العقد، شريطة أن لا يمتنع المستهلك عن استلام السلعة التي حل أجل استلامها، بالرغم من إخطاره بذلك، أمّا الهلاك قبل التسليم فيتحمّله المتدخل، ويسترد المستهلك ثمن السلعة، حسب ما ورد بنص المادة 369 من القانون المدني، وما يقالها من التشريعات المقارنة، والتي جاء نصها ما يلي: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري تسليم المبيع".

أمّا عن الحالة التي يمكن فيها مخالفة القواعد العامة، فهي الحالة التي تملك السلعة بالقوة القاهرة أثناء عودتها للمتدخل، الذي هو من يتحمل تبعاتها رغم أنه لم يستلمها بعد³.

ويبدو لنا أن رأي الفقه في هذه الحالة في محله، على اعتبار أن العدول عن العقد شرع لتحقيق حماية أفضل للمستهلك بالنظر للظروف المحيطة به.

¹ - أكرم حسن التميمي، التنظيم القانوني للمهني (دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية)، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2010، ط. 01، ص. 92.

² - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 217، والهامش رقم 61.

³ - المرجع نفسه، ص. 214، الهامش رقم 53.

ومن جهة أخرى، فإن اللجنة الأوروبية المشتركة أوجبت على المستهلك الإسراع في عملية رد السلعة للمتدخل، لأنه هو من يتحمل هلاك أو تلف السلع خلال مهلة العدول عن العقد، في الحالة التي يتجاوز فيها حدود تجربة السلعة¹.

ب- بعد اتخاذ المستهلك لقراره في العدول عن العقد: إذا كانت تشريعات الاستهلاك ترتبط بحماية المستهلك بصفته طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية، فإن الحماية يجب أن تكون عامة وشاملة لكل العملية العقدية وإلا فما الفائدة من تشريع حق المستهلك في العدول وجعله من النظام العام، دون تقديم تبريرات، أو أسباب تدفعه للعدول، ثم تحمّل تبعه الهلاك وفقاً للقواعد العامة، لأجل ذلك كان أولى بالتشريعات أن تنطرق لهذه الجزئية بشيء من التفصيل، فتعفي المستهلك من تحمل تبعه الهلاك بعد اتخاذه القرار بالعدول عن العقد، لأن ملكية محل الالتزام تصبح ملكاً للمتدخل.

وقد أكد بعض الفقهاء² هذا الرأي، واعتبر أنّ المستهلك لا يتحمل تبعه مخاطر رد السلعة للمتدخل؛ لأنه بزوال العقد بعد ممارسة حق العدول، تنتقل الملكية للمتدخل، فيكون هو من يتحمل تبعه الهلاك.

ويبدو هذا الرأي وجيهاً، فممارسة المستهلك لحقه في العدول خلال المهلة القانونية يؤدي لزوال العقد وهو ما يعني انتقال ملكية المبيع للمتدخل، فيبقى المستهلك ملزماً بالحفاظ على الشيء محل العقد بالحالة التي استلمها بها فقط.

03- الحل المقترح لتحمل تبعه الهلاك: بناء على ما سبق بيانه، فإنّ تحمل المستهلك لتبعه هلاك الشيء محل العقد قبل اتخاذ قراره بالعدول، أمر لا خلاف فيه، باعتباره مالك الشيء، كما أنه يمنع المستهلك من التعسف في استعمال حقه هذا ما يضمن تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة العقدية، وإلا أحجم المتدخلون عن ممارسة نشاطهم. غير أنّ تحميل المتدخل تبعه هلاك الشيء محل العدول عن العقد بعد اتخاذ المستهلك قرار العدول عنه حيث يزول العقد، ويعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، يعد ضرورة لا بد منها، ويتم ذلك وفقاً لقاعدة "من يريح يحتم عليه تحمل خسارة محتملة"، وقاعدة "الغنم بالغرم"، خاصة مع إلزامية المتدخل بالتأمين، وفق ما يعرف بالتأمينات الاقتصادية³، وبالتالي، سيضع في حسابه هلاك الشيء محل العدول عن العقد بالقوة القاهرة ليتم تعويضه من طرف شركات التأمين، عن طريق صناديق التعويض عن الضرر، إلى جانب نظام المسؤولية لتعويض الضرر الجسماني دون حاجة للبحث عن المسؤول، مما قد يؤدي لاستبعاد التعويض الكلي أو الجزئي في

¹-European Commission, DG , June 2014, p.43, consulté le cite : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf

اطلع عليه يوم: 2020/12/31 على الساعة 02:39.

² - رياحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.148.

³ - علي فيلال، الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، المرجع السابق، ص.349. ويتميز هذا النوع من التأمين بخضوعه لمبدأ التعويض، ومن ثم فهو يرتبط بالضرر الذي يصيب الذمة المالية للمسؤول المؤمن له، ولا علاقة له بالضرر الذي يصيب المضرور. للتوسع أكثر يراجع: موسى جميل النعيمات النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية، دار الثقافة، الأردن، 2006، ط.01، ص.54.

وجود سبب أجنبي؛ فهو يأخذ بالضرر الواقع وليس مسبب الضرر، لأن تحقيق الأمان الجسماني يأتي قبل تأمين الأموال¹، حيث يقع على عاتق الميزانية العامة للدولة تمويل هذه الصناديق، وبعدها الرجوع عن المسؤول إن وجد². إلى جانب التأمين المباشر عن الأضرار التي يمكن أن تهدد الذمة المالية للمالك³، مثل ما هو عليه الحال في المخاطر الطبيعية، وكذا في تشريعات القانون البحري.

وعليه، إذا كان تحمّل تبعه الهلاك يتم وفقا لما تم بيانه، فإن منح التشريعات للمستهلك حق العدول عن العقد بدون تقديم أي تبريرات، وحتى مع سلامة الشيء محل العقد من العيوب، بسبب ندمه على إبرام عقد لم يغنم منه شيئا، يستوجب عدم تحميل المستهلك تبعه هلاك الشيء محل العدول في الفترة التي يرجع فيها السلعة للمتدخل، حتى يؤتي العدول عن العقد الهدف الذي شرّع من أجله.

وإكمالا لما سبق بيانه، تجب الإشارة إلى أنّ النصوص الواردة بشأن تبعه الهلاك، تتعلق بالدائن، والمدين بصفة عامة، وكمثال عقد البيع، كالبائع والمشتري في عقد البيع، وبالقياس على عقود الاستهلاك، نجد أن كل مستهلك هو مشتر، وبالتالي؛ فهذه القاعدة التي قررت بشأن تحمّل تبعه الهلاك، وضعت في وقت كان فيه طرفا العلاقة العقدية على قدم المساواة، من حيث موازين القوى، أمّا في الوقت الحالي، فلم تعد تصلح أمام علاقة عقدية احتلت موازين القوى فيها بشكل كبير، لذا يجب إعادة النظر فيها بتعديل ما، لأن فكرة تحميل المستهلك تبعه هلاك الشيء محل العقد بعد اتخاذ قراره بالعدول عن العقد تجعله يحجم عن استعمال حقه.

وتأسيسا على ما تم بيانه، ووفق قاعدتي "أخف الضررين"، و"الموازنة بين الأضرار"، يجب تقرير مبدأ خاص بتحمل تبعه هلاك الشيء محل العدول عن العقد، يجعل المتدخل هو من يتحمل هذه التبعية؛ باعتباره مالك للشيء بعد اتخاذ المستهلك قرار العدول، وهذا الحل سيدفع المتدخل إلى التأمين المباشر عن الأضرار التي يمكن أن تصيب الشيء محل العدول عن العقد، لأنه يعلم مسبقا أن العقد الذي أبرمه مع المستهلك مهدد بالزوال عن طريق العدول عنه، وأن السلعة ستعود إليه مع فرضية ما قد تتعرض له من أخطار.

ومن جهة أخرى، يتحمّل المستهلك بدوره؛ جزءا من تبعه الهلاك بطريقة غير مباشرة، من خلال سعر الاقتناء الذي يحدده المتدخل، حيث يأخذ بعين الاعتبار قسط التأمين.

وبالنظر لما سبق، يجب على الدول النازمة لحق العدول عن العقد في تشريعاتها، سن نصوص قانونية لحل مسألة "من يتحمّل تبعه الهلاك"، لأن المتبع لتطور النظم القانونية، يلحظ كيف تتحول من نظام قانوني لآخر حتى تسائر التغييرات التي تلحق المجتمعات، فالواقع دائما يسبق القانون، وهذا الذي يتطلب سن نصوص قانونية

¹ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص.ص.24-27.

² - المرجع نفسه، ص.32.

³ - المرجع نفسه، ص.ص.34-35.

مناسبة تتمشى والأوضاع المعيشة، ويبدو أنه بمكذا حلول يمكن للعدول عن العقد أن يحقق الهدف المقصود من تشريعه.

المطلب الثاني: آثار العدول عن العقد بالنسبة للعقد التبعية

بعد ما تم بحث آثار العدول عن العقد الرئيسي، وجب التطرق لدراسة الآثار المترتبة عن العدول عن العقد التبعية لأنه يمثل كلا متكاملًا مع العقد الرئيسي، حيث خرجت تشريعات الاستهلاك عن الأثر النسبي للعقد¹ حماية لمصالح المستهلك، والذي يتمثل أساسًا في فكرة الارتباط بين عقد القرض والعقد الممول له، وفق ما يعرف بالنظام العام الحمائي الخاص بالمستهلك بصفته طرفًا ضعيفًا في العقد الذي يحتاج لحماية خاصة².

وإذا كان الأصل في القواعد العامة أن عقد القرض منفصل عن البيع الممول له، حيث أن التزام المقرض أمام المقرض يبقى قائمًا مهما كان مصير عقد البيع، وقد قال بعض الفقه إن عقد القرض وعقد البيع أو تقدم الخدمة عقدان مستقلان من الجانب القانوني وفقًا لقاعدة الأثر النسبي للعقد، غير أن الضرورة والحاجة دفعتنا التشريعات للانتقال من الترابط بمفهومه الاقتصادي إلى الترابط بمفهومه القانوني³، على أن ازدياد حاجة الفرد لاقتناء السلع والخدمات الاستهلاكية؛ مع صعوبة تمويلها بسبب ضعف القدرة الشرائية للمواطن، أدى إلى جعل عقد القرض والعملية المراد تمويلها به كلا متكاملًا لا يمكن انفصالهما من الجانب الاقتصادي، وفقًا لقاعدة "التابع تابع"؛ أي أنه لا ينفك عن حكم متبوعه، حيث ينسحب عليه الحكم والأثر نفسه⁴.

وفي المعنى ذاته، يضيف جانب آخر من الفقه⁵ أصلاً عامًا مفاده "أن كل شيء بينه وبين الآخر تبعية جار في الحكم مجرى التابع والمتبوع المتفق عليه ما لم يعارضه أصل كسد الذرائع...". ويؤكد ما سبق بيانه رأي آخر من الفقه⁶ بقوله: "قد يدخل في البيع تبعًا لا يجوز إفراده".

ومن أجل دعم حماية المستهلك، عمدت تشريعات الاستهلاك إلى جعل الالتزامات بين العقد الرئيسي والعقد التبعية مترابطة، حتى لا يجد المستهلك نفسه يسدد قرضًا لا فائدة ترحى من ورائه، لأن بعدوله عن العقد الرئيسي الذي أبرمه، يزول السبب الذي دفعه لإبرام عقد القرض، سواء كان عقد قرض استهلاكي، أم عقد قرض عقاري.

¹ نص عليه المشرع الجزائري، بالمادة 108 والمادة 113 من القانون المدني، وما يقابلها من التشريعات المقارنة، منها نص المادة 1119 من القانون المدني الفرنسي.

² بخت عيسى، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية العامة للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 20، الجزائر، 2018، ص.ص. 114-115.

³ Piedelièvre. S, droit de consommation, Economica, 2008, p.p. 298-299.

⁴ علي أحمد الندوي، "قواعد التبعية"، ومدى أثرها في العقود المالية، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد، 14، العدد الأول، السعودية، ذي الحجة، 1428، ص.03. وفي المعنى ذاته يضيف الفقه نفسه أن حكم المتبوع تابع من مراعاة المقصد الحاجي، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى مشقة في المعاملات بما يوقع الناس في الحرج لو قيل بغير ذلك، المرجع نفسه، ص.06.

⁵ الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج.01، ص.152.

⁶ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.04، ص.68.

وقد نص المشرع الفرنسي على حق العدول عن العقد التبعي بسبب العدول عن العقد الرئيسي بالقانون رقم 78-22¹ لسنة 1978 المتعلق بالإعلام في بعض عمليات الائتمان، وبعد دمج أحكام هذا القانون في قانون الاستهلاك رقم 93-949² لسنة 1993، وقد تناولت المادة ل.311-15 حق المستهلك في العدول عن العقد فيما يتعلق بعقود الائتمان، وحددت مدتها بـ07 أيام تبدأ من تاريخ قبول العرض، وبصدور قانون الاستهلاك لسنة 2016 أكد المشرع على حق العدول عن العقد في عقود الائتمان بنص المادة ل.312-19 التي رفعت مدة العدول بأربعة عشر يوماً. أما المشرع الجزائري، فنص على ذلك بنص المادة 02/11، أما بالنسبة للبيع في المنزل فقد حدد المهلة بسعة أيام مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة، حسب نص المادة 01/14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

ووفقاً لما سبق بيانه، سيتم دراسة حقيقة العلاقة الترابطية بين العقدين (الفرع الأول)، وبعدها بحث التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريعات (الفرع الثاني)، ثم التطرق للمخاطر التي يتعرض لها أطراف العلاقة الترابطية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حقيقة العلاقة الترابطية بين العقدين

تعد العلاقة الترابطية بين العقد الرئيسي والعقد التبعي حديثة النشأة، لأجل ذلك يجب بحث المقصود بها وفقاً لما جاءت به التشريعات الحديثة (أولاً)، ليتضح فيما بعد أن العلاقة الترابطية بين العقد الرئيسي والعقد التبعي هي علاقة تبادلية (ثانياً)، مما يستدعي بحث الأساس الذي تقوم عليه هذه العلاقة الترابطية التبادلية (ثالثاً).

أولاً- المقصود بالعلاقة الترابطية: إنّ تحديد المقصود بالعلاقة الترابطية، والتي تظهر بوضوح من خلال نص المادة ل.311-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر سنة 1993، وما بعدها من النصوص القانونية التي أنشأت أنموذجاً جديداً من العقود يقوم على روابط تبادلية بين العقد الرئيسي وعقد القرض الممول له، حيث يتبع أحدهما الآخر، ولتحسيد فكرة الارتباط بين عقد البيع أو عقد تقديم خدمة، وبين عقد القرض مانح الائتمان للمستهلك لدفع ثمن السلعة أو تقديم الخدمة محل العقد الرئيسي، يجب أن يشتمل عقد القرض (الائتمان) على التخصيص المحدد له بالإشارة لمحل العقد الرئيسي³.

وما تجب الإشارة إليه، أن ما يعرف "بالائتمان المخصص" وفقاً لما سماه المشرع الفرنسي، لا يفيد أن كل عقود الائتمان الاستهلاكي هي عقود مخصصة، كالعقد الشخصي، وعقد الاعتماد المتحدد، فهذه الأنواع لا

¹-Loi n°78-22 du 10 janv. 1978 concernant la protection des consommateurs dans les domaines de certaines opération de crédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

اطلع عليه يوم: 2020/05/15 على الساعة 02:20.

²-Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 (V) JORF 27 juillet 1993, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

اطلع عليه يوم: 2020/05/15 على الساعة 01:45.

³- موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض في البيوع المعلقة على التمويل المصرفي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، العدد 48، المجلد "أ"، ديسمبر، 2017، ص.201.

تصنف ضمن العقود المخصصة عند الاعتماد عليها من طرف المستهلك، إذا لم تتم الإشارة في عقد القرض (الائتمان) إلى وجه الاستعمال الذي تخصص له هذه الأموال، مما يؤدي لانتفاء صفة الترابط المتبادل بين العقدين¹.

وأضاف جانب آخر من الفقه²، بأن الائتمان غير المخصص لا يثير أي إشكال بسبب ثنائية العلاقة العقدية، ويشمل (البيع بالائتمان، البيع التقسيط، البيع الإيجاري، وغيرها)، أما الائتمان المخصص القائم على العلاقة الثلاثية؛ حيث يكون القرض تابعا لعقد البيع أو تقديم الخدمة ومرتبطة بهما، فيستوجب قواعد خاصة لتنظيمه، بسبب نوع العلاقة التي يكون فيها المقترض متاعدا مع البائع أو مقدم الخدمة من جهة، ومع المقرض بشكل مترابط ومتبادل، وأضاف جانب آخر من الفقه، أن العقد الذي يتم بين المتدخل والمستهلك يسمى العقد الرئيسي، والعقد الذي يتم بين المستهلك (المقترض) والمقرض يسمى عقدا "تبعيا" يشكلان علاقة ترابط وتبادل³. وبين المشرع الفرنسي أن عقد القرض وعقد البيع أو عقد تقديم الخدمة، يشكلان عملية تجارية واحدة، ويشمل نوعان، عقد قرض ممول من طرف البائع أو مقدم الخدمة، وعقد قرض ممول من طرف الغير، بحسب ما ورد بنص المادة ل.311-01-411.

ومن أمثلة العقد التبعي، كل عقد يبرمه المستهلك للحصول على خدمات مرتبطة بعقد استعمال الأموال بنظام المشاركة في الوقت، أو أي عقد من عقود استخدام منتجات وخدمات قضاء الإجازات الطويلة في الحالة التي يقدم فيها المتدخل أو الغير، هذه الخدمات باتفاق مع المتدخل⁵.

وبهذا، فعقد الائتمان الاستهلاكي الذي يأخذ شكل القرض المخصص، ينشئ بين البائع والمشتري (المقترض) التزامات متعلقة بعقد البيع، وبين المشتري (المقترض) والمقرض التزامات خاصة بعقد القرض، وبين البائع والمقرض الالتزامات المتعلقة بالوعد بالدفع مرتبط بشرط تنفيذ العقد، حيث يحصل المقرض على شهادة من المقرض تفيد تنفيذ البائع لعقد البيع، والبائع يحصل على تعهد بالدفع من المقرض⁶.

¹-Cass 1^{ere} civ, 26 novembre 1991, Bull civ. I, n°336.

نقلا عن موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض في البيوع المعلقة على التمويل المصرفي، المرجع السابق، ص.201.

²-Calais-Auloy.J et Temple.H, Droit de la consommation, Dalloz, 8^{eme} éd. 2010, p.p.437-438.

³-Joan. D, Crédit lié et conséquence de la résolution du contrat principal, consulté le cite : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>

اطلع عليه يوم: 2021/03/21 على الساعة 00:45.

⁴-Art. 311-01-11dispose : « Contrat de crédit affecté ou contrat de crédit lié, le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique. Une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le vendeur ou le prestataire de services finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services concernés ».

⁵ - مصطفى أحمد أبو عمر، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول عن العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.152.

⁶ - موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض في البيوع المعلقة على التمويل المصرفي، المرجع السابق، ص.204.

ثانياً- العلاقة الترابطية علاقة تبادلية: يعد ارتباط عقد البيع بعقد القرض¹، نوعاً جديداً من العقود فرضه الواقع الاقتصادي الجديد، وفق ما يعرف بـ "المجموعات العقدية"²، حيث يجد المستهلك نفسه في بعض حالات إبرامه لعقد البيع، يبرم عقدين مختلفين، وهي الحالة التي يبرم فيها عقداً مُمَوَّلاً بواسطة عقد القرض. ولأجل تقرير حماية فعالة للمستهلك قررت تشريعات الاستهلاك إقامة علاقة ترابط بين العقدين، وفق علاقة ثلاثية تتكون من المقترض، البائع أو مقدم الخدمة، والمقرض³، وبالعدول عن العقد الأصلي يزول مبرر بقاء العقد التبعية، لارتباط عقد القرض مع العقد الأصلي وجوداً وعدمًا⁴، وفقاً لقاعدة "الجزء يتبع الكل"، وقاعدة "تخصيص حالة بالذكر لا يعني انفرادها بالحكم".

وإذا كانت القواعد العامة لا تعرف العلاقة الترابطية بين العقود المفهوم الذي جاءت به تشريعات الاستهلاك، فإن التشريع الفرنسي أقر قيام علاقة ترابطية بين العقد الرئيسي والعقد التبعية بما يعارض مبدأ نسبية

¹ - يعرف أيضاً بالائتمان، وقد عرف كما يلي: "يقصد بالائتمان في لغة الاقتصاد: تسليم المال لاستثماره في الإنتاج والاستهلاك. وهو يقوم على عنصرين أساسيين هما: الثقة والمدة. وهو في القانون البنكي: مبادلة مال حاضر كنفود أو سلعة بوعد بالسداد في المستقبل". ويجب التمييز بين نوعين من الائتمان، وهما: القرض والاعتماد، فالقرض هو عقد يمنح بموجبه المصرف للعميل مبلغاً معيناً من المال دفعة واحدة مقابل فوائد محددة، أما الاعتماد فهو عقد يتعهد بموجبه المصرف بوضع مبلغ معين من المال تحت تصرف العميل يسحب منه متى شاء خلال مدة معينة قابلة للتجديد، شريطة الوفاء بالدين. ويقسم الائتمان من حيث الغرض الذي أنشئ من أجله، إلى ائتمان إنتاجي، وائتمان استهلاكي، وهذا يستعمل في تمويل شراء السلع والخدمات الاستهلاكية، فهو يهدف لتلبية حاجات المستهلك الشخصية والعائلية، وأهم ما يميزه أنه يُمكن المستهلك من تمويل عمليات الشراء دون انتظار توفير المال اللازم لذلك. للتوسع أكثر يراجع: محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص.563.

أما من حيث تقسيم الائتمان من حيث طبيعته، فيوجد ائتمان غير مرتبط، يكون المستهلك فيه حراً في استعمال الائتمان الممنوح له، ويشمل القرض الشخصي، والسحب على المكشوف، وبطاقات الائتمان، أو الاعتماد، والائتمان المتجدد. وائتمان مرتبط يتعلق بتمويل عملية معينة، وللإشارة يجب التمييز بين البيع الآجل الذي لا يقوم على عقد ائتمان الذي يكون السعر فيه لاحقاً للتسليم، والائتمان التبعية للعقد الرئيسي، الذي يتطلب من المستهلك إبرام عقدين، عقد بيع، أو عقد أداء الخدمة، فيتم استخدام المبلغ المؤمن في الوفاء بثمن المبيع، أو أداء الخدمة كلياً، أو جزئياً، فيكون العقدان مرتبطان ببعضهما البعض، ويكون المتدخل وسيطاً بين المستهلك والمؤسسة مآخة الائتمان. للتوسع أكثر يراجع: محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص.570-571. ويضيف جانب آخر من الفقه أن الائتمان في مجال القرض الاستهلاكي، يقصد به حصول المستهلك من مانح الائتمان على أداء معين مهما كان نوعه (نقود، أو منتج، أو خدمة معينة)، على أن يتم الوفاء لاحقاً، وعليه، فأهم ما يميز الائتمان الفاصل الزمني بين الحصول على القرض والوفاء بما هو مستحق له. للتوسع أكثر يراجع: نبيل إبراهيم سعد ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي (دراسة للقواعد الموضوعية، والقواعد الإجرائية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008 ص.15.

² - زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي)، المرجع السابق، ص.239. ومن هذه المجموعات العقدية، القرض الاستهلاكي، وهو القرض الذي يكون فيه إبرام البيع مرتبطاً بالحصول على قرض والعكس، فالحصول على القرض كذلك مرتبط بعقد البيع بشكل مباشر باقتناء سلعة أو خدمة. للتوسع أكثر يراجع: أبو بكر مهم، حماية المستهلك من خلال حق الرجوع، دراسة في مقتضيات قانون 08-31، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، عدد خاص، العدد 11، نوفمبر 2016، ص.26.

³ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.470.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.27.

آثار العقد في حالات الائتمان الاستهلاكي، منذ سنة 1978¹، ولأجل ذلك استجابت التشريعات لطلبات المستهلك، ووضعت قواعد أمرّة تنص على ضرورة الترابط بين العقد الرئيسي وعقد الائتمان بصفته عقدا تابعا له، فأصبح المستهلك يبرم عقدين مختلفين: عقد شراء وعقد ائتمان بشكل مترابط²، وهذا ما سيتم بحثه من خلال تبعية العملية الممولة لعقد القرض (01)، والحالة المعاكسة لها المتمثلة في تبعية عقد القرض للعملية الممولة (02).

01- تبعية العملية الممولة لعقد القرض: بما أن المستهلك يقتض لأجل شراء شيء ما أو لتحقيق خدمة ما فإنه بزوال هذه العملية الممولة لا يبقى للقرض أية قيمة تذكر، ويرى بعض الفقه³ أنه: "لا يوجد في مجال الائتمان الاستهلاكي قاعدة مباشرة تنشئ تبعية بين إبرام عقد القرض وإبرام عقد البيع"، والسبب أن إبرام عقد القرض وعقد البيع في هذا المجال يكونان في الوقت نفسه، أو يتراخى عقد القرض بعرض الشيء، ولكن لا يبرم قبله، وهذا ما يفيد تبعية عقد القرض لعقد البيع، ولكن في الحالة الاستثنائية التي يبرم فيها عقد القرض قبل عقد البيع التابع له، أورد المشرع الفرنسي قاعدة هامة تحمي المقترض وردت بنص المادة ل.312-48⁴ تفيد أنه عندما يتضح أن تسليم المبيع أو تأدية الخدمة تمول عن طريق الائتمان، فإن التزامات المقترض لا تبدأ بالسريان حتى يتم تسليم المنتج أو تقديم الخدمة بالرغم من إبرام عقد القرض، وهذه المادة يقابلها نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، التي جاء فيها ما يلي: "لا يمكن أن يستلم البائع من المشتري أي دفع آخر في شكل من الأشكال ولا إيداع زيادة على الجزء من الثمن الذي وافق المشتري على دفعه نقدا، ما لم يبرم العقد المتعلق بعملية القرض نهائيا"، وكذلك نص المادة 01/10 الذي يدعم مبدأ ارتباط عقد البيع بعقد الائتمان، حيث جاء فيها ما يلي: "لا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المشتري اتجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي، ما لم يتحصل هذا الأخير على الموافقة المسبقة للقرض...". وأضافت المادة 01/11 من المرسوم نفسه ما يلي: "لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصيله على القرض"، ويقابلها في التشريع المغربي نص المادة 94 من ظهير شريف رقم 08-31 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، حيث جاء فيها ما يلي: "لا يلزم المورد بالوفاء بالتزامه المتعلق بالتسليم أو تقديم خدمة، ما لم يبلغه المقرض بقبول منح القرض وما دام في إمكان المقترض أن يمارس حقه في التراجع، غير أنه، إذا قدم المقترض طلبا صريحا محررا ومؤرخا بخط يده يلتمس فيه تسليم المنتج أو السلعة أو

¹-pizzo. J.P, la protection des consommateur par le droit commun des obligations, RTD com, 1998, p.54. et Dray.J, Crédit lié et conséquence de la résolution du contrat principal, consulté le cite : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>.

اطلع عليه يوم: 2020/11/12 على الساعة 14:20.

²- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص.579.

³- نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.27.

⁴-Art. L. 312-48 dispose : « Les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation.

En cas de contrat de vente ou de prestation de services à exécution successive, les obligations prennent effet à compter du début de la livraison ou de la fourniture et cessent en cas d'interruption de celle-ci.».

الخدمة في الحال، فإن أجل التراجع المخول للمقترض في المواد من 85-87 ينتهي عند تاريخ التسليم أو تقاسم الخدمة...".

وكذلك ما ورد بنص المادة 99: "لا يجوز للمورد أن يتسلم من المقترض أي أداء إلا بعد إبرام عقد القرض بصفة نهائية...".

أما بالنسبة لارتباط العملية العقارية بالقرض فتناولته المادة ل. 313-41¹ من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2019، حيث بينت أنه ولأجل حماية المستهلك مكتسب العقار، فإنه عندما يشير العقد المذكور بنص المادة ل. 313-40 إلى أن الثمن قد تم دفعه بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أو بشكل جزئي على شكل قرض أو عدة قروض، وفقا لأحكام القسم من 01-05 والقسم 07 من هذا الفصل، فإن العقد الرئيسي يكون قائما على شرط واقف يتمثل في الحصول على القرض، ويجب أن لا تقل مدة سريان هذا الشرط عن الشهر يبدأ احتسابها من تاريخ إمضاء العقد.

أما فقرتها الثانية فبينت أنه إذا لم يتحقق الشرط المنصوص عليه في الفقرة الأولى، يجب إرجاع كل المبالغ التي تم تسليمها للطرف الآخر دون تقديم أي تعويض مهما كان نوعه.

كما أشارت المادة ل. 313-40² للشرط الواقف في العقد، حيث نصت أن العقد المكتوب، بما في ذلك الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، والعقد الابتدائي المنصوص عليه في المادة ل. 261-15³ من قانون البناء والتعمير⁴، المخصص لغرض تنفيذ إحدى العمليات المذكورة في نص المادة ل. 313-01-01، يجب أن يبين طريقة دفع الثمن، ما إذا كان سيتم دفعه بشكل مباشر أو غير مباشر، وهل استعان بقرض أم لا فيما يتعلق بإحدى العمليات الواردة بنص المادة ل. 313-01 حسب ما ورد بالفصل من 01-05 الوارد بهذا القسم.

ووفقا لما سبق بيانه، وحسب ما ورد بنص المادة ل. 313-41 لا يمكن للمقترض التنازل مسبقا عن الشرط الواقف، ولكن يجوز له التنازل عنه بعد ذلك. ويقابل هذا النص المادة 127-02 من ظهير شريف رقم

¹-Art. L. 313-41 dispose : « Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 313-40 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les dispositions des sections 1 à 5 et de la section 7 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne peut être inférieure à un mois à compter de la date de la signature ...

Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit ».

²-Art. L. 313-40 dispose : « L'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée et le contrat préliminaire prévu à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation, ayant pour objet de constater l'une des opérations mentionnées au 1° de l'article L. 313-1 ... »

³-Art. L. 261-15 dispose : « L.- La vente prévue à l'article L. 261-10 peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble.

Ce contrat doit comporter les indications essentielles relatives à la consistance de l'immeuble, à la qualité de la construction et aux délais d'exécution des travaux ainsi qu'à la consistance, à la situation et au prix du local réservé... ».

⁴-Code de la construction et de l'habitation, droit- org Dernière modification: 15/11/2019.

31-08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك التي جاء نصها كما يلي: "عندما لا يتحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، فإن كل مبلغ دفعه المقترض مقدما إلى الطرف الآخر أو لحسابه يرد كاملا وعلى الفور دون اقتطاع أو تعويض لأي سبب من الأسباب...".

02- تبعية عقد القرض للعملية الممولة: وهي الحالة المعاكسة للحالة الأولى، المراد منها أن لا يجد المقترض نفسه مجبرا على الشراء نقدا في الحالة التي لا تتم فيها إجراءات القرض، وقد كرس المشرع الفرنسي في هذا الشأن قاعدة قانونية أمرت بمنع فيها البائع من استيلاء أي مبلغ من المستهلك بأي صفة كان ما لم يبرم العقد الممول بالقرض بصفة تامة حسب ما ورد بنص المادة ل.312-46، ويقابلها نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي جاء نصها كما يلي: "لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداء من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها. وفي حالة عقد البيع بتنفيذ متتال، فإن واجبات المقترض تسري ابتداء من بداية تسليم السلعة، وتتوقف في حالة انقطاع هذا التسليم".

وهذه المادة يفهم من خلالها حسب رأي بعض الفقه، أنه إذا لم يبرم العقد الرئيسي، تتوقف التزامات المقترض بالرغم من إتمام إبرام عقد القرض، وبهذا يتضح أن عقد البيع هو الذي يتبع عقد القرض، لأن عقد القرض هو الذي يموله، من أجل حماية المستهلك من فسخ عقد البيع، تم تكريس مبدأ الارتباط بين العقدين، حيث يتبع عقد البيع عقد القرض¹، وفي المعنى نفسه ذهب التشريع المغربي بنص المادة 02/91 من ظريف شريف المتعلق بتدابير حماية المستهلك إلى ما يلي: "لا ينفذ المقترض التزاماته إلا ابتداء من تاريخ تسليم المنتج أو السلعة أو الاستفادة من الخدمة، عندما يتعلق الأمر بعقد بيع أو تقديم خدمة ينفذ بالتتابع... ولا يلزم المستهلك إلا في حدود ما تسلمه من منتج أو سلعة أو خدمة".

أما عن ارتباط عقد القرض بالعملية العقارية، فيظهر من خلال فسخ عقد القرض عند عدم إبرام العقد الرئيسي؛ حيث بين نص المادة ل.313-36² أن قبول عقد القرض يكون تحت الشرط الفاسخ بعد إبرام العقد الرئيسي في أجل قدره 04 أشهر يبدأ احتسابها من تاريخ قبول العقد المطلوب من أجل القرض. إلا أن هذه المادة أجازت في فقرتها الثانية للطرفين الاتفاق على آجال أطول حسب الحاجة.

¹ - جريفي محمد، الضمانات القانونية لحماية المستهلك في مجال الائتمان (دراسة في ضوء أحكام المادة 20 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك ونصوصها التنظيمية)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد النعامة، الجزائر، العدد 01، المجلد 03، 2017، ص.297.

²-Art. L. 313-36 dispose : « L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini au premier alinéa ».

وقد رأَت الغرفة المدنية بالمحكمة الفرنسية بالاعتماد على نص المادة ل.311-32 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2010 أن عقد القرض يفسخ بقوة القانون، إذا انفسخ العقد الذي من أجله أبرم عقد القرض مهما كان سبب الفسخ (عيب خفي، أو عدم المطابقة، أو غيرها من الأسباب)¹.

كما بينت الغرفة المدنية الفرنسية الأولى بالاعتماد على نص المادة ل.312-56²، أنه في حالة الفسخ القضائي أو إنهاء العقد الرئيسي بسبب المتدخل، فإنه يمكن للمقترض أن يطلب من المحكمة تحميل البائع تقادم ضمان للمقرض بتسديد القرض، شريطة أن لا يلحق ضرارا بكل من المقرض والمقترض، لأن العقدين مترابطان لا يمكن أن ينفصلا، حيث يعد عنصر الترابط بين العقدين عنصرا من عناصر تعريف العقد المخصص، لأجل ذلك نص عليه القضاة في أحكامهم على أنه من النظام العام، لا يمكن التنازل عنه حتى من طرف المستهلك نفسه³.

ومن جهة أخرى، صدر قرار آخر من الغرفة المدنية الفرنسية الأولى، يفيد بأن فسخ عقد القرض بقوة القانون يستوجب تدخل المقرض في إجراءات التقاضي، ويثبت أن البائع هو السبب في فسخ العقد⁴.

وفي قرار حديث للمحكمة العليا⁵، يؤكد القرارات السابقة في هذا الشأن، قضى بأنه يمكن للمحكمة وقف تنفيذ عقد القرض إلى غاية الفصل في النزاع، فإذا تم فسخ أو إنهاء العقد الرئيسي، فإن العقد التبعية يلحقه الحكم نفسه؛ شريطة تدخل المقرض في الخصومة أو إدخاله من طرف البائع، وهذا ما يلزم المقترض برد المبلغ الأصلي للمقرض إلا في حال خطأ هذا الأخير.

ثالثا- أساس العلاقة الترابطية: تعد ظاهرة الترابط المتبادل بين العقد الرئيسي والعقد التبعية حديثة النشأة، الأمر الذي يستدعي بحث الأساس القانوني لهذه العلاقة.

وقد ظهرت عدة توجهات لبيان الأساس القانوني للعلاقة الترابطية بين العقد الرئيسي والعقد التبعية حيث اقترح بعض الفقه⁶ أن الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي والعقد التبعية يقوم على ما يعرف "بعدم القابلية

¹-Cass 1^{ère} civ 2 juillet 1991 : JCP G 1991, IV, p. 345, consulté le cite :

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>

اطلع عليه يوم: 2021/03/22 على الساعة 15:30.

²-Art. L. 312-56 dispose : « Si la résolution judiciaire ou l'annulation du contrat principal survient du fait du vendeur, celui-ci peut, à la demande du prêteur, être condamné à garantir l'emprunteur du remboursement du prêt, sans préjudice de dommages et intérêts vis-à-vis du prêteur et de l'emprunteur ».

³-Cass 1^{ère} civ 17 mars 1993 : Bull. civ. 1993, I, n° 116), consulté le cite :

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>

اطلع عليه يوم: 2021/03/22 على الساعة 15:30.

⁴-Cass 1^{ère} civ 31 janvier 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 65), consulté le cite :

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>

اطلع عليه يوم: 2021/03/22 على الساعة 16:20.

⁵-Civ. 1^{ère}, 20 mai 2020, n° 18-23.529, Dalloz actualité, 16 juin 2020, obs J.-D. Pellier ; D. 2020. 1101 ; RTD com. 2020. 701, obs. B. Bouloc), consulté le cite :

https://www.dalloz-actualite.fr/flash/retour-sur-responsabilite-du-banquier-en-matiere-de-credit-affecte#.YGm_3FVKjIU

اطلع عليه يوم: 2021/04/04 على الساعة 14:35.

⁶-Jean- jacques. B, La nullité des ventes à crédit pour dépassement du crédit autorisé. D. 1970, chron, P.65.

للانقسام"، واعتبرها النظرية الوحيدة التي تعطي تفسيراً لظاهرة الترابط بين العقد الرئيسي والعقد التبعية في تشريعات الاستهلاك، على أساس أن نية الأطراف انصرفت إلى أن تنفيذ الالتزام لا يقبل الانقسام. فيما اقترح جانب آخر من الفقه أن أساس قيام العلاقة الترابطية بين العقد الرئيسي والعقد التبعية يقوم على نظرية السبب، حيث أن سبب قيام عقد البيع يقوم على الحصول على الائتمان، وأن سبب عقد القرض هو عقد البيع الذي انصرفت إليه نية البائع والمشتري؛ فإذا لم يتفقا نزول الحاجة للاقتراض، ويبدو أن هذه النظرية عجزت عن تفسير الترابط بين العقد التبعية والعقد الرئيسي¹؛ خاصة وأن المشرع الفرنسي قد استغنى في تعديله للقانون المدني لسنة 2016 عن ركني السبب والمحل واستبدلها بمضمون العقد حسب ما ورد بنص المادة 1128-02².

ويظهر أن كل النظريات التي حاول الفقه اعتمادها أساساً لتبرير العلاقة الترابطية بين العقد الرئيسي والعقد التبعية في عقود الائتمان، قد فشلت، وهذا دليل قاطع حسب رأي البعض أن ظاهرة الترابط قائمة بذاتها ولا يمكن ردها للنظريات السابقة ذكرها، وإنما تجد تفسيرها في إرادة التشريعات الحديثة في تدعيم الحماية المقترضة في مواجهة المقرض بسبب مخاطر الائتمان³.

وما تجب الإشارة إليه، أن مشروع "catala" هو أول من أشار لظاهرة الترابط بين العقود حسب ما ورد بنص المادة 1272⁴ بفقراتها الثلاث المتعلقة بآثار العقود المترابطة.

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.500. وموساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض، المرجع السابق، ص.207.

²-Art.1128-02 dispose : « Leur capacité de contracter ».

³ - « Différents concepts paraissent aptes à justifier les liens de dépendance instaurés par la loi entre le prêt et le contrat qu'il finance, soit que le législateur les avait expressément visés, soit qu'ils semblaient receler les potentialités jusqu'alors inexploitées. La réalité s'est cependant révélée autre. A moins de faire subir des contorsions à des notions que l'on aurait pu croire éprouvées, on est en conséquence obligé de conclure au caractère dérogatoire des dispositions en la matière ». Rzepecki.N, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, p.250.

نقلاً عن شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على النظرية الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.705.

⁴-Art. 1172 dispose : « Les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent sont regardés comme interdépendants dans la mesure ci-après déterminée ».

Art. 1172-01 dispose : «Les clauses organisant les relations des parties à l'un des contrats de l'ensemble ne s'appliquent dans les autres conventions que si elles y ont été reproduites et acceptées par les autres contractants ».

Art. 1172-02 dispose : « Toutefois, certaines clauses figurant dans l'un des contrats de l'ensemble étendent leur effet aux contractants des autres conventions, pourvu que ceux-ci en aient eu connaissance lors de leur engagement et n'aient pas formé de réserves... ».

Art. 1172-03 dispose : «Lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité ».

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه أن العلاقة التبادلية بين العقود المترابطة، لا تقوم بقوة القانون، وإنما يتطلب قيامها الإشارة للسلعة أو الخدمة محل العقد الرئيسي في العرض المسبق، وكذلك نوعية التمويل الواردة في العقد الرئيسي، هل هي جزئية أم كلية¹.

فيما رأى جانب آخر من الفقه، أن مبدأ الترابط القانوني بين العقد الرئيسي والعقد التبعية هو امتداد للترابط الاقتصادي، فهو المفهوم الأقرب الذي جاءت به تشريعات الاستهلاك لتفسير ظاهرة الترابط². وقد ذهب البعض لتأييد هذا التوجه الأخير واعتبره الأقرب للصواب³.

ويبدو أن حقيقة الأمر، غير ذلك، فأساس الترابط بين العقد الرئيسي وعقد القرض، هو النصوص القانونية التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك بشكل أمر، فالعلاقة الترابطية قائمة بقوة القانون، وهي أهم خاصية تميز القرض المخصص، فالعلاقة الثلاثية بين المتدخل، والمقرض، والمقترض، يشترط فيها الترابط وبشكل متبادل فقد بينت المادة ل.311-01-11⁴ بأن عقد القرض المخصص يشكل عملية تجارية واحدة مع العقد المتعلق بتوريد سلعة معينة أو تقديم خدمة، وبالتالي فإن فسخ أحد العقدين يترتب عليه فسخ العقد الآخر.

وإن العملية التجارية الوحيدة تعد موجودة عندما يقوم المتدخل أو مقدم الخدمة بتمويل القرض بنفسه أو عندما يتم التمويل من طرف الغير، أو لما يلجأ المقرض لخدمات البائع أو مقدم الخدمة لإبرام العقد أو لإعداد عقد القرض أو عندما يشير عقد القرض على وجه التحديد إلى السلع أو الخدمات المعنية.

وتجب الإشارة إلى أن فقهاء الفقه الإسلامي، قد أشاروا من قبل للعلاقة الترابطية، من خلال قواعد فقهية محكمة تعالج حالات المشقة، وترفع الحرج عن الناس في مثل هكذا حالات، نذكر منها على سبيل المثال، قاعدة "قد يدخل في البيع تبعا لا يجوز إفراده"⁵.

الفرع الثاني: التزامات الأطراف العقدية في العلاقة الترابطية

يترتب على العلاقة الترابطية التبادلية، قيام التزامات متبادلة بين أطراف العلاقة العقدية، سيتم بحثها من خلال ما جاءت به التشريعات الغربية (أولا)، ثم نتناولها من خلال ما جاءت به التشريعات العربية (ثانيا).

أولا- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريعات الغربية: تعد التشريعات الغربية السبّاقة لتشريع العلاقة الترابطية بين العقد الرئيسي والعقد التبعية بشكل متبادل، سعيًا منها لتدعيم حماية المستهلك بصفته طرفًا ضعيفًا في العلاقة العقدية، وسيتم بحث التزامات الأطراف في التوجيه الأوروبي، الشريعة العامة لباقي التشريعات الأوروبية

¹ - موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض، المرجع السابق، ص.201.

² -Piedelievre .S, Droit de la consommation, op-cit, p.267.

³ - موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض، المرجع السابق، ص.207.

⁴ -Art. L 311-01-11dispose : « Contrat de crédit affecté ou contrat de crédit lié, le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique... ».

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.04، ص.68.

(01)، وبعدها نبحت فيما جاء به التشريع الفرنسي بهذا الصدد (02)، ثم التشريع اللكسومبورجي (03)، ثم التشريع الإنجليزي (04).

01- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التوجيه الأوروبي: تناول التوجيه الأوروبي رقم 84-2008 المتعلق بعقود الائتمان الاستهلاكي في مواده من 14 إلى 16 حق العدول عن العقد، وجعل أجله أربعة عشر يوما. حيث بين نص المادة 103/14¹ "ب" أنه عند ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد، يرجع للمقترض المبلغ الأصلي والفوائد الناتجة عنه من تاريخ سحب الاعتماد إلى تاريخ دفع القرض بدون تأخير، خلال مهلة ثلاثين يوما بعد إعلام المقترض بحقه في العدول.

ولا يمكن للمقترض طلب أي تعويض من المستهلك عند ممارسة حقه في العدول عن العقد، باستثناء بعض التكاليف غير القابلة للاسترداد التي تدفع إلى الإدارة العامة.

كما بين نص المادة 204/14² كذلك حالة ارتباط عقد تقديم خدمة مع عقد القرض، فإذا مارس المستهلك حقه في العدول عن عقد القرض، لم يبق ملزما بعقد الخدمة التابعة له. والمعنى نفسه جاء به نص المادة 301/15³.

أما نص المادة 402/15⁴ فبين أنه عندما لا يتم توريد السلع أو الخدمات موضوع عقد القرض، كلياً أو جزئياً، أو لا تتطابق مع ما تم الاتفاق عليه في عقد توريد السلعة أو الخدمة، يمكن للمستهلك تقديم طعن للمقرض، وفي حالة ما إذا لم يستجب المقرض لطلبه، وفق ما يقتضيه القانون أو عقد الخدمة أو تقديم السلعة وللدول الأعضاء كامل الحرية في تحديد شروط وكيفيات تقديم الطعن، فيما بينت المادة 503/15⁵ أن نصها يطبق دون الإخلال بالنصوص القانونية التي بموجبها يكون المقرض مسؤولاً بالتضامن مع المورد عن أي شكوى يقدمها المستهلك، عندما يتم تمويل السلعة أو عقد تقديم خدمة عن طريق عقد القرض.

¹-Art. 14/03-" b" dispose : « Si le consommateur exerce son droit de rétractation:

b) il paie au prêteur le capital et les intérêts cumulés sur ce capital depuis la date à laquelle le crédit a été prélevé jusqu'à la date à laquelle le capital est payé, sans retard indu et au plus tard trente jours calendaires après avoir envoyé la notification de la rétractation au prêteur...».

²-Art. 14/04 dispose : « Si un service accessoire lié au contrat de crédit est fourni par le prêteur ou par un tiers sur la base d'un contrat entre le tiers et le prêteur, le consommateur n'est plus tenu par le contrat de service accessoire s'il exerce son droit de rétractation à l'égard du contrat de crédit conformément au présent article. ».

³-Art. 15/01 dispose : « Lorsque le consommateur a exercé un droit de rétractation fondé sur le droit communautaire pour un contrat concernant la fourniture de biens ou la prestation de services, il n'est plus tenu par un contrat de crédit lié ».

⁴-Art.15/02 dispose : « Lorsque les biens ou les services faisant l'objet d'un contrat de crédit lié ne sont pas fournis, ne le sont qu'en partie ou ne sont pas conformes au contrat de fourniture de biens ou de prestation de services, ... ».

⁵-Art.15/03 dispose : « Le présent article s'applique sans préjudice des règles nationales selon lesquelles le prêteur est solidairement responsable pour toute réclamation du consommateur à l'encontre du fournisseur lorsque l'acquisition de biens ou de services auprès de ce dernier a été financée par un contrat de crédit ».

وقد بين نص المادة 101/16¹ أن للمستهلك الحق في تسديد الدين المتعلق بعقد القرض في أي لحظة كلياً أو جزئياً، وفي هذه الحالة، يحق له الحصول على تخفيض في التكلفة الإجمالية للائتمان بما يتوافق مع الفائدة والرسوم المستحقة للمدة المتبقية من العقد.

أما نص المادة 02/16² فقد تطرق لحالة السداد المبكر للقرض، حيث بين أنه في حالة التسديد المسبق للقرض، يصبح للمقرض الحق في تعويض عادل ومبرر للأضرار المحتملة المرتبطة بصفة مباشرة بالتسديد المسبق للقرض، بشرط أن يكون هذا التسديد المسبق قد تم في فترة ثابتة التاريخ، وهذا التعويض لا ينبغي أن يتجاوز نسبة 01 % من مبلغ القرض موضوع التسديد المسبق إذا كانت المدة بين التسديد المسبق وفسخ عقد القرض تفوق السنة، غير أنه إذا كانت هذه المدة لا تفوق السنة، فإن التعويض لا يتجاوز نسبة 0.5 % من مبلغ القرض موضوع التسديد المسبق.

في حين بين نص المادة 03/16³ أنه لا يمكن طلب أي تعويض من المستهلك عند توافر الحالات الآتية: إذا ارتبط تنفيذ السداد المبكر للقرض بعقد تأمين يضمن سداد القرض، وفي حالات تسهيل السحب على المكشوف، وفي الحالة التي لم تحدد فيها المهلة المحددة لسداد القرض من طرف المدين به.

أما نص المادة 05/16⁴ فبين أن التعويض لا يمكن أن يتجاوز مقدار الفائدة الناتجة عن عقد القرض عند استيفاء آجاله المحددة.

أما نص المادة 24⁵ فألزم الدول الأعضاء بوضع إجراءات مناسبة وفعالة لحل النزاعات خارج المحاكم المتعلقة بالمستهلكين؛ سواء المحلية أم العابرة للحدود المتعلقة بعقد القرض. وهو النص الذي يتضح من خلاله نية التوجيه الأوروبي في خدمة مصالح المستهلك، لأن اللجوء للمحاكم يكلف المستهلك الكثير من الجهد والمال.

¹-Art.16/02 dispose : « En cas de remboursement anticipé du crédit, le prêteur a droit à une indemnité équitable et objectivement justifiée pour les coûts éventuels liés directement au remboursement anticipé du crédit, à condition que le remboursement anticipé intervienne pendant une période à taux fixe».

²-Art.16/01 dispose : « Le consommateur a le droit de s'acquitter à tout moment, intégralement ou partiellement, des obligations qui lui incombent en vertu du contrat de crédit. Dans ce cas, il a droit à une réduction du coût total du crédit, qui correspond aux intérêts et frais dus pour la durée résiduelle du contrat ».

³-Art. 16/03 dispose : « Aucune indemnité n'est réclamée au consommateur:

a) si le remboursement anticipé a été effectué en exécution d'un contrat d'assurance destiné à garantir le remboursement du crédit;

b) en cas de facilité de découvert; ou

c) si le remboursement anticipé intervient dans une période pour laquelle le taux débiteur n'est pas fixe.»

⁴-Art. 16/05dispose : « L'indemnité éventuelle ne saurait dépasser le montant d'intérêt que le consommateur aurait payé durant la période entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit convenue».

⁵-Art. 24 dispose : « 1. Les états membres veillent à la mise en place de procédures adéquates et efficaces de résolution extrajudiciaire des litiges en vue du règlement des litiges de consommation concernant des contrats de crédit, en faisant appel, le cas échéant, aux organes existants.

2. Les états membres incitent ces organes à coopérer pour résoudre également les litiges transfrontaliers concernant les contrats de crédit ».

أما التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، فقد تطرق لالتزامات المستهلك في العقد التبعية من خلال نص المادة 15¹ منه، حيث جاء فيها أنه ودون الإخلال بالمادة 15 من التوجيه EC/2008-48 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 23 أبريل 2008 بشأن عقود الائتمان الاستهلاكي، فإن ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقود التي تتم عن بعد أو خارج المؤسسة وفقاً لما ورد بالمواد من 09 إلى 14 من هذا التوجيه يؤدي لزوال العقد التبعية، دون أي تكاليف على المستهلك، باستثناء ما ورد بنص المادة 13 والمادة 14 من هذا التوجيه.

02- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع الفرنسي: على نَحج التوجيه، ذهب المشرع الفرنسي إلى اعتبار أن أي تعهد لا يمكن أن يكون صحيحاً من طرف المستهلك اتجاه المتدخل، ما لم يقبل العرض المسبق، ولا يمكن للمتدخل قبول أي وفاء تحت أي شكل كان حسب ما ورد بنص المادة ل.312-45² كما لا يمكن للبائع ولا لمقدم الخدمات وفق المادة ل.312-46³ أن يتلقى من طرف المشتري أي وفاء بأي شكل من الأشكال، ولا أية وديعة إضافية، ما دام أن العقد المتعلق بالعملية لم يبرم بعد. ومن جهة أخرى، بينت المادة ل.312-52⁴ أن عقد البيع أو تقديم الخدمة يفسخ بقوة القانون وبدون تعويض:

01- إذا لم يتم المقرض في أجل 07 أيام من قبول عقد القرض من قبل المقترض بإعلان البائع بتخصيص القرض.

02- إذا قام المقترض بممارسة حقه في العدول مثلما هو منصوص عليه في نص المادة ل.312-19، غير أنه إذا قام المقترض عن طريق طلب صريح بالتسليم أو التوريد الفوري للسلع أو الخدمة، فإن ممارسة الحق في العدول عن عقد القرض لا يؤدي إلى فسخ عقد البيع أو تقديم الخدمة بقوة القانون إلا إذا تم في أجل 03 أيام تحتسب من تاريخ قبول عقد القرض من طرف المقترض، وأوضحت المادة أن العقد لا يفسخ إذا قام المشتري بدفع المبلغ نقداً قبل انقضاء الآجال المبينة في هذا النص القانوني.

¹-Art. 24 dispose : « Sans préjudice de l'article 15 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs (1), l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement conformément aux articles 9 à 14 de la présente directive a pour effet de mettre automatiquement fin à tout contrat accessoire, sans frais pour le consommateur, à l'exception de ceux prévus à l'article 13, paragraphe 2, et à l'article 14 de la présente directive ».

²-Art. L. 312-45 dispose : « Chaque fois que le paiement du prix est acquitté, en tout ou partie, à l'aide d'un crédit, le contrat de vente ou de prestation de services le précise, quelle que soit l'identité du prêteur. »

³-Art. L. 312-46 dispose : « Aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit. Lorsque cette condition n'est pas remplie, le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt.

⁴-Art. L. 312-52 dispose : « Le contrat de vente ou de prestation de services est résolu de plein droit, sans indemnité :

1° Si le prêteur n'a pas, dans un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat de crédit par l'emprunteur, informé le vendeur de l'attribution du crédit ;

2° Ou si l'emprunteur a exercé son droit de rétractation dans le délai prévu à l'article L. 312-19...».

وقد بينت المادة ل.312-54¹ أن بممارسة المستهلك لحقه في العدول عن عقد البيع أو عقد تقديم الخدمة المنصوص عليه في المادة ل.311-01-09²، يزول عقد القرض الممول للعملية التي أبرم من أجلها بقوة القانون دون أي مصاريف أو تعويض، خاصة المصاريف المتعلقة بفتح ملف الائتمان.

أما نص المادة ل.312-56³ قضى بأنه في حالة الفسخ القضائي أو إنهاء العقد الرئيسي بسبب البائع فإنه يمكن للمقترض أن يطلب من المحكمة تحميل البائع تقديم ضمان للمقرض بتسديد القرض، شريطة أن لا يلحق ضرارا بكل من المقرض والمقترض.

أما نص المادة ل.341-10⁴ فبين أنه في حالة إنهاء عقد البيع أو عقد تقديم الخدمة حسب ما ورد بنص المادة ل.312-53⁵، يجب إرجاع كل المبالغ التي دفعها المشتري مسبقا إضافة لقيمة الفائدة المترتبة عنها بقوة القانون تحتسب ابتداء من اليوم الثامن من طلب الاسترداد.

أما بالنسبة لالتزامات طرفي العلاقة العقدية في عقد القرض العقاري، فقد بينها نص المادة ل.313-38⁶، أنه في حال تحقق الشرط الفاسخ، يجب على المقترض تسديد جميع المبالغ التي استلمها من المقرض، إلى جانب الفوائد الناتجة عنها.

أما نص الفقرة الثانية من المادة نفسها، فبين أن المقرض لا يمكنه سوى طلب تكاليف الدراسة حيث تحدد قيمته وفق سلم معين يحدد عن طريق مرسوم.

أما في حال الاحتجاج المتعلق بتنفيذ العقد الرئيسي، فقد تناولته المادة ل.313-44⁷، وبينت أنه عندما يصرح في السند الذي يثبت بأن ثمن القرض المخصص لتمويل أعمال، أو أشغال عقارية بواسطة عقد الترقية، أو

¹-Art. L. 312-54 dispose : « Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation du contrat de vente ou de fourniture de prestation de services mentionné au 9° de l'article L. 311-1, le contrat de crédit destiné à en assurer le financement est résilié de plein droit sans frais ni indemnité, à l'exception éventuellement des frais engagés pour l'ouverture du dossier de crédit. »

²-Art. L.311-01-09 dispose : « Montant total dû par l'emprunteur, la somme du montant total du crédit et du coût total du crédit dû par l'emprunteur ».

³-Art. L. 312-56 dispose : « Si la résolution judiciaire ou l'annulation du contrat principal survient du fait du vendeur, celui-ci peut, à la demande du prêteur, être condamné à garantir l'emprunteur du remboursement du prêt, sans préjudice de dommages et intérêts vis-à-vis du prêteur et de l'emprunteur. »

⁴-Art. L. 341/10 dispose : « Dans les cas de résolution du contrat de vente ou de prestations de services prévus à l'article L. 312-53, à compter du huitième jour suivant la demande de remboursement de toute somme versée d'avance par l'acheteur, cette somme est productive d'intérêts, de plein droit, au taux de l'intérêt légal majoré de moitié ».

⁵- وقد جاء في نص المادة ل.312-53 أنه في حالة فسخ عقد البيع أو عقد تقديم الخدمة المنصوص عليه بالمادة ل.312-52، فإن المتدخل ملزم بإرجاع كل المبالغ التي دفعها المشتري (المقترض) من قبل، بناء على طلب من هذا الأخير.

⁶-Art. L 313- 38 dispose : « Lorsque le contrat en vue duquel le prêt a été demandé n'est pas conclu dans le délai fixé en application des dispositions de l'article L. 313-36, l'emprunteur rembourse la totalité des sommes que le prêteur lui aurait déjà effectivement versées ou qu'il aurait versées pour son compte ainsi que les intérêts y afférents ; le prêteur ne peut retenir ou demander que des frais d'étude dont le montant maximum est fixé suivant un barème déterminé par décret ...».

⁷-Art. L. 313-44 dispose : « Lorsqu'il est déclaré dans l'acte constatant le prêt que celui-ci est destiné à financer des ouvrages ou des travaux immobiliers au moyen d'un contrat de promotion, de construction, de maîtrise d'œuvre ou d'entreprise, ...».

البناء، أو التحكم في العمل، أو المقاول، فإن المحكمة في حالة وجود نزاع أو حادث يؤثر في تنفيذ العقد، أو إلى غاية الفصل في النزاع، تعلق تنفيذ عقد القرض دون المساس بالحق المحتمل للمقرض في التعويض.

وأهم ما يلحظ على نص هذه المادة، أنها جعلت الترابط بين العقد الرئيسي وعقد القرض في عقود محددة على سبيل الحصر، وهي عقود الترقية العقارية، وعقود المقاول، وعقود البناء.

وما تجب الإشارة إليه، هو عدم اكتفاء المشرع الفرنسي بالنص على التزامات أطراف العلاقة الترابطية، بل دعم هذه الالتزامات بجزاءات مدنية، حسب ما ورد بنص المادة ل. 341-40 التي نصت على حرمان المقرض من الفوائد، وألزمت المقرض برد مبلغ القرض بحلول تاريخ الاستحقاق فقط، أما الجزاءات الجزائية فتناها المشرع الفرنسي بعدة نصوص تعاقب المخالف لها بغرامات مالية معتبرة، لردعه عن المساس بحقوق المقرض بصفته الطرف الضعيف، من بينها نص المادة ل. 341-12¹ قضت أنه في حال قيام المقرض أو المتدخل بطلب أو تلقيه بما يخالف نص المادة ل. 312-25 ونص المادة 321-50 مبلغا بأي شكل من الأشكال من المقرض، يعاقب بـ 300.000 أورو. ولتدعيم وضمان حقوق المستهلك وحمايتها، كذلك نصت المادة ل. 341-17² على أنه إذا تجاهل البائع أو مقدم الخدمة التعليمات الواردة بنص المادة ل. 312-53 المتعلقة برد المبالغ المستحقة للمشتري، فإنه يتحمل غرامة مالية قدرها 300.000 أورو.

إلى جانب جملة من مواد أخرى، منها المادة ل. 341-17، والمادة 341-29، والمادة 341-30 والمادة ل. 341-31.

03- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع اللكسومبورجي: تناول المشرع اللكسومبورجي بدوره العدول عن العقد التبعية كغيره من التشريعات الأوروبية تمشيا مع ما جاء به التوجيه الأوروبي، حيث بين بنص المادة ل. 224/15-01³ (أ) و(ب) إن للمستهلك الحق في العدول عن عقد القرض خلال مهلة أربعة عشر يوما بدون تقديم أي مبرر أو سبب ما دفعه للعدول، تبدأ الآجال فيها من يوم إبرام عقد القرض، أو من يوم تلقيه شروط التعاقد، وكل المعلومات الواردة بنص المادة ل. 224-11.

وبينت كذلك المادة ل. 224-15-02⁴ فقرة "أ" أنه على المستهلك عند ممارسة حقه في العدول عن عقد القرض، أن يحترم المهلة المحددة لذلك، مع ضرورة إخطار المقرض بذلك وفقا لما ورد بنص المادة ل. 224-

¹-Art. L. 341-12 dispose : « Le fait pour le prêteur ou le vendeur de réclamer ou de recevoir, en infraction aux dispositions de l'article L. 312-25 ainsi que, pour un contrat de crédit affecté, à celles de l'article L. 312-50, de l'emprunteur ou de l'acheteur un paiement sous quelque forme que ce soit, est puni d'une amende de 300 000 euros ».

²-Art. L. 341-17 dispose : « Le fait pour le vendeur ou le prestataire de services, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 312-53, de ne pas rembourser les sommes dues à l'acheteur, est puni d'une amende de 300 000 euros ».

³-Art. L. 224-15 -01 dispose : « (1) Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter du contrat de crédit, sans indication de motif.

Ce délai de rétractation commence à courir: ... »

⁴-Art. L. 224-15-02 (a) dispose : « pour que sa rétractation soit effective avant l'expiration du délai visé au paragraphe (1), il la notifie au prêteur, en suivant les instructions pratiques fournies par ce dernier conformément

11-02 مع إثبات أنه فعلا قد أخطر المقرض وفقا للقانون اللكسومبورجي، شريطة أن يتم ذلك على دعامة دائمة ورقية أو إلكترونية تثبت أن المقرض قد تم إخطاره قبل انقضاء مهلة العدول.

وعند ممارسة حق العدول، يجب على المقرض أن يرد قيمة القرض المسدد مع الفوائد دون تأخير خلال مهلة لا تتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الإخطار بالعدول. ويتم احتساب الفائدة على أساس معدل الاقتراض المتفق عليه.

وأضافت المادة 15-224-02¹ فقرة "ب" أن للمقرض أصل الدين والفائدة الناتجة عنه، من تاريخ أخذ القرض إلى غاية تسديد أصل الدين دون تأخير، وكحد أقصى ثلاثين يوما من تاريخ ارسال إخطار العدول إلى المقرض، وتحتسب الفائدة على أساس مقدار الدين.

وأضافت أن المقرض ليس له أي حق في تعويض آخر يتم دفعه من طرف المستهلك في حالة العدول باستثناء المصاريف التي لم يتم تسديدها والتي يتعين على المقرض دفعها لإدارة عمومية.

غير أنه إذا لم يتم التسديد في أجل ثلاثين يوما فإن المبلغ الواجب يرفع بقوة القانون على أساس مقدار الفائدة القانونية، الذي يحتسب من اليوم الأول من انقضاء الآجال. وعلى النهج الفرنسي، ذهب المشرع اللكسومبورجي إلى تقرير الجزاءات مدنية، تناولتها المادة ل.224-23، ولكنه أضاف على الغرامة المالية الإكراه البدني من ثمانية أيام إلى خمس سنوات، ويبدو أن هذا التوجه سليم، لأن المبالغ المالية التي يدفعها كل من المقرض والمتدخل، لا تؤثر على ذمتهم المالية، ومن بين المواد التي نصت على الإكراه البدني، المادة ل.224-25-01² و02³.

à l'article L. 224-11, paragraphe (2), point p) et de manière à ce que la preuve de cette notification puisse être administrée conformément au droit luxembourgeois. Le délai est réputé respecté si la notification, à condition d'avoir été faite sur un support papier ou sur un autre support durable à la disposition du prêteur et auquel il a accès, a été envoyée avant l'expiration du délai... ».

¹-Art. L. 224-15-02 (b) dispose : « il paie au prêteur le capital et les intérêts cumulés sur ce capital depuis la date à laquelle le crédit a été prélevé jusqu'à la date à laquelle le capital est payé, sans retard indu et au plus tard trente jours calendrier après avoir envoyé la notification de la rétractation au prêteur. Les intérêts sont calculés sur la base du taux débiteur convenu. Le prêteur n'a droit à aucune autre indemnité versée par le consommateur en cas de rétractation, excepté une indemnité pour les frais non récupérables que le prêteur aurait payés à une administration publique... ».

²-Art. L. 224-25-01 dispose : « Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à cinq ans et d'une amende de 500 euros à 50.000 euros ou d'une de ces peines seulement le prêteur qui aura conclu ou tenté de conclure des contrats de crédit au sens du présent chapitre sans être en possession de l'autorisation requise par l'article L. 224-21 ».

³-Art. L. 224-25-02 dispose : « Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 251 euros à 25.000 euros ou d'une de ces peines seulement, l'annonceur qui, sans mentionner les informations prescrites par l'article L. 224-4 ou sans respecter les interdictions prévues par l'article L. 224-5, aura fait une publicité visant exclusivement ou partiellement le marché luxembourgeois, ou une offre affichée dans des locaux commerciaux, par laquelle il se déclare prêt à octroyer un crédit ou à servir d'intermédiaire pour la conclusion de contrats de crédit ».

04- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع الإنجليزي: تناول التشريع الإنجليزي عقد القرض الاستهلاكي من خلال نص المادة 10-10¹ من القانون الصادر في 1974²، وأطلق عليه: تعامل مالي تابع للعقد الرئيسي، وقد بينت المادة 19 الترابط بين العقد الرئيسي والعقد التبعي، أنّ أي معاملة يجريها المدين (أو موكله - أو شخص باسمه) مع أي طرف آخر، ما عدا تلك التي تتعلق بالضمان، هي معاملة تابعة - مرتبطة - للاتفاق المنظم (الحالي أو مستقبلي) والذي لا تشكل المعاملة جزء منه.

وبينت أنّ المعاملة المالية تجري بالتوافق مع بنود وأحكام العقد الرئيسي وأضافت أنّ العقد الرئيسي، هو اتفاق بين مدين - مورد، ويتم تمويل المعاملة عبر العقد الرئيسي.

أما نص المادة 16 من القانون نفسه، فقد بينت الهيئات المستثناة من الاستفادة من القرض الاستهلاكي والمتمثلة في السلطات المحلية، ومؤسسات البناء، أو أي هيئة مخصصة لغرض خاص كالعمل الخيري.

ثانيا- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريعات العربية: سيتم بحث هذه الالتزامات في بعض التشريعات العربية، منها التشريع الجزائري (01)، والتشريع التونسي (02)، والتشريع المصري (03)، والتشريع الكويتي (04)، والتشريع المغربي (05).

01- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع الجزائري: نص المشرع الجزائري على التزامات طرفي العلاقة العقدية، من خلال المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 التي جاءت كما يلي: "لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداء من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها. وفي حالة عقد البيع بتنفيذ متتال، فإن واجبات المقترض تسري ابتداء من بداية تسليم السلعة، وتتوقف في حالة انقطاع هذا التسليم".

كما يجب أن يحدد عقد البيع فيما إذا كان القرض يغطي قيمة السلعة كليا، أم جزئيا، ولا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المقترض اتجاه المتدخل في إطار القرض الاستهلاكي، ما لم يحصل هذا المتدخل على الموافقة المسبقة للقرض، كما لا يلزم المتدخل بتسليم، أو تمويل السلعة للمستهلك إلا بعد إخطاره بحصوله على القرض ويمكن للمستهلك أن يعدل عن العقد خلال مدة ثمانية أيام عمل تبدأ من تاريخ إبرام العقد.

وفي الحالة التي يدفع فيها المستهلك المبلغ المستحق كله نقدا يبقى العقد صحيحا قبل أن تنقضي مهلة ثمانية أيام من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض، وفي الحالة التي لم يبرم فيها العقد بشكل نهائي، لا

¹- (a) « running-account credit is a facility under a personal credit agreement whereby the debtor is enabled to receive from time to time (whether in his own person, or by another person) from the creditor or a third party cash, goods and services (or any of them) to an amount or value such that, taking into account payments made by or to the credit of the debtor, the credit limit (if any) is not at any time exceeded... »

²-Consumer Credit Act 1974 - Legislation.gov.uk, consulté le cite :<https://www.legislation.gov.uk> > 1974

اطلع عليه يوم: 2021/04/14 الساعة 14:25.

يمكن للمتدخل أن يستلم دفعا آخر في أي شكل من الأشكال، حسب ما ورد بنص المادتين 10 و 11 من المرسوم نفسه.

كما بين نص المادة 14 من المرسوم نفسه، أنه عندما يتم البيع في المنزل، فإن مهلة العدول تكون سبعة أيام مهما يكن تاريخ تسليم أو تقديم السلعة، إلا أنه لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء مهلة سبعة أيام عمل من تاريخ تسليم أو تقديم السلعة.

يتضح من خلال ما تم بيانه، أنه عند ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد في الآجال المحددة، لا تسري آثار عقد البيع بين طرفيه، ويعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل العقد، كما لا يمكن للبائع أن يستلم من المشتري أي دفع آخر في أي شكل من الأشكال حسب ما تم بيانه بنص المادة 13 من المرسوم نفسه.

ومن جهة أخرى، نصت المادة 20 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم على ما يلي: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية السارية المفعول يجب أن يستجيب القرض للاستهلاك للطلبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال تسديده...".

وتجب الملاحظة، أنّ المشرع الجزائري لم ينظم القرض العقاري بنصوص آمرة تضمن حماية فعالة للمستهلك، بل ترك الأمر للقواعد العامة، ودليل ذلك أن نصوص المرسوم التنفيذي رقم 15-114 لم تربط بين فسخ عقد القرض والعملية الممول لها بشكل متبادل بنص قانوني كما فعلت أغلب التشريعات الحديثة، خاصة الغربية منها، حيث تطرق في نص في المادة 09 من المرسوم السابق ذكره إلى ضرورة تعويض المقترض في حالة فسخ عقد البيع من طرف البائع فقط.

كما جاءت نصوص المرسوم التنفيذي رقم 15-114 خالية من القرض الاستهلاكي في مجال الخدمات، مثل ما جاءت به التشريعات الغربية على غرار المشرع الفرنسي، والتوجيه الأوروبي.

كما لوحظ كذلك، أن نصوص المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، غير كافية لتنظيم القرض الاستهلاكي تنظيما محكما يعالج كل ما يتعلق به، ولا سيما فيما يتعلق بتقرير جزاءات جزائية تحمي مصالح أطراف العلاقة الترابطية، وخاصة المقترض بصفته الطرف الأضعف في العلاقة العقدية، لتأمين الاستغلال الأحسن لهذه التقنية القانونية التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك، بشكل مغاير لما هو مألوف في القواعد العامة، خاصة العلاقة الترابطية التبادلية.

وإلى غاية صدور المراسيم التنظيمية للمرسوم التنفيذي رقم 15-114 وقانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 المعدل والمتمم، يمكن الاعتماد على نص المادة 78 مكرر منه، التي تناولت الجزاء المترتب عن مخالفة حق العدول عن العقد، لتطبيقه على عقد القرض بالنظر للعلاقة الترابطية التبادلية التي أقرها المشرع بين العقدين الرئيسي والتبعي كما تم بيانه، حيث جاء نصها كما يلي: "يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000) إلى (خمسمائة ألف دينار (500.000) كل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول المنصوص عليه في المادة 19 من هذا القانون".

02- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع التونسي: يتضح من خلال الفصل 33 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي الذي جاء فيه ما يلي: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير لأن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض"، أن المشرع التونسي ربط بين العقد الرئيسي والعقد التبعية، حيث رتب على رجوع المستهلك فسخ عقد القرض كذلك، إلا أن ما يبدو أن نص مادة واحدة لا يكفي لتنظيم الترابط بين العقدين مقارنة بالتشريعات التي فصلت في طرحها لهذا الترابط بين العقدين، على غرار التشريع الفرنسي، والتشريع المغربي.

03- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع المصري: لم يتطرق المشرع المصري لتنظيم حماية المستهلك في مجال الائتمان بنوعيه الاستهلاكي والعقاري، في قانون حماية المستهلك القديم، ولا في اللائحة التنفيذية المتعلقة به، والصادرة في العام نفسه، والحال نفسه في قانون التجارة الإلكترونية الصادر في 2001، المعدل والمتمم بالقانون الصادر في 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وحتى بصدر القانون رقم 181-2018¹، الذي ألغى القانون رقم 67-2006 بنص المادة الرابعة منه، حيث جاء حالياً من تنظيم مجال الائتمان بنوعية بالرغم من حدوثه، فقد أبقى على البيع بالتقسيط حسب ما ورد بنص المادة 31 التي جاء فيها ما يلي: "للمستهلك الحق في أي وقت في سداد كل الأقساط قبل موعد استحقاقها، على أن يخفض من قيمة ما يتم سداده مقدار العائد المستحق عن باقي المدة، ما لم يتفق على غير ذلك".

وعلى الرغم من خلوه من تنظيم مجال الائتمان، إلا أنه تناول نوعاً من أنواع العقود التبعية التي يحتاج فيها المستهلك لحماية من نوع خاص، وهو التعاقد بنظام اقتسام الوقت، حسب ما ورد بنص المادة 32 التي جاءت كما يلي: "في حالة التعاقد بنظام اقتسام الوقت (التايم شير)، أو المشاركة الجزئية في الملكية، ويكون للمستهلك الحق في الرجوع في العقد خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ توقيعه دون إبداء أسباب، ودون تحمل أي نفقات وذلك دون الإخلال بالقوانين أو القرارات المنظمة لهذه التعاقدات. وتسري أحكام هذا القانون على التعاقد بنظام الملكية الجزئية أو أي أنظمة أخرى مشابهة لنظام اقتسام الوقت".

04- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع الكويتي: بالرغم من صدور القانون رقم 02-2001 المتعلق بشأن إنشاء نظام لتجميع المعلومات والبيانات الخاصة بالقروض الاستهلاكية والتسهيلات الائتمانية المرتبطة بعمليات البيع بالتقسيط (02-2001)، خاصة نص المادة 06 منه التي جاء نصها كما يلي: "تقوم وزارة التجارة والصناعة، بالتنسيق مع بنك الكويت المركزي بوضع القواعد والضوابط الخاصة بالتسهيلات الائتمانية الناتجة عن البيع بالتقسيط للسع والخدمات وذلك بما يكفل تجنب الآثار السلبية لزيادة القروض الاستهلاكية

¹ - القانون 181-2018 بشأن حماية المستهلك، الصادر بتاريخ 2018/09/13، ج.ر، العدد 17، مصر، 2018.

والتسهيلات الائتمانية عن الحدود المناسبة لأهداف السياسة الائتمانية التي يقرها بنك الكويت المركزي"، إلا أنّ قانون حماية المستهلك الكويتي رقم 39 لسنة 2014 لم يتطرق لهذه الحالة، رغم الانتشار الواسع لمثل هذا النوع من العقود، بخلاف ما ورد بنص المادة 18: "يلتزم المزود أو مقدم الخدمة في حالة البيع بالتقسيط أو تقاضي مقابل الخدمة على أقساط وقبل التعاقد بالآتي:

1- أحكام القانون رقم 2 لسنة 2001 المشار إليه

2- تقديم البيانات الآتية للمستهلك:

أ- الجهة المقدمة للمنتج "السلعة" أو الخدمة بالتقسيط.

ب- سعر بيع السلع "المنتج" أو الخدمة نقداً.

ج- مدة التقسيط.

د- التكلفة الإجمالية للبيع.

هـ- عدد الأقساط وقيمة كل قسط.

و- المبلغ الذي يتعين على المستهلك دفعه مقدماً إن وجد".

05- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع المغربي: مقارنة بباقي التشريعات العربية التي تم التطرق

إليها، يتضح انفراد المشرع المغربي في تناول ترابط العقود بشكل مفصل بخلاف باقي التشريعات العربية، متبعاً في ذلك النهج الفرنسي، حيث عالج موضوع الائتمان بنوعيه الاستهلاكي والعقاري بنصوص قانونية فاقت 70 مادة واردة في الظهير الشريف رقم 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، بين من خلالها أهم التزامات أطراف العلاقة الترابية، تتعلق بحالات العرض المسبق والتسديد المبكر للقرض، حيث منع المتدخل من استيلاء أي أداء مهما كان شكله قبل قبول العرض المسبق، من خلال ما ورد بنص المادة 02/92 التي جاء فيها ما يلي: "لا يمكن للمستهلك أن يعقد أي التزام بوجه صحيح إزاء المورد ما لم يقبل العرض المسبق الذي قدمه المقرض وعند استيفاء هذا الشرط، لا يجوز للمورد أن يستلم أي أداء بأي شكل من الأشكال ولا أي ودیعة"، ومن أجل تقديم الحماية المنتظرة للمستهلك، فقد منعه من تنفيذ التزاماته قبل وصول تاريخ تسليم المنتج، بحسب ما ورد بنص المادة 02/91 وقد جاء فيه ما يلي: "لا ينفذ المقرض التزاماته إلا ابتداءً من تاريخ تسليم المنتج أو السلعة أو الاستفادة من الخدمة، عندما يتعلق الأمر بعقد بيع أو تقديم خدمة ينفذ بالتتابع... ولا يلزم المستهلك إلا في حدود ما تسلمه من منتج أو سلعة أو خدمة".

أما عن أهم خدمة قدمها المشرع المغربي للمقترض، فهي أنه في حالة إبرامه لعدة قروض لتمويل عملية واحدة، فإن كل قرض يبرم تحت شرط واقف يتمثل في منح كل القروض الأخرى شريطة أن لا يتجاوز مبلغ هذه القروض نسبة 10٪ من القرض الإجمالي بحسب ما ورد بنص المادة 123 من القانون رقم 08-31، أما نص المادة 02/127 فبين الجزاء المترتب عن عدم تحقق الشرط الواقف، حيث جاء فيها ما يلي: "عندما لا يتحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، فإن كل مبلغ دفعه المقرض مقدماً إلى الطرف

الأخر أو لحسابه يرد كاملا وعلى الفور دون اقتطاع أو تعويض لأي سبب من الأسباب، وتترتب على المبلغ المذكور فوائد بالسعر القانوني ابتداء من اليوم 16 الموالي لتاريخ طلب الاسترداد".

ولضمان حسن تنفيذ عملية الائتمان وتشجيعا للمستهلكين باللجوء للاقتراض، نص المشرع المغربي على جزاءات مدنية وجزائية رادعة نذكر منها أنه حالة عجز المستهلك عن رد ما حل من أجله من مستحقات القرض، وهي أكثر الحالات إثارة للمنازعات فيما يتعلق بالقرض الاستهلاكي، حسب ما ورد بالمادة 104 التي جاء نصها كما يلي: "في حالة توقف المقرض عن الأداء، يمكن للمقرض أن يطالب بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي بإضافة الفوائد الحال آجالها وغير **المؤداة**، ويترتب على المبالغ المتبقية إلى تاريخ التسديد الفعلي فوائد عن التأخير يحدد سعرها الأقصى بنص تنظيمي لا تتعدى 04٪ من رأس المال المتبقي".

ويتضح بمفهوم المخالفة لنص هذه المادة الحماية التي أولاها التشريع المغربي للمستهلك، حيث منع فرض تعويضات مبالغ فيها، أو الجمع بين عدة تعويضات ضد المقرض كأن يطالب بالفوائد التي حل أجلها والتي لم يحل أجلها بعد، ويظهر ذلك من خلال عبارة "يحددها نص تنظيمي لا تتعدى 04٪ من رأس المال المتبقي".

أما عن الجزاءات الجزائية، فقد وردت بعدة نصوص؛ منها ما ورد بنص المادة 187: "يعاقب بغرامة من 6000 إلى 20000 درهم المقرض الذي يغفل التقييد بالإجراءات المقرر في المواد من 77-83 وعن إدراج الاستمارة قابلة للاقتطاع في عرض القرض للمادة 85...". أما نص المادة 188 فجاء فيه ما يلي: "يعاقب 30.000 - 200.000 درهم:

01- الشخص الذي يقوم، خلافا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 84، بحمل نفس المستهلك على توقيع عدة عروض مسبقة بملغ إجمالي من حيث رأس المال يفوق القيمة المؤداة بقرض السلعة المشتراة، أو الخدمة المقدمة،

02- الشخص الذي يقوم، خلافا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة 85 بتسجيل أسماء الأشخاص الممارسين لحق التراجع...

03- المقرض أو المورد الذي يتطلب أو يتلقى خلافا لأحكام المادتين 87 و99، مبلغا بأي شكل من الأشكال...".

ويظهر من خلال ما تم عرضه بشأن موقف التشريع المغربي، أنه اهتم بشكل كبير بحماية المستهلك في مجال "الاستدانة" بسبب ضعفه، وحاجته للاقتراض، بالشكل الذي تناوله المشرع الفرنسي، حتى يضمن الحماية الفعالة للمقرض، ويشجعه على الإقدام على الاقتراض، خاصة وأن القرض الاستهلاكي يمكن المستهلك من تمويل عمليات شراء المنتجات والخدمات دون حاجة لادخار الأموال اللازمة لذلك، بخلاف ما هو عليه الحال بالنسبة لباقي التشريعات العربية، بإغفالها للجزاءات المدنية والجزائية التي تكفل التنفيذ الحسن لالتزامات أطراف العلاقة العقدية، بل تقصيرها حتى في تفصيل إجراءات الحصول على القرض، بالرغم من صعوبة مجال الائتمان وتعقيد العمليات المرافقة له، وهذا ما نأمل أن تقوم به هذه التشريعات على غرار التشريع المغربي في هذا الشأن.

بالنظر لما تم بيانه، يتضح أن كل التشريعات التي تناولت العقد التبعية في تشريعاتها، اتفقت بأن ممارسة حق العدول عن العقد يتبعه زوال العقد التبعية دون أي تكاليف إضافية، منها نص المادة 15 من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، والمادة ل.312-54 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2019، ونص المادة ل.224-05 من التشريع اللكسومبورجي.

الفرع الثالث: الأخطار المترتبة عن العلاقة الترابطية المتبادلة

ينتج عن العلاقة الترابطية المتبادلة عدة صعوبات تعترض المؤسسة مانحة الائتمان، قد ترتبط بوقف أحد العقدين المترابطين (أولاً)، إلى جانب حالة قيام مسؤولية المقرض (ثانياً)، وحالة الدفع ببطاقة الائتمان (ثالثاً) بالإضافة لحالة انخفاض قيمة السلعة الممولة عن طريق القرض (رابعاً).

أولاً- وقف تنفيذ أحد العقدين: من أهم الأخطار التي تلحق العلاقة الترابطية بين العقد الرئيسي والعقد التبعية هو وقف تنفيذ العقد الرئيسي، أو العقد التبعية في الائتمان الاستهلاكي (01) ووقف تنفيذ العقد الرئيسي في الائتمان العقاري (02).

01- وقف تنفيذ أحد العقدين المترابطين في الائتمان الاستهلاكي: تعد قاعدة الترابط بين العقدين في مجال القرض الاستهلاكي من النظام العام، وبالتالي لا يمكن للمقترض الاستغناء عن السلعة أو الخدمة الممولة عن طريق القرض؛ بسبب الارتباط الوثيق بين تنفيذ العقد الرئيسي والتزامه بتسديد أقساط القرض.

إلا أنه قد تعترض تنفيذ العقد الرئيسي صعوبات ما، ويتم ذلك بإنكار المستهلك التنفيذ الحسن للعملية الممولة بعقد القرض من طرف المتدخل، ففي هذه الحالة لا يمكنه أن يعلق تسديد أقساط القرض بإرادته المنفردة.

وإذا كان وقف التسديد ممكناً بحسب ما ورد بنص المادة ل.311-12 من قانون الاستهلاك الفرنسي فإن اتخاذ القرار بتعليق التسديد إلى حين الفصل في النزاع يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ولا يمكنه ذلك إلا بتدخل المقرض في الخصومة، أو إدخاله من طرف المستهلك، أو المتدخل، أو مقدم الخدمة، وبالمقابل يجب إدخال المتدخل في الخصومة إذا وقعت الخصومة بين المقرض ومانح الائتمان¹.

ويعتبر عقد الائتمان منفسخاً بقوة القانون، إذا انتهى النزاع بصدور حكم أو قرار يقضي بذلك، غير أن انفساخ عقد الائتمان في هذه الحالة لا يسري في حق المقرض إلا إذا كان قد تدخل في الخصومة أو تم إدخاله من طرف المتدخل، لأجل ذلك يبذل المقرض قصارى جهده لإدخال المقرض في الخصومة إذا تبين له إغفال المتدخل لهذا الإجراء².

¹-Raymond. G, Crédit à la consommation, J.CL, Bank – crédit –bourse, fasc, 720, n°97, p. 63. Consulté le cite : [www.lexisnexus.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?\(20/12/2006\)](http://www.lexisnexus.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?(20/12/2006))

اطلع عليه يوم: 2021/02/10 على الساعة 21:00.

²-Raymond. G, Crédit immobilier, J.CL, Bank – crédit –bourse, op- cit, p.43.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية، بأنه يجب على المقترض في حال فسخ العقد الرئيسي أن يسدد المبالغ المالية التي دفعها المقرض لحسابه باستثناء الفوائد، بالرغم من عدم تسلمه السلعة المتفق عليها في العقد المفسوخ ما دام المقرض لم يرتكب أي خطأ يوجب مسؤوليته¹.

وفي الحالة التي يرجع فيها إنهاء العقد الرئيسي إلى فعل البائع، يلتزم هذا البائع برد القرض مع الفوائد وتعويض الأضرار المتعلقة بالمقرض والمقترض².

وفي قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 2004، قضى بأن المقرض ملزم برد قيمة القرض الأصلية، في حالة فسخ أو إبطال عقد القرض تبعا لإنهاء العقد الرئيسي، إلا في الحالة التي يدخل فيها البائع كضامن له³.

غير أنه قد يصادف الرجوع للحالة الأصلية صعوبات، كالحالة التي يقوم فيها المقرض بدفع قيمة القرض للبائع مباشرة، مما يطرح التساؤل عن إلزام المقترض بتسديد قيمة القرض الممنوحة للبائع من طرف المقترض⁴؟ لقد ألزمت محكمة النقض الفرنسية المقترض في حالة فسخ العقد الرئيسي، بتسديد قيمة القرض التي دفعت لحسابه بالرغم من عدم تسلمه السلعة محل العقد الرئيسي⁵.

¹-Mais attendu que l'arrêt attaqué a retenu que M. X... avait valablement renoncé à sa commande dans le délai de sept jours prévu à l'article 3 de la loi du 22 décembre 1972 sans user de la même faculté de rétractation à l'égard de l'UCB ; que, le 25 mai 1990, la société SIR avait demandé à l'UCB le versement des fonds pour le 29 mai 1990 ; que l'établissement de crédit justifiait avoir informé l'emprunteur de son intention d'envoyer les fonds pour le 29 mai suivant, alors qu'il n'avait eu connaissance de la rétractation de la commande que par courrier de M. X... du 31 mai 1990 ; que la cour d'appel, après avoir exactement retenu que l'annulation du contrat principal entraînait de plein droit celle du contrat de crédit, conformément à l'article 9 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, en a justement déduit que le prêteur, qui n'avait commis aucune faute, était fondé à demander à l'emprunteur le remboursement de la somme prêtée, conséquence de l'annulation du contrat de crédit, Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 novembre 1994, 93-12.426.Consulté le cite : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007033374>.

اطلع عليه يوم: 2021/03/15 على الساعة 23:13.

²-lorsque la résiliation du contrat principal survient du fait du vendeur, celui-ci peut être condamné à garantir l'emprunteur du remboursement du prêt, outre d'éventuels dommages-intérêts, vis-à-vis du prêteur et de l'emprunteur, Cass1^{ère} civ., 2 mai 1989, n° 87-18.059, Bull. 1989 I N° 181 p. 120. Consulté le cite : <https://www.doctrine.fr/d/CASS/1989/JURITEXT000007023344>.

اطلع عليه يوم: 2021/03/16 على الساعة 00:29.

³-Attendu qu'il résulte des textes susvisés que la résolution ou l'annulation d'un contrat de crédit en conséquence de l'annulation du contrat constatant la vente qu'il finançait emporte pour l'emprunteur, hors les cas d'absence de livraison du bien vendu ou de faute du prêteur dans la remise des fonds prêtés, l'obligation de rembourser au prêteur le capital prêté, sauf la faculté, pour le prêteur, d'appeler le vendeur en garantie Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 novembre 2004, 02-20.999, Publié au bulletin, Consulté le cite : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007049627>.

اطلع عليه يوم: 2021/03/15 على الساعة 23:13.

⁴-Cass. 1^{ère} civ 2 mai 1989), consulté le cite :

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>.

اطلع عليه يوم: 2021/03/15 على الساعة 23:13.

⁵-Cass 1^{ère} civ 8 juillet 1994 : Contrats, conc. Consom. 1995, comm 213 – Cass 10 juillet 1995 Contrats, conc. Consom. 1995, comm. 192,

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>.

اطلع عليه يوم: 2021/03/15 على الساعة 23:30.

وقد عقب بعض الفقه على قرار المحكمة النقض الفرنسية بقوله بأنه إذا كانت القواعد العامة تقضي بإلزام المقترض بالتسديد، فإن فحوى النصوص المتعلقة بالائتمان الاستهلاكي، يعفى المقترض من تسديد المبلغ المدفوع للبائع، خاصة القرض المخصص، لأنه ليس بعقد ثنائي الأطراف، وإنما هو عملية مركبة من ثلاثة أطراف، قائمة على علاقة الترابط المتبادل بين العقد الرئيسي والعقد التبعية¹.

ومن جهة أخرى، وفي قرار آخر رأت محكمة النقض الفرنسية، أنه في عقد القرض المرتبط، يمكن إعفاء المقترض من رد القرض في الحالة التي يسلم فيها المقرض (البنك) المبالغ مباشرة للمتدخل دون إذنه².

وتدعيماً للرأي السابق، ذهب بعض الفقه إلى أن مانح الائتمان (المقرض) ليس وكيلاً عن المقترض كما هو عليه الحال في ظل القواعد العامة، بل أصبح طرفاً حقيقياً في العلاقة العقدية نتيجة التكريس القانوني للارتباط المتبادل بين العقود، حيث توجد اتفاقات بين المقرض والبائع يمارسها هذا الأخير باسمه ولحسابه الخاص³.

كما أن إلزام المقترض بتسديد قيمة القرض، بالرغم من انفساخ عقد القرض تبعاً لانفساخ العقد الرئيسي، يفيد أن المقترض (المستهلك) يرجع على البائع بدعوى الإثراء بلا سبب لاسترداد ما قبضه من المقرض بغير وجه حق، إلا أنه قد يتعرض لمخاطر إعسار البائع، أو إفلاسه⁴.

02- وقف تنفيذ العقد الرئيسي في الائتمان العقاري: قد يبدي المقترض اعتراضات بشأن تنفيذ العقد الرئيسي، بسبب العوارض التي تحول دون تنفيذ الأشغال العقارية، خاصة وأن هذا النوع من الائتمان مرتبط بعقود تمثل المجال الخصب للنزاعات، وهي واردة على سبيل الحصر، تتمثل في مجال الترقية العقارية، وأشغال البناء والمقاولة، وكلها عقود تتعلق ببناء وإنشاء مباني جديدة مستقبلاً، وإذا طرح النزاع على المحكمة بسبب حدوث أي اعتراض على تنفيذ العقد الرئيسي، يقوم القاضي بوقف تنفيذ عقد القرض، دون الإخلال بحق المقرض في التعويض، شريطة أن يتدخل في الخصومة، حسب ما ورد بنص المادة 312-19⁵ من القانون رقم 93-949 السابق ذكره.

¹-Raymond. G, Crédit à la consommation, J.CL, Bank – crédit –bourse, op-cit , p. 65.

²-CA Paris, 10 nov. 2011, Épx B. c/ SA DOMO France et autre : Juris Data n° 2011-025040, « Dans un crédit lié, l'emprunteur peut être dispensé de rembourser le prêt lorsque le prêteur a versé les fonds au vendeur-installateur avant même d'en avoir reçu l'ordre par l'emprunteur », consulté le cite : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>

³ - موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض، المرجع السابق، ص.203.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵-Art. L. 312-19 dispose : « Lorsqu'il est déclaré dans l'acte constatant le prêt que celui-ci est destiné à financer des ouvrages ou des travaux immobiliers au moyen d'un contrat de promotion, de construction, de maîtrise d'œuvre ou d'entreprise, le tribunal peut, en cas de contestation ou d'accidents affectant l'exécution des contrats et jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de prêt sans préjudice du droit éventuel du prêteur à l'indemnisation.

Ces dispositions ne sont applicables que si le prêteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par l'une des parties».

وما تجب الإشارة إليه، أن إشكال وقف التنفيذ في عقد الائتمان العقاري، يثور في حالة الارتباط الثلاثي بين المقترض، ومؤسسة الائتمان، والمتدخل في مجال الإنجازات العقارية، كالمقاول، والمرقي العقاري، أو أي متخصص في مجال فن البناء والتشييد، والنزاع الذي على أساسه يوقف تنفيذ عقد الائتمان العقاري، يجب أن يكون قائما بشكل مباشر بين المقترض والمتعاقد معه في العقد الرئيسي، وإذا كان القانون يحصر العقود الرئيسية في عقود الترقية العقارية، أو المقاول، وهي عقود تتعلق جميعها بإنجاز بنايات جديدة¹، فهذا يجعل عقود شراء عقارات جاهزة، مستثناة من حق المطالبة بوقف تنفيذ عقد الائتمان، كحال ظهور عيوب خفية² في المبنى مثلا³.

وبخلاف ما هو عليه الحال في عقد القرض الاستهلاكي، فإن وقف تسديد القرض بسبب النزاع حول تنفيذ العقد الرئيسي، لا يؤدي بالضرورة لفسخ عقد الائتمان العقاري، فالأمر يعود للقاضي لتقدير تأثير وقف تنفيذ العقد الرئيسي على عقد القرض، إلا أن الاجتهاد القضائي في هذا الشأن يؤكد أن زوال العقد الرئيسي يتبعه زوال العقد التبعي⁴.

وقد نصت المادة ل.19-312 من القانون رقم 93-949 على حق المقرض في التعويض بسبب تعليق التسديد، أو زوال عقد القرض تبعا لزوال العقد الرئيسي، يقدمه البائع أو المقترض بحسب المتسبب في التعليق. **ثانيا- قيام مسؤولية المقرض بسبب عدم تنفيذ العقد الرئيسي:** قد تتقرر مسؤولية المقرض بسبب عدم تنفيذ العقد الرئيسي، وإعفاء المقترض من تسديد الأقساط المتبقية، بعدة حالات، نذكر منها على سبيل المثال، الحالة التي يتزامن فيها عدم تنفيذ العقد الرئيسي مع دفع المقرض مبلغ القرض للبائع، دون أن يتسلم من المقترض شهادة حسن تنفيذ العقد من طرف البائع، أو إهماله لما قدمه له المقترض من معلومات بشأن العقد الرئيسي، فيتحمل نتيجة هذا الإهمال⁵.

¹-Raymond. G, Crédit immobilier, J.CL, Bank – crédit –bourse, fasc, p. 43.

²- على اعتبار أن ظهور عيوب بالمبنى، يتعلق بالضمان العشري للمقاول والمرقي العقاري بالتضامن، حسب ما ورد بنص المادة 454 من القانون المدني، ونص المادة 46 من القانون رقم 04-11 المتعلق بالترقية العقارية، التي جاء نصها كما يلي: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حال زوال كل بناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء بما في ذلك جراء النوعية الرديئة في الأساس".

³-Raymond. G, Crédit immobilier, J.CL, Bank – crédit –bourse, op- cit, p. 43.

⁴-Cass 1^{ère} civ, 26 mai 1994 ; D.1994 ; inf rap. P162 ; Cass1^{ère} civ, 1 mars2005, pourvoi, n° 03-10.465, comm, net- iris « L'annulation de la vente immobilière emporte annulation de plein droits des prêts bancaires » actualité n° 11771, 21 mars 2005, www. net –iris.fr.

اطلع عليه يوم: 2021/04/04 على الساعة 16:16.

⁵-« La sanction pour la banque quant au non-respect du contrat de vente.

Lorsque la banque ne vérifie pas si le contrat de vente ou le bon de commande est valable, celle-ci sera punie au même titre que le vendeur. En effet, dans le cas de la vente hors établissement, l'article L221-9du Code de la Consommation prévoit que certaines mentions doivent figurer sur le bon de commande tels que la date, le prix unitaire, la signature ainsi qu'un formulaire de rétractation détachable. Attention, le détachement de ce formulaire ne doit pas entraîner une amputation du corps du contrat. Si l'une de ces mentions sont manquantes, le contrat de vente sera considéré comme nul. », Consulté le cite : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-vente-contrat-pret-25181.htm> .

اطلع عليه يوم: 2021/03/23 على الساعة 00:35.

وقد بينت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث صدر ضد مصلحة البنك، ألزمت فيه المقرض (البنك) الذي قدم القرض، بمراقبة علاقة الترابط بين عقد القرض وعقد البيع الذي خصص له، وإلا تعرض لعقوبات صارمة¹.

وفي قرار آخر لها، بينت فيه أنه إذا قام المقرض بتحويل الأموال للمتدخل دون التحقق من الوثائق اللازمة في العلاقة الترابطية، خاصة صلاحية وصل طلب منح القرض، يتمكن المقرض التهرب من دفع مبلغ القرض الكامل².

وفي المعنى نفسه أضاف بعض الفقه³، أنه يجب على المقرض التأكد من صحة وثائق عقد البيع قبل منح القرض، وإلا اعتبر مخطئاً، بالنظر لعديد السوابق القضائية التي تقضي بأن المقرض لا يمكنه منح القرض حتى تسليم السلعة أو تقديم الخدمة، وإلا اعتبر مخطئاً.

ثالثاً- الدفع بواسطة بطاقة الائتمان: تعتبر بطاقة الائتمان بطاقة شخصية، تتكون من مادة بلاستيكية، أو مادة أخرى يصعب تزويرها، تصدرها جهة معينة عادة ما تكون بنكا، يكتب فيها اسم العميل الصادرة له، وعنوانه ورقم حسابه، والجهة التي أصدرتها، ويستطيع الأشخاص الحاملين لها الحصول على ائتمان مجاني من طرف المصرف، يتم سداده خلال مهلة زمنية محددة سلفاً⁴.

وباعتبار أن هذه البطاقة تمنح صاحبها ائتماناً بنكياً يمكنه من الوفاء بالثمن في تعاملاته المالية كأصل عام، فقد تساءل بعض الفقه عن الحالة التي يعدل فيها المقرض عن عقد البيع، هل يفسخ عقد الائتمان كذلك بصفته عقداً تبعياً لعقد البيع أم لا⁵؟

¹-La Cour de Cassation a rendu, dans un arrêt récent, une décision défavorable aux banques puisqu'elle considère que la banque doit exercer son pouvoir de contrôle sur un contrat de vente lorsqu'un crédit à la consommation est lié à ce même contrat auquel cas elle sera soumise à des sanctions, Cass. 1^{ère}civ. 5-4-2018 n°17-13.528Consulté le cite : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-vente-contrat-pret-25181.htm> .

اطلع عليه يوم: 2021/03/23 على الساعة 00:40.

²-Par ailleurs, dans l'arrêt du 5 avril 2018, la Cour de Cassation confirme que si la banque verse les fonds sans vérifier la validité du bon de commande, l'emprunteur peut échapper à la restitution du montant du capital emprunté (CA Paris 20-10-2016 n°15/06973, Consulté le cite :

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-vente-contrat-pret-25181.htm>

اطلع عليه يوم: 2021/03/23 على الساعة 00:35.

³-Joan. D, Crédit lié et conséquence de la résolution du contrat principal, consulté le cite : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>, Consulté le cite : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-vente-contrat-pret-25181.htm>

اطلع عليه يوم: 2021/03/23 على الساعة 00:50.

⁴ - رشيد بوعافية، آلية الدفع الإلكتروني باستعمال بطاقة الائتمان عبر شبكة الأنترنت، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد 07، الجزائر، سبتمبر، 2012 ص.26. وخديجة جديلي، حماية بطاقة الائتمان كوسيلة دفع للمستهلك عبر الأنترنت، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 10، الجزائر ص.948.

⁵ - فتحي بن جديد، حق المشتري في التراجع عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد، مجلة معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد 04، المركز الجامعي الشهيد أحمد زبانة غليزان، الجزائر، ديسمبر، 2014، ص.99.

وقد وضع الفقه نفسه، أن هذه البطاقة تمكن المشتري من الاستعمال المتكرر لها، فهي لا تتعلق بعقد شراء واحد، حيث يتدخل البنك بسداد ثمن مقتنياته ثم يعود عليه بشكل أقساط دورية محددة مسبقاً، وبممارسة المستهلك لحقه في العدول عن عقد الشراء لا يترتب عنه العدول عن عقد القرض؛ خاصة في الحالة التي تستعمل فيها البطاقة لدفع الثمن، لأن العقد الذي أبرم من أجلها لا يهدف لتمويل عقد شراء محدد مسبقاً، بل يهدف لتمويل جميع العقود التي يبرمها حامل البطاقة، ولهذا تسمى ببطاقة الاعتماد المتجدد، كما أن الربط بين عمليات الشراء التي يقوم بها صاحب هذه البطاقة، والائتمان الذي توفره له هذه البطاقة يعيق ويضيق من استعمال الدفع الإلكتروني، مما يؤثر على السير الحسن للتجارة الإلكترونية¹.

رابعاً- انخفاض قيمة السلعة الممولة بعقد القرض: من بين الأخطار التي تعترض الترابط بين عقد القرض والعملية الممولة لها بسبب فسخ العقد الرئيسي، وما يترتب عنه من انفساخ لعقد القرض بصفته عقداً تبعياً يلحقه ما لحق العقد الرئيسي، انخفاض قيمة السلعة الممولة عن طريق القرض، لكن يثور التساؤل عن الطرف الذي يتحمل هذا الانخفاض، إذ يبدو للوهلة الأولى أن البائع هو من يتحمل انخفاض قيمة السلعة، باعتباره هو مالِكها إلا أن هذا الحل ليس هو الأمثل دائماً، فقد يستفيد المقترض من السلعة محل العقد الرئيسي قبل فسخه أو إنهائه وهذا يوجب تحميله نسبة معينة من انخفاض قيمة السلعة محل العقد المفسوخ².

ومن ذلك مثلاً، حالة وكالة بيع السيارات التي تكون طرفاً في عقد بيع يموله المقرض، ففي حال فسخ عقد البيع، فإنّ الحل الأقرب للعدالة والإنصاف، هو حساب عدد الكيلومترات التي استهلكها المقترض باستعماله للسيارة، وتقييم قيمة السيارة، ثم تحديد قيمة المبلغ المعادل لقيمة إيجار استعمال السيارة لتحمل المقترض نظير استعماله للسيارة، إذا ثبت سوء نية البائع³.

ومن جهة أخرى، قد يتحمل المقرض انخفاض قيمة السلعة، لأن المقترض الذي يلزم برد السلعة الممولة عن طريق القرض، مع تعويض قيمة استعماله للسلعة قبل فسخ العقد، سيلجأ للقضاء لطلب تعويضه عن فقدانه للسلعة بسبب فسخ العقد، بإقامة المسؤولية على المقرض على أساس خطأ أو إهمال منه⁴.

وتأسيساً على ما تم بيانه، يتضح أن ظاهرة الترابط بين العقود التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك، تعد تخفيفاً من مبدأ نسبية أثر العقد، حيث تم تكريس المجموعات العقدية.

¹ - فتحي بن جديد، حق المشتري في التراجع عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد، المرجع السابق، ص.99.
² - موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض، المرجع السابق، ص.208.
³ - المرجع نفسه.
⁴ - موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض، المرجع السابق، ص.209.

المبحث الثاني: آثار الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي والقواعد العامة

الأصل في العقود الوفاء بها واحترام قوتها الملزمة، وفقا لقوله تعالى: "يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"¹ وقوله أيضا: "أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِذَا عَاهَدْتُمْ"²، إلى جانب ما تناولته التشريعات في نصوصها، فالأصل في العقود تنفيذها والوفاء بما تم الاتفاق عليه، إلا أنّ ضرورات الحياة، وحاجة الناس استلزمت تشريع حق الرجوع عن العقد كطريق استثنائي لإنهائه.

وقد أولى فقهاء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أهمية كبيرة للرجوع عن العقد، باعتباره طريقة استثنائية لإنهائه، فتم تناوله في الفقه الإسلامي؛ من خلال العقد غير اللازم، والعقد الذي يلحقه خيار، حيث سمح لمن شرع الرجوع لمصلحته؛ بإنهائه بإرادته المنفردة، أما التشريعات الوضعية، فعرفت الرجوع عن العقد من خلال عقد الهبة فقط.

وما تجب الإشارة إليه، أنّ العقد غير اللازم يشمل جملة من العقود، لا تسمح الدراسة بالتطرق لها كلها ولأجل ذلك؛ سنكتفي، بتناول حالة واحدة من كل نوع تجنبنا للتكرار والإطناب، أما بالنسبة للعقد غير اللازم من جانب واحد؛ فسيكون عقد الهبة هو المعنى بالدراسة، أمّا فيما يتعلق بالعقد غير اللازم من جانبين، فسيتم التطرق لآثار الرجوع عن عقد الوكالة، إلى جانب آثار الرجوع عن العقد بسبب الخيار (المطلب الأول).

أمّا بالنسبة لآثار الرجوع عن العقد في القواعد العامة، فسيتم التطرق لعقد الهبة فقط، بسبب التفرقة بين الرجوع والإلغاء، فالقواعد العامة لا تعرف الرجوع عن العقد؛ إلاّ في عقد الهبة، أمّا ما باقي العقود الأخرى غير اللازمة اعتبرت طريقة إنهاءها إلغاء³، ولهذا سنتطرق لآثار الرجوع عن عقد الهبة بشيء من التفصيل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي

تشمل آثار الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي، آثار الرجوع عن العقد غير اللازم من جهة واحدة وقد اقتصرنا الدراسة على عقد الهبة؛ بالنظر لأهميته ومكانته في المجتمع؛ باعتباره عق من التصرفات الخطيرة التي يبرمها المتعاقد، بالنظر لما ينطوي عليه من تأثير سلبي على الذمة المالية للواهب، ممّا يستدعي التمهل والتروي في الإقدام عليه، ومن جهة أخرى فعقد الهبة هو من عقود التبرعات التي أباحها ديننا الحنيف، ورغب فيها، فاجتهد الفقهاء بمعالجة أحكامه؛ بما يحمي مصالح طرفي العقد (الفرع الأول)، أمّا فيما يتعلق بآثار الرجوع عن العقد غير اللازم من الجهتين، فقد اعتمدت الدراسة على عقد الوكالة لحاجة الناس لها، بسبب عدم تفرغهم لقضاء كل مصالحهم بأنفسهم (الفرع الثاني)، ومن جهة أخرى، سيتم بيان الآثار المترتبة عن الرجوع عن العقد بسبب الخيار

¹ - سورة المائدة، الآية الأولى.

² - سورة النحل، الآية رقم 91.

³ - الرجوع عن العقد في ظل القواعد العامة، يشمل عقد الهبة فقط، بخلاف ما هو عليه الحال في تشريعات الاستهلاك التي جاءت بما يعرف بحق العدول عن العقد يشبه إلى حد كبير ما يعرف بالرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي.

الوارد عليه، وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي، ولأن أغلب الخيارات تتشابه فيما بينها من حيث الآثار، وتجنباً للتكرار، اكتفت الدراسة بخيار الرؤية، لكونه من الخيارات الحكمية، فهو يشابه إلى حد بعيد ما جاءت به تشريعات الاستهلاك؛ بشأن حق العدول عن العقد المرتبط بالرضا (الفرع الثالث).

الفرع الأول: آثار الرجوع عن العقد غير اللازم من جانب واحد في الفقه الإسلامي

تناول الفقه الإسلامي الرجوع عن العقد غير اللازم، بشكل خالف فيه ما جاءت به التشريعات الوضعية مراعيًا في ذلك مصالح أطراف العقد على حد سواء من أجل تحقيق التوازن بينهما، وقد اكتفت الدراسة ببحث موقف الفقه من الرجوع عن عقد الهبة (أولاً)، ثم بينت الكيفية التي يتم بها الرجوع (ثانياً).

أولاً- موقف الفقه من الرجوع عن عقد الهبة في الفقه الإسلامي: بالرغم من إمكانية الرجوع عن عقد الهبة قضاءً، أو رضاً إلا أنّ ما يهمننا في هذه الدراسة، هو الرجوع بالإرادة المنفردة، لأجل ذلك سيتم بحث رأي الفقه في الرجوع عن عقد الهبة بالإرادة المنفردة (01)، وبعدها نتطرق للكيفية التي يتم بها الرجوع عن عقد الهبة (02).

01- اتفاق الفقه على الرجوع عن عقد الهبة بالإرادة المنفردة: اتفق فقهاء الفقه الإسلامي، على جواز رجوع الوالد بإرادته المنفردة عن الهبة لولده معتمدين في ذلك على ما ورد عن يزيد يعني ابن زريع، قال: حدثنا حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، عن طاوس، عن ابن عمر، وابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَا يَجِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ الْعَطِيَّةَ، أَوْ يَهَبَ هَبَةً، ثُمَّ يَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَكَدَّهُ"¹.

وفقاً للمذهب المالكي، يثبت الملك في الهبة بمجرد العقد، ويصبح لازماً بالقبض، فلا يحل الرجوع بعدئذٍ أمّا قبل القبض أو بعده فيصح للواهب الأب فقط أن يرجع فيما وهبه لابنه، ما لم يترتب عليه حق الغير، كأن يتزوج مثلاً، أو يستحدث ديناً².

والرجوع في عقد الهبة عند المالكية يسمى "اعتصار الهبة"³، أي يأخذ ما وهبه لولده قهراً، ويتم ذلك إذا رأى في رجوعه ضرورة ما، كالتسوية بين الأولاد في العطية⁴.

ويجوز للوالد اعتصار الهبة (الرجوع فيها) من ابنه ذكراً كان أم أنثى، صغيراً أم كبيراً، غنياً أم فقيراً، بلا عوض، أمّا بالنسبة للأُم فيشترط أن يكون الولد صغيراً ذاكراً، أو أن يكون كبيراً، ويستثنى من الرجوع في الهبة ما أريد به ثواب الآخرة؛ لأنها تصبح بمثابة صدقة⁵.

¹ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: الرجوع في الهبة، رقم الحديث: 3539، ص. 447.

² - أحمد بن محمد الصاوي المالكي، صححه لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعد علي، بلغة السالك إلى مذهب الإمام مالك المعروف (بمحاشية الصاوي على الشرح الصغير)، مكتبة مصطفى الباي الحلبي، 1952، ج. 02، ص. 317.

³ - الاعتصار يكون بما يفيد استرجاع الهبة. للتوسع أكثر يراجع: أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك إلى مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ج. 02، ص. 317.

⁴ - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج. 05، ص. 177.

⁵ - أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك إلى مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ج. 02، ص. 317.

وقد سئل الإمام مالك عن رجوع الأم عن هبتها: أرأيت ما وهبت الأم لولدها، أيجوز لها أن تعتصر منه شيئاً أم لا إذا كانت هي الوصية والولد صغار في حجرها؟ قال: قال لي مالك: إذا وهبت الأم لولدها أو نخلتهم ولهم أب فإن الأم تعتصر ذلك كما يعتصره الأب ما لم يستحدثوا ديناً أو ينكحوا. وما نخلت أو وهبت الأم لولدها الصغار ولا أب لهم، فإنها لا تعتصر ذلك. وليس يعتصر ما يوهب لليتامى ولا ما ينحلون. قال أيضاً: إنما ذلك عندي بمنزلة الصدقة. وما نخل الأب أو وهب لولده الصغار، فإنه يعتصر ذلك ولو لم تكن لهم أم، لأن اليتيم من قبل الأم¹.

وعلى غرار جمهور الفقهاء، يرى الفقه الحنبلي أن الواهب لا يمكنه أن يرجع في هبته، كما لا يمكن لمهد أن يرجع في هديته، إذا عوض عنها²، واستثنى من ذلك حالة الوالد لولده بعبارة: "أمر برده"³. وقد اعتمد أنصار المذهب الحنبلي في رأيهم هذا، على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنهن قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يُتَّبَ مِنْهَا"⁴. وقوله أيضاً: "الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ"⁵.

أما عن استثناء رجوع الوالد على ولده في هبة منحها إياه، فقد استشهدوا بقوله صلى الله عليه وسلم الوارد عن عبد الله بن يوسف قال: أخرجنا مالك، عن ابن شهاب، عن حميد بن عبد الرحمن، ومحمد بن النعمان بن بشير أنهما حدثاه عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إني نخلت ابني هذا غلاماً، فقال: "أَكُلْ وَوَلَدِكَ نَخَلَتْ مِثْلَهُ، قَالَ: لَا، قَالَ: فَارْجِعْهُ"⁶.

وبالمقابل لا يمكن الرجوع في ما وهبه الفرد لذوي رحمه المحرم غير ولده⁷، فهبة الرجل لولده، له الرجوع عنها؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بشيراً برد ما وهب لولده النعمان؛ فالأب لا يتهم في رجوعه؛ إلا لضرورة، أو إصلاحاً للولد، وبالمقابل ليس للجد الرجوع؛ لأنه لا يدخل في معنى الوالد، فهو يدلي بواسطة، ويسقط بالأب. وأما الأم فهناك رأيان: الأول بمنعها من الرجوع لعدم ولايتها على الابن كالوالد، أما الثاني: فيلحقها بالأب بما له

¹ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، ج.04، ط.01، ص.ص.409-410.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.06، ص.65. وشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، دار العبيكان، 1993، ج.04، ط.01، ص.310.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.06، ص.65.

⁴ - سبق تخريجه، ص.32.

⁵ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الهبة، باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، رقم الحديث: 2621، ص.636. ورواه مسلم في الصحيح، كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، رقم الحديث: 1622، ص.709.

⁶ - رواه البخاري في الصحيح، الكتاب: جامع المسند الصحيح المختصر، باب هبة الولد وإذا أعطى ولده شيئاً، رقم الحديث: 2586، ص.157.

⁷ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.06، ص.65. والزركشي، شرح الزركشي، المرجع السابق، ج.04، ص.311.

من رجوع في هبة الولد، لأنها أحد الأبوين، ولأنه يجب عليها التسوية بين ولدها في العتية، فأشبهت الأب، والهبة والصدقة سواء في ذلك¹، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: "العائِدُ في هبته كالعائِدِ في قِيئه"².

وفي رواية لأحمد بن حنبل، أنه لا يجوز الرجوع في الهبة بما في ذلك هبة الوالد لولده، على اعتبار أن الهبة عقد تمليك منجز لا يمكن الرجوع فيها³، وهو رأي الثوري، والعنبري⁴؛ معتمدين في ذلك على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "العائِدُ في هبته كالعائِدِ في قِيئه"⁵. ويرى جانب آخر من الفقه الحنبلي، أنه ليس للأم الرجوع فيما وهبته لولدها⁶.

وفي المنحى نفسه سار الفقه الشافعي، إذ يرى أنه ليس للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبض منها عوضاً قل أو كثر⁷، وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر، ولأن الأب لا يتهم في رجوعه، لأنه لا يرجع إلا للضرورة، أو لإصلاح الولد، وإن تصدق عليه، فالمنصوص أن يرجع كالهبة، ومن أصحاب الشافعي من قال لا يرجع، لأن القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل، فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد، وربما كان الإصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع⁸، فقد يرى صلاح الابن في أن يرجع في هبته؛ إتما بأن يعوضه بما يراه في مصلحته، أو يزجره عن فعل ما لا يجوز، أو بسبب التسوية بين الأولاد⁹.

كما ورد بشأن الجد أب الأب، قولان كذلك مثل ما قيل بشأن الأم، والأصح أن له الرجوع في الهبة لأنه يملك ولاية الزواج، والتصرف في المال مثل الأب¹⁰.

أما بالنسبة لهبة الأم، فلهم قولان كذلك، الأول: يبيح للأم وأمها وأمهات الأب والأجداد من قبل الأم الرجوع فيما وهبوا لأحفادهم، والثاني: لا يبيح لهم الرجوع ويقصر الرجوع على الأب فقط، وقد رجح القول الأول¹¹.

1- ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، 1994، ج. 02، ط. 01، ص. 262.

2- سبق تخريجه، ص. 316.

3- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج. 06، ص. 66.

4- ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج. 17، ص. 87.

5- سبق تخريجه، ص. 316.

6- الزركشي، شرح الزركشي، المرجع السابق، ج. 04، ص. 315.

7- الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج. 04، ص. 65.

8- الشافعي، المجموع في شرح المهذب، المرجع السابق، ج. 15، ص. 380.

9- الشافعي، التهذيب في الفقه الشافعي، المرجع السابق، ج. 04، ص. 537-538.

10- المرجع نفسه.

11- المرجع نفسه.

أما بالنسبة للفقهاء الحنفي، فقد أجاز كأصل عام الرجوع في عقد الهبة، معتمدين في ذلك على قوله تعالى في الآيتين الكريمتين: "وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا"¹، "وَهَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ"².

فالتحية تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال، وتستعمل للدلالة على الرجوع في عقد الهبة³ إلا أنهم يرون أنه على الواهب أن لا يستبد بالرجوع في الهبة، ولا ينفرد بها من غير قضاء أو رضا، إلا الوالد؛ فإن له ذلك إذا احتاج إليه لحاجته، وسمي ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر، وإن لم يكن رجوعاً في الحكم، أما الكراهة فلازمة، وهذا لاستقباحه لا لتحريمه⁴، ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ"⁵، وفي رواية: "الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ، كَالْكَلْبِ يَقِيءُ، ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ"⁶، والعود في القيء حرام، فكذلك الرجوع في الهبة، والهبة عقد تمليك لا يمكن الرجوع فيه كالبيع؛ لأن الرجوع يضاد المقصود بالتمليك، والعقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به، ولكن يثبت حق الرجوع قبل القبض بين الوالد والولد، وهذا لا يوجد فيما بين الأجنبي، وهو معنى قول: "ليس بين الواهب والموهوب له حزنه"⁷.

وأضاف جانب آخر من الفقهاء⁸، أن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا" يحمل معنيين: الأول: يعني أن الرجوع يكون بغير قضاء ولا رضا، وهذا لا يجوز إلا في حالة الوالد مع ولده؛ الذي يمكنه أن يأخذ ما وهبه لابنه دون رضاه، ودون اللجوء للقضاء، خاصة إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه. والثاني: الرجوع هو فسخ العقد بعد تمامه، وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون قضاء أو رضا، حال الرد في المبيع المعيب بعد القبض.

وبهذا يتضح، أنّ الرجوع ليس بمقتضى العقد، بل لتمكن الخلل في المقصود بالعقد وفق قاعدة "المعروف كالمشروط"، والمقصود بالهبة إظهار الجود والسخاء، والتودد وقد حصل ذلك؛ وهذا لأن العوض في التبرعات مقصود وليس مشروط، فإنما يمكن الخلل في بعض المقصود، وذلك يكفي للفسخ مع أن إظهار الجود مقصود كريم

¹ - سورة النساء، الآية رقم 85.

² - سورة الرحمان، الآية رقم 59.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.128.

⁴ - محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري، العناية شرح الهداية، دار الفكر بدون سنة النشر، ج.09، بدون طبعة، ص.ص.40-42.

⁵ - سبق تخريجه، ص.316.

⁶ - رواه البخاري في الصحيح، الكتاب: جامع المسند والمختصر الصحيح، باب: هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، رقم الحديث: 2589، ص.158. ورواه مسلم في الصحيح، كتاب: جامع المسند والمختصر، باب: تحريم الرجوع في الهبة والصدقة، رقم الحديث: 1622، ص.1241.

⁷ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.02، ص.ص.52-53.

⁸ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.128.

الخلق، ولهذا فالراجع في هبته لا يكون كريم الخلق، وعليه لا يمكن الرجوع إلا قضاء أو اتفاقاً، إلا في حالة الوالد مع ولده¹.

أما بالنسبة للرجوع عن الصدقة، فقد اعتمد الفقه الذي يمنع الرجوع فيها على الحديث التالي: حدثنا يحيى بن بكير، حدثنا الليث، عن عقيل، عن ابن شهاب، عن سالم، أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، كان يحدث: أن عمر بن الخطاب تصدق بفرس في سبيل الله، فوجده يباع، فأراد أن يشتريه، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم، فاستأمره فقال: "لَا تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ"²، فبذلك كان ابن عمر رضي الله عنهما "لَا يَتْرُكُ أَنْ يَبْتَاعَ شَيْئًا تَصَدَّقَ بِهِ، إِلَّا جَعَلَهُ صَدَقَةً"³. وكذلك ما ورد عن أبي بكر بن أبي شيبة قال: حدثنا وكيع قال: حدثنا هشام بن سعد، عن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن عمر بن الخطاب، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قَالَ: "لَا تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ"⁴.

واعتماداً على ما ورد من أحاديث، بشأن الصدقة، ذهب أغلب الفقه للقول بعدم جواز الرجوع في الصدقة قياساً على عقد الهبة؛ باعتبارها تبرعاً بالمال بدون مقابل، إذ يرى الفقه الحنفي⁵ أنّ الصدقة لا يمكن الرجوع فيها؛ لأنه يبتغى من ورائها وجه الله، فالصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب، ولا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض، بوجه من الوجوه، وهذا ما ورد بنص المادتين⁶ 835 و⁷ 874 من مجلة الأحكام العدلية وأضاف جانب آخر من الفقه أن الصدقة إذا تمت بالقبض فليس له أن يرجع فيها، سواء كانت لقرابته، أم لأجنبي؛ بالنسبة لما أريد منها، ولا رجوع بعد حصول المقصود، ولهذا لم يكن للمعطي فيه منة على القابض، وإنما له حق الرجوع في ملك ذلك المال المتملك من جهته، وقد انعدم ذلك في الصدقة؛ فلماذا لا يرجع فيها⁸.

وقد ورد عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: "الواهبون ثلاثة": رجل وهب على وجه الصدقة، فليس له أن يرجع فيها، ورجل استوهب فوهب، فله أن يرجع فيها - ما لم يعوض - ورجل وهب بشرط العوض فهي دين له في حياته، وبعد موته، وبيان ذلك: أنّ المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافأة، والمرجع في ذلك إلى العرف

¹ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.12، ص.53-54.

² - رواه البخاري في الصحيح، كتاب الجامع المسند الصحيح المختصر، باب: هل يشتري الرجل صدقته؟، الحديث رقم: 1489، ص.127. ورواه

مسلم، الصحيح، الكتاب: الجامع المسند الصحيح المختصر، باب كراهية شراء إنسان ما تصدق به، الحديث رقم 1621، ص.1240.

³ - رواه البخاري في الصحيح، الكتاب: المسند الصحيح المختصر، الباب: هل يشتري الرجل صدقته؟، الحديث رقم: 1489، ص.127.

⁴ - سبق ترجمته.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.130.

⁶ - "الصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب".

⁷ - "لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه".

⁸ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.12، ص.58.

والعادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه؛ ليصونه بجاهه، وإلى من دونه؛ ليخدمه، وإلى من يساويه ليعوضه، وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لوفد ثقيف لما أتوه بشيء "أَصْدَقَّةُ أُمِّ هَبَةَ؟"¹.

وأما الملكية² فلم يجيزوا الرجوع أيضا في الصدقة، فهي هبة لوجه الله تعالى فلا رجوع فيها أصلاً ولا اعتصاراً³، معتمدين في ذلك على حديث سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "من وهب هبة، وأراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع"⁴.

وفي المعنى نفسه، ذهب الفقه الشافعي⁵، حيث منع الرجوع في الصدقة، لأن المراد منها ثواب الآخرة، ولو تصدق الوالد على ولده بشيء، ففيها قولان: أحدهما: الجواز، كالهبة، والثاني: عدم الجواز؛ لأن الصدقة يراد بها ثواب الآخرة، وقد حصل⁶.

واعتمدوا في ذلك على ما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه قال: "ومن وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد به الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها"⁷، وأضاف الشافعي: "إذا تصدقت المرأة على زوجها بشيء، أو وضعت له من مهرها، أو من دين كان لها عليه فأقامت البينة أنه أكرهها على ذلك والزوج في موضع القهر للمرأة أبطلت ذلك عنها كله"⁸.

أما بالنسبة للفقه الحنبلي، فيجيزون الرجوع في الصدقة مثل الهبة، واعتمدوا في ذلك على حديث النعمان بن بشير، فإنه قال: "تصدق علي أبي بصدقة". وقال: فرجع أبي، فرد تلك الصدقة". واستدلوا أيضا بعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لَا يَجِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ الْعَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَكَدَّهُ"⁹، وهذا يقدم على قول عمر، ثم هو خاص، وحديث عمر عام، فيجب تقديم الخاص¹⁰.

02- اختلاف الفقه بشأن المرحلة التي يتم فيها الرجوع: اتفق فقهاء الفقه الإسلامي على جواز الرجوع عن عقد الهبة بالإرادة المنفرد للواهب، ولكنهم اختلفوا بشأن المرحلة التي يتم فيها الرجوع هل قبل القبض أم بعده فمنهم من اشترط أن يكون الرجوع قبل القبض (أ)، ومنهم من رأى أنه لا مجال للرجوع إلا بعد القبض (ب).

¹ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.12، ص.54.

² - القراني، سعيد أعراب الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994، ج.06، ط.01، ص.223.

³ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ج.03، ط.02، ص.65.

⁴ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.01، ص.94.

⁵ - النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج.15، ص.382.

⁶ - الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج.04، ص.540.

⁷ - الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.04، ص.63.

⁸ - المرجع نفسه، ص.64.

⁹ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: الرجوع في الهبة، رقم الحديث: 3539، ص.447.

¹⁰ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.06، ص.56.

أ- إمكانية الرجوع قبل القبض: جاء بهذا الرأي جمهور الفقهاء، حيث اعتبروا عقد الهبة قبل القبض عقداً غير لازم (جائز) يمكن للواهب الرجوع عنه، وعدم إجباره على تسليم الشيء الموهوب للموهوب له إذا لم يكن قد سلمه له، لتكييفهم للقبض أنه شرط صحة، والحنفية¹، قاسوا الهبة على القرض باعتبارهما من عقود الإرفاق واستدلوا بقول سيدنا عمر رضي الله عنه "الإنخال ميراث ما لم يقبض"².

ووفقاً لما جاء به الفقه الشافعي³، إذا تمت الهبة بالقبض بإذن الواهب أو بتسليم الشيء الموهوب للموهوب له، تصبح ملزمة، ولا يصح الرجوع فيها إلا للأب وإن علا، فيصح للأب أن يرجع في هبته ومثله الجد وإن علا، وكذلك الأم والجددة وهكذا. فللوالد أن يرجع في هبته على ولده سواء كان الولد ذكراً أم أنثى، صغيراً أم كبيراً⁴.

ومن جهة أخرى، اتفق الفقه الشافعي، على أن قبض الهبة بغير إذن الواهب لا يصح كما لو نهاه عن قبضها، لأن التسليم غير مستحق على الواهب، فلا يصح التسليم إلا بإذنه، مثله كحال مشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه، ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض، ولو أذن الواهب في القبض، ثم رجع في الهبة صح رجوعه لأن ذلك ليس بقبض، ولكن لا يمكنه الرجوع بعد القبض، لأن الهبة قد تمت⁵.

وفي المعنى ذاته ذهب الفقه الحنبلي⁶، إذ يرى أن الهبة والصدقة بالنسبة لما يوزن ويكال لا تتم إلا بالقبض والواهب بالخيار قبل القبض، إما بمضيها أو يرجع فيها، وإن قبض الموهوب له الشيء الموهوب بغير إذن الواهب لم تتم الهبة، وبتمام الهبة لا يمكن للواهب الرجوع عنها⁷، غد له ذلك قبل القبض فقط؛ لأن عقد الهبة لا يتم إلا به⁸.

ب- اشتراط الرجوع بعد القبض: ذهب أصحاب هذا الرأي، إلى أن الرجوع في الهبة يجب أن يكون بعد القبض، وجاء بهذا الرأي المالكية ورواية للحنابلة، حيث اعتبروا عقد الهبة قبل القبض عقداً لازماً لا يمكن الرجوع فيه، وعلى الواهب تسليم الشيء الموهوب للموهوب له بمجرد التقاء الإيجاب بالقبول، لتكييفهم للقبض أنه شرط

¹ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج. 01، ص. 50.

² - رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الهبات، باب: شرط القبض في الهبة، الحديث رقم: 11951، ص. 281.

³ - وقد ورد فيه: "ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض". للتوسع أكثر يراجع: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج. 02، ص. 334.

⁴ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص. 67-68.

⁵ - الشافعي، المجموع في شرح المهذب، المرجع السابق، ج. 15، ص. 378-379.

⁶ - حسب ما ورد في القاعدة 40 من قواعد ابن رجب حيث جاء فيها ما يلي: "فلو وهبتك هذا الكتاب وقلت أنت: قبلت، ولكن قبل قبضك إياه بعث الكتاب؛ فهذا جائز لأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض وأنت لم تقبض"، للتوسع أكثر يراجع: القواعد لابن رجب، المرجع السابق، ج. 01، ص. 278.

⁷ - ويتعلق الأمر بما يوزن أو يكال. للتوسع أكثر يراجع: ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج. 06، ص. 41-42.

⁸ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص. 67-68.

تمام الهبة وليس شرط صحة، لذلك لم يميزوا الرجوع إلا بعد القبض بناء على قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُود"¹.

ونخلص ممّا سبق، أن فقهاء الفقه الإسلامي اتفقوا بشأن الرجوع عن عقد الهبة بالإرادة المنفردة، على حالة واحدة فقط، وهي هبة الولد، مع بعض الاختلافات البسيطة بشأن الأم والجد، إلا أنهم اختلفوا بشأن المرحلة التي يتم فيها الرجوع، فالفقه الحنفي يميز الرجوع في الهبة قبل القبض وبعده، باعتبار عقد الهبة عقدا لازما بالنسبة للواهب، أمّا جمهور الفقهاء، فاتفقوا على عدم جواز الهبة قبل القبض، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض. وأضاف جانب آخر من الفقه² بأن الرجوع عن عقد الهبة يكون قبل القبض، لكون عقد الهبة عقد غير لازم يمكن للواهب الرجوع عنه بإرادته المنفردة بصفة مطلقة دون أي قيد.

ثانيا- كيفية الرجوع عن عقد الهبة في الفقه الإسلامي: يترتب على الرجوع عن عقد الهبة، عودة أطراف العقد للحالة التي كانا عليها قبل العقد، شريطة انتفاء موانع تمتع الرجوع عن عقد الهبة (01)، وبعدها يتم بيان حق الواهب في استرداد ما وهبه والتزام الموهوب له برد ما قبضه (02)، مع تبيان على من تقع تبعة هلاك الشيء الموهوب (03)، والتزام الموهوب له برد الزوائد (04)، دون أن ننسى حماية حق الغير من عملية الرجوع بين طرفي عقد الهبة (05).

01- انتفاء موانع الرجوع عن عقد الهبة في الفقه الإسلامي: لم يُترك الرجوع عن عقد الهبة على إطلاقه عند فقهاء الفقه الإسلامي، بل وضعوا له عدة موانع تزيد وتنقص بحسب رأي كل فقه.

وقد أجاز الفقه الحنفي³ الرجوع عن عقد الهبة كأصل عام، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع، خلافا لجمهور الفقهاء الذين نصوا على عدم جواز الرجوع عن عقد الهبة، إلا في حالة الوالد لولده دون تقديم أي عذر مصوغ لذلك إذا انتفت موانع الرجوع، وقد لخص فقهاء الفقه الحنفي موانع الرجوع في عقد الهبة بسبع حالات ممثلة في العبارة التالية: "دمع خزقه"، يمثل حرف الدال الزيادة المتصلة في العين، وحرف الميم موت أحد المتعاقدين والعين تخص الهبة بعوض، والخاء خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له، والزين الزوجية، والقاف قرينة الرحم المحرم، والهاء هلاك الشيء الموهوب، وهذا ما بينته مجلة الأحكام العدلية من المادة 868 إلى المادة 872.

أمّا بالنسبة لجمهور الفقهاء، فالأصل عندهم عدم جواز الرجوع عن عقد الهبة، إلا حالة الوالدين مع أولادهما، ولكنهم قيّدوا هذا الاستثناء بضرورة انتفاء موانع محددة، تتعلق بخروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب

¹ - سورة المائدة، الآية الأولى.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.551.

³ - محمد بن فرامر بن علي الشهير بملا أو منلا أو المولى خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، ج.02، بدون طبعة ص.222. وعلي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، 1991، ج.02، ص.460. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، المرجع السابق، ج.06، ص.128-129. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.12، ص.56.

له، ويتم ذلك عن طريق التصرف في الشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية، كالبيع، والهبة، والوقف، والإبراء، فيترتب عنه سقوط حق الوالد في استرداد هبته، لتعلق حق الغير بها¹.

وقد فصل الفقهاء الشافعي² والحنبلي³، بعض الشيء في هذا المانع، ورأوا ضرورة توافر الشروط التالية:
- أن يشمل تصرف الولد في الشيء الموهوب تصرفاً كاملاً وليس في جزء منه فقط، إذ يمكن للوالد الرجوع في الجزء الباقي، خلافاً لما جاء به الفقهاء المالكي.

- أن يبقى الشيء الموهوب تحت سيطرة الموهوب له، فإذا رهن الابن العين الموهوبة سقط حق الوالد في الاسترداد، وبزوال الرهن يزول المانع ويمكن للوالد استرداد هبته. كما استثنوا كذلك حالة الإجارة لبقاء الرقبة تحت تصرف الولد، أما حالة الحجر لإفلاس، لتعلق حق الغير به، فيمثل مانعاً من موانع الرجوع، ولكن بزواله يعود حق الرجوع للوالد⁴.

وقد انفرد الشافعية بحالة البيع على خيار، حيث اعتبروه مانعاً من موانع الرجوع، فإذا باع الابن الشيء الموهوب بيع خيار لا يمنع والده من استرداد هبته، لعدم انتقال الملك إلا بعد انتهاء مدة الخيار حسبهم⁵.
ويتمثل المانع الثاني في هلاك الشيء الموهوب، بسبب فناءه، فلا يمكن للوالد طلب بدل الشيء الموهوب أو قيمته لعدم ورود العقد عليه⁶.

وقد اعتبر كل من الفقهاء الشافعي والحنبلي موت أحد المتعاقدين مانعاً من موانع الرجوع، فلا يحق لورثة الواهب أن يستردوا ما وهبه مورثهم، لأن خروج الملك بالإرث يعد مانعاً من موانع الرجوع، حيث أن الحقوق لا تورث وحدها، بل تتبع المال في التورث، فورثة الميت لم يملكوا الهبة من جهة مورثهم، كما أن حق الرجوع مرتبط بالواهب فلا ينتقل لورثته⁷.

¹ - خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002، ج. 04، ص. 570.

² - الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج. 03، ص. 568-569.

³ - المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلوي، 1995، ج. 17، ط. 01، ص. 81.

⁴ - المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق، ج. 17، ص. 99. والشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج. 03، ص. 570.

⁵ - الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج. 03، ص. 569.

⁶ - المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق، ج. 17، ص. 99. والشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج. 03، ص. 570.

وخلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، المرجع السابق، ج. 04، ص. 367.

⁷ - المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق، ج. 17، ص. 99. والشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج. 03، ص. 570.

أما بالنسبة للفقهاء المالكي¹، فلم يتطرق لموت الواهب، وإنما اعتبر المرض المخوف (مرض الموت) مانعا من موانع الاعتصار، وهو ما يفيد اتفاهه مع جمهور الفقهاء لأن اعتبار المرض المخوف مانعا يفيد أن الموت أولى من ذلك، بحسب رأي بعض الفقهاء².

وبالنسبة لخروج الشيء الموهوب من ملك الواهب، تطرق جمهور الفقهاء لزيادة الشيء الموهوب، وهي نوعان: زيادة متصلة، ومنفصلة، وقد اختلف الفقهاء بشأنها إلى رأيين: حيث ذهب كل من الفقهاء المالكي³ والحنبلي⁴ في إحدى أقواله، إلى أن الزيادة المتصلة تعد مانعا من موانع الرجوع في عقد الهبة، شريطة الزيادة في قيمة الشيء الموهوب، لأن الزيادة في الشيء الموهوب لا تعد من محل عقد الهبة، فهي ملك للموهوب له لم تنتقل له من طرف والده، كما أن حق المملك أقوى من حق الرجوع.

أما الرأي الثاني فهو للفقهاء الشافعي⁵، والحنبلي⁶ في رأيه الآخر، حيث اعتبر الزيادة المتصلة مانعا من موانع الرجوع، معتمدين في ذلك على قاعدة "الفرع يتبع الأصل".

وقد رجح بعض الفقهاء الرأي الأول، ورأى أن الزيادة المتصلة تعتبر مانعا من موانع الرجوع في عقد الهبة، على اعتبار أنها تعد من خالص ملك الابن⁷، أما الزيادة المنفصلة فقد اتفق جمهور الفقهاء على أنها لا تعد مانعا من موانع الرجوع عن عقد الهبة⁸.

02- حق الواهب في استرداد ما وهبه والتزام الموهوب له برد ما استلمه: إذا انفسخ العقد بالرجوع، عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب، ويملكه الواهب وإن لم يقبضه؛ لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك، كالفسخ في باب البيع، والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له، حتى لو هلك في يده لا يضمن؛ لأن قبض الهبة قبض غير مضمون، فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان، فلا يصير مضمونا عليه إلا بالتعدي، كسائر الأمانات، ولو لم يتراضيا على الرجوع، ولا قضى القاضي به⁹.

1- خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، المرجع السابق، ج.04، ص.366.
2- مايا الدقابشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري)، دار هومة، الجزائر، 2015، ص.148.
3- خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، المرجع السابق، ج.04، ص.361.
4- المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق، ج.17، ص.97.
5- الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج.03، ص.571.
6- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.06، ص.58.
7- مايا الدقابشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، المرجع السابق، ص.148.
8- الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج.03، ص.570. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.06، ص.58. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج.04، ص.111.
9- التسولي، البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام)، ضبط وتصحيح: عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ج.02، ص.406-408. وشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشريبي الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج.03، ص.570. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.06، ص.56-57.

ومن جهة أخرى، يرون أن ملك الواهب لا يزول إلا بالقبض، بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع فالواهب يملكه بدون القبض؛ لأن اتفاقهما على الرجوع، اتفاق على الفسخ، ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد، ثم إذا قبض الواهب الموهوب له قام ذلك مقام الرجوع؛ لأن الرجوع مستحق، فتقع الهبة عن الرجوع المستحق أما الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها، لأن الهبة المبتدأة لا تتم بدون قبض¹.

ويلتزم الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب، إذا كان لا يزال قائما بعد الرجوع في الهبة، بأي طريقة كان الرجوع، سواء بالإرادة المنفردة للواهب، أم بالتراضي، أم بالتقاضي، فيتم رد الشيء للموهوب له إلى قديم ملك الواهب وإن لم يقبضه، لأن القبض معتبر في انتقال الملك لا في عودة قديم الملك².

03- تحمل الواهب تبعه الهلاك: إذا تم الرجوع عن عقد الهبة، تصبح يد الموهوب له هي يد أمانة³، فلا يتحمل تبعه هلاك الشيء الموهوب إذا ثبت الرجوع في الهبة، حتى لو هلك في يده لا يضمن، فيترتب على هلاك الشيء الموهوب كل ما يترتب على هلاك سائر الأمانات، فالموهوب له لا يضمن هلاك الشيء الموهوب إلا بالتعدي، وبهذا يتحمل الواهب تبعه هلاك الشيء الموهوب⁴.

أما إذا امتنع الموهوب له عن رد الشيء الموهوب بعد إعداره بالردّ، تحولت يده إلى يد ضمان، فيتحمل تبعه الهلاك حتى ولو كانت بالسبب الأجنبي؛ لأنه متعد، والمتعدي ضامن⁵، أما بالنسبة للزوائد، فلم يرد عليها العقد حتى يتم الرجوع فيها، وإنما ورد على الأصل⁶.

04- التزام الموهوب له برد الزوائد: يقصد بالزوائد الثمار التي نتجت عن الشيء محل الهبة بعد قبضه، وهي نوعان: زيادة متصلة، وزيادة منفصلة⁷.

والزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب أم لا، وسواء كانت متولدة أم غير متولدة عن الأصل، كما لو كانت دارا فبنى فيها، أو أرضا فغرس فيها غرسا، لأن الزيادة ليست بموهوبة، فلم يرد

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.134. وعلي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، 1991، ج.02، ص.ص.458-460.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.134.

³ - "اليد يد أمانة، إما أن يحصل منها تعدي أو يحصل منها تفريط، فإذا حصل منها التعدي أو حصل التفريط تقول: يجب عليها أن تضمن السلعة وأن تضمن المتاع والطعام والسيارة والأرض، ويجب عليها أن ترد ما أخذته على الوجه المطلوب، وإذا قلت: إن اليد يد ضمان فإنه يضمن سواء فرط وتعدي أو لم يفرط". للتوسع أكثر يراجع: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع (دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية) ج.200، ص.03.

موجود بالموقع: <http://www.islamweb.net> اطلع عليه يوم: 2021/06/18 على الساعة 15:44.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.629. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.134.

⁵ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.629.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.129.

⁷ - مايا الدقابشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، المرجع السابق، ص.185.

عليها العقد ابتداءً، فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ بعدها، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة؛ لأنه غير ممكن، فامتنع الرجوع أصلاً¹.

أما الزيادة المنفصلة، فإنها لا تمنع الرجوع؛ سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والتمر، أم غير متولدة، كالأرض²، والعقر والكسب والغلة، لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد، فلا يرد عليها الفسخ، وإنما ورد على الأصل ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة³.

فمن خلال ما سبق بيانه، يتضح أن الآثار المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة بالإرادة المنفردة، هي التزام الموهوب له برد ثمار الشيء الموهوب من وقت علمه بإرادة الواهب بالرجوع عن هبته، وفق قاعدة: "الخراج بالضمان"، وقاعدة: "الغنم بالغرم"، فالموهوب له قبل الرد كان مستغلاً للشيء الموهوب، وبعد طلبها من طرف الواهب لم يبق له حق فيها ولا في ثمارها وهي من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الفقه الإسلامي⁴.

05- حماية حق الغير من آثار الرجوع عن عقد الهبة: انفرد الفقه الإسلامي في بحثه لآثار الرجوع عن عقد الهبة، عن غيره من الفقه والتشريع الوضعي، ففقهاؤه عكسوا المعادلة، وبحثوا أثر حقوق الغير على الرجوع عن عقد الهبة، على اعتبار أن حق الغير أقوى من أن يتأثر بالرجوع عن عقد الهبة؛ لأنه حق اكتسب بطريقة شرعية، مقارنة بحق الرجوع عن عقد الهبة الذي هو حق ضعيف، فهو استثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بلزوم العقود وضرورة الوفاء بها⁵.

وبناء على ما سبق، لا يهم إن كان التصرف في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً، أو رتب عليه حقاً عينياً ولا يهم إن سجلت صحيفة الدعوى قبل الرجوع أم بعده، ففي جميع الأحوال لا يمكن للواهب أن يسترجع الشيء الموهوب من يد الغير حسن النية⁶.

واعتماداً على ما تم بيانه، فلا يكون للرجوع عن عقد الهبة أثراً رجعياً بالنسبة للغير، بأي طريقة حصل الرجوع، حماية لمصالح الغير حسن النية وفق قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، وكذلك ما ورد بنص المادة 212 من مرشد الحيران⁷، حيث جاء فيها ما يلي: "إنما تجري أحكام العقود في حق العائدين ولا يلزم بها غيرها...".

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.129.

² - والأرض: "هو قيمة ما بين الصحيح والمعيب"، عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله بن جبرين، شرح أخصر المختصرات، ج.27، ص.07. للتوسع أكثر يراجع: <http://www.islamweb.net> اطلع عليه يوم 2021/05/09 على الساعة 00:28. وعرف أيضاً "بأنه يجب في إتلاف ما دون النفس". للتوسع أكثر يراجع: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قبيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1988 ج.01، ط.02، ص.212.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.06، ص.129.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.632.

⁵ - المرجع نفسه، ص.637.

⁶ - المرجع نفسه، ص.638.

⁷ - محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المرجع السابق، ص.34.

ويضيف الفقه الشافعي، أنّ الوالد لا يمكنه الرجوع في عقد الهبة، إلاّ إذا كان الشيء الموهوب باق في ملك الابن؛ لأنه إبطال لملك الغير، فإن عاد إليه بسبب جديد، كبيع أو إرث أو وصية، لم يملك الرجوع أيضا لأنه ملكها من جهة أخرى، وليس من جهة أبيه، أمّا إن عادت بفسخ أو إقالة، فله الرجوع على أحد الوجهين¹. ويظهر ممّا سبق، حماية التي أولاها فقهاء الفقه الإسلامي لحق الغير حسن النية الذي ينتقل إليه الشيء الموهوب، سواء كان حقا عينيا أصليا، أو تبعا، أم حقا شخصيا، يكسبه ملكية الشيء الذي انتقل إليه من الموهوب له.

الفرع الثاني: آثار الرجوع عن العقد غير اللازم من الجانبين في الفقه الإسلامي

يشمل الرجوع عن العقد ير اللازم من الجانبين جملة من العقود، نخص بالدراسة حالة واحدة، تتمثل في عقد الوكالة، بالنظر لأهميته وقيّمته بين الناس، حيث يشق على الشخص ممارسة كل تصرفاته بنفسه، فيضطر لتوكيل شخص آخر للقيام بذلك، لذا سنبين رأي الفقه بخصوص الرجوع عن عقد الوكالة بالإرادة المنفردة (أولا) وبعدها سيتم بحث الكيفية التي يتم بها الرجوع (ثانيا).

أولا- موقف الفقه الإسلامي من الرجوع عن عقد الوكالة: اتفق فقهاء الفقه الإسلامي على حق الرجوع² عن عقد الوكالة بالإرادة المنفردة بدون عوض، بصفته من عقود الإطلاقات التي تمكن الغير من التصرف نيابة عن الأصيل، ولكنهم اختلفوا بشأن الوكالة بعوض، ولأجل ذلك سنخص بالدراسة ما اتفق عليه فقهاء الفقه الإسلامي، وهو الرجوع عن عقد الوكالة بدون عوض، لأن آثار الرجوع عن عقد الوكالة بعوض في أغلبها تشبه إلى حد بعيد آثار الرجوع عن الوكالة بدون عوض.

والوكالة بدون عوض³، تكون من باب التفضّل من الوكيل، فيمكنه تركها متى شاء، وفي الوقت نفسه يمكن للموكل عزله متى شاء كذلك، لأنها من العقود التي تبني على الثقة، فلا يمكن إلزام الموكل بالإبقاء عليها فقد يرى مصلحته في ترك ما وكل فيه، أو يريد توكيل شخصا آخر، والحال نفسه بالنسبة للوكيل الذي تطوع

¹ - الشافعي، المجموع في شرح المهذب، المرجع السابق، ج.15، ص.385.

² - "إن الرجوع والإلغاء عند فقهاء الفقه الإسلامي له معنى واحدا، إذ هما من قبيل المتباين المتصل الذي تتعدد ألفاظه ومعانيه، ويمكن اجتماع هذه المعاني على مضمون واحد كناطق وفضيح..."، بينما يفرق القانون الوضعي بينهما على أساس أن الإلغاء ليس له أثرا رجعيا، أما الرجوع فله أثرا رجعيا والصحيح على ما يبدو هو رأي الفقه الإسلامي، لأن الأثر الرجعي يتعلق بطبيعة العقد في حد ذاته، وليس بإعطاء الوصف القانوني له من طرف التشريعات، فالإلغاء يكون ذا أثر رجعي في حالة التي يعلم فيها الوكيل بانتهاء الوكالة، ويستمر في تصرفاته بصفته وكيلا مع شخص حسن النية. للتوسع أكثر يراجع: إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص.144-145.

³ - تتم الوكالة في جملة من العقود نذكر منها ما يلي: "الحوالة، الرهن، الضمان، الكفالة، الشركة، الوديعة، الإجارة، القرض، الهبة، الصلح..." للتوسع أكثر يراجع: ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.05، ص.64.

لخدمة الموكل؛ إذ يمكنه الرجوع عن الوكالة متى شاء بإرادته المنفرد كذلك؛ فقد يجد نفسه غير متفرغ لأعمال الوكالة، فيكون اللزوم مضراً بهما معاً¹.

وما تجب الإشارة إليه، أنّ الرجوع عن عقد الوكالة بالإرادة المنفردة يتطلب توافر شروط محددة، تتمثل خاصة في انتفاء الأثر الرجعي باتفاق جميع الفقهاء، الحنفية²، والمالكية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵، إلى جانب علم الطرف الآخر بالرجوع عن العقد، لأنه عقد تمّ بهما وتعلق به حق كل واحد منهما، حسب رأي الحنفية⁶، وقول مالك⁷ والشافعي⁸، ورواية عند أحمد⁹.

وعلى هذا، فللوكيل عزل نفسه بشرط علم الموكل كما في عزل الموكل والوكيل بقبض الدين لا بحضور المدين له، فلو دفع المدين دينه إلى هذا الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ، وكذلك إذن المرتهن للراهن في التصرف إذا منع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم، واستدلوا في ذلك، بمقارنة العزل بالفسخ، فكلاهما رافع للعقد، والفسخ لا يلزم حكمه إلا بالعلم به¹⁰.

ومن جهة أخرى رأى جانب آخر من الفقه¹¹، بأنه لا حاجة لعلم الطرف الآخر بالرجوع عن العقد معتمدين في ذلك على القاعدة الفقهية التي تقول: "من لا يعتبر رضاه في فسخ عقد لا يعتبر علمه"، فتصرف الوكيل نافذ قبل وبعده: "فإن عزله وهو غائب انعزل في الحال؛ لأنه لم يحتج للرضا؛ فلم يحتج للعلم كالطلاق

¹ - الشافعي، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج.03، ص.257. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.05، ص.88. ووهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج.09، ص.124.

² - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.292.

³ - الخطاب الرعيبي، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج.07، ص.302.

⁴ - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج.03، ص.285-286.

⁵ - فقد ورد بهذا الشأن "لو فسخ المالك المضاربة... فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ"، فالنص يفيد أن عامل المساقاة له أجرة المثل إذا فسخ عقد المساقاة قبل ظهور الثمر، وهذا يدل على أن الإنهاء بالإرادة المنفردة ليس له أثر رجعي، وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.438-439. وللتوسع أكثر يراجع: ابن رجب، القواعد، المرجع السابق، ص.28.

⁶ - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، مصر، 1937، ج.02، ص.163. والزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.04، ص.263.

⁷ - الخطاب الرعيبي، مواهب الجليل، ج.07، المرجع السابق، ص.302. ومالك بن أنس الأصبحي المدني، شرح الموطأ، عبد الكريم بن عبد الله بن عبد الرحمن بن حمد الحضير، دروس مفرغة من موقع الشيخ الحضير، ج.97، ص.24.

⁸ - الشافعي، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج.03، ص.261.

⁹ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.05، ص.89.

¹⁰ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.07، ص.187. وابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.08، ص.138-140. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.04، ص.86. وابن رجب، القواعد، المرجع السابق، ص.114-115.

¹¹ - الشافعي، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج.03، ص.257. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.45. وأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، لبنان، 1995، ج.02، ص.436. والرملی، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج.05، ص.53.

وينبغي للموكل الإشهاد على العزل؛ إذ لا يقبل قوله فيه بعد تصرف الوكيل وإن وافقه بالنسبة للمشتري مثلاً من الوكيل".

ف عزل الموكل لوكيله، ينتج أثره في الحال، بالنظر للاعتبارات التي يقوم عليها عقد الوكالة، فزوال عنصر الثقة بين الموكل والوكيل مثلاً لا يحتاج لعلم الوكيل بالعزل، لأنه لا يفيد في الشيء، إلا أن علم الوكيل بالعزل أفضل من عدم علمه، منعا للضرر، وأقرب لتحقيق العدالة بحسب رأي بعض الفقه¹.

ثانياً- كيفية الرجوع عن عقد الوكالة في الفقه الإسلامي: بداية تجب الإشارة، إلى أن فقهاء الفقه الإسلامي عبروا عن حكم الرجوع في عقد الوكالة بلفظ الرجوع، و بلفظ العزل أحياناً، فعلم أنّ لفظ العزل إنما يقصد به الرجوع، فحيثما ورد لفظ العزل أثناء الحديث عن الرجوع في عقد الوكالة، فإنما يقصد به الرجوع²، وبهذا سيتم بحث أهم موانع الرجوع عن عقد الوكالة في الفقه الإسلامي (01)، وبعدها بيان لحقوق والتزامات طرفي عقد الوكالة بعد الرجوع فيها (02)، وبعدها بحث مسألة من يتحمل تبعه الهلاك في عقد الوكالة في الفقه الإسلامي (03).

01- موانع الرجوع عن عقد الوكالة في الفقه الإسلامي: الأصل في عقد الوكالة عدم اللزوم، ولكن قد تطرأ عليه حالات محددة، تمثل مانعا من موانع الرجوع عنه، وتشمل، حالة تعلق الوكالة بحق الغير (أ)، وإذا وقعت الوكالة على شكل إجارة أو جعالة (ب).

أ- إذا تعلق بالوكالة حق الغير: وتشمل حالتي: الوكالة التي يتضمنها عقد رهن، أين يملك كل من الوكيل والموكل الرجوع عن عقد الوكالة، لأنها من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بذل نفع، ولكن إن ترتب على عزل الوكيل من الموكل أو من نفسه بعد مباشرته الوكالة ضرر على الوكيل أو الموكل، فهنا يصبح عقد الوكالة ملزماً دفعا للضرر، كحالة الوكالة ببيع الرهن؛ سواء كانت مشروطة في الرهن أم بعده، وإذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول أجل يمنع الرجوع فيها³، والحالة الثانية تشمل: حالة الوكالة بالخصومة، كمن يوكل شخصا عنه لتولي أموره في سير الدعوى القضائية في غيبته، فليس له عزل الوكيل، لأن المدعي يتضرر لاختفاء المدعى عليه شريطة أن تكون الوكالة خلال غيبة المدعى عليه، وكذلك حالة حضور الوكيل في الخصومة في عدة جلسات عند

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.384.

² - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.05، ص.536. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق ج.06، ص.38. وأنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.181. ونايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.319. وابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.08، ص.501.

³ - عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة، دار الوطن، المملكة العربية السعودية، 1432، ج.04 ط.01 ص.198. ومحمد بن علي بن محمد الحِصْنِي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية 2002، ج.01، ط.01، ص.509.

القاضي، فإذا انعقدت الخصومة؛ لا يمكن للموكل أن يعزل وكيله، وليس للوكيل أن يعزل نفسه، حتى لا يزيد وقت الخصومة، فيؤخر الفصل في الحكم، مما يسبب ضرراً للغير¹.

ب- إذا وقعت الوكالة على شكل إجارة، أو جعالة: إذا اجتمعت شروط الإجارة في عقد الوكالة، تشكل مانعا من موانع الرجوع في عقد الوكالة، فإذا كانت بأجر فحكمها حكم الإجارة، لأن الموكل قد بذل ماله للوكيل على أن يقوم بأعمال الإجارة نيابة عنه، وبالمقابل يكون الوكيل قد استعد للعمل بمقابل، فيلزم العقد؛ لأن الرجوع عنها يتضرر الطرفان، فالوكيل يجرم من الأجرة التي عمل مقابلا لها، والموكل يتضرر من عدم إتمام العمل الذي بذل من أجله²، وتتمثل الصورة التي تقع فيها الوكالة على شكل الإجارة؛ أن يوكل شخص آخر على يقوم بعمل ما بأجرة معلومة، كقوله: وكلتك على تقاضي ديني من فلان وقدره كذا³، فالإجارة بيع المنفعة قياس بيع العين والوكيل وكيل في إضافة العقد إليه، وكان في حقوق العقد كالعقد لنفسه⁴.

أما إذا وقعت على شكل جعالة، ففي هذه الحالة يمنع من الرجوع فيها إذا شرع الوكيل في القيام بعمله أما قبله فلا يمنع الرجوع فيها، لأن عقد الجعالة يلزم طرفيه⁵، وصورة الجعالة أن يقول وكلتك على مالي من الدين من غير تعيين قدره، أو يعين له قدره ولكن لا يعين له من هو عليه، وليس المراد أنها وقعت بلفظ الجعالة، بل لأن الزمن عين فيها أو العمل⁶.

فالرجوع عن عقد الوكالة لا يسري إلا في حق المتعاقدين فقط، فإذا تعلق حق الغير بعقد الوكالة لزم العقد، وامتنع الرجوع فيه، لارتباط حق الغير به.

02- حقوق والتزامات الطرفين بعد الرجوع عن عقد الوكالة في الفقه الإسلامي: إذا كان الرجوع في العقود المالية كأصل عام لا يخرج عن أمرين: فسخ العقد واعتباره كأن لم يكن، ورجوع الطرفان للحالة التي كانا عليها قبل العقد، مع حفظ حق الغير حسن النية⁷، فالأمر نفسه في حال الرجوع عن عقد الوكالة، ولكن الرجوع لا يكون بأثر رجعي؛ إلا في حالة واحدة، تتمثل في الحالة التي يعلم فيها الوكيل بانتهاء الوكالة، ويستمر في تصرفاته بصفتها وكيلا مع شخص حسن النية⁸.

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.07، ص.187. ومحمد بن علي بن محمد الحِصْنِي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، المرجع السابق، ص.507. ومحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البانربي، العناية شرح الهداية، المرجع السابق، ج.08، ص.137.

² - نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.322.

³ - محمد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج.06، ص.86.

⁴ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.09، ص.133.

⁵ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج.04، ص.60.

⁶ - الخرشني المالكي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج.06، ص.86.

⁷ - أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.294.

⁸ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.145.

ومن جهة أخرى، يمكن للوكيل عزل نفسه، كأن يقول عزلت نفسي، أو رددت الوكالة، أو رجعت فيها ونحوها، وقد يشترط ضرورة علم الموكل لأن الوكيل تصرف بأمر الموكل، فلا يصح رد أمره دون علمه صيانة لحق الموكل¹، وللوكيل حق الرجوع على الموكل بما أنفقه من مال في أداء مهامه، سواء بشراء سلع، أم قضاء دين، وما شابه².

ويمكن الاعتماد في التراد بين الوكيل والموكل في عقد الوكالة، على قوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا"³.

03- تحمّل تبعة الهلاك بعد الرجوع عن الوكالة في الفقه الإسلامي: بداية تجب الإشارة، إلى أنّ الأصل في الأموال التي يمكن ضمانها في الفقه الإسلامي نوعان، هما يد ضمان، ويد أمانة، فيد الضمان توجب على صاحبها الضمان عند التلف؛ سواء كان ذلك بسببه أم بسبب سماوي، أمّا إذ كانت يد أمانة فلا يجب على صاحبها الضمان إلاّ إذا قصر في حفظها أو تعدى، لأن الأصل في الأمين أنه ملزم برد الأمانات التي تشغل ذمته ما دامت قائمة، فإن هلكت انقضت ضمانه، ولا يطالب بشيء، شريطة أن لا يكون هناك تعدّد، أو تقصير⁴، ومن أمثلة يد الأمانة يد الشريك، ويد الوكيل⁵. وبهذا فيد الوكيل بعد الرجوع في عقد الوكالة هي يد أمانه⁶.

فالوكيل يأخذ صفة الأمين في عقد الوكالة، لأجل ذلك لا ضمان عليه فيما تلف إذا لم يكن متعدّد، لأنه مقيد بما يقضي به الشرع في تنفيذه لعقد الوكالة بعدم الإضرار بالغير، مصداقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"⁷، ومن جهة أخرى فهو مقيد بما يأمره به الموكل، وما يقضي به العرف في المعاملات أمّا إذا كانت الوكالة بدون قيود، فيصبح الوكيل ضامناً لما أتلفه من مال موكله إذا لم يسلك في المحافظة عليه سلوك الرجل العادي، كأن يوكل شخص ببيع مسكن؛ فيهدم ذلك المسكن قبل اتمام البيع، أو يوكل في بيع سيارة فتحترق قبل بيعها، أو يضيع المال الذي بيعت به السيارة، ففي هذه الحالات يكون ضامناً، مع الاعتداد بقول الوكيل في نفي التفريط والتعدي والهلاك مع يمينه، لأن الأصل عدم التفريط لأنه مؤتمن⁸، وباعتبار الوكالة إذن في التصرف مع استئمان، فإذا زال أحدهما لم يزل الآخر، (ويضمن) الوكيل ما تعدى فيه أو فرط، ولا يزول الضمان عن عين ما

¹ - الشافعي، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج.03، ص.258.

² - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، 2000، ص.24.

³ - سورة النساء، الآية رقم 58.

⁴ - للتوسع أكثر يراجع: علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.78-81. ومصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، 2004، ج.01، ط.02، ص.91.

⁵ - للتوسع أكثر يراجع: علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.78-81.

⁶ - المرجع نفسه، ص.134.

⁷ - سبق تخريجه، ص.188.

⁸ - عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة، المرجع السابق، ج.04، ط.01، ص.208.

وقع فيه التعدي بحال، لأن الأمانات كلها يجب حفظها على من هي بيده، وهو غير ملزم بردها فوراً قبل طلبها أمّا بعد الطلب فيجب ردها على الفور، فإن تراخى بعد الطلب وتلف؛ وجب عليه ضمانها¹، ومن ذلك، إذا باع الوكيل، ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد، فلا ضمان عليه، فإن اتهم، حلف².

ويظهر مما سبق بيانه، أنّ يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان، إذا خرج صاحبها عن حدود ولايته، كيد الوديع ويد الشريك، ويد الوكيل، سواء كان ذلك بعقد كالوكيل، أم بالاستلاء قصد حفظه ورده لمالكه، فالوكيل ملزم بالحفاظ على مال الموكل بما يحفظ به ماله، ولا يمكنه التصرف إلا في حدود ما يقضي به العقد، وإذا تجاوز ذلك تحولت يده من يد أمانة إلى يد ضمان، كإقدام الوكيل على مخالفة تعليمات موكله³.

وقد أكد بعض الفقهاء على ما تقدم بيانه، حيث اعتبر ما تلف في يد الوكيل بلا تقصير، ولو بعد العزل لا ضمان عليه⁴، أمّا الضمان فيكون كالاتي: إذا كان المال مثلياً كان الوكيل ضامناً لمثله، وإن كان قيمياً ضمن قيمته، وكذلك إذا كان مثلياً وتعذر الحصول على المثل فإنه يضمن، وتعتبر القيمة التي يضمنها الوكيل بقيمة الشيء يوم التعدي والتلف، أو الهلاك، لا من أي وقت آخر⁵.

الفرع الثالث: آثار الرجوع عن العقد الذي لحقه خيار الرؤية في الفقه الإسلامي

الأصل في الخيار أنه يلحق العقد اللازم؛ فينزع منه اللزوم لصالح من شرع له، وقد انفرد الفقه الإسلامي بالخيارات كأصل عام وفق نظرية محكمة تعرف بـ "نظرية الخيار في الفقه الإسلامي"، قد اعتمدته بعض التشريعات التي تأثرت به، ويعد الرجوع في العقد بسبب الخيار الجزء المكمل لمجال الرجوع عن العقد، وبناء على ما سبق بيانه، سيتم التطرق لأثر خيار الرؤية على العقد كأصل عام (أولاً)، ثم بعد ذلك، سيتم بحث أثر خيار الرؤية قبل تمام العقد (ثانياً)، وبعد تمامه (ثالثاً).

أولاً- أثر خيار الرؤية على العقد كأصل عام: يتمثل أثر الخيار كأصل عام على العقد في النتيجة التي يحدثها من حيث إمضاء العقد أو فسخه والرجوع فيه، بعد أن يكون قد استكمل أركان قيامه وشروط صحته، فيجعل العقد اللازم عقداً غير لازم يمكن الرجوع فيه بالإرادة المفردة لمن له حق الخيار، فيمنع تمام الحكم⁶. ويتمثل الأثر الظاهر لخيار الرؤية، فيما يطرأ على صفة العقد، إذ يترتب على ثبوت هذا الخيار أن يصبح العقد الذي يلحقه غير لازم، ويعد هذا الأثر عنصراً مشتركاً بين كل عقد اقترب به حق خيار، أياً كان سبب الخيار، ويرد أثر الرجوع عنه بسبب الخيار إلى صفتين أساسيتين هما: أنه مستمد من تعريف الرجوع بسبب الخيار

¹ - السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ج.03، ص.ص.457-460.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.05، ص.74. للتوسع أكثر يراجع الصفحات: ص.76 وص.77، وص.78، وص.79.

³ - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.131-132.

⁴ - الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج.05، ص.53.

⁵ - عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة، المرجع السابق، ج.04، ط.01، ص.208.

⁶ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.679.

وهو لا يخرج عن كونه اختياراً للرابطة العقدية بالإرادة المنفردة، والثاني أنه لا يرد إلا على محل العقد اللازم القابل للفسخ¹.

ولتأكيد ما تم بيانه، يرى بعض الفقهاء، أن أثر خيار الرؤية على العقد المقترن به، يمنع لزوم العقد حتى بعد القبض، فالصفقة مع خيار الرؤية لا تكتمل حتى ولو حصل القبض والتسليم بالفعل، لأن عدم الرؤية يمنع إكمال العقد، فيملك المشتري مع خيار الرؤية الرجوع عنه بإرادته المنفردة؛ سواء قبل القبض أم بعده، وإذا كان خيار الرؤية يمنع لزوم العقد ويجعله عقداً جائزاً، فإنه لا يمنع انعقاده صحيحاً، ولا يمنع من نفاذه؛ لذلك تثبت ملكية المشتري للمبيع على الرغم من قيام خيار الرؤية².

وتجدر التذكير أن خيار الرؤية من حيث الحكم لا شبيه له في أغلب القوانين الوضعية، فهو لا يمنع انعقاد الحكم ولكنه يمنع تمامه، لذلك فهو دون الشرط الفاسخ وفوق الشرط الواقف، فهو يمثل مرتبة وسطى بينهما لا تعرفها أغلب القوانين الوضعية³.

ثانياً- أثر خيار الرؤية قبل تمام العقد: ما تجب الإشارة إليه، أنّ العقد الوارد على عين لم يرها المشتري يكون نافذاً إذا توافرت شروط النفاذ، حيث تنتقل ملكية المبيع للمشتري والتمن للبائع، ويستطيع كل منهما التصرف في الحق الذي انتقل إليه بمقتضى العقد، ويترتب على انتقال الملك استئثار المشتري بكل فوائد المبيع، مع تحمله لتبعية الهلاك⁴.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقهاء، أن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشيء قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال، فكان ملحقاً بالعدم، أما الفسخ قبل الرؤية، فقد اختلف بشأنه بين من لم يجزه؛ لأنه لا خيار قبل الرؤية، لأن أوان ثبوت الخيار، هو أوان الرؤية، ولهذا لم تجز الإجازة، فلا يجوز الفسخ، وبين من أجازه، وهو الصحيح؛ لأنه عقد غير لازم، فكان محل الفسخ، كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الإعارة والإيداع، لأن ملك الفسخ لم يثبت حكماً للخيار، وإنما يثبت حكماً لعدم لزوم العقد⁵.

ثالثاً- أثر خيار الرؤية بعد تمام العقد: إذا كان الرجوع عن العقد غير اللازم، يترتب عنه فسخ العقد ورجوع المتعاقدين للحالة التي كان عليها قبل العقد، فالأمر نفسه بالنسبة للرجوع عن العقد بسبب الخيار، فاستعمال من

¹ - فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1313، ج. 04، ص. 24. وعبد الله عبد الله العلفي أحكام الخيار في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1988 ص. 375. وإسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 700. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 05، ص. 292-293.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 05، ص. 292.

³ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 04، ص. 258.

⁴ - عبد الله عبد الله العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري)، المرجع السابق، ص. 385-386.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 05، ص. 295-297.

خوّل له القانون الحق في الخيار، حقه في الآجال المحددة قانوناً، يؤدي إلى اعتبار العقد كأن لم يكن، وإعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل العقد¹.

ويرى بعض الفقه² أن الخيارات تعد سبباً من أسباب فسخ العقد، وفقاً للتعريف الحديث لمعنى الفسخ الذي مفاده: "إنهاء للعقد الصحيح ناتج عن شرط أدرجه المتعاقدان في العقد، أو شرط افترضه الشارع أو ناشئ عن استحالة تنفيذ الالتزام"³، وأضاف جانب آخر من الفقه ما يلي: "... والرّد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع"⁴.

فخيار الرؤية، يمنح صاحبه إمكانية فسخ العقد بإرادته المنفردة دون توقف على رضا الطرف الآخر، أو الرجوع إلى القضاء، إلا من باب كشفه لا تقريره، وفي هذا يتشابه مع حق العدول عن العقد الذي جاءت به تشريعات الاستهلاك.

ويظهر ممّا سبق، أن آثار الرجوع عن العقد بسبب الخيار، لا تخرج عن الآثار المترتبة عن الفسخ؛ المتمثل في رجوع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل العقد، وسيتم بحث ذلك بالنسبة للعقد في حد ذاته (01)، ثم بالنسبة للمتعاقدين (02)، ثم بالنسبة للغير الأجنبي عن العقد (03).

01- أثر ممارسة صاحب خيار الرؤية على العقد: إنّ بحث هذه الجزئية يتطلب ضرورة التمييز بين مرحلة ما قبل رؤية المبيع، ومرحلة ما بعد رؤية المبيع، وذلك ببحث آثار خيار الرؤية بالنسبة لمرحلة ما قبل رؤية المبيع (أ)، ثم في مرحلة ما بعد رؤية المبيع (ب).

أ- أثر خيار الرؤية على مرحلة ما قبل رؤية المبيع: وهي المرحلة التي تميز خيار الرؤية عن غيره من الخيارات حيث تبدأ بانعقاد العقد وتنتهي برؤية المبيع، وقد اختلف الفقه بشأن طبيعة العقد في هذه المرحلة بين من اعتبره غير لازم وبين من يعتبره لازماً.

فقد ذهب جانب من الفقه، إلى أن أثر خيار الرؤية على العقد، هو فسخ له قبل القبض وبعده، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع، وينفسخ بقوله: رددت مع اشتراط علم البائع⁵، ويوضح بعض الفقه أن الفسخ قبل الرؤية يرتبط بعدم اللزوم لا بسبب خيار الرؤية؛ لما في العقد من صفة عدم اللزوم للجهالة المصاحبة له عند العقد، حيث اشتراه دون أن يراه، فهو كالعقود الأخرى غير اللازمة، ففسخه ممكن لهذا السبب، ثم إذا رآه ثبت له

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.488.

² - المرجع نفسه، ص.668.

³ - حسن الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، 1946، ص.32، وعلي مرعي، فسخ العقد في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، مصر، 1945، ص.32. نقلاً عن إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.668.

⁴ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.04، ص.592.

⁵ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.06، ص.28. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.04، ص.592.

خيار الرؤية، فكان سبباً آخر للفسخ، ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد¹، لأن عدم لزوم العقد هو أثر الخيار، والمعروف أن الأثر لا يكون سابقاً في وجوده على المؤثر².

ومن جهة أخرى، ذهب جانب آخر من الفقه³، إلى التفريق في أثر خيار الرؤية على العقد، قبل القبض وبعده، حيث اعتبر العقد في مرحلة قبل القبض عقداً نهائياً وباتاً لا يجوز فسخه، لأن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة التي هي الخيار بالرؤية، فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم إلى غاية الرؤية.

ب- أثر خيار الرؤية على مرحلة ما بعد رؤية المبيع: تبدأ هذه المرحلة بمجرد رؤية المبيع، وتنتهي بأي سبب من أسباب سقوط الحق في الخيار، فبمجرد رؤية المبيع يتحقق آخر شرط من شروط قيام خيار الرؤية، فيصبح من حق المشتري فسخ العقد⁴. وأضاف جانب آخر من الفقه⁵ أن بعد قيام خيار الرؤية يمكن للمشتري فسخ العقد إذا لم يرض بالشيء محل العقد، أو يجيزه ولا يتغير في الأمر شيئاً؛ لأن العقد كان لازماً بدايةً، وبإجازته يبقى الأمر على حاله، فيبقى المبيع في ملك المشتري، والتمن في ملك البائع، لأنه بقيام خيار الرؤية "بتحقق شرطه، وهو الرؤية" فيصبح العقد غير لازم بالاتفاق، ولكن لا يترتب عليه أي أثر في حكم العقد، فلا يمنع انتقال الملك في البدلين لأن سبب العقد قد وجد خالياً من تعليق حكم العقد، فيظل أثره كاملاً كانتقال الملك وغيره.

وتجرب الملاحظة، أن خيار الرؤية من شرائط الفسخ، حيث أنه ببطالان الخيار يلزم البيع، كما يشترط لصحة الخيار علم البائع به، فإن لم يعلم ومضت مدة الخيار لزم العقد، لأنه لو تم الفسخ بغير علم البائع لتضرر به، كحالة عزل الموكل لوكيله، حيث أنه لو لم يعلم البائع بالفسخ وتصرف في المبيع بعد مضي مدة الخيار؛ يجد نفسه تصرف في ملك غيره، مما يستوجب الضمان⁶.

أما عن وقت سقوط خيار الرؤية، فهو محل خلاف عند الفقه، حيث يقسم الفقه هذه التصرفات إلى نوعين، نوع منها يسقط خيار الرؤية سواء تم هذا التصرف قبل الرؤية أم بعدها؛ وهو كل تصرف يوجب حقا للغير كالبيع والإجازة والرهن، لأنه لا خيار قبل الرؤية، وأن ثبوت الخيار هو وقت الرؤية، وبهذا لا يمكن إسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه، أما بعد الرؤية فالخيار، هو من الخيارات الحكمية، وبالتالي لا يمكن إسقاطه، إلا بتعذر الفسخ⁷.

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.03، ص.495. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.295.

² عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ص.388.

³ ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.338.

⁴ عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ص.389.

⁵ ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.03، ص.338.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.273.

⁷ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.297. "إن ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري، وضروري، والاختياري نوعان: صريح، وما يجري مجرى الصريح دلالة (أما) الصريح وما في معناه فنحو أن يقول: أجزت البيع أو رضيت أو اخترت، أو ما يجري هذا المجرى سواء علم البائع بالإجازة أو لم يعلم؛ لأن الأصل في البيع المطلق هو اللزوم، والامتناع لخلل في الرضا، فإذا أجاز ورضي

والنوع الآخر من التصرفات لا يسقط الخيار، إلا إذا تم هذا التصرف بعد الرؤية، ومثله البيع مع شرط الخيار، وقبض العين محل الخيار، لأن هذه التصرفات يكون محلها العين محل الخيار، فمجرد صدورهما يكون الرضا بالعقد وينتهي الخيار¹.

ويظهر مما سبق، أن الآثار المترتبة عن الرجوع عن العقد بسبب الخيار، تتمثل في فسخ العقد، أو إجازته لأن معنى الخيار أن له أن يفسخ، أو يجيز²، فبالنسبة لفسخ العقد الذي هو "رفع العقد من أصله"³، حيث ترفع الآثار المترتبة عنه برجوع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرجع البائع الثمن للمشتري، ويسترد الشيء المبيع منه⁴، لأن الخيارات الحكومية لا تمنع انعقاد العقد، وإنما ترفع لزوم العقد فقط فيصبح غير لازم بالنسبة لمن شرع له، حيث يثبت ملك الشيء للمشتري، والثمن للبائع⁵.

وتجب الملاحظة أن الفسخ نوعان: اختياري وضروري، أما الاختياري، فكقول المشتري فسخت العقد نقضته، ورددت، أما الضروري، فله صورة واحدة وهي هلاك المبيع في يد المشتري⁶. وهذا ما يعرف بالانفساخ دون إغفال للقاعدة المعروفة في الفقه الإسلامي، وهي "الخارج بالضمان" التي تعني أن النماء والغلة للمشتري فيكون الضمان عليه⁷، وتعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وفقا لقواعد التعويض المعروفة.

أما بالنسبة للإجازة، فهي نوعان: إجازة صريحة، وإجازة ضمنية، أما الصريحة فتتم بقول المشتري بعد رؤية المبيع رضيت به، أو أحزته، أو قبلته، وغيرها مما يفيد المعنى نفسه، وهي تنتج أثرها بمجرد تصريح المشتري بها دون اشتراط علم البائع بها، شريطة أن تكون بعد الرؤية⁸. وأضاف جانب آخر من الفقه، أنه لو ثبتت الإجازة قبل الرؤية وأجاز المشتري البيع، لم يثبت له الخيار بعد الرؤية، لأن من ضرورة الإجازة لزوم العقد، ومن ضرورة لزوم

فقد زال المانع فيلزم... كما أن خيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها أما قبلها فلأنه خيار قبل الرؤية؛ لأن أو أن ثبوت الخيار هو أو أن الرؤية فقبل الرؤية لا خيار، وإسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال. وأما بعد الرؤية فلأن الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين؛ لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نفاً ودلالة، وإنما يثبت شرعاً لحكمه فيه فكان ثابتاً حقاً". للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.295-297. وابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ص.341-342.

¹ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص.384-385. للتوسع أكثر يراجع: عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ص.420-421. وعبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.550-552.

² - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.03، ص.338.

³ - ابن رجب، القواعد لابن رجب، المرجع السابق، ج.01، ص.174.

⁴ - إذا كان خيار الرؤية يتعلق بمجموعة من العقود، تتعلق بشراء الأعيان، الإجازة، الصلح عن دعوى المال، والقسمة، إلا أن أغلب الفقهاء ممن تناولوا بالدراسة ألقه بعقد البيع لأجل ذلك، سنركز في هذه الدراسة على عقد البيع. وللتوسع أكثر يراجع: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.04، ص.592-593.

⁵ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.705.

⁶ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.559.

⁷ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.04، ص.315. والبهوتي، دقائق أولى النهى لشرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج.01، ص.641.

⁸ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ص.381. والزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.03، ص.25.

العقد سقوط الخيار، كما أن المبيع قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشئ قبل العلم به والعلم بوجود سببه غير مقبول، ولو صرح بالإجازة في البعض، ولم يجز في البعض الآخر، لم يسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على البائع¹.

أما الإجازة الضمنية، فتستخلص من تصرف المشتري في المبيع، ويقسم الفقهاء تصرف المشتري في المبيع إلى نوعين، نوع يسقط خيار الرؤية، سواء كان أثناء الرؤية أم قبلها، وهو كل تصرف يكسب حقا للغير، كالبيع أما التصرف الذي لا يسقط الخيار إلا إذا كان بعد الرؤية، فيتمثل في البيع مع خيار الشرط، لأن خيار الشرط هو فوق العرض على البيع، والعرض يسقط الخيار، وعرض المبيع للبيع، أو طلب الشفعة بها، وكل هذه التصرفات تدل على الرضا بالعقد وإنهاء للخيار².

02- أثر الرجوع عن العقد بسبب خيار الرؤية بالنسبة للمتعاقدين: لا يوجد فرق في آثار الرجوع عن العقد بسبب الخيار، بين الخيارات الإرادية، والخيارات الحكمية، إلا في كون هذه الأخيرة لا تمنع انتقال الملك، وبالتالي فهي ترتب جميع آثارها بمجرد انعقاد العقد³.

وباختيار المشتري الرجوع عن العقد، يفسخ بالإرادة المنفردة للمشتري، فيرد للبائع المبيع، والردّ بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع، وينفسخ بقوله رددت، إلا أنه لا يصلح الردّ إلا بعلم البائع، وهو يثبت حكما لا شرطا⁴، حيث لا يطرح أيّ إشكال في الحالة التي لا يتغير فيها محل العقد باتفاق الفقه الذي أخذ بخيار الرؤية صراحة⁵، ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، حتى أنه لو تصرف فيه، جاز تصرفه، وبطل خياره ولزمه الثمن، وكذا لو هلك في يده أو صار إلى حال، لا يملك فسخه ويبطل خياره⁶.
أما إذا ازداد المبيع في يد المشتري، فالأمر يختلف بشأن الزوائد المترتبة عنه بحسب طبيعة الزيادة، إن كانت متصلة، أو منفصلة⁷.

1- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.295.

2- المرجع نفسه، ص.296.

3- إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.705.

4- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.06، ص.28. إلا أن ما يلاحظ بشأن الفقه الحنفي أنه اختلف بشأن علم البائع أو عدم علمه بممارسة المشتري لحقه في استعمال خيار الرؤية، إلا أن ما يبدو أنهم رجحوا عدم اشتراط علم البائع لأنه بمثابة حق تقديري يمارسه المشتري حتى لو وجد المبيع سالما من أي عيب لأنه يرتبط بالرضا والرضا أمر نفسي لا يعلمه إلا صاحبه. للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.273.

5- ابن قدامة، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.351. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.51-52، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.309.

6- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.06، ص.28.

7- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.302.

ففي الحالة التي تكون فيها الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن ونمو الحيوان، لا يمنع الفسخ؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل، والأصل، مضمون الرد، فإن الرجوع يشمل رد المبيع ونماءه معاً للبائع، وإذا كانت الزيادة غير متولدة من الأصل كما إذا كان "المبيع سويقاً فلتة المشتري بعسل أو سمن"، فلا مجال للفسخ؛ لأنه إن فسخ فإن الفسخ إما يكون على الأصل وحده، وهذا لا يمكن بسبب استحالة الفصل بين الأصل والفرع، لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا بشكل أصلي ولا فرعي، أو أن يفسخ على الأصل والزيادة معاً، فلا يمكنه الفسخ كذلك لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا أصلاً وتبعاً، فلا تدخل تحت الفسخ كذلك¹.

أما إذا كانت الزيادة تتعلق بالكسب من هبة أو ما يوصى له، أو الأجرة، فإنها لا تمنع الرد، إذ يجب على المشتري أن يرد للبائع الأصل والزيادة معاً، لأن الأصل مضمون الرد، وبالرد يفسخ العقد، وإن كانت الزيادة حصلت على ملكه، إلا أنها تبقى في ضمان المشتري، فهي بمثابة ربح ما لم يضمن²، فتكون للمشتري، ولا مجال للفسخ مع التزامه بالضمان في حال هلاك المبيع بناء على قاعدة "الخراج بالضمان"، وقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ما شاء ثم وجد به عيباً فرده فقال يا رسول الله: إنه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الخَرَجُ بِالضَّمَانِ"³، وقد اقتصر الحديث على التعليل بالضمان، لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه واستبعاده أن الخراج للمشتري⁴.

وإضافة لما تم بيانه بشأن الزيادة المتصلة، يؤكد بعض الفقه⁵ أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ، لأن العقد لا يفسخ إلا فيما ورد عليه، والزيادة الحادثة بعد القبض لم يرد عليها العقد ولا القبض المستحق بالعقد، فيمتنع الفسخ في الأصل لأجلها، لأن الزيادة لا تنفصل عن الأصل، كالموهوبة إذا زادت في بدنها خيراً، لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك لهذا المعنى أنه تعذر فسخ العقد عليه.

أما إذا كانت الزيادة منفصلة، فإن كانت متولدة من الأصل، كالولد واللبن والثمرة، لا تمنع الفسخ فيمكن للبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل لكونها متولدة منه⁶.

أما بالنسبة لمن تعاقد مع من شرع الخيار لمصلحته، وهو البائع، فقد اتفق فقهاء الفقه الحنفي الذين أخذوا بخيار الرؤية صراحة، على أنه لا خيار للبائع في خيار الرؤية، وإنما يخص المشتري فقط⁷.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 05، ص. 302.

² - المرجع نفسه.

³ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، رقم الحديث: 3510، ص. 444.

⁴ - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص. 136. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص. 127.

⁵ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج. 13، ص. 33.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 05، ص. 302. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج. 13، ص. 166.

⁷ - أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، كنز الدقائق، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، 2011 ط. 01، ص. 414.

وما تجب الإشارة إليه، أنّ بعض الفقه¹ أطلق اسم "الغير بمعناه القريب والضيق"، على الطرف الآخر في العقد الذي يلحقه خيار ولا يملك حق الرجوع فيه، أمّا الغير الذي ليس طرفاً في العقد المقترن بالخيار، فأطلق عليه "الغير بمعناه الواسع أو البعيد".

وبالرجوع للقواعد العامة التي جاء بها الفقه الإسلامي، وخاصة قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"، فإنه إذا كان من شأن الرجوع عن العقد الإضرار بالغير، فإنه لا مجال لممارسته حتى ولو كان سيترتب عن عدم ممارسته ضرر لمن شرّح له، فما عليه إلاّ طلب التعويض في حال تضرره².

أمّا بالنسبة لتبعية هلاك الشيء محل العقد، فيخضع لما جاءت به القواعد العامة، على اعتبار أن خيار الرؤية لا يمنع انتقال الملك بين المتعاقدين³، فلو هلكت الزيادة في يد المشتري؛ فلا ضمان عليه؛ لأن المبيع يباع فاسداً مضموناً بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لا أصلاً، بانعدامها عند القبض، ولا تبعاً، لكونها أصل في ذاتها فهي ليست تابعة للأصل، وحتى إن استهلكت من طرف المشتري لا ضمان عليه⁴.

أمّا في الحالة التي ينتقص المبيع وهو في يد المشتري، فإنّ كان النقصان بأفة سماوية، فإنه لا يمنع الاسترداد وللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان؛ لأن البيع يباع فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع أجزائه فصار مضموناً بجميع أجزائه كذلك، والأوصاف تضمن بالقبض، وإن كانت لا تضمن بالعقد، كما في قبض المغصوب، كما يستوي النقصان بالمبيع نفسه مع النقصان بأفة السماوية، والحال كذلك إذا كان النقصان بفعل المشتري، لأنه هو الضامن لو انتقص بغير فعله، فمن باب أولى أن يضمن ما كان بفعله⁵.

أمّا في الحالة التي يكون فيها الهلاك بسبب الغير الأجنبي، فيكون للبائع الخيار، بين أخذ الأرش من المشتري، ثم يرجع على الغير الأجنبي، وإلاّ يرجع مباشرة على الغير الأجنبي⁶.

إن الحالات السابق ذكرها تتعلق بالشخص العادي صاحب النظر السليم، أمّا بالنسبة للأعمى، فإذا اشترى شيئاً، وثبت له الخيار، فإن خياره كذلك يسقط بمسقطات الخيار، ولكن بما يقوم منه مقام الرؤية، وهو الجس فيما يجس، والذوق فيما يذاق، والشم فيما يشم، والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار ونحوها إذا كان الموصوف على ما وصف، وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير، أمّا إذا اشترى البصير شيئاً لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمي، فهذا والأعمى عند الشراء سواء؛ لأنه ثبت له خيار الرؤية، وهو أعمى، فكانت رؤيته رؤية الأعمى⁷.

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 713-714.

² - حسن الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 328.

³ - عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ص. 401.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 05، ص. 293.

⁵ - المرجع نفسه.

⁶ - المرجع نفسه.

⁷ - للتوسع أكثر يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج. 05، ص. 298-299.

03- أثر الرجوع عن العقد بسبب خيار الرؤية بالنسبة للغير الأجنبي عن العقد: أطلق بعض الفقه لفظ

"الغير بمفهومه الواسع أو البعيد"¹ على من لم يكن طرفاً في العقد المقترن بخيار.

إنّ أهم ما يميز خيار الرؤية، أنّ أثر الرجوع عن العقد بسبب خيار الرؤية لا يخرج عن نطاق طرفي العقد الذي يرد عليه الخيار، ولا يتعاده للغير، لأن الحق في الفسخ لا يثبت في خيار الرؤية إلا إذا لم يرتب صاحب الخيار حقاً للغير على الشيء المبيع، وإلا سقط حقه في الخيار والفسخ، فسقوط الخيار هنا ضرورة لحماية حق الغير، إلا في الحالة التي يعود فيها الملك لمن ثبت له حق الخيار عن طريق القضاء، أو تطهيره من الرهن، أو انتهاء الإجارة قبل الرؤية، ثم رآه فيثبت له الخيار².

وفي المعنى ذاته، ذهب جانب آخر من الفقه، إلى أنه إذا تصرف من له الحق في الرجوع في محل العقد خلال مهلة الخيار اتجاه الغير، بالبيع، أو الإيجار، فإن هذا التصرف يعد إمضاء للعقد، يمنع صاحب الخيار من استعمال حقه بالرجوع عن العقد وفق قاعدة "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه..."³.

وبناء على القاعدة السابقة، لا تترتب آثار الرجوع عن العقد بسبب خيار الرؤية في حق الغير الأجنبي عن العقد، إذا ما تصرف المشتري في الشيء محل العقد بالبيع أو غيره من التصرفات الناقلة للملكية، أو رتب عليه حقاً من الحقوق العينية، فإن هذه التصرفات تمنع الرجوع لحماية للغير حسن النية أصالة، وهو التكييف الصحيح بالمعنى الذي يتمشى مع نظرية الرجوع، ولا يكيف بأن الرجوع ليس له أثراً رجعياً بالنسبة للغير ممن تعامل مع المشتري⁴.

وتأكيداً لما سبق، يرى بعض الفقه، أنه إذا تصرف صاحب الخيار تصرفاً يوجب حقاً للغير، كما لو باع الشيء الذي اشتراه ولم يره لشخص آخر، بيعاً لا خيار فيه، أو رهناً، أو آجره، أو وهبه مع التسليم، لأنّ هذه التصرفات لا تكون إلا مع الملك، وملك صاحب الخيار ثابت فيها، فصادت المحلّ ونفذت، وبعد نفوذها لا تقبل الفسخ والرفع، فيبطل الخيار ضرورةً، كما أنّ إبطالها فيه ضياع لحقوق الغير التي ترتبت لهم بهذه التصرفات ففسخ البيع أولى من إبطال حقوقهم. ويستثنى من ذلك ما لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع، أو المساومة بقصد العرض على البيع، أو الهبة من غير تسليم، وهو لا يبطله قبل الرؤية، كما أن التصرف الذي تعلق به حق الغير لو عاد إلى ملكه برد قضائي، أو بفك الرهن، أو فسخ الإجارة قبل الرؤية ثم رآه، فله الخيار⁵.

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.714.

² - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.341-342. والسمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع السابق، ج.02، ص.90.

³ - ابن نجيم، الاشباه والنظائر، المرجع السابق، ج.01، ص.195.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.716. للتوسع أكثر يراجع: ص.700-701.

⁵ - ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج.06، ص.304. ومحمد بن فرامر بن علي الشهير بملا، أو منلا أو المولى، خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، المرجع السابق، ج.02، ص.159-160. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.04، ص.495.

ومن جهة أخرى، يجب التطرق للحالة التي يكون فيها حق الغير الأجنبي من جهة البائع، ويتعلق الأمر بالفرضية التي يبقى فيها الشيء محل العقد بجوزة البائع خلال مهلة الخيار، فإذا تصرف البائع في الشيء محل العقد تصرفاً ناقلاً للملكية، أو رتب عليه حقاً عينياً، كحق الرهن، أو حق الارتفاق، فإن البيع يكون موقوفاً، لأنه تصرف في ملك غيره، فيكون متوقفاً على إجازة المشتري، ومن جهة أخرى معلقاً على شرط فاسخ في الحالة التي يختار المشتري الإمضاء في البيع، فتعود له ملكية المبيع الذي تصرف فيه البائع ثانية، وما على الغير الأجنبي المتعامل مع البائع إلا الرجوع عليه بالضمان وفقاً لقواعد العامة للضمان¹.

يتضح من خلال ما تم بيانه، بشأن نظرية الرجوع عند فقهاء الفقه الإسلامي، تشابه الآثار بين الرجوع عن العقد غير اللازم من جانب واحد، والرجوع عن العقد بسبب خيار الرؤية، في كل ما يتعلق بالزيادة المنفصلة والمتصلة، إلى جانب حماية حق الغير المكتسب حقه قبل ممارسة حق الرجوع، شريطة أن يكون حسن النية، لأن انتقال الحق للغير حسن النية يعد إمضاء للعقد الذي يلحقه الخيار، أما بالنسبة للعقد غير اللازم من جانب واحد والمتمثل في هذه الدراسة في عقد الهبة، فإن انتقال الشيء محل العقد للغير، يمثل مانعاً من موانع الرجوع عن عقد الهبة.

المطلب الثاني: آثار الرجوع عن عقد الهبة² في القواعد العامة

لقد شرّعت الهبة لما لها من تأليف للقلوب وتعزيز المحبة بين الناس، وباعتبارها من عقود التبرع المفقرة للذمة المالية للواهب، خصتها التشريعات باستثناء هام لم تجزه في باقي العقود الأخرى، وفق ما يعرف بعقود "الإرفاقات"، وهو الرجوع عن عقد الهبة، ويعد "الرجوع حالة خاصة من حالات انحلال العقد مقصورة على عقد الهبة فقط"³.

فالرجوع عن العقد في التشريعات الوضعية يخص عقد الهبة فقط⁴، وقد يتم بالتراضي أو بالتقاضي، كما يتم عن طريق الإرادة المنفردة للواهب فقط، والرجوع بالإرادة المنفردة في هذه الحالة يعد استثناء على القوة الملزمة للعقد؛ تطلبتها ضرورات اقتصادية واجتماعية معينة⁵، وهي الحالة التي تمثل مجال هذه الدراسة، وقد تناولت أغلب التشريعات الوضعية آثار الرجوع عن عقد الهبة سواء بالنسبة لطرفي عقد الهبة، أم بالنسبة للغير.

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 719.

² - وتجب الإشارة، إلى أن نطاق الدراسة لا يهتم بمحل عقد الهبة، سواء كان عقاراً أم منقولاً، بل يختص بالآثار المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة فقط والباقي يخضع للإجراءات الخاصة به، حسب ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها ما يلي: "... ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات".

³ - حسن على الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، العراق، 1970، ص. 194.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 140-145. وعلاء جريان تركي الحمداني إلغاء العقد بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة في القانون المدني)، المركز العربي، مصر، 2018، ط. 01، ص. 129.

⁵ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 492.

وما تجب الإشارة إليه، هو اتفاق كل من الفقه الإسلامي وأغلب القوانين الوضعية على أن الرجوع في عقد الهبة له أثر رجعي، وبهذا يترتب على الرجوع في عقد الهبة آثار البطلان والفسخ¹. وعلى هذا، فإن الرجوع في الهبة كأصل عام يترتب عليه حل الرابطة العقدية بأثر رجعي، مع بعض الاستثناءات، ولأجل ذلك سيتم حكم القواعد العامة من الرجوع عن عقد الهبة (الفرع الأول)، وبعدها نبحث في الآثار المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف التشريعات من الرجوع عن عقد الهبة

استمدت التشريعات الوضعية العربية أحكام الرجوع عن عقد الهبة من الفقه الإسلامي، وبالتالي اختلف موقفهم بحسب المذهب الذي اعتمد عليه كل مشرع في تطرقه لعقد الهبة، إلا أن ما تجب الإشارة إليه، أن موضوع الرجوع عن العقد، لم يلق العناية المطلوبة من طرف الفقه والتشريع الوضعي، بخلاف نظرية الفسخ، والمسؤولية بأنواعها وغيرها²، وفيما يلي نبين موقف التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه بشأن الرجوع عن عقد الهبة (أولاً)، ثم نبحت ذلك لدى التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه (ثانياً)

أولاً- موقف التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه بشأن الرجوع عن عقد الهبة: نظم المشرع عقد الهبة ضمن أحكام قانون الأسرة، مخالفاً بذلك أغلب التشريعات الوضعية التي تطرقت لعقد الهبة ضمن نصوص القانون المدني.

ويبدو أن مكانة الهبة عند الناس، بما لها من تفضل وإحسان، ومساهمة في توطيد العلاقات؛ هو ما جعل التشريع الجزائري والتونسي ينظمان عقد الهبة ضمن قانون الأسرة، وبجملته الأحوال الشخصية.

واعتبر المشرع الجزائري عقد الهبة عقداً لازماً بعد القبض كأصل عام، ولكنه استثنى حق الوالدين في الرجوع في عقد الهبة استثناء عن هذا الأصل العام، حسب ما ورد بنص المادة 211 من قانون الأسرة الذي جاء بما يلي: "للوالدين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه...". وهذا ما يفيد أنّ المشرع الجزائري أخذ بما اتفق عليه جمهور الفقهاء بشأن جواز الرجوع في عقد الهبة، حيث حصره في حالة الوالد مع ولده فقط، شريطة أنّ لا تتوافر موانع الرجوع التي ذكرها المشرع في نص المادة 03/211 من قانون الأسرة والتي وردت على سبيل الحصر.

ويبدو أن المشرع في نص المادة 202 من قانون الأسرة التي جاء نصها كما يلي: "الهبة تمليك بلا عوض"، قد اعتمد على الفقه المالكي في تعريفه لعقد الهبة، حيث نقل حرفياً ما ورد في حاشية الدسوقي³.

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.628.

² - المرجع نفسه، ص.115.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج.04، ص.97.

وقد أكدت المحكمة العليا ما جاء به نص المادة 211 من قانون الأسرة في قرارها الصادر في 2001/02/21 حيث ورد فيه ما يلي: "... لكن حيث أن النزاع لا يكون حول وقوع الهبة من عدمه، لأن الهبة ثابتة بموجب عقد رسمي، والمادة 324 من القانون المدني لا تنطبق على الأبوين، بل تطبق المادة 211 من قانون الأسرة، لأن قضية الحال تتعلق بالرجوع في الهبة خصوصا، وأن قضاة الموضوع قد أجابوا الطاعنين بأنهما لم يثبتا حصول أي مانع من الموانع المنصوص عليها في الفقرة 03 من المادة 211 من قانون الأسرة"¹، كما دَعَم الاجتهاد القضائي موقف المشرع في الرجوع عن عقد الهبة، حيث تعتبر المحكمة العليا عقد الهبة عقدا لازما لا يمكن الرجوع فيه بالإرادة المنفردة، إلا بالنسبة لهبة الوالدين لولدهما، من خلال أحد قراراتها التي قبلت فيها إحدى الدعاوى الرامية بإلغاء الهبة، بناء على ما ورد بنص المادة 211 من قانون الأسرة، معتبرة في ذلك أن الحالات الموجودة في نص هذه المادة واردة على سبيل الحصر ولا يمكن التوسع فيها².

وقد أكد هذا الموقف للتشريع الجزائري قرار المحكمة العليا الصادر في 2010/05/01 القاضي بأن الرجوع في الهبة يكون للوالدين فقط بناء على نص المادة 211 من قانون الأسرة برفضهم دعوى الطاعن بإبطال الهبة لحفيده بصفته جدته، وبالتالي أيد حكم قضاة المجلس.

وبناء على ما سبق، يتأكد أنّ المشرع خص الوالدين بحق الرجوع في عقد الهبة دون سواهم، وبهذا فقد وافق ما جاء به الفقه المالكي.

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فقد تناول الرجوع عن عقد الهبة من خلال نص الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية، حيث جاء فيه ما يلي: "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص شخصا آخر مالا بدون تعويض...".

وقد تطرق للرجوع عن عقد الهبة بالفصل 210 من مجلة الأحوال الشخصية، إلا أنه لم يكتف بموانع الرجوع عن عقد الهبة فقط، بل اشترط ضرورة توافر أعذار حتى يتم الرجوع عن عقد الهبة، وقد جاء نصها كما يلي: "يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونا طلب الرجوع في هبته لأحد الأسباب الآتية ما لم يوجد مانع من الموانع الواردة بالفصل 212.

- 01) إذا أخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا منه.
- 02) إذا أصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو إذا أصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة.
- 03) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع".

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 252350 الصادر بتاريخ 2001/02/21، مجلة قضائية، 2002، العدد 01، ص. 310.

² - قرار رقم 177428 الصادر بتاريخ 17 مارس 1999 عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا.

من خلال النصوص السابق بيانها، يتضح أن التشريع التونسي لم ينص على الرجوع عن عقد الهبة بالتراضي على غرار نظيره الجزائري، ويبدو أن السبب في ذلك وجود قاعدة عامة تقضي بذلك، تناولها الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود، الموافقة لما ورد بنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة للتشريع المغربي، فقد وافق التشريع الجزائري، إذ جعل الرجوع عن عقد الهبة¹ يتوقف على الوالدين فقط؛ اتجاه أولاهم حيث بدأ متبعا في ذلك الفقه المالكي حسب ما ورد بنص المادة 283 من مدونة الحقوق العينية رقم 08-39، التي جاء نصها كما يلي: "يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين:

أولا: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا؛

ثانيا: إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته".

إلا أن الفقرة الثانية من المادة 283 من مدونة الحقوق العينية، جعلت الاعتصار عاما يشمل كل واهب يصبح عاجزا عن الإنفاق عن نفسه، أو من تلزمهم نفقته.

وهو النص الذي يتضح من خلاله، أنّ المشرع المغربي، بالرغم من استعماله لمصطلح "الاعتصار" الخاص بالفقه المالكي، إلا أنه لم يتقيد بما جاء به هذا الفقه، من حيث أنه لم يقيد اعتصار الأم، كما أنه تبنى ما جاء به الفقه الحنفي؛ فيما يتعلق بإجازة الرجوع في عقد الهبة لغير الوالدين، وقد كان الأولى به أن يربط حالة العجز عن الإنفاق بالوالدين فقط.

وإلى جانب ما سبق بيانه، اشترط المشرع المغربي ضرورة النص على حق الاعتصار في عقد الهبة وقبول الموهوب له ذلك، بحسب ما ورد بنص المادة 284 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها ما يلي: "لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التنصيص عليه في عقد الهبة وقيل ذلك الموهوب له". وكان أولى بالمشرع المغربي استعمال مصطلح "الرجوع عن عقد الهبة"؛ باعتباره مصطلحا عاما، بدل استعماله لمصطلح "الاعتصار" الخاص بالفقه المالكي، ثم مخالفته.

ومن خلال تعريفه لعقد الهبة بنص المادة 273 من مدونة الحقوق العينية التي جاء نصها كما يلي: "تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض"، وهو ما يفيد حصر محل عقد الهبة في العقار فقط، مما يطرح التساؤل بشأن هبة المنقول، ويبدو أن تناوله لموضوع الصدقة قد يغني بعض الشيء

¹ - وما تجب الإشارة إليه أن التشريع المغربي قد جعل عقد الهبة من العقود الشكلية، كما أنه تطرق لهبة العقار فقط؛ من خلال ما ورد بنص المادة 273 من مدونة الحقوق العينية، حيث اشترط تحريرها في محرر رسمي تحت طائلة البطلان، بنص المادة 174 من المدونة، مخالفا بذلك ما ورد بنص المادة 04 من مدونة الأحكام والعقود، ويبدو أنه أحسن صنعا بذلك لتبنيه الواهب لخطورة التصرف المقبل عليهن خاصة في الحالات التي لا يمكن معها الرجوع عن العقد. وما تجب الإشارة إليه كذلك، أن التشريع المغربي لم يتطرق لعقد الهبة قبل سنة 2011 تاريخ صدور مدونة الحقوق العينية، إلا أن تداوله وممارسته كانت شائعة، ويبدو أن السبب في ذلك هو المرجعية الدينية لدولة المغرب.

عقد الهبة، وإن كان الاختلاف بينهما واضحا، خاصة فيما يتعلق بحق الرجوع عن العقد، حيث عرفها بنص المادة 290 من مدونة الحقوق العينية كما يلي: "تمليك بغير عوض لملك ويقصد به وجه الله تعالى".

أما بالنسبة للتشريع الكويتي، فقد أخذ برأي الوسط بين القانون الجزائري، وباقي التشريعات العربية المقارنة، حيث تبنى ما جاء به المذهب المالكي فيما يتعلق برجوع الوالدين عن الهبة لولديهما، وأخذ بما جاء به الفقه الحنفي بخصوص حق الرجوع عن عقد الهبة بوجود عذر مقبول شريطة موافقة القضاء على ذلك، وهذا حسب ما ورد بنص المادة 537 من القانون المدني حيث جاء فيها ما يلي: "1- لا يجوز للواهب الرجوع في هبته إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما.

2 - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة، الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء، إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول"، وقد حدد نص المادة 538 الأعدار التي تسمح بالرجوع عن عقد الهبة كما يلي: "يعتبر على وجه الخصوص عدرا مقبولا للرجوع في الهبة : (أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، إخلالا يعتبر جحودا كبيرا من جانبه. (ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير. (ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع".

أما بالنسبة لموقف التشريع الفرنسي، فيرى بعض الفقه، أنه مأخوذ من الفقه المالكي، حيث نص على عدم جواز الرجوع عن عقد الهبة كأصل عام¹ حسب ما ورد بنص المادة 894² من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "الهبة عقد به يتجرد الواهب عن الشيء في الحال ومن غير رجوع لمصلحة الموهوب له الذي يقبله".

ويتضح من خلال هذه المادة، أنّ المشرع الفرنسي منع بنص صريح الرجوع عن عقد الهبة، فالواهب لا يمكنه استرداد الشيء الموهوب بتمام عقد الهبة، إلا أنه أجاز الرجوع بالتراضي، أو عن طريق القضاء بالحالات التي حددتها المادة 953³، كما يلي: لا يمكن الرجوع في الهبة بين الأحياء، إلا في حال عدم احترام الشروط إبرام عقد الهبة، أو بسبب جحود الموهوب له، أو بازدياد ابن للواهب.

فيما بينت المادة 955⁴ حالات الجحود على سبيل الحصر كما يلي: إذا حاول الموهوب له الاعتداء على حياة الواهب، أو إذا أساء معاملة الواهب، أو ارتكب جريمة ضده، أو أهانه، أو إذا رفض الإنفاق على الواهب، وقد أكد القضاء حالات الرجوع في عقد الهبة بسبب الجحود في عدة أحكام قضائية¹.

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.198، الهامش رقم 01.

²-Art. 894 du code civil français dispose : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte. », voir : Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

³-Art. 953 du code civil français dispose : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants».

⁴-Art. 955 du code civil français dispose : «La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants ;

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

أما نص المادة 959² فبين أنّ الهبات المقدمة بسبب الزواج لا يمكن أن تكون محلاً للرجوع بسبب الجحود. ومن جهة أخرى، أجاز الرجوع عن الهبة بين الزوجين، فيما يتعلق بالأموال المستقبلية، أما فيما يتعلق بالأموال الحالية لا يمكن الرجوع بشأنها إلا إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين 953 و958 من القانون نفسه، حسب ما ورد بنص المادة 1096³.

فيما تطرق لحالة ازدياد ابن اللواهب بالمواد التالية: 960-966 شريطة أن يوجد نص صريح في عقد الهبة ينص على أنّ الواهب يمكنه الرجوع عن هبته إذا ازداد له ولد أو حفيداً بعد الهبة، حسب ما ورد بنص المادة 960⁴.

وبالتالي، فالقاعدة في التشريع الفرنسي، عدم الرجوع عن عقد الهبة كأصل عام، وفق قاعدة "المنح والاسترداد لا يجتمعان"⁵.

ثانياً- موقف التشريع المصري وبعض التشريعات التي حذت حذوة من الرجوع عن عقد الهبة: تناول التشريع المصري عقد الهبة بالدراسة في القانون المدني، في عدة مواد منه، إلا أنه لم يتطرق لحالة الرجوع عنه بالإرادة المنفردة للواهب، مثل ما فعل المشرع الجزائري، حيث جاء في نص المادة 500 من القانون المدني ما يلي: "أ - يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب ذلك...".

من خلال نص هذه المادة، يبدو تأثير المشرع المصري بالمذهب الحنفي فيما يتعلق بإمكانية الرجوع سواء قبل القبض أم بعده، إلا أنه أضاف على ما جاء به الفقه الحنفي ضرورة وجود عذر مقبول يخضع للسلطة

2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3° S'il lui refuse des aliments ».

1-« ...Dans ces conditions, il convient de débouter Madame Jeanne X... de sa demande;

Alors que la donation entre vifs peut être révoquée pour cause d'ingratitude si le donataire s'est rendu coupable envers le donateur d'injures graves ; qu'en retenant, pour refuser de prononcer la révocation de la donation entre vifs litigieuse, que le comportement de Madame Félicia X... ne constituait pas un fait d'ingratitude, après avoir pourtant relevé que cette dernière avait eu une attitude injurieuse grave à l'égard de l'exposante, la Cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 955 du Code civil. », . Cass 1^{er}, 11 février 2015, 14-13.012; Cass 1^{er}, 04 mars 2015; 14-13.329. Cass 1^{er}, septembre 2015, 14-21.135, www.legifrance.gouv.fr.

اطلع عليه يوم: 2021/06/08 على الساعة 15:25.

2-Art. 959 du code civil français dispose : « Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude ».

3-Art. 1096 du code civil français dispose : « Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude ».

4-Art. 960 du code civil français dispose : « Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre Ier ».

5-La règle « donner et retenir ne vaut », consulté le cite : <https://www.labase.lextenso.fr/ouvrage/9782275078625-382>.

اطلع عليه يوم: 2021/06/08 على الساعة 15:25.

التقديرية للقاضي، حسب ما ورد بنص المادة 500 من القانون المدني، فنص على جواز الرجوع عن عقد الهبة إذا انتفت الموانع¹، كما قرر أن الأصل في الهبة الرجوع بالتراضي، شأنه شأن باقي العقود الأخرى، ولكنه اشترط ضرورة وجود عذر مقبول حتى يمكن الرجوع دون تراض²، وقيد رجوع الواهب بمراقبة القضاء له، فإذا قبل القاضي عذره أقر بفسخ الهبة. وبهذا يكون المشرع المصري قد حد من إطلاق المذهب الحنفي في الرجوع عن الهبة، على اعتبار أن الواهب هو من يستقل بقراره في الرجوع دون رقابة من القضاء، مما أكسب عقد الهبة قوة في الإلزام مخالفاً بذلك ظاهر الفقه الحنفي³.

كما قيد المشرع المصري حق الرجوع في الهبة بقيد النظام العام، فلا يمكن للواهب الاتفاق مع الموهوب له على النزول عنه مقدماً، بل يشترط قيام العذر، وبعدها يجوز له أن يتنازل عن هذا الحق⁴. أما بالنسبة للصدقة، فقد بين نص المادة 529 من قانون الأحوال الشخصية، أن الصدقة قربة لوجه الله تعالى ولو كانت لغني فلا يجوز الرجوع فيها.

وقد بينت المادة 501 من القانون المدني المصري العذر المقبول للرجوع في الهبة، كما يلي: "01- أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه.

02- أن يصبح الواهب عاجزاً أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

03- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي".

ويرى بعض الفقه أن المشرع المصري، قد أورد الأعداء التي تبرر الرجوع في عقد الهبة على سبيل المثال لا الحصر، فلا مانع من قيام أعداء أخرى تبرر الرجوع، شريطة أن يقرها القاضي، كما أن حقيقة الرجوع في الهبة بسبب العذر، هو فسخ قضائي للهبة؛ كأى فسخ قضائي للعقود، لأن الهبة في هذه الحالة أصبحت عقداً لازماً للجانبين، وبإخلال الموهوب له بالتزامه يجوز للواهب أن يطلب فسخ الهبة قضاء⁵.

وقد ألقى بعض الفقه بالصدقة أعمال البر، التي يتبغى من ورائها الواهب ثواب الآخرة، فهي هبة لازمة لا يمكن الرجوع فيها إلا بالتراضي، لأن الغرض منها قد تحقق، وهو نيل الثواب، وقد تحقق بمصدر الهبة لما تحققه من

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.177.

² - المرجع نفسه، ص.180.

³ - المرجع نفسه، ص.ص.185-186، الهامش رقم 03.

⁴ - المرجع نفسه، ص.186، الهامش رقم 03.

⁵ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.ص.199-200.

الجزء المعنوي الذي ارتضاه منها، كأن يهب الواهب مالا لجمعية خيرية لبناء مدارس ومستشفيات¹، وهذا حسب ما ورد بالملذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي من قانون الأحوال الشخصية بنص المادة 02/529 التي جاء نصها كما يلي: "وقد يسقط الواهب حقه في الرجوع لا لفائدة مادية يتلقاها من الموهوب له، بل لفائدة أدبية".
أما بالنسبة للتشريع الأردني، فقد تناول عقد الهبة من خلال نصوص القانون المدني، حيث جاء في نص المادة 576 ما يلي:

01- للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له.

02- وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند لسبب مقبول، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع".
وهذا النص يتضح من خلاله، أن المشرع الأردني حصر الرجوع بالإرادة المنفردة في عقد الهبة قبل القبض في حين جعلها خاضعة للتراضي بعد القبض، كما وسع من النطاق الشخصي للرجوع، بخلاف المشرع الجزائري الذي حصرها في الوالدين فقط.

وبينت المادة 580 من القانون نفسه، أن رد الثمار يكون من تاريخ الرجوع رضاء، أو من تاريخ صدور الحكم إذا تم عن طريق القضاء.

أما بالنسبة للتشريع العراقي، فتناول الرجوع في عقد الهبة بنص المادة 620 من القانون المدني وجاء فيها ما يلي: "للوأهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له، فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع".

أما بالنسبة للتشريع اللبناني، فتطرق للرجوع عن عقد الهبة بنص المادة 524 من قانون الموجبات والعقود²، التي جاء نصها كما يلي: "كل هبة بين الأحياء يمنحها شخص ليس له ولد ولا عقب شرعي يصح الرجوع عنها:

أولاً- إذا رزق الواهب بعد الهبة أولادا ولو بعد وفاته.

ثانياً- إذا كان للواهب ولد ظنه ميتا وقت الهبة ثم ظهر أنه لا يزال حيا".

يتضح من نص هذه المادة، أن التشريع اللبناني قيد من الرجوع عن عقد الهبة بشكل يعدّ تدخلا في الملكية الخاصة للواهب، حيث اشترط ضرورة أن لا يكون له ولد ولا عقب شرعي.

فيما بين نص المادة 529 من القانون نفسه، انفراد التشريع اللبناني عن التشريعات السابق ذكرها، بتطرقه لمسألة التخفيض في قيمة الهبة الفاحشة، حيث جاء نصها كما يلي: "عند الرجوع عن الهبة بسبب ظهور أولاد

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.191، الهامش رقم 03.

² - قانون الموجبات والعقود اللبناني، الصادر في 1932/03/09، ج.ر، العدد 2642

أو بسبب الجحود، أو عند تخفيض الهبة لكونها فاحشة، لا يعيد الموهوب له الثمار إلا ابتداء من يوم إقامة الدعوى...".

وبينت المادة 531 المقصود بالتخفيض في الهبة كما يلي: "إن الهبة التي تتجاوز طبقاً لنص المادة 512 حد النصاب المعين بالنسبة إلى قيمة الأموال التي تركها الواهب عند وفاته يجب أن يخفض منها كل ما تجاوز ذلك النصاب. على أن هذا التخفيض لا يبطل مفاعيل الهبة، ولا حيازة الواهب للثمار في مدة حياته".
أما نص المادة 512 فجاء فيه ما يلي: "لا يصح أن تتجاوز الهبات حد النصاب الذي يحق للواهب أن يتصرف فيه".

وأضاف نص المادة 532 ما يلي: "إذا منحت هبتان أو عدة هبات وتعذر أدائها تماماً بدون تجاوز حد النصاب، فالهبات الأحدث عهداً تبطل أو تخفض بقدر تجاوزها حد النصاب".
ومن خلال النصوص السابقة، يتضح أن هناك إشكال قائم بشأن نصاب الهبة المسموح به، بسبب إغفال تحديده، مما أدى إلى اختلاف موقف الفقه والقضاء بشأنه.

فيما ذهبت محكمة توحيد الاجتهاد في قرارها¹ الصادر بتاريخ 2001/12/21 يقضي بأن نصاب الهبة هو نفسه النصاب المحدد في الوصية مع الرجوع لقانون الأحوال الشخصية لكل طائفة، وذلك حماية لأصحاب الحصص المحفوظة في الميراث، وأن النصاب القانوني للهبة لغير المسلمين حدده القانون الصادر في 1995/06/23 وفي هذا تأكيداً للقرار الصادر في 1947/12/01.

إلا أن ما يبدو، أن نص المادة 506 من قانون الموجبات والعقود كان صريحاً، وبيّن أنّ الهبة بين الأحياء تخضع لهذا القانون، مما يستبعد تطبيق قانون الأحوال الشخصية، إلى جانب الاختلاف الواضح بين الهبة والوصية حيث أنّ الهبة عقد يقوم على التراضي بين الطرفين يتم بين الأحياء، أين يملك الفرد كامل الحرية للتصرف في أمواله، طالما لم يحجر عليه، أما الوصية فهي تصرف انفرادي مضاف لما بعد الموت.

ويظهر أنه، كان أولى بالتشريع اللبناني أن يسلك مسلك التشريعات الوضعية المقارنة، كما كان الأولى به كذلك الاكتفاء بما جاءت به مجلة الأحكام العدلية التي كان سائد العمل بها، قبل تشريع قانون الموجبات والعقود لسنة 1932، بدلا من إلغاء كامل نصوصها حسب ما ورد بنص المادة 1107 من قانون الموجبات والعقود.

الفرع الثاني: كيفية الرجوع عن عقد الهبة في القواعد العامة

يترتب على الرجوع عن عقد الهبة آثاراً محددة، نظمها التشريعات في نصوصها القانونية، إلا أنها لم تترك أمر الرجوع على إطلاقه بالنظر لخطورته، بل قيدته بعدة قيود: منها موانع طارئة، وأخرى موانع بسبب انتقال الملك، حتى يمكن الرجوع عن عقد الهبة وترتيب آثاره، ولأجل ذلك سيتم بحث موانع الرجوع عن عقد الهبة

¹-<https://www.ahjucaf.org/sites/default/files/arret%20version%20arabe%20liban.pdf> .

اطلع عليه يوم: 2021/07/01 على الساعة 17:08.

(أولاً)، ثم نبحت أهم الآثار المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة (ثانياً)، وفي الأخير نبحت مسألة حق الغير من آثار الرجوع عن عقد الهبة (ثالثاً).

أولاً- موانع الرجوع عن عقد الهبة في التشريعات الوضعية: من خلال بحث النصوص المتعلقة بالرجوع عن عقد الهبة، يتضح اتفاق التشريعات على أغلب الموانع التي ينتفي معها الرجوع عن عقد الهبة، مع بعض الفروق المتفاوتة بينهم، سيتم توضيحها في حينها، متبعين في ذلك ما جاء به فقهاء الفقه الإسلامي، تتمثل الفئة الأولى في التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه (01)، أما الفئة الثانية فتشمل التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه (02).

01- موانع الرجوع عن عقد الهبة في التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه: تناول المشرع الجزائري موانع الرجوع عن عقد الهبة من خلال ما ورد بنص المادة 211 من قانون الأسرة، وقد جاء فيها ما يلي: "... إلا في الحالات التالية:

01) إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له

02) إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين

03) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

وبهذا يتضح أنّ المشرع الجزائري قد جعل من عقد الهبة عقداً لازماً، لا يجوز الرجوع عنه أصالة، متبعاً بذلك ما جاء به جمهور الفقهاء، ومستثنياً حالة الوالدين مع أولادهم، إلا أنه لم يترك للوالد حرية ممارسة حقه في الرجوع بشكل مطلق، بل حدد حالات ثلاث تشكل مانعاً من موانع الرجوع، لأن الأصل في الوالد أنه لا يرجع في هبته إلا لضرورة ملّحة تطلبها ظروف الحال، وبهذا يكون حكم القاضي كاشفاً ومقرراً لحكم الرجوع لا منشأً له.

وتتمثل الحالات السابق ذكرها فيما يلي:

- الحالة الأولى: تتمثل فيما يتعلق بالهبة التي يراد بها زواج الموهوب له، حيث يسقط حق الواهب في استرداد ما وهبه للموهوب له، وبهذا يظهر اهتمام المشرع بالخلية الأساسية للمجتمع، والسعي لضمان استقرارها وديمومتها وفي المعنى ذاته أكد بعض الفقهاء أن الواهب لا يمكنه الرجوع في هذه الحالة حتى ولو أجل الموهوب له ميعاد الزواج المحدد¹.

- أما الحالة الثانية: فتتعلق بتخصيص الهبة لضمان قرض، أو قضاء دين للموهوب له، فيصبح الواهب بمثابة كفيل للموهوب، فلم تعد هبة بين الوالد وولده، بل يصبح الوالد ترتبط بشكل غير مباشر مع الطرف الآخر الذي منح القرض للموهوب له

¹ - تقيّة محمد، دراسة عن عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، 2003، ط.01، ص.259.

يتضح من خلال الحالتين السابقتين، تأثر المشرع بالفقه المالكي والحنبلي بما جاءوا به من موانع الرجوع عن عقد الهبة.

- أما الحالة الثالثة: فتتعلق بتصرف الموهوب له بالشيء الموهوب، إذ هذا التصرف يخرج عن ملكه، ويكون مانعا للواهب من استرداده، وقد ورد حكم قضائي يؤكد اعتبار هذه الحالة مانعا من موانع الرجوع عن عقد الهبة في قرار المحكمة العليا، ويتعلق الأمر بهبة والدين لولدها بشقة، فقام الابن بهبتها لزوجته، فلما رفع الوالدان دعوى الرجوع عن هبتهما، أيد قضاة المحكمة العليا الحكم القاضي بسقوط حقهما في الرجوع بسبب خروج ملك الشيء الموهوب عن ملك ابنتهما¹، وهي الحالة التي وافق فيها المشرع جمهور الفقهاء.

وتجب الملاحظة، أن حالتي الإيجار والعارية لا يمثلان حالة خروج ملك الشيء الموهوب عن ملك الواهب².

وتشمل الحالة الثالثة، حالة ضياع أو فقدان الشيء الموهوب، حيث تشبه هذه الحالة، حالة هلاك واستهلاك الشيء كأصل عام، كاستهلاك مبلغ من النقود، أو هلاك الشيء الموهوب بالسبب الأجنبي لا يد للموهوب له فيه، وكذلك حالة التغيير في طبيعة الشيء الموهوب، كأن يَشِيد مسكنا على العقار الموهوب، أو يقوم بغرس أشجار، وهي الحالة التي أكدتها المحكمة العليا في إحدى قراراتها، حين أيد قضاة المحكمة القاضي بمنع الواهب من الرجوع عن هبته بسبب تغيير في طبيعة الشيء الموهوب، من قاضي المحكمة الابتدائية³.

أما المادة 212 من قانون الأسرة، فتطرق للهبة المخصصة للمنفعة العامة، حيث جاء نصها كما يلي:
"الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".

فنص هذه المادة يدخل في الأصل العام؛ وهو عدم جواز الرجوع عن عقد الهبة باستثناء حالة الأبوين ولا يعد مانعا من موانع الرجوع عن عقد الهبة، وإنما هي تأكيد لزوم عقد الهبة بالنظر لملكية الشيء الموهوب للصالح العام، كإنجاز مشفى أو مدرسة.

وما تجب الإشارة إليه، أن الفقه انتقد موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بموانع الرجوع عن عقد الهبة حيث اقترح جانب منه⁴ إضافة موانع أخرى، تتمثل في المرض مرض الموت، وفقر الموهوب له، وموت أحد المتعاقدين.

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 330258 الصادر بتاريخ 18/25/2005، مجلة قضائية، 2005، العدد 02، ص.377.

² - مايا الدقابشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، المرجع السابق ص.168.

³ - قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 153622 الصادر بتاريخ 11/03/1998، مجلة قضائية، 1997، العدد 02، ص.69.

⁴ - مايا الدقابشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، المرجع السابق ص.172.

فيما ذهب جانب آخر، إلى انتقاد موقف المشرع في عدم تطرقه لحالات الرجوع عن عقد الهبة عن طريق التراضي، وعدم نصه على أعدار الرجوع عن عقد الهبة¹.

إلا أنّ ما يبدو، أنّ المشرع الجزائري، قد أحسن صنعا بعدم توسعه في موانع الرجوع، وعدم تطرقه لأعدار الرجوع عن عقد الهبة، لأنه حصر الرجوع عن عقد الهبة في حالة واحدة فقط، وهي حالة الوالدين مع أولادهم وبهذا، فلا مجال للتوسع في موانع الرجوع؛ بما قد يفرغه ممّا شرع من أجله، خاصة مع علاقة -أب وابن- فلو لم يكن هناك سببا كافيا للرجوع، لما مارس الأب حقه في الرجوع.

أما بالنسبة لموت أحد الطرفين، فلا حاجة لجعله مانعا من موانع الرجوع، لأن موت أحد الطرفين يمنع الرجوع عن عقد الهبة؛ دون النص عليه، ففي حال موت الموهوب له، تخرج ملكية الشيء الموهوب من ملكه وتنتقل لملكه الورثة عن طريق قواعد الميراث، أمّا في حال موت الواهب، فلا يمكن لورثته ممارسة حق الرجوع، لأنه حق شخصي لا يمارسه إلا صاحبه، إلا إذا باشر الواهب إجراءات الرجوع قبل أن يموت، وهي حالة نادرة الحدوث، لأنّ الرجوع يكون بالإرادة المنفردة للواهب، وطبيعة العلاقة العائلية تمنع جر الوالد للمحاكم.

وتأكيدا لما سبق ذكره، فقد تناولت المحكمة العليا حالة الوفاة في إحدى قراراتها كما يلي: "قد ثبت من شهادة الوفاة أن المدعو (غ.ر) هو أحد الموهوب لهم في عقد الهبة المحرر بتاريخ 1968/02/27، وقد توفي بتاريخ 1977/08/03، بعد انتقال موضوع الهبة إليه. فوفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لا تملك الواهبة حق الرجوع عن الهبة بعد وفاة الموهوب له... وعليه فإن قضاة الموضوع قد طبقوا القانون"².

أما عن مانع الرجوع بسبب فقر الولد، فرمّا يكون هذا الولد الموهوب له، غير مسؤول، مبذرا، فلماذا يمنع الوالد من الرجوع عن الهبة التي قد يكون منحها إياه، بهدف استقامته لكنه لم يفعل، أو كأن يرى صلاحه في الرجوع عن الهبة التي منحها له، أمّا بالنسبة لحالة مرض الموت، فرمّا الوالد يكون قد ندم في هبته، وأراد التسوية بين أبنائه في العطية، فلماذا يجرم من ذلك؟ إلى جانب أنّ هذه الحالة تعود لقاضي الموضوع والتقرير الطبي الذي يثبت صلاحيته للممارسة للتصرفات القانونية أم لا.

أما بالنسبة للرجوع عن الهبة بالتراضي، فيبدو أنه لا داع للنص عليها بنص خاص، بل تكفي معها القواعد العامة، وفقا لما ورد بنص المادة 106 من القانون المدني، وبالتالي فلا مجال للنص على أعدار الرجوع عن عقد الهبة، لأن الاتفاق يكفي لذلك.

وبالنسبة لموانع الرجوع في التشريع التونسي، فنص عليها الفصل 212 الذي جاء فيه ما يلي: "لا يجوز طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

¹ - جبار جميلة، قراءة في نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري بين حرفية النص وحتمية التفسير، مجلة آفاق علمية، الجزائر، المجلد 11، العدد 04، 2019، ص.346.

² - قرار رقم 613091، الصادر بتاريخ 2011/03/10، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا.

1) إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته.
2) إذا فوت الموهوب له في الشيء الموهوب. أما إذا اقتصر التفويت على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

3) إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بمحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال. فإذا لم يهلك إلا في بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي".

أما بالنسبة للتشريع المغربي، وبالرغم من اعتباره عقد الهبة عقدا لازما لا يمكن الرجوع فيه إلا حالة الأبوين، إلا أنه توسع في موانع الرجوع عن عقد الهبة، موافقا بذلك ما جاءه الفقه الحنفي، من خلال نص المادة 285 من مدونة الحقوق العينية التي جاء نصها كما يلي:

"لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

1. إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت رابطة الزوجية قائمة؛
2. إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار؛
3. إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد الحق في الاعتصار؛
4. إذا تزوج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها؛
5. إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله، فإذا اقتصر التفويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي؛
6. إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملًا ماليًا اعتمادًا على الهبة؛
7. إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته؛
8. إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له جزئياً جاز الاعتصار في الباقي".

فيما حدد التشريع الكويتي موانع الرجوع في عقد الهبة بنص المادة 539 كما يلي : "(أ) إذا كانت الهبة من الأم، وكان ولدها يتيما وقت الرجوع. (ب) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت الزوجية قائمة. (ج) إذا مات الواهب أو الموهوب له. (د) إذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفا يخرج عن ملكه، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي. (هـ) إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته. (و) إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة. (ز) إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا، يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد حق الرجوع. (ح) إذا اقترنت الهبة بتكليف. (ط) إذا كانت الهبة لغرض خيري".

ومن أهم ما تم ملاحظته، توسع التشريع المغربي في نطاق موانع الرجوع في عقد الهبة، بشكل يجعل منها عقدا لازما لا يمكن الرجوع فيه، والحال كذلك، بالنسبة للتشريع الكويتي، حيث منح الوالدين أحقية الرجوع عن عقد الهبة، ومن جهة أخرى ضيق عليهما بشكل كبير، من خلال الموانع التي جاء بها، إلى جانب الأعذار التي ساقها في حال اللجوء إلى القضاء، مما يفرغ حق الرجوع من قيمته القانونية، فالوالد إذا ما حال بينه وبين الرجوع كثرة الموانع، وحاول الالتجاء للقضاء، وجد أمامه جملة من الأعذار يُشترط توافرها، حتى يمكنه الرجوع في هبته.

02- موانع الرجوع عن عقد الهبة في التشريع المصري¹ والتشريعات التي حذت حذوه: حدد المشرع المصري موانع الرجوع في الهبة بالمادة 502² من القانون المدني المصري، متفقا في ذلك مع التشريعات التي حذت حذوه، مع بعض الاختلافات البسيطة بينهم؛ بسبب اختلاف المصدر الذي أخذت عنه، وتمثل الحالات التي ينتفي معها الرجوع في عقد في الهبة، في كون الهبة بعوض، لأن الهبة صدقة أو عمل من أعمال البر، وموانع الزوجية، وكون الهبة لذي رحم محرم، وموت أحد المتعاقدين، وزيادة الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، وانتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الغير عن طريق الموهوب له، وهلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له، وأضاف المشرع الأردني بنص المادة 08/479 على مانع آخر، لم يرد في التشريعات الأخرى، وهو "وهب الدائن دين المدين".

ويتضح مما سبق، اتباع هذه التشريعات في شأن موانع الرجوع عن عقد الهبة، ما جاء به الفقه الحنفي الذي توسع في وضع موانع الرجوع عن عقد الهبة، يجعل منها عقدا لازما لحد ما بخلاف ما، جاء به التشريع الجزائري.

كما يتضح أن الرجوع في عقد الهبة، ليس حقا تقديريا خاضعا لإرادة الواهب يمارسه دون قيد أو شرط بل اشترط كل من الفقه والتشريعات جملة من الشروط والموانع التي تحول دون تحقق حق الرجوع عن عقد الهبة. وما تجب الإشارة إليه، أن أغلب التشريعات الوضعية التي تم التطرق لها، اشترطت ضرورة توافر أعدار محددة حتى يتم الرجوع عن عقد الهبة، على غرار التشريع التونسي، والتشريع المصري، والتشريع الفرنسي، بخلاف التشريع الجزائري، الذي اكتفى بالنص على موانع الرجوع فقط، مقتديا بذلك بما جاء به الفقه المالكي، مما يطرح التساؤل التالي: كيف يكون الحال عند تحقق موانع الرجوع مع الأعدار الواجب توافرها لإمكانية الرجوع، هل يتم الرجوع بناء على توافر الأعدار، أم يمتنع الرجوع بسبب تحقق موانع الرجوع، أم يشترط توافر الاثنين معا حتى يتم الرجوع، مما يقيد من نطاقه، ويزيد في قوة إلزام عقد الهبة من جهة أخرى.

ثانيا- التزامات وحقوق الطرفين المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة في القواعد العامة: بعد تقرير الرجوع عن عقد الهبة، سيتم بحث التزامات وحقوق طرفي عقد الهبة في التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه (01) وبعدها نتطرق لما جاء به التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه (02)، وفي الأخير نتطرق لمسألة تبعة هلاك الشيء الموهوب (03).

01- التزامات وحقوق الطرفين المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة في التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه: من خلال ما ورد من نصوص بشأن عقد الهبة في التشريع الجزائري، يتضح أنه لم يتطرق لحالات

¹ - قد وضع التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه أعدارا يجب توافرها عند الرجوع عن عقد الهبة بالتراضي، إلا أن نطاق الدراسة لا يسمح بالتطرق لها.

² - يقابلها نص المادة 470 من القانون المدني السوري، والمادة 623 من القانون المدني العراقي، ونص المادة 493 من القانون المدني الكويتي، ونص المادة 479 من القانون المدني الأردني.

الرجوع في عقد الهبة عن طريق التراضي، أو التناضي، مثل ما ورد لدى باقي التشريعات الوضعية المقارنة، لأنه اعتبر عقد الهبة حالة خاصة؛ واستثناء عن الأصل العام، بعدم جواز الرجوع في عقد الهبة، مانحا هذا الحق للأبوين فقط دون سواهما.

وقد أكدت المحكمة العليا حق الوالدين في الرجوع عن عقد الهبة بالنسبة لولدهم، معتبرة إياه حقا شخصيا لا يجوز لغيرهما ممارسته، كما بينت أن الوالد غير ملزم بتقديم عذر مقبول حتى يمكنه الرجوع في هبته لولده¹.

كما اعتبرت المحكمة العليا كذلك، أنّ التغيرات التي يجريها الموهوب له في العين الموهوبة، لا تمنع الوالد من الرجوع في هبته لولده، إلا في الحالة التي تغير فيها هذه التغيرات من طبيعة الشيء الموهوب، وقضت بما يلي: يحق للوالد طبقا لنص المادة 211 من قانون الأسرة الرجوع في هبته، والطاعن والمطعون في قضية الحال لم يثبت التغيرات التي من شأنها تغيير العقار محل الهبة، وكل ما قام به الموهوب له هو إدخال تحسينات وأعمال فلاحية، زادت من قيمة العقار دون تغيير طبيعته².

وأكدت في قرار آخر، موقفها بشأن أثر التغيرات التي يحدثها الموهوب له في الشيء الموهوب على الرجوع عن عقد الهبة بين الوالد وولده، حيث جاء فيه ما يلي: "حيث أن الواهبة تراجعت عن الهبة الأولى، التي وهبت بموجبها العقار المتنازع عليه لكل من الطاعن والمطعون ضده في القضية، ثم وهبته للمطعون ضده وحده بموجب عقد رسمي توثيقي مسجل.

حيث تبين من وقائع الدعوى أنّ التصرف الثاني جاء مطابقا لأحكام المادة 211 من قانون الأسرة، وأن الطاعن لم يدخل تغييرات من شأنها تغيير طبيعة العقار، وعليه قررت المحكمة رفض الدعوى"³.

وقد أرجع بعض الفقه⁴ سبب سكوت المشرع عن تنظيم آثار الرجوع في عقد الهبة؛ بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، أنّه اعتبرها حالة استثنائية تخص الوالد ولده، لا تحتاج لتراض أو قضاء.

كما أن الرجوع عن عقد الهبة، يكون بأثر رجعي يعاد فيه المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل العقد، ممّا يوجب على الموهوب له إرجاع الشيء الموهوب إلى الواهب جبرا دون اللجوء للقضاء، بعد تصريح الواهب برجوعه عن هبته أمام الموثق بإرادته المنفردة، حيث يتم إنهاء الحق بالطريقة التي تم إنشاؤه بها -وفق قاعدة توازي الأشكال-، حيث لا يبقى أمام الموهوب له سوى اللجوء للقضاء لإثبات توافر مانع من موانع الرجوع عن عقد

¹ - قرار رقم 107541، صادر بتاريخ 05 جانفي 1994، غرفة مدنية، المحكمة العليا.

² - قرار رقم 170859، الصادر بتاريخ 16/09/1998، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا.

³ - قرار رقم 108098، صادر بتاريخ 19/01/1994، غرفة مدنية، المحكمة العليا.

⁴ - رشيد بوبكر، الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، جامعة الأغواط، العدد 06، الجزائر، 2016 ص.309.

الهبة الواردة بنص المادة 211 من قانون الأسرة، وفي حال امتناع الموهوب له عن رد الشيء الموهوب يمكن للواهب اللجوء للقضاء لاسترداد حقه¹.

ومن جانبنا نميل إلى هذا الرأي، لأن طبيعة العلاقة بين الوالد وابنه لا تحتاج لقاض يفصل في الموضوع كما لا تحتاج لرضا الموهوب له بصفته ابنا عليه واجب الطاعة ابتداء.

ويجب التنويه أن سكوت المشرع عن تنظيم آثار الرجوع عن عقد الهبة قد أثار الكثير من التساؤلات أمام القضاء، حيث يجد القاضي نفسه أمام فرضين، هل يرجع للقواعد العامة في القانون المدني؛ المتعلقة بالاسترداد باعتبار عقد الهبة عقدا كسائر العقود؟ أم يعتمد على ما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا الشأن؟

ففي حال اعتماده على النصوص المتعلقة بالاسترداد، حسب ما ورد بنص المادة 839 التي جاء نصها كما يلي: "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة. وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة تطبق المادتان 784 و785.

وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطلب بشيء منها غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم".

أما نص المادة 840 من القانون نفسه، فجاء فيها ما يلي: "يجوز لمن تلقى حيازة من مالك أو حائز سابق واثبت أنه دفع إليه ما أنفق من المصاريف أن يطلب بها من يسترد الشيء".

وأضاف نص المادة 841 من القانون نفسه ما يلي: "يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يختار ما يراه مناسبا للوفاء بالمصاريف المنصوص عليها في المادتين 839 و840...".

أما في اعتماده على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، على اعتبار أن عقد الهبة تم تنظيمه في قانون الأسرة، الذي يحيل مباشرة لتطبيق ما جاءت به الشريعة الإسلامية عند غياب النص، حسب ما ورد بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي: "كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"².

ويبدو لنا أنه، إذا طرح موضوع الرجوع أقيم القاضي؛ فعليه اتباع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، لأن القواعد العامة للقانون المدني لم تنظم ما يعرف بالرجوع عن العقد، بالمفهوم الذي جاء به الفقه الإسلامي في هذا الصدد، هذا فضلا عن الإحالة الصريحة التي جاءت بها المادة 222 من قانون الأسرة، إلى جانب قاعدة "الخاص يقيد العام".

¹ - رشيد بوبكر، الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.310.

² - وهذا بخلاف بعض التشريعات الأخرى التي نظمت عقد الهبة ضمن نصوص القانون المدني واعتبرته عقدا مدنيا كالبيع وغيره، ومنها المشرع المصري المشرع الأردني، المشرع العراقي... إلخ. وفي المعنى ذاته يرى بعض الفقه أن تنظيم المشرع الجزائري لعقد الهبة في قانون الأسرة يهدف لاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم أحكامها. للتوسع أكثر يراجع: رشيد بوبكر، الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.306.

ولكن هناك إشكال يطرح في حال الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية يتعلق، بأي مذهب يأخذ القاضي؟ خاصة وأن تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 لم يتبع مذهباً واحداً فقط بل اعتمد على المذاهب الأربعة في نصوصه.

ومن جهة أخرى، يمكن إرجاع سكوت المشرع، لنوعية العلاقة بين الوالد وولده، بصفتها حالة خاصة فمنح الوالد كامل الحرية، في اختيار طريقة وكيفية الاسترداد، خاصة وأن رجوعه يخضع للإرادة المنفردة، مما يمكنه من مخالفة ما جاءت به القواعد العامة في الاسترداد، كأن يتحمل المصاريف الكمالية، أو يكون رجوعه مؤقتاً يبتغي من وراءه تأديب ابنه فقط.

ويترتب على الرجوع عن عقد الهبة، كأصل عام زوال العقد واعتباره كأن لم يكن، بأن يرد الولد لوالده الشيء الموهوب دون أن يلجأ الوالد للقضاء، كما يمكن اللجوء للموثق لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، ووقتها لا يبقى أمام الموهوب له (الولد) سوى المطالبة بحقوقه في الحالة التي يضيف تحسينات على الشيء محل العقد¹.

وبالنظر لما سبق بيانه، يكون المشرع الجزائري، قد أحسن صنعا عند سكوته عن تنظيم آثار الرجوع عن عقد الهبة، لأن رجوع الوالدين عن هبة الولد بالإرادة المنفردة لا يحتاج لتنظيم تشريعي خاص به، فلا يعقل أن يرفع الوالد دعوى لاسترجاع ماله، وقد ورد عن محمد بن يحيى، ويحيى بن حكيم، قالوا: حدثنا يزيد بن هارون قال: أنبأنا حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدهن قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: إن أبي احتاج مالي، فقال: "أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ" وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ"².

وإن حدث ووصل أمر الرجوع إلى القضاء، فللقاضي السلطة التقديرية في تطبيق ما جاءت به القواعد العامة، أو تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فحدد آثار الرجوع عن عقد الهبة من خلال الفصل 213 من مجلة الأحوال الشخصية، حيث جاء فيه ما يلي: "يترتب على الرجوع في الهبة أن تعتبر كأن لم تكن.

ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى وله أن يرجع بجميع ما أنفق من مصاريف ضرورية. أما المصاريف النافعة فلا يجوز الرجوع فيها إلا بالقدر الذي زاد في قيمة الموهوب".

وبهذا يكون التشريع التونسي، قد جعل للرجوع عن عقد الهبة أثراً رجعياً واستثنى الثمرات المترتبة عن الشيء الموهوب، حيث جعل الرجوع فيها بأثر فوري من وقت الاتفاق على الرجوع، أو من وقت رفع الدعوى كما أخضع رد المصاريف لما تقضي به القواعد العامة.

¹ - ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزائر، 2002، ص.103. ورشيد بوبكر، الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.310.

² - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: الرجل يأكل من مال ولده، رقم الحديث: 3530، ص.446.

أما التشريع المغربي، فقد تطرق لآثار الرجوع عن عقد الهبة بما ورد في قانون الالتزامات والعقود، وما جاءت به مدونة الحقوق العينية في هذا الشأن، حيث بين نص المادة 287 من مدونة الحقوق العينية الآثار المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة، أين يتم فسخ عقد الهبة، ورد الشيء الموهوب للواهب بالحالة التي كان عليها وقت القبض، التي جاء في فقرتها الأولى والثالثة ما يلي: "يترتب على الاعتصار في الهبة، فسخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب.

يجوز للموهوب له أن يسترد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب، أما النفقات النافعة ونفقات الزينة فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمته".

أما فيما يتعلق بالثمار، فتناولها بنص المادة 103 من قانون الالتزامات والعقود كما يلي: "إن الحائز عن حسن النية يتملك الثمار ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى برد الشيء، وما يجنيه منها بعد ذلك".

فيما نصت المادة 02/287 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "لا يلتزم الموهوب له برد الثمار إلا من تاريخ الاتفاق أو من تاريخ الحكم النهائي في الدعوى".

ويؤكد نص المادة كذلك، حق الموهوب له في استرجاع النفقات الضرورية التي أنفقها على الشيء الموهوب، أما النفقات النافعة والتحسينية فلا يسترجع منها إلا ما زاد عن القيمة الحقيقية لها، أما بالنسبة لمصرفات إرجاع الهبة فيتحملها الواهب، أما بالنسبة للموهوب له، فله الحق في استرداد النفقات الضرورية التي أنفقها على الشيء الموهوب له.

وما تجب الإشارة إليه، أن الرجوع عن عقد الهبة ليس له أثر رجعي، وإنما يسري من وقت تمام عملية الرجوع حسب ما ورد بنص المادة 285 من مدونة الحقوق العينية.

أما التشريع الكويتي، فتطرق لآثار الرجوع عن عقد الهبة من خلال نص المادتين 541 و542 من القانون المدني، حيث تنص المادة 541 على أنه: "يترتب على الرجوع إعادة الموهوب إلى ملك الواهب من حين تمامه، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

أما نص المادة 542 فتتص على ما يلي: "نفقات الهبة على الموهوب له، ونفقات الرجوع على الواهب ما لم يتفق على غير ذلك".

02- التزامات وحقوق الطرفين بعد الرجوع عن عقد الهبة في التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه: بينت المادة 1503¹ من القانون المدني المصري وما يقابلها من النصوص العربية المشابهة لها آثار الرجوع عن عقد الهبة كما يلي: "01- يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.

¹ - يقابلها بشكل مطابق نص المادتين 471 و472 من القانون المدني السوري، والمادة 492 من القانون المدني الليبي.

02- ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع، أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع بجميع ما أنفقته من مصروفات ضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب".

يعود الموهوب له على الواهب، فيلزمه برد المصروفات التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب، وإذا كانت المصروفات ضرورية، وجب على الواهب ردها كاملة، أما بالنسبة للمصروفات النافعة، فله الخيار في رد أقل القيمتين، أما المصروفات التي أنفقت على الشيء الموهوب، أو قيمة الزيادة في الشيء الموهوب حسب ما ورد بنص المادة 02/503 من القانون المدني المصري.

أما المصروفات النافعة فلا يعود، إلا بأقل القيمتين بين ما تم إنفاقه على الشيء الموهوب، أو ما زاد في قيمته، أما المصروفات الكمالية، كتزوين الشيء الموهوب، وما شبه من المصروفات، فلا يمكنه استرداد قيمتها ولكن يمكنه نزع ما تم إضافته للشيء الموهوب، ما لم يختر الواهب إبقائها ودفع قيمتها، وفي هذا تطبيقاً للقواعد العامة في الاسترداد حسب ما ورد بنص المادة 03/980 من القانون المدني المصري، التي جاء نصها كما يلي: "إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة".

أما بالنسبة للثمار فتبقى، ملكاً للموهوب له، وله حق جني ثمارها حتى يوم الرجوع في الهبة التراضي أو التقاضي بناء على مبدأ حسن النية؛ إما من يوم الرجوع في الهبة، أو من يوم رفع دعوى الرجوع لعذر مقبول فيجب عليه رد الثمرات للواهب، لأن الموهوب له يصبح سيء النية في تملكه للثمار من تاريخ رفع الدعوى بسبب تأكده من رفعها¹، حسب ما ورد بنص المادة 02/503 من القانون المدني المصري وما يقابله من التشريعات المقارنة المماثلة له.

أما التشريع الأردني، فقد جعل رد الثمار يبدأ من تاريخ الرجوع رضاء، أو تاريخ صدور الحكم وليس تاريخ رفع الدعوى حسب ما ورد بنص المادة 580 القانون المدني.

أما فيما يتعلق بالمصاريف التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب، فيتوجب على الواهب رد المصاريف الضرورية والنافعة، التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب، حسب ما ورد بنص المادة 02/503 وما يقابلها من نصوص التشريعات المماثلة لها، حيث جاء فيها ما يلي: "وله أن يرجع بجميع ما أنفقته من مصروفات ضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجوز الرجوع فيها إلا بالقدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب".

فبالنسبة للمصاريف الضرورية، يجب على الواهب ردها للموهوب له، لأنها ضرورية للحفاظ على الشيء الموهوب وصيانته، أما المصروفات النافعة التي أنفقته على الشيء الموهوب للزيادة في قيمته ومنفعته، فإن يتوجب

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.209.

على الواهب إرجاع أقل القيمتين، ما زاد في قيمة الشيء الموهوب، أو قيمة المصروفات التي أنفقها الموهوب له باعتباره الدائن قياساً على البائع في عقد البيع¹.

أما بالنسبة للمصروفات الكمالية، كترتين الأسقف والأبنية، فلا يمكن المطالبة بردها، وطلب قيمتها ولكن يمكنه نزاعها وفقاً للقواعد العامة، فلا يتحملها الواهب، ويجوز للموهوب له أن يزيل ما استحدثه بالشيء الموهوب شريطة إعادة الشيء الموهوب للحالة التي كان عليها قبل العقد، ما لم يطلب الواهب استبقاء التحسينات التي لحقت بالشيء الموهوب ودفع قيمتها، حسب ما بينته المادة 03/980 من القانون المدني التي جاء فيها: "إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدث من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة".

وقد بين بعض الفقه² أن الواهب يمكنه أن يطلب من القاضي أن يتم الوفاء على شكل أقساط بشكل دوري، شريطة تقديم ضمانات لذلك، حسب ما ورد بنص المادة 982 من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: "يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة...".

أما التشريع العراقي: فقد تناول أثر الرجوع عن الهبة بنص المادة 624 من القانون المدني العراقي كما يلي: "

01- إذا رجع الواهب في هبته بالتراضي أو بالتقاضي كان رجوعه إبطالاً لأثر العقد من حين الرجوع وإعادة ملكه.

02- ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى. وله ان يرجع بجميع ما أنفق من المصروفات الاضطرارية. أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها إلا القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب".

يتضح من خلال نص هذه المادة، أن التشريع العراقي سوى في الرجوع عن عقد الهبة بين رد الشيء الموهوب والثمرات معاً، حيث جعله من يوم الرجوع، أو من يوم رفع الدعوى، فيما وافق باقي التشريعات في الرجوع في الثمرات والمصاريف سواء كانت ضرورية أم النافعة، كما أنه لم يتطرق للمصاريف الكمالية، حيث تطرقت المادة 02/624 على المصروفات الضرورية والنافعة فقط. وهذا ما يدعو للرجوع للقواعد العامة.

أما بالنسبة للتشريع اللبناني، فتطرق لحقوق والتزامات طرفي عقد الهبة بعد الرجوع فيها بنص المادة 525 من قانون الموجبات والعقود، والتي جاء نصها كما يلي: "عند الرجوع عن الهبة التي نصت عليها المادة السابقة

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.629.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.209.

تعاد الأموال الموهوبة إلى الواهب. وإذا جرى التفرغ عنها فيعاد إليه ما يساوي قيمة الكسب المتحقق إذا كان للموهوب له، أما إذا كانت الأموال الموهوبة مرهونة فللواهب أن يفك رهنها بدفع المبلغ الذي رهنه لتأمينه، وإنما يبقى له حق الرجوع في هذا المبلغ على الموهوب له".

وقد انفرد هذا التشريع، بالتطرق للإجراءات الواجب اتباعها عند ممارسة حق الرجوع، من خلال ما ورد بنصوص المواد التالية: المادة 526، والمادة 527، والمادة 530 من قانون الموجبات والعقود، حيث حدد آجال ممارسة الدعوى في كل الحالات التي تسمح بالرجوع عن عقد الهبة، فعلى سبيل المثال حددت المادة 526 المهلة بخمس سنوات تبدأ من يوم ازدياد الابن الأخير، وهذا ما يشكل زعزعة للمراكز القانونية، وكثرة النزاع والشقاق خاصة وأن الهبة من التصرفات التبرعية التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وقلما تخرج من النطاق العائلي، حيث يجد الموهوب له نفسه مع كل حالة ازدياد ابن للواهب مهددا بفقد الشيء الموهوب.

من خلال النصوص السابق ذكرها، يتضح أنّ هذه التشريعات جعلت من الرجوع عن عقد الهبة أثرا رجعيا، يرد فيه الموهوب له الشيء الموهوب للواهب بالحالة التي كان عليها قبل الرجوع إذا كان قد تسلمه، ويعتبر عقد الهبة كأن لم يكن، كما يلتزم الواهب بدفع المصروفات التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب فالمصروفات الضرورية يلتزم بإرجاعها كلها.

03- تحمّل تبعة هلاك الشيء الموهوب بعد الرجوع عن العقد: لم تأت التشريعات بنصوص قانونية تعالج مسألة تحمل تبعة هلاك الشيء الموهوب، مرجعة الأمر للقواعد العامة، حيث يتحمل الموهوب له هلاك الشيء الموهوب بعد إتمام إجراءات الرجوع، إذا كان هو سبب الهلاك، أما في الحالة التي يكون فيها الهلاك بالسبب الأجنبي، فالواهب هو من يتحمل تبعة الهلاك، إلا إذا أعذر الموهوب له بتسليم الشيء الموهوب ولم يفعل. وقد تطرق التشريع الجزائري، كأصل عام لتبعة هلاك الشيء من خلال نص المادة 127 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "إذ أثبت الشخص أن الضرر قد حصل بسبب لا يد له فيه كقوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

فيما تناولت المادتان 842 و843 من القانون المدني على التوالي، حالات خاصة بالمسؤولية عن الهلاك حيث جاء في نص المادة 842 كما يلي: "إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه فلا يكون مسؤولا تجاه من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع. ولا يكون الحائز مسؤولا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت عن هذا الهلاك أو التلف".

أما نص المادة 843 فجاء فيها يلي: "إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ناشئا عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو بقي في يد من يستحقه". وقد ذهب بعض الفقه لتحديد من يتحمل تبعة هلاك الشيء الموهوب، حيث ميز بين حالتين، كما

يلي: تتمثل الحالة الأولى في هلاك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بفعله المباشر، مما يحمله تبعه هذا الهلاك. أما الحالة الثانية فتتمثل في حال هلاك الشيء المبيع بالسبب الأجنبي، حيث يقع الهلاك يقع على الواهب، ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم وفقا لما جاءت به القواعد العامة¹.

فيما تطرقت باقي التشريعات العربية، لتبعة هلاك الشيء الموهوب، بنصوص خاصة، في القوانين التي عاجلت فيها عقد الهبة.

فالتشريع التونسي، تطرق لتبعة هلاك الشيء الموهوب من خلال الفصل 03/212 من مجلة الأحوال الشخصية، التي جاء فيها ما يلي: "إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال. فإذا لم يهلك إلا في بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي". يتضح من محتوى هذه الفقرة، أن المشرع التونسي لم يفرق بين الهلاك بسبب الموهوب له، أو بالسبب الأجنبي، ففي كلتا الحالتين حمل الموهوب له، تبعه هلاك الشيء الموهوب، أين كان أولى به أن يجعل الهلاك بالسبب الأجنبي على الواهب.

أما بالنسبة للتشريع المغربي، فتناول تبعه هلاك الشيء الموهوب، بنص المادة 288 من مدونة الحقوق العينية، والتي جاء نصها كما يلي: "إذا استرجع الواهب الملك الموهوب دون وجه حق، وهلك في يده، فإنه يكون مسؤولا عن هذا الهلاك.

إذا امتنع الموهوب له عن رد الملك الموهوب إلى الواهب بعد اعتصاره اتفاقا أو قضاء، رغم إنذاره بذلك طبقا للقانون، وهلك العقار الموهوب في يده، فإنه يكون مسؤولا عن هذا الهلاك".

فيما تناول التشريع المصري، تبعه هلاك الشيء الموهوب بنص المادة 504² من القانون المدني وما يقابلها من التشريعات التي حذت حذوه، كما يلي: "01- إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بعد التراضي أو التقاضي كان مسؤولا قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال.

02- أما إذا صدر الحكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم فيكون الموهوب مسؤولا عن هذا الهلاك ولو كان الهلاك بالسبب الأجنبي".

¹ - الشيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الوصية، الهبة، الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.ص. 163-164.

² - تقابلها بشكل مطابق المادة 472 من القانون المدني السوري، والمادة 493 من القانون المدني الليبي.

وإذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، وكان ذلك بسببه، تحمل المسؤولية ووجب عليه تعويض الوهاب، أما إذا كان الهلاك بالسبب الأجنبي، فتطبق القواعد العامة للهلاك، فإن وقع الهلاك قبل الرد بعد إعداره بالتسليم، فهو من يتحمل تبعه هلاك الشيء الموهوب¹، حسب ما ورد بنص المادة 02/504 من القانون المدني. أما بالنسبة للتشريع العراقي، فقد حدد تبعه هلاك الشيء الموهوب بنص المادة 625 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "إذا أخذ الوهاب الشيء الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان غاصبا، فلو هلك الموهوب أو استهلك ضمن قيمته للموهوب له.

أما إذا طلبه بعد القضاء ومنعه الموهوب له بعد إعداره بالتسليم، فهلك في يده ضمنه".

ثالثا- حماية حق الغير من آثار الرجوع عن عقد الهبة: قد أغفلت أغلب التشريعات آثار الرجوع عن عقد الهبة بالنسبة للغير، فقد يحدث أن يعود الشيء الموهوب للواهب حسن النية مثقالا بحق الغير، وهذا ما يستدعي الاعتماد على القواعد العامة المقررة في هذا الشأن، حماية لحق الغير حسن النية، إذ عادة ما يعود الشيء الموهوب للواهب مثقالا بحقوق الغير حسن النية².

فبالنسبة للتشريع الجزائري، يمكن الاعتماد على ما ورد بنص المادة 03/211 من قانون الأسرة حيث جاء فيها ما يلي: "إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته"، في حماية حق الغير، الذي امتلك الشيء الموهوب بحسن نية، سواء تم ذلك بمقابل، أو تبرعا، أو إذا أدخل عليه ما غير طبيعته.

ويرى بعض الفقه، أنه في حال لجوء الوهاب للقضاء، بشهر عريضة فتح الدعوى مباشرة إجراءات الرجوع، خاصة فيما يتعلق بالعقار، وبعدها قام الموهوب له بالتصرف في الشيء الموهوب، فإن هذا التصرف لا يسري في حق الغير، بسبب سوء نية الموهوب له، ولكن الوهاب لا يمكنه استرداد الشيء الموهوب إلا بعد صدور الحكم النهائي في الدعوى لأن إجراءات شهر عريضة فتح الدعوى لا يوقف التصرف في الشيء الموهوب³.

ولم يتطرق المشرع المصري، في نصوصه المتعلقة بالرجوع في الهبة عن الآثار بالنسبة للغير، وهو ما يحيل إلى القواعد العامة، وما جاء به الفقه في هذا الصدد، وقد اختلفت آراء الفقه في هذا الشأن، بسبب حذف العبارة التالية: "دون الإخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق" من الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي من نص المادة 01/503 من القانون المدني، فقد ذهب جانب من الفقه، إلى أن حذف العبارة السابق ذكرها، يحرم الغير حسن النية من حقوقه التي اكتسبها من الموهوب له قبل الرجوع، تطبيقا للأثر الرجعي له، أين جعل حقوق الغير

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.208. وإسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.487.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق، ص.487.

³ - جبار جميلة، قراءة في نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري بين حرفية النص وحمية التفسير، المرجع السابق، ص.345.

معلقة بقبول أو رفض العذر الذي يقدمه الواهب في رجوعه عن الهبة، باستثناء حق الملكية والرهن الرسمي، بالنظر لرسمية الشهر والتسجيل والقيود الذي يخضعان له¹.

فيما رأى جانب آخر من الفقه، إلى القول بأن العبارة المحذوفة ليست إلا تقريراً للقواعد العامة، وبالتالي يمكن إعمالها دون النص عليها، مع مراعاة خصوصية عقد الهبة كعقد خاص، كما يجب التمييز بين التصرف الذي يلحقه الموهوب له بالشيء الموهوب، هل هو تصرف ناقل للملكية كعقد بيع أو هبة؟ أم يرتب على الشيء الموهوب حقاً عينياً، كالرهن، أو حق انتفاع، أو حق ارتفاق²؟

ففي حالة تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، بتصرف ناقل للملكية، أو بغير ذلك من التصرفات المسقطه لها، لزمته الهبة، وامتنع على الواهب الرجوع في هبته؛ سواء كان عقاراً أم منقولاً، ويمتنع الرجوع سواء بالتراضي أم بالتقاضي، وهذا لا يعني أن الرجوع ليس له أثراً رجعياً، وإنما لا يجوز الرجوع في مثل هذه الحالات كما لا يمكنه طلب التعويض عن فقدان الشيء الموهوب بسبب قيام العذر في استرجاعه، وتعذر استرجاعه بما سبق بيانه³.

أما في الحالة التي يرتب الموهوب له حقاً عينياً على الشيء الموهوب، فتطبق القواعد العامة لانعدام النص فإذا كان الشيء الموهوب عقاراً، وترتب حق الغير عليه، بعد تسجيل دعوى الرجوع في الهبة، أو تسجيل التراضي على الرجوع في الهبة، ففي هذه الحالة يمكن للواهب أن يسترد العقار الموهوب حالياً من كل حق كان مثقلاً به في يد الموهوب له، وما للغير سوى الرجوع على الموهوب له بالتعويض وفقاً للقواعد العامة⁴.

أما إذا كانت إجراءات ترتيب حق الغير قد نفذت قانوناً قبل تسجيل دعوى الرجوع في الهبة، أو تسجيل التراضي على الرجوع في الهبة، فنميز بين حالتين: إذا كان حسن النية ولم يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع في الهبة فالواهب يسترد العقار مثقلاً بالحق العيني المترتب عليه، كما لا يمكنه طلب التعويض من الموهوب له. أما في الحالة التي يكون فيه الغير سيء النية؛ بعلمه بقيام عذر مقبول للرجوع في الهبة، فلا حق يثبت له على العقار، فيسترجع الواهب العقار حالياً من حقوق الغير، ويرجع الغير على الموهوب له وفقاً للقواعد العامة.

وفي الحالة التي يكون فيها الشيء الموهوب منقولاً، فيفترق بين حالتين: تمثل الأولى الرجوع في الهبة بالتراضي، ففي هذه الحالة يسترد الواهب الشيء الموهوب مثقلاً بحقوق الغير، أما الحالة الثانية، فتتعلق بالرجوع بالتقاضي، ففسخ العقد بحكم القاضي يكون له أثراً رجعياً حتى بالنسبة للغير، فيسترد الواهب الشيء الموهوب

¹ - أكنم أمين الخولي، العقود المسماة، بدون دار النشر، دون بلد النشر، 1958، ص.185. ومحمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، 1966، ص.161. نقلاً عن إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، المرجع السابق ص.640.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.211.

³ - المرجع نفسه، ص.212.

⁴ - المرجع نفسه، ص.213.

نحاليا من حق الغير، ما لم يكن الغير قد حاز حقه، كحق الانتفاع مثلا، شريطة توافر حسن النية، ففي هذه الحالة تكون "الحيازة في المنقول سندا لحق الغير"، فيسترد الواهب ملكه مثقلا بحق الغير¹.

يتضح مما سبق، اتفاق جمهور الفقهاء على لزوم عقد الهبة وعدم جواز الرجوع، إلا استثناء بالنسبة للوالدين، فيما جعل الفقه الحنفي من عقد الهبة عقدا غير لازم يجوز الرجوع فيه كأصل عام، ولكنه توسع في موانع الرجوع مقارنة بجمهور الفقهاء.

أما بالنسبة للتشريعات، فانقسمت هي بدورها على توجيهين؛ أولهما جعل بين من جعلت من عقد الهبة عقدا لازما، واستثنت من لزمه حالة الوالدين، حماية لهما من الأضرار التي قد تلحق بهم جراء تصرفات أولادهم الغير مسؤولة، أو بسبب تغير الظروف التي تمت فيها الهبة تجعل من الواهب في حاجة ماسة لماله، وهذا أخذ بما جاء به جمهور الفقهاء بشأن عقد الهبة، حيث اعتبروه لازما باستثناء حالة الوالدين، وأما ثانيهما فجعل منه غير لازم، يمكن الرجوع عنه رضاء أم قضاء، مع ضرورة تقديم أذكار مقبولة للقضاء، باستثناء حالة الوالدين.

وفيما اكتفى فقهاء الفقه الإسلامي، بوضع موانع تمنع الرجوع عن عقد الهبة بين موسع ومضيق فيها أضافت أغلب التشريعات ضرورة توفر أذكار محددة، حتى يتمكن الواهب من الرجوع في عقد الهبة، والسبب هو تطرقها للرجوع عن عقد الهبة بالتراضي؛ الذي يمثل تطبيقا لما ورد في القواعد العامة.

أما فيما يتعلق بالآثار المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة بالإرادة المنفردة، من رد الشيء الموهوب، والثمار ورد للمصروفات الضرورية والكمالية، إلى جانب استناد الرجوع للماضي، فلا خلاف فيه بين التشريعات الوضعية وما جاء به جمهور الفقهاء.

بخلاف التشريع العراقي الذي اتبع الفقه الحنفي في ذلك معتمدا على الأثر المباشر من يوم رفع الدعوى أو من يوم الاتفاق على الرجوع بالتراضي.

وأهم ما تم ملاحظته أنّ التشريعات اكتفت بآثار الرجوع عن عقد الهبة بين طرفي العقد، وأغفلت ذلك بالنسبة للغير، أمّا فقهاء الفقه الإسلامي؛ فقد أولوا مسألة حقوق الغير أهمية بالغة؛ حيث تطرقوا لأثر حقوق الغير على الرجوع عن عقد الهبة، على اعتبار أن حق الغير أقوى من أن يتأثر بحق الرجوع، لأن الغير اكتسب حقا شرعيا صحيحا شريطة أن يكون حسن النية، وفق قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.05، ص.213.

الفصل الثاني: انعكاسات العدول عن العقد على العلاقة العقدية في القانون الوضعي والفقہ

الإسلامي

تترتب عن العدول عن العقد إلى جانب الآثار المباشرة التي لحقت طرقي العلاقة العقدية، آثارا غير مباشرة، تجاوزت قواعد قانونية كانت إلى وقت غير بعيد من مسلمات القانون المدني، إن لم نقل من بدهياته الأمر الذي أدى بالتشريعات إلى التدخل في العلاقة العقدية، عن طريق توجيهها، وتنظيمها بسبب تعقد وتنوع سبل الحياة، بهدف حماية المجتمع من تسلط الأقوياء من المتعاقدين، ولم يعد للإرادة مطلق الحرية في تكوين العقد وتحديد آثاره، بل تدخل المشرع جنبا لجنب معها، وفي هذا المعنى يرى بعض الفقہ¹ أننا أصبحنا أمام عقد موجه يتولى القانون تنظيمه؛ وما على أطرافه إلا القبول به أو رفضه²، وهذا المنحى الجديد جاء نتيجة ظروف اجتماعية واقتصادية وحتى سياسية، أثرت بشكل مباشر على سيادة مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد ردحا من الزمن، فأدت لتراجعها. ولمعرفة حقيقة هذا التراجع، يجب بحث تطور مبدأ سلطان الإرادة في الأنظمة القانونية، خاصة القانون الروماني، مقارنة بالفقہ الإسلامي (المبحث الأول)، وبارتداد تدخل التشريعات في العلاقة العقدية في الوقت الحالي بشكل تراجع مع القاعدة العقدية أمام القاعدة القانونية، حيث تدخلت إرادة المشرع جنبا إلى جنب مع إرادة طرفيه، فأصبح ينظر له أنه أداة تهدف لتحقيق الصالح العام للمجتمع، وأن حرية الفرد مهما بلغت فهي مقيدة بالمصالح الاجتماعية والاقتصادية التي سطرها المشرع، بشكل يزيل أي تفاوت اقتصادي أو اجتماعي في أي علاقة عقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تراجع مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوضعية والفقہ الإسلامي

مر مبدأ سلطان الإرادة بعدة مراحل استغرقت عقودا طويلة من الزمن، كان يزدهر في مرحلة وينحسر في أخرى، على أن تطور الأوضاع الراهنة في شتى المجالات، خاصة الاقتصادية والاجتماعية منها، مع التقدم التكنولوجي، والتفاوت في المراكز القانونية بين طرفي العقد؛ ساهم بشكل كبير في تراجع مبدأ سلطان الإرادة وهذا التصور لم يعرفه الفقہ الإسلامي، أين تتأصل نظرية قائمة بذاتها ابتداء وانتهاء تعرف بمبدأ الرضائية، ومن خلال هذا المبحث سنتعرف بإيجاز عن مراحل نشأة هذا المبدأ، ثم نبين العوامل المساعدة على انحساره، وحقيقة وأسباب انتكاسه وفقا لما جاءت به التشريعات الوضعية والفقہ الإسلامي معا (المطلب الأول)، وبعدها نتطرق لمظاهر انتكاسه في التشريعات الوضعية والفقہ الإسلامي (المطلب الثاني).

¹-Terre. F, Simler. P et Lequette. Y, Droit civil, les obligations, Dalloz, 1996, 6^{eme} éd, n° 35, P.32.

² - وبالمقابل يرى بعض الفقہ أنه لا يمكن للتطور القانوني مهما حصل ذروته إلغاء دور الإرادة تماما في التعاقد. للتوسع أكثر يراجع: محمدي فريدة
مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1992، ص.01

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الوضعي والفقہ الإسلامي

لم يكن لمبدأ سلطان الإرادة بمفهومه الحالي أي أثر يذكر في ظل التشريعات القديمة، أين سيطرت على العقود بعض الطقوس والأشكال الخاصة، حكمت أمور الناس بشكل مقدس لا يمكن مخالفته تحت طائلة البطلان، حيث لم يكن للإرادة أي دور في إنشاء التصرفات. لأجل ذلك سيتم بحث المراحل التاريخية التي مر بها المبدأ في التشريعات الوضعية (الفرع الأول)، وخلافاً ما هو عليه الحال في التشريعات الوضعية، انفرد الفقہ الإسلامي ببناء قانوني سليم أعطى أهمية كبيرة لإرادة الفرد، معتمداً في ذلك على ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية، وفق ما يعرف بمبدأ الرضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نشأة مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوضعية

بداية من القانون الروماني السائد في مرحلة ما قبل الميلاد، ومروراً بمجموعة جوسيتان، لم يكن للإرادة أي سلطان يذكر في نشأة العقود ولا في تنفيذها إلا إذا صبت في شكل معين، لأجل ذلك سيتم من خلال هذا الفرع دراسة نشأة مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني (أولاً)، ثم بيان تطوره في القوانين اللاحقة له (ثانياً).

أولاً- نشأة مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني: لا يمكن الحديث عن نشأة مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني بالمعنى الحقيقي له، حيث ساد مبدأ الشكلية بقوة في أغلب مراحل (01)، إلا أن بوادر نشأته ظهرت في أواخر مراحلها، حيث انفتح الرومان على الحضارات الأخرى لحاجتهم للصناعة والتجارة الخارجية، مما ساهم في تراجع مبدأ الشكلية (02).

01- سيادة مبدأ الشكلية في القانون الروماني: أجمع أغلب الفقہ على أن القانون الروماني لم يعرف مبدأ سلطان الإرادة، خاصة في المراحل الأولى لنشأته، فالتصرف القانوني لم يكن ليتم إلا بممارسة حركات وأشكال وإشارات، أو ألفاظ محددة، فلم يكن لتوافق الإرادتين أي أثر في إنشاء العقود، لأن القانون الروماني كان في بدايته قانون طقوس وشكليات محددة، ولم يهتم الرومان بتنفيذ العقود، بقدر ما اهتم بتحقيق السلام¹.

ومن أهم المعالم البارزة في القوانين القديمة، اختلاط نصوصها بالأحكام الدينية والمبادئ الخلقية، مع صياغتها بأسلوب شعري موجز وبعيد عن الدقة، فضلاً عن العلية التي كانت مطلوبة عند إبرام أي تصرف قانوني، مع ضرورة إفراغه في قالب شكلي، ويعد أبرز مثال على ذلك قانون الألواح الاثني عشر عام 451 قبل الميلاد، حيث تم صياغته بأسلوب شعري وبصبغة دينية مع شيء من القسوة مشبعا بالشكلية².

وقد كان النظام القانوني الروماني في بداية نشأته مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالدين، وكانت قواعده مستمدة من العقائد الدينية؛ حيث كان القانون والدين تحت سلطة الكهنة، وكان الرومان لا يسلمون إلا بالماديات، ويرون في

¹ - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.87. وحى الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد (دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، بدون طبعة، ص.84.

² - بيرك فارس حسين الجبوري، وعود حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، 2014، ط.01، ص.87.

الأشياء المجردة قوة سحرية قادرة على كل شيء، مما يقتضي أن تكون الشعائر الدينية بألفاظ وإشارات محددة لإرضاء الآلهة، وأن أي خطأ في الشكل أثناء تأدية العبادة يبطلها، لأجل ذلك، نشأت النظم القانونية متأثرة بشكليات الشعائر الدينية، فُبُنيت على صيغ رسمية وأوضاع شكلية يجب اتباعها بعناية عند ممارسة أي تصرف قانوني، حتى يرتب أثره¹.

وما تجب الإشارة إليه، أنّ القانون الروماني في بداية نشأته مزج بين الأموال وعبادة الأسر، مزجا غير قابل للانفصال، ومما جاء فيه: "إن الأموال عبادة كل الأسر غير قابلة للانفصال"، ولأجل ذلك كان انتقال الملكية عندهم يتم عبر طقوس محددة لا بدّ من تحقيقها بصرف النظر عن الإرادة².

فقد كانت الشكلية في القانون الروماني بمثابة قاعدة أصولية، فلا يعد العقد صحيحا، إلا إذا أفرغ في قالب معين، حتى ولو صدر من شخص غير مميز، وفق قاعدة "الاتفاق المجرد من الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى"³، فكان المبدأ السائد في القانون الروماني هو "سلطان الشكل"، أين كانت الآثار القانونية لا تترتب بمجرد استيفاء الإجراءات والطقوس، أو النطق بالألفاظ التي قررها القانون⁴.

فالشكلية في هذه المرحلة لم تكن إرادة قانونية، بقدر ما كانت تعبيرا عن ظروف اجتماعية⁵، فقد كان التعاقد وقتها نادرا جدا لا يلجأ إليه الناس إلا في حالات محدودة جدا، وكان يعد حدثا خطيرا يستوجب العناية والاحتفال به بما يتفق مع الأشكال المطلوبة⁶.

وتجدر الإشارة إلى أن العبارات الرسمية التي يلقيها الأفراد أثناء الدعوى عند عرض النزاع، كانت مقصورة على رجال الدين، حيث يلزم الأفراد قبل الذهاب للمحاكم الرجوع إليهم أولا⁷.

ويعدّ مرجع ذلك كله، أن طبيعة هذه المرحلة من مراحل تطور الإنسان البدائي، يصعب عليه إدراك المعنويات؛ ولأجل ذلك يحاول تجسدها في صور مادية وإعطائها شكلا ملموسا ومحسوسا، فحتى في مجال المعتقدات الدينية قاموا بتجسيد فكرة الإله في صورة أصنام تعبد من دونه، وكانوا يفصلون بين حقيقة الإله وبين

¹ - بريك فارس حسين الجبوري، وعوداد حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية، المرجع السابق، ص.87. وصوني أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، ط.01، ص.81. نقلا عن: علي محي الدين قره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص.27.

² - بريك فارس حسين الجبوري، وعوداد حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية، المرجع السابق، ص.87.

³ - محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد المرجع السابق، ص.84. وعبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، موسوعة القانون المدني المصري، مصر، ج.01، بدون طبعة، ص.43.

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج.01، ص.43.

⁵ - عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.113، الهامش رقم 01.

⁶ - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.91.

⁷ - محمود عبد الحميد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.37.

شكله المادي الذي يعبدونه، ويدعون الحقيقة، وبهذا فالفصل بين الحقيقة والشكل في الدين هو الوثنية، والفصل بين الحقيقة والشكل في القانون هو الشكلية، فأرأوا أن تفرغ الإرادة وهي أمر معنوي في قالب مادي يحل محلها¹. وبجانب الشكلية السائدة وقتها، كانت بعض التصرفات المتصفة بخطورتها ونوعيتها، تتطلب ضرورة موافقة الهيئة الاجتماعية بحسب نوعية العقد وخطورته، وقد تستدعي موافقة المجالس الشعبية، مثل ما هو الحال عليه في الوصية، وقد تتطلب إجازة من الحاكم؛ كما هو الحال العتق والدعوى الصورية، وقد تشترط حضور مجموعة محددة من الشهود في الإشهاد².

وقد انفصل القانون عن الدين، ولكنه احتفظ بإجراءاته الشكلية، ومن أهم التصرفات الشكلية التي عرفها الرومان في هذه المرحلة، نذكر ما يلي³:

- الإشهاد: وهو طريقة يتم بها نقل الملكية بالعقد مع اتباع إجراءات علنية محددة تخص الملكية الرومانية، وكانت تتم مراسيمه بقبض المشتري المال، والتلفظ بعبارات محددة طبقاً للقانون الروماني، بأنه تملكه بالثمن المقدر بالميزان ثم يضرب الميزان بقطعة نحاس تمثل وزن الثمن ويسلمها للبائع.

- الدعوى الصورية: وهو أسلوب من أساليب نقل الملكية كذلك، حيث يحضر الطرفان أمام البريتور ويقرر بعبارة رسمية أنه: "مالك لهذا الشيء طبقاً للقانون الروماني، وعند سكوت الناقل أو تسليمه بما قيل يعلن البريتور تصديقه لهذا الإقرار معلناً أن المال يعود للمكتسب...".

وبهذا يتبين أنّ الشكلية في القانون الروماني القديم، استغرقت مبدأ الرضائية في إبرام العقود، بسبب قلة المعاملات من جهة، وقلة اللجوء لها، بل كان يُنظر إليها كأنها حدث خطير يستوجب العناية به⁴.

وإلى جانب القانون المدني، ظهر قانون البريتور سنة 367 قبل الميلاد، حيث أسند له دوراً إدارياً، وقت كان القانون حكراً على الأحرار، فعهد إليه أعمال القناصل بعد ما كثرت عليهم الأعباء المتعلقة بالقضاء المدني وأوكلت له مهمة سماع أطراف الدعوى فقط حسب الصيغ التي يضعها الحكام، ولا سلطة له في منح دعوى أو منعها، ولا يملك سوى النطق بالكلمات التالية⁵: do, dico, didico، ومنها نقل الملكية عن طريق الدعوى الصورية⁶.

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، ص.85.

² - صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، ط.01، ص.18. نقلاً عن محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص.27.

³ - بيرك فارس حسين الجبوري، وعود حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية، المرجع السابق، ص.88.

⁴ - صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، 1964، ص.28. نقلاً عن عبد الحميد فودة مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص.167.

⁵ - عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مطابع البصير، مصر، المرجع السابق، ص.63-64. ومحمود عبد الحميد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.58.

⁶ - بيرك فارس حسين الجبوري، وعود حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية، المرجع السابق، ص.88.

وبعدها استغل البريتور سلطته لبيان أهم القواعد التي يجب أن يلتزم بها الحاكم عند الفصل في النزاع ولكنه كان يستعمل قواعد عرفية لا تتماشى مع العدالة، ولم يستعمل قواعد خاصة به إلا بعد صدور قانون إيبوتيا¹، فكان يسمح للمتقاضين بشرح ادعاءاتهم دون رسمية أو شكل، واتسع نطاق حماية الحقوق، بإضافة حقوق لم يكن يعترف بها القانون المدني عن طريق إيجاد صيغ دعاوى جديدة².

وواصل البريتور استعمال وسائل مستمدة من سلطته الإدارية لحماية الحق، أو أي حالة لا يحميها القانون المدني، تمثلت أساساً في أوامر بروتيرية، يحمي بها واضع اليد من أي تعرض، واشترطات بروتيرية، ومن الوسائل التي يلجأ لها، تكليف شخص بأن يتعهد بموجب عقد اشتراط خارج نطاق القانون المدني، مثل تعهد صاحب المنزل الآيل للسقوط، بتعويض جاره إذا تضرر من سقوط المنزل، شريطة أن يطلب هذه الوسيلة خلال مدة معينة³.

ومن أهم النتائج المترتبة عن قاعدة الشكلية في القانون الروماني القديم، هي التفرقة بين الاتفاق والعقد فالقانون الروماني خلال عهود تطوره كان يميز بينهما؛ بسبب وجود أصل عام يفيد أنّ الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام، والعقد وحده هو الذي ينشأ الالتزامات، فالالتزام لا يرقى لمرتبة العقد؛ إلا إذا أفرغ في أنموذج من النماذج التي يعرفها القانون، وكل هذا وفق قاعدة "الدعوى لا تنشأ من مجرد الاتفاق"، وقد بقيت هذه القاعدة حتى عهد جستنيان⁴، ويعود السبب في هذه التفرقة إلى رسمية النظم القانونية، فالأحكام القانونية كانت تنشأ من الأوضاع الشكلية نفسها لا من اتفاق الطرفين، مما يستبعد الإرادة والقصد⁵.

02- تراجع مبدأ الشكلية: تطور المجتمع الروماني في القرن الثاني قبل الميلاد تطوراً كبيراً شمل جميع نواحي الحياة، بسبب احتكاكهم بثقافات الشعوب الأخرى، فقد اتصل الرومان بالحضارات المعاصرة، ومنها الثقافة اليونانية، وتأثروا بها إلى حد كبير، خاصة الفلسفة الرواقية، وبدى ذلك واضحاً في تفكير فقهاء الرومان الذين تتلمذوا على يد أساتذة يونانيين، حيث لم يكتفوا في تحديد معاني النصوص على التعبير اللفظي، واهتموا بالمباني بالبحث عن قصد الشارع وإرادة المتعاقدين الحقيقية، فمدوهم بأفكار جديدة، توجب على الشخص الوفاء بها ممّا ساهم في ظهور العدالة والشرف والأمانة، واعتبروا العدالة فضيلة، والفضيلة إرادة كامنة في النفس البشرية

¹ - فقد كان لصدور هذا القانون بالغ الأهمية في منح البريتور إنشاء دعاوى جديدة، بعدما كانت من قبل واردة على سبيل الحصر فقط. للتوسع أكثر يراجع: عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 132-133.

² - عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مطابع البصير، مصر، المرجع السابق، ص. 63-64. ومحمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص. 58.

³ - المرجع نفسه، ص. 65.

⁴ - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية، منشورات أراس، لبنان 2006 ط. 01، ص. 139. وعبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 139.

⁵ - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 140. وعبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 141-142.

وبالتالي لا يكون العمل فاضلا إلا إذ صدر عن إرادة ظاهرة في سلوكه، وهكذا استعان الرومان بمبادئ العدالة للحد من الرسميات والشكليات التي سادت القانون الروماني.

أما في العصر العلمي ما بين 130 قبل الميلاد و284 ميلادي، الذي صادف صدور قانون إيبوتيا، أين انتقل المجتمع الروماني من مجتمع زراعي قائم على مبدأ الاكتفاء الذاتي، إلى مجتمع تجاري صناعي، بسبب ما لحقه من تطور في شتى مجالات الحياة، والنمو الديموغرافي الذي وصل إليه، واندماج الأسر مع بعضها البعض، فازدادت المعاملات المالية، واتسعت رقعة المجتمع الروماني، وأصبح الشكل عبئا ثقيلا يتعذر استيفاءه؛ فبدأت الإرادة تتحرر تدريجيا¹، وظهرت الرضائية بجانب الشكلية، على سبيل الاستثناء فقط، ولكن ليس بالمفهوم الحديث للرضائية، لأن الاتفاق الذي لا يفرغ في شكل من الأشكال المقررة وقتها لا يعتد به ما لم يفرغ في قالب "الاشتراط الشفهي"، وازداد تقلص حجم العقود الشكلية في عصر الإمبراطورية السفلى، أين قل استعمال الإشهاد والدعوى الصورية، ولم يبق منها سوى العقود ذات "الاشتراط الشفهي"، وبعد انتشار الكتابة في هذا العصر، أصبح "الاشتراط الشفهي" مجرد شرط في العقد².

كما تم التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، أين أعطي للإرادة قسطا من الأثر القانوني، وظهر نوع جديد من الاتفاقات التي تقوم على الرضائية وحدها، عرفت باسم "الاتفاقات الشرعية"، تتمثل عادة في اتفاقات التحكيم، والهبة، والصلح، وقد ارتقت هذه الاتفاقات إلى مصف العقود، بالرغم من أنهم لم يطلقوا عليها لفظ "عقد"، ولم يتوقف الأمر عند الاعتراف للإرادة بإنشاء العقد، بل تعداه للاعتراف بقدرتها على تعديل مضمونه³. كان مبدأ حسن النية، من أهم تطبيقات فكرة العدالة، الذي يلزم المتعاقد الوفاء بتعهداته بالرغم من عدم إفراغه في شكل معين، وهو ما يفيد كفاية التراضي لإبرام بعض العقود، فظهرت بذلك عقود أخرى ملزمة وبعيدة عن الشكلية، وهي العقود الرضائية الأربعة (الشركة، والوكالة، والبيع، والإيجار)⁴، فشكلت استثناء على القاعدة التي تقضي بأن الاتفاق المجرد لا يولد التزاما، وهي العقود التي تعرف بعقود حسن النية⁵، وقد ظهر ذلك جليا في

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.87. وعمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، المرجع السابق، ص.71.

² - علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ج.01، ص.32.

³ - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.91. وعلي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ج.01 ص.33.

⁴ - عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص.163-164. وتجب الإشارة إلى أن هذا النوع من العقود لم يظهر دفعة واحدة، بل كان ذلك على فترات متباعدة، وأول ما ظهر منها هو عقد الشركة بين أفراد الأسرة الواحدة. للتوسع أكثر يراجع: علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص.31، الهامش رقم 01.

⁵ - عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص.14. وعلي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق ص.30.

شتى فروع القانون¹، فتخلت الدولة عن تنظيم بعض العقود تاركة حرية تنظيمها للأفراد، وخففت بذلك شيئاً فشيئاً من حدة الشكلية التي كانت قائمة، لأنها شكلت عائقاً أمام ازدهار التجارة وتطورها².

وبسبب اتساع الفتوحات الرومانية، واتصالهم بباقي الشعوب، أصبح من الضروري أن تتمتع هذه الشعوب بالحماية، فاضطر الرومان لإنشاء قواعد قانونية جديدة باسم "قانون الشعوب"، وإنشاء وظيفة بريطور الأجانب لتولي القضاء في المنازعات التي تنشأ بين الرومان والأجانب، على غرار وظيفة البريتور المدني الذي يتولى القضاء بين السكان الأصليين لروما.

فكان لدور بريطور الأجانب بالغ الأثر في تطور نظم القانون المدني، وتجرده من الشكلية التي كانت الطابع المميز له، من خلال بعض عادات الأجانب المقيمين في روما التي كانت خالية من الشكلية، أين يحضر الخصوم أمام البرتور ويشرحوا ادعاءاتهم، وبعد التأكد منها، يقدمها مكتوبة لهيئة المحكمين. فنشأت على إثرها قواعد قانونية خالية من الشكلية، مثل الاكتفاء بالتسليم لنقل الملكية دون إجراءات شكلية، فظهر إلى جانب الشكلية، العقود العينية التي تتم بتسليم العين محل العقد، وهي القرض، والعارية، والوديعة، والرهن الحيازي، ثم ظهرت العقود الرضائية التي تتم بتبادل الإيجاب والقبول، وهي عقد البيع، والإجارة، والشركة، والوكالة، بوصفها أكثر العقود شيوعاً، وبعدها ظهرت العقود غير المسماة، وهي المقايضة، والقسمة، ثم ظهرت العقود الشرعية مثل الهبة، فأصبح للإرادة دور فيما يتعلق بالعقود الرضائية³.

وقد اعتبر فقهاء العصر العلمي، قوانين البريتور فرعاً من القانون؛ يقابل ويعارض القانون المدني، فقامت بجانبه، إتماً مكتملة له، أو معدلة له، يستطيع البريتور من خلالها حماية مراكز قانونية لا تتمتع بحماية القانون المدني شيئاً فشيئاً تجرد الرومان من الشكلية، خاصة بعدما بدأ البريتور الأجانب بتطبيق مبادئ قانون الشعوب على الرومان؛ فاندمج بالقانون الروماني، وأصبح جزءاً منه مثله مثل القانون المدني، تتمثل أهم مصادره في منشورات البريتور الأجنبي⁴.

وعلى الرغم مما سبق، يرى بعض الفقه أن القانون الروماني لم يقر في أي عصر من عصوره مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، وبقي العقد اللفظي هو الأساس⁵، إلا أن أهم ما ميزه أن صرامته فقدت شدتها مع الزمن، بسبب التغيرات الكبيرة التي لحقت بالمجتمع الروماني⁶.

¹ - عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.161. وعمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني المرجع السابق، ص.71.

² - علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص.29.

³ - عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مصر، المرجع السابق، ص.67. ومحمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.65. وص.230، وص.232.

⁴ - المرجع نفسه، ص.86.

⁵ - السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.92.

⁶ - عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.108.

ويظهر بعد هذا العرض أن القانون الروماني، وعلى الرغم من التطورات التي لحقت به، فإنه لم يُسَلِّم بمبدأ سلطان الإرادة، بل بقي يعتبر الشكلية أصل عام، والرضائية الاستثناء عليه، تتمثل عادة في الاتفاقات الشرعية والاتفاقات البروتورية.

ثانيا- تطور مبدأ سلطان الإرادة في القوانين اللاحقة للقانون الروماني: انطلاقاً مما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، استمر التطور هذا من خلال القوانين التي عكبتها، منها القانون الكنسي (01) والقانون الفرنسي القديم (02)، ثم القانون الفرنسي الحديث (03).

01- مبدأ سلطان الإرادة في القانون الكنسي: يعتبر القانون الكنسي قانوناً خاصاً برجال الكنيسة، استمد قواعده من مبادئ العدالة، والأفكار الدينية السائدة وقتها، القائمة على القيم الأخلاقية، كاحترام العهود والنذر والابتعاد عن الكذب والخيانة، مما ساهم في بروز الرضائية في نطاق الأخلاق (أ)، وبعدها انتقلت إلى عالم القانون (ب).

أ- ظهور الرضائية في نطاق الأخلاق: كان لمبادئ الكنيسة التي سادت في القرون الوسطى دور مهم في نشأة مبدأ سلطان الإرادة، حيث كان الفرد ملزماً باحترام العهد الذي قطعه على نفسه، حتى ولو لم يفرغه في شكل معين¹، وكان أساسه في ذلك، ما جاء به الكتاب المقدس، وكتابات آباء الكنيسة، وخطابات رجال الكنيسة حيث نص الكتاب المقدس على وجوب الوفاء بالنذور واليمين، واستقر هذا الوضع إلى أن نادى أحد الأسقف بضرورة احترام العهد دون حاجة لليمين، تحاشياً للكذب الذي يمثل خطيئة في الدين المسيحي، الذي كان فيه كل تعهد أو اتفاق يقوم على ثلاثة عناصر، وهي الثقة، واحترام العهد، والعدالة المجردة، إلى جانب قرارات مجامع الكنيسة، باحترام الاتفاق المجرد، وقد أُلزم أحد الأساقفة بدفع المبلغ المتفق عليه مع العامل الذي كلف بالقيام ببعض الإصلاحات في الكنيسة بمقابل².

وتواصل تراجع الشكلية، وسمح ذلك بازدهار الرضائية بشكل ملحوظ، مع انتشار الدين المسيحي بين الشعوب التي يسيطر عليها الرومان، فأصبحت قرارات الكنيسة مصدراً رئيسياً للقانون الكنسي، تدعو من خلالها لاحترام الإرادة للمبادئ الأخلاقية، وكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده ولو لم يفرغه في قالب معين، وجب عليه احترامه، لأن الحنث باليمين خطيئة توجب العقاب³، واستمر الكنسيون في اتجاه الاعتداد بالإرادة، فقالوا إن الشخص لا يمكن أن يلتزم إلا إذا كانت إرادته صحيحة، وبهذا برزت أهمية الإرادة وعيوبها، وبرز معها الاهتمام بالسبب في الالتزام بما يؤكد الطابع الأخلاقي للعقد⁴.

¹ - عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي)، 1993، ط. 01، ص. 92.

² - علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ج. 01، ص. 36-37.

³ - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج. 01، ص. 93.

⁴ - محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 88.

وبالرغم من هذا التطور، لم يتجرأ فقهاء هذا العصر على القول بأن الاتفاق المجرد يولد التزاما قانونيا يجمى بواسطة الدعوى.

ب- انتقال مبدأ سلطان الإرادة من عالم الأخلاق إلى عالم القانون: تحول عنصر الرضائية من عالم الأخلاق إلى عالم القانون، بعد عدة محاولات من فقهاء الكنيسة؛ بنقل العلاقات القانونية بين الأفراد من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون، ومن اعتبار الواجب الأخلاقي الذي يفرض على الفرد احترام تعهده في شكل التزام قانوني، وقد تحقق لهم ذلك مع بداية القرن 13، حيث توصلوا إلى صياغة مبدأ احترام المتعاقدين تعهداتهم بصفة مجردة من أي شكل في صورة قاعدة قانونية تكفل حماية الاتفاق المجرد في صورة دعوى، لكنهم اختلفوا حول وسيلة حمايته، هل هي الدعوى أم الدفع؟ فتمكن الدائن من التنفيذ الجبري أمام محاكم الكنيسة، والانتقال من فكرة الجزاء الديني إلى فكرة الجزاء المدني، وبهذا نقل فقهاء الكنيسة احترام العهود والتذور من مجرد الأخلاق إلى مصف القانون، وبقي الحال على ما هو عليه حتى بداية القرن 15، أين تبنى معظم فقهاء الكنيسة قاعدة "الاتفاق المجرد يولد الدعوى" ونقل مبدأ الرضائية من إطار الأخلاق إلى إطار القانون، فكانوا أول من أسس لمبدأ سلطان الإرادة¹، ويضيف بعض الفقه أن المسيحية أتمت ما بدأت به الفلسفة اليونانية².

02- تطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم: بقي القانون الروماني فترة زمنية طويلة مصدرا لمعظم التشريعات، فقد قام الفقه الفرنسي، وخاصة الفقيهان "Domat et Pothier"، بنقل قواعد وأحكام القانون الروماني للقانون المدني الفرنسي، كما انتقل القانون الروماني لأغلب التشريعات الغربية، منها القانون المدني الألماني عن طريق جامعة بولونيا في مطلع القرن 19، والقانون المدني السويسري، الذي جمع قوانين كل المقاطعات على طريقة قانون نابليون في سنتي 1883 و1912، والحال نفسه بالنسبة للقانون المدني النمساوي الذي تخلى عن التقاليد الجرمانية التي كان يعمل بها، واتبع ما جاء به القانون الروماني على غرار أغلب الدول الأوروبية آنذاك³.

ويتضح أن أغلب التشريعات الغربية اقتبست قوانينها من القانون نابليون لسنة 1804 الذي يمثل امتدادا للقانون الروماني⁴.

وقد جاءت التشريعات الغربية التي ظهرت عقب القانون الروماني، متشعبة بروح الفردية التي حلت محل الدين، فبعدما ألف الناس الوفاء بالعهد الذي أوجب عليهم الدين، أصبح عدم تنفيذ الوعد خرقا للالتزام القانوني وقد ظهر المذهب الفردي كرد فعل لما كان يعانيه الشخص من تقييد لحرية، فالفرد لأنه هو محور الدول والتشريعات، انطلاقا من أن له حقوقا لصيقة بشخصيته، وحرياته يجب على التشريعات احترامها؛ لأنها سابقة

¹ - علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.36-39.

² - عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مصر، المرجع السابق، ص.101.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.ص.137-138.

⁴ - المرجع نفسه، ص.18.

على وجوده، وبهذا يكون أنصار المذهب الفردي قد أرسوا مبدئين مهمين: مبدأ الحرية الفردية، ومبدأ عدم تدخل الدول في هذه الحرية¹.

كما ساهمت النظريات الاجتماعية والفلسفية والسياسية في نشأة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وسيادتها، حيث بلغت أوجها في القرن 18، أين اعتبر الفرد إنساناً طيباً بطبعه، وأن الأصل في الإنسان السلامة فنشأت نظرية مبدأ سلطان الإرادة²، وتعد نظرية روسو "العقد الاجتماعي" من أهم النظريات الاجتماعية التي ظهرت وقتها، حيث اعتبرت الفرد أساس القانون ودعامته، فلا يخضع لغير إرادته، والفرد هو من يصنع القانون الذي يخضع له، وأن القيود الآمرة الموجودة في القانون قصداً قد ارتضاها الفرد من خلال العقد الاجتماعي، الذي تنازل فيه الأفراد عن بعض حرياتهم لتحقيق الصالح العام³، ومن أهم مظاهر هذه النظرية منح الفرد مطلق الحرية في اكتساب الملكية التي انعكست على التشريع الفرنسي حينما حاول إعطاء تعريف لحق الملكية بأنه حق المالك في التمتع والتصرف العقار على وجه مطلق⁴.

وإلى جانب النظريات الاجتماعية، ساهمت النظرية الاقتصادية كذلك في انتشار المذهب الفردي لهذا المبدأ من خلال ظهور الشركات الكبرى، مما أدى بأصحابها إلى فرض إرادتهم على الطرف الآخر، فازداد تقديس الإرادة⁵، وهذا فق قاعدة "اتركه يعمل دعه يمر".

ويعد الفيلسوف "كانت" أول من أعطى الصيغة القانونية لمبدأ سلطان الإرادة، واعتبره المبدأ الوحيد لكافة القوانين، كما أثر على الفقه الفرنسي في القرنين 17 و18، حتى استقر مبدأ سلطان الإرادة بصور قانون نابليون سنة 1804 من خلال المادة 1134⁶ السابقة، حيث صيغ نصها من مقولة الفقيه دوما التي جاء فيها ما يلي: "إذا تمت الاتفاقات، فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه"⁷.

وبهذا يعد القرن الثامن عشر بداية كل التحولات التي طرأت على مبدأ سلطان الإرادة، حيث تم التأصيل له من طرف أصحاب الفكر القانوني مستعينين بما توصل إليه أصحاب الفكر الاقتصادي والاجتماعي والسياسي⁸.

1- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص.16.

2- عبد المحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.40. والسنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.102.

3- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص.16.

4- عبد القادر العرعاري، نظرية العقد (مصادر الالتزام)، الكتاب الأول، دار الأمان، المغرب، 2014، ط.04، ص.56. والهامش رقم 03.

5- عبد المحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.40. والسنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.102.

6-Art 1134 dispose: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorisé ».

7- محي الدين عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج.01، ص.44.

8- عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.56.

واستمر مذهب الفردية حتى القرن التاسع عشر، وازداد دور الإرادة، فأصبح مداها يتجاوز إنشاء العقد إلى ترتيب آثاره "فالإرادة هي من تولد الحق وهي من تحدد آثاره"، فلا يصح تقييد أثر العقد بدعوى أن هناك غبنا ما دام الطرف المغبون رضي بهذا الغبن من البداية، فالتعادل المطلوب هو التعادل بين شخصين وليس بين شيئين متبادلين¹.

وبهذا يظهر، أن النظريات الفلسفية والسياسية كان لها دور كبير في تقديس الفرد وإطلاق حرته في كيفية التصرف في تعاملاته.

أما الثورة الفرنسية من جهتها، فنادت بوجود حقوق طبيعية تقوم على حرية الفرد في المجال الاقتصادي وفق قاعدة "دعه يعمل دعه يمر"، وفي المجال السياسي ظهرت نظرية "العقد الاجتماعي"، التي ترى بأن تحقيق مصلحة الفرد يتبعه تحقيق المصلحة العامة، فالفرد هو أساس النظام الاجتماعي، ووظيفة القانون حماية الفرد لا الجماعة، ولا يستكمل الفرد شخصيته إلا بإرادة حرة، ومستقلة، فجاء القانون الفرنسي متشعباً بهذه الفردية معتداً بمبدأ سلطان الإرادة إلى حد كبير، خلال القرنين 18 و19.

وهكذا، فقد تبلورت أفكار ومبادئ سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر، وأصبحت تقوم على مبدأين هامين هما: أن الإرادة الفردية مصدر كل الالتزامات، ومصدر لكل الآثار التي تترتب على هذه الالتزامات، وأن مبدأ سلطان الإرادة لا يرتبط بالالتزامات فقط، بل هو مصدر كل الحقوق الأخرى، فحق الملكية مبني على حرية الإرادة².

وبالنظر لما تم بيانه، اتضح أنّ مبدأ سلطان الإرادة أساسه فلسفي يقوم على تقديس الفرد، أمّا نتائجه القانونية، فاعتبرت أن الإرادة هي مصدر كل حق وهي من تحدد نطاقه³، وأنّ إرادة الفرد حرة كاملة في إبرام ما تشاء من العقود، شريطة أن لا تتعارض مع حرية الآخرين، دون النظر لفكرة الأخلاق، أو توافق مصلحة الفرد مع الجماعة⁴، وأنّ "أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره أيضاً كقاعدة عامة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة"⁵. وفي المعنى ذاته، يضيف بعض الفقه⁶ أن أساس العملية التعاقدية هو توافق إرادتين، وهي القاعدة التي سيطرت ردحا من الزمن، والتي تفيّد بأن الفرد التزم لأنه أراد أن يلتزم وبالقدر الذي يريده، وهو ما يعرف بمبدأ

¹ - السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.95-100.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.01، ص.145.

³ - المرجع نفسه، ص.103.

⁴ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.77-78.

⁵ - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري المرجع السابق، ص.43.

⁶ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.260.

سلطان الإرادة، وقد تفرع عن هذا المبدأ أنّ الأفراد أحرار في أن يتعاقدوا أو لا يتعاقدوا، فإن تعاقدوا فهم أحرار في تحديد شروط تعاقدهم في حدود النظام العام¹.

ومّا سبق، يظهر أنّ مبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين: الأول يقوم على مبدأ الرضائية (كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني)، والثاني يقوم على قدرة الإرادة في تحديد آثار العقد (مبدأ العقد شريعة المتعاقدين).
03- تطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي الحديث: في ظل قانون نابليون لسنة 1804 كان قانون العقود يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، ولا مجال لتدخل المشرع في العقد، إلّا فيما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة بمفهومهما الكلاسيكي، غير أن هناك تطورات عديدة لحقت المنظومة القانونية، بسبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، فتغيرت معها موازين القوى بين طرفي العلاقة العقدية، أين ظهر طرف قوي وآخر ضعيف، فاتجهت التشريعات أكثر فأكثر للاهتمام بمصلحة الطرف الضعيف، نتيجة ظهور المذاهب الاجتماعية التي تنادي بحماية الجماعة. واتضح أن فكرة "الإنسان الطيب" خرافة، وأن الاعتماد الكامل على حرية الفرد يقضي على الجانب الأخلاقي للالتزامات². وأن العقد، لم يعد مجرد أداة لإشباع الحاجات الاقتصادية، بل أداة اجتماعية لتحقيق أهداف المجتمع، وتطويره واستقراره³.

وواصل المذهب الاجتماعي دوره في تقليص مبدأ سلطان الإرادة، بازدياد النظريات الاجتماعية والاشتراكية المناهضة للمذهب الفردي، التي سعت لتحقيق العدالة الاجتماعية، وترجيح مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، فأصبح الأساس في التشريعات هو التضامن الاجتماعي، وليس مبدأ سلطان الإرادة، فأضحى العقد يستمد قوته الملزمة من القانون، ونظرية التضامن الاجتماعي التي تقوم على مصلحة الجماعة، إضافة لإرادة طرفيه⁴.

وأهم ما يميز فكر أنصار المذهب الاجتماعي، أنهم لم ينكروا دور الإرادة في إنشاء العقود، ولكنهم يقرون بالدور الجزئي لها فقط، باعتبارها مجرد وسيلة لتحقيق غاية، وليست غاية في حد ذاتها⁵.

وفي المعنى ذاته، يضيف جانب آخر من الفقه أنّ أنصار المذهب الاجتماعي يرون أن هناك مانعان يحولان دون أن تكون الإرادة هي المصدر الوحيد للالتزام؛ يتمثل الأول في المانع النفسي، إذ لا يمكن التصور أن إرادة الشخص في وقت معين يمكن أن تقيده بالنسبة للمستقبل، وإذا كان الأمر كذلك فلماذا الاهتمام بإرادة

¹ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.264.

² - المرجع نفسه، ص.40. والسهنوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.102.

³ - محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر الإمارات، 2012، ص.285. نقلا عن بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 01، 2016، ص.134.

⁴ - قريقر فتيحة، حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 01، جامعة الخلفة، الجزائر، 2017، ص.280.

⁵ - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.44.

الأمس وإهمال إرادة اليوم، ولذلك فلا بد أن يكون هناك شيء آخر غير الإرادة، يتمثل في الثقة التي تقوم بين المتعاقدين، حيث يقضي القانون أن لا تهدر هذه الثقة¹.

أما المانع الاجتماعي، فيرى أنه بالرغم من احترام حقوق الفرد، إلا أنه يعد جزء من الجماعة، ويلتزم بالتزامات في مواجهة أفراد المجموعة، فلا يجوز لآثار العقد أن تخالف قوانين هذه البيئة الاجتماعية، وبهذا تكون الإرادة في خدمة القانون وليس العكس².

ومن النظريات التي ساهمت في تراجع المبدأ كذلك؛ النظرية الاشتراكية الكاثوليكية، حيث كشفت ابتعاد المبدأ على يد فلاسفة القرن 18 عن المفهوم الكنيسي للمبدأ، الذي يعني أن العقد الملزم؛ هو الذي يكون عادلا والذي يكون له سببا صحيحا، ولا يكون ربويا، كما يجب حماية الأطراف من الغبن الذي يمكن أن يقعوا فيه³.

ويضيف جانب آخر من الفقه، أنه لم يعد يسمح للأفراد وضع شروط تخالف مقتضيات المصالح الاجتماعية⁴، ووصل الأمر لحد جبر الفرد قانونا على إبرام عقد معين وبمنعه من آخر⁵.

فقد يمنع الأفراد من إنهاء بعض الالتزامات العقدية، أو تعديلها بمحض إرادتهم، إذ تتدخل التشريعات بوضع تنظيم لها، لما لها من تأثير على فئة معينة من الأفراد، فالصالح العام يتطلب منع صاحب القوة الاقتصادية من التحكم في من هو أدنى منه مستوى بغرض إقامة المساواة بين المتعاقدين، كتسعير بعض المواد، وتحديد شروط العمل⁶، فالعقد لم يعد مجرد توافق إرادتين فقط، بل أصبح وسيلة هامة لتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية⁷.

ومع بداية القرن 20 تغيرت الظروف الاقتصادية والسياسية مرة أخرى، وظهرت الشركات الكبرى فحدث اختلال في مراكز القوى بين المتعاقدين، أين ظهرت نقابات العمال للمطالبة بإعادة التوازن للعلاقة العقدية، والأفكار الاشتراكية المناهضة للأفكار الفردية السابقة التي تولي الأهمية للجماعة على حساب الفرد أساسها التضامن الاجتماعي، حيث رأى بعض الفقه أن فكرة العقد؛ ما هي إلا نظام اجتماعي يهدف لتحقيق التضامن الاجتماعي بتوجيه الإرادة لتحقيقه، باعتبار أن الإنسان كائن اجتماعي تتطلب حياته العيش في وسط

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.265-266.

2- المرجع نفسه، ص.266.

3- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.ص.92-93.

4- همام محمد محمود ومحمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، مصر، 1986، ص.231.

5- كما في عقد التأمين، فالقانون يجبر الفرد على التعاقد، ومن جهة أخرى يمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها، والتي تدخل في دائرة اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها عملهم حسب ما ورد بنص المادتين 402 و403 من القانون المدني.

6- ومن هذه التشريعات المقيدة لفئة معينة على حساب أخرى نذكر ما يلي: المرسوم التنفيذي رقم 94-96 المؤرخ في 19/03/1994 المتعلق بالمصادقة على نموذج عقد الإيجار، ج.ر، العدد 17. والرسوم التنفيذية رقم 95-119 المؤرخ في 26/04/1995 المتعلق بالسلع والخدمات الخاضعة لتنظيم الأسعار المقننة، ج.ر، العدد 25. والرسوم التنفيذية رقم 96-31 المؤرخ في 15/01/1996 المتعلق بكيفيات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية، ج.ر، العدد.04.

7- السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.103.

اجتماعي متضامن مع غيره¹، وقد لعب التضامن الاجتماعي دورا كبيرا في حماية العامل من المخاطر التي كان يواجهها نهاية القرن 19، فظهرت تشريعات تنظم شروط العمل، وضرورة حماية العامل بصفته طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية، وحماية طبقة المستهلكين فأصبح تدخل الدولة ضروريا لحماية الفئات الضعيفة²، كما تحول دورها من حارسة إلى متدخلة، فتغير معها مفهوم الملكية من المفهوم المطلق؛ إلى وظيفة اجتماعية تحول صاحبها المساهمة في أداء خدمة اجتماعية³، فتحول المجموع العقدي تدريجيا إلى نظام قانوني⁴.

وقد ترجمت بعض صور التضامن الاجتماعي كنصوص قانونية، منها قانون العمل، وقانون التأمينات وقوانين الاستهلاك في أغلب نصوصها، فعلى سبيل المثال لا الحصر الالتزام بالإعلام، الالتزام بالنصيحة، وأهمها حق المستهلك في العدول عن العقد، إذ يعد أهم صورة من صور التضامن الاجتماعي، أين سمح للمستهلك بصفته طرفا ضعيفا في العقد، بإنهاء عقد نشأ صحيحا بإرادته المنفردة بسبب تسرعه في إبداء رضاه.

كما حلت النزعة التضامنية للعقد محل النظرة الفردية، لأن الحالة الطبيعية للمجتمعات هي التضامن بين أفرادها، حيث تسمح بحد معين من الحرية، وليس الحرية المطلقة، فوفقا لهذا المفهوم لا يكفي أن يكون الفرد منصفًا، بل يجب أن يتخلى عن أنانيته⁵.

فقد كان لتطور المجتمع بالغ الأثر على مبدأ سلطان الإرادة، حيث عرف تراجعًا كبيرًا بسبب النقد الذي قدم للفرضية التي انبنى عليها، وهي المساواة بين طرفي العلاقة العقدية واستقلاليتهم في ترتيب آثار العقد، مما ساهم في بروز الموضوعية إلى جانب الذاتية التي سيطرت على العقد ردحا من الزمن⁶، فالمجتمعات الحديثة جعلت من التضامن ضرورة لا مفر منها⁷.

ومع ازدياد حالات الإلزام على التعاقد، كعقود التأمين، إلى جانب سيادة مبدأ الإلزام الذي يقوم على إخضاع الإرادة لقواعد محددة مسبقًا، ازداد انحسار وتراجع مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحالي، نتيجة التحولات التي لحقت بجميع جوانب الحياة، خاصة، الاقتصادي منها والتطور التكنولوجي الذي سمح بظهور التجارة الإلكترونية، التي ما فتئت تزداد يوما بعد يوم، إلى جانب ظهور جملة من القوانين المتعلقة بها، خاصة مبادئ

¹ - علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، ص.144.

² - فاضل خديجة، عيممة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص.152.

³ - عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.59.

⁴ - فاضل خديجة، عيممة العقد، المرجع السابق، ص.152.

⁵ - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2020، ص.223.

⁶ - علي فيلاي، إشكالية الملتقى، القانون المدني بعد أربعين سنة الملتقى الدولي الخامس، القانون المدني بعد أربعين سنة، حوليات جامعة الجزائر، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد 05، 2016، ص.06. وإن أخذ على هذا المذهب تركيزه في الكشف على الواقع الاجتماعي، وإغفاله لتقويم القاعدة القانونية.

للتوسع أكثر يراجع: علي فيلاي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص.174.

⁷ -Lahlou khiair. G, le Droit de l'indemnisation : entre responsabilité et réparation systémique, thèse de doctorat, université Alger,2005, p.168.

التجارة الدولية، وفق ما يعرف بـ "مبادئ اليونيدورا" بهدف تقنين قواعد التجارة الدولية¹، واتفاق التجارة الدولية "الجات"²، إلى جانب التوجيهات الأوروبية، وأهم ما يميز هذه الأنظمة القانونية أنها تعمل على توحيد القوانين يجعلها دولية، فظهر معها وجه جديد من العقود، يعرف بالعقد الأنموذجي. وهي العقود التي تأتي مكتوبة من قبل أهم ما يميزها غياب صفتي المساومة والمناقشة³، وهي التي تأتي في شكل جاهز للاستعمال يسمح للأطراف إفراغ اتفاقهم بملاً الفراغات الموجود فيها المتعلقة بمحتوى العقد.

وما تجب الإشارة إليه، أن هذا النوع من العقود يتكون من شروط تنظيمية تتعلق بتنظيم التصرف القانوني المقصود، وشروط تعاقدية تحدد الأطراف المتعاقدة، كتلك المتعلقة بمراحل تنفيذ العقد، وكيفيات التسليم، وغيرهما من الشروط التي تسمح طبيعة العقد بالاتفاق عليها⁴.

وقد بينت المادة 19 من مبادئ لينيدورا شروط العقد الأنموذجي، بأنها تلك الشروط التي تعد مسبقاً للاستخدام العام والمتكرر من طرف أحد المتعاقدين، بدون تفاوض من الطرف الآخر.

وتعد عقود الاستهلاك النوع الأكثر وضوحاً لتراجع مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحالي، بسبب كثرة الالتزامات الواقعة على المتدخل بهدف حماية المستهلك، وفي المقابل منح بعض الحقوق للمستهلك، أهمها حقه في العدول عن العقد الذي يمثل أبرز مظهر لتراجع مبدأ سلطان الإرادة وقوته الملزمة، إلى جانب ظهور ما يعرف بالمجموعات العقدية التي يرتبط أطرافها فيما بينهم لتحقيق نتيجة واحدة، من أبرزها علاقة الترابط بين العقد الرئيسي والعقد التبعية الممول له.

ومما سبق بيانه، يتضح أنّ أهم العوامل التي ساعدت على ازدهار مبدأ سلطان الإرادة، هي نفسها التي ساعدت على انتكاسه، وهي عوامل اقتصادية واجتماعية، إلى جانب التغيرات الأخرى المتعلقة بالتطور التكنولوجي الذي ساهم بشكل كبير في ظهور التجارة الإلكترونية، مما أدى إلى ضعف فعالية مبدأ سلطان الإرادة، فنتج عنه ما يعرف "بأزمة العقد"، وهذا الذي دفع التشريعات إلى التدخل لتوجيه العقد حتى ينسجم أكثر مع التحولات الحاصلة؛ مع ما أفرزه التطور التقني والعلمي من طرق جديدة للتعاقد، كالتعاقد عبر الشبكة العنكبوتية وما يرافقها من تغيرات في عملية التعاقد.

¹ - أريج عبد الرحمان حمادة، مقدمة قانونية لمبادئ اليونيدورا القانونية لتنظيم العقود التجارية الدولية، للتوسع أكثر يراجع الموقع التالي:

<http://areejhamadah.com/newsDetails/74>

اطلع عليه يوم: 2021/10/22 على الساعة 20: 15.

²-General Agreement on Tariffs and Trade, consulté le cite :https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf

اطلع عليه يوم: 2021/10/22 على الساعة 19: 35.

³ - محمودي مليكة، احتكار الإرادة الحقيقية للوجه الجديد (نماذج العقود)، بحوث جامعة الجزائر 01، الجزائر، ج.01، العدد 14، الجزائر، 2020 ص.ص.184-186.

⁴ - أيمن سعيد سليم، التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص.14.

واتضح أيضاً، أن المجتمع بعدما انتقل من دائرة المراكز القانونية الثابتة، إلى دائرة التعاقد الحر، بدأ يرجع تدريجياً إلى المراكز القانونية الثابتة مرة أخرى¹ حسب رأي بعض الفقه الذي لخص نشأة وتطور وانحصر مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوضعية فيما يلي: "لم يكن يجوز للصناعة القانونية في مراحلها الأولى أن تتخلى عن هذه الصلابة، وهذا التشدد، وبفضلهما تمكنت من السيطرة على الأوضاع القانونية، والإمساك بزمامها، وتوجيهها التوجيه الواجب، وكان لا بد للصناعة القانونية في بداية أمرها أن تضحى بالمرونة والتجدد في سبيل المحافظة على ثبات الأوضاع القانونية واستقرارها. وأن هذا الثبات والاستقرار هما اللذان مكنا للأوضاع القانونية من أن تستكمل تكوينها، فتستطيع بعد أن تقوم على أساس ثابت، أن تتطور بعد ذلك لمجارات مقتضيات الحضارة..."².

الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

لا مجال للحديث عن نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، بالنظر للمصدر الذي اعتمد عليه، فالأصل عنده الرضائية كمبدأ قائم بذاته، والفرد في ظل هذا النظام لا تتقيد حرئته إلا بما نهي عنه الله ورسوله، لأجل ذلك، فهذا المبدأ لا يُعرف بالصفة التي ظهر بها في التشريعات والفقه الوضعي، وفيما يلي سنبحث عن مبدأ الرضائية كأصل ثابت في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم نتطرق لبيان الفرق بين قاعدة الحرية في إنشاء العقد في الفقه الإسلامي وبين مبدأ سلطان الإرادة (ثانياً).

أولاً- مبدأ الرضائية كأصل ثابت في العقود في الفقه الإسلامي³: تتسم مبادئ الشريعة الإسلامية بالموضوعية فلم تميز بين مصلحة الفرد، ومصلحة الجماعة، ولذلك فهي لم تستعمل مصطلح "مبدأ سلطان الإرادة" تقصد به الفرد قبل المجتمع أو العكس، بل استعملت "مبدأ رضائية التصرفات"، وهو مبدأ مقيد لدى جميع مذاهب فقهاء الفقه الإسلامي بعدم مخالفتها للأحكام الشرعية، ومصالح المجتمع، فحرية الفرد في الاختيار وإبرام العقود مقيدة بعدة قيود منها: مبادئ العدل والمساواة، والنهي عن الاعتداء وأكل حقوق الناس، فلا يمكن استعمال الحرية لإباحة حد من حدود الله، أو إلحاق ضرر بالفرد أو المجتمع¹، إلا أنها تتسع وتضيق الاختلاف الآراء الفقهية².

¹ - السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.102، الهامش رقم 01.

² - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.03، ص.164.

³ - وقد ذهب بعض الفقه لاعتبار أن الفقه الإسلامي يأخذ بالشكلية في بعض العقود وفق ما يعرف بـ "الشكلية اللفظية"، حيث يولي أهمية كبيرة للفظ، خاصة الفقه الحنفي، مما يضعه من مشروط بشأن صيغة العقد، كضرورة ورودها بصيغة معينة، تكون في الماضي، أو المضارع، إلا أن حقيقة الأمر غير ذلك، حيث يرى بعض الفقه أن الاهتمام باللفظ عند بعض الفقهاء سببه أن اللفظ أقوى دليل على ما يختلج في باطن الفرد. للتوسع أكثر يراجع: علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص.20-21، الهامش رقم 01، و02، و03. ووليد مرسي رمضان القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.25. وحسن عبد القادر معروف، الشكلية في العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة في آراء الباحثين في الفقه الإسلامي)، مجلة آداب البصرة، العدد 25، السنة 2010، العراق، ص.299-300.

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص.217.

² - سيتم بحثها لاحقاً، عند الكلام عن الجعلية في المطلب الثاني من المبحث الثاني لهذا الفصل.

فالله سبحانه وتعالى جعل حرية الفرد مرتبطة بالإيمان به سبحانه وتعالى، وقوله تعالى: "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ"¹، يدل على مفهوم مبدأ الرضائية، إلى جانب قوله تعالى: "وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ"². وقوله كذلك: "نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَقُولُونَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ فَذَكَرْ بِالْقُرْآنِ مَنْ يَخَافُ وَعِيدِ"³، وقوله أيضا: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁴ فنصوص هذه الآيات تمثل نهيا واضحا عن إجبار الإرادة وإخضاعها بالقوة، كما يتضح أن الإسلام الحنيف قد كفل حرية الإرادة بالنص القرآني الكريم ليس بين العبد وربّه، بل حتى بالنسبة للفرد مع غيره بالمقدار والمعيّار نفسه⁵. وقد أكّد رسول الله صلى الله عليه وسلم مبدأ الرضائية، حيث ورد عن العباس بن الوليد الدمشقي قال: حدثنا مروان بن محمد قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد، عن داود بن صالح المدني، عن أبيه، قال: سمعت أبا سعيد الخدري، يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ"⁶.

إنّ حرية الاختيار مكفولة للفرد بالنص القرآني الذي يبين مدى احترامها واحترام آثارها، فالفرد حر بين أن يلتزم أو لا، كما له كامل الحرية في تحديد الآثار المترتبة عن التزامه⁷.

وقد نص فقهاء الشريعة الإسلامية صراحة، على أن ركن العقد هو عنصر "الرضا" في عبارة "توافق إرادتين"، وبعد ذلك بينوا آثار العقد من خلال عبارة "يظهر أثره في المعقود عليه"، وصرحوا أن العقد سبب الحكم شرعي، فعقد البيع سبب للتملك والتملك⁸.

وفي المعنى ذاته، يضيف بعض الفقه أنّ لفظ "العقود" ولفظ "العهد"، قد وردا بمعنى العموم دون تخصيص بعقد معين، ومن جهة أخرى، فإذا كان مبدأ الرضائية هو الأصل العام، فالاستثناء هو وجود بعض القيود التي تتسع وتضيق حسب الحاجة، قد تتعلق بتكوين العقد، أو بتنفيذه، حيث لا يمكن الاستغناء عنها ضمانا لحقوق الأفراد واستقرار المعاملات¹.

وبهذا فقد قرر فقهاء الفقه الإسلامي، قاعدة أساسية تفيد قيام العقد بمجرد تطابق الإرادتين، حيث عبر بعض الفقه عن أصالة مبدأ الرضائية في العقود في الفقه الإسلامي بما يلي: "والذي يلفت النظر في أحكام العقد

¹ - سورة البقرة، الآية رقم 256.

² - سورة يونس، الآية رقم 99.

³ - سورة ق، الآية رقم 45.

⁴ - سورة المائدة، الآية رقم 01. وغيرها من الآيات الكريمة التي تدل على المعنى نفسه.

⁵ - عبد الحميد على فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.344.

⁶ - رواه ابن ماجه في السنن، كتاب: البيوع، الباب: البيع الخيار، رقم الحديث: 2185، ص.737.

⁷ - عبد الحميد على فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.345.

⁸ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، مصر، 1960، ص.13.

¹ - صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018، ص.ص.115-

قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان لتكوين العقد، ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث لم يصل القانون الروماني على عراقتة إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى آخر مراحل تطوره¹.

فالأصل في العقود الرضائية، فهي تنعقد بالتراضي الحر بين طرفي العقد، ولا تشترط الشكلية إلا في حالات خاصة جدا تتطلبها ظروف الحال²، كعقد الزواج الذي يتطلب وليا وشاهدين؛ لأهميته ودوامه، وعقود التبرعات فهي لا تصح إلا بالشهادة، وذلك للتأكد والتثبت على عزم المتبرع على ما تبرع به، وأنه جاد فيما قام به من تبرع بإظهار إرادته الكامنة بداخله، إلى جانب العقود العينية التي يتطلب فيها القبض عند القائلين بها فهذه الشكليات الهدف منها تقوية الإرادة فقط³.

ومن خلال ما سبق بيانه، يتضح ابتعاد فقهاء الفقه الإسلامي عن الشكلية في العقود، معتمدين في ذلك على ما جاءت به الشريعة الإسلامية بإقرار مبدأ الرضائية في العقود، حيث جعلت الإرادة كافية لإنشاء العقود دون أن تفرغ في قوالب شكلية، معتمدين في ذلك على الأصل العام في قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"⁴ فالله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية في سلطان أصحابها؛ ولا تنتقل إلى غيرهم إلا بالتراضي، فكان ذلك إذنا عاما يجعل الرضا أساس العقود⁵.

وقد ذهب جمهور الفقهاء⁶ إلى القول: إن الأصل في العقود الجواز والإباحة، ما لم تشتمل على أمر نهي سواء بنص، أم قياس، أم بمقتضى قواعد مقررة، فالعقود واجبة الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه، لأن الوفاء بالعقود واجب مصداقا لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"¹، وأن العقود من الأفعال العادية، فالأصل فيها عدم التحريم مصداقا لقوله تعالى: "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ"²، كما أن تصرفات العباد

¹ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.32. ومنذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ص.56.

² - عبد الحميد على فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.349.

³ - أحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص.47.

⁴ - سورة النساء، الآية رقم 29.

⁵ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص.217.

⁶ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، 1987، ج.04، ص.05-06. وابن القيم، إعلام الموقعين، ج.02، ص.34. وابن تيمية القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1422، ص.154.

¹ - سورة المائدة، الآية رقم 01. وغيرها من الآيات الكريمة التي تدل على المعنى نفسه.

² - سورة الأنعام، الآية رقم 119.

نوعان: عبادات وعبادات، والأصل في العادات عدم الحظر إلا ما حظره الله ورسوله¹، فالعقود شرعت للحاجة والمصلحة لا للعبادة، وأنها تنشأ وتوجد بالإرادة المتعاقدين².

ثانيا- الفرق بين قاعدة الحرية في إنشاء العقد في الفقه الإسلامي ومبدأ سلطان الإرادة: إن قاعدة الحرية في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي ليست على إطلاقها، بل مقيدة بالأوامر والنواهي التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، فالمولى عز وجل انفرد بسلطة التشريع ومنح الفرد إمكاني الاجتهاد في الأمور التي تغيب فيها النصوص القطعية، وهذا ما يجعل من القاعدة الشرعية قاعدة ثابتة ومستمرة بشكل كامل دون خلل أو نقص لأنها مقيدة بالشرعية العامة، وهي شريعة الله عز وجل، وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع، فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجبه الشرع، بمنزلة تغيير العبادات، فالعقود مشروعة على وجه محدد، واشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير لمشروعيتها³، وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود، كما أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، ويدخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه⁴.

والتصوير السابق غير وارد للقاعدة القانونية التي يعترضها النقص ويلحقها الخلل بسبب ارتباطها بالإرادة البشرية، مما جعل مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الوضعي معرضا للتعديل والتعدي عليه من طرف خصومه، بل حتى من طرف أنصاره⁵.

وفي المعنى ذاته يضيف بعض الفقه⁶ أن الشريعة الإسلامية قد أقرت مبدأ سلطان الإرادة فيما كان يقوم به تعامل العرب قبلها، إلا أنها استثنت من تلك المعاملات، التي تقوم على الجور والإضرار بالغير عن طريق الخداع والغرر والغبن والغش، والآيات القرآنية الدالة على ذلك كثيرة نذكر منها قوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ..."¹، وقوله أيضا: "يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ..."²، وقوله كذلك: "يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ"³.

1- الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج.02، ص.520. وهذا بخلاف ما جاء به المذهب الظاهري من القول بأن الأصل هو الحظر والمنع. للتوسع أكثر يراجع: عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.357.

2- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص.225.

3- ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص.260. وعباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.94-96.

4- ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص.260.

5- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.94-96.

6- علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة (بحث مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، 2009، ص.08.

1- سورة الحج، الآية رقم 78.

2- سورة المائدة، الآية رقم 04.

3- سورة الأعراف، الآية رقم 157.

يظهر من خلال نصوص هذه الآيات الكريمة التيسير على الناس، بتحريم كل ما لا يصلح به أمر المجتمع بما يمثل قيда على الرضائية بمفهومها المطلق؛ بشكل أصيل نشأ في الوقت نفسه مع نشأة المبدأ، خلافا لما هو عليه الحال في التشريعات الوضعية، حيث جاء الحد من مبدأ سلطان الإرادة لاحقا لنشأته، نتيجة لتطورات اقتصادية واجتماعية وتقنية لحقت المجتمعات بشكل متسارع، إلى جانب تغير النظم السياسية والأسس الفلسفية التي تقوم عليها، حيث تراجع كل من المذهب الفردي والاجتماعي عن نظرتهما المتعصبة لمفهوم الحق، الذي كان له مفهوما مزدوجا في الفقه الإسلامي ممّا حافظ على مفهوم الرضائية بشكل ثابت عبر كل العصور.

وأضاف جانب آخر من الفقه، أن سبب انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في الفقه والتشريعات الوضعية قيامه على أساس كاذب، مفاده، أن الفرد هو سيد الكون، فانطلق أصحاب رؤوس الأموال في بداية القرن 19 بإبرام عقود العمل بناء على مبدأ حرية الإرادة في إنشاء ما تراه من العقود، وإدراج ما يشاؤون من الشروط فيضطر العامل البسيط بقبولها لحاجته الملحة للعمل، وقد ينهي رب العمل العقد في أي وقت، فعمت فوضى واضطرابات في كامل أوروبا، فنادى أصحاب الماركسية بالقضاء على الملكية الفردية ردا على الاستعمال السيء للحرية المطلقة¹.

المطلب الثاني: مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

يترتب على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، عدم تدخل التشريعات بأي شكل كان في العلاقة العقدية لصالح أي طرف على حساب الطرف الآخر، باعتبار العقد قانونهما الخاص، إلا أنّ اعتبارات هامة جعلت التشريعات تتدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حيث لم يستمر ازدهار وتطور مبدأ سلطان الإرادة طويلا، بسبب ما لحق المجتمعات من تطور، خاصة مع ظهور المذهب الاجتماعي الذي قلب القاعدة الراسخة في المذهب الفردي، وهو دفع التشريعات الحديثة إلى أن تسعى للتوفيق بين المصلحتين وتدارك ما أسفر عنه مبدأ سلطان الإرادة؛ عن طريق سن قواعد استثنائية ما لبثت تتزايد بشكل مطرد، وسيتم بحث انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في ظل القواعد العامة (الفرع الأول)، وبعدها نبين أهم مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة وفقا لما جاءت به القواعد الخاصة (الفرع الثاني)، ثم نتطرق لما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في القواعد العامة

لم يكن لمبدأ سلطان الإرادة أن يبقى على سيادته وازدهاره، بسبب ظهور المذاهب الاجتماعية، وتغير نظرة الفقه لمفهوم الحق، من المفهوم الشخصي إلى المفهوم الموضوعي، إلى جانب تطور العقود وتنوعها، وبدى الاختلال واضحا بين طرفي العقد، فعمدت التشريعات، لوضع نصوص قانونية من شأنها التخفيف من حدة المبدأ، لحماية الطرف الضعيف في العقد، بسبب تغير النظام الاقتصادي، والسياسي، وتتجلى أهم مظاهر الانتكاس للمبدأ في ظل القواعد العامة، في الغبن (أولا)، ونظرية الظروف الطارئة (ثانيا)، وعقد الإذعان (ثالثا).

¹ - عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.96.

أولاً- الغبن: في بداية نشأة التشريعات الحديثة، أين سادت روح الفردية، ومبدأ سلطان الإرادة، لم تقم القوانين أي وزن للغبن، ولم تقرر له الجزء، على أساس أنه إذا توافقت إرادتا الطرفين وجب احترام ما تم الاتفاق عليه، فمن كسب كسب، ومن خسر جنى على نفسه¹.

ومع التطور وحاجة الناس للتجارة توسعت المعاملات، وتدخلت التشريعات لمنع الغبن في العقود، لأن الغبن يقتل روح المضاربة، ويقيد المعاملات².

إلا أنّ ما تجب الإشارة إليه، أن القانون الروماني لم يعبأ للغن في المعاملات بسبب تشبعه بروح الفردية وبظهور الدين المسيحي في أوروبا أخذت الروح الفردية في التراجع، وأخذ مبدأ سلطان الإرادة في الظهور، لكن رجال الكنيسة قيده بمبدأ العدالة، وحماية الطرف الضعيف من الطرف القوي، فوسعوا في مجال الغبن، وجاءوا بما يعرف بـ"الثلث العادل"، و"الأجر العادل" يقدرونه حسب العرف الجاري في الزمان والمكان المعينين، فلا يمكن الانحراف عنه زيادة أو نقصاناً، وإلا كان هناك غبن على أحد الطرفين، وقد أثر رجال الكنيسة على التشريعات فحرمت الغبن، ولكن لما عادت روح الفردية وانتصار المذهب الفيزوقراطي، ساد مبدأ سلطان الإرادة من جديد فضاقت ما كان قد وسع فيه ومنه الغبن، فلم تعد القوانين تعتد به إلا في أحوال معينة³.

إلا أنّ بعض الفقه⁴ يرى أنّ السعي لتعميم حالات الغبن، ظهر منذ عهد الكنيسة، حيث حاربت كل عقد تنتج عنه أداءات غير متوازنة، وأضاف جانب آخر من الفقه أن للغبن معنى واسعاً يشمل كل العقود بناء على مبدأ حسن النية والعدالة الاجتماعية⁵.

والغبن هو عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة في العقود، إلا أنّه لا يؤثر على صحتها وفقاً لمذهب الإرادة، وهو الرأي الذي جاء به القانون المدني الصادر في 1804، حيث اعتبر نص المادة 1118 السابق، أنّ الغبن كأصل عام لا يعيب الالتزامات، على اعتبار أن التعامل يتم بين أشخاص متساوية من حيث القوة، مساواة حقيقية؛ فالمساواة الفعلية كانت سائدة، بسبب صغر حجم المعاملات وكثرتها في الوقت نفسه، إلى جانب خضوعها لمبدأ المنافسة، فلم تكن هناك فرصة لأرباب العمل والقوى الإنتاجية فرصة للتحكم في المستهلك، وعلى هذا الأساس اعتبر أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن كل ما ينشأ عن علاقة تعاقدية، هو مطابق للعدالة، فاستبعد

¹ - "فالغبن هو زكاة الحرية، ومن أراد أنّ يكون حراً وجب أن يحترم تعهده الذي ارتضى به باختياره ولو وقع عليه غبن في ذلك". للتوسع أكثر يراجع: السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، الهامش رقم 03، ص.447.

² - المرجع نفسه.

³ - المرجع نفسه، ص.448.

⁴ -Terré.F, Simler.P, Lequette.Y, Droit civil, les obligations, Dalloz- sirey (Recueil), Paris, 8^{em} ed, 2020, p.307.

⁵ -Mazeaud. H, Léon. J. et Chabas. F, Leçons de droit civil, Obligations, Montchrestien, Delta, 2000, t. 02, p.204.

الظعن بسبب الغبن، حيث كان سائدا أثناء الثورة الفرنسية أن الديمقراطية السياسية يتبعها الديمقراطية الاقتصادية والاجتماعية، فلا يمكن لأي أحد أن يسيطر على الآخر، فالجميع يسعى لتحقيق العدالة والمصلحة العامة معا¹.

وبظهور الأنظمة الاجتماعية التي تفرض قيودا على مبدأ سلطان الإرادة ضعف المبدأ بتدخل القانون لمنع الغبن في العقود، حتى لا يتغلب الطرف القوي على الطرف الضعيف².

وإذا كانت القوانين المشبعة بروح الفردية لا تعند بالغبن، إذ قلما تتدخل التشريعات في حماية المتعاقد المغبون؛ وفي مواطن خاصة، فإن القوانين المبنية على مبدأ التضامن الاجتماعي، ومبدأ الثقة المشروعة بالمعاملات كالتشريع الألماني (المادة 138 من القانون المدني) والتشريع السويسري (المادة 21 من قانون الالتزامات) يمنحان الطرف المغبون في العقد حماية واسعة من خلال نظرية تشمل كل مجالات القانون³، وازداد اعتماد التشريعات الحديثة بالغبن، بعد ما لحقها من تطور في المجالين الاجتماعي والاقتصادي، مما أدى لتطور الأنظمة القانونية فالتجته لمحاربة الغبن في العقود بشكل عام لمنع الغبن في العقود⁴.

وقد ورث القانون الفرنسي عن القانون الروماني تقاليد، حيث جاءت أحكامه مقيدة للغبن، إلا في حالات قليلة جدا، أهمها بيع العقار، وكان ذلك بالتدخل الشخصي "لنابليون يونارت" بالمطالبة بحماية الثروة العقارية⁵، وقد تبنى التشريع الفرنسي الغبن بنظرة ضيقة، لأجل إعادة التوازن العقدي بمعيار موضوعي بحت حيث اعتبره عيبا في العقد لا في الإرادة⁶.

وفي المعنى ذاته، فقد تساءل البعض عن اتجاه المشرع الفرنسي وغيره من التشريعات التي سارت على نهجه إلى تضيق نطاق الغبن في البداية، ثم التراجع عن ذلك، بتشريع نصوص خاصة لبعض الحالات، في وقت كان بإمكانه تشريع نص يشمل كل الحالات، ثم تساءل عن سعي التشريعات للحفاظ على استقرار المعاملات على حساب التوازن العقدي، بالرغم من ارتباط الاستقرار بالعدل، ليصل إلى عدم سلامة الأساس الذي بني عليه المشرع الفرنسي ومن سايره من التشريعات موقفهم تجاه الغبن.

¹ - عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، المرجع السابق، ص.346. وكذلك القانون المدني المصري القلم، إذ استبعد الغبن من إبطال العقد أو تعديله إلا في حالات خاصة. للتوسع أكثر يراجع: المرجع نفسه، ص.27.

² - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.446-447.

³ - المرجع نفسه، ص.449.

⁴ - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.451.

⁵ - المرجع نفسه، الهامش رقم 01، ص.449.

⁶ - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.194. وهو الاتجاه الذي سلكته التشريعات الوضعية ذات النظرة اللاتينية التي تأثرت في نصوصها بالتشريع الفرنسي، على غرار التشريع الجزائري. للتوسع أكثر يراجع: المرجع نفسه، ص.194-195.

وبعد كل التساؤلات السابقة، توصل لحقيقة تكشف موطن الخلاف بين من اكتفى بتناول الغبن في حالات خاصة فقط، وبين من أتى بنص عام يشمل كل العقود، وتعكس التنازع القائم بين مبدأ استقرار المعاملات الذي ساد ردحا من الزمن، ومبدأ العدالة العقدية المنشودة¹.

ونميل من جانبنا لهذا التوجه، لأن التشريعات الحديثة أصبحت تهتم بالتوازن العقدي على حساب استقرار المعاملات، بالنظر للتحويلات المرافقة للتعامل بين الناس، حيث انتشرت المذاهب الاجتماعية التي تنادي بحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، بسبب اختلال موازين القوى بين طرفي العلاقة العقدية، فالأمر يتعلق بترتيب الأولويات، فلما كان استقرار المعاملات هو أساس التشريعات؛ كانت المعاملات تتم بين مركزين قانونيين متساويين مساواة حقيقية، لكن لما اختلت موازين القوى بين طرفي العلاقة العقدية، اتجهت التشريعات لإعادة التوازن العقدي المفقود على حساب استقرار المعاملات، على اعتبار أنّ اختلال التوازن العقدي سببه الطرف القوي في العلاقة العقدية، فإذا ما احترم في علاقته مع الطرف الضعيف شروط الممارسة النزيهة للمعاملات كاحترام شروط المطابقة، والالتزام بالإعلام بشكل يجعل المتعاقد على بينة من أمره بشأن العملية العقدية المراد تنفيذها، سينتهي الأمر إلى استقرار المعاملات لا محالة.

ويظهر سعي التشريعات لتقديم مبدأ العدالة العقدية على استقرار المعاملات، في التشريعات الخاصة بقوانين الاستهلاك، لا سيما حق المستهلك في العود عن العقد بإرادته المنفردة دون تقديم أي مبرر لهذا العود. وقد أكد بعض الفقه تراجع مبدأ سلطان الإرادة، واعتداد التشريعات بالغبن بقوله: "إن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية قد أدى إلى زعزعة مبدأ سلطان الإرادة في العقود، وكان من أثر المبادئ الاشتراكية التي ظهرت تبعا لهذا التطور، أن صار المشرع يتدخل في العقود لحماية الضعيف فيها. وقد خرجت فكرة الغبن، بتأثر هذا البديل الذي طرأ على المفاهيم القانونية، من نطاقها المادي الفردي إلى النطاق الشخصي الاجتماعي، واتسع مدلولها من العقود ذات الموضوع المتبادل إلى العقود التي لا تبادل فيها بين الطرفين كالترع، وقامت نظرية جديدة هي نظرية الاستغلال، صار الغبن فيها مظهرا ماديا للاستغلال، وقنت النظرية الجديدة في القوانين المدنية التي صدرت بعد التقنين المدني الفرنسي، كالتقنين المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري، وتأثرت التقنينات العربية بهذا الاتجاه الجديد فأقرت نظرية الاستغلال"¹.

¹ - رياحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.199. ويقصد بمبدأ العدالة العقدية السعي لتحقيق العدالة التوزيعية بمعنى أن تتعادل القيم المتبادلة بين طرفي العلاقة العقدية، وإلا عد العقد باطلا، أما مراجعة العقد أو الثمن فيؤدي لعدم استقرار المعاملات. للتوسع أكثر يراجع: أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص.363.

¹ - أسعد الكوراني، الاستغلال والغبن في العقود، بحث مقارن في القانون المصري والقوانين العربية، مجلة المحاماة، المؤتمر 06 للمحامين العرب، العدد 06، السنة 41، جانفي، 1961، دار القاهرة للطباعة، مصر، ص.ص.924-925. نقلا عن رياحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية المرجع السابق، ص.201.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقهاء، أنه على القضاة الأخذ في الحسبان قيمة العقد عن طريق إبطاله أو تعديله بما يتماشى مع المبادئ والقيم الأخلاقية، في حال الوقوع في غلط، أو طيش أحد المتعاقدين فينتج عنه تفاوتاً بين أداء الطرفين، ترجح فيه الكفة لصالح أحدهما، لأن العدالة تتطلب إعادة التوازن المفقود بينهما¹.

ويرى البعض، أنّ الفقه الفرنسي عمل جاهداً لتغيير موقف التشريع الفرنسي، من النظرة الفردية إلى النظرة الاجتماعية لما فيها من تقييد للحرية التعاقدية بما يحقق عدالة حقيقة بين الطرفين²، لأجل ذلك، اتجهت التشريعات الحديثة للاعتداد بالغبن، باعتباره قيدياً على مبدأ سلطان الإرادة سعياً منها لتحقيق المصلحة العامة³ فتطورت ذلك فكرة الغبن من نظرية مادية، إلى نظرية نفسية، بهدف حماية الطرف الضعيف الذي يغبن في التعاقد، بسبب عدم درايته بالعملية القانونية المقبل عليها، بشرط أن يستغل الطرف الآخر الظروف التي أحاطت بالطرف المغبون، فيتعاقد معه بشروط لم يكن ليقبل بها لو كان رضاه سليماً⁴.

ثانياً- نظرية الظروف الطارئة⁵: إنّ سيادة مبدأ سلطان الإرادة في القرنين 18 و19 حال دون ظهور هذه النظرية في مجال القانون الخاص، حيث رأى القضاء المدني الفرنسي أن صلاحية تعديل العقد منوطاً بطرفيه فقط أمّا القاضي فيملك إمكانية فسخ العقد أو وقف تنفيذه، خلافاً لما هي عليه في القانون الإداري؛ لأن قضاءه ليس مقيداً بنصوص قانونية⁶.

وقد دفعت التحولات الاقتصادية، التشريعات الحديثة لمراجعة مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود حيث ظهر قصور النظرية التقليدية للعقد، ممّا أدى لتدخل المشرع في العلاقات العقدية المحتلة اقتصادياً في مرحلة التنفيذ، نتيجة ظروف استثنائية غير متوقعة مرهقة للمدين بالالتزام، وفق قواعد العدالة والإنصاف، بمنح القاضي صلاحية التدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بهدف تحقيق استقرار المعاملات والأمن القانوني المنتظر¹.

¹-Ripert. G, La Règle morale dans les obligations civiles, 3^{em} ed, L. G. D. J, 1935.

²- رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.200.

³- أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بالقائد، الجزائر، العدد 04، ص.55.

⁴- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص.131.

⁵- للإشارة فإن فقهاء الفقه الإسلامي تطرقوا لما يعرف بنظرية الظروف الطارئة التي ظهرت حديثاً في التشريعات الوضعية، فالفقه الإسلامي يحترم مبدأ الرضاية بصفتها الأصل العام في ظل الظروف التي تم فيها العقد، أمّا إذا تغيرت الظروف وأصبح الالتزام محققاً بحق أحد الطرفين وجب فسخ العقد ولا يحق للطرف الآخر التمسك بالحقوق المكتسبة بطلب تنفيذ العقد، لأن استعمال حقه يسبب ضرراً للغير سواء كان الطرف اقتصادياً أم غير ذلك، ولها عدة تطبيقات يتسع نطاقها لما يشمل نظرية الظروف الطارئة وأكثر، منها، الجائحة، ونظرية الفسخ لعذر. للتوسع أكثر يراجع على التوالي: القيرواني متن الرسالة، باب البيوع وما شاكله البيوع، دار الفكر، ج.01، ص.112. وابن رشد، المقدمات، المرجع السابق، ج.02، ص.537. والكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.04، ص.222. وفتحي الدبريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص.140.

⁶- السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.02، ص.970-972.

¹- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر، ج.01، الجزائر، ج.01، العدد 31، ص.111. ومحمد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1996، ص.04.

وما تجب الإشارة إليه، أن رجال الكنيسة في العصور الوسطى قد جعلوا لنظرية الظروف الطارئة أثرا قانونيا، حيث أنه إذا ما تغيرت الظروف الاقتصادية للعقد وجب تعديله ليزول الضرر الناتج عن التغيير المفاجئ للظروف الطارئة، ولكن هذا السعي هُجر في مجال القانون الخاص، بعد انتصار المذهب الفردي المشبع بروح الفردية¹.

فمن خلال قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، تكون الإرادة المشتركة للطرفين هي وحدها من تستطيع إنهاء أو تعديل ما تم الاتفاق عليه، وبما أنّ لكل قاعدة استثناء، فقد سمحت التشريعات الوضعية للقاضي بمراجعة العقد إذا طرأت عليه حوادث استثنائية بعد إبرامه وفق ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة، حسب ما ورد بنص المادة 103/107² "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويتضح من خلال موقف مختلف التشريعات، أنه إذا كان الأصل في العقود هو احترام إرادة طرفيها وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن وجود ظرف طارئ يُؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، ويسمح للقاضي بالتدخل لإعادة التوازن العقدي المفقود لصالح الطرف المتضرر في العقد³.

ويرى بعض الفقه، أن مصدر نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري هو الشريعة الإسلامية حيث أقامها الفقهاء على أساس الضرورة والعدل والإحسان⁴، مصداقا لقوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ"⁵.

وإضافة لما سبق، هناك العديد من القواعد الكلية القائمة على أساس نظرية الضرورة التي تعد مصدرا لها كذلك، وما يتفرع عنها من قواعد كقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وقاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" وغيرهما من القواعد الكلية التي تسمح بإنهاء العقود وتعديلها¹.

وقد أكد بعض الفقه الفرنسي "لامير" بمناسبة المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بلاهاي سنة 1932 أن: "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة ومثالية عن فكرة يوجد أساسها في

¹ - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.02، ص.969.

² - يقابلها من التشريعات العربية نص المادة 02/147 من القانون المدني المصري، والمادة 02/148 من القانون المدني السوري.

³ - وهبه الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1985، ط.04، ص.317.

⁴ - حمزة بن خدة، مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر العدد 02، جوان 2016، ص.69.

⁵ - سورة النحل، الآية رقم 90.

¹ - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، مصر، بدون سنة الطبع، ص.98-101.

القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من مرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة¹.

وما تجب الإشارة إليه، أنّ التشريع الفرنسي في بداية نشأته لم يعترف بنظرية الظروف الطارئة في قانونه المدني، متأثراً في ذلك بمبدأ سلطان الإرادة وقدسية العقد حسب ما ورد بنص المادة 1134² السابقة، حيث جاء فيها ما يلي: "الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام العقد بالنسبة لعاقديها"، إلى جانب ما كرسته المحكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير "Canal de Craponne" القاضي برفض تعديل العقد بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد احتراماً للقوة الملزمة للعقد، حيث منعت المحاكم من الأخذ بعين الاعتبار تغير زمن وظروف تنفيذ العقد، مهما بدا لهم ذلك عادلاً³.

على أن بعدها، برزت الحاجة في التشريع الفرنسي لمعالجة فكرة تغير الظروف بين إبرام العقد وتنفيذه بتعديل القانون المدني الفرنسي في سنة 2005 بما يعرف بمشروع كاتالا "Catala"⁴، الذي تطرق لفكرة إعادة التفاوض في المادتين: 1135-01⁵ و 1135-02⁶ حيث جاء فيهما على التوالي ما يلي: "في العقود ذات التنفيذ المتتالي، يمكن أن يتعهد الأطراف بالتفاوض من أجل تعديل اتفاقهم في الحالة التي يترتب فيها عن أثر الظروف اختلال بالتوازن الأساسي للأداءات المتبادلة، مما يؤدي إلى فقدان العقد لأي قيمة بالنسبة لأحد أطرافه". أما المادة التالية، فجاء نصها كما يلي: "في حالة غياب مثل هذا الشرط يمكن للطرف الذي لم يعد العقد نافعا له أن يطلب من رئيس المجلس القضائي الأمر بمفاوضات جديدة".

¹ - زاهر عزب الرغبي، الإسلام ضرورة عالمية، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، مصر، 1971، ص.ص. 195-196.

²-Art . 1134 du ancien code civil français dispose : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. ».

³-Arrêt de la Cour de Cassation, 6 mars 1876 (Décision attaquée : Cour d' appel d'Aix, 31 décembre 1873) : « L'arrêt ci-dessus rendu par la Cour de Cassation en 1876 est un arrêt très célèbre appelé communément « Arrêt Canal de Craponne ». Les principes qui y sont dégagés sont toujours d'actualité bien que se développe un droit consommériste très protecteur. Dans cette affaire, les bénéficiaires d'un droit d'arrosage versent une redevance au propriétaire d'un canal d'irrigation, depuis 1560. Près de trois siècles plus tard, les descendants du propriétaire initial demandent une hausse de la redevance compte tenu de l'accroissement des frais d'entretien. La Cour d'appel, en 1873, la leur accorde compte tenu du déséquilibre des prestations. Trois ans après, la Cour de cassation casse cette décision ». consulté le cite : https://mafr.fr/IMG/pdf/canal_de_craponne.pdf.

اطلع عليه يوم: 08 /08 /2021 على الساعة 00:51.

⁴-http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

اطلع عليه يوم: 10/08/2021 على الساعة 02:20.

⁵-Art. 1135-01 dispose : « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles».

⁶-Art. 1135-02 dispose : « A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation».

وبتعديله للقانون المدني في سنة 2016 بالأمر رقم 131-2016¹ تبني المشرع الفرنسي صراحة نظرية الظروف الطارئة من خلال نص المادة 1195 التي جاء نصها كما يلي: "إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد جعلت من تنفيذه مرهقا بشكل حاد بالنسبة لطرفيه، فلأبي الطرفين لا يقبل تحمل المخاطر الحق في طلب إعادة مناقشة بنود العقد مع المتعاقد الآخر، وفي حال رفض المتعاقد الآخر المفاوضات، يمكن فسخ العقد باتفاق طرفيه، أو أن يطلبوا بموجب اتفاق مشترك من القاضي المباشرة في إعادة تحديث العقد مع الظروف المستحقة، كما يمكن لأحد طرفي العقد إنهاءه بالشروط التي يحددها القاضي"².

في منحي التشريع الفرنسي سار التشريع الإنجليزي، فلم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة، إلا أنّ قضاءه وجد حلا لتغير ظروف تنفيذ العقد تتمثل في ما يعرف بـ "نظرية الفشل التعاقدية"، وقد عرفها اللورد "radcliffe" كما يلي: "نكون أمام نظرية الفشل التعاقدية لما يقر القانون أنه لا يمكن تنفيذ التزام عقدي بدون خطأ من أحد المتعاقدين، بسبب أن الظروف التي كان يجب أن ينفذ طبقا لها هذا الالتزام جعلته مختلفا تماما عن الالتزام الذي تضمنه العقد"³.

فنظرية الفشل العقدي، تشمل الكثير من الحالات التي تدخل في نطاق القوة القاهرة الموجودة في النصوص العامة للقانون المدني، ومن بين هذه الشروط الاستحالة المادية والقانونية⁴.

وبالنظر لما سبق بيانه، يتضح أنّ التشريع الإنجليزي يجعل من مبدأ القوة الملزمة للعقد أصلا ومبدأ عاما والاستثناء نظرية الفشل العقدي.

والتشريع الألماني من جهته، يقوم على ضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة، غير أن فقهاء؛ جاء بعدة نظريات لمعالجة فكرة تغير ظروف تنفيذ العقد، وتعد نظرية "إختيار أساس العقد" من أهم النظريات التي تسمح بإمكانية فسخ العقد بسبب تغير الظروف بين إبرام العقد وتنفيذه، أو إنهائه في بعض الحالات، ممّا يجعل منها نظرية واسعة تشمل عدة حالات التي تناولتها التشريعات المقارنة في نصوصها، كالغلط والسبب⁵.

وتبعاً لما تقدم، يتضح أنّ الأثر المترتب على تطبيق نظرية "إختيار أساس العقد" يتمثل أساسا في تعديل العقد، واستثناء في فسخه¹.

¹-Code civil Dernière modification: 2021-07-01 Edition, 2021-07-01, JORF n°0093 du 21 avril 2018 consulté le cite : <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>

²-Art. 1195 dispose : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation.

A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

³-Philippe D.M, Le changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, Bruylant, 1986, p.333.

⁴-Ibid, p.374.

⁵-Pascal. A, la théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français, R.C, 2006, n° 03, p.897.

¹-PHILIPPE.D.M, Le changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, op-cit, p.215.

فمن خلال ما تم بحثه، يظهر جلياً أنّ نظرية الظروف الطارئة تتعلق بمرحلة تنفيذ العقد بسبب حدوث اختلال في التوازن المالي له، ممّا يجعل استمرار المدين في تنفيذه مرهقاً له، وهذا ما حول التشريعات منح القاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لإعادة التوازن العقدي المفقود¹.

وبهذا، تعد هذه النظرية استثناءً وخروجاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، خروجاً يمنح القاضي النظر في العقد وتعديل مضمونه، فالقانون منح القاضي وفقاً لهذه النظرية إمكانية تعديل العقد، بالخروج عن مبدأ سلطان الإرادة؛ دون الأخذ بعين الاعتبار الإرادة المشتركة للطرفين، تمثيلاً مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية²، فقد كرّست نظرية الظروف الطارئة فكرة التوازن الاقتصادي للعقد، من خلال دور القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مع الإبقاء عليه، وفق مبادئ العدالة بسبب حياد موقفه من العقد، لأن إرادة المتعاقدين لا تتعدى تحقيق توقعات المتعاقدين فقط³.

ثالثاً- عقد الإذعان: ساهمت التحولات الحاصلة في المجتمع في نشوء ظواهر جديدة شكلت استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة، بإنقاصها من إرادة الطرف الضعيف في تحديد العقد، ما تولد عنه عقد الإذعان⁴، بمساعدة الرأسمالية الصناعية التي تقوم على الحرية الاقتصادية والفردية التي جعلت من العقد مصدراً للحق دون منازع⁵. فقد ظهر عقد الإذعان، مع تطور الثورة الصناعية وما رافقها من تطور في أواخر القرن 20، نتجت عنه مؤسسات ضخمة احتكرت مجال الإنتاج والتوزيع؛ نشأة معها، ممّا سمح لها بإملاء شروطها قبلياً على أي علاقة عقدية تكون طرفاً فيها، وما على الطرف الآخر إلاّ القبول أو الرفض دون مناقشة الشروط الموضوعية سلفاً⁶، فعقد الإذعان يجمع بين طرفين أحدهما قوي والآخر ضعيف، وليس من العدل أنّ يترك الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي، خاصة وأن هناك حاجة ما تدفعه للتعاقد؛ ممّا يضعف إرادته حتى ولو لم تصل لمرتبة الإكراه¹، وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يعني أن الفرد هو خير مدافع عن نفسه، فهذا غير صحيح؛ ففي مجال عقد الإذعان يكون الفرد عاجزاً عن ذلك².

¹ - عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص. 129.

² - المرجع نفسه، ص. 366. وفاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص. 306.

³ - يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 01، الجزائر، الجزء 01، العدد 31 ص. 111-116.

⁴ - أحمد سمير قربي، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)، مذكرة ماجستير، كلية الفقه وأصوله، جامعة الشارقة 2008، ص. 10.

⁵ - لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 15.

⁶ - عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص. 28. ومنهل عبد الغاني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 59، المجلد 16، السنة 18، ص. 33.

¹ - ما تجب الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني اعترف بالإكراه الاقتصادي كعيب من عيوب الإرادة يجعل من العقد قابلاً للإبطال. للتوسع أكثر: يراجع: محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2018، ص. 15.

² - محي الدين إسمايل علم الدين، نظرية العقد المرجع السابق، ص. 90.

وعقد الإذعان، هو صيغة من صيغ إبرام العقد، يقوم في الغالب على استعمال أتموزج محدد يعده أحد طرفي العقد بصفته طرفاً قوياً يملّي فيه شروطاً محددة ترجح مصالحه على حساب الطرف الآخر، إما قبولها، أو رفضها، دون أن يكون له أي إمكانية في مناقشتها¹، ومن هذا يتضح تغييب إرادة المتعاقد الضعيف، بما يخالف الشق الثاني لمبدأ سلطان الإرادة "العقد شريعة المتعاقدين"، وبهذا يُعدّ هذا النوع من العقود استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة، فالطرف المدّعن لا يملك سوى أنّ يتعاقد أو لا من الجانب النظري، أمّا عملياً فيكون مجبراً على التعاقد².

وتقوم فكرة الإذعان، على انعدام التفاوض بين طرفيه، أين يتمتع الطرف القوي باحتكار السلع والخدمات، بما يمكنه من الانفراد بصياغة العقد وتحديد شروطه، فما يبقى أمام الطرف الآخر، سوى حرية القبول أم لا بالعقد الذي أمامه³.

إلا أن ما تجب الإشارة إليه، أن المفهوم الحديث لعقد الإذعان استثنى عنصر الاحتكار، لأنه ليس شرطاً مستقلاً، وإنما هو قرينة على أن القبول اقتصر على مجرد التسليم، وأن الموجب في مركز قوي سمح له بفرض شروطه، إلى جانب كون الاحتكار أمر نسبي يختلف من شخص لآخر⁴.

وقد ساهمت الحرية الاقتصادية، في تقييد حرية أحد طرفي العقد، المتصف بالضعف الاقتصادي، حيث لم يعد له كامل الحرية في وضع مضمون وشروط العقد، أو حتى اختيار من يتعاقد معه، ممّا سبب تراجعاً في الإرادة الفردية، حيث لم يعد العقد قانون طرفيه، بل أصبح في الغالب قانون أحدهما فقط، ممّا سمح بتدخل التشريعات لإيجاد حل للاختلال الحاصل في التوازن المالي لطرفي العقد⁵.

فطبيعة عقد الإذعان، تسمح لأحد المتعاقدين الاستقلال بوضع شروط العقد، ممّا قد يمكنه من التعسف في حق الطرف الآخر، لأجل ذلك قامت التشريعات بالخروج عن مبدأ سلطان الإرادة وقوته الملزمة، والسماح للقاضي بتعديل الشروط التعسفية لحماية للمتعاقد الآخر، أو يعفي المدّعن منها، وفقاً لتقتضيه العدالة¹. وفي المعنى ذاته، أضاف جانب آخر من الفقه، أنّ عقد الإذعان وسيلة مشروعة تؤدي لاختلال التوازن بين طرفي العلاقة العقدية، ممّا دفع التشريعات للتدخل عن طريق القاضي لحماية الطرف الضعيف من بعض الشروط التي تضر به، في محاولة منه لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد².

¹ - عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1978، ص. 100.

² - حولة كاظم محمد، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، السنة 06، ص. 374.

³ - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص. 11.

⁴ - أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 53.

⁵ - فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص. 307-308.

¹ - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 691.

² - حولة كاظم محمد، الإيجاب في عقد الإذعان، المرجع السابق، ص. 386.

وبالتالي، فعقد الإذعان، يشكل مرحلة جديدة من مراحل إضعاف قاعدة مبدأ سلطان الإرادة، لسببين: يتمثل الأول في نقل العقد من مرحلة المساومة والمناقشة التي تقوم على تلاقي وتراضي الإرادتين، إلى عقود أموزجية تُرسم بإرادة الطرف القوي أين تنعدم المساواة؛ والثاني تدخل القاضي بتعديل الشروط التعسفية، وحتى إلغائها، بما يحد من سلطان الإرادة للجانب الضعيف¹، فوصل الحد إلى درجة المساس بالقواعد الراسخة في الأنظمة القانونية، "العقد شريعة المتعاقدين"، و"القوة الملزمة للعقد"²، أين تغير المفهوم للعقد شريعة الطرف القوي يضع ما يشاء من الشروط ويلزم بها الطرف الآخر³.

وبناء على ما تم بيانه، ظهر أن التحول الحاصل في المجتمع أنشأ ظواهر قيدت من مبدأ سلطان الإرادة فأصبح الشخص في كثير من الأحوال لا يعرف كيف يحقق مصالحه، فقدرة الأفراد متفاوتة من حيث الإدراك والوعي، ولهذا قامت التشريعات بناء على تطلعات الفقه، بالإبقاء على الإرادة كعنصر مهم في تكوين العقد وتحديد مضمونه، وفي المقابل سمحت للقاضي بالتدخل لإعادة التوازن العقدي المفقود، وذلك بتغليب العدالة على مبدأ سلطان الإرادة في عدة حالات منها، حالة الغبن، ونظرية الظروف الطارئة، وعقد الإذعان.

الفرع الثاني: مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في القواعد الخاصة

بالرغم من مظاهر انحسار وانتكاس مبدأ سلطان الإرادة في ظل القواعد العامة، وفق ما تم بيانه، ازدادت الاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحالي؛ أكثر فأكثر، نتيجة انتشار المذاهب الاشتراكية والاجتماعية التي تسعى لتحقيق عدالة اجتماعية لحماية الطرف الضعيف من الطرف القوي⁴، إلى جانب ازدياد حالات التوجيه العقدي، من خلال ما استجد من التزامات على عاتق الطرف القوي في العقد (الالتزام بالإعلام بكل أنواعه، والفوترة، والالتزام بالضمان، وغيرها من الالتزامات)، ومن أهم مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في ظل القواعد الخاصة، عودة الشكلية، وفق ما اصطلاح عليه بالشكلية الاستهلاكية (أولاً)، وازدياد حالات الإلزام (ثانياً)

أولاً- عودة الشكلية: عملت قوانين الاستهلاك على إحياء الشكلية في العقود من جديد، ولكن بكيفية ووسائل جديدة ومتنوعة، كما شرّعت لها عدة جزاءات تتفق مع ما شرعت من أجله¹، وفي أول ظهور لها اعتبرت كأداة فعّالة لحماية رضا المستهلك، وأطلق عليها الشكلية الإعلامية²، وأضاف لها الفقه عدة تسميات نذكر

¹ - أحمد سمير قربي، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.47.

² - رياحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.344.

³ - أحمد سمير قربي، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.38.

⁴ - عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص.139.

¹ - نبيل ابراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.100.

²-Marie. D et Etienne. M, Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique, Cahier du CRID, p.137, www.crid.be/pdf/public/4295.pdf.

اطلع عليه يوم: 2019/11/18، على الساعة 14:35.

منها: "الشكلية الحامية"، و"الشكلية الاستهلاكية" وهي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي فرضها المشرع على المتدخل لإعلام المستهلك لتتوير رضاه وتقرير حماية فعالة له¹، وقد أصبح هذا النوع من الشكلية ميزة المجال التعاقدية المعاصر²، بصفتها آلية لتأطير إرادة طرفي العقد، وتذكروهم بأن يلزموا أنفسهم، وأنّ المشرع يمكن أن يتدخل في علاقتهم وضبطها³.

وما تجب الإشارة إليه، أنّ هذا النوع من الشكلية يتقاطع مع الشكلية الكلاسيكية المعروفة في القواعد العامة، ولكن بشكل عرضي فقط، فقد وردت هذه الشكلية على شكل قواعد أمر، لحماية رضا الطرف الضعيف، ثم لصحة هذا الرضا، وبهذا خلق عدالة عقدية قانونية⁴.

ومن جهة أخرى ذهب بعض الفقه⁵، إلى القول إنّ فكرة الشكلية بالمفهوم الحديث لها، أصبحت قائمة بذاتها، حيث أصبحت تنافس مبدأ الرضائية، الذي بدأ يتراجع مع مطلع القرن 20، لعدة أسباب، منها حماية المصلحة الخاصة، أو العامة.

فالرضائية، تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد دون تقدير لبعض تفاصيله، وقد يغفل عن مسائل هامة كما أنّها تسهل في تضليل المستهلك، وإثارة العديد من الخلافات والنزاعات، حول مضمون العقد، بل حتى حول وجوده⁶.

ويظهر هذا النوع من الشكلية على شكل عدة صور، وهي كلها من خلق المشرع، وضعها على شكل التزامات للمتدخل لأجل تنوير رضا المستهلك، وحمايته من نفسه في حال اتخاذه قرارات متسريعة عند إبرامه للعقد، وتشمل: إلزام المتدخل بتقديم كافة المعلومات والخصائص الأساسية للسلع والخدمات (01)، والكتابة (02)، إلى جانب اشتراط توافر بيانات محددة بشكل إلزامي (03)، وأخيرا ضرورة تسبيق بعض الوثائق التعاقدية (04).

01- إلزام المتدخل بتقديم كافة المعلومات والخصائص الأساسية للسلع والخدمات: يجب على المتدخل تقديم كافة المعلومات والخصائص الأساسية للسلع والخدمات المقدمة بطريقة واضحة ومقروءة، شريطة أن تكتب بإحدى لغات المستهلك، ويتضح ذلك من خلال الالتزام بالإعلام.

¹ - الزهرة زرايقية وعصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، منشورات جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر المجلد 10، العدد 02، سبتمبر، 2019، ص.97.

²-François. T, SIMLER.PH et LEQUETTE.Y, Les obligations, 11ème édition, Dalloz, 2013, n°143, p.p.109- 110

³-Elise. C, un paradoxe de la théorie du contrat, l'opposition formalisme/consensualisme, les cahiers de droit, volume 43, n° 2, 2002, p.280. voir le site : <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2002-v43-n2-cd3830/043708ar.pdf>, 19 novembre 2020.

اطلع عليه يوم: 2019/11/18 على الساعة 15:30.

⁴ - الزهرة زرايقية وعصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.108.

⁵ - زيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية مع اسقاطات على عقود الاستهلاك في ضوء أحدث تعديلات القانون الجزائري والمقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2019، ص.41.

⁶ - على فيلال، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.231.

ويتمثل الإطار العام للالتزام بالإعلام في التشريع الجزائري بنص المادة 17 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم، وكذلك ما ورد بنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378¹ الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك إذ جاء فيها ما يلي: "يطبق هذا المرسوم على كل السلع والخدمات الموجهة للاستهلاك، مهما كان منشؤها أو مصدرها، ويحدد الأحكام التي تضمن حق المستهلك في الإعلام"، إلى جانب ما ورد بنص المادة 07 والمادة 53 من المرسوم نفسه، بالنص على ضرورة إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة، أما التشريع الفرنسي، فتناول الالتزام بالإعلام بنص المادة ل.111-201² من قانون الاستهلاك. وللإشارة فإن تخلف القيام بهذه الإجراءات، يعرض صاحبه لعقوبات صارمة نصت عليها المادة 78 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم.

ونصت التشريعات كذلك، على ضرورة الالتزام بالإعلام بالأسعار، حسب ما ورد بنص المادة 02/05 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، والتي جاء فيها ما يلي: "يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة".

02- الكتابة: تحمي الكتابة إرادة المتعاقد وسلامة رضاه، بما يقدمه الموثق من نصح وإرشاد، فيكون على بينة من أمره، كما تحمي الغير الذي قد يتضرر من التصرفات القانونية الشفهية³، فقد أصبحت الكتابة تعكس رغبة تشريعات الاستهلاك في ضمان رضا متبصر، وهي تأكيد للرضائية، وليس اصطناع قوالب جديدة لإفراغ العقد فيها، وبهذا فشكلية الكتابة ليست مقصودة لنفسها، وإنما لتحقيق التوازن العقد بين طرفين غير متكافئين¹. وقد ألزمت قوانين الاستهلاك المتدخل، بتحرير بعض العقود كتابة، وأن تتضمن المعلومات اللازمة لتنوير المستهلك، حتى يتعاقد وهو على بينة من أمره².

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الصادر بتاريخ 2013/11/18، ج.ر، العدد 58.
²-Art. L -111-01 dispose : « Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.
II. - Le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché. Cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur, avant la conclusion du contrat.
III. - En cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations ».

³ - على فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.231.

¹ - زبيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية مع اسقاطات على عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.42.

²-Zennaki.D, Droit de la consommation, les cours de magistère, Université d'Oran, Faculté de droit, 2010-2011, cité par Safia BENZEMOUR, La remise en cause des principes du droit commun par le droit de la consommation,, mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de magistère en droit des relations économiques (Agents économiques/Consommateurs), Faculté de droit, Université d'Oran, 2012-2013, p.29. voir le site : http://www.univ-oran2.dz/images/these_memoires/FDSP/Magister/TH4009.pdf, 11 avril 2020.

اطلع عليه يوم: 2019/05/15 على الساعة 16:40.

فقد أُلزم قانون الاستهلاك الفرنسي كتابة العقود المبرمة خارج المؤسسة حيث نصت المادة ل.121-121-¹ على إلزام المتدخل بتفصيل معلومات محددة نصت عليها المادة ل.121-23² من القانون نفسه على أية دعامة شريطة أن تكون مقبولة من طرف المستهلك.

كذلك ما نصت عليه المادة ل.222-03³ من قانون البناء والتعمير الفرنسي، من وجوب كتابة عقد الترقية العقارية متضمننا مجموعة من التصريحات منها، المواصفات والشروط التقنية لتنفيذ الأعمال، السعر المتفق عليه، والشروط التي يمكن بموجبها مراجعة السعر وغيرها¹.

كل هذه الشكليات التي خص بها قانون الاستهلاك الفرنسي عقد القرض تدل على أنه عقد شكلي بقوة القانون².

¹-Art. 1.121-21 dispose : « Est soumis aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services. Est également soumis aux dispositions de la présente section le démarchage dans les lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé et notamment l'organisation par un commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions afin de réaliser les opérations définies à l'alinéa précédent. ».

²-Art. 1.121-23 dispose : « Les opérations visées à l'article L. 121-21 doivent faire l'objet d'un contrat dont un exemplaire doit être remis au client au moment de la conclusion de ce contrat et comporter, à peine de nullité, les mentions suivantes : 1° Noms du fournisseur et du démarcheur ; 2° Adresse du fournisseur ; 3° Adresse du lieu de conclusion du contrat ; 4° Désignation précise de la nature et des caractéristiques des biens offerts ou des services proposés ; 5° Conditions d'exécution du contrat, notamment les modalités et le délai de livraison des biens, ou d'exécution de la prestation de services ; 6° Prix global à payer et modalités de paiement ; en cas de vente à tempérament ou de vente à crédit, les formes... ».

³-Art. 1.222-3 dispose : « Le contrat de promotion immobilière doit être constaté, avant le commencement de son exécution, par un écrit contenant les énonciations qui suivent :

- a) La situation et la contenance du terrain sur lequel doit être édifié le bâtiment ;
- b) La consistance et les caractéristiques techniques du bâtiment à construire ;
- c) Les devis descriptifs et les conditions d'exécution techniques des travaux ;
- d) Le prix convenu ainsi que les limites et conditions dans lesquelles la révision du prix peut intervenir ; si un poste pour imprévu est inclus dans le prix et si le contrat ne subordonne pas l'utilisation des sommes correspondantes à un accord préalable du maître de l'ouvrage, le promoteur doit, en fin d'opération, restituer à ce dernier la totalité des sommes qui auraient été appelées et dont il ne peut pas justifier avoir eu besoin pour exécuter sa mission ;
- e) Les moyens et conditions de financement et les modalités de règlement à mesure de l'avancement des travaux ;
- f) La rémunération du promoteur pour ses soins, peines et débours ;
- g) Le délai dans lequel le bâtiment doit être édifié ;
- h) La garantie apportée par le promoteur pour la bonne exécution de sa mission.

Par dérogation aux dispositions qui précèdent, le contrat peut être constaté par plusieurs actes séparés comportant chacun des énonciations limitées à une phase ou à une partie de l'ensemble des opérations à réaliser. Toutefois, aucun travail matériel, hormis ceux nécessaires aux études préliminaires, ne peut être effectué sur le terrain avant la signature des actes concernant toutes les opérations à réaliser. L'inobservation des dispositions du présent article entraîne la nullité du contrat de promotion immobilière.... »

¹ - للتوسع أكثر يراجع: قوانين الترقية العقارية منها، القانون رقم 11-04. والمراسيم التنفيذية المنظمة له منها، المرسوم التنفيذي رقم 12-85 الصادر في 20/02/2012، الذي يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري ج ر العدد 11.

² - الزهرة زرايقية وعصام نجاح، الشكليات في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.99.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد نص في المادة 20 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم على ما يلي: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية السارية المفعول، يجب أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال تسديده، ويجرر عقد بذلك".

03- البيانات الإلزامية: تهتم تشريعات الاستهلاك بالمعلومات المتعلقة بالعملية العقدية المراد تنفيذها، حيث ألزمت المتدخل بتقديم مجموعة من العناصر والخصائص الأساسية المتعلقة بالعقد ومحله، وهذا يكشف عن التدخل الواضح للمشرع في العلاقة العقدية في تشريعات الاستهلاك¹.

وقد نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306² الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 على ضرورة إدراج البيانات الإلزامية في العقد كما يلي: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك، والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك، ونزاهة وشفافية العمليات التجارية، وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان ما بعد البيع". وتضمنت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السابق ذكره، البيانات الإلزامية الواجب إدراجها في العقد كما يلي: "تتعلق العناصر الأساسية في المادة 02 أعلاه، أساسا بما يأتي:

خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها،
الاسعار والتعريفات،
كيفية الدفع،
شروط التسليم وآجاله،...".

فالإلزامية البيانات تلعب دورا مهما في تنوير رضا الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، خاصة في الحالة التي تسمح للمتدخل بتحرير العقد على انفراد، وفي المعنى ذاته، نص قانون الاستهلاك الفرنسي في مجال القرض العقاري على ضرورة أن تتضمن كل إشهار مجموعة من البيانات الإلزامية حسب ما ورد بنص المادة ر.313-

¹-Brasseur.P, Le formalisme dans la formation des contrats, Approches de droit comparé, in Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 661, cité par Silvana FORTICH, Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel, Thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, France, 2016, p.p.151-152, consulté le cite suivant : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/87b35b8b-d199-4dab-97bb-05a1d2b507d0?inline>, 16 mars 2020.

اطلع عليه يوم: 2021/09/20 على الساعة 20: 25.

² - المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التعسفية، المؤرخ في 2006/09/10، ج.ر، العدد 56، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 44/08، الصادر في 2008/02/03، ج.ر، العدد 07.

13¹، والحال نفسه بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد نص على ضرورة تقديم بيانات عن العملية التعاقدية المزمع إبرامها، نذكر منها ما يلي:

في مجال القرض الاستهلاكي حيث نصت المادتين 05 و 07 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على ضرورة تضمين قروض الاستهلاك جملة من البيانات شريطة أن تكون صحيحة ونزيهة، متضمنة حقوق وواجبات طرفي العقد.

أما في مجال التجارة الإلكترونية، فنصت المادة 11 من القانون رقم 18-05 على وجوب تقديم المورد الإلكتروني العرض التجاري بطريقة مرئية مقروءة ومفهومة، وأنّ يتضمن على سبيل المثال مجموعة من المعلومات الأساسية، كطبيعة وخصائص الأسعار والسلع، أو الخدمات المقترحة والشروط العامة للبيع، أمّا نص المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية، فيشير إلى إلزامية تضمين العقد الإلكتروني مجموعة من المعلومات الأساسية، منها شروط الضمان وكيفيات معالجة الشكاوى، وغيرها من البنود الهامة التي تشكل الشكلية الحامية التي اشترطها المشرع لخدمة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

وقد عرف المشرع الخصائص الأساسية بنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 كما يلي: "المعلومات الضرورية لإرضاء المستهلك صفة واضحة التي تحمل على الأقل تعريف المنتج والمتدخل المعني بعرض المنتج للاستهلاك للمرة الأولى وطبيعة المنتج والمكونات والمعلومات المتعلقة بأي منتج والسعر ومدة عقود الخدمات".

04- ضرورة تسييق بعض الوثائق التعاقدية: ألزمت التشريعات الحديثة المتدخل بضرورة تقديم وثائق محددة تتعلق بالعملية العقدية حتى يتسنى إلمام الطرفين بكل ما يتعلق بالعقد.

ومنها ما ورد بالمادة ل.114-101¹ من قانون الاستهلاك الفرنسي التي قضت بضرورة تقديم المتدخل للمستهلك نسخة من الاتفاقات التي يقترحها بشأن العقد المزمع إبرامه، سواء تعلق الأمر بالسلع، أم الخدمات.

¹-Art . r 313-13 dispose : « Le document d'information est établi sur un support durable. Il comporte, présentées de manière claire et lisible en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit, les informations et mentions suivantes : 1° Pour chaque contrat de crédit dont le regroupement est envisagé, des informations relatives à ce contrat ainsi qu'aux conditions et modalités de son remboursement : a) La nature du crédit, le montant des échéances, le montant du capital restant dû et la durée prévue au contrat pour le remboursement de ce montant à la date de l'établissement du document ; b) La date envisagée pour le remboursement anticipé ; c) L'estimation du montant nécessaire à ce remboursement, déterminé en fonction de la date mentionnée au b ; d) Une estimation de l'indemnité de remboursement anticipé, déterminée en fonction du montant mentionné au c, si le contrat prévoit une telle indemnité ; e) Les modalités prévues pour le remboursement anticipé, notamment, le cas échéant, son délai de préavis contractuel ; f) Le cas échéant, la date à laquelle doit être notifié le préavis, en fonction de la date mentionnée au b.... ».

¹-Art. l.114-01 dispose: « Les professionnels vendeurs ou prestataires de services remettent à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement».

أما التشريع الجزائري، فلم يتطرق إلى هذا النوع من الالتزام صراحة، ولكن بعض الفقه¹ استشف ذلك صراحة من نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم التي جاء فيها ما يلي: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة، وخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

كما استُحدثت صيغا جديدة للشكلية، اشترطت التشريعات ضرورة تسبيقها في عملية التعاقد، كالرخص والمصادقة وغيرها، خاصة في مجال الترقية العقارية (المركبي العقاري)، من خلال القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية، كعقود بيع البناية في طور الإنجاز، مثل عقد حفظ الحق حسب نص المادة 27²، والبيع على التصاميم حسب نص المادة 28³، وحسب ما بينته المادة 30 من القانون نفسه، جاء فيها ما يلي: "يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق، وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و28 أعلاه، أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء".

ثانيا- ازدياد حالات الإيجار: من أهم حالات الإيجار التي جاءت بها التشريعات الحديثة، الالتزام بالفوترة (01)، وإجبارية التسعير (02)، والالتزام بالضمان (03).

01- الالتزام بالفوترة: يظهر اهتمام المشرع بالفوترة من خلال التطرق لها في عدة نصوص قانونية أصدرها بعد القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، الذي خصص لها فصلا كاملا، بعنوان "الفوترة"، ومن أهم ما جاء به التعديل الجديد، هو إضافة الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة، ثم أصدر المرسوم التنفيذي رقم 16-66⁴ الذي يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة وأطلق عليه تسمية "سند معاملة تجارية"، وقبل هذا أصدر المرسوم التنفيذي رقم 05-468¹ الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ثم قام بتعديل القانون رقم 04-02 بموجب القانون رقم 17-11² المتضمن قانون المالية لسنة 2018 الذي مس المواد المتعلقة بالفوترة فقط، حيث نصت المادة 111 على ما يلي: "يتعين على كل متعامل اقتصادي بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات

¹-Zennaki.D, Droit de la consommation, les cours de magistère, Université d'Oran, Faculté de droit, 2010-2011, op-cit. P.29.

²- تنص المادة 27 على ما يلي: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم موجه المرقبي العقاري بتسليم العقار المقرر، لصاحب حفظ الحق، فور إتمامه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير...".

³- تنص المادة 28 على ما يلي: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من البناية مقرر بناءها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكيتها البيانات من طرف المرقبي العقاري لفائدة المكتتب...".

⁴- المرسوم التنفيذي رقم 16-66، المؤرخ في 16/02/2016، الذي يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة، ج.ر، العدد 10.

¹- المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 10/09/2005، الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج.ر، العدد 80.

²- القانون رقم 17-11، المؤرخ في 27/12/2017، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر، العدد 76.

التجارية، المعدل والمتمم، يقدم سلعا و/ أو خدمات للمستهلكين، أن يضع في متناولهم وسائل دفع إلكتروني تسمح لهم بدفع ثمن مشترياتهم...".

وأضيف؛ بموجب القانون رقم 18-13¹ المتضمن قانون المالية التكميلي للسنة نفسها بالنص على ما يعرف بـ"فاتورة نقدية"، إلى جانب ما جاء به قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 حسب ما ورد بنص المادة 20 جاء فيها ما يلي: "يترتب على كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية، إعداد فاتورة من قبل المورد الإلكتروني..."، ولتأكيد أهمية الفاتورة وإلزاميتها بينت الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر ما يلي: "يمكن أن يطلب المستهلك الإلكتروني الفاتورة في شكلها الورقي".

وقد عرفها بعض الفقه كما يلي: "وثيقة تجارية إجبارية تبرم بين الأعوان الاقتصاديين التجار وبين المستهلك، وتسلم بمجرد إجراء البيع أو تأدية الخدمات"².

وعرفت كذلك كما يلي: "... هي عبارة عن وثيقة مكتوبة محررة من طرف العون الاقتصادي تتضمن جملة من البيانات المحددة قانونا"³، وعرفت أيضا كما يلي: "عبارة عن وثيقة مكتوبة محررة من طرف العون الاقتصادي وتقدم للمستهلك تتضمن جملة من البيانات محددة تشريعا، أهمها تلك المتعلقة بالسلعة، محل المعاملة وأطراف التعاقد وسعر السلعة"⁴.

وما تجب الإشارة إليه، أنّ المشرع جعل تقديم الفاتورة إجباريا بين الأعوان الاقتصاديين، واختياريا مع المستهلك حسب ما ورد بنص المادة 01/10 القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، جاء فيها ما يلي: "يجب أن يكون كل بيع سلع، أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين الممارسين للنشاطات المذكورة في المادة 2 أعلاه مصحوبا بفاتورة أو بوثيقة تقوم مقامها".

وأضافت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468 ما يلي: "يجب أن تحتوي الفاتورة محررة قانونا على تاريخ التحرر والرقم التسلسلي".

¹ - القانون رقم 18-13 المؤرخ في 17/07/2018، المتضمن القانون التكميلي لسنة 2018، ج.ر، العدد 42.

² - نواره حسين، مظاهر التجارة الإلكترونية، يوم دراسي حول التجارة الإلكترونية في الجزائر؛ واقع وآفاق، منعقد بتاريخ 05/05/2018، جامعة التكوين المتواصل، جامعة تيزي وزو، الجزائر، ص.17.

³ - حمّاش سليمة، التزام العون الاقتصادي بالشفافية في ظل قانون الممارسات التجارية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الاغواط، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، الجزائر، جوان، 2018، ص.94.

⁴ - مسكن حنان، بن أحمد الحاج، التزام العون الاقتصادي بالفاتورة كوسيلة لضمان شفافية الممارسات التجارية، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، الجزائر، المجلد 12، عدد خاص (العدد التسلسلي 22)، 2020، ص.593.

أما بالنسبة للمستهلك، فالأصل في التعامل معه، هو تقديم وصل صندوق، أو وصل تسليم¹، أو سند يبرر هذه المعاملة، إلا إذا كان هو من طلب تقديم الفاتورة بحسب ما ورد بنص المادة 02/10 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم السابق ذكره. التي جاء فيها ما يلي: "ويلزم البائع أو مقدم الخدمة تسليم الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها ويلزم المشتري بطلب أي منهما، حسب الحالة، وتسلمان عند البيع أو تقديم الخدمة".

أما عن الأشخاص الملزمين بتقديم الفاتورة، فقد بينتهم المادة 01/03 من القانون السابق كما يلي: "العون الاقتصادي هو كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

وقد بين المرسوم التنفيذي رقم 486-05 البيانات الإلزامية المتعلقة بالمتدخل والمستهلك، والبيانات المتعلقة بالسعر والتعريفات، وتاريخ تحرير الفوترة والتوقيع، الواجب توافرها في الفاتورة بنص المادة 03 منه، وبالرغم من توافر الشروط المنصوص عليها في هذه المادة، أكدت المادة 10 من المرسوم نفسه ضرورة خلو الفاتورة من أي شطب أو حشو.

ومن جهة أخرى، بين المرسوم التنفيذي رقم 66-16 الذي يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة البيانات الواجب توافرها في سند المعاملة التجارية الذي جاء به كبديل للفاتورة.

ويظهر اهتمام المشرع بتنظيم الفوترة ببيانات إلزامية يجب على المتدخل احترامها، وإلا تعرض للجزاء المحددة في القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم، والمراسيم التنظيمية المكملة له.

02- إجبارية التسعير: بداية كرسست التشريعات مبدأ حرية الأسعار، إلا أنّ تغير ظروف الحال جعلها تتدخل بتقييد هذه الحرية، خاصة بالنسبة للسلع الضرورية ذات الاستهلاك الواسع، كالخبز والحليب، فبصدور القانون رقم 12-89² المتعلق بالأسعار الذي ألغى بموجب المادة 97 من الأمر رقم 06-95³ المتعلق بالمنافسة، حيث طبق هذا القانون على السلع والخدمات التي تنتج من طرف أشخاص، وتوزع في السوق الوطنية من طرف أشخاص طبيعيين، ومعنويين يمارسون أعمالاً تجارية، ولا يطبق على النشاطات المدنية التي تخضع أسعارها لقواعد متضمنة في تشريع خاص، وذلك طبقاً لأحكام نص المادة 02 من القانون رقم 12-89. وأضاف نص المادة 04 منه ما يلي: "تتدخل الدولة في تحديد ومراقبة قواعد تكوين الأسعار، السلطات المسؤولة في مجال التخطيط المركزي

¹ - وقد بين نص المادة 11-01 من المرسوم التنفيذي رقم 02-04 المعدل والمتمم، والمادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 05-486 أن وصل التسليم يمثل وثيقة بديلة عن الفاتورة يستعمل في العمليات التجارية المتكررة، شريطة توافره على عدة عناصر نذكر منها ما يلي: - أن تكون العمليات التجارية منتظمة مع نفس الزبون.

- يجب أن يتحصل المتدخل على رخصة استعمال وصل التسليم من المصالح المختصة.

- يجب أن يحتوي على مجموعة من البيانات الإلزامية الواردة بنص المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468.

² - القانون رقم 12-89 المؤرخ في 05/07/1998 المتعلق بالأسعار، ج.ر، العدد 29.

³ - الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 25/10/1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، العدد 09.

السلطة المكلفة بتحضير النصوص التنظيمية الخاصة بالأسعار، السلطة القضائية، كل الهيئات المكلفة قانونا بالسهر على مراقبة واحترام الاسعار...".

أما الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة، بصفته أول قانون في مجال المنافسة، قام بترسيخ المبادئ التالية: مبدأ حرية الاسعار، ومبدأ شفافية المعاملات التجارية، ومبدأ نزاهة المعاملات، وبالرغم من ذلك لم تترك حرية الأسعار على إطلاقها، بل تم تقييدها لحماية المستهلك بالنسبة لبعض السلع والخدمات ذات الاستهلاك الضروري، وضبط السوق واستقراره، وتحقيق المصلحة العامة.

ويضاف إلى ما سبق ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 96-31¹ المتضمن كليات تحديد أسعار السلع والخدمات الاستراتيجية بنص المادة 02 جاء فيها ما يلي: "يمكن تحديد الأسعار و/أو حدود الربح القصوى لبعض السلع والخدمات الاستراتيجية بمرسوم بعد استشارة مجلس المنافسة".

وبعد إصدار الأمر 03-03² المعدل والمتمم للقانون المتعلق بالمنافسة، أكد دوره في حرية الأسعار، من خلال ما ورد بالباب الثاني المتعلق بمبادئ المنافسة، بالفصل الأول بعنوان "حرية الأسعار"، وقد ورد بنص المادة 04-01 ما يلي: "تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة الحرة والنزاهة".

ولكنه تطرق لتحديد الأسعار حسب ما ورد بنص المادة 05 جاء فيها ما يلي: "تطبيقا لأحكام المادة 04 أعلاه يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها...".

وبناء على ما سبق بيانه، يتضح أن التسعير الجبري، يمثل أهم القيود على سلطات المالك على ملكيته بالحد من حريته في بيع ملكه كما يريد، بهدف حماية المصلحة العامة، وللتسعير الجبري صورتين: تتمثل الأولى في تحديد الثمن بطريقة مباشرة، أما الثانية فتتمثل في تحديد الثمن بطريقة غير مباشرة³، وقد بينت المادة 05-02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم الآليات التي يتم بها تحديد الأسعار جاء نصها كما يلي: "تتخذ تدابير تحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات، أو تسقيفها، أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية وذلك للأسباب الرئيسية الآتية:

تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، وفي حالة اضطراب محسوس في السوق.

مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك".

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 96-31 المؤرخ في 15/01/1996 المتعلق بكيفية تحديد أسعار بعض السلع الاستراتيجية، ج.ر، العدد 04.

² - الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ بتاريخ 25/06/2008، المعدل المتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15/08/2010 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، العدد 46، 2010.

³ - قاشي علال، الالتزام بإعلام المستهلك وسيلة لحمايته، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسة، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، 2019، ص.113.

من خلال نص هذه المادة، يتبن أنّ تقنين أسعار السلع والخدمات يتم عن طريق التحديد، التسقيف والتصديق¹.

وبناء على ما سبق، ظهر جلياً أنّ التسعير من اختصاص السلطة العامة (الحكومة) ويتم بشكل إجباري ويتعلق بكل ما يسبب ضرراً للناس، خاصة السلع الضرورية (الحليب، الزيت، الخبز وغيرها) بهدف تحقيق المصلحة العامة²، وأنّ تدخل الدولة في تحديد السعر، عند إخلال المدخلين بصفة عامة بقواعد النزاهة والشفافية في تعاملاتهم المالية مع المستهلك، من دفع الضرر الذي يلحق بالمجتمع، وحماية للمصلحة العامة، يكون عن طريق التنظيم بموجب مرسوم، مع الأخذ بعين الاعتبار أهم العناصر التي تدخل في تركيب الأسعار، خاصة العوامل القابلة للتغير عبر الزمن، مع استشارة مجلس المنافسة³ لتفادي تعسف الإدارة في تقييدها لحرية الأسعار دون وجود مبرر لذلك⁴.

وإلى جانب التدخل الانفرادي للحكومة، يمكنها أنّ تتفق مع بعض المتعاملين الاقتصاديين لتحديد الأسعار، شريطة احترام الاتفاق المبرم بينهما، وإلا تنفرد الإدارة بتحديد الأسعار⁵ وفقاً لما سبق ذكره من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

وفضلاً عما سبق، توجد تدابير أخرى تحد من حرية الأسعار، جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 06-215¹ المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض، والبيع الترويجي، والبيع في حالة تصفية المخزونات، والبيع عند مخازن المعامل، والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود.

¹ - للتوسع أكثر يراجع: طالب محمد كريم، تدخل الدولة في تحديد الأسعار كاستثناء على مبدأ حرية الأسعار، مجلة القانون، المركز الجامعي الشهيد أحمد زبانه، غليزان، الجزائر، العدد 07، ديسمبر، 2016، ص.ص. 270-273.

² - فرحات غول، دراسة تحليلية للتسعير من وجهة إسلامية، مجلة دراسات اقتصادية، العدد 22، الجزائر، ص. 137.

³ - حسب ما جاء به الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، في المواد التالية: المادة 37 جاء فيها ما يلي: "...يقوم مجلس المنافسة، في حالة ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تكشف عن ممارسات مقيدة للمنافسة مباشرة كل الأعمال الضرورية لوضع حد لها بقوة القانون.

إذا أثبت التحقيقات المتعلقة بشروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، بأن تطبيق هذه النصوص يترتب عليه قيود على المنافسة، فإن مجلس المنافسة يتخذ كل إجراء مناسب لوضع حد لهذه القيود".

وكذلك ما جاءت به المادة 38 من القانون نفسه: "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر...".

⁴ - طالب محمد كريم، تدخل الدولة في تحديد الأسعار كاستثناء على مبدأ حرية الأسعار، المرجع السابق، ص. 267.

⁵ - تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد الجزائر، 2011، ص. 191.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 18/06/2006، المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات، ج.ر، العدد 41.

فالمتدخل الذي يقوم بممارسة هذا النوع من البيوع، يجد نفسه مجبرا باتباع جملة من الإجراءات والقيود المتعلقة بتحديد الأسعار، تحت طائلة التعرض لجزاءات محددة قد تصل للحجز والمصادرة، حسب ما جاء به المرسوم السابق ذكره¹.

وبالنظر لما سبق، يرى بعض الفقه، أنّ تقييد مبدأ حرية الأسعار يعد أمرا إجباريا للحفاظ على الأنشطة التجارية، وحماية للمنافسة الحرة ذاتها، والاقتصاد الوطني بصفة عامة²، حيث دفعت الظروف الاقتصادية والاجتماعية تشريعات الاستهلاك، لانتهاج سياسة خاصة، لمعالجة حرية الأسعار، التي أصبحت تثير مشاكل اجتماعية كبيرة، خاصة في وسط فئة المستهلكين، فأصدرت نصوصا قانونية فرضت من خلالها أسعار محددة على السلع والخدمات الضرورية خاصة، الخبز والحليب.

03- الالتزام بالضمان: بعد أنّ كان الضمان يقوم على الاتفاق³ في ظل القواعد العامة، إلا في حالة غش البائع وفق ما جاء في الفقرة الأخيرة من نص المادة 379 من القانون المدني. قام المشرع بالتشديد في الضمان بجعله من النظام العام، بالنظر للتطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي والتقني، بسبب دقة وصعوبة المنتوجات من جهة، وقصور القواعد العامة من تأمين الحماية الكافية للمستهلك من جهة أخرى، خاصة فيما يتعلق بالمنتوجات المذكورة بنص المادة 01/13 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، كما ظهرت فئة الباعة المتخصصين في نوع معين من المبيعات، ما أكسبهم المهارة والدراية بكل ما يتعلق بهذه المبيعات نتج عنه اختلالا في المراكز القانونية بين طرفي العقد - طرف الضعيف وهو المشتري (المستهلك) لا يملك مناقشة شروط العقد وآخر قوي اقتصاديا وفنيا - عمل القضاء على تقييد هذه الاتفاقات إلى حد بعيد، ثم كرسته التشريعات⁴.

وقد ورد بنص المادة 02/13 من القانون السابق، ما يلي: "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب المنتج استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته" وأضاف نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 ما يلي: "يجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان... دون تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية إما: - إصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة.

¹ - حسب ما ورد بالمادتين 29 و30 من المرسوم التنفيذي رقم 06-215 السابق ذكره.

² - تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، المرجع السابق، ص.191.

³ - حسب ما ورد بنص المادة 384 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقط هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

⁴ - لأن بينابت، ترجمة منصور القاضي، القانون المدني (العقود الخاصة المدنية والتجارية)، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط.01، 2004 ص.ص.184-185. و

François. C.D et Philippe. D, contrat civils et commerciaux, 5em éd, Dalloz précis, 2001, p.183.

- استبدالها.

- برد ثمنها.

وفي حالة العطب المتكرر، يجب أن يستبدل المنتج موضوع الضمان أو يرد ثمنه".

وأضاف نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 السابق ذكره ما يلي: "... ويتجسد هذا الضمان عن طريق تسليم شهادة الضمان للمستهلك بقوة القانون".

كما بين نص المادة 06 من المرسوم نفسه ما يلي: "يجب أن تبين شهادة الضمان التي يسلمها المتدخل، على الخصوص البيانات الآتية:

- اسم أو اسم شركة الضامن و عنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء
- اسم ولقب المقتني،
- رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء و/ أو كل وثيقة أخرى مماثلة،
- طبيعة السلعة المضمونة، ولا سيما نوعها وعلامتها ورقمها التسلسلي،
- سعر السلعة المضمونة،
- مدة الضمان،
- اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان، عند الاقتضاء".

كما بينت المادتان 03 و05 من القرار الوزاري المشترك لسنة 1994¹ الوثائق التي يجب أن ترفق بالمنتجات المذكورة في الملحق الأول من هذا القرار، والمتمثلة في شهادة الضمان، ودليل الاستعمال. أما المادة 04 من القرار نفسه فجاء فيها ما يلي: "تتألف شهادة الضمان المنصوص عليها في المادة 3 أعلاه والتي حدد نموذجها في الملحق الثاني من هذا القرار من شقين:

يحتفظ البائع بالشق الأول ويقدم الشق الثاني للمستهلك الذي يجب عليه أن يحتفظ به ويقدمه إن اقتضى الأمر عند كل احتجاج"، فيما حدد نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 مدة الضمان والتي يجب أن لا تقل عن 6 أشهر تحسب من تاريخ تسليم السلعة. ما لم يكن هناك تنظيم يخالف ذلك، وتحدد في قرارات إن دعت الحاجة مدة الضمان بكل منتج أو جنس من المنتجات.

من خلال نصوص المواد السابق ذكرها، يتضح اعتماد المشرع صيغة الإلزام، حيث أصبح الضمان يقوم بقوة القانون، بصريح العبارة في نص المادة 14 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم، والتي جاء فيها ما يلي: "كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجاناً، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه

¹ - جاء في نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 أن نموذج شهادة الضمان بقرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك وقمع الغش فيلإ حين إصدار هذا القرار يمكن الاعتماد على القرار الوزاري المشترك لسنة 1994.

في المادة 13 من هذا القانون"، وكذا نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 التي جاء نصها كما يلي: "يمكن المتدخل أن يمنح المستهلك ضمانا أكثر امتيازاً من ذلك المنصوص عليه في المادة 3 الفقرة الأولى".
فالقواعد العامة كانت تقضي بصحة اتفاقات الإعفاء من الضمان كما تم بيانه، أما في ظل تشريعات الاستهلاك، أصبح الضمان قانونيا لا يمكن الاتفاق على مخالفته، إلا بما يزيد منه لصالح المستهلك، من خلال نص المادتين 13 و 14 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم، وعليه؛ فكل شرط يقضي بخلاف ذلك يكون باطلاً إلا ما زاد في الضمان.

وبهذا فإن عودة الشكلية بما يعرف "بالشكلية الحمائية"، تتميز بكونها شكلية جزئية تتعلق ببعض أوجه التصرف القانوني فقط، كما أنها شكلية غائية، تهتم بمحتوى وموضوع التصرف القانوني¹.
ومن خلال ما سبق بيانه، يبدو جليا تدرج التشريعات في خروجها عن مبدأ سلطان الإرادة بحسب الحاجة إلى ذلك، بتدخلها مباشرة تارة، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق القاضي، إلى أن وصلت لمنح الفرصة للطرف الضعيف بالتعدي على مبدأ سلطان الإرادة ونقض العقد بإرادته المنفردة بالعدول عما تم الاتفاق عليه وتنفيذه دون أي شرط أو قيد، سوى احترام آجال محددة لذلك حتى لا تهدر حقوق الطرف الآخر كاملة.

الفرع الثالث: مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

لا يمكن الكلام عن ازدهار أو انتكاس وتراجع مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، لأنه نشأ نشأة ثابتة ومتأصلة مع نشأة الفقه الإسلامي، بسبب أصالة وكمال المصدر الذي نهل منه، كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، مما ينفي عنه صفتي الازدهار، أو الانتكاس، دون صفة التطور التي يتطلبها تطور المجتمعات، فقد نشأ مبدأ الرضائية في الفقه الإسلامي، كلاً متكاملًا بقاعدته، واستثناءاته، وقد عالج فقهاء الفقه الإسلامي؛ ما اعتُبر مظهراً من مظاهر تراجع مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوضعية، بسبب تغير الظروف، وقصور القواعد الناظمة عن احتواء ما استجد؛ بنظريات متأصلة، كنظرية الغبن، ونظرية الجائحة، ومحاربة الاحتكار، وغيرها من النظريات الفقهية التي تصلح لمعالجة كل ما استجد من أحداث، ويعد التسعير أحد أهم الحالات التي يمكن أن يطلق عليها مصطلح استثناء عن الأصل العام وليس انتكاساً، لأنه نشأ مع نشأة الرضائية، إلى جانب كونه حالة استثنائية مؤقتة لا تدوم طويلاً، لأجل ذلك سيتم الاكتفاء بدراسة حالات وجوب التسعير الجبري في الفقه الإسلامي (أولاً)، وبعدها نبحث نطاق التسعير الجبري في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً- حالات وجوب التسعير الجبري في الفقه الإسلامي: يجب الإشارة ابتداءً أنّ التسعير هو بمثابة حالة استثنائية تلحق مبدأ الرضائية في الفقه الإسلامي في شقه الأول فقط، أين يتعلق الأمر بعملية الآثار في شقه الثاني.

¹ - زيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية مع اسقاطات على عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.42.

وقد عرف بعض الفقه التسعير كما يلي: "أن يقوم ولي الأمر بتحديد أسعار الحاجيات سواء كانت أعيانا أم منافع، وإجبار أربابها على بيعها بالسعر المحدد"¹، وعرف أيضا كما يلي: "هو أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمرا، أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة"².

وفي معنى التسعير الجبري، يرى بعض الفقه، بالرغم من كون مبدأ الرضائية والمساومة في العقود مبدأ أصيلا ومستقرا عند فقهاء الفقه الإسلامي، بما يسمح بالسعر الحر في السوق، لحفظ حق المالك وحق المشتري معا إلا أنه، قد يشجع التاجر على ظلمه واستغلاله للمشتري، في كثير من الحالات منها، الاحتكار، وتغير الظروف، والتعسف في استعمال حق الملك³، مما يوجب قطع هذا التسبب واستثناء التسعير الجبري عن حكم مبدأ الرضائية، وتطبيق مبدأ آخر أقرب إلى تحقيق العدل، وهو "مبدأ الإكراه عن التعاقد بحق"، درءا للتعسف ومنع الإضرار بالغير، لأن التعسف في تطبيق مبدأ حرية الأسعار، يترتب عليه أن عدم التسعير سبيل لأكل أموال الناس بالباطل، وهو محرم شرعا، فيثبت نقيضه، وهو وجوب التسعير⁴.

وقد اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة التسعير، وقد ذهب الفقه الحنفي⁵ للقول بعدم جواز التسعير، وتبعه في ذلك الفقه الشافعي، حيث رأى بأنه لا يحل للسلطان أن يسعر⁶، وفي المنحى نفسه سار الفقه الحنبلي، بأن الأصل أن الناس يبيعوا أموالهم على ما يختارون، لأنه مظلمة، والظلم حرام، فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان، كما اتفق الجماعة عليه⁷.

واعتمد هذا الرأي على قوله عز وجل: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ"⁸.

ومن الحديث ما ورد عن أنس بن مالك، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبٍ مِنْ نَفْسِهِ"¹، وورد عنه كذلك: أن الناس قالت يا رسول الله، غلا السعر فسعر لنا، فقال رسول

¹ - محمد حسين الرفاعي، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2006، ط.01، ص.92.

² - الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، مصر، 1993، ج.05، ص.260.

³ - فتحي الدريني، بحث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2008، ج.01، ط.01، ص.547 وص.567.

⁴ - المرجع نفسه، ص.527-529.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.129.

⁶ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج.02، ص.64.

⁷ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.04، ص.164.

⁸ - سورة النساء، الآية رقم 29.

¹ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في التسعير، رقم الحديث: 1314، ص.274. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة باب: التسعير، رقم الحديث: 3450، ص.438.

الله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ، وَإِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ"¹.

أما الفقه المالكي، فقد اتخذ موقفا وسطا يتمشى مع ظروف الحال وقد ورد عنه ما يلي: "لا يسعر أحد على ماله، ولا يكره على بيع سلعته ممن لا يريد، إلا إذا تبين في ذلك ضرر على العامة"²، وأضاف الإمام مالك أنه يجب التسعير على الوالي دفعا للضرر عن العامة³.

من خلال ما سبق، يتضح، أنّ هناك إجماع فقهي بأن الأصل في التسعير هو الحرمة، والاستثناء الجواز شريطة توافر شروط معينة، بهدف تحقيق المصلحة العامة.

وما تجب الإشارة إليه، أن هناك مجموعة من المبادئ الاقتصادية الإسلامية تحكم تحديد الأسعار، أهمها التراضي بين البائع والمشتري، بناء على قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ"⁴. ومن السنة النبوية ما ورد عن حماد بن مسعدة عن ابن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا، إلا أن يكون سقفة خيار، ولا يجزئ له أن يفارقه خشية أن يستقبله"⁵.

ومن آثار الصحابة، ما ورد عن القاسم بن محمد، عن عمر رضي الله عنه أنه مر بحاطب بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زيب، فسأله عن سعرهما، فسعر له مدين لكل درهم، فقال له عمر رضي الله عنه: "قد حدثت بعير مقلبة من الطائف تحمل زيبا، وهم يعتبرون بسعرك، فإما أن ترفع في السعر، وإما أن تدخل زيبك البيت فتبيعه كيف شئت، فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطبا في داره فقال له: إن الذي قلت ليس بعزمة مني، ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع، وكيف شئت فبع"⁶.

فيما رأى جانب آخر من الفقه، أن الثمن حق البائع فهو من يتولى تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا ألحق ضررا بالغير¹، وفي المعنى ذاته اتفق جمهور الفقهاء على ما يلي: "فإن كان أرباب الطعام يتعدون ويتجاوزون القيمة تعدياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، سعر حينئذ بمشورة أهل

¹ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في التسعير، رقم الحديث: 1314، ص. 274. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة باب: التسعير، رقم الحديث: 3450، ص. 438.

² - ابن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق حافظ عبد الرحمان محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، 2014، ج. 05، ص. 349.

³ - المرجع نفسه، ص. 349.

⁴ - سورة النساء، الآية رقم 29.

⁵ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في خيار المتبايعين، رقم الحديث: 3456، ص. 438-439. ورواه النسائي في السنن كتاب: البيوع، باب: وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما، رقم الحديث: 4483، ص. 608.

⁶ - رواه البيهقي في السنن الكبرى، الكتاب: البيوع، باب التسعير، رقم الحديث: 11146، ص. 48.

¹ - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج. 06، ص. 28. وابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، ج. 10، ص. 59.

الرأي والبصيرة، وإذا تعدى أحد بعد ما فعل ذلك أجبره القاضي"¹. وأضاف الإمام مالك: "أن التسعير لا يجوز على أهل السوق، ولكن من حط سعرا، قيل له: إما أن تلحق بأهل السوق وإما أن تنزل عنهم"².

فظاهر النصوص السابق ذكرها، بشأن التسعير الجبري، هو التحريم، فالناس أحرار في التصرف في أموالهم والتسعير حجر عليهم، والحاكم مأمور برعاية مصلحة العامة، وليس مصلحة المشتري فقط، كما أن الثمن حق العاقد، فله تقديره"³.

وإذا كان التسعير حرام في الظروف العادية للسوق؛ أين ترتفع فيه الأسعار دون تعد أو تحايل، فإن تعدّ الباعة، وعدم احترامهم لسعر المثل، واتفاقهم على الفساد برفع الأسعار، يجعل الحاكم ملزما بالتدخل للحد من سلطاتهم وجورهم، بخفض الأسعار والتسعير لهم، عملا بروح النص لا ظاهره، دفعا للضرر وتحقيقا للمصلحة العامة⁴، بالرغم من أن الأصل في حرية التصرف في الملك، وأن الأصل في المعاوزات التراضي إلا أن في التسعير رعاية لمصلحة الفرد والجماعة، ودفع الضرر عن الناس بمنع تعدي التجار تعديا فاحشا تحقيقا للعدالة ورعاية المصلحة العامة⁵.

وفي المعنى ذاته، رأى العوض أن من منع التسعير مطلقا محتجا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَائِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ، وَإِنِّي لِأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَائِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ"⁶ فقد غلط؛ لأن هذه قضية خاصة، وليس فيها أن أحدا امتنع من بيع يجب عليه أو عمل يجب عليه؛ أو طلب في ذلك أكثر من عوض المثل، وأضاف "فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقلّة الشيء وإما لكثرة الخلق: فهذا إلى الله، فيلزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق. وأما الثاني فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس"¹.

وتأكيدا لما سبق أضاف جانب من الفقه، أن التسعير لم يكن في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، لأنهم كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه في بيوتهم، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد، بل يشتريه الناس من

¹ - الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.06، ص.28. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.06 ص.400. وابن تيمية، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، دار الكتب العلمية، ج.01، ط.01، ص.40. وبدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ج.12، ط.01، ص.ص.217-218.

² - ابن رشد، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، تحقيق محمد الحبيب التحكائي، دار الجيل، لبنان، ودار الآفاق الجديدة المغرب، 1993، ج.01 ط.02، ص.401.

³ - الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.06، ص.28. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.06 ص.400. وابن تيمية، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، المرجع السابق، ص.40.

⁴ - سمير جاب الله، الاحتكار المنوع والتسعير الجائر من الإجراءات لمحاربة الفساد المالي، مجلة المعيار، العدد 25، جامعة تسمسليت، الجزائر، 2010، ص.09.

⁵ - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص.132.

⁶ - سبق تخرجه، ص.410.

¹ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ج.28، ص.76. وص.95.

الجالبين، ولهذا جاء الحديث: "الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ"¹، كما أنه لم يكن في المدينة حائك، بل كان يقدم عليهم بالثياب من الشام واليمن وغيرهما فيشترونها ويلبسونها، فلم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكراء، ولا من يبيع طحيناً وخبزاً².

ولأجل ما سبق، أجاز للوالي التسعير، حيث يلزم التجار بأن لا يبيعوا ولا يشتروا إلا بثمن المثل، لأن قيمة المثل هي حقيقة التسعير، وهذا واجب في مواضع كثيرة من الشريعة؛ فإنه كما أن الإكراه على البيع لا يجوز إلا بحق: يجوز الإكراه على البيع بحق في مواضع مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب، والنفقة الواجبة والإكراه على ألا يبيع إلا بثمن المثل لا يجوز إلا بحق ويجوز في مواضع؛ مثل المضطر إلى طعام الغير ومثل الغراس والبناء الذي في ملك الغير؛ فإن لرب الأرض أن يأخذه بقيمة المثل لا بأكثر، وكذلك السراية في العتق³، كما ورد عن نافع في حيث لابن عمر النبي صلى الله عليه وسلم: "مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مِنْ الْمَالِ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قَوْمَ عَلَيْهِ قِيمَةٌ عَدْلٍ لَا وَكَسَ وَلَا شَطَطَ فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ؛ وَإِلَّا فَقَدَ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ"⁴. ويرى بعض الفقه⁵ أن التسعير الجبري عند فقهاء الفقه الإسلامي يقوم على ما يعرف بـ "المصلحة المرسلية" المتعلقة بحق الجماعة، حيث بينه جانب من الفقه كما يلي: "وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع ربها، ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس"⁶.

وفي المعنى ذاته، أضاف جانب آخر من الفقه، أما التسعير، فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل، فهو جائز، بل واجب¹، أما إذا ارتفع السعر فهذا إلى الله، فالزام الناس

¹ - رواه ابن ماجة في السنن، الكتاب: المنتخب من مسند بن حميد، الباب: الحكرة والجلب، رقم الحديث: 2153، ص.728.

² - النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج.13، ص.31.

³ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1995، ج.28، ص.77.

⁴ - رواه مسلم في الصحيح، الكتاب: المسند الصحيح المختصر، باب: العتق، رقم الحديث: 1501، ص.1139. ورواه البخاري في الصحيح كتاب المسند الصحيح المختصر، باب: باب إذا أعتق عبد بين اثنين، رقم الحديث: 2522، ص.144.

⁵ - عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2016، ص.378. وللتوسع أكثر يراجع: فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج.01، ص.490.

⁶ - أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التيجي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ج.05، ص.18.

¹ - ابن تيمية، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة، المرجع السابق، ص.22. والنووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج.13، ص.29.

أن يبيعوا بقيمة بعينها، إكراه بغير حق، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، وبهذا يتحقق العدل الذي أُلزمهم الله به¹.

فالأصل إذن، أنّ تحديد الأسعار يتم وفقاً للعرض والطلب، وبما يراه المتعاقدان في حدود ما تسمح نصوص الشريعة الإسلامية².

ثانياً- نطاق التسعير وكيفيته في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في السلع التي يجوز التسعير فيها، بين من قصره على ما يؤكل ويشرب من طعام الناس³، فلا يمكن أن يكون إلا فيما يؤكل ويشرب من الأطعمة والإدام التي يحتاج الناس إليها في معاشهم، من المكمل والموزون مأكولا كان أم غير مأكول⁴، فيما مدّد جانب آخر من الفقه من نطاق التسعير، ليشمل قوت الآدميين والدواب⁵، فيما عمم كثير من الفقهاء التسعير على كل السلع ما دامت لا تباع على الوجه المعروف وبقيمة المثل⁶، فالتسعير في مثل هذا واجب، بإلزامهم ألا يبيعوا أو لا يشتروا إلا بثمن المثل⁷.

وأكد جانب آخر من الفقه أنّ تسعير السلع والبضائع إذا اقتضته المصلحة، فهو جائز بشرط أن يجمع الإمام وجوه أهل السوق ويحضر غيرهم، استظهاراً على صدقهم ويحدد سعراً يكون فيه مصلحة لهم وللجمهور وامتناع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من التسعير بعد قول الصحابة له سعر لنا لا يدل على حرمة، بل هو محمول على عدم الحاجة إليه في ذلك الوقت، مع الإرشاد إلى سلوك طريق الورع والاحتياط، مثل هذا مما لعله لا يخلو من إجحاف بالتجار أو بالجمهور¹ بدليل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "... وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنَّ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِيُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ"².

¹ - النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج.13، ص.29.

² - فرحات غول، دراسة تحليلية للتسعير من وجهة إسلامية، المرجع السابق، ص.136.

³ - بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، المرجع السابق، ج.12، ص.217. ابن رشد، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، المرجع السابق، ج.01، ص.407.

⁴ - ابن رشد، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، المرجع السابق، ج.01، ص.401.

⁵ - الشرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج.02، ص.64. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.06، ص.400.

⁶ - عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد و أبو محمد، شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ج.01، ط.03، ص.85. الهامش رقم 01. وابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج.28، ص.254.

⁷ - ابن تيمية، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، المرجع السابق، ج.01، ص.22.

¹ - عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك المرجع السابق، ج.01، ص.85. الهامش رقم 01.

² - سبق ترجمته، ص.410.

وأما عن كيفية التسعير، فقال ابن حبيب: ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء، ويحضر غيرهم استظهاراً على صدقهم، وتنزيهاً من شبهة التواطؤ والمحاباة، وضماناً للعدالة وحفظ الحقوق، فيسألهم، كيف يشترون؟ وكيف يبيعون؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة سداد، ولا يجبرون على التسعير حتى يرضوا به، فإن امتنع عن البيع بثمن المثل عوقب على تركه¹، وبهذا يتضح أن التسعير الجبري، يعد من مقومات السياسة التشريعية في مجابهة ظروف الواقع تحقيقاً للعدل والمصلحة ودفع الضرر².

ومن خلال ما تم بيانه، بشأن التسعير في الفقه الإسلامي، وبالموازنة بين من أجازوه، ومن حرّمه، يرجح الرأي الأول، الذي أجاز التسعير عند الحاجة، وأن النصوص التي تمنع التسعير تشترط؛ أن لا تؤدي حرية الأسعار للإضرار بالغير³، لأن التسعير في هذه الحالة يعمل على تحقيق التوازن بين المصالح الفردية والجماعية للمجتمع بإعادة ضبط السوق من طرف السلطان أو من ينوب عنه⁴، وبالتالي فالمصلحة العامة للناس أنّ يبتاعوا بما يحتاجون إليه، وأن لا يبتاعوا إلاً بقيمة المثل، وهذان مصلحتان جليلتان، والباعه إذا اختاروا ذلك لم يكونوا قد أكرهوا عليه، فلا ظلم عليهم وغيرهم من الناس لم يمنع من البيع إلا إذا دخل في هذه المصلحة العامة⁵.

وبناء على ما تم التوصل إليه، يتضح أن التسعير، لا يكون إلاً استثناء عن الأصل العام، وهو حرية الأسعار، يرتبط بالحاجة والضرورة، على أنّ يتم ذلك وفق قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، لأن المعاملات في الفقه الإسلامي تقوم على مبدأ الرضاية في إطار احترام قيم ومبادئ الأخلاق في المعاملات، فإن أهدرت هذه القيم أجاز للسلطان التدخل لمنع الظلم ورد المظالم.

ولوحظ كذلك، اتفاق التشريعات الوضعية مع الفقه الإسلامي بشأن التسعير، كونه مقيداً بظروف معينة ونطاق محدد؛ يشمل المواد الغذائية الضرورية، لحماية القدرة الشرائية للفرد، وحماية المجتمع من احتكار بعض التجار للسوق، إلا أن المفارقة بين النظامين، أن التشريعات الوضعية اعتمدت حرية الأسعار ابتداءً، ولم تعمل على تقييدها، إلا في ظل التشريعات الحديثة، بخلاف ما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي.

وتأكيداً لما سبق، يرى بعض الفقه¹ أنّ الفقه الإسلامي هو نظام تقويمي لا تقييدي، فهو يجعل للمثل العليا المقام الأول في تشريعه، ويظهر ذلك واضحاً في أحكامه، وجمعه بين العدل والإحسان، والدعوة للتعاون والنهي عن الإثم والعدوان، فقد حرم الشارع الحكيم الاحتكار وكل ما يؤدي إليه، وبهذا يظهر الارتباط الوثيق بين

¹ - ابن تيمية، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، المرجع السابق، ج.01، ص.35. وابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق ج.28، ص.94-95. وفتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج.01، ص.521.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج.01، ص.510.

³ - محمد حسين الرفاعي، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص.96.

⁴ - فرحات غول، دراسة تحليلية للتسعير من وجهة إسلامية، المرجع السابق، ص.143.

⁵ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج.28، ص.256.

¹ - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص.76-78.

التسعير الجبري والاحتكار، لأن مقاومة الاحتكار ترتبط بسياسة التسعير ارتباطاً وثيقاً لوحدة الغاية منهما¹، فهو فقه غائي يحكمه قانون الغاية، لأنه يهدف لتحقيق مقاصد أساسية، لم تشرع لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف².

وترتيباً لما تم بحثه، يبدو جلياً، تفوق الفقه الإسلامي وأسبقيته على التشريعات، فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في العقود، فقاعدة الرضائية لها جذور متأصلة وثابة في الفقه الإسلامي، نشأت كلاً متكاملًا بأصله واستثناءاته ووجدت مصدرها في كتاب الله وسنة رسوله؛ بما يأمران به من وفاء بالعهود والشروط، أمّا فيما يتعلق بما هو عليه الحال في التشريعات الوضعية، فبالرغم من قدم تاريخ ظهورها، إلا أنّ نشأتها جاءت بشكل متدرج خاضعة في ذلك لما يلحق المجتمعات من تطور وتغير في الظروف من جهة، وتغير سياسة وأنظمة الحكم السائدة خلال كل مرحلة من جهة أخرى، كما اتضح أيضاً أن مبدأ الرضائية في العقود مبدأ خاص بالفقه الإسلامي يتوافق مع الشق الأول لمبدأ سلطان الإرادة والمتمثل في كفاية الإرادة لإنشاء ما تشاء من العقود، شريطة احترام النظام العام والآداب العامة، ويختلف عنه في شقه الثاني المتعلق بقدرة الإرادة على تحديد آثار العقد، الذي يبقى من اختصاص الشارع الحكيم.

وعليه، فإن القانون الوضعي؛ منذ نشأته في العهد الروماني، وهو في تطور وتعديل وتنقيح حتى وصل لما هو عليه الآن، ورغم ذلك لا يزال يعتره النقص واللاكمال، خلافاً للشريعة الإسلامية التي تتصف بالتمام والكمال، منذ ظهورها إلى يومنا هذا، والدليل ما نهلّه منها فقهاء الفقه الإسلامي من مبادئ وقواعد لا زالت قائمة، وبإمكانها معالجة ما عجزت عنه التشريعات الوضعية، بالرغم مما لحقها من تغيير وتطور عبر الأزمنة.

¹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع السابق، ج. 01، ص. 489.

² - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص. 84.

المبحث الثاني: ازدياد حالات تدخل التشريعات في العلاقة العقدية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
ساهمت التحولات التي لحقت بالمجتمعات في ظهور الفكر الاجتماعي للعقد، حيث طالب أنصاره بضرورة
تشريع نصوص تحمي الطرف الضعيف في العقد لمعالجة الاختلال الحاصل به، وقد استجابت التشريعات الحديثة
لذلك، ووضعت جملة من النصوص القانونية، تواكب الظروف المستجدة وتعقد أساليب الحياة، وكثرة مطالبها،
مراعية في كل ذلك مصالح الفرد ومصالح المجتمع على حد سواء، وفيما يلي سيتم بحث كيفية تدخل المشرع في
العلاقة العقدية (المطلب الأول)، وبعدها نتطرق لأثر ذلك التدخل في العلاقات العقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كيفية تدخل المشرع في العلاقة العقدية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

تطلب التطور الحاصل في مجالات الحياة، خاصة منها الاجتماعي والاقتصادي والتكنولوجي، ضرورة
تدخل التشريعات في العلاقة العقدية بشكل مباشر، مما أدى لتراجع القاعدة العقدية أمام القاعدة القانونية،
فتحول المجموع العقدي إلى نظام قانوني (الفرع الأول)، أما فيما يتعلق بالفقه الإسلامي فالأمر خلاف ذلك تماما،
لأنه تشريع ذو مصدر رباني يمتاز بالوسطية والاعتدال أين يتولى الشارع الحكيم تحديد آثار العقد، وفق ما يعرف
بجعلية آثار العقد (الفرع الثاني)، ولا تكتمل تدخل التشريعات في العلاقة العقدية إلا بتقييد حرية المتعاقد من
خلال التوسع في نطاق النظام العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تراجع القاعدة العقدية أمام القاعدة القانونية في التشريعات الوضعية

أدى تدخل التشريعات في العلاقة العقدية إلى تحول القاعدة العقدية إلى قاعدة قانونية، تجسدت في
صورتين هامتين: الأولى تحمل الطابع الاقتصادي وفق ما يُعرف بـ "عقيدة العقد" (أولا)، والثانية تحمل صفة
الطابع الاجتماعي وفق ما يُعرف بـ "جميعية العقد" (ثانيا).

أولا- عقيدة العقد: إنّ تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين، ألزم التشريعات استعمال قواعد القانون العام،
لتنظيم جزء من القانون الخاص، الذي كان يخضع لإرادة الأطراف، وتعرف ظاهرة الاستعانة بأسلوب القانون العام
في تكوين العقد وتنفيذه¹، وفق ما يعرف بـ "العقيدة" "la publicisation"².

وعقيدة¹ العقد، تفيد أنّ العقد الذي كان خاضعا لإرادة أطرافه في ظل القانون الخاص، تدخلت فيه
إرادة الدولة، وأصبحت تشارك إرادة طرفيه في تكوينه، وتحديد مضمونه².

¹ - فاضل خديجة، عقيدة العقد، المرجع السابق، ص.03.

² -Louis. J, la publicisation du contrat, recueil Edouard Lambert, T.03, 1938, p.143.

نقلا عن: فاضل خديجة، عقيدة العقد، المرجع السابق، ص.02.

¹ - العقيدة، هي مصطلح مرن، تارة يأخذ صورة التوسع في اختصاص قواعد القانون العام في مجال القانون الخاص، كالحالة التي تتطلب رخصة إدارية
لممارسة نشاط معين، وأحيانا تأخذ صورة تطور قواعد القانون الخاص متصفة بصفة قواعد القانون العام، كفرض الالتزامات القانونية على أحد
الأطراف، كالالتزام بالإعلام، والالتزام بالسلامة، أو الغاية من استعمال قواعد القانون العام، وهي تحقيق المصلحة العامة. للتوسع أكثر يراجع: فاضل
خديجة، عقيدة العقد، المرجع السابق، ص.03-04.

² - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص.267-268.

فالعقد لم يعد مجرد علاقة بين طرفيه، بل أصبح يمثل قيمة اقتصادية واجتماعية في آن واحد، وهذا ما دفع إلى ضرورة تدخل المشرع إلى جانب إرادة المتعاقدين لإعطاء العقد قوته الملزمة¹، فأصبح القانون هو من يكفل للعقد هذه القوة عن طريق التدخل في إنشاء العقود وتحديد شروطها وآثارها، لأجل حماية الطرف الضعيف، وقد حددت التشريعات جزاءات صارمة في حال مخالفة ما جاءت به النصوص القانونية².

إن الوضع السائد في ظل القواعد العامة، يفترض في طرفي العلاقة العقدية المساواة من حيث القوة في مراكزهم القانونية، لأجل ذلك لم تتدخل التشريعات بشكل مباشر في هذه العلاقة العقدية، إلا بالقدر الذي يمس بالنظام العام والآداب العامة، والتي كان مجالها يتصف بالضيق مما هي عليه الآن، تاركة المجال للأفراد في تنظيم علاقاتهم، وفي حال الخلاف، يكون القضاء هو الفيصل بينهما، وفق ما يعرف بالتدخل غير المباشر، بتفسير العقد، والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أو الحد من أثر الإرادة الفعلية لطرفي العلاقة العقدية، بتحويله صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط، كالشروط التعسفية لإعادة التوازن العقدي، فهو يوسع أو يضيق من مجال المضمون العقدي، حسب ما جاءت به القواعد العامة في هذا الشأن³، وحتى في القانون الروماني لما قام البريتور بتقرير الرضائية في العقود، أورد قيوداً على هذه الرضائية، تتمثل في عدم مخالفة القانون وعدم الإضرار بالمصلحة العامة⁴.

إلا أن البنية الأساسية التي نشأت فيها العلاقة التعاقدية لعهد طويلة، لم تبق على حالها، بالنظر للتطور الذي لحقها، فمبدأ سلطان الإرادة الذي كان سائداً، ومكرساً لحرية الإرادة، قد أثرت فيه عدة عوامل منها الاقتصادية والاجتماعية، وحتى السياسية، نتج عنها تعدد النصوص الآمرة، مما أدى لتراجع دور الإرادة التعاقدية والسعي لتحقيق المصلحة العامة⁵، فقد أصبحت الحرية العقدية مقيدة لصالح تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية أين أصبحت القاعدة القانونية تتفوق على الإرادة، وعند تعارضهما ترجح القاعدة القانونية على الإرادة في ترتيب آثار العقد، فقد أصبح للنص القانوني دور كبير في ذلك لتحقيق المنفعة المرجوة من العقد بما يتمشى مع أهداف المشرع¹.

وتأكيداً لما تم بيانه، رأى بعض الفقه، أن الأمر أصبح يتعلق بتنظيم لعلاقة، بدلا من الاتفاق على عقد حيث تغيرت نظرة التشريعات له²، فلم يعد يرتبط بالقانون المدني فقط؛ باعتباره أساس أي علاقة بين طرفين، بل

¹ - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، المجلد، 65، العدد 06، العراق، 2017، ص. 2581.

² - وقد برز في تشريعات الاستهلاك تقرير الجزاء الجنائي بغرامات مالية معتبرة لردع كل من تسول له نفسه مخالفة الالتزامات التي قررتها لحماية المستهلك، إلى جانب الجزاءات المدنية.

³ - حسب ما ورد بنص المادة 110 ونص المادة 111 من القانون المدني

⁴ - عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 235، الهامش رقم 02.

⁵ - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 09. وزمام جمعة، العدالة العقدية، المرجع السابق، ص. 06.

¹ - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، المرجع السابق، ص. 2597.

² - زمام جمعة، العدالة العقدية، المرجع السابق، ص. 06.

أصبح أداة لتسيير حياة الأعمال، والإنتاج، والتوزيع، والخدمات، وغيرها. وبهذا، فالعقد لم يعد قانونا إراديا فقط بل أقحمت فيه الإرادة التشريعية أكثر فأكثر، بشكل متتالية هندسية¹، ويؤكد جانب من الفقه هذا الرأي، إذ يرى أن الإرادة لم تعد السلطة المستقلة الوحيدة المنشئة للعقد². وفي المعنى ذاته، ذهب بعض الفقه لتوضيح التطور الذي لحق نظرية العقد، حيث انتقلت من التصور الذاتي المرتبط بالحرية الفردية القائمة على دور الإرادة في إنشاء العقد، إلى التصور الموضوعي للعقد القائم على ضرورة تحقيق المساواة الحقيقية بين طرفيه³. وعليه فدور الإرادة أصبح يقتصر على إعلان القبول أو الرفض، دون مناقشة مضمون العقد، الذي أصبح غائبا، وحل محله، مفهوم العقد المنظم⁴.

ويبدو أنّ تدخل التشريعات في العلاقة العقدية، قد أحدث تحويرا حقيقيا في حقيقة العقد بالمعنى المتعارف عليه، ليصبح أقرب إلى المجاز منه إلى الحقيقة، ودليل ذلك إعادة تعريف العقد في القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، بنص المادة 04/03 حيث جاء فيها ما يلي: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة، أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير فيه...".

ويظهر ذلك أيضا من خلال ما ورد بقانون المنافسة رقم 03-03 المعدل والمتمم بموجب نص المادة الأولى التي جاء فيها: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق، وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة، ومراقبة التجمعات الاقتصادية لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين". وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه، أنّ ما يسمى بأزمة العقد ناتج عن التدخل القوي للمشرع في العلاقة العقدية، حيث ظهرت عقود جديدة لم تكن معهودة من قبل، تعرف بالعقود المنظمة، كما تم المس بالقوة الملزمة للعقد¹.

¹ - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2015، ص.06. وزمام جمعة العدالة العقدية المرجع السابق، يراجع الصفحات: 46، و47، و65.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000 ط.01، ص.61.

³ - نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص.03. وعرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص.10.

⁴ - Alain. P, les transformations de la formalisation dans les obligations civiles, thèse, Paris, 1959, p.233.

نقلا عن: نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص.03.

¹ - صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص.376.

فالعقد لم يعد حكراً على طرفيه، بل أصبح المشرع يشارك في تحديد مضمونه وشروطه، ويعتبر النظام العام أداته في ذلك بتقييد الحرية التعاقدية، فلم يعد المشرع يهتم بتحقيق المساواة بين طرفي العقد، وإنما سعى لتقدم ضمانات أكثر للطرف الضعيف فيه، بل تعادها لتحقيق المصلحة العامة كذلك¹.

وأضاف بعض الفقهاء، أنه في ظل الظروف السابق ذكرها، ظهرت للوجود طائفتان من الأشخاص بمصالح مختلفة؛ تتمثل الأولى، في الطرف القوي، الذي تتمركز بيده أسباب التفوق والسيطرة على الوضع، أما الثانية فتتمثل في الطرف الضعيف في العلاقة العقدية؛ فتحول العقد من وسيلة للتفاوض والنقاش، إلى نظام تفرضه الإرادة القوية على الإرادة الضعيفة، وفق ما يعرف بالشروط التعسفية².

ومن التشريعات العربية التي استبقت فكرة تدخل الإرادة التشريعية في العلاقة العقدية، المشرع العراقي وذلك منذ تعديله سنة 1977، المعروف بقانون الإصلاح رقم 35، سعياً منه لإصلاح النظام القانوني في العراق خاصة فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة؛ حيث أعطى الأولوية لمصلحة المجتمع، ومن أهم ما جاء في قانون الإصلاح: "تغليب العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية، والتوسع في إقرار المسؤولية الناشئة في دائرة العقود وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وإيماناً بواجب الدولة في الرقابة على العلاقات القانونية واستكمالاً لقصور المسؤولية العقدية في ضمان حقوق المضرورين"³.

أن معالجة التشريع العراقي لهذه الجزئية في ذلك الوقت، ناتج عن تأثره بما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الشأن، حيث سعى للتخفيف من حدة مبدأ سلطان الإرادة، والموازنة بين المصلحتين المتضاربتين؛ الخاصة والعامة، وترجيح المصلحة العامة عند تعارض المصلحتين.

وبناء على ما تم بيانه، يظهر أن القانون، قد تدخل في مواطن كثيرة، فرض من خلالها التزامات قانونية جديدة، كالالتزام بالسلامة، والالتزام بالنصيحة والإعلام، وحقوقاً جديدة كحق العدول عن العقد، وغيرها من الحقوق والالتزامات التي تخرج عن نطاق إرادة طرفي العقد؛ وتدخل في نطاق الإرادة التشريعية التي اتسعت بدورها لتشمل عدة عقود، خاصة عندما يتصف أحد طرفيها بصفة الضعف، وهذا ما أكده بعض الفقهاء إذ يرى أن القانون انتصر للطرف الضعيف في العلاقة العقدية¹.

¹ - « le contrat n'est pas que la chose des parties. Il intéresse, ou delà des parties contractantes, toute la société». Voir : Rodolphe. H, droit du contrat de travail et socialisation du droit des contrats, thèse de doctorat, Université Lille, droit et santé, p.98.

نقلا عن: فاضل خديجة، عيممة العقد، المرجع السابق، ص.03-04. ومحمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص.07.

² - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.09.

³ - للتوسع أكثر يراجع: منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.45.

¹ - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.149.

إلا أنّ بعض الفقه، يرى أنه إذا كانت الحاجة والمصلحة العامة تفرض التزامات لا إرادية على الفرد، فمن الواجب أن لا يتسع نطاقها¹.

وأهم ما يميز تدخل المشرع في العلاقة العقدية في التشريعات الحديثة، هو اعتماده على التدخل المباشر وليس عن طريق القاضي، سعيًا منه لتحقيق العدالة العقدية المفترضة بين طرفي العلاقة العقدية بنصوص قانونية صريحة، أهمها السماح للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، بوضع حد لهذه العلاقة، إذا أراد، وبدون ذكر أسباب ذلك، مع اتباع شروط محددة، تنحصر في الآجال والإخطار.

ثانياً- جميعة العقد: كان العقد يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، غير أن التطورات الحاصلة في المجالين الاجتماعي والاقتصادي غيرت من بعض المفاهيم، أهمها الاعتماد على مبدأ الحرية المطلقة الذي يؤثر على العلاقة العقدية بسبب التفاوت بين مراكز المتعاقدين بغض النظر عن سبب هذا التفاوت، فظهرت المبادئ الاجتماعية التي تدعو لحماية مصلحة الجماعة على حساب مصلحة الفرد، واضطرت التشريعات للتدخل وتحديد مضمون العقد لتحقيق التوازن بين الطرفين²، وأصبحت مكانة الإرادة داخل العقد في تراجع مستمر وذلك لاعتبارات موضوعية تمثل في تحقيق المنفعة الاجتماعية والاقتصادية، فزال معها مبدأ كل عقد حر هو عقد عادل، وأصبحت الدولة هي الراعية للمصلحة الاجتماعية والاقتصادية للعقد³. وقد أدى الاهتمام بالتفاوت الموجود بين طرفي العلاقة العقدية، إلى توجيه العقد بإعطاء فرصة للمشرع بالتدخل بشكل واسع في العلاقة العقدية؛ لتحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف من أجل إضفاء الطابع الاجتماعي على العقد، ممّا أثر على إرادة المتعاقدين، فكان سبباً لتقييدها وتحديدتها⁴، وقد أصبح العقد اليوم يستمد أساسه وقوته من الفكر الجمعي، وفق ما يعرف بـ "جميعة العقد"⁵.

ويقصد "بجميعة" الخروج من النزعة الفردية إلى النزعة الجماعية، على اعتبار أن العقد واقعة جماعية لا تخص المتعاقدين وحدهما، وبهذا فهو يندمج في البيئة الاجتماعية وينضوي تحت لوائها ويخضع لها¹، ومن جهة أخرى، نجد أنّ الدولة لا تستطيع تحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية من العقد، إلا إذا تولّت تنظيمه بسبب الظروف المصاحبة لإبرامه من أهواء تتنازع أطرافها بهدف تحقيق مصالح فردية بحتة².

¹ - محمد بوكماش، أثر الجعلية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، منشورات جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، العدد 13، السنة 09، 2012، ص.137.

² - أقصاصي عبد القادر، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تندوف، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، 2019، ص.263.

³ - صديق شيايط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص.375-376.

⁴ - المرجع نفسه، ص.274.

⁵ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.10.

¹ - المرجع نفسه، ص.280.

² - المرجع نفسه، ص.281.

وزدادت أهمية القانون مع اتساع تدخل الدولة في شتى مجالات الحياة، وأصبحت الالتزامات التي مصدرها القانون في تزايد مستمر، في كل من القانون العام والقانون الخاص¹، وأضاف بعض الفقهاء، أن الدول الحديثة اهتمت بوضع أسس وقواعد عامة حامية للحقوق، محققة حياة اجتماعية كريمة لا يجدها إلا ضوابط المصلحة العامة².

وقد أصبحت مكانة الإرادة داخل العقد في تراجع مستمر؛ وذلك لاعتبارات موضوعية، تتمثل في تحقيق المنفعة الاجتماعية والاقتصادية، فزال معها مبدأ كل عقد حر هو عقد عادل، وأصبحت الدولة هي الراعية للمصلحة الاجتماعية والاقتصادية للعقد³؛ بهدف حماية المستهلك بصفته طرفاً ضعيفاً اقتصادياً واجتماعياً ومعرفياً، فتحول العقد من نزعة الفردية إلى النزعة الاجتماعية، فلم يعد العقد يخص طرفيه فقط، بل أصبح يهم المجتمع ككل، وإذا كان أساس العقد يقتضي المساواة بين طرفيه، فإن الواقع فرض تفاوتاً كبيراً بينهما، فأصبح العقد لا يبرم بكل حرية، وهو ما استدعى ضرورة الحد من القوة الملزمة له لصالح الطرف الضعيف⁴.

وحتى القواعد العامة احتوت نصوصها على بعض الأفكار الموضوعية والاجتماعية، مثل "الأمانة" و"الثقة"، و"العرف الجاري"، و"طبيعة التعامل"، وغيرها من المصطلحات المماثلة، إذ لا يوجد أمانة، أو ثقة، أو عرف جاري، خاص بكل متعاقد على حدى، وإنما هذه الأفكار تخص الجماعة ككل، فالقانون يبين أن إرادة طرفي العلاقة العقدية يجب عليها أن لا تتجاهل هذه القيم الأخلاقية⁵، ولنا في التشريع العراقي مثلاً بعد إصداره لقانون الإصلاح رقم 35، حيث أعطى الأولوية لمصلحة الجماعة على المصلحة الفردية في تسيير وتنفيذ العقد ممّا قلص من الفروق بين علاقات القانون العام والقانون الخاص، بناء على الفكر الليبرالي، مع السعي لتحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها، بتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية، مع التوسع في المسؤولية المترتبة عن حكم القانون في مجال العقود لتحقيق حماية فعّالة للطرف الضعيف في العقد¹.

وفي السياق نفسه، فقد أدركت التشريعات ضرورة الاعتراف باجتماعية وأخلاقية العقد أكثر من أي وقت مضى، ممّا أثر على الالتزامات عموماً، وقانون العقود بشكل خاص، فأصبح نظاماً قانونياً عاماً يتميز بإرادة

¹ - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 26.

² - محمد كمال الدين بن محمد العزيز جعيط، الإسلام وحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات العالمية، مجلة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 17. إن فكرة الصالح العام (المصلحة العامة) هي فكرة تشمل الكثير من المتغيرات، ولكنها تشمل عناصر ثابتة لا يخلو منها أي تصور اجتماعي، وهي المقومات الجوهرية التي بدونها لا تعتبر المصالح مشتركة. للتوسع أكثر يراجع: المرجع نفسه، ص. 11.

³ - صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص. 375-376.

⁴ - علي فيلال، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 56.

⁵ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج. 01، ص. 553. الهامش رقم 32.

¹ - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 44-45.

تشريعية، تعلق على إرادة الأفراد، مثل ما حدث بشأن التعسف الذي أصبح يرتبط بعقد الإذعان أكثر فأكثر من خلال القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم وقد سماها: "الممارسات التعسفية"، وليس مجرد شروط تعسفية"¹.

وتأكيدا لما سبق بيانه، يرى أنصار المذهب الاجتماعي، أنّ هناك مانعين يحولان دون أن تكون الإرادة المصدر الوحيد للالتزام، وهما مانع نفساني، ومانع اجتماعي، فالمانع النفساني يفيد أنه لا يمكن التصور بأن إرادة الفرد في وقت معين تقيده في المستقبل (قد التزمت بالأمس لكن اليوم لا أريد أن ألتزم)، فلم الاهتمام بإرادة بالأمس ولا أهتم بإرادة اليوم؟ فقد كان يجب على إرادتي اليوم أن تلغي إرادتي بالأمس، ومع ذلك يلزم القانون باحترام الإرادة السابقة على حساب إرادة اليوم اعتمادا على عنصر الثقة².

أما المانع الاجتماعي، فيفيد أنه بالرغم من إلزامية احترام الحقوق الشخصية للفرد، فإن الفرد هو عنصر من الجماعة، والعقد هو واقعة اجتماعية، فلا يمكن أن يترتب آثارا لا تتناسب مع بيئته الاجتماعية، وبهذا فالإرادة في خدمة القانون والقانون في خدمة الإرادة في آن واحد³، وبهذا المعنى، أصبح للعقد مفهوم اجتماعي يتجاوز بكثير مفهومه التقليدي الذي كان يعطي للعقد الصفة الفردية الضيقة، وفق ما يعرف بـ "جميعة العقد"⁴، فإذا كان العقد ظاهرة اجتماعية، يجب أن لا يترتب على الإرادة الفردية آثارا إلا بما يتوافق مع البيئة الاجتماعية التي نشأ فيها العقد، فإذا كانت الإرادة تهدف لتحقيق غرض غير مفيد من الناحية الاجتماعية، وجب أن تكون عديمة الأثر فالإرادة هي من يجب أن تكون في خدمة القانون، وليس القانون هو من يكون في خدمتها⁵.

وقد أصبحت مصلحة المجتمع أساس النظام الاقتصادي والاجتماعي، والسياسي؛ وتوجب التضحية بمصلحة الفرد من أجلها، وبهذا فقد حل مبدأ التضامن الاجتماعي محل مبدأ سلطان الإرادة⁶، فتحول العقد لأداة اجتماعية، يجب أن ينظر إليه من خلال الوظائف التي يجب أن يؤديها داخل المجتمع⁷.

وقد تأثرت نظرية الالتزام بالعوامل الاجتماعية تأثرا واضحا، أين أخذت قوة الإلزام في العقد تبنى على التضامن الاجتماعي لا على إرادة الفرد، مثل ما هو الحال في عقد الإذعان وعقد العمل، فقامت الدول بالتدخل لتنظيم مثل هذه العقود، بهدف تحقيق العدالة، حماية للمتعاقد الذي يكون في مركز الضعف¹.

¹ - زمام جمعة، العدالة العقدية، المرجع السابق، ص.68.

² - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.266.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - للتوسع أكثر يراجع: علي فيلال، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.53. وفاضل خديجة، عيممة العقد، المرجع السابق، الصفحات: ص.02 وص.148 وص.150 وص.159. وعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.280.

⁵ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.266.

⁶ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.14.

⁷ - محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، المرجع السابق، ص.285.

¹ - السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.09، وص.106.

وتعدّ العقود ذات التنظيم الجماعي، كما في الجمعيات، والنقابات، من أكثر العقود التي تضعف فيها إرادة الفرد، لأنها تخضع للتنظيم الجماعي فلا دور فيه لإرادة الفرد وحده، إلى جانب عقود العمل، بإرادة الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية، وكذلك القيود الواردة على حرية الإرادة، بسبب اختلال التوازن العقدي بين القوى الاقتصادية¹.

وفي المعنى ذاته يرى بعض الفقه، ضرورة استجابة الحرية التعاقدية لتحقيق المنفعة الاجتماعية والعدالة فمصلحة الفرد يجب أن تساهم في تحقيق المصلحة العامة².

وبالنظر لما تمّ بيانه، كرّست التشريعات مبدأ اجتماعية العقد، فمصلحة الفرد أصبحت لا تعبر بالضرورة عن مصلحة المجتمع، بصفتها الأولى بالحماية قبل مصلحة الفرد، وقد بدا ذلك واضحا من خلال تطور وظيفة الدولة، فقد تحول العقد إلى مركز قانوني منظم بغرض تكريس العدالة العقدية الفعلية، فأصبح العقد يكيف تبعاً للظروف الاجتماعية، فغلب عليه الطابع العام، فباتت مصلحة المجتمع هي المحرك الأساسي لكل عملية تعاقدية بغض النظر عن هذه المصلحة.

وقد بين بعض الفقه³ بشأن العقد كتصرف قانوني، أنّ: "العقد هو اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني" وبمعنى آخر: "هو تعبير إرادي عن النية يرتب عليه القانون آثاراً".

ويبدو أنّ مفهوم التصرف القانوني المتمثل في العقد، قد انتقل من مفهوم "اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني"، إلى مفهوم "تعبير إرادي عن النية يرتب عليه القانون آثاراً"، حيث يمثل المفهوم الأول النزعة الفردية، التي تعطي للإرادة الحرية الكاملة في إنشاء العقد وترتيب آثاره، أمّا المفهوم الثاني فيمثل النزعة الاجتماعية، التي تقرر أن قوام العقد هو التعبير لا الإرادة، وأن آثار العقد يحددها القانون لا الإرادة، وهذا ما يتمثل في موضوعية العقد التي تتجسد في تدخل الدولة في العلاقة العقدية، وهو ما يطلق عليه بتقييد إرادة طرفي العقد بما يتمشى والمصلحة العامة⁴، كما تتجسد كذلك في كثير من المظاهر الاجتماعية، التي تصبو لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، كحالة العامل في عقد العمل، والمستهلك في عقد الاستهلاك، حيث أن تكفل الدولة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية اجتماعياً واقتصادياً، أخرج العقد من نزعته الفردية إلى النزعة الجماعية، وأصبح العقد الذي كان يهم المتعاقدين فقط، يهم المجتمع باعتباره وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية، وأداة لتحقيق النفع العام¹، وفق ما يعرف بجمعية العقد.

¹ - السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.148-149.

² - Mekki. M, L'intérêt Général dans le contrat, Delta, L.G.D.J, 2004, n°1131, p.162.

³ - محمد وحيد سوار الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.567.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.55. وللإشارة فإن هذه الحالة تتوافق مع ما جاء به الفقه الإسلامي بشأن العقد، حيث اعترف بجعلية آثار العقد، مما يستبعد بحث ما يعرف بتدخل التشريعات في العلاقة العقدية عند فقهاء الفقه الإسلامي، بالنظر لنزعة الموضوعية ابتداءً.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.56.

الفرع الثاني: جعلية آثار العقد في الفقه الإسلامي

تمثل خصوصية الفقه الإسلامي في جعلية آثار العقد، لأن العقود ليست من الأسباب العقلية، وإنما هي أسباب جعلية وضعها الشارع وبينها، إذ جعل لكل عقد آثارا خاصة به، فللبيع مثلا آثار خاصة به، تسمى حكمه، وحكم العقد هو الأثر المترتب عليه، والغاية المقصودة منه، والشارع ألزم الناس بضرورة مراعاتها في معاملاتهم تجنباً لوقوع المنازعات بينهم¹.

ويستند تدخل الشارع بتحديد آثار التصرفات إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن العقدي بين حقوق طرفي العلاقة العقدية، وبهذا يتم تقديم ضرورة احترام التوازن العقدي على حساب إرادة المتعاقدين².

ويقصد بجعلية الآثار في الفقه الإسلامي، أنّ الآثار تترتب عن العقد بشكل جعلي، أما دور الإرادة فيقتصر على مرحلة تكوينه فقط³.

وللجعلية معنيان⁴، معنى واسعاً، ومعنى ضيقاً، فالمعنى الواسع مفاده "أن الشارع جعل لكل عقد آثارا خاصة به، تتحقق به الأغراض الصحيحة التي يقصدها المتعاقدان من إنشائه..."⁵.

أما المعنى الضيق، فيقصد به أنّ الشارع يربط الحكم الأصلي للتصرف وتنفذه في الوقت نفسه، ففي عقد البيع تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد، وينتقل الثمن إلى البائع، والناقل هو الشارع لا العاقد⁶. ويضيف جانب آخر من الفقه أن المفهوم الضيق للجعلية يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة، فيستند إلى اتجاه إرادة العاقدين إلى تنفيذ الحكم الأصلي الذي قام الشارع بترتيبه⁷.

ومن أدلة الجعلية حسب بعض الفقه، القرآن والسنة، فمن القرآن قوله تعالى: "وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا نَسْأَلُكَ رِزْقًا نَحْنُ نَرْزُقُكَ وَالْعَاقِبَةُ لِلتَّقْوَى"⁸، وقوله تعالى: "وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُبِينٍ"¹، وقوله كذلك: "وَفِي السَّمَاءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ"².

¹ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص.227. ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص.218.

² - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.577.

³ - المرجع نفسه، ص.570.

⁴ - المرجع نفسه، ص.577.

⁵ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص.227.

⁶ - المرجع نفسه.

⁷ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.583.

⁸ - سورة طه، الآية رقم 132.

¹ - سورة هود، الآية رقم 06.

² - سورة الذريات، الآية رقم 22.

ومن السنة النبوية ما ورد عن حرملة بن يحيى، حدثنا عبد الله بن وهب، أخبرني ابن لهيعة، عن ابن هبيرة عن أبي تميم الجيشاني، قال سمعت عمر يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لَوْ أَنَّكُمْ تَوَكَّلْتُمْ عَلَى اللَّهِ حَقَّ تَوَكُّلِهِ، لَرَزَقَكُمْ كَمَا يَرْزُقُ الطَّيْرَ، تَغْدُو خِمَاصًا، وَتَرُوحُ بِطَانًا"¹.

فجعلية الآثار تحافظ على بقاء التوازن العقدي، لأن إمكانية اشتراط منفعة لأحد المتعاقدين يخل بالتوازن الواجب تحقيقه، ويثير النزاع بين طرفي العقد².

وفي المعنى ذاته يضيف بعض الفقه: أما الآثار والأحكام فبترتيب من الشارع حفاظا للعدل بين الخلق وصونا للمعاملات عن داعي الفساد، ومنعا للغرر في الصفقات، وحسما للخلاف بين الناس³.

وأضاف جانب آخر من الفقه كذلك: "وقد حدد الشارع حدودا... حتى لا تؤدي بهم إلى النزاع، وينالهم منها غبن، ويلحقهم بسببها غرر"⁴.

وقد أجمع فقهاء الفقه الإسلامي على أن آثار العقود هي من صنع الشارع لا من عمل المتعاقدين فالشارع هو من يخصص لكل عقد آثارا معينة. وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه أن البذرة لا تنبت إلا إذا شاء الله، وأن النار لا تحرق إلا إذا شاء الله، فكذلك العقود لا ترتب آثارها إلا إذا شاء الله ذلك، ودليل الرابط بين السبب والمسبب هو الله، وأن انتفاء السبب رغم تحقق المسبب بمشيئة الله⁵.

ومن جهة أخرى، نجد أنّ حاجات الناس ورغباتهم لا تنتهي عند حدّ معين، ولأجل ذلك جعل الشارع لهذه الحاجات والرغبات حدودا معينة، والحال نفسه بالنسبة للشروط، فقد وضع لها الشارع حدودا يجب على المتعاقدين احترامها حتى لا يندفع الناس وراء أهوائهم فيتعدون حدود الله، ويكثر بينهم الغش، والغبن، وأكل حق الغير بالباطل، مما يؤدي لعدم استقرار المعاملات⁶.

وما تجب الإشارة إليه، أن للفقه ثلاثة اتجاهات بشأن مكنة طرفي العقد في تحديد آثاره عن طريق الاشتراط، فمنهم من وسع من مجال الاشتراط (أولا)، ومنهم من ضيق من مجاله الاشتراط وحصره فيما فيه نص شرعي يميزه (ثانيا)، ومنهم اتصف بالوسطية في ذلك (ثالثا)، وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

¹ - رواه ابن ماجة في السنن الكتاب: الزهد، باب: التوكل واليقين، رقم الحديث: 4164، ص. 266. ورواه الترمذي في السنن، كتاب: الزهد، باب: في التوكل على الله، رقم الحديث: 2344، ص. 464.

² - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 582.

³ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص. 137، ص. 22.

⁴ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 227.

⁵ - وقد استدل الفقه في هذا المعنى بالنار التي كانت بردا وسلاما على سيدنا إبراهيم عليه السلام. للتوسع أكثر يراجع: محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 579.

⁶ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 228.

أولاً- رأي القائلين بإطلاق الشروط في العقد: يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الأصل في العقود الجواز والإباحة، فحرية التعاقد مكفولة للجميع ما لم يأمر الشارع بالنهي عنها أو تحريمها بنص أو قياس¹، ومن القائلين بهذا الرأي الحنابلة وبعض المالكية.

فالحنابلة² كانوا من الفقهاء الأكثر توسعة على الناس؛ لأن مجال الشروط الصحيحة عندهم أوسع من غيرهم، إذ يصححون كل شرط يقدم مصلحة للعقد، كاشتراط الصفة في الثمن، واشتراط الصفة في المبيع واستثناء منفعة من منافعه، ويصححون كذلك اشتراط المنفعة من العاقد، كحمل البائع إلى مكان معين، واستثنوا حالتين فقط من الشروط؛ وهي الشروط المنافية للمقتضى الشرعي للعقد، كأن يشترط المشتري على البائع أنه إذا باعه بأقل مما اشترى يرجع عليه بالفارق، أو أن يكون الشرط موجبا لإنشاء عقد آخر؛ كحالة من يبيع منزله ويشترط على المشتري تأجيله لآخر، لأن هذا النوع من العقود يؤدي للنزاع والشقاق بين الناس، وقد نهي عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

فوفقا للمذهب الحنبلي، فإن كل شرط يعتبر صحيحا لازما إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسئلمون على شروطهم"³.

أما المالكية⁴ فوسعوا من مجال الاشتراط في العقود، حيث قسموا الشروط إلى قسمين، قسم يقتضيه العقد فاشتراطه كعدمه، وقسم لا يقتضيه العقد؛ ويشمل نوعان: شرط صحيح يجب الوفاء به وهو ملازم لصاحبه وإلا فسوخ العقد، وهو واضح الصحة كشرط تسليم المبيع، والقيام بالعبء، ورد العوض عند انتقاص المبيع، وهو لازم دون شرط فشرطه تأكيد. والثاني شرط لا يقتضيه ولا ينافيه، وهو من مصلحته، وهذا جائز لازم بالشرط ساقط بدونه، كالأجل والخيار والرهن والبيع بثمن إلى أجل على أن لا يتصرف ببيع ولا هبة حتى يعطي الثمن؛ لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى.

ومن أدلتهم أن كتاب الله والسنة النبوية يأمران بالوفاء بالعهود والشروط، وقد استدلوا بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بِلَبَائِلٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا

¹ - عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.358.

² - محمد بن أحمد بن علي البهوتي خلوي، دقائق أولي النهى لشرح منتهى الإرادات، تحقيق: سامي بن محمد بن عبد الله الصقير وآخرون دار النوادر سوريا، 2011، ج.02، ص.593-594. والسيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ج.30، ص.65-66.

³ - سبق تخريجه، ص.234.

⁴ - المنجور أحمد بن علي المنجور، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، دار عبد الله الشنقيطي، ج.01، ص.418-420. والخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج.05، ص.80.

أَنْفُسِكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"¹، وقوله أيضا: "وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا"². وقوله كذلك: "يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"³.

ويتضح مما سبق، أن الله سبحانه وتعالى أوجب الوفاء بالعقود على غير تعيين، يكفي فقط تحقق الرضا فكل عقد يجب الوفاء به إلا إذا قام الدليل على منعه⁴.

فالعقود من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم مصداقا لقوله تعالى: "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ"⁵، فهذا هو الأصل العام في الأجناس والأعيان، فلم يرد نص يوحى بتحريم أي جنس من العقود وقد ذهب بعض الفقه في بيان معنى هذه الآية إلى ما يلي: "فكل ما لم يبين الله ولا رسوله صلى الله عليه وسلم تحريمه من المطاعم والمشارب والملابس والعقود والشروط فلا يجوز تحريمها، فإن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا، فما كان من هذه الأشياء حراما فلا بد أن يكون تحريمه مفضلا، وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه"⁶.

كما أن الأصل في العادات العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرم بنص صريح⁷، وإلا نكون تحت نص الآية الكريمة: "قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا"⁸. وكذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: عن عياض بن حمار الجاشعي، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال ذات يوم في خطبته: "أَلَا إِنَّ رَبِّي أَمَرَنِي أَنْ أُعَلِّمَكُمْ مَا جَهَلْتُمْ، مِمَّا عَلَّمَنِي يَوْمِي هَذَا، كُلُّ مَالٍ تَحْتَهُ عَبْدًا حَلَالٌ، وَإِنِّي خَلَقْتُ عِبَادِي حُنَفَاءَ كُلَّهُمْ، وَإِنَّهُمْ أَتَتْهُمْ الشَّيَاطِينُ فَاجْتَالَتْهُمْ عَنْ دِينِهِمْ، وَحَرَّمْتُ عَلَيْهِمْ مَا أَحَلَلْتُ لَهُمْ، وَأَمَرْتُهُمْ أَنْ يُشْرِكُوا بِي مَا لَمْ أَنْزِلْ بِهِ سُلْطَانًا"⁹.

وترتيبا على ما تم بيانه بشأن رأي الموسعين لحرية الاشتراط، وما استدلوا به فيما يخص إطلاق حرية التعاقد، يرى بعض الفقه¹⁰ أنهم توسعوا في الأدلة المثبتة لحرية التعاقد، بالأخذ بالمصالح والمرسلة، والعرف ما لم

¹ - سورة النساء، الآية رقم 29.

² - سورة البقرة، الآية رقم 177.

³ - سورة المائدة، الآية الأولى.

⁴ - عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 359.

⁵ - سورة الأنعام، الآية رقم 119.

⁶ - ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج. 01، ص. 289.

⁷ - عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 360.

⁸ - سورة يونس، الآية رقم 59.

⁹ - رواه مسلم، الصحيح، الكتاب المسند الصحيح المختصر، باب الصفات التي يعرف بها في الدنيا، رقم الحديث: 2865، ص. 2196.

¹⁰ - عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 360.

يخالف النص القرآني، كقاعدة "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"¹، عكس ما يراه أصحاب فكرة أن الأصل هو الحظر والمنع².

وإكمالاً لما سبق بيانه، يرى بعض الفقه أن ترجيح أصحاب هذا الرأي يرفع كثير من الحرج والضيق في مجال المعاملات، خاصة بعد اتساع دائرتها وتنوعها³.

ثانياً- رأي القائلين بتقييد الشروط في العقد: يرى أنصار هذا الاتجاه أن آثار العقود وأحكامها كلها من عمل الشارع، وعليه فالأصل فيها المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة؛ على اعتبار أن الشريعة الإسلامية لم تترك من حاجة الناس أمراً إلاً وتطرقت له، وكل ما لم يعتمد دليلاً قوياً في تصرفه يعد متجاوزاً لحدود الشريعة الإسلامية، وقد أخذوا بظاهر النص ومنعوا العاقد من اشتراط الشروط التي لم يرد بشأنها نص، على أساس أن كل شرط لم يرد في كتاب الله ولا سنة رسول الله فهو باطل⁴، وبه يبطل العقد الذي اشترط فيه لاقتزان الرضا بالشرط وبينوا ذلك في عدة مواضع نذكر منها: "أن شروط المسلمين إنما هي الشروط المنصوصة في كتاب الله تعالى، وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم"⁵، وفي موضع آخر كذلك: "فصح بطلان كل شرط جملة إلا شرطاً جاء النص من القرآن أو السنة بإباحته"⁶.

وقد حصر أنصار هذا الرأي الشروط التي يجوز اشتراطها في عقد البيع مثلاً في سبعة شروط، ويظهر أن هذا غير كاف لسد رغبات ومصالح الناس المتعددة والمتنوعة⁷.

وبحسب هذا الاتجاه، فإن الحكم يمنع الإرادة من الاتصال بآثار العقد، فهم يرون أن الأصل المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة⁸.

¹ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج.04، ص.115. والشافعي، لأم للشافعي، المرجع السابق، ج.03، ص.02.

والسيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق ج.01، ص.126.

² - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص.223.

³ - عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.361.

⁴ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ج.04، ص.77.

⁵ - ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، لبنان، سنة النشر، بدون طبعة، ص.61.

⁶ - المرجع نفسه، ج.07، ص.324.

⁷ - وتمثل الشروط المسموح بها فيما يلي: "اشتراط الرهن فيما تباعاه إلى أجل مسمى. واشتراط تأخير الثمن إن كان دنائير أو دراهم إلى أجل مسمى. واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة، وإن لم يذكر أجل. واشتراط صفات المبيع التي يتراضياها معا ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة. واشتراط أن لا خلافة. وبيع العبد، أو الأمة، فيشترط المشتري مالهما أو بعضه مسمى معيناً، أو جزءاً منسوباً مشاعاً في جميعه، سواء كان مالهما مجهولاً كله، أم معلوماً كله، أم معلوماً بعضه، مجهولاً بعضه. أو يبيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده، فيشترط المشتري الثمرة لنفسه أو جزءاً معيناً منها أو مسمى مشاعاً في جميعه". للتوسع أكثر يراجع: ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج.07، ص.317.

⁸ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص.226. ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص.223-

واستدلوا بقوله تعالى: "وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ"¹. كما استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: عن سعد بن إبراهيم، قال: سألت القاسم بن محمد، عن رجل له ثلاثة مساكن، فأوصى ثلث كل مسكن منها، قال: يجمع ذلك كله في مسكن واحد، ثم قال: أخبرني عائشة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ"². وقوله صلى الله عليه وسلم: "أَمَّا بَعْدُ، فَمَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَقُولُ أَحَدُهُمْ أَعْتَقْتُ فَلَانًا وَالْوَلَاءُ لِي، إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ"³.

وبهذا فإن أنصار هذا الرأي يرون أن مصالح الناس وحاجاتهم من عقود أو شروط مكفولة بكتاب الله وسنة رسوله الكريم، ولا مجال لاستحداث ما يوافق أهواءهم ورغباتهم، ويبدو أن في هذا تضيق على الناس في قضاء حاجياتهم.

ثالثاً- رأي القائلين بالوسطية في الأخذ بالشروط: يرى بعض الفقه أن أنصار هذا الاتجاه اتفقوا مع الاتجاه المضيق للشروط ابتداءً بمنع الإرادة من الاتصال بآثار العقد، ولكنهم اختلفوا عنهم من حيث التطبيق، إذ استثنوا عدة شروط وسمحوا بتصحيحها وهم يختلفون في ذلك من مذهب لآخر⁴.

ويرى هذا التوجه أن لكل عقد مقتضى يثبت نصاً أو اجتهاداً، ولا يمكن لأحد الأطراف أن يخالف هذا المقتضى إلا بقيام دليل شرعي يميز التزامه ويلزمه بالوفاء به⁵، وأضاف أصحاب هذا الرأي أن ترك الحرية الكاملة لطرفي العقد في اشتراط ما يشاؤون من شروط يلحق بالعقد غرراً وجهالة، وقد يصل الأمر لحد الربا⁶، فالعقد سبب شرعي، والشارع هو من يحدد آثاره، ولا سلطان للإرادة في ذلك إلا بما يسمح به الشرع⁷.

ومن المذاهب التي اعتمدت هذا الرأي هي المذهب الحنفي⁸، إذ يرى أنصاره أنّ الأصل في العقود والشروط هو الحظر، إلا أنهم انفردوا بنظرية خاصة بهم تتمثل في صحة الشروط التي يتعارف عليها الناس

¹ - سورة آل عمران، الآية رقم 189.

² - رواه مسلم في الصحيح، الكتاب: الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأمور، رقم الحديث: 1718، ص.762.

³ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: نقض الأحكام الباطلة، باب: الشروط في الولاء، رقم الحديث: 2729، ص.668-669.

⁴ - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.138.

⁵ - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص.549.

⁶ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص.241.

⁷ - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص.548.

⁸ - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.453. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج.13، ص.09-10. للتوسع أكثر يراجع:

المرجع نفسه، كتاب الشروط، ج.30، ص.167-186. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.299.

واعتمدوا في ذلك على أنّ العرف يشمل كل ما يراه المسلمون سليماً، كما قسموا الشرط لثلاثة أقسام؛ صحيح وفساد وباطل¹.

أما الفقه الشافعي²، فقد اقترب من المذهب الحنفي، ولكنه كان أشد ضيقاً منه، حيث يعتبر الشرط الصحيح هو الشرط الذي يوافق اشتراطه عرفاً أو عادة مألوفة بين الناس، وشرط لا يكون في اشتراطه غاية أو غرضاً، فيكون شرطاً لاغياً³، ومنه إذا شرط في البيع شرطاً يبحث ما إذا كان شرطاً يقتضيه العقد، كالتسليم والرد بالعيب في البيع، لم يبطل العقد، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، وإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد لأن الحاجة تدعو إليه فلا يبطله⁴.

إلا أنّ ما يبدو من خلال تتبع نظرية الاشتراط عند الشافعية، أنهم يقتربون من المذهب الحنفي لأخذهم بظاهر النص، وبالتالي يمكن دمجهم مع مذهب الوسطية.

أما المالكية، فكانوا أكثر توسعاً في اعتمادهم لقاعدة مقتضى العقد، حيث اقتربوا من الاتجاه الموسع، وإن كان أصلهم في ذلك يختلف⁵، حسب ما بينه بعض الفقه: "وذلك أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوزها الشافعي فقد يوافقونه في الأصل ويستثنون للمعارض أكثر مما استثني، كما قد يوافق هو أبا حنيفة ويستثنى أكثر مما يستثنى للمعارض، وهؤلاء الفرق ثلاثة يخالفون أهل الظاهر، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة رضي الله عنهم، ولما قد يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم"⁶.

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁷، الاستدلال في هذه الآية: "هو عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة على تخصيصه"⁸.

ومن السنة النبوية اعتمدوا على ما ورد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن "صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ"⁹.

¹ - عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 473-474. وعلي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 229.

² - النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج. 09، ص. 363-367.

³ - للتوسع أكثر يراجع: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 229 هامش رقم 02.

⁴ - النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج. 09، ص. 363-364.

⁵ - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 141.

⁶ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ص. 77.

⁷ - سورة المائدة، الآية رقم 01.

⁸ - الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج. 03، ص. 286-287.

⁹ - ابن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، كتاب: مسند أحمد، باب: مسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، ص. 324.

من خلال ما تم بيانه، يرى بعض الفقه أن الرأي الأول هو الأولى بالقبول، لأنه لا يمكن الحكم ببطلان كل ما استجد في مجال المعاملات؛ فقد اتسع نطاق المعاملات التجارية وتنوعت، ووجدت عقود لم تكن من قبل، وتفنن الناس في وضع الشروط وفق ما تملئ به الأعراف التجارية، فلو حكم ببطلان تلك العقود بسبب ما وضع فيها من شروط لوقع المجتمع في حرج ولشلت حركة الأسواق¹.

يبدو أن رأي هذا الاتجاه، هو الرأي الأنسب في تحديد مدى اتصال الإرادة بآثار العقد، يجعل الأصل في العقود الحل والإباحة إلى أن يرد الدليل على منعها؛ بالنظر للتطورات التي لحقت بمجال المعاملات، خاصة في ظل التجارة الإلكترونية التي أصبح من أهم سيمها دولية عقودها وتعدد التشريعات التي تنظمها.

الفرع الثالث: تقييد الحرية التعاقدية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

إنّ التطورات الاقتصادية والاجتماعية غيرت من بعض المفاهيم السابقة، وأظهرت مساوئ الاعتماد على الحرية المطلقة، وأنه لا يجب ترك الحرية التعاقدية على إطلاقها؛ بالنظر للتفاوت الحاصل بين طرفي العلاقة العقدية بأي سبب كان²، وبالرغم من أنّ أغلب العقود التي يبرمها الطرف الضعيف تعد عقوداً تجارية، سواء بحسب الموضوع، أم بحسب الشكل، وهي تقوم على الثقة والائتمان، أين كانت الحرية التعاقدية أهم وسيلة لتسهيل وتنظيم تبادل السلع والخدمات، ولكنها أصبحت تستغل من طرف الأقوياء على حساب الضعفاء في العلاقة العقدية، مما يوجب تقييدها والحد منها³، وهذا ما قامت به التشريعات الحديثة وفقاً لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات".

وبهذا يثور التساؤل عن مدى حرية طرفي العقد في إبرامه إذ في ظل وجود جملة من اللوائح التنظيمية والإجراءات والضوابط القانونية التي تحد من الحرية التعاقدية؟ وسنحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال بحث أهم الضوابط القانونية التي تحد من الحرية التعاقدية، المتمثلة أساساً في النظام العام في التشريعات الوضعية (أولاً) والنظام الشرعي العام في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً- النظام العام في التشريعات الوضعية: يمثل النظام العام قيدياً على مبدأ الحرية المطلقة، ويسمح للتشريعات بالتدخل في تنظيم العقود، التي تتفاوت فيها المراكز القانونية بشكل واضح، كعقد العمل، وعقد الإذعان وعقد الاستهلاك، بهدف حماية المصالح العليا للدولة، ولم يتوقف الأمر عند حماية المصالح العليا للدولة فقط، بل اتسع مجال النظام العام ليشمل حتى المصالح الخاصة للأفراد، وبهذا سيتم التطرق للنظام العام في ظل القواعد العامة (01)، وبعدها نبحت حالات اتساع نطاق النظام العام في ظل القواعد الخاصة (02).

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.100.

² - عبد القادر أقصاصي، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص.263.

³ - « La liberté contractuelle n'est reconnue que parce que l'échange des produits et des services nous apparait comme la plus juste et la plus facile organisation des rapports sociaux. Si, dans certains cas, cette liberté aboutit à l'exploitation injuste des faibles par le forts, il faut la briser », P.103.

01- نطاق النظام العام في ظل القواعد العامة: تعتبر قواعد النظام العام والآداب العامة قيودا كلاسيكيا على

الحرية التعاقدية، يتمثل في ثلاثة عناصر أساسية، هي الفرد، والأسرة، والدولة.

وفكرة النظام¹ العام تعتبر من أكثر الأفكار القانونية التي لم يتفق الفقه على إعطاء تعريف جامع مانع لها، لأنها تتغير بتغير الزمان والمكان، فاكتفوا باعتبارها فكرة معيارية مرنة؛ معيارية لأنها تشمل المصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية والحلقية التي تقوم عليها الدول²، أمّا مرنة فلأن نطاقها يتسع ويضيق حسب الأسس التي يقوم عليها المجتمع في فترة معينة، كما تختلف من مجتمع إلى آخر³.

فالنظام العام التقليدي هو نظام عام سياسي، هدفه حماية مصالح الدولة، والفرد، والأسرة من الاتفاقات الخاصة⁴، وهو آلية فعّالة في يد القاضي للتصدي لكل ممارسة تشكل خطرا على كيان الدولة، أو تمس الآداب العامة، وفق ما يعرف بالنظام العام السياسي، فقد كان هذا المفهوم الضيق للنظام العام ينحصر في الأسس والقواعد الضرورية التي يقوم عليها المجتمع⁵.

وقد كانت وظيفة القانون تسعى لحماية الفرد دون الالتفات لمصالح الجماعة، على اعتبار أن تحقيق مصلحة الفرد يستتبعه تحقيق مصلحة الجماعة، وهذا تمشيا مع سيادة المذهب الفردي - أين كان مبدأ سلطان الإرادة يبلغ ذروته- والذي يرى بأن القانون لا يمنح الفرد حقوقا، ولكنه يجب أن يكفل له التمتع بهذه الحقوق وبهذا، لا يمكن التدخل للحد من حرية الأفراد، بهدف حماية المجتمع، أو الطرف الضعيف لتحقيق المساواة الفعلية لذا كان يطلق عليه بالنظام العام السياسي، الذي ينحصر دوره في ضمان الحد الأدنى من الاستقرار⁶.

¹ - يعرف النظام العام في المجال الإداري كما يلي: "المقصود بالنظام العام في المفهوم الإداري والوظيفة الإدارية في الدولة، وكهدف وحيد للبوليس الإداري، وهو المحافظة على الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة والآداب بطريقة وقائية، وذلك عن طريق القضاء على كل المخاطر والأخطار مهما كان مصدرها التي قد تهدد عناصر، ومقومات النظام العام هذه". للتوسع أكثر يراجع: عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ج.02، ص.28.

² - ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت وفكرة النظام العام - تحديد المسؤولية في حالة مخالفة النظام العام في العقود المتعلقة بمنح التوطين والدخول للمواقع الإلكترونية في شبكة الإنترنت-، مجلة الصورة والاتصال، المجلد 05، العدد 19، الجزائر، 2016، ص.01. وأقصاصي عبد القادر، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص.264.

³ - أقصاصي عبد القادر، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص.265.

⁴ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.346-347.

⁵ - يشمل هذا النوع من النظام العام، النظام السياسي للدولة، حيث القاعدة العامة أنه يقع باطلا كل اتفاق يخالف النظام العام، سواء تعلق الأمر بالقاعدة الدستورية، أم بالقاعدة المالية، أم قواعد الجزاء، وفيما يتعلق بالأسرة يعد من النظام العام القواعد التي تتعلق بتنظيم الأسر، وفيما يتعلق بالفرد تعد القواعد الموضوعية المقررة لحماية الفرد من النظام العام، كمنع التزام العامل بالتعهد طوال حياته. للتوسع أكثر يراجع: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.346. وعلي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.274-275.

⁶ - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.493.

وقد بين القضاء الإنجليزي أن النظام العام لم يكن له أي دور أمام الإرادة، فأصدر الحكم التالي: "إذا كان هناك شيء يقتضيه النظام العام أكثر من غيره، فذلك أن الشخص كامل السن والعقل تكون له الحرية المطلقة في التعاقد، وأن تكون عقودها التي أبرمها عن حرية واختيار مقدسة، ويأمر بتنفيذها القضاء"¹.

كما يرى بعض قضاة الإنجليز بشأن تعريف النظام العام ما يلي: "إنك إذا حاولت تعريف النظام العام، فإنما تركب حصانا جامحا لا تدري على أي أرض سيلقي بك". أمّا الفقيه كاربوني فقال بشأنه ما يلي: "إن فكرة النظام العام تستعصي على التعريف والحصص"²، وينحصر الحد الأدنى من النظام العام الكلاسيكي للوصول إلى احترام القواعد المتعلقة بمؤسسات الدولة، والأسرة، وعنصر الأخلاق، لذا يطلق عليه المفهوم السليبي للنظام العام³. وتظهر أهمية النظام العام في العقد، في الحد من الحرية التعاقدية، وهو يرتبط ارتباطا وثيقا بالقيم والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع، حيث أصبحت فكرة النظام العام، وسيلة فعّالة لتحقيق السياسة العامة للدولة في شتى المجالات لتحقيق المصلحة العامة، وهذا ما يؤكد بعض الفقه⁴.

فدور النظام العام بهذا المفهوم، يقتصر على حظر العقود التي تعتبر غير مشروعة بالنسبة لمحل العقد والباعث الدافع للتعاقد، وبهذا يفرض قيودا على سلطان الإرادة فيما يتعلق بالشروط والعناصر اللازمة لانعقاد العقد دون أن تمس بمضمون العقد⁵.

أمّا بالنسبة للآداب العامة، فقد عرفها بعض الفقه كما يلي: "مجموع القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الوراثية والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس"⁶.

كما أنّ الآداب العامة، هي الوجه الآخر للنظام العام، فكلاهما يفرض احترام المبادئ التي يقوم عليها المجتمع، سواء تعلق الأمر بالأسس الاجتماعية والاقتصادية، أم المبادئ الأخلاقية⁷، ومن النصوص القانونية التي تتعلق بالنظام العام والآداب العامة المواد 24، و93، و97، و204، من القانون المدني، كما أشار المشرع في

¹-Printing and Numerical Registering. O. V. Sampson 1875, L. R. 19EQ, 44.L. j. CH, 70,05, p.405

نقلا عن السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.101.

² - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.341.

³ - صديق شيايط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص.281.

⁴ - السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج.01، ص.106.

⁵ - محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، 1998 ص.79.

⁶ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.269.

⁷ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.270. وعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ص.349.

نصوص بعض المواد إلى النظام العام فقط، ومنها المادتان 161، و344 من القانون المدني¹، وما يقابلها من التشريعات الوضعية الأخرى، فالمشرع الفرنسي نص على ضرورة احترام النظام العام بالمادة 1162² من الأمر رقم 131-2016 التي جاء فيها التي جاء فيها بأنه لا يمكن للعقد أن يخالف مبادئ النظام العام، سواء بشروطه أو بالغرض المنتظر منه، بغض النظر عن علم الطرفين به أم لا.

02- اتساع نطاق النظام العام في ظل القواعد الخاصة: ساهمت التطورات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في المجتمع، بالتفكير في الحد من الحرية التعاقدية، فكان النظام العام هو الحل الأمثل الذي اعتمده كل من الفقه والتشريعات، ولكن ليس بصورته الكلاسيكية، بل اتسع مجاله ليشمل أكثر فأكثر المصالح الاقتصادية من جهة إلى جانب حماية مصالح الطرف الضعيف في العلاقات العقدية من جهة أخرى، وفق ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي³، فقد اتسع النظام العام ليشمل إلى جانب المنع والتحریم، الحماية؛ من خلال فرض سلوك معين لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، كتحديد مضمون بعض العقود⁴.

وأضاف جانب آخر من الفقه، أنّ مفهوم النظام العام، أصبح يعبر عنه بالأنظمة العامة، لأنه شمل شتى المجالات بسبب ما لحق الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والمهنية من تطور⁵، فأضحى النظام العام يقوم على فكرة المصلحة العامة التي تقوم على فكرة العدالة الاجتماعية "الفرد في خدمة الجماعة والجماعة في مصلحة الفرد"، ولم يعد قاصرا على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة فقط⁶.

ومّا سبق بيانه، يظهر أنّ النظام العام الحديث بشقيه ساهم في زيادة القواعد الآمرة، مثل ما هو عليه الحال في تشريعات الاستهلاك من أجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وضمان شفافية ونزاهة المعاملات بين المتعاملين الاقتصاديين وكذا حماية للمستهلك، وهذا ما ساهم في تقييد الحرية التعاقدية بشكل كبير⁷.

¹ - في حين نجد أن النصوص الواردة في قانون العقوبات، قد حددت الأفعال المنافية للآداب العامة مقترنة بالعقوبة المقررة لها، ومن أمثلة ذلك، الاتجار بالأشخاص، وجنابات وجنح ضد الأسرة والآداب العامة حسب ما ورد بنص المواد التالية على التوالي: (303 مكرر 04 - 303 مكرر 15 و304-344)

²-Art. 1162 dispose : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

³ - عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2016، ص.05.

⁴ - أيمن إبراهيم العشموي، تطور مفهوم العقد (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص.137.

⁵ - صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018، ص.273.

⁶ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ط.03، ص.279.

⁷ - شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، الجزائر 2020، ص.250.

وقد أثر تطور مفهوم النظام العام بشكل كبير على مبدأ سلطان الإرادة، وذلك بسبب تدخل الدولة في مختلف مجالات الحياة، لذا تعدّ فكرة النظام العام وسيلة فعّالة في وجه مبدأ سلطان الإرادة للحفاظ على المصالح العليا للمجتمع¹.

كما ساهم انتشار المذهب الاجتماعي لانحسار دور مبدأ سلطان الإرادة واتساع نطاق النظام العام بشكل مطرد²، من خلال تزايد حالات الكتابة الرسمية، أمّا من حيث الموضوع فتم إرساء قواعد نظام عام جديدة ترتب البطلان على الإخلال أو تخلف أي حكم قانوني³.

وفي المعنى ذاته، يضيف جانب آخر من الفقه، أنّ مفهوم النظام العام تعدد، ولم يعد يشمل المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة، والمصالح الأساسية لها فقط، بل امتد ليشمل مجالات أخرى، كالمجال الاجتماعي والاقتصادي، وكل ما يتعلق بالفرد، خاصة الطرف الضعيف⁴.

وأكد بعض الفقه، أنّ التوسع في النظام العام، أمر وارد لأنه يستحيل على المشرع أنّ يضع مسبقاً جميع الحالات التي تدخل في نطاق النظام العام، بهدف حماية النظام الاجتماعي من إرادة الأفراد، وكلاهما متعدد الألوان والأحوال لا يمكن التنبؤ بهما مسبقاً، خاصة وأن التشريعات تحدد النظام العام بصفة عامة وبمجردة، في حين نجد أن النظام العام يحدده الواقع المعيش، لذلك كان لزاماً منح القاضي سلطة تحديد النظام العام بجانب التشريعات⁵ وقد اتسع مفهوم النظام العام ليشمل سياسة الدولة الاقتصادية، فأصبح من الضروري إرساء قواعد فرضت على المتعاملين الاقتصاديين، فظهر النظام العام الاقتصادي (أ)، والنظام العام الحمائي (ب).

أ- النظام العام الاقتصادي: قد تراجع مبدأ الحرية التعاقدية، بشكل كبير، ويؤكد ذلك، الحكم الذي صدر سنة 1994 عن المجلس الدستوري الفرنسي، إذ تضمن مبدأ جديداً يشكل عدولاً عن المبدأ السائد "مبدأ الحرية التعاقدية"، فقرر ما يلي: "لا يوجد قاعدة ذات قيمة دستورية تحمي مبدأ حرية التعاقد"⁶، فالحرية التعاقدية لم تعد مبدأ مطلقاً، إذ يرد عليه قيد النظام العام والآداب العامة، وهذا ما قلص من فعالية مبدأ سلطان الإرادة، وسمح للتشريعات بالتدخل في تنظيم العقود قصد تحقيق المساواة الفعلية بين الطرفين، في العقود التي تتفاوت مراكزها القانونية بشكل واضح، كعقد العمل، والعقد الإذعان وعقد الاستهلاك، وذلك بإعادة النظر في مبدأ القوة الملزمة للعقد⁷.

¹ - أقصاصي عبد القادر، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص.263.

² - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.44.

³ - بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2001، ص.27.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.267-268.

⁵ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص.345.

⁶ - محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، 1998 ص.05.

⁷ -Philippe. M et Laurent. A, les obligation droit civil, 3^{em} éd, Défrenois, 2007, p.376.

وتجب الإشارة إلى اجتهاد بعض الفقه¹ في استنباط دلالات النظام العام الاقتصادي من القرآن الكريم والسنة النبوية، وهو محق في ذلك، فمن القرآن قوله تعالى: "فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ"². وقوله أيضا: "وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ".

ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ اللَّهَ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا، وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا وَحَرَّمَ أَشْيَاءَ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا، وَسَكَتَ عَنْ أَشْيَاءَ رَحْمَةً لَكُمْ غَيْرَ نَسِيَانٍ فَلَا تَبْحَثُوا عَنْهَا"³.

وقد عرف بعض الفقه النظام العام الاقتصادي بأنه: "مجموعة القواعد القانونية الملزمة في الروابط التعاقدية المتعلقة بالتنظيم الاقتصادي والاجتماعي لهذه الروابط، أي بالوضع الاقتصادي الداخلي للعقد بصفة عامة"⁴ ففكرة المصلحة التي تقوم عليها قواعد النظام العام لم تعد قاصرة على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة فقط، بل اتسعت لتشمل المطالب الاجتماعية والاقتصادية⁵، لأن ترك المجال الاقتصادي حرا أمام الأفراد يعرض المجتمع لمخاطر جماعية واقتصادية خطيرة.

فالنظام العام الاقتصادي يقوم على فكرة "الحياد وفرضية المساواة"⁶، وهو النظام الذي يهدف لتدخل الدولة في المجال التعاقدى للأفراد بغرض حماية الطرف الضعيف، كما يهدف لتوجيه الاقتصاد الوطني باستبعاد العقود التي يمكن أن تهدده⁷. ويشمل عدة مجالات، منها النقد، والأسعار، والنقل، يتم ذلك عن طريق أساليب قانونية متعددة كالتنظيم، والمراقبة، والحد من الحرية التعاقدية⁸.

وإذا كان للنظام العام التقليدي دور سلبي يقتصر على تجسيد سلطان الإرادة، بتحريم تصرفات أو شروط معينة، فإن النظام العام الاقتصادي له دور إيجابي يسمح للمشرع بالتدخل في تنظيم العلاقات التعاقدية⁹.

وقد عمل النظام العام الاقتصادي على فرض قيود جديدة على الحرية التعاقدية، قيد بها إرادة الأفراد بعدة التزامات، حتى أصبح العقد حالة قانونية، تظهر الدولة في الرابطة العقدية في كافة مراحلها من الإنشاء إلى التنفيذ، لتجنب المخاطر التي تصيب الاقتصاد بسبب ترك النشاط الاقتصادي حرا أمام الأفراد.

¹ - عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 69-71.

² - سورة الأعراف، الآية رقم 85.

³ - عبد الله خضر محمد، الكفاية في التفسير بالمأثور والدراية، باب فضائل السورة، دار القلم، لبنان، 2017، ج. 08، ط. 01، ص. 544.

⁴ - نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام نحو معيار مشترك يحكم دور الإرادة في تكوين الالتزام وتنفيذه وآثاره (دراسة مقارنة)، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 01، مصر، 1983، ص.ص. 125-126.

⁵ - عبد القادر أفضاصي، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص. 266.

⁶ - زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي)، المرجع السابق، ص. 234.

⁷ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج. 01، ص. 348.

⁸ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص. 400.

⁹ - عبد القادر أفضاصي، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص. 280.

ب- النظام العام الحمائي: ارتبط ظهوره بضرورة حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية، لحمايته من خلال تنظيم العلاقة العقدية من طرف المشرع، وقد ظهرت أحكام قانونية جديدة بشكل أمر، فرضت التزامات على أحد أطراف العلاقة العقدية، لأجل تحقيق التوازن بينهم؛ وفق ما يعرف بالنظام العام الاجتماعي، فالعقد بالنظر لكونه أداة الإرادة الفردية، يجب أن يكون أداة لتحقيق النفع العام¹.

وقد تدخلت التشريعات بشكل ملفت للانتباه لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مما جعل بعض الفقه، يقر بأن هذا النوع من الحماية، يحتاج مفهوما مستقلا عن النظام العام الاقتصادي، يعرف بـ "النظام العام الحمائي"²، الذي بموجبه تزايد التدخل التشريعي في العصر الحديث، بهدف حماية الطرف الضعيف، وهذا ما قلل من دور الإرادة في إبرام العقد وتحديد آثارها³.

وهذا النوع من النظام العام استحدثته التشريعات لتحقيق المساواة الفعلية، وحماية إرادة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية⁴، وبهذا فهو يتعلق بالعقود التي تتصف باختلال التوازن بين طرفيها.

وقد عرفه بعض الفقه كما يلي: "هو تلك القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، من خلال إقامة التوازن الاقتصادي والمعرفي بين المتعاقدين"⁵.

ويرى جانب آخر من الفقه، بأنّ النظام العام الحمائي يخص العقود التي تحتفي فيها صفة المساواة الفعلية بين طرفيها⁶.

وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه، أنّ الاختلال الواضح بين التزامات طرفي العلاقة العقدية، بما يسبب ضررا بالمستهلك بصفته الطرف الضعيف في العقد، كعدم صلاحية محله، أو عدم ملاءمته للغرض الذي أبرم العقد لأجله - حق العدول عن العقد خير دليل على ذلك أين يجد المستهلك نفسه قد اقتنى شيئا اتضح له عدم حاجته له بسبب تسرعه في اتخاذ قراره- جعل التشريعات تتدخل بمجموعة من القواعد الحمائية، بفرض التزامات قانونية على المتدخل، بهدف حماية المستهلك، كالالتزام بالمطابقة، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالخدمة ما بعد البيع، وغيره من الالتزامات⁷.

ومن النصوص التي تعتبر من النظام العام الحمائي، ما جاءت به تشريعات الاستهلاك بشأن الشرط التعسفي، بوضع قائمة من الشروط تعد تعسفية، حسب ما جاء به التشريع الجزائري بنص المادة 29 من القانون

¹ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ج.01، ص.285.

² -Ghestin. J, traité de droit civil, les obligation du contrat, 3^{ème} éd, I.G . J, 1993, p.p.115-116.

³ - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص.08.

⁴ - محمد حسين قاسم، مصادر الالتزام، (العقد، انعقاد العقد)، منشورات حلي الحقوقية، 2018، المجلد 01، ج.01، ط.02، ص.ص.310-311.

⁵ - عبد القادر أفصاضي، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص.262.

⁶ - حسن عبد الله الكيلاني، النظام العام العقدي (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، العراق، 2016، ط.01، ص.106.

⁷ - عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.227.

رقم 04-02 المعدل والمتمم، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث جعل هذه الشروط باطلة بطلانا مطلقا، وأصبح دور القاضي بشأنها كاشفا فقط، بعدما كان في ظل القواعد العامة مقررا لها حسب ما ورد بنص المادتين 110 و112 من القانون المدني¹.

وتطرق التشريع الفرنسي للشروط التعسفية سابقا بنص المادة ل.132-01-06 من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي ورد بها أن: "...الشروط التعسفية تعتبر وكأنها غير مكتوبة...."²، وأضافت الفقرة الثامنة من المادة نفسها ما يلي: "...يبقى العقد ساري المفعول في كل اتفاقاته الأخرى باستثناء ما اعتبر تعسفيا..."³. وهو النص الذي يبدو من خلاله أنّ المشرع الفرنسي قد أراد تحديد وتعيين مجال تطبيق الشروط التعسفية التي تعتبر غير مكتوبة⁴، وجعله يتعلق بالتعاملات التي تجمع بين المحترف والمستهلك أو غير المحترف، دون تلك التي يكون فيها المشتري أو غير المحترف، والمحترف، متخصصين في المجال نفسه⁵.

وقد احتفظ المشرع الفرنسي بهذه الحماية في تعديله لقانون الاستهلاك لسنة 2016، ولكنه نص على أحكام الشروط التعسفية وخص بها المستهلك من خلال نص المادة ل.212-01، ثم بين في المادة ل.212-02⁶ أن الأحكام الواردة بنص المادة ل.212-01 تطبق أيضا على العقود التي تتم بين المحترفين وغير المحترفين. ومن خلال ما سبق بيانه، يظهر أنّ النظام العام الاقتصادي الحمائي يمثل قييدا جديدا على الحرية التعاقدية، يهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية كقاعدة عامة، بغض النظر عن طبيعة العقد، أو أطرافه، كما يمكن اعتباره قاعدة عامة تطبق على كل عقد يربط بين طرفين بمراكز قانونية مختلفة⁷. وإذا كانت فكرة النظام العام، فكرة ضابطة، هدفها كفالة أمن الدولة وطمأنة أفرادها، فهل يتطابق مضمونها مع ما جاء به النظام الشرعي في الفقه الإسلامي؟

¹ - للتوسع أكثر يراجع: محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومة 2007، ص.98-100.

² - «... Les clauses abusives sont réputées non écrites. ».

³ - «... les clauses abusives restera applicable dans toutes ses dispositions autre que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses... ».

⁴ - Sophie. G., la clause réputée non écrite, éd, ECONOMICA, 2006, p.37.

⁵ - Vincent. H., la vente internationale de marchandises, Droit uniforme, éd DELTA, 2000, p.250.

⁶ - Article L. 212-2 dispose: «Les dispositions de l'article L. 212-1 sont également applicables aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels».

⁷ - جاك غستان (ترجمة منصور القاضي)، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص.83-85.

ثانياً- النظام العام الشرعي¹ في الفقه الإسلامي: تناول فقهاء الشريعة الإسلامية فكرة النظام العام، وفق ما يعرف بـ "حق الله" أو "حق الشرع"، وهو ما تعلق به النفع من غير اختصاص بأحد²، ورأى جانب آخر من الفقه، أنه يفيد "أمر الله ونهيه"³.

فيما رأى جانب آخر من الفقه، أن النظام العام هو "...تحقيق النفع العام للعالم، من غير اختصاص بأحد من الناس"⁴، وأضاف أن حقوق الله كثيرة ومتنوعة لا يجوز إسقاطها، بعفو، أو صلح، أو تنازل، ولا يجوز تغييره⁵.

وقد بين بعض الفقه مشتملات النظام العام الشرعي كما يلي: "... يشمل حقوق الولاية العامة لإقرار النظام العام، وقمع الإجرام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر... فهو حق المجتمع"⁶.

وعرفه جانب آخر من الفقه الحديث كما يلي: "هو الحكم الثابت بنص من القرآن المفسر ببيان من السنة ملزم لنا، ويعد من النظام العام، فلا يجوز للأفراد والجماعات أن يتفقوا على خلافه لأن فكرة النظام العام في الإسلام هو الدليل الذي دل على الحكم، فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام العام، ويعتبر تشريعاً عاماً صالحاً لكل زمان ومكان"⁷.

ويعتبر تحقيق المصالح الكلية المهدف الأساسي الذي يصبو إليه التشريع الإسلامي في شتى ميادين الحياة وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه أنّ: "الشريعة مبناها وأساسها يقوم على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث؛ فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها، وهي نوره الذي به أبصر المبصرون، وهدهد الذي به اهتدى المهتدون، وشفأؤه التام الذي به دواء كل عليل، وطريقه المستقيم الذي من استقام عليه فقد استقام"⁸.

1- يعرفه بعض الفقه الإسلامي بحماية أصول الحياة الاجتماعية، ومركزات أخلاق المجتمع. للتوسع أكثر يراجع: وهبه الزحيلي، الحرية الفكرية (حرية المعتد، حرية الفكر، حرية التجنس)، مجلة الصراط بكلية العلوم الإسلامية بدمشق، العدد 05، السنة 02، 2002، ص.40.

2- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج.01، المرجع السابق، ص.37.

3- القراني، الفروق، المرجع السابق، ج.01، ص.157.

4- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج.04، ص.2844.

5- المرجع نفسه، ص.2839.

6- مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1961، ص.10-11.

7- عبد الوهاب بخلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة المحاماة الشرعية، العدد 09، السنة 21، ص.447. نقلاً عن حاج أحمد عبد الله فكرة النظام العام الاقتصادي في القانون الإداري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تمارست، الجزائر، المجلد 12، العدد 01، ص.742.

8- ابن القيم الجوزية، تحقيق محمد عبد السلام، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، لبنان، 1991، ج.03، ط.01، ص.11.

وقد عقب بعض الفقه على هذا التعريف بأن النصوص الشرعية المتعلقة بالواجب والفرص والحرام هي من النظام العام بالمعنى القانوني، أما النصوص الشرعية المتعلقة بالمندوب والمكروه والمباح فليست من النظام العام بالمفهوم القانوني للنظام العام¹.

فيما رأى جانب آخر من الفقه²، أنّ المقصود من تعريف النظام العام في الفقه الإسلامي هو حكم الله دَلَّ عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة، يشمل الواجب والحرام والمندوب والمكروه، لأنه إذا كان لا يلزم الفرد إتيانه، فلا يجوز الاتفاق على خلافه.

وأهم ما يميز النظام العام الشرعي في الفقه الإسلامي، هو الثبات لتعلقه بالأحكام الشرعية، لأن الأحكام الشرعية التي تدخل تحت النظام العام هي التي دلت عليها نصوص قطعية الثبوت والدلالة، تتميز بالمرونة الواقعية في حفظ المصالح المقصودة من التشريع³.

وقد بين القرآن الكريم في عدة آيات تنظيم الحياة الاقتصادية للفرد، بهدف مصلحة شرعية اعتماداً على النصوص الشرعية الدالة على حفظ النظام الاقتصادي وتسييره، نذكر منها قوله تعالى ما يلي: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا..."⁴. وقوله كذلك: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ"⁵.

وتجب الإشارة إلى أن المصالح الواجب رعايتها وفقاً للنظام العام الشرعي، تتعلق بثلاث مراتب هي كالتالي⁶:

01- المصلحة الضرورية: وتشمل الكليات الخمس، وقد شرع لكل واحدة من هذه الضروريات أحكاماً تكفل وجودها وبقائها لأهميتها في حياة الفرد.

02- المصلحة الحاجية: ويعبر عنها بـ"نفي الحرج" ويكون الحكم الشرعي بصدها لدفع الحرج والمشقة، وتيسير كيفية التعامل بين الناس.

03- المصلحة التحسينية: وتشمل ما تتطلبه مكارم الأخلاق ومحاسن العبادات، ولكن الإخلال بها لا يخل بنظام الحياة، ولا يسبب الحرج والمشقة، ولكن العقول المبنية على الفطرة السليمة تستنكرها. وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه أن النظام العام في الفقه الإسلامي يرتبط بالكليات الخمسة، وهي الدين، والنفوس، والعقل والنسل، والمال

¹ - محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون (أصول قانونية مقارنة بأصول الفقه)، منشأة المعارف، مصر، 1991، ص.103.

نقلاً عن حاج أحمد عبد الله، فكرة النظام العام الاقتصادي في القانون الإداري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.742.

² - بن حاج أحمد عبد الله، فكرة النظام العام الاقتصادي في القانون الإداري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.742.

³ - يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة، ص.209.

⁴ - سورة البقرة، الآية رقم 275.

⁵ - سورة المائدة، الآية رقم 90.

⁶ - زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، دار التأليف، مصر، 1965، ص.383-384.

وهي مصالح عامة، حيث عرف المصلحة كما يلي: "المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: هو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما فوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"¹.

وفي المعنى ذاته يضيف بعض الفقه، أن ما يدخل ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية كذلك ما يعرف بالأمن الاقتصادي²، وفق ما يعرف بحفظ المال، فيما يدخل الأمن الفكري، وفق ما يعرف بحفظ العقل³. وما تجب الإشارة إليه، أن النظام العام الشرعي لا يحمي المصلحة العامة فقط، بل يحمي المصلحة الفردية كذلك، فمصادر الشريعة الإسلامية لم تفرق بين مصالح الجماعة ومصالح الفرد وفق ما يعرف "بالمصلحة المشتركة"⁴.

وفي المعنى ذاته يرى بعض الفقه⁵، أنه لا يمكن الاتفاق على خلاف ما تقضي به النصوص المفسرة، وإلا بطل التصرف احتزاماً "لإرادة المشرع"، وبهذا يتضح أنه ليس شرطاً أن يكون حكماً ما منصوص عليه بنص قطعي حتى يعتبر من النظام العام الشرعي، "بل المعنى العام المستخلص من جزئيات كثيرة في الشريعة، إذا ثبت بالاستقراء أن المشرع قد لاحظها في تشريعها، ينتهز عنصراً أساسياً من مقومات النظام الشرعي العام أيضاً ولو لم يرد به نص شرعي معين".

وكذلك الخروج عن القواعد الفقهية العامة⁶، يعد خروجاً عن النظام العام الشرعي وباطلاً، والحال نفسه بالنسبة للمصلحة الراجحة الثابتة ثبوتاً قطعياً، عن طريق الاستقراء تعتبر أصلاً شرعياً دون وجود نص أو إجماع أو قياس خاص، على اعتبار أن كلا من الأحكام والمصالح من وضع الشارع⁷. وقد حدد بعض الفقه عناصر النظام العام الشرعي كما يلي⁸: "النصوص المفسرة القطعية ثبوتاً ودلالة على معانيها المقصودة منها أصالة أو تبعاً أو لزوماً بينان والتي لا تحتمل تأويلاً أصلاً.

1- أبو حامد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، مطبعة الأميرية، مصر، 1937، ج.01، ط.01، ص.140.

2- على المسلم أن يسعى جاهداً للاستجابة والتوجيه الرباني في ممارسته للنشاط الاقتصادي، بتعلم الأحكام الشرعية للنشاطات الاقتصادية والالتزام بما مما يؤدي لاتساق الإنتاج والاستهلاك، وأن يتصف المسلم بالأخلاق الفاضلة في ممارسته للنشاط الاقتصادي، وأن يتعد عن ما يسبب ضرراً للآخرين مما يوجد بيئة مترابطة مستقرة يسودها المحبة والتعاون، ويجعل الفرد يشعر بالأمان والرضا، والاستقرار المادي والنفسي، وذلك بإعطاء كل ذي حق حقه دون بخس ولا تأخير، ومنع الظلم بكل أشكاله قصد توفير العدالة الاقتصادية، وفق ما يعرف بالأمن الاقتصادي. للتوسع أكثر يراجع: جرية بن أحمد الحارثي، العلاقة بين الأمن الاقتصادي والأمن الفكري، المرجع السابق، ص.99-101.

3- المرجع نفسه، ص.121.

4- المصلحة المشتركة أعم من المصلحة العامة تشمل المصلحة العامة والفردية معاً. للتوسع أكثر يراجع: فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2013، ط.03، ص.195.

5- المرجع نفسه، ص.190.

6- قد أوردت مجلة الأحكام العدلية تسعاً وتسعين قاعدة فقهية عامة.

7- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص.191.

8- المرجع نفسه، ص.200.

القواعد الشرعية الثابتة المنصوص عليها في الكتاب أو السنة والقطعية ثبوتاً ودلالة مثل: قاعدة سد الذرائع، ومبدأ الرضائية في العقود، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

القواعد الفقهية العامة المحكمة المستنبطة من جزئيات الشريعة، عن طريق الاستقراء والتتبع مثل (الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع الضرر العام).

المعنى العام المفهوم من روح التشريع ولو لم يرد به نص.

المصلحة الراجحة التي تثبت من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، ولو لم يرد بها نص أو إجماع أو قياس خاص سواء كانت مصلحة فردية أم عامة.

النظر في المآلات والنتائج...

المحافظة على حق الغير فرداً كان أم مجتمعاً...".

فمن خلال ما سبق بيانه، يتضح أنّ النظام العام في التشريع والفقه الوضعي يرتبط بالمصلحة العامة حيث العبرة عندهم "بموضوع الحكم" لا بالحكم ذاته، وبهذا فإذا كان موضوع الحكم متعلقاً بمصلحة عامة أفرغ في نص أمر لا يمكن مخالفتها، حيث يعد المعيار في الأخذ بالنظام العام "المصلحة العامة"، بخلاف ما هو عليه الأمر في الفقه الإسلامي، فالنظام الشرعي العام لا يرتبط بـ"موضوع الحكم"، بل بالحكم نفسه من حيث كونه مفسراً قاطعاً للدلالة على معناه، أو بمصلحة، أو بمعنى عام قامت الأدلة القطعية على ثبوته¹.

ويعد السبب في الاعتبار بالحكم لا بموضوع الحكم ازدواج الصالح العام، فالنظام الشرعي العام لا يرتبط بالمصلحة العامة فقط وإن كان لها اعتبار خاص مقارنة بالمصلحة الفردية، بل يرتبط بالمصلحة المشتركة التي تشمل المصلحة العامة والفردية معاً، فمنطقياً أن لا تكون العبرة بموضوع الحكم، بل بثبوت الحكم قطعاً، نصاً ودلالة، وبهذا يتضح أن المصلحة العامة في النظام العام الشرعي مزدوجة، حيث تميزت عن أصحاب المذهب الفردي الذي لا يهتم سوى المصالح الفردية، وتميزت كذلك عن المذاهب الاجتماعية التي تجعل المصلحة العامة وحدها مدار التشريع كله².

ويظهر ممّا سبق بشكل جلي، أن القيمة المحورية للتشريعات هي الفرد ومصالحه الخاصة، أو المصلحة العامة فقط؛ بحسب السياسة التشريعية السائدة، فردية كانت أم جماعية، لأجل ذلك ضاق نطاق النظام العام في ظل التشريعات الوضعية مقارنة بما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي، الذي يتسع نطاق النظام العام فيه وفقاً لما يعرف بـ"المصالح المشتركة" التي تمثل مقاصد الشريعة.

¹ - فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص. 199.

² - المرجع نفسه.

كما يظهر أيضا أن التشريع الوضعي والفقهاء الإسلامي، قد اتفقا بخصوص النظام العام في مسائل واختلافات في أخرى، فمن حيث الاتفاق، يتضح أن كلا النظامين، الوضعي والإسلامي، يستهدفان الغايات والأهداف نفسها، وأن فكرة المصلحة الضرورية تستغرق كافة العناصر الأساسية للنظام العام في التشريع الوضعي. ويرى بعض الفقهاء أن: "أصول الشريعة قد أحاطت بما يلزم لحفظ المقاصد الخمسة التي لم تشرعها الشرائع السماوية، أو الوضعية إلا لخدمتها وحفظها، هذه المقاصد هي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فمهما تنوعت الشرائع والقوانين فإنها ترمي بأحكامها إلى المحافظة على هذه المقاصد"¹.

أما عن أوجه الاختلاف، فتتمثل في كون مضمون النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع من مضمونه في التشريع الوضعي، لأنه يشمل كل مراتب المصلحة العامة، من ضرورية، وحاجية، وتحسينية، فيما يكتفي التشريع الوضعي بالمصالح الضرورية فقط.

وبالنظر لما سبق بيانه، يتضح أنّ النظام العام في الفقه الإسلامي أكثر مرونة منه في التشريع الوضعي بالنظر للمضمون المتغير للنظام العام الشرعي وفقا لما جاء به الفقه الإسلامي، وبالنظر لمصدره المتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية، وما يتميزان به من ثبات المبادئ واستقرارها، مع ترك تفاصيل الأمور جزئياتها لتتوافق ما مع استجد من أحداث، وهو ما يعبر عنه بعض الفقهاء كما يلي: "تفصيل ما لا يتغير، وإجمال ما تغير أحد الضروريات التي تقضي بها يتطلبها خلود الشريعة ودوامها"².

ويظهر أنه إذا كان الأصل في النظام العام في القانون الوضعي بأنه نسبي ويختلف حسب الزمان والمكان فالأمر خلاف ذلك في ظل الفقه الإسلامي، لارتباط النظام العام بالحلال والحرام، فما هو حلال يبقى كذلك مدى الأزمان والأمكنة، والأمر كذلك بالنسبة للحرام، وهذا باتفاق فقهاء الفقه الإسلامي، على أنّ النظام العام الشرعي يقوم على الأوامر والنواهي الشرعية التي تقيد الأفراد دون أي إمكانية للاختيار³، بالنظر للمبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة الإسلامية بما فيها من عقائد ومعاملات، حسب ما أورده بعض فقهاء الفقه الإسلامي، حيث يرون بأن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي، أوسع منها في الفقه الوضعي، فتحريم العقود الربوية⁵، وعقود الغرر⁶ يوسع كثيرا من دائرة النظام الشرعي العام، وكذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد توسع كثيرا في النظام الشرعي العام⁷.

¹ - عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي (المدخل والنظرية العامة للعقد)، مطبعة دار التأليف، مصر، بدون سنة النشر، بدون طبعة، ص.110.

² - نادية السنهوري، عبد الرزاق السنهوري من خلال أوراقه الشخصية، الزهراء للإعلام العربي، مصر، 1980، ص.79.

³ - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.286.

⁴ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.585.

⁵ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.03، ص.71.

⁶ - المرجع نفسه، ص.72.

⁷ - المرجع نفسه، ص.141-142.

وبناء على هذا التصور، يتضح كيف أخذ الطابع العام والجماعي يتزايد في المجال العقدي بشكل متتالية هندسية، ولم تعد الحرية حسب رأي بعض الفقه "المبدأ السامي المنظم للعقود"، فقد أقيم مبدأ التنظيم ومبدأ الحماية على أنقاض مبدأ التبادل الحر¹، كما أنّ حرية الإرادة لا تصلح أساساً للعقد، ولا للقانون كذلك، إذ لو كان العقد يقوم على إرادة المتعاقدين حقيقة، وأراد أحد الأطراف الذي التزم بالأمس أن لا يلتزم اليوم فأى إرادة تحترم، وبالتالي فإن أساس العقد لا يتعلق بإرادة الأطراف وإنما بالعدالة والمصلحة العامة².

ويبدو ممّا تقدم، أنّ تدخل التشريعات يرجع للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية، ويظهر كذلك خاصة في قانوني المنافسة والاستهلاك؛ حيث مسّ مبدأ الحرية التعاقدية والاستقرار العقدي، ومن جهة أخرى كان لهذا التدخل دوراً بارزاً في تحقيق المساواة الفعلية وتحقيق العدالة العقدية على حد سواء.

كما أنّ الاعتبارات الاجتماعية المستجدة أصبحت تستدعي إعادة النظر في أحكام العقد، لأن المفهوم الكلاسيكي للنظرية العامة له لم يعد يتوافق مع ما استجد، فقد كان تدخل المشرع في كل مرة يقتصر على إضافة أحكام تتعلق بعقود خاصة بعينها دون أن تمس الأحكام العامة للعقد، الأمر الذي دعا إلى وجوب إعادة النظر فيما يلي حاجة المتعاقد الضعيف من جهة، وحاجة المجتمع من جهة أخرى.

المطلب الثاني: أثر تدخل التشريعات في العلاقات العقدية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

لقد أثر التطور الاقتصادي والعلمي التقني على نظرية العقد، فظهرت أنواع جديدة من العقود لم تكن معهودة من قبل، فراح الفقه يتحدث عن مبادئ جديدة لقانون العقود كالأخوة، والتوازن العقدي، والتناسبية والتضامن العقدي، ومبدأ العدل والمنفعة، وما يعرف بأزمة النموذج الاجتماعي للعقد³.

إنّ اختلال التوازن بين طرفي العلاقة العقدية، ظهر جلياً في ظل المتغيرات الطارئة في المجال التقني والاقتصادي والفني، واتضح أن المساواة المفترضة بين طرفي العقد غير حقيقية، حيث ظهر طرف قوي وآخر ضعيف يحتاج لحماية خاصة من تسرعه في إبداء رضاه، بشأن العملية العقدية المقدم عليها، بسبب تأثير الظروف المحيطة به، من إعلان مضلل، ودعاية مغرصة، يصعب عليه اكتشافها. وأمام هذه الأوضاع الجديدة سعت التشريعات إلى إعادة تحقيق التوازن العقدي المفقود على حساب استقرار المعاملات (الفرع الأول)، وتم ذلك بمنح الطرف الضعيف حق العدول عن العقد الذي نفذه خلال مدة زمنية محددة، بنصوص قانونية أمرية، مما يستوجب ضرورة تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية حماية لمصالح الطرفين بتوقي العدول عن العقد وهو ما يخدم مصلحة الطرفين (الفرع الثاني).

¹ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص. 283.

² - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج. 01، ص. 107.

³ - للتوسع أكثر يراجع: زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 203. ونساخت فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع

السابق، ص. 01. و. Ghestin, J, l'utile et le juste dans les contrats, 1982, p.02.

الفرع الأول: السعي لتحقيق التوازن العقدي على حساب الاستقرار العقدي

يختلف تصور المقصود بالتوازن العقدي تبعاً للنظرة الفلسفية للأنظمة السياسية القائمة، فإلى وقت غير بعيد كان الأساس في تحقيق التوازن العقدي هو احترام مبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عنه من المساواة الحقيقية تستقر معها العلاقة العقدية إلى أن ثبت العكس، وأن المساواة المزعومة هي مساواة مجردة؛ وعلاقة غير متكافئة الغلبة فيها دائماً للطرف القوي، ولأجل ذلك أعادت التشريعات نظرتها في الأمر وسعت لتحقيق المساواة الحقيقية بين الطرفين بما يحقق توازناً عقدياً ولو على حساب الاستقرار العقدي، ولذلك سنحاول بيان كيفية تحقيق التوازن العقدي في التشريعات الوضعية (أولاً)، ثم نبحت كيفية تحقيق التوازن العقدي في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً- تحقيق التوازن العقدي في التشريعات الوضعية: الأصل في العلاقات العقدية أنها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية، أدى لظهور علاقات تعاقدية غير متوازنة، فاتضح قصور مفهوم العدالة العقدية، والمساواة المفترضة بين طرفي العلاقة العقدية، في هذه حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، لأنهما أصبحا لا يحققان التوازن الاقتصادي والمالي لطرفيهما؛ بسبب اختلال مراكز قوهما، حيث أصبح الطرف القوي يستأثر بإدراج الشروط التي تخدم مصلحته، والتي قد تصل لحالة التعسف، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل في العلاقة العقدية بهدف حماية الطرف الضعيف، بالرغم من وجود عدة تقنيات قانونية لتحقيق التوازن العقدي بين طرفي العلاقة العقدية لبعض حالات الضعف الاجتماعي والاقتصادي، حسب ما ورد بنصوص المواد 90، و 02/107، و 110 من القانون المدني وغيرها، إلا أنها مع الوقت أصبحت غير كافية لتحقيق التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مما استدعى التشريعات الحديثة إلى تدعيم هذه التقنيات بتقنية حديثة، تتمثل في العدول عن العقد، ولو على حساب الاستقرار العقدي، الذي كان في وقت قريب هدف التشريعات، من خلال ما يعرف بتصحيح العقد، وتكميله، وتطويعه، وتفسيره حفاظاً على تنفيذ العقد وفق قاعدة "أنشأت العقود لتنفذ لا لتفسخ وتزول".

وقد لا تظهر أهمية التوازن العقدي في بعض العقود ذات المبادلات البسيطة المتقابلة، ولكن في حالات أخرى يكون العقد أكثر تعقيداً كعقود الاستهلاك، خاصة عقود التجارة الإلكترونية، وما يميزها من صفة الدولية والعقود المركبة كعقد القرض الاستهلاكي، وما تتطلبه من شروط لتنفيذها، مع تباين موازين القوى بين طرفيهما¹. وبناء على ما سبق، ولأجل تحقيق التوازن العقدي المفقود يجب السعي لتحقيق المساواة الحقيقية بين طرفي العلاقة العقدية (01)، ضرورة التحول في مفهوم القوة الملزمة للعقد (02).

¹ - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص. 26.

01- السعي لتحقيق المساواة الفعلية¹ بين طرفي العلاقة العقدية: من خلال ما ورد من نص المادة 54 من القانون المدني وما يقابلها من التشريعات التي تأثرت بما جاء به المشرع الفرنسي بنص المادة 1101² من القانون المدني، يتضح أن المشرع قد أخذ بالتصور الذاتي لمفهوم العقد، إذ يعتبر إن جوهر العقد هو اتفاق إرادة طرفيه وبهذا فهو يركز على مرحلة تكوين العقد التي تسمح بترتيب آثاره، وهذا التصور لا يهتم بتوازن أداء طرفي العلاقة العقدية بقدر ما يهتم بتوافق الإرادتين³.

إنّ فكرة التوازن العقدي؛ وبالرغم من أن أصوله التاريخية متأصلة في التشريعات القديمة، إلا أنّ هذه الفكرة تعتبر من الموضوعات المستجدة، لأن مختلف التشريعات على غرار التشريع الجزائري، لم تتناولها بشكل واضح⁴.

فبعد أنّ كان يُنظر للتوازن العقدي نظرة ذاتية في ظل المذهب الفردي تحقّقه الإرادة المشتركة للطرفي العقد أصبح التوازن العقدي مفهوما قانونيا عاما ومجردا يراعي تحقّقه في كل علاقة تعاقدية، في ظل النزعة الاجتماعية⁵. ويرى بعض الفقه، أن قوانين الاستهلاك ما هي إلا تكييف للنظرية العامة للعقد بسبب تطورها الاجتماعي والاقتصادي، مما أدّى للانتقال من المساواة المجردة إلى المساواة الفعلية، ومن العدالة التبادلية إلى العدالة التوزيعية⁶.

وقد وضع جانب آخر من الفقه، أنّ العدالة المقصودة في العقود هي "العدالة ذات الطابع الفني"، والتي تعني التوسع الفني في مضمون العقد وفقا لقواعد التجربة، ومن ذلك، إذا طلب شخص من آخر أن ينفذ عملا وفقا "للقواعد الفنية" يجب على الشخص الآخر أن يرجع إلى المختصين في هذا النوع من العمل للإلمام بمحتوى تلك القواعد⁷.

إنّ تصور أنصار المذهب الفردي للعقد، سمح بظهور مبدأ سلطان الإرادة وازدهاره، على اعتبار أن الأفراد متساوون أمام القانون، وبالتالي فهم قادرون على تحقيق العدالة العقدية المنتظرة من العملية التعاقدية.

إلا أنّ ما يبدو، أن الغلو في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ترتب عنه الكثير من السلبيات، أهمها استغلال الطرف القوي في العلاقة العقدية للطرف الضعيف بسبب المساواة المفترضة بينها أصالة، خاصة بعدما تغيرت

¹ - يقصد بالمساواة القانونية أن يتمتع كل متعاقد بإرادة حرة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فلا يمكن لأي متعاقد أن يتظلم بعدم تحقيق تعادل موضوعي بين الالتزامات، فعدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين لا يؤثر في صحو العقد. للتوسع أكثر يراجع: منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 2591.

²-Art.1101 dispose : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

³ - شوقي بناسي، تأملات في العقد، حويلات جامعة الجزائر 01، الجزائر، ج.04، العدد 32، 2018، ص. 23.

⁴ - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص. 10.

⁵ - المرجع نفسه، ص. 17-18.

⁶-Filali. A, une Adaptation du Droit Commune des Contrats, Colloque international Organisé par Université D'Oran, de Droit et Laboratoire de droit Economique et Environnement, les 15 et 16 Mai 2013, p.25.

⁷ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج. 01، ص. 573.

مظاهر الحياة البسيطة التي كانت معروفة من قبل، وظهرت أساليب حياة معقدة ومتطورة شملت شتى مجالات الحياة، مما ساهم في اتساع الهوة بين طرفي العلاقة العقدية

فهذه الظروف حتمت على التشريعات ضرورة مراجعة المنظومة القانونية، بتشريع نصوص قانونية تتمشى مع الواقع المعيش، بهدف إعادة تحقيق التوازن العقدي المفقود.

إنّ تحقيق التوازن العقدي يعد ضرورة حتمية لتحقيق العدالة العقدية، مما يساهم في إضفاء الصبغة الأخلاقية على العلاقة العقدية، التي لوحظ اختفاؤها في مجال المعاملات بصفة عامة¹.

ومن جهة أخرى، يبدو أنّ الحلول المقدمة في القواعد العامة لمعالجة اختلال التوازن العقدي، كالفسخ والبطان لم تعد كافية لتقرير الحماية الفعّالة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ودليل ذلك التعديل الذي قام به المشرع الفرنسي للقانون المدني بالأمر رقم 131-2016، حيث استحدثت جزاء قانونيا لم يكن معهودا من قبل يعرف بـ "انعدام أثر العقد" بنص المادة 1187² من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها ما يلي: "ينعدم أثر العقد الذي نشأ صحيحا بزوال أحد عناصره الأساسية...". وهذا التوجه القصد منه السعي لإعادة التوازن العقدي المفقود، فانعدام أثر العقد ليس بطلانا ولا فسخا، حيث لا ينسب أي خطأ لطرفي العلاقة العقدية في تنفيذ العقد³.

وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه أنه لا يوجد في أحكام العقد سوى مبدأ واحدا مطلقا هو مبدأ العدالة وما الحرية إلّا وسيلة لتحقيق العدالة، فهي تستند على افتراض العدل⁴.

ويرى بعض الفقه أن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" مشروطة بأن يكون المتعاقدان متكافئين متعادلين أمّا إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم⁵.

ويضيف بعض الفقه، أن العقد هو أداة لتبادل الأموال والخدمات بما يحقق العدالة التبادلية، ولكن ليس بمفهومها الحسابي المجرد دون أي اعتبار آخر، بل يجب تحقيق التناسب بين الأخذ والعطاء بما يحقق التوازن العقدي¹.

¹ - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص.08.

²-Art. 1187 dispose : « La caducité met fin au contrat.

Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9».

³ - قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد من 1100 - 07/1231 من القانون الفرنسي الجديد، ترجمة محمد حسين قاسم، منشورات حلبي الحقوقية، 2018، ص.12. وص.78.

⁴ - « En matière de contrat, il n y a qu'un seul principe absolu: c'est la justice.

La liberté n'est qu'un moyen en vue du juste; elle ne repose que sur une présomption de justice ».

Gounot. E, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse, Dijon, 1912, p. 387.

نقلا عن درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص.09

⁵ - معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، المرجع السابق، ص.52. ومحمد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، العدد، 02، السنة 22، ص.727.

¹ - جاك غمستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص.206.

ومن جهة أخرى، يرى جانب آخر من الفقه أنّ مفهوم العدالة تتنازعه اتجاهان، اتجاه يرى أنّها لها مفهوم ثابت يدخل في نطاق المسلمات، واتجاه يرى أنّ للعدالة مفهومًا نسبيًا يختلف باختلاف الزمان والمكان، وهو الاتجاه الأرجح¹.

وبناء على ما سبق، يتضح أنّ التوازن العقدي كان يهتم الأشخاص بذواتهم، فالقواعد العامة لم تهتم بحماية الطرف الضعيف اقتصاديا واجتماعيا بصفة رئيسية، لأن العبرة كانت بالمساواة المجردة - أي المساواة السياسية - دون المساواة الحقيقية، إلا أنه لم يتجاهل بعض الحالات الخاصة لحماية المتعاقد الذي قد يكون في وضع اقتصادي أو اجتماعي صعب، ونذكر من بين هذه الحماية الخاصة، عيب الاستغلال الذي كرسه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 90 من القانون المدني، والمادة 02/107 المتعلقة بالحوادث الاستثنائية، والمادة 110 المتعلقة بالشروط التعسفية، وغيرها من النصوص التي تحمي المتعاقد.

فعملية تبادل الأداءات قد تحمل في طياتها مخاطر حدوث عدم توازن بين أداءات الطرفين، بسبب التفاوت في الإيرادات المنشئة للعقد²، وعليه فإن عدم تحقق العدالة والمساواة الحقيقية بين طرفي العقد نتيجة اختلاف مراكز المتعاقدين تعد أولوية ضرورية للنص القانوني³، ولأجل ذلك، أصبحت النصوص الأمرة تحل محل النصوص المفسرة والمكملة، حتى أصبح المشرع يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد وتحديد آثاره⁴.

02- التحول في مفهوم القوة الملزمة للعقد: ترتبط القوة الملزمة للعقد ارتباطا وثيقا بمبدأ سلطان الإرادة⁵ اعتمادا على ما ورد بنص المادة 106 من القانون المدني وما يقابلها من التشريعات الوضعية، إلا أنّ تغير ظروف الحال، وظهور المذاهب الاجتماعية، أدى لإعادة النظر في مفهومها، وأساسها، فقد كان أساس القوة الملزمة للعقد، يتمثل في احترام الالتزام الواقع على طرفي العقد، دون البحث عن تحقيق التوازن العقدي؛ بمراعاة الظروف المحيطة بالانعقاد، اعتمادا على قاعدة "كل ما هو عقدي هو عادل"، محققا بذلك مساواة مجردة بين طرفي العقد. وإذا كان هذا الحال، قد ينفع مع تقارب موازين القوى بين طرفي العقد، في وقت مضى، فالأمر تغير الآن فأصبحت العقود أكثر مهنية، فاحتلت معها موازين القوى، وتغير مفهوم القوة الملزمة للعقد، إذ يعد تشريع نصوص قانونية تسمح لأحد طرفي العلاقة العقدية، وهو الطرف الضعيف بالعدول عن عقد أبرم صحيحا ونفذ لخير دليل على تغير في مفهوم القوة الملزمة للعقد.

¹ - أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص.133.

² - منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 56، العدد 06، 2017، ص.2581.

³ - أيمن إبراهيم العشموي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص.94.

⁴ - معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، المرجع السابق، ص.52.

⁵ - يقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد على عدة أسس أهمها مبدأ سلطان الإرادة وهو أساس فلسفي، وأسس أخلاقي يقوم على احترام العهد، وأساس اقتصادي هدفه استقرار المعاملات المالية. للتوسع أكثر يراجع: وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، المرجع السابق ص.45.

وقد قامت الدول بإعادة النظر في سياساتها التشريعية، فيما يتعلق بالمجال الاقتصادي، والاجتماعي فأصدرت التشريعات نصوص قانونية ذات طابع توجيهي للعقد، سمحت للمشرع بالتدخل في المجال العقدي بصفة مباشرة، أو غير مباشرة، مما ساهم بشكل كبير في تراجع دور الإرادة في المجال العقدي، وهذا ما يعطي مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد بسبب تراجع مبدأ استقلالية الإرادة¹.

وإكمالاً للمعنى السابق، فلم تعد الإرادة الأساس الوحيد للقوة الملزمة للعقد، بل أصبحت العدالة العقدية المتمثلة في المنفعة التي المقصودة من العقد؛ تمثل أساساً آخر للقوة الملزمة للعقد، بحسب رأي بعض الفقه كما يلي: "سعي القانون الموضوعي وراء المفيد والعاقل هو الذي يبرر القوة الإلزامية للعقود ويضع شروطاً وحدودها ملهماً نظام العقد بمجمله، وأن العقد مجرد من قوته الإلزامية إذا لم يكن نافعا اجتماعياً أو لم يحترم العدالة التعاقدية"². وأضاف جانب آخر من الفقه أنّ جمود مبدأ القوة الملزمة للعقد يشكل إنكاراً للتطور في العلاقة العقدية فمبدأ القوة الملزمة للعقد يجب أن يتسع لحاجات المتعاقد وفق التطورات الاجتماعية والاقتصادية والالكترونية وغيرها، بحسب ما بينه التشريع الفرنسي في تعديليه لسنة 2016، في المواد التالية: 1102³ و 1103⁴ و 1104⁵، حيث تم تقييد الإرادة بمقتضيات تحقيق العدالة العقدية، ما يعني تطابق المفهوم الجديد للعقد مع العدالة العقدية⁶.

فالعقد ظاهرة اجتماعية تم الفرد والمجتمع معاً، وفي حال تعارض المصلحتين ترجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، لأن الأساس الحقيقي للقوة الملزمة للعقد يتمثل في مقدار ما يحققه من فائدة اجتماعية، لأنه يتولى تنظيم العلاقات الاقتصادية بين الأفراد من جهة، وتحقيق العدالة الاجتماعية من جهة أخرى بين طرفي العقد، وأن تدخل المشرع لتنظيم بعض جوانب العلاقة العقدية يتم لأجل تحقيق العدالة الاجتماعية بين طرفي العقد¹، فأصبحت النزعة الذاتية تكاد تختفي لتحل محلها النزعة الموضوعية، القائمة على أوامر فوقية مستوحاة من مبدأ المساواة الفعلية، والسلامة، والتوازن العقدي، معتمدة في ذلك على الرغبة المشروعة للمستهلكين².

¹ - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، المرجع السابق، ص. 2593.

² - جاك كستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 230.

³-Art. 1102 dispose : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public».

⁴-Art.1103 dispose : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

⁵-Art. 1104 dispose : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public ».

⁶ - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، المرجع السابق، ص. 2594.

¹ - حمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية(دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات 2012، ص. 455. نقلاً عن بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، المرجع السابق، ص. 129، الهامش رقم 03.

² - محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 239.

وإضافة لما سبق ذكره، بعض الفقه، فإنّ أغلب التشريعات على غرار التشريع الجزائري والفرنسي عمدت إلى إضفاء قدر من العدالة على العلاقات التعاقدية في مجال الاستهلاك، وذلك بالتخفيف من القوة الملزمة للعقد لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهو ما اعتمده التشريع الفرنسي في تعديله للقانون المدني بموجب الأمر 131-2016، إلا أنّ الشريعة الإسلامية، كانت السبّاقة في ذلك من خلال ما يعرف بالخيارات، التي تعمل على تأكيد سلامة الرضا وحمايته¹.

وإذا كان يترتب على إلزامية العقد، أنه لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فإنّ الأمر على خلاف ذلك في تشريعات الاستهلاك، فقد أقرت للطرف الضعيف إمكانية إنهاء العقد بإرادته المنفردة، بالرغم من التعدي الذي يلحق القوة الملزمة للعقد؛ بالنظر لتغير الظروف الملزمة للمعاملات المالية في الوقت الحالي بهدف تحقيق العدالة العقدية المنشودة بالسعي لتحقيق المساواة الفعلية بين طرفي العلاقة العقدية، فالمفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد، يتطلب ضرورة الحفاظ على التوازن العقدي حتى مرحلة تنفيذ العقد لأنها المرحلة الأكثر خطورة لمراحل العقد².

وتأكيدا لما سبق، يرى جانب آخر من الفقه ضرورة توجيه مبدأ القوة الملزمة للعقد نحو أهداف جديدة لتبرير ما استجد من أوضاع في النظرية العامة للعقد، كفكرة التعاون بين المتعاقدين³.

إنّ البيان السابق، يفترض تغير في بعض الأسس والمبادئ التي يقوم عليها العقد، حتى تواكب ما استجد من أحداث، ولأجل ذلك، فقد اقترح الفقه عدة أسس للمفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد، أهمها فكرة النافع العادل (أ)، وما يعرف بالفعالية العقدية (ب)، وأخيرا الرغبة المشروعة (ج).

أ- فكرة النافع العادل: يرى بعض الفقه، أنّ فكرة النافع العادل في العقود طرحت بصدد تحديد مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد، لتبرير إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، بصفتها استثناء عن القوة الملزمة للعقد⁴، ويؤكد قوله بأن المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد يستوعب مكنة إنهاء العقد من جانب واحد⁵.

وقبل هذا، فقد نادى بعض الفقه بفكرة "النافع العادل"، منذ سنة 1981 كمبدأ لقانون العام للعقود أما فيما يتعلق باتفاق الأطراف فأهميته وقيمته تكمن في تحقيق النفع العام للمجتمع، بهذا فقط يشكل أداة للتبادل مع ضرورة تحقيق العدالة العقدية¹.

¹ - محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.ص. 242-243.

² - صديق شيايط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص. 234.

³ - Ghestin.J, le contrat en tant qu'échange économique, REI VOL.92, 2^{eme} et 3^{eme} me trimestres, 2000, p.90.

⁴ - علاء جريان تركي الحمداني، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القانون المدني، بدون دار النشر وبلد النشر، 2019، ص. 91.

⁵ - المرجع نفسه، ص. 100.

¹ - « C'est pourquoi, dès 1981, nous avons proposé de retenir l'utile et le juste comme principes directeurs du droit commun des contrats. L'accord des volontés est l'élément subjectif essentiel du contrat, mais il s'intègre dans l'utilité sociale de ce dernier comme instrument des échanges sociaux qui doivent se réaliser selon la justice. ». voir : Ghestin. J, le contrat en tant qu'échange économique, op-cit, p.90.

وبهذا ففكرة "النافع العادل" يعطي تصورا جديدا للقوة الملزمة للعقد، على اعتبار أن النافع والعادل هما الأهداف الموضوعية للعقد، بخلاف ما كان قائما في السابق من ربط أهداف التعاقد باحترام إرادة المتعاقدين¹ كما أن هدف القوة الملزمة للعقد يتغير بتغير الواقع الذي يتغير باستمرار².

ويرى صاحب هذا الرأي أن اتفاق الأطراف مجرد إجراء تتطلبه العملية العقدية، أما القوة الملزمة له فلا تتحقق إلا إذا كانت مفيدة اجتماعيا وعادلة اقتصاديا³.

وفي المعنى نفسه، يرى بعض الفقه أن المنفعة الاقتصادية والاجتماعية المرجوة من العقد، لا يمكنها تحقيق العدالة العقدية، إلا إذا كان هناك تناسب في الأداءات المتقابلة، فالعقد يجب أن يكون نافعا عادلا، وبهذا تتحقق المساواة الاقتصادية والمالية، وحتى الفنية بين الطرفين، وهو ما تصبو إليه التشريعات لتحقيق العدالة العقدية (أي إزالة التفاوت في السلطة بين المتعاقدين)⁴.

ويضيف جانب آخر من الفقه، أن النظرية التي طرحها الفقيه غستان، تبين كيف أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يتجدد بتجدد الأهداف المنتظرة من العقد، وهذا ما يفسر المتغيرات الجديدة التي طرأت على النظرية العامة للعقد⁵.

وقد بين صاحب فكرة "النافع العادل"، أن المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد قدم تبريرا واضحا لتزايد دور الإرادة المنفردة في إنهاء الرابطة العقدية، بعدما عجز المفهوم الكلاسيكي عن تقديم تبرير لذلك⁶.

ويضيف، أن العقد ليس توافق إرادتين بقدر ما هو معاوضة، أي انتقال قيمة مالية بين ذمة وأخرى، وهذا هو العنصر الموضوعي في العقد، وبهذا فالعقد هو عملية اقتصادية مبنية على التوازن المادي للقيم المتبادلة بين طرفي العقد، بشكل يجعل من العدالة عنصرا أساسيا في العقد⁷.

وفي المعنى ذاته، يرى جانب آخر من الفقه، أن أنصار المذهب الاجتماعي، يشبهون دور الإرادة في إنشاء العقد، بالدور الذي تقوم به قطعة النقود عندما يلقي بها في الآلة الأتوماتيكية للحصول على البضاعة فليست قطعة النقود التي تنزل البضاعة، وإنما تعمل على إعمال الآلة، والآلة هي من تنزل البضاعة، فالحال نفسه بالنسبة لدور الإرادة في العقد، فهي تعمل على إعمال النظام الذي أنشأه الشارع لهذا الغرض¹.

ويضيف، أنه ليس صحيحا أنه لا التزام إلا بعقد، فالالتزامات التي مصدرها الجريمة يفرضها القانون، كما أن القول بأن كل التزام تعاقدي هو التزام مشروع وعادل، يتطلب ضرورة المساواة المطلقة بين الأفراد، والواقع يثبت

¹-Ghestin. J, le contrat en tant qu'échange économique, op-cit, p.p.84-88.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص.32.

³ - زمام جمعة، العدالة العقدية، المرجع السابق، ص.402.

⁴ - منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، المرجع السابق، ص.2588.

⁵ - بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، المرجع السابق، ص.136.

⁶-Ghestin.J, le contrat en tant qu'échange économique, op-cit, p.84.

⁷-Ibid.

¹ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.265.

غير ذلك، لا توجد مساواة بين طرفي العلاقة العقدية، وأن الحرية التعاقدية المطلقة قد أدت إلى جعل الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي¹.

وبهذا فقد ربط الفقيه غيستان، العقد بأهداف تتمثل في فكري العادل والنافع، دون حصرهما في إرادة طرفي العقد، وهذا يعطي تصورا جديدا لمبدأ القوة الملزمة للعقد².

ووفقا لهذا المفهوم، فالقانون هو مصدر القوة الملزمة للعقد، وليس العقد ذاته، حيث يمكن للمتعاقد التحلل من التزامه متى شاء³.

وفي المعنى نفسه، ذهب بعض الفقه الفرنسي، لإعطاء مفهوم جديد للفظ "القانون" الموجود في نص المادة 1134 السابقة من القانون المدني الفرنسي، إذ بحث عن المعنى الأصلي للألفاظ المستعملة في نص المادة، وخاصة عبارة "الاتفاقات المبرمة على الوجه القانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها"، ورأى أن الفقيه دوما عندما استعمل لفظ "القانون" كان يقصد العدل والعدالة، وبالتالي فالقانون يرتبط ارتباطا وثيقا بالعدالة، فيعبر عنها ويبينها. وإذا كان القانون بهذا المفهوم، فإن العقد لا يكون لازما إلا إذا كان عادلا، وعليه فالاتفاقات تكون ملزمة لأنها عادلة، أو يفترض أنها كذلك، وليس لأنها تعبر عن إرادة طرفيها⁴.

وفي السياق نفسه، حاول بعض الفقه تحليل نص المادة السابقة، وخاصة العبارة "الأسباب التي يقرها القانون" إذ رأى أن معناها يتسع ليشمل كل الحالات التي تقرها العدالة والعدل والاخلاق، وليس فقط ما يقره القانون⁵.

وبالنظر لما سبق بيانه بشأن فكرة "العادل النافع"، يرى بعض الفقه أنها لا تبرر المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد الذي يبرر نقض العقد بالإرادة المنفردة بمفهومه المتجدد¹.

غير أنه يبدو لنا امكانية اعتماد على الفكرة لتبرير حق الطرف الضعيف في العدول عن العقد، بالنظر لما تم بيانه بشأن رأي بعض الفقه² الذي أعاد تفسير ألفاظ المادة 1134 السابقة من القانون المدني الفرنسي، وربط مصطلح "القانون" بالعدل والعدالة والأخلاق.

¹ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.265.

² - بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، المرجع السابق، ص.136.

³ - صديق شيايط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص.235.

⁴ - Ghazal. J.P, de la signification du mot loi dans l'Art. 1134 Al du code civil, RTD, civ, 2001, p.265 et s

نقلا عن بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، المرجع السابق، ص.137، الهامش رقم 02.

⁵ - Grogas. B.C, la résiliation unilatéral du contrat à durée déterminée, CUJAS, paris 2, 2012, p.218.

نقلا عن بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، المرجع السابق، ص.137 الهامش رقم 02.

¹ - بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، المرجع السابق، ص.137.

² - Grogas. B.C, la résiliation unilatéral du contrat à durée déterminée, op-cit, 2012, p.218.

وعليه، فتنفسير نص المادة 1134 السابقة من القانون المدني الفرنسي يسمح لأحد طرفي العقد أن يعدل عنه إذا لم يجد في العقد ما ينصفه ويحقق له رغبته المشروعة من التعاقد، والذي يُتوقع أن يكون طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية؟

ب- الفعالية العقدية: يرى بعض الفقه، تحقيق الفعالية العقدية يتناسب تناسباً طردياً مع تحقيق آثار العقد للأهداف والنتائج المنتظرة من طرفي العلاقة العقدية، فكلما تحققت النتائج المنتظرة من العقد، كلما تحققت فعاليته واستقرت المراكز القانونية¹.

ويضيف، أنّ هذا المعتقد كان سائداً في ظل ازدهار مبدأ سلطان الإرادة، فمبدأ القوة الملزمة للعقد يكون ذا فعالية كلما تحققت النتائج المنتظرة من العقد، شريطة أن ينفذ المتعاقدان التزاماتهما بحسن نية².

إلا أنّ ما يبدو بحسب رأي بعض الفقه، أنّ الفعالية العقدية لا تتمثل في استمرار العلاقة العقدية، وتحقيق النتائج المتوقعة من طرفي العلاقة العقدية، بل قد تكون الفعالية العقدية محل الرابطة العقدية، لأن هناك ارتباط وثيق بين تنفيذ العقد بحسن نية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، فإذا أحل أحد طرفي العلاقة العقدية بالتزاماته، ففعالية العقد تتمثل في الجزاءات المترتبة عنها³.

وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه، أنه من غير المنطقي الإبقاء على عقد زالت فعاليته بأي سبب كان كزوال الاعتبارات التي قام عليها، ما يجعل الإنهاء في مثل هذه الحالات ذا فعالية⁴.

ويؤكد بعض الفقه ما سبق بيانه، حيث اعتبر أن ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية العقدية يدل على التفاعل بين مرحلة تكوين العقد، وعيوب الإرادة فقط، ولم يرتبط بالنظرية العامة للعقد ككل متكامل⁵.

وبناء على ما سبق، يتضح جلياً، أنّ المفهوم الكلاسيكي للقوة الملزمة للعقد كان يركز على مرحلة تكوين العقد، فالقول بأنّ كل عقد أبرم يجب تنفيذه احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، أصبح غير مجد في الوقت الحالي بسبب اتساع المهوة بين طرفي العلاقة العقدية في شتى المجالات، خاصة الجانب الاقتصادي والمعرفي، فأصبحت فعالية العقد لا تتوقف على استمرار العلاقة العقدية فقط، بل اتسعت لتشمل حتى حل هذه الرابطة العقدية إذا كان استمرارها يرهق طرفاً يتصف بالضعف مقارنة بالآخر، ودليل ذلك ما استجد في تشريعات الاستهلاك بما يعرف "بحق العدول عن العقد"، وهذا ما يميز مفهوم القوة الملزمة للعقد في التشريعات عما هي عليه في الفقه الإسلامي.

¹ - بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، المرجع السابق، ص.139.

² - المرجع نفسه.

³ - Laithier Y.M, Etude comparative des sanction l'inexécution du contrat, RIDC, v58, issue1, 2006, p.245.

⁴ - بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، المرجع السابق، ص.143.

⁵ - محمد حمودة، النظرية العامة للعقد، منشورة بجمع الأطرش للكتاب المتخصص، 2014، ص.229.

ج- قيام العقد على الرغبة المشروعة: يرى بعض الفقه أنّ أساس المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد هو "الرغبة المشروعة" التي جاء بها قانون حماية المستهلك وقمع الغش، بنص المادة 01/11¹ منه فيما يتعلق بالمطابقة وهي ذات طابع موضوعي اجتماعي، وهي رغبة معقولة².

ويبدو أنّ عبارة "الرغبة المشروعة" تُخدم مصلحة المستهلك أكثر لأنها تستغرق كل ما يخطر بباله بشأن الشيء محل العقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن لفظ "المشروعة" تقيّد رغبة المشرع في نطاق ما يتماشى مع مبدأ المشروعية.

وبالرغم من اعتماد التشريعات عدة وسائل لإعادة التوازن العقدي المفقود، ومنها تعديل العقد وتصحيحه، وإكماله وفقاً لقاعدة "الضرورة تقدر بقدرها"، لأن الأصل في العقود أنها تنشأ لتنفيذ لا لتفسخ وتزول، إلا أنّها عمدت إلى تقرير حق العدول عن العقد، بالرغم ممّا فيه من تعدد صاخر على القوة الملزمة للعقد بإنهاء العقد ورجوع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل إبرامه، وذلك لأجل إعادة التوازن العقدي المفقود، وما تجب الإشارة إليه، كذلك تطور الانفرادية في المجال العقدي بالنص على دور الإرادة في إنهاء الرابطة العقدية عن طريق الإخطار، حسب ما ورد بنص المادة 01-1226³ من الأمر الفرنسي رقم 131-2016 المتضمن تعديل قانون العقود الفرنسي.

ثانياً- تحقيق التوازن العقدي في الفقه الإسلامي: يتم تحقيق التوازن العقدي باحترام القوة الملزمة للعقد بالنص عليها في القرآن الكريم (01)، وبافتراض المساواة بين طرفي العلاقة العقدية (02).

01- احترام القوة الملزمة للعقد أساس التوازن العقدي: تقوم قاعدة القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي على عدة اعتبارات أهمها، الاعتبار الدينية، والحلقية والاقتصادية، الهدف منها ضبط المعاملات وضمان استقرارها بما يحقق مصالح الطرفين معا.

فالفقه الإسلامي يعتمد في أحكامه على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق باحترام العهد، حيث جعلت منه قاعدة آمرة، توجب على الفرد تنفيذ ما قطعه على نفسه، وبهذا يرى بعض الفقه أن الآتين الكريمتين التاليتين: "يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"¹. وقوله تعالى: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا"²، تمثلان دستوراً مثالياً للقوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي³.

¹ - نص المادة 01/11 من القانون 03-09 المعدل والمتمم: "يجب أن يلي كل منتج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله...".

² -Lâchize. Ch, Droits des Contrats , Ellipses, 3^{eme} ed.2012, p.157.

³ -Art. 1226-01 dispose: « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable».

¹ - سورة المائدة، الآية الأولى

² - سورة الإسراء، الآية رقم 34.

³ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.597.

كما أن أهم ما يميز القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي، أنها ليست على إطلاقها كما في الفقه الوضعي، وإنما هي مقيدة بحق الرجوع في الفقه الإسلامي الذي قرره الشارع لصاحب الخيار في الخيارات المعروفة ولأحد المتعاقدين في العقود غير اللازمة¹.

وبالرغم من الخيارات ونظرية العقد غير اللازم المعروفة في الفقه الإسلامي، التي رأى بعض الفقه أنها تضعف من القوة الملزمة للعقد²، إلا أنّ الأمر خلاف ذلك؛ حيث أن القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي تظهر من خلال استقلال الإرادة عن غرضها - بالنظر لعدم أخذه بنظرية السبب - فالشارع هو من يحدد غرض الإرادة³.

ولا يمكن الحديث عن تحول في مفهوم القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي، مثل ما هو الحال عليه في التشريعات الوضعية، التي تتسم بالقصور وتسمى دائماً لمسايرة ما يستجد من ظروف، وأنّ التحول الذي لحق مفهوم القوة الملزمة لا ينسب للزيادة المستمر في التعدي على القوة الملزمة للعقد، خاصة حق العدول عن العقد الذي شرّع حديثاً من طرف التشريعات الوضعية، وإنما لارتباط مفهوم القوة الملزمة بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، أين منح طرفي العقد تحديد مضمون العقد وآثاره معا في ظل افتراض مساواة حقيقية بينهما، سرعان ما ثبت عكس ذلك، بما لحق المجتمعات من تطور في مجال المعاملات؛ فاتسعت الهوة بين طرفي العلاقة العقدية فأصبح الطرف القوي يملّي شروطه على الطرف الضعيف، ممّا استدعى ضرورة البحث عن مفهوم آخر للقوة الملزمة للعقد في التشريعات الوضعية.

وترتيباً لما سبق، وبمقارنة القوة الملزمة للعقد في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي من حيث القوة والضعف، يتضح اتساع مجال الاستثناءات الواردة على القوة الملزمة للعقد في التشريع الوضعي من نصوص المواد التي تناولتها، ممّا أدى إلى وهن هذه القوة.

02- افتراض المساواة بين طرفي العلاقة العقدية: لقد حرص فقهاء الفقه الإسلامي على تحقيق التوازن العقدي مصداقاً لقوله تعالى: "وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ"¹.

¹ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 597.

² - يبدو أن الخيارات ونظرية العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي، لا تنقص من قوة القوة الملزمة للعقد، وإنما شرّعت لتدعيم الرضا وتقويته وفي هذا تدعيم للقوة الملزمة للعقد لارتباطها بالرضا، وهو ما يتوافق مع المفهوم الجديد الذي نادى به الفقه، وتناولته التشريعات الحديثة من خلال تشريع حق العدول عن العقد، قصد المحافظة على التوازن العقدي المفترض بحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من نفسه بتسرع في إبداء رضاه، أي بعدما كانت القوة الملزمة للعقد تحمي العقد في مرحلة تكوينه فقط، تجاوزت ذلك لمرحلة تنفيذه، فإذا كان تنفيذه يخل بالتوازن العقدي ويضر بمصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية يستحسن إتهاء وعودة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل العقد، وفق ما يعرف بالعدول عن العقد. وما يجب الإشارة إليه أن الإتهاء بهذه الطريقة لا يخل بقاعدة "العقود تنشأ لتنفيذ لا لتفسخ وتزول"، إلا في الحالة التي يخل فيها المتعاقد صاحب المركز القوي بالتزاماته وأصول النزاهة والتعاون وحسن النية المفترضة كأصل عام في المعاملات بين الأفراد بصفة عامة.

³ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 600.

¹ - سورة الرحمان، الآية رقم 09.

وقد وضع الشارع الحكيم لكل عقد من العقود، آثارا خاصة تترتب عليه متى توافرت شروطه، وهو ما يعرف بمقتضى العقد حفاظا على التوازن العقدي، وليس للمتعاقدين أن يخالفا هذا المقتضى، إلا بوجود دليل شرعي يبيح ذلك¹.

كما جابهت الشريعة الإسلامية وعلى خطاها فقهاء الفقه الإسلامي مظاهر اختلال التوازن العقدي حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية بعدة وسائل، منها تحريم الربا، والتناجش²، وتلقي الركبان³، وبيع بادي حاضر⁴، وغيرها من الوسائل الأخرى.

الفرع الثاني: ضرورة تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية

تعد النظرية العامة للعقد نظرية "تجريدية فقهية خالصة"⁵، وقد أثر التطور الاقتصادي والعلمي والتقني على نظرية العقد، فظهرت أنواع جديدة من العقود لم تكن معهودة من قبل، فراح الفقه⁶ يتحدث عن مبادئ جديدة لقانون العقود كالأخوة، والتوازن العقدي، والتناسبية، والتضامن العقدي، ومبدأ العدل والمنفعة، وما يعرف بأزمة النموذج الاجتماعي للعقد، لأجل تحقيق الطمأنينة في المعاملات بين الناس، خاصة ما استجد منها، ووجب الحرص على احترام الأمانة والثقة والابتعاد عن قصد الإضرار بالغير والغش والخداع، وكل ما يتعلق بسوء الخلق وبذلك سيتم بحث تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية بالنسبة للتشريعات (أولا)، وبعدها نتطرق لتجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية وفقا لما جاء به الفقه الإسلامي (ثانيا).

¹ - مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ج.03، ص.433.

² - وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن فيزيده لبيعه منه، أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن، حسب ما صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما ورد عن علي بن عبد الله، حدثنا سفيان، حدثنا الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَبِيعَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ...". للتوسع أكثر يراجع: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج.13، ص.16. وما رواه البخاري في الصحيح، كتاب: جامع المسند الصحيح المختصر، باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه، رقم الحديث: 2140، ص.69.

³ - وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الاسواق، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يجل، فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجش، فإن دخلوا البلد فيان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لَا يُتَلَقَّى الرَّكْبَانُ لِبَيْعٍ، وَلَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ...". للتوسع أكثر يراجع: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج.13، ص.23. وما رواه مسلم في الصحيح كتاب: مسند الصحيح المختصر، باب يبيع الرجل على بيع أخيه وتلقي الركبان، رقم الحديث: 1515، ص.1155.

⁴ - يبيع حاضر لباد من الذين لا يعرفون الأسعار وقيل لكل وارد على مكان وإن كان من مدينة وتعريفه بالسعر كالبيع له فلا يجوز واختلف في شرائه له. أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، باب البيوع الفاسدة، بدون سنة وبلد النشر ج.01، ص.171.

⁵ - زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي)، المرجع السابق، ص.223.

⁶ - للتوسع أكثر يراجع: زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.203. ونساخت فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص.01. و

أولاً- تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية بالنسبة للتشريعات الوضعية: يتطلب تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية، السعي لأخلاق العلاقة العقدية، ويتم ذلك بإعادة تفعيل مبدأ حسن النية بتكريس مبدأ التعاون وواجب النزاهة، ومبدأ التضامن بين طرفي العقد.

إنّ عنصر الأخلاق ليس قانوناً مكتوباً، ولكن المعاملات الحديثة أصبحت تتطلبه أكثر من أي وقت مضى؛ بسبب التفاوت الحاصل بين طرفي العلاقة العقدية، ويتجسد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية في مبدأ حسن النية، مما يستدعي بحث مضمون هذا المبدأ (01)، وكيفية تأثيره في العلاقة العقدية (02).

01- مضمون مبدأ حسن النية: يعرف مبدأ حسن النية في النظرية الحديثة للعقد مكانة هامة، مقارنة بما كان عليه من قبل، حيث قام الاجتهاد القضائي في فرنسا بتأسيس كثير من الالتزامات على أساسه، منها الالتزام بالإعلام، والالتزام بالأمانة، وغيرهما من الالتزامات التي تحقق "العدالة العقدية"¹.

ويعد مبدأ حسن النية هو من الالتزامات الشرعية والقانونية، يلزم المتعاقد بأن يكون صادقاً وفعالاً، وأميناً إلى جانب التزامه بمساعدة الطرف الآخر²، وهو يقوم على معيارين، ذاتي قوامه نية المتعاقد، وموضوعي قوامه مضمون التصرف المزمع إبرامه، وباجتماعهما يصبح التصرف صالحاً لأداء الهدف المنتظر منه³.

وقد تناولت التشريعات مبدأ حسن النية في نصوصها، حسب ما ورد بنص المادة 01/107 من القانون المدني وما يقابلها من التشريعات الوضعية⁴.

وقد أكدت عليها التشريعات الخاصة هذا المبدأ كذلك، خاصة القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بنص المادة 18 التي جاءت كما يلي: "بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزام المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم".

إلا أنّ ما يعيب نص هذه المادة، هو قصر "حسن النية"، على مرحلة تنفيذ العقد فقط، أين كان الأولى به أنّ يمدّ إعمال مبدأ حسن النية ليشمل جميع مراحل إبرام العقد الإلكتروني.

¹ - شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، المرجع السابق، ص.254.

² - هائل حزام مهبوب يحيى العامري، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى، مجلة الندوة للدراسات القانونية العدد 18، اليمن، 2018، ص.04

³ - سعد بن سعيد الديباني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 23، المملكة العربية السعودية، فيفري، 2014، ص.ص.16-17.

⁴ - منها نص المادة 1134-03 من القانون المدني الفرنسي. والمادة 148 من القانون المدني المصري، والمادة 01/150 من القانون المدني العراقي. ونص المادة 231 من قانون التزامات وعقود مغربي.

وهذا التعميم بينته المادة 1375 القانون المدني لمقاطعة الكبيك¹، حيث نصت على ضرورة تحلي المتعاقد بمبدأ حسن النية خلال كل مراحل العقد، من إبرامه إلى إنجائه² بناء على ما ورد بنص المادة 06 من القانون نفسه والتي جاء نصها كما يلي: "يجب على كل شخص أن يمارس حقوقه المدنية وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية"³.
أما التشريع الفرنسي فقد تدارك ما فاتته في نص المادة 1134 السابقة من القانون المدني، التي نصت على وجوب توافر حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، حيث جاء نص المادة 1104-01⁴ من الأمر رقم 131-2016⁵ كما يلي: "يجب أن يكون التفاوض، في العقود وتكوينها، وتنفيذها بحسن نية"، متأثر في ذلك بمشروع "Terré" الذي نص على حسن النية بالمادة 05 منه كما يلي: "تتكون العقود وتنفذ بحسن نية"، ولا يمكن للأطراف الاتفاق على استبعاد هذا الواجب أو الحد منه"⁶.

وأكد المشرع الفرنسي اهتمامه بمبدأ حسن النية في العقود، بنص المادة 1112-01⁷ من القانون رقم 131-2016 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي، حيث اشترط احترام مبدأ حسن النية، من بداية التفكير في إبرام علاقة عقدية، المتمثلة في بداية المفاوضات، والتقدم فيها، وحتى عند قطع المفاوضات، إلى جانب ما ورد بنص المادة 1193⁸ التي قضت بأنه لا يمكن تعديل العقود أو إنهاءها، إلا بتراضي الطرفين، أو بما ينص عليه القانون.

كما تناولت مبادئ القانون الأوروبي لحسن النية بالمادة 202-01¹، حيث ألزمت طرف من طرفي العقد التصرف وفقاً لمتطلبات حسن النية.

أما بالنسبة للتشريع الإنجليزي، فالقاعدة فيه عدم الاعتداد بمبدأ حسن النية، وتعد فكرة التبادل في الالتزامات أساساً كافياً لإبرام العقد، وهي فكرة مادية، ينتفي معها الاعتداد بمبدأ حسن النية، باعتبارها أمراً

¹-<http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/ccq-1991>.

اطلع عليه يوم: 2021/09/10 على الساعة 01:4 .

²-Art. 1375 du code civil du Québec dispose : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ».

³-Art 06 du code civil du Québec dispose : « Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi. »

⁴-Art. 1104 code civil français dispose : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

⁵-Code civil Dernière modification: 2021-07-01 Edition, 2021-07-01, JORF n°0093 du 21 avril 2018 consulté le cite : <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf> .

⁶-Art. 05 dispose : « Les contrats se forment et s'exécutent de foi ; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir ».

⁷-Art. 1112-01 code civil français dispose : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

⁸-Art. 1193 dispose : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

¹-Article 1:201: Bonne foi

« (1) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi », Les principes du droit européenne des contrats », consulté le cite : <https://www.unisob.na.it> » ateneo.

اطلع عليه يوم: 2021/08/09 على الساعة 15:26.

خارجا عن التصرفات، عبد الفتاح عبد الباقي، إلا أنه، ومع بداية القرن 18 بدأ مصطلح حسن النية في الظهور في (Common Law)، ولكنه لم يرق ليصبح مبدأ عاما، وقد فصلت المحاكم الإنجليزية في مصطلح التعامل العادل (Fair Dealing)، باعتباره أكثر وضوحا وقبولا عند الأطراف المتعاقدة¹.

واستمر الوضع على حاله، إلى أن برزت فكرة حماية المستهلك في أغلب التشريعات الوطنية والدولية فأصدر التشريع الإنجليزي جملة قوانين بهدف حماية المتعاقدين من الممارسات التعسفية التي تعد مظهرا من مظاهر سوء النية، منها القانون الصادر في 1977² المتعلق بالشروط التعاقدية المجحفة، الذي منح للمحاكم سلطة واسعة لإلغاء هذا النوع من الشروط، إذا تبين عدم معقوليتها، واللائحة المتعلقة بالشروط التعسفية في عقود المستهلكين لسنة 1994³، التي أجازت للمحاكم استبعاد أي شرط يتم التفاوض بشأنه ويتعارض مع حسن النية بما يلحق ضررا بالمستهلك، كما اعتمد القانون الإنجليزي الصادر في 1993⁴ التوجيه الأوروبي الذي جاءت به المجموعة الاقتصادية الأوروبية سنة 1986 بالتنسيق مع قوانين الدول الأوروبية فيما يتعلق بالوكلاء التجاريين من حيث ضرورة الاعتداد بمبدأ حسن النية، إلى جانب المرسوم رقم 2002-65⁵ المتعلق بالخدمات المالية والتسويقية⁶.

وما تجب الإشارة إليه، أن بعض الفقه، رأى بضرورة إعمال مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد تفاديا لسوء نية الطرفين ابتداء، خاصة وأن العقد كل لا يتجزأ، فكيف أغفلت التشريعات اعتماد حسن النية عند إبرامه واهتمت بمرحلة تنفيذه فقط، خاصة وأن تنفيذ العقد هو أثر لتكوينه، فإذا ما ساد سوء النية عند تكوينه؛ فكيف يتم تنفيذه بحسن نية¹.

¹ - سعد بن سعيد الذبياني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص.29.

²-Unfair Contract Terms Act 1977, LONDON: PUBLISHED BY HER MAJESTY'S STATIONERY OFFICE 389862.

³-The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994, consulté le cite :

<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1994/3159/contents/made>

اطلع عليه يوم: 2021/09/09 على الساعة 00 و 40 دقيقة

⁴-Council Directive 93/57/EEC of 29 June 1993 amending the Annexes to Directives 86/362/EEC and 86/363/EEC on the fixing of maximum levels for pesticide residues in and on cereals and foodstuffs of animal origin respectively, consulté le cite :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0057>.

اطلع عليه يوم: 2021/09/09 على الساعة 00 :40.

⁵-Directive 2002-65/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, Journal officiel des Communautés européennes, n° : 9.10.2002.

⁶ - للتوسع أكثر يراجع: سعد بن سعيد الذبياني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص.32.

¹ - رياحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.234.

وقد أورد الفقه لمبدأ حسن النية عدة تعريفات نذكر منها ما يلي: "حسن النية هي النية الخالية من الغدر والخداع والقصد السيء، فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة، المضادة لسوء النية والغش أو الرغبة في الإضرار بالغير..."¹.

وعرف كذلك كما يلي: "هو ضمان نزاهة المعاملات بشكل يحقق العدالة التعاقدية بتحقيق المنفعة المقصودة من العقد"².

وعُرف أيضاً "بأنه الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، ومراعاة مصالح الطرف الآخر"³.
ومن جهة أخرى، عرف بما يلي: "حسن النية هو اعتقاد الفرد بأنه يتصرف بشكل قانوني، سليم، وغير مضر بالطرف الآخر"⁴.

فمبدأ حسن النية في العقود يشكل الروح التي يجب أن تسود إنشاء وتفسير وتنفيذ العقد، وتحديد مضمونه، فيألي جانب دوره في تحقيق العدالة العقدية، فهو يعمل على الإبقاء على العقد بما يمثله من أهمية اقتصادية واجتماعية⁵.

وما تجب الإشارة إليه، أن مبدأ حسن النية يقوم على عدة أسس نذكر منها ما يلي:

أ- **مبدأ النزاهة:** ويقصد به أن يمتنع كل متعاقد عن القيام أي تصرف يؤدي لصعوبة تنفيذ الالتزام، كالغش، أو عرقلة نقل الحقوق لأصحابها، أو الاتفاق على عدم ضمان عيب خفي يعلم بوجوده، ومن النصوص الداعمة لمبدأ النزاهة، نص المادة 111 من القانون المدني التي تلزم للقاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند تأويل العقد¹.

ويقتضي مبدأ حسن النية التحلي بالنزاهة² والتعاون مع المتعاقد الآخر لتسهيل تنفيذ العقد، فيما يرى جانب آخر من الفقه أن الإخلاص التعاقدية "La sincérité contractuelle" يعد صورة خاصة للنزاهة منها تقديم معلومات صادقة ونزيهة للمستهلك³، حسب ما ورد بنص المادة 08 من القانون رقم 04-02 من

¹ - مندر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.215.

² - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة بابل، المجلد، 66، العدد 03، العراق، 2018، ص.14.

³ - محمود فياض، مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 54، الإمارات العربية المتحدة، أفريل، 2013، ص.229.

⁴ - « La "bonne foi" est la croyance qu'a une personne de se trouver dans une situation conforme au droit, et la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui... ». consulté le cite : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php>.

اطلع عليه يوم: 2021/07/07 على الساعة 16:00.

⁵ - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.17.

¹ - تمثل نصوص المواد التالية: المادة 178، المادة 40، والمادة 377، والمادة 361 من القانون المدني، مظاهر مبدأ النزاهة في العقد. للتوسع أكثر يراجع: زيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية مع اسقاطات على عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.33-34.

² - والأمثلة كثيرة في التحلي بالنزاهة في القواعد العامة، منها التزام البائع بكل ما يلزم لنقل الملكية حسب نص المادة 361 من القانون المدني

³ - على فيالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.92.

القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم الذي خصص بابا كاملا لنزاهة الممارسات التجارية.

ولالإشارة، فقد كرس القانون رقم 04-02 السابق ذكره، واجب النزاهة، من خلال ما ورد بنص المادة الأولى منه إذ جاء فيها ما يلي: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين المستهلكين...".

فيما تطرق القانون السابق في الفصل الرابع لتحديد الممارسات غير النزيهة بنص المادة 27 من القانون نفسه، جاء فيها ما يلي: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: - تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو بمنتجاته أو خدماته...".

وأضاف المرسوم التنفيذي رقم 15-144 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي تأكيد مبدأ النزاهة بنص المادة 05 كما يلي: "يجب أن يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه، وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد القرض".

فمبدأ النزاهة يقتضي، أن يسلك كل متعاقد مسلكا مستقيما في العقد، ويشمل، الالتزام بالأمانة واحترام الثقة المشروعة، إذ يجب على كل متعاقد أن يتحلى بالنزاهة من مرحلة التفاوض إلى مرحلة تنفيذ العقد وإنهائه بتجنب الخداع والغش والحيانة، والتحلي بالثقة والأمانة، والصدق والإخلاص.

ب- مبدأ التعاون: يفترض مبدأ حسن النية أن يتعاون كل متعاقد مع الآخر لتحقيق المصلحة المنتظرة من العقد، إذ يجب على كل متعاقد أن يقدم للمتعاقد الآخر كل ما يلزم لتنفيذ العقد على أحسن وجه، فواجب التعاون يفرض على المتعاقدين التعاون فيما بينهما لتحقيق أفضل النتائج المرجوة من العقد، وهذا ما يتجسد في الإعلام الصادق والنزيه بكل ما يتعلق بالعملية المراد تحقيقها¹.

ويرى بعض الفقه، أن واجب التعاون له دور مزدوج، يتمثل الأول في تكييف العقد مع الهدف الاقتصادي المنتظر منه، ومن جهة أخرى تكييفه مع الضرورة القانونية والأمن وفعالية المعاملات من جهة أخرى كما أن خاصية المرونة التي يتميز بها واجب التعاون تبرز أهميته في تطوير العقد وتكييفه مع الحاجيات الاقتصادية

¹ - نساخ بولقان فطيمة، أخلقة العلاقة العقدية، المرجع السابق، ص.308.

والاجتماعية¹، ويضيف جانب آخر من الفقه² أنه أصبح من الضروري الاعتراف بقانونية واجب التعاون، بسبب التطورات الجديدة في العلاقات العقدية³.

وقد فرض المشرع الالتزام بالتعاون في عقود مختلفة، حيث منح للمدين الذي ساءت ظروفه الاقتصادية مهلة إضافية عن طريق القاضي، وفق ما يعرف "بنظرة الميسرة" عندما يرفض المتعاقد الآخر منحها له، إذا كان حسن، حيث يقتضي مبدأ التعاون تفهم الظروف الاقتصادية التي دفعت المدين للتأخر في تنفيذ التزامه⁴. فواجب التعاون بين المتعاقدين، يمثل المظهر الإيجابي لحسن النية، لأن العقود ليست مجرد توافق إرادتين متضادتين تعبر عن مصالح متعارضة، وإنما هي وسيلة قانونية لتحقيق التعاون بين طرفي العقد، وهو التزام أصيل في العقود⁵.

ويقتضي الالتزام بالتعاون كذلك، كمظهر من مظاهر حسن النية، تنبيه المتعاقد الآخر بكل ما يتعلق بالعملية العقدية، خاصة التصرفات التي لا تقتضي التأجيل، ويظهر ذلك بفرض العديد من الالتزامات، منها الالتزام بالإعلام الذي جاءت به تشريعات الاستهلاك، على غرار المشرع الجزائري بنص المادة 17 من القانون رقم 03-09⁶ المعدل والمتمم، بما يعمم مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد، وما يقابلها من التشريعات الحديثة التي تناولت الالتزام بالإعلام في نصوصها على غرار التشريع الفرنسي حسب ما ورد بنص المادة ل.111-01⁷ التي تفرض على المتدخل التزاما بإعلام المستهلك بكل ما يتعلق، بالعملية العقدية.

كما أكد هذا الالتزام في تعديله للقانون المدني في سنة 2016، حين جعل الالتزام بالإعلام على عاتق طرفي العقد، بنص المادة 101-1112¹ من القانون المدني الفرنسي.

¹ - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2015، ص.06. وزمام جمعة العدالة العقدية المرجع السابق، ص.224.

² - على فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.229.

³ - ومن حالات التعاون العقدي، نذكر ما نصت عليه المادة 372 من القانون المدني المتعلقة بدعوى الاستحقاق، ووجوب المؤمن له بتقديم تصريح دقيق بتغير الخطر حسب نص المادة 03/15 من القانون رقم 07/95 المعدل والمتمم.

⁴ - زيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية مع اسقاطات على عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.36.

⁵ - حسن على الذنون النظرية العامة في الالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ج.01، ص.211.

⁶ - القانون رقم 03-09 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09، ج.ر، العدد 35.

⁷ - Art 111-01 dispose : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations... ».

¹ - 1112-01 dispose : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties...».

وعلى هذا فلا يمكن حصر حسن النية في مفهومه الضيق، بل يجب على كل متعاقد أن يُعلم فيه المتعاقد الآخر بكل المعلومات الضرورية التي تسمح له بإبرام العقد، بل يجب على كل متعاقد بذل كل جهده في مساعدة الطرف الآخر خلال كل مراحل العقد¹.

ج- مبدأ التضامن العقدي: يقوم التضامن العقدي على ضرورة التعاون بين طرفي العلاقة العقدية، أين يسعى كل متعاقد لتحقيق مصلحة الطرف الآخر مقارنة بتحقيق مصلحته، بالتضحية بجزء من مصلحته، لأجل استمرار العقد وتنفيذه على أحسن وجه، ويقتضي التوافق بين مصالح الطرفين التوزيع العادل بينهما للتكاليف والأرباح، بما يجعل من العلاقة "علاقة تعاون لا علاقة تنافر"².

وفي المعنى ذاته، يرى بعض الفقه، أنه بالرغم من اعتراف التشريعات بمبدأ حسن النية في ظل القواعد العامة، إلا أنّ هذا المفهوم عرف تبلورا آخر حاليا، حيث أصبح الركيزة الأساسية للبناء العقدي ومبدأ توجيهيا له ضمن فلسفة حديثة، تُعرف بالفلسفة التضامنية في العقد، التي ظهرت بعد عجز الإرادة، باعتبارها مصدرا للالتزام على ضمان وظائف العقد المختلفة، بسبب التطورات المختلفة التي لحقت بالمجتمع، فجعلت ميزته الأساسية التفاوت في المراكز القانونية بين طرفي العقد، وبهذا فالالتزام بحسن النية يمثل أهم الحلول التي سعت من أجلها التشريعات لفرض التضامن بين المتعاقدين³.

وأضاف جانب آخر من الفقه⁴، أنّ مبدأ التضامن يظهر من خلال الموازنة بين المصالح الفردية المتعارضة والصالح العام، فهو ملزم بالتعاون على الخير المشترك، ملزم كذلك على تجنب الإضرار بالغير، وفق قاعدتي "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، وقاعدة "الضرر يزال".

فيما أكد جانب آخر من الفقه⁵ بأن مبدأ التضامن يتجاوز مجرد التعاون بين الأفراد فيما بينهم، بكونه مبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية بين المؤمنين في المجتمع من خلال قوله تعالى: "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"¹.

ويظهر تأثير التضامن في العلاقة العقدية، من خلال الجزاءات التي أقرها المشرع، فالأمر لا يتعلق بالبطلان كجزاء كلاسيكي، ولكن بالمفاهيم التي أدرجت في قانون الاستهلاك، فتكريس مبدأ المسؤولية عن الإخلال

¹ - عثمان بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تزي وزو، الجزائر، 2018، ص.64.

² - علي فيلاي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.56.

³ - عثمان بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، المرجع السابق، ص.07.

⁴ - فتحي الدريبي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص.74.

⁵ - عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.161-162.

¹ - سورة التوبة، الآية رقم 71.

بالالتزام بأمن المنتجات يستخلص من مبادئ التضامن العقدي¹، ويظهر مبدأ التضامن العقدي كذلك من حظر البنود التعسفية الواردة بنص المادة 29 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم.

02- كيفية تأثير مبدأ حسن النية في العقود: لمبدأ حسن النية الأثر الفعّال في صياغة نظريات قانونية مهمة في مجال المعاملات المالية، بل كل المجالات، منها نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية عيوب الرضا، ونظرية الظروف الطارئة، والتزامات حق الجوار، والقضاء برد الإثراء الذي حصل بدون حق، فمبدأ حسن النية يعد مصدرا هاما لإنشاء القاعدة القانونية كأصل عام، كلما استدعت الضرورة ذلك، لأن العلاقة بين القانون والأخلاق علاقة تكاملية، إذ عادة ما ترقى القاعدة الأخلاقية إلى قانون بحسب حاجة المجتمع²، حيث يتدخل مبدأ حسن النية، بشكل إيجابي في كل الحالات التي يختل فيها التوازن العقدي، كالتعسف في استعمال الحق، لتحقيق المساواة والعدالة المطلوبة بين المصالح المشروعة والمتعارضة في الوقت نفسه، مما يحقق التنسيق العقدي " La cohérence contractuelle" بما يتوافق وروح العقد³، فمبدأ حسن النية مبدأ واسعاً، يشمل كل ما يستجد في الواقع، فهو يعمل على إضفاء الطابع الأخلاقي على تصرفات الفرد في المجتمع، مما يبعد مجال الخطر⁴.

فالقواعد الناظمة للمعاملات بين الأفراد، تقضي أن تكون متوازنة وعادلة في كل مراحل العقد، فإذا حصل ما يدل على انعدام التوازن والعدالة، وجب معالجة ذلك الاختلال بما يقضي به مبدأ حسن النية⁵. وقد أصبح مبدأ حسن النية من الضروريات الأساسية في الوقت الحالي، حيث عدل التشريع الفرنسي عن موقفه من مبدأ حسن النية الذي نص على ضرورة احترامه عند تنفيذ العقد¹، أين أولى أهمية بالغة لمبدأ حسن النية في تعديله للقانون المدني بالأمر رقم 131-2016.

ويبدو أنّ التشريع الفرنسي قد أحسن صنعا بالنظر لنوعية العقود الحالية، والظروف المحيطة بإبرامها، فقد أصبحت مرحلة المفاوضات أهم مرحلة في إبرام العقد، خاصة في الوقت الحالي بسبب عقود التجارة الإلكترونية التي عادة ما تتم عن بعد، مما يتطلب ضرورة التحلي بمبدأ حسن النية عند إجراء المفاوضات، بطريقة نزيهة ونية

¹ - زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي)، المرجع السابق ص.231.

² - هائل حزام مهيبو يحيى العامري، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى، المرجع السابق، ص.04.

³-Louise. R, La bonne foi dans le code civil du Québec : du général au particulier, p.386. Consulté le cite : https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2- rolland.pdf

اطلع عليه يوم: 2021/07/07 الساعة 16:53.

⁴-Menezes. C, La bonne foi à la fin du vingtième siècle, p.228. Consulté le cite:

https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-cordeiro.pdf

اطلع عليه يوم: 2021/09/15 علي الساعة 01 : 20 .

⁵ - هائل حزام مهيبو يحيى العامري، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى، المرجع السابق، ص.04.

¹-Art. 1134 du ancien code civil français dispose : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

صادقة، حتى يتم تنفيذ العقد تنفيذا حسنا، مما يُوجب على طرفي العقد الالتزام بما يتمشى وحسن النية بمجرد التفكير في إنشاء علاقة عقدية.

ويرى بعض الفقه أنّ أغلب التشريعات الحديثة تعتبر مبدأ حسن النية حسب ما جاءت به المادة 01/107 من القانون المدني مبدأ من "المبادئ التوجيهية للعقد" على غرار الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة يمكن الاعتماد عليه لحل أهم الإشكالات التي استجدت في المجال التعاقدية نتيجة ما استجد من تطورات اجتماعية واقتصادية¹.

كما أصبح لمبدأ حسن النية وظيفتان: الأولى توجيهية يقدم فيها حلولاً تتولى حماية المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة (تعديل القانون الفرنسي أمودجا)، أما الثانية فتقوم بالوظيفة التصحيحية للمبدأ القانوني وذلك بالتوفيق بين القانون والبيئة المحيطة به².

وأهم ما يميز مبدأ حسن النية اتصافه بالمرونة عكس القانون الذي يتصف بالثبات ولا يتمشى مع الواقع فشروط تطبيق حسن النية تبقى مفتوحة؛ باعتبارها مفهوماً "غير محدد النطاق"³.

وبناء على ما سبق، وباعتبار الأصل العام لمبدأ حسن النية هو نص المادة 01/107 من القانون المدني فإن لمبدأ حسن النية تطبيقات عديدة تشير ضمناً لضرورة احترام مبدأ حسن النية، نذكر منها، المواد التالية: 02-82، و85، و141، و146، و192، و814، و819، و825 من القانون المدني.

وتظهر أهمية مبدأ حسن النية في العقود، في كونه مبدأ يحقق أهداف التشريعات في المحافظة على استقرار المعاملات، وتحقيق العدالة، والتوازن بين مصالح الطرفين، والتخفيف من المخاطر الاقتصادية التي تصيب طرفي العلاقة العقدية¹، وبهذا فمبدأ حسن النية يلعب دوراً مهماً في تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة العقدية، والعدالة العقدية، بالنظر لمرورته واتساع معناه².

كما يرى جانب آخر من الفقه، أنّ التحولات الاقتصادية والاجتماعية، إضافة للتطور التكنولوجي المرافق لها، جعلت مبدأ حسن النية من أهم المبادئ المعول عليها لحسن تنفيذ العقد، إذ يعد أخلقة العلاقة العقدية سبباً هاماً لاستقرار المعاملات المالية³.

¹ - زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي)، المرجع السابق، ص.ص. 223-224. وشوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، المرجع السابق، ص. 254.

² - زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي)، المرجع السابق، ص. 228.

³ - على فيلاي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص.ص. 364-365.

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقات الدولية، دار دجلة، الأردن، 2008، ط. 01، ص. 14.

² - زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2018، ص. 15.

³ - نساخ بولقمان فطيمة، أخلقة العلاقة العقدية، المرجع السابق، ص. 309 و.ص. 320.

وتأكيداً لما تم بيانه، يرى بعض الفقه¹ أن مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقياً، ويجب أن يسود جميع التصرفات بصفته مبدأً مكملاً للعدالة، بهدف حماية المتعاقد الذي يعتمد في تصرفاته على ظاهر الأمور، للتخفيف من شدة مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"؛ بمنع المتعاقد الذي يتمسك بحرفية ما ورد في العقد بالرغم مما يصيب الطرف الآخر من ضرر، كما له دوراً فعالاً في تعزيز الاجتهاد القضائي، بالسماح للقاضي بالاجتهاد في بعض الحالات التي تعرض عليه لمواكبة ما ستجد من أحداث بسبب التطورات التي تحصل في المجتمعات.

ويظهر مما سبق، أنّ اختلال العلاقة العقدية بين طرفيها أدى إلى غياب المساواة الحقيقية المفترض توافرها بينهما، مما يتطلب إعادة تفعيل مبدأ حسن النية، لأخلقة العلاقة العقدية، بتأكيد واجب النزاهة والتعاون بين طرفي العلاقة العقدية، لتحقيق التوازن العقدي المطلوب، خلال كافة مراحل العقد.

وقد سعت التشريعات لتحقيق التوازن العقدي؛ وهي فكرة ثابتة، شأنها شأن فكرة العدل والعدالة، والقيم الاجتماعية، ولكن المتغير، هو سبل وكيفيات تحقيق ذلك بما يجد من ظروف عبر الزمن، فبعدما اعتمدت التشريعات عدة سبل وفقاً لما تم ذكره، توصلت لما يُعرف بالعدول عن العقد، الذي يعتبر أداة فعّالة في يد التشريعات لإعادة التوازن العقدي المفقود، بالرغم من اعتماد عدة وسائل لإعادة التوازن العقدي المفقود، مع المحافظة على استمرارية العدالة العقدية، منها تعديل العقد وتصحيحه، وإكماله وفقاً لقاعدة "الضرورة تقدر بقدرها"، وذلك بسبب ما استجد من أحداث.

ثانياً- تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي: يعطي الفقه الإسلامي أهمية كبيرة لمبدأ حسن النية في العقود، لأنه يغلب قيمة العدالة في المعاملات باعتبارها مقصداً أساسياً من مقاصد الشريعة، على أي قيمة اجتماعية أخرى، حيث نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التدليس والنجش والخداع، والخلافة، والتغريب، وهي كلها مسميات تشير لضرورة العمل بمبدأ حسن النية في المعاملات²، وتعد الأخلاق جزءاً لا يتجزأ من قواعد التشريع الإسلامي، فالشريعة الإسلامية جعلت للنية أهمية ومكانة، كما جعلت منها أساساً للعمل، حتى يكون محكوماً بالأخلاق¹، ولهذا جاءت أحكام الفقه الإسلامي ذات نزعة أخلاقية، متأثراً بما جاء به القرآن الكريم في عدة مواضع، سيتم ذكرها في موضعها.

ويرى بعض الفقه² أن حسن النية وسوؤها وشرف الباعث من صميم الخصال الخلقية التي تمثل روح العقد ومصححه ومبطله، وبالتالي، فليس صحة التصرف في الشرع منوطة بمبئته الشرعية الظاهرة، وإنما مرتبطة بالباعث

¹ - هائل حزام مهوب يحي العامري، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى، المرجع السابق، ص.02.

² - محمد جمال عيسى، حسن النية في العقود، مجلة كلية الحقوق، العدد 23، مصر، 2008، ص.77.

¹ - حليلة آيت جودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحدائث، لبنان، 1986، ط.01، ص.05.

² - فتحي الدريفي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص.100.

الدافع للتصرف عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّةِ، وَإِنَّمَا لِامْرِئٍ مَّا نَوَى..."¹.

وعليه، فإنَّ حسن النية في الفقه الإسلامي لم يكن وليد اجتهاد فقهاء؛ كما هو الحال في الفقه والتشريع الوضعي، وإنما هي مقررة في المصدر الأصلي للتشريع الإسلامي، المتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية، فالشريعة الإسلامية، ألزمت المكلف أن يكون قصده في معاملاته موافقاً لقصدهم للتشريع، خالياً من كل غش أو خداع ويتفق مع الصالح العام في أوسع معانيه².

ويقوم مبدأ حسن النية في التشريع الإسلامي الذي نُهل منه الفقه الإسلامي على أسس من الإيمان والإحسان التي تلزم الفرد بتحري الصدق والأمانة في تعامله مع غيره كأصل عام³، باعتبار الأصل في العقود الرضائية، مما يسمح للمتعاقدين التمسك بشروط العقد وبنوده، بما يتنافى مع مبدأ حسن النية، فينتج عنه الكثير من حالات الإجحاف والضرر بحق الطرف الآخر، ولذا، فمن الضروري قيام كل متعاقد ببيان كل ما يتعلق بالعملية العقدية خلال مرحلة المفاوضات، ويمتد العمل بمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، بالامتناع عن الغش والخداع بما يجعل المتعاقد الآخر يقبل على التعاقد⁴.

وقد بين بعض الفقه، بأنه إذا كان الفقه الإسلامي قد أرسى مبدأ الرضائية، فإرادة الفرد تبقى مرتبطة بالنوايا والبواعث، عند مباشرة أي تصرف، وحماية من تعسف الإرادة، وانحرافها لتحقيق أغراض غير مشروعة وضعت قاعدة النية، كقيد ورفيق على التصرفات التي تبدو في ظاهرها جائزة، ولكنها قد تمس بالمصالح العامة، أو تخالف مقصداً من مقاصد التشريع¹.

وما تجب الإشارة إليه، أن حسن النية في الفقه الإسلامي مطلوب في جميع مراحل تكوين العقد، ابتداءً من لحظة التفكير في نشأته، فالشرع الإسلامي، خاطب الأفراد بتطهير نيته في تصرفاته، فقد اعتبر مبدأ حسن النية معياراً لتصرفات الفرد، سواء كانت تقريباً لله، أم وفاء بالتزاماته اتجاه غيره، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات"، ومن أجل تحقيق حسن النية في جميع مراحل تكوين العقد، فقد نبذت الشريعة الإسلامية، كل حالات الغش والتغريب والخداع، كما نهت عن التعسف في استعمال الحق، وكل ما يؤثر على الرضا².

¹ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: الإمارة، باب: قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنية"، وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، رقم الحديث: 1907، ص. 853.

² - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 248-249.

³ - سعد بن سعيد الديباني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص. 32.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 22.

¹ - فتحي الدريفي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 207.

² - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 350-351.

وقد أكد انسحاب مبدأ حسن النية على كل مراحل العقد عند الفقهاء الفقه الإسلامي بعض فتاوى الشبكة الإسلامية كما يلي: "يجرم الدخول في عقد محرم ابتداء ولو كانت نيته حسنة، فإن النية الحسنة لا تبيح الدخول في الحرام"¹.

وتتجلى مظاهر حسن النية، في القرآن الكريم في الكثير من الآيات القرآنية التي ترسخ مبدأ حسن النية في كافة التصرفات، منها قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا..."²، وقوله أيضا: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"³ وفي موضع آخر جاء قوله تعالى: "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ"⁴، وقوله تعالى كذلك: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا"⁵، ومن الآيات الدالة كذلك على ضرورة حسن النية في التصرفات قوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ..."⁶، وقوله كذلك: "قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ..."⁷. وفي موضع آخر قوله تعالى: "وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"¹، وقوله أيضا: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ"².

كما يوجد الكثير من الأحاديث النبوية التي تحث على حسن النية؛ وتنهاي عن سوء النية في التصرفات وتبين أنّ حسن النية ليس أمرا داخليا فحسب، وإنما هي مظهر وسلوك خارجي يشترط توافقه مع أحكام الشريعة الإسلامية، والأدلة كثيرة التي تربط بين النية والعمل، منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى..."³، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المسئلمون على شُرُوطهم"⁴، وقوله

¹ - فتاوى الشبكة الإسلامية، لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، للتوسع أكثر، يراجع الموقع التالي:

<http://www.islamweb.net>

اطلع عليه يوم: 2021/07/25 على الساعة 10:58.

² - سورة المائدة، الآية الأولى.

³ - سورة النساء، الآية 29.

⁴ - سورة البقرة الآية 280.

⁵ - سورة النساء، الآية رقم 58.

⁶ - سورة النحل، الآية رقم 90.

⁷ - سورة الأعراف، الآية رقم 33.

¹ - سورة البقرة، الآية رقم 237.

² - سورة النحل، الآية رقم 90.

³ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: الإمامة، باب: قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنية"، وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، رقم

الحديث: 1907، ص. 853.

⁴ - سبق تخرجه، ص. 168.

صلى الله عليه وسلم: "لَا تَصْرُؤُوا الْإِبِلَ..."¹. والنهي عن التصرية في هذا الحديث، نهي عن سوء النية والغش وبالمقابل أمر بحسن النية في البيع والشراء². وحديث "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"³، الذي يبحث على حسن النية، والنهي عن سوئها يمنع كل الأعمال التي تسبب ضررا للغير⁴.

كما أن فقهاء الفقه الإسلامي اهتموا كثيرا بالنية والقصد في كل ما يقوم به الفرد من أعمال عبادات كانت، أم معاملات، وتظهر أهمية هذه النية من حيث كونها قيما على الإرادة حتى يعمل صاحبها بما يوافق قصد الشارع الحكيم⁵، ونذكر منها: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، صحيحا، أو فاسدا، وطاعة أو معصية"⁶. وكذلك: "إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعبادات"⁷.

وقد أجاز فقهاء الفقه الإسلامي، بعض الخيارات، بما يجعل العقد الذي تلحقه عقدا غير لازم، بالرغم من أن الأصل في العقود اللزوم، حتى لا يُستغل العاقد حسن نية من العاقد الآخر، ولتمكين كل متعاقد من تفحص الشيء محل العقد بما يوازي بين حقوقه والتزاماته⁸.

أما عن معيار حسن النية في الفقه الإسلامي، فقد استنتجه بعض الفقه¹ من خلال قوله تعالى: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"²، فقدرة الشخص وطاقته هي مناط تحديد ما يجب أن يكون عليه سلوك الفرد في إنشائه لالتزامه وتنفيذه، وبهذا فالمعيار المعتد به هو شخصي وليس موضوعي، لما يرتبه هذا الأخير من ظلم على المتعاقد لاختلاف طبائع الناس، لأنه يأخذ بمعيار الرجل العادي في نفس ظروف المتعاقد.

1- رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيع، باب: النهي للبائع أن لا يخفل الإبل والبقر، رقم الحديث: 2148، ص.70.

2- سعد بن سعيد الديباني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص.21.

3- سبق تخريجه، ص.189.

4- سعد بن سعيد الديباني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص.21.

5- لدرج كمال وبشير حلطي، مدى تأثير النية على أعمال وتصرفات الإنسان في الفقه الإسلامي، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، العدد 02، المجلد 18، ص.53.

6- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ج.03، ص.ص.107-108.

7- الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج.02، ص.323.

8- وهبه الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، سوريا، 2006، ج.01، ط.01، ص.293.

1- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص.252.

2- سورة البقرة، الآية رقم 286.

خاتمة

من خلال بحث موضوع العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي بالدراسة والتحليل، تم التوصل للنتائج التالية:

أولاً- يعتبر العدول عن العقد مركبا إضافيا، اتفقت ماهيته واختلفت ألفاظه، وقد استعملت أغلب تشريعات الاستهلاك لفظ "العدول" بدل "الرجوع". غير أن التدقيق اللغوي في معنى المصطلحين، بيّن أن لفظ "الرجوع" هو المصطلح الأنسب بدل لفظ "العدول". ومهما يكن من أمر تسميته، فهو يعد نظاما قانونيا خاصا تناولته التشريعات الحديثة بالتنظيم؛ لمسايرة التطور التقني والعلمي الذي لحق جوانب كثيرة من حياة الناس وتصرفاتهم القانونية.

والعدول يرد على العقد اللازم فيرفع عنه اللزوم لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية (المستهلك) وبهذا، فهو يمثل أحد الدعائم الأساسية التي يرتكز عليها بناء حماية فعالة للمستهلك، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية، بالنظر للأخطار التي يمكن أن تلحق به، ولا يمكنه تفاديها بسبب قلة خبرته ومعرفته لهذا النوع من التجارة التي تتم عبر نظام معلوماتي يجعله يتعاقد على شيء لا يعلم حقيقته، كما أن العدول يعتبر سندا قانونيا مهما يكمل نظرية عيوب الإرادة، من أجل حماية رضا المستهلك من تسرعه في اتخاذ قراره بشأن العقد الذي أقدم على إبرامه دون ترو أو تفكير. وهذا التصوير، يُظهر أن التشريعات قد استحدثت طريقا جديدا لإنهاء العقد بغير الطرق التقليدية المألوفة في القواعد العامة، خلافا لما هو عليه الحال في للفقہ الإسلامي؛ حيث يوجد هذا الطريق من الإنهاء أصالة، من خلال نظرية الرجوع عن العقد غير اللازم بنوعيه.

ويمكن تعريف العدول عن العقد، بأنه: "حق من نوع خاص يؤهل صاحبه الرجوع عن العقد الذي أبرمه سواء تم تنفذه أم لا، يمارسه بإرادته المنفردة، دون تقديم أي مبررات خلال مهلة معينة؛ ودون تحمّل أي نفقات وهو من النظام العام". وهذا التعريف يبرز أن العدول عن العقد يتميز عن غيره من الأنظمة المشابهة له بجملة من الخصائص؛ أهمها أنه يرد على عقد لازم، وهو حق تقديري لا يجوز التنازل عنه، ويمارس بالإرادة المنفردة للمستهلك بدون مقابل.

ثانيا- إذا كان العدول عن العقد والرجوع عنه، يشتركان في تعلقهما بعنصر الرضا، فهما يختلفان من حيث أن الرجوع عن العقد يرتبط بحماية الرضا عموما، فيما يرتبط العدول عنه بالرضا من زاوية واحدة فقط، وهي تدارك التسرع في إصداره؛ وبهذا، فالعدول يحمي المستهلك من نفسه، بسبب تسرعه في إبداء رضائه، بإرادة غير حقيقية، وغير واعية بما هي مقبلة عليه، وهنا تظهر بوضوح العلاقة التكاملية بين رضا المستهلك، وحق العدول عن العقد. وقد سبقت عدة مبررات لإعماله بصفته استثناء عن الأصل العام، ولعل أبرز هذه المبررات، قصور القواعد العامة في حماية المستهلك من بعض الأوضاع الحديثة، وظهور فئة من العقود لم تكن معهود من قبل، كالعقود التي تتم عن بعد.

ثالثاً- العدول عن العقد نظام قانوني قائم بذاته، وهو يختلف عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة له، على الرغم من وجود أوجه تقربه منها، لدرجة يدق معها الفصل أحيانا، كحالات انحلال العقد، والإبطال، والعقد الموقوف والبيع بشرط التجربة، والعدول عن البيع بالعربون، والعدول عن الوعد بالتعاقد. وقد تبين من الدراسة أن العدول عن العقد شُرِع ليؤدي دورا استثنائيا لتعزيز حماية حقوق المستهلك، بالنظر لما استجد من ظروف عملت على إحداث خلل في العلاقة العقدية وتوازنها؛ لأجل ذلك وجدنا التشريعات الحديثة قيدت نطاقه الشخصي، وجعلته حصرا على المستهلك فقط، كما قيدت نطاقه الموضوعي بفئة معينة من العقود، تتمثل أساسا في البيع خارج المؤسسة، والعقود التي تتم عن بعد، خاصة العقد الإلكتروني، وهو نطاق ضيق مقارنة بما جاء به الفقه الإسلامي الذي مدّه ليشمل كل طرف يكون العقد غير لازم في حقه. كما أن هذه التشريعات خصت العدول بصيغة معينة، وإجراءات وآجال قانونية محددة، يجب على المستهلك اتباعها إذا ما أراد المحافظة على حقه هذا.

رابعاً- تجاذب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الذي يلحقه العدول؛ رأيان فقهيان، أولهما: اعتبره عقدا لم يكتمل وجوده بعد؛ يمر بمرحلتين، بينهما ينضج الرضا. ووفق هذا النظر، لا يعد العدول تعديا على القوة الملزمة للعقد. وثانيهما: اعتبره عقدا لازما مرتبا لكل آثاره القانونية بين طرفي العقد، رغم منح المستهلك حق العدول عنه خلال مهلة قانونية محددة تختلف من تشريع لآخر؛ وعلى هذا، فهو يمثل تعديا واضحا على القوة الملزمة للعقد. ويبدو أن هذا الاتجاه هو الأولى بالقبول.

كما اختلف الفقه أيضا، بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعدول في حد ذاته؛ فمنهم من اعتبره ممكنة قانونية، ومنهم من قال بأنه مجرد رخصة، ومنهم من جعله حقا عينيا، أو حقا شخصيا. ويبدو أن العدول عن العقد، يعتبر حقا، ولكنه حق من نوع خاص، تتوفر فيه كل عناصر الحق، ما عدا "الشيء الثابت"، وقد أثبت الواقع إضافة حقوق جديدة، بسبب التطور الذي لحق بمجالات الحياة، على غرار الحقوق الذهنية التي اختلف الفقه بشأن طبيعتها القانونية، ثم اعترف بطبيعتها المزدوجة؛ واعتبرها حقا من نوع خاص يستجيب لجانبها المعنوي وجانبها المادي.

وعلى خلاف الفقه القانوني، لم يهتم فقهاء الشريعة الإسلامية ببحث ومناقشة الطبيعة القانونية للرجوع ووقفوا عند تسميته خيارا أو حقا، مع تمنعهم في بيان أحكامه وتفصيلها.

كما اختلف الفقه كذلك، بشأن الأساس الذي اعتمدت عليه التشريعات لمنح المستهلك حق العدول وبغض النظر عن كل الاقتراحات التي سبقت في هذا الشأن، كمنظرة الخيارات، وبعض الأنظمة الأخرى، إلا أن الدراسة بينت أن النص القانوني هو الأساس الأنسب للعدول عن العقد. وأما في الفقه الإسلامي، فقد اتضح جليا، أن منع الضرر وإزالته يمثل أساس الرجوع عن العقد، بالرغم من تباين موقف الفقه بشأن القاعدة التي اعتمد عليها لهذا الأساس. ويبدو أن قاعدتي "الضرر يزال" و"لا ضرر ولا ضرار" تصلحان لذلك؛ لأنهما تمنعان الضرر ابتداء وانتهاء.

خامسا- يترتب على ممارسة المستهلك لحقه في العدول آثارا قانونية في حق الطرفين، حيث يلتزم المستهلك برد السلعة، أو التنازل عن الخدمة، من دون أن يتحمل أي جزاءات أو مصاريف إضافية، باستثناء تكلفة الرد، وأما المتدخل فيلتزم برد الثمن للمستهلك.

ويعد الترابط بين العقد الرئيسي (عقد البيع)، والعقد التبعية (عقد القرض) بشكل تبادلي، أهم ما ميز تشريعات الاستهلاك، التي خالفت بهذا الشأن قاعدة أساسية في الفقه والتشريع الوضعي، تتمثل في الأثر النسبي للعقد، بهدف حماية مصالح المستهلك، حتى لا يجد نفسه يبرم قرضا لا فائدة ترجى من ورائه. وبهذا، يكون الترابط بين عقد البيع وعقد القرض الممول له، قد انتقل من فكرة الترابط الاقتصادي إلى فكرة الترابط القانوني.

سادسا- أغفلت التشريعات بيان الشخص الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء محل العدول، وهذا ما جعل بعض الفقه يرجعه للقواعد العامة؛ ولأجل ذلك، اقترحت الدراسة حلولاً تفرق في تحميل تبعه هلاك، بين الحالة التي يتخذ فيها المستهلك قرار العدول، والحالة التي تسبق اتخاذ هذا القرار.

فأما قبل اتخاذ المستهلك قرار العدول عن العقد، فلا مناص من تحميله تبعه الهلاك وفقا للقواعد العامة باعتباره المالك، وحفاظا على التوازن المنشود بين طرفي العلاقة العقدية، لأن العقد لا يزال قائما. ومن جهة أخرى، فالمستهلك ليس قاصرا حتى يتلقى حماية تصل لحد إعفائه من تحمل تبعه هلاك شيء هو مالكة وفي حيازته.

أما بعد اتخاذ المستهلك قرار العدول عن العقد، فالأصل أن المتدخل هو من يتحمل تبعه هلاك الشيء ويتم ذلك وفق قاعدة "من يربح يتحتم عليه تحمل خسارة محتملة"، وقاعدة "الغنم بالغرم"، خاصة أن المتدخل ملزم بالتأمين، وفق ما يعرف بالتأمينات الاقتصادية، وقد وضع في حسابانه هلاك الشيء محل العدول عن العقد بالقوة القاهرة.

سابعا- يشمل الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي، العقد غير اللازم؛ سواء كان عدم لزمه يرجع لطبيعته، أم للحقوق الخيار به. وقد اكتفت الدراسة لبيان آثار الرجوع عن العقد غير اللازم بطبيعته يبحث عقدي الهبة والوكالة. فأما بالنسبة للهبة، فقد تبين أن الفقهاء اتفقوا بشأن الرجوع عنها على حالة واحدة فقط، وهي هبة الوالد مع ولده، مع بعض الاختلافات البسيطة بشأن الأم والجد، لكنهم اختلفوا بشأن المرحلة التي يتم فيها الرجوع، فأجازته الأحناف قبل القبض وبعده؛ باعتبار الهبة عقدا لازما بالنسبة للواهب، أما جمهور الفقهاء، فاتفقوا على عدم جواز الرجوع قبل القبض، لأن الهبة لا تتم إلا به.

أما بالنسبة لعقد الوكالة، فأهم ما يميزه أن أثر الرجوع فيه لا يكون رجعيا، بل يبدأ من يوم ممارسته شريطة أن لا تتعلق الوكالة بحق الغير، كأن تقع على شكل جعالة، أو إجارة.

وأما من حيث آثار الرجوع عن العقد غير اللازم بسبب الخيار، فقد اكتفينا يبحث خيار الرؤية فقط لسببين؛ أولهما، أنه يقترب من حق العدول عن العقد المعروف في القانون الوضعي، وثانيهما لتفادي التكرار ذلك أن الآثار المترتبة عن الرجوع واحدة في كل الخيارات.

وقد ظهر من خلال الدراسة، تشابه آثار الرجوع عن عقد الهبة، والرجوع عن العقد بسبب خيار الرؤية في كل ما يتعلق بالزيادة المنفصلة والمتصلة، إلى جانب حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقا قبل ممارسة الرجوع؛ لأن انتقال الحق للغير حسن النية، يعد إمضاء للعقد الذي يلحقه الخيار. ويجدر البيان، أن الرجوع حسب القواعد العامة في التشريعات الوضعية، يتعلق بعقد الهبة فقط، والسبب أن هذه التشريعات تفرق بين الرجوع بالمفهوم الذي جاء به الفقه الإسلامي، والإلغاء بالإرادة المنفردة، وقد انقسمت في هذا الشأن على توجيهين؛ أولهما جعل من عقد الهبة عقدا لازما، واستثنى من لزومه حالة الوالدين حماية لهما من الأضرار التي قد تلحق بهم جراء تصرفات أولادهم غير المسؤولة، أو بسبب تغير الظروف التي تمت فيها الهبة، بأن أصبح الواهب في حاجة ماسة لماله. وهذا التوجه يستجيب لرأي جمهور الفقهاء بهذا الصدد، وأما ثانيهما فجعل منه غير لازم، يمكن الرجوع عنه رضاء أو قضاء، مع ضرورة تقديم أعمار مقبولة للقضاء، باستثناء حالة الوالدين. وقد كشفت الدراسة أن أغلب التشريعات الوضعية، اشترطت ضرورة توافر أعمار محددة حتى يتم الرجوع عن عقد الهبة، وذلك على غرار التشريع التونسي، والتشريع المصري، والتشريع الفرنسي، بخلاف التشريع الجزائري. كما أنها توسعت كثيرا في موانع الهبة؛ وكان التشريع المغربي أكثرها في ذلك، بشكل قد يتعذر معه الرجوع إلى حد ما.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد اتضح من خلال ما ورد بنص المادة 211، أنه سائر جمهور الفقهاء وجعل من عقد الهبة عقدا لازما، لا يجوز الرجوع عنه، واستثنى من هذا المنع حالة الوالدين مع أولادهم، إلا في ثلاث حالات تشكل مانعا من موانع الرجوع؛ لأن الأصل في الوالد أن لا يرجع في هبته إلا لضرورة ملحة تطلبها ظروف الحال. وقد أحسن المشرع صنعا بعدم التوسع في موانع الرجوع عن الهبة، وعدم التطرق لأعداره مثل باقي التشريعات، لأن ذلك كان سيفرغه من مقصده.

ثامنا- عرف مبدأ سلطان الإرادة تراجعا كبيرا بسبب النقد الذي نال الفرضية التي انبنى عليها، وهي المساواة بين طرفي العلاقة العقدية، واستقلالهما في ترتيب آثار العقد، وهذا ما ساهم في بروز الموضوعية إلى جانب الذاتية التي سيطرت على العقد ردحا من الزمن، فالجتمعات الحديثة جعلت من التضامن ضرورة لا مفر منها.

ومع ازدياد حالات الإكراه الذي يقوم على إخضاع الإرادة لقواعد محددة مسبقا، ازداد انحسار وتراجع مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحالي، نتيجة التحولات التي لحقت بجميع جوانب الحياة، وسمحت بظهور أساليب جديدة في المعاملات، ومنها التجارة الإلكترونية، التي ما فتئت تزداد يوما بعد يوم، إلى جانب ظهور جملة من القوانين المتعلقة بها، خاصة مبادئ التجارة الدولية، وفق ما يعرف بـ "مبادئ اليونيدورا"، واتفاق التجارة الدولية "الجات"، وما جاءت به التوجيهات الأوروبية.

ومع هذه التطورات، تحول العقد إلى مركز قانوني منظم بغرض تكريس العدالة العقدية الفعلية، وأصبح كيف تبعا للظروف الاجتماعية، فغلب عليه الطابع العام لخدمة مصالح المجتمع، وأقيم مبدأ التنظيم ومبدأ الحماية

على أنقاض مبدأ التبادل الحر، وثبت أن حرية الإرادة لا تصلح أساسا للعقد، بل العدالة والمصلحة العامة هما أساسه، وحلت بذلك النصوص الآمرة، محل النصوص المفسرة والمكملة، وأصبح المشرع يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد وتحديد آثاره.

وعلى الرغم من اتساع نطاق النظام العام، وظهور النظام العام الاقتصادي، والنظام العام الحمائي في التشريعات الوضعية، إلا أنه يبقى ضيقا مقارنة بالفقه الإسلامي، حيث يتسع نطاقه ليحمي المصلحتين معا الجماعية والفردية، وفقا لما يعرف بـ"المصالح المشتركة"، التي تمثل مقاصد الشريعة الإسلامية، وهذا هو موطن الاختلاف بين النظامين.

كما أن النظام العام في القانون الوضعي يتصف بنسبيته، واختلافه بحسب الزمان والمكان، في حين أن فكرته في الفقه الإسلامي، ترتبط بالحلال والحرام، فما كان كذلك يبقى مدى الأزمان والأمكنة. وقد اتفق الفقهاء على أنّ النظام العام الشرعي يقوم على الأوامر والنواهي الشرعية، التي تقيد الأفراد دون أي إمكانية للاختيار بالنظر للمبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة الإسلامية بما فيها من عقائد ومعاملات.

تاسعا- بنت التشريعات المدنية قواعد نظرية العقد على افتراض مساواة حقيقية بين أطرافه، وكان هذا يعد سندا قويا لمبدأ القوة الملزمة له. على أن التطورات التي لحقت المجتمع أحدثت هوة بين طرفي العلاقة العقدية، فأصبح مبدأ التضامن الاجتماعي مطلبا ضروريا لتحقيق التوازن المفقود، والحد من مختلف الأساليب الإغرائية المعتمدة في جلب المستهلكين، فتنازل أنصار المذهب الفردي عن شيء من الحرية العقدية لمصلحة الجماعة. وقد اقترح الفقه عدة أسس لهذه العلاقة، كالفعالية العقدية، وفكرة النافع العادل، وقيام العقد على الرغبة المشروعة، ولم تعد الإرادة الأساس الوحيد لقوته الملزمة، ويعد تشريع حق المستهلك في العدول عن العقد الذي أبرم صحيحا ونفذ، خير دليل على تغير مفهوم القوة الملزمة للعقد، وهذا خلاف ما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي، الذي تستقل فيه الإرادة عن غرضها؛ لأن الشارع هو من يحدد غرض الإرادة.

عاشرا- اتضح من خلال هذه الدراسة، أن أقصى ما وصلت إليه التشريعات الحديثة من تطور وتقدم في مجال حماية المستهلك بصفته طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية، عن طريق ما يعرف بـ"حق العدول عن العقد"، يُعدّ من أجدديات ما جاء به الفقه الإسلامي بمعالجته لحالات الرجوع عن العقد غير اللازم بنوعيه، من خلال حماية كل متعاقد، بغض النظر عن صفته؛ سواء كان مستهلكا، أم متدخلا، وبهذا يتضح الفرق بين النظامين. كما تبين أيضا تشابه حق العدول عن العقد إلى حد ما، مع خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، لأن سبب تقريرهما واحد والمتمثل في الاستيثاق من تمام الرضا، بسبب عدم رؤية الشيء محل العقد.

ومن خلال هذه الدراسة والنتائج التي تم توصل إليها، يمكن إبداء التوصيات التالية:

أولاً- بات من الضروري الإسراع في إصدار النصوص التطبيقية لحق العدول، والتي من شأنها توضيح كيفية إعماله بما يخدم مصالح المستهلك، خاصة مع إصدار قانون التجارة الإلكترونية، لمواكبة آخر ما توصلت إليه التشريعات الأخرى في هذا المجال.

ثانياً- إنّ جعل التشريعات الحديثة العدول عن العقد، حقاً تقديرياً يخضع لمشيئة المستهلك وحده، قد يؤدي إلى إشكالات تصاحب ممارسته، أهمها التعسف في استعماله، خاصة بالنسبة للتشريعات التي أخذت بالمفهوم الموسع للمستهلك، لذلك، يحسن النص على أن يتم العدول في إطار "مبادئ حسن النية والنزاهة".

ثالثاً- إلى حين صدور النصوص القانونية الناظمة لحق العدول، ندعو المشرع إلى التوسع في النطاق الموضوعي له ليشمل كل عقد اختلت فيه موازين القوى بين طرفيه؛ سواء كانت طريقة إبرامه تقليدية، أم حديثة.

رابعاً- على المشرع معالجة إشكال تبعة هلاك الشيء محل العدول عن العقد بالقوة القاهرة؛ بما يخدم مصلحة المستهلك، حتى يؤدي العدول الهدف الذي شرّح من أجله.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً- المصادر والمراجع باللغة العربية:

01- كتب الحديث:

- البخاري: أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2002، ط.01
- مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار السلام للنشر والتوزيع الرياض، السعودية، 2000، ط.02.
- الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، سنن الترمذي، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2015، ط.02.
- أبو داود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني المشهور، سنن أبي داود، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2015، ط.02.
- النسائي: أحمد بن شعيب بن علي بن سنان أبو عبد الرحمان، سنن النسائي، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2015، ط.02.
- ابن ماجة: أبو عبد الله، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تعليق: عماد الطيار، ياسر حسن، عز الدين صنلي، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، 2009، ط.01.

02- المعاجم:

- إبراهيم أنيس، وعبد الحلیم منتصر وعطية الصوالحي، ومحمد خلف الله أحمد، معجم الوسيط، دار الفكر ج.01 وج.02، بدون طبعة.
- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، لبنان المجلد 04، بدون طبعة.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت المجلد.08، بدون طبعة
- أحمد أبو حاقه ومجموعة من المختصين، معجم النفاث الكبير، دار النفاثس، 2007، ط.01.
- الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن، مكتبة الانجلو مصرية، 1970
- إميل بديع يعقوب، معجم الإعراب والإملاء، دار شريفة، بدون طبعة ودون سنة النشر.
- رجب عبد الجواد إبراهيم، معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير، دار الآفاق العربية، 2002 ط.01.
- محمد بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 1995، بدون طبعة.

03- الكتب الفقه الإسلامي:

- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان الموافقات، دار ابن عفان، 1997، ج.01، ج.02، ط.01.
- ابن القيم الجوزية، تحقيق محمد عبد السلام، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، لبنان 1991، ج.03، ط.01.
- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، 1987، ج.01، ط.01.
- : مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1995، ج.28، بدون طبعة.
- ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، لبنان، سنة النشر، بدون طبعة.
- ابن رشد الحفيد، شرح وتحقيق عبد الله العبادي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار السلام، مصر 1995، ط.01.
- ابن رشد، المقدمات الممهديات، دار الغر الإسلامي، لبنان، 1988، ج.02، ط.01.
- : مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، تحقيق محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، لبنان، ودار الآفاق الجديدة المغرب، 1993، ج.01، ط.02.
- ابن همام، فتح القدير، دار الفكر، ج.03، ج.05، ج.06، ج.08، ج.10، بدون سنة، دون طبعة.
- ابن قدامة المقدسي الجماعلي، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983، ج.03، ج.04، ج.05، ج.06، ط.04.
- ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، لبنان، 1984، ج.02، ج.17.
- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، لبنان، ج.02، ج.06، ج.07، ط.02.
- ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ط.01.
- ابن شاس، عقد الجواهر، تحقيق: حميد بن محمد لحر، على الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003، ج.02.
- أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، كنز الدقائق، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، 2011، ج.01، ط.01.
- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2004، ج.03، ط.01.

- أبو الحسن علي محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالمارودي، الإقناع في الفقه الشافعي بدون سنة النشر وبدون طبعة.
- أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، تحقيق: قاسم محمد الثوري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، جدة، 2000، ج.05، ط.01.
- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التحيبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ج.05.
- أبو حامد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، مطبعة الأميرية، مصر، 1937، ج.01، ط.01.
- أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، حققه محمد نجيب، مكتبة الإرشاد المملكة العربية السعودية، ج.11، بدون طبعة.
- أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الرازي مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1420، ج.10، ط.03.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال دار الفكر، بيروت، لبنان، ج.03، ج.04، ط.01.
- محمد بن أحمد بن علي البهوتي خلوتي، دقائق أولي النهى لشرح منتهى الإرادات، تحقيق: سامي بن محمد بن عبد الله الصقير وآخرون دار النوادر، سوريا، 2011، ج.01، ج.02.
- الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن، مكتبة الانجلو المصرية، 1970 بدون طبعة.
- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالخطاب الرعيبي، مواهب الجليل، دار الفكر، لبنان، ج.05، ج.07، ط.02.
- لجنة علماء رئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، 1310، ج.03، ط.02.
- الزركشي أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهدار بن عبد الله الشافعي، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، المنشور في القواعد، ط.02.
- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، 1993، ج.01، ج.02، ج.03، ج.09، ج.02، ج.13.
- الشافعي أبو عبد الله بن إدريس بن عباس بن عثمان بن نافع، مسند الإمام الشافعي، دار المعرفة، لبنان 1990، ج.03، بدون طبعة.
- الشافعي، التهذيب في الفقه الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، 1997، ج.03، ج.04، ط.01.
- الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، 1993، ج.05.

- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ج.05، ج.06، ج.07، ط.02.
- فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1313، ج.03، ج.04، ج.06.
- المهدي ابن شقرون، حماية المستهلك في عقد البيع عن بعد، الاخراج الفني والطباعة، المغرب، 2015، ط.01.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ج.04، ط.02.
- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ط.01.
- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، 1994، ج.03، ط.01.
- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، دار العبيدكان، 1993، ج.03، ط.01.
- محمد بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 1995.
- محمد الزحيلي، المهذب في الفقه الشافعي لأبي اسحاق الشيرازي، المعاملات المالية والسبق وإحياء الموات والوقف والهبات والوصايا، دار القلم ودار الشامية، ج.03، ط.01، 1996.
- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المعروف ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار دار الفكر، لبنان، 1992، ج.03، ج.04، ج.05، ط.02.
- محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، طبعة جديدة منقحة ومرتبعة، دار ابن حزم لبنان، 2009.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، ج.03، بدون طبعة
- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 2001، ج.24، ط.01.
- محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة لبنان، ج.05.
- محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، دار الكتب العلمية، 2002، ط.01.
- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحوال الناس، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، 1891، ط.02.

- الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، 1404-1427، ج.18، ج.20، ج.23، ج.28، ط.02.

- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، منقحة ومعدلة، دار الفكر، سوريا، ج.04، ط.04.

- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، سوريا، 2006، ج.01، ط.01.

- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1985، ط.04.

04- الكتب القانونية:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم (دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية) جامعة الكويت، 1994

- إبراهيم الأخرس، حماية المستهلك بين مقاصد الشريعة والفكر الاقتصادي الوضعي، دار إترك للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2012، ط.01.

- إبراهيم صالح، حقيقة العيب الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي دار الطباعة المحمدية الأزهر، 1988.

- أبو الحسن أسامة مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

- أبو عمر دُبيّان بن محمد الدُبيّان، المعاملات الماليّة أصالة ومعاصرة، تقدم الشيخ عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، 1432، ج.04، ط.02.

- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المكتبة الأزهرية للتراث 2013، ط.01.

- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994

- أحمد إبراهيم بيك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، ج.02

- أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001.

- أحمد أبو حاققة ومجموعة من المختصين، معجم النفاثس الكبير، دار النفاثس، 2007، ط.01.

- أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونه، دار الهدى، الجزائر، 2000.

- أحمد حسن فرج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.

- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011.

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ط.01.

- أحمد علي محمد داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الثقافة، 2011، ج.02، وج.03.

- أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية 1956، ج.01.
- أحمد موافي الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، 1998، ط.01.
- أرام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر 2010.
- إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.
- إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) دار الفكر الجامعي، 2013، ط.01.
- السنهوري: الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة نشر، بدون طبعة.
- الوسيط في شرح القانون المدني دار إحياء التراث، لبنان، المجلد 01، ج.01، ج.03، ج.05 ج.09، بدون طبعة
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار أحياء التراث العربي، لبنان، ج.01، ج.03، ج.04 ج.06، ط.01.
- نظرية العقد، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ج.01، ج.02، ط.02.
- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، مصر، 1986.
- الغريب إبراهيم محمد الرفاعي، تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة تأصيل وتطبيق بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 ط.01.
- موسوعة العقود المدنية والتجارية، حل العقود، 2007، ج.07، ط.02.
- أيمن ابراهيم العشماوي، تطور مفهوم العقد (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2002
- أيمن سعيد سليم، التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2001.
- بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر 2011.

- بريك فارس حسين الجبوري، وعود حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ط.01.
- توفيق حسن فرج ومحمد يحي مطر، الأصول العامة للقانون، دار الجامعة، 1989.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ط.01.
- جلال العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري الحديث، مصر، 1977، بدون طبعة.
- جمال زكي جردلي، البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الإنترنت، ط.01، دار الفكر الجامعي، مصر 2008.
- حجازي مصطفى أحمد عبد الجواد، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه الإسلامي، وبعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ط.01.
- حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر 2004.
- حسن أيوب، فقه المعاملات في الاسلام، دار السلام، مصر، بدون سنة النشر، ط.01.
- حسن عبد الباسط جمعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر 1996.
- حسن عبد الله الكيلاني، النظام العام العقدي (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، العراق، 2016، ط.01.
- حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع (دراسة في علم الاجتماع القانوني)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ط.02.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- حليلة آيت جودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة، لبنان، 1986 ط.01.
- رجب عبد الجواد إبراهيم، معجم المصطلحات الإسلامية في الصباح المنير، دار الآفاق العربية، 2002 ط.01.
- رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، منشورات حلبي الحقوقية 2016، لبنان، ط.01.
- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني (النظرية العامة للحق)، دار المطبوعات الجامعية، 2006 ط.02.
- زاهر عزب الزغبي، الإسلام ضرورة عالمية، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، مصر، 1971، بدون طبعة.

- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009.
- زيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية مع اسقاطات على عقود الاستهلاك في ضوء أحدث تعديلات القانون الجزائري والمقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2019.
- زريقات عمر خالد، عقد البيع عبر الأنترنت، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الأردن، دار حامد 2007، ط.01.
- زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، دار التأليف، مصر، 1965، بدون طبعة.
- سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نظرات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم 01 لسنة 2010، دراسة مقارنة بدون دار النشر، العراق، جامعة بابل، 2010.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية شتات مصر، 1986، ج.02، ط.04.
- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ط.01.
- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقات الدولية، دار دجلة الأردن، 2008، ط.01.
- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
- عابد فايد عبد الفتاح فايد، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان، دار الجامعة الجديدة مصر، 2014.
- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ط.01.
- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت 1970.
- : النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ج.01.
- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود (مدخل إلى نظرية الخيار ودراسة فقهية لأحكام 33 خيارا)، مطبعة مقهوى، 1985، ج.01، ط.02.
- عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المستهلك في عقود البيع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، بدون دار النشر، 2005.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، موسوعة القانون المدني المصري، مصر، ج.01، بدون طبعة.
- عبد القادر العرعاري، نظرية العقد (مصادر الالتزام)، دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في القانون رقم 31-08 والقانون المتعلق بحماية المستهلك، والقانون رقم 05-53 المتعلق بتبادل المعطيات القانونية بشكل إلكتروني، والقانون رقم 09-24 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، دار الأمان، المغرب، 2014 الكتاب 02، ط.04
- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، مصر، بدون سنة الطبع.
- عبد الله خضر محمد، الكفاية في التفسير بالمأثور والدراية، باب فضائل السورة، دار القلم، لبنان، 2017 ج.08، ط.01.
- عبد الله ديب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2012 ط.01.
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974، بدون طبعة.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2007 ط.01.
- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، بدون طبعة.
- علاء جريان تركي الحمداني، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القانون المدني، بدون دار النشر وبلد النشر، 2019.
- علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2017، ط.01.
- علي أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة ومؤسسة الريان، الدوحة 1996، ج.01.
- علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر، 2008.
- : التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة (بحث مقارن)، دار الفكر العربي، مصر، 2009.
- : الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وحقوق أخرى، تقديم علي جمعة، دار الفكر العربي، مصر 2010، ط.01.
- : الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، 2000.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- علي فيلاي: الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ط.03.

- : الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ط.02
- عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ج.02.
- عيسوى أحمد عيسوى، الفقه الإسلامي (المدخل والنظرية العامة للعقد)، مطبعة دار التأليف، مصر، بدون سنة النشر، بدون طبعة.
- فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1984، ط.03.
- : المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2013 ط.03.
- : بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2008، ج.01، ط.01.
- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2007.
- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.
- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع دراس قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2006 ط.03.
- لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الفقه الاسلامي، بدون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، 1996.
- محمد أحمد أبو السيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004 ط.01.
- محمد أحمد علي الحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار حامد للنشر والتوزيع الأردن، 2013، ط.01.
- محمد إسلام مذكور، نظرية الحق- المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، مصر، 2005.
- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1988، ط.01.
- محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث مصر، 2006.
- : مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع فرنسا وألمانيا ومصر) دار هومة، 2007.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- محمد حسين الرفاعي، الاستثمار في الاقتصاد الاسلامي، دار النفائس، الأردن، 2006، ط.01.

- محمد حسين عبد العال: الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
- : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر 2011.
- محمد حسين قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
- محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر 2006.
- محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- : مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- : نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر 2003.
- محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، دار هدى، الجزائر، 1992 ج.01، ط.01.
- محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012.
- محمد عميم الإحسان المجددي الركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، باكستان، 1986، ط.01
- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة (النشأة، التطور، المعاصرة)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ط.01.
- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة، الأردن، 2009، ط.01.
- محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، مؤسسة الكتاب الحديث، لبنان، بدون طبعة وبدون سنة.
- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد (دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، بدون طبعة.
- مصطفى أحمد الزرقا، إخراج جرير، المدخل الفقهي العام بتطوير في الترتيب والتبويب، وزيادات، دار القلم سوريا، 2004، ج.01، ط.02.
- مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- مصطفى الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1961، بدون طبعة.

- المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، 2004، ج.01، ط.02.
- مصطفى أمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دار النهضة العربية، 2012.
- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية، منشورات أراس، لبنان، 2006، ط.01.
- منصور القاضي، القانون المدني (العقود الخاصة المدنية والتجارية)، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2004، ط.01.
- موسى جميل النعيمات، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية، دار الثقافة، الأردن، 2006، ط.01.
- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتاب، الرياض، 1998، ج.03، ط.03.
- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، مصر، 2011، ط.01.
- نادية السنهوري، عبد الرزاق السنهوري من خلال أوراقه الشخصية، الزهراء للإعلام العربي، مصر، 1980.
- نبيل إبراهيم سعد: المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2010، ط.01.
- ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي (دراسة القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.
- همام محمد محمود ومحمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، مصر، 1986.
- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ط.01.

06- الأطروحات والمذكرات:

أ- الأطروحات:

- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، مصر، 1960.
- عبد الله فرج حسن، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968
- عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1988.

- عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1978.
- محمد محمود عوض سلامة، هلاك المعقود عليه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، مصر، 1984.
- محمدي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1992.
- فتح الله أكنم تفاع، نظرية الرجوع عن العقد والتصرفات القانونية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، مصر، 1996.
- محمد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1996.
- عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق، 1996.
- رباحي أحمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2008.
- أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن، 2008.
- تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2011.
- كميح حورية، تبعة هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2012.
- فاضل خديجة، عيممة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015.
- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، 2015.
- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، 2016.
- عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2016.
- بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة (من الاستثناء إلى المبدأ)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016.
- صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018.

- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، 2020.

ب- المذكرات:

- نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر 2001.

- أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)، مذكرة ماجستير، كلية الفقه وأصوله، جامعة الشارقة، 2008.

- ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2002.

- الزهرة الدويعسي، تبعة هلاك المنقول في عقد البيع وفق أحكام ظهير الالتزامات والعقود المغربي، رسالة في إطار دبلوم الدراسات المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس المغرب، 1999.

سابعا- المقالات:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية رضا المستهلك، مجلة المحامي الكويتية، العدد جويلية وأوت وسبتمبر، 1985، ص.ص. 11-140.

- عبد الحفي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، العدد 01، السنة 01، جانفي، 1959، ص.ص. 139-204.

- نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام نحو معيار مشترك يحكم دور الإرادة في تكوين الالتزام وتنفيذه وآثاره (دراسة مقارنة)، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 01، مصر 1983.

- فرحات غول، دراسة تحليلية للتسعير من وجهة إسلامية، مجلة دراسات اقتصادية، العدد 22، الجزائر ص.ص. 135-148.

- أحمد السعيد الزقود، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، الكويت العدد 03، السنة 19، 1999، ص.ص. 179-245.

- موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، ج. 37، العدد 02، سنة 1999، ص.ص. 23-64.

- وهبه الزحيلي، الحرية الفكرية (حرية المعتقد، حرية الفكر، حرية التجنس)، مجلة الصراط بكلية العلوم الإسلامية بدمشق، العدد 05، السنة 02، 2002، ص.ص. 30-53.

- سليمان البراك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين العدد 14، سبتمبر، 2005، ص.ص. 160-187.

- محمد جمال عيسى، حسن النية في العقود، مجلة كلية الحقوق، العدد 23، مصر، 2008.
- هبة ثامر محمود، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية (دراسة مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة العراق، العدد 22، 2009.
- سمير جاب الله، الاحتكار الممنوع والتسعير الجائز من الإجراءات لمحاربة الفساد المالي، مجلة المعيار، العدد 25 جامعة تسمسليت، الجزائر، 2010، ص.ص. 399-420.
- يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 24، العدد 44، أكتوبر، 2010، ص.ص. 141-216.
- درماش بن عزوز، حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والثقافية جامعة الجزائر، الجزائر، العدد 02، جوان، 2011، ص.ص. 364-395.
- محمد بوكماش، أثر الجعلية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، منشورات جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، العدد 13، السنة 09، 2012، ص.ص. 131-152.
- رشيد بوعافية، آلية الدفع الإلكتروني باستعمال بطاقة الائتمان عبر شبكة الأنترنت، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد 07، الجزائر، سبتمبر، 2012، ص.ص. 25-44.
- محمود فياض، مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 54، الإمارات العربية المتحدة، أبريل، 2013، ص.ص. 223-264.
- فراس جبار كريم، المستهلك وأساليب توعيته في العقد، (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء، السنة 05، العدد 03، 2013، ص.ص. 247-266.
- عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث للعلوم الإنسانية، المجلد 28، العدد 01، 2013، ص.ص. 7-34.
- رياحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، جامعة حسبية بن بوعلي الشلف، الجزائر، العدد 10، جوان، 2013، ص.ص. 96-105.
- فتحي بن جديد، حق المشتري في التراجع عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد، مجلة معهد العلوم القانونية والإدارية العدد 4، المركز الجامعي الشهيد أحمد زبانه غليزان، الجزائر، ديسمبر، 2014، ص.ص. 73-102.
- سعد بن سعيد الذيباني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 23، المملكة العربية السعودية، فيفري، 201، ص.ص. 15-46.

- مهند عزمي أبو مغلي ومنصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، المجلد 11، العدد 02، الأردن، 2014، ص.ص. 1339-1372.
- حمزة بن خدة، مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 02، جوان 2016، ص.ص. 55-80.
- طالب محمد كريم، تدخل الدولة في تحديد الأسعار كاستثناء على مبدأ حرية الأسعار، مجلة القانون، المركز الجامعي الشهيد أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، العدد 07، ديسمبر، 2016، ص.ص. 260-274.
- أبو بكر مهم، حماية المستهلك من خلال حق الرجوع، دراسة في مقتضيات قانون 08-31، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، عدد خاص، العدد 11، نوفمبر 2016، ص.ص. 24-48.
- رباحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط الجزائر، العدد 03، جانفي، 2016، ص.ص. 133-151.
- رباحي أحمد وعمار إبراهيم، مشروعية خيار الرؤية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعللي الشلف، الجزائر، العدد 15، الجزائر، جانفي، 2016، ص.ص. 107-113.
- جريفلي محمد، الضمانات القانونية لحماية المستهلك في مجال الائتمان (دراسة في ضوء أحكام المادة 20 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك ونصوصها التنظيمية)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد النعام، الجزائر، العدد 01، المجلد 03، 2017، ص.ص. 291-311.
- منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 56، العدد 06، 2017، ص.ص. 2581-2599.
- قريقر فتيحة، حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 01، جامعة الجلفة، الجزائر، 2017، ص.ص. 277-283.
- أسامة حماد الجعفري وسلام علي الرباعي، الحماية التشريعية للمستهلك في عقد التمويل العقاري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 09، السنة 09، 2017، ص.ص. 515-559.
- موساسب زهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض في البيوع المعلقة على التمويل المصرفي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، العدد 48، المجلد "أ"، ديسمبر 2017، ص.ص. 199-218.
- منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة بابل، المجلد، 66، العدد 03، العراق، 2018، ص.ص. 01-30.

- عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، العدد 02 السنة 06، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، جوان، 2018 ص.ص.93-148.
- بحيث عيسى، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية العامة للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 20، الجزائر، 2018، ص.ص.110-117.
- حماش سليمة، التزام العون الاقتصادي بالشفافية في ظل قانون الممارسات التجارية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، الجزائر، جوان، 2018 ص.ص.85-100.
- نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي لحقوق المستهلك، مجلة كلية القانون القطرية العالمية، العدد 04 السنة 06، الكويت، 2018، ص.ص.191-225.
- عدنان ابراهيم سرحان، تقييم النصوص الناظمة لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في قانون حماية المستهلك الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 01، السنة 06، مارس، 2018 ص.ص.212-237.
- شوقي بناسي، تأملات في العقد، حوليات جامعة الجزائر 01، الجزائر، ج.04، العدد 32، 2018.
- الزهرة زرايقية وعصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، منشورات جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر، 2019، ص.ص.10-37.
- قاشي علال، الالتزام بإعلام المستهلك وسيلة لحمايته، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسة، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، 2019، ص.ص.103-118.
- نصيرة غزالي، والعربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية المركز الجامعي تلمست، الجزائر، المجلد 11، العدد 03، 2019، ص.ص.296-309.
- أقصاصي عبد القادر، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تندوف، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، 2019، ص.ص.261-281.
- رعد هاشم أمين التميمي ورعد عداي حسين مسعود، العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية المستهلك العراقي (دراسة في ضوء التوجيه الأوروبي لعام 2011)، مجلة كلية الحقوق جامعة النهدين، العراق المجلد 21، العدد 04، جانفي، 2019، ص.ص.299-311.
- شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف الجزائر، المجلد 06، العدد 02، الجزائر، 2020، ص.ص.243-271.

- قلوباز فاطمة الزهراء، ورباحي أحمد، الوكيل الإلكتروني آلية حديثة للتعبير عن الإرادة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، 2020، ص.ص. 11-34.
- نورة جحايشية وعصام نجاح، حق المستهلك في العدول عن العقد في التشريع الجزائري، منشورات جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، 2020 ص.ص. 480-497.
- ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت وفكرة النظام العام - تحديد المسؤولية في حالة مخالفة النظام العام في العقود المتعلقة بمنح التوطين والدخول للمواقع الإلكترونية في شبكة الإنترنت-، مجلة الصورة والاتصال، المجلد 05، العدد 19، الجزائر، 2016، ص.ص. 29-38.
- محمودي مليكة، احتكار الإرادة الحقيقة للوجه الجديد (نماذج العقود)، بحوث جامعة الجزائر 01، الجزائر ج.01، العدد 14، الجزائر، 2020، ص.ص. 183-199.
- مسكن حنان، بن أحمد الحاج، التزام العون الاقتصادي بالفاتورة كوسيلة لضمان شفافية الممارسات التجارية مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، الجزائر، المجلد 12، عدد خاص (العدد التسلسلي 22)، 2020، ص.ص. 591-608.
- منهل عبد الغاني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق العدد 59، المجلد 16، السنة 18، ص.ص. 34-58.
- وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، العراق، ص.ص. 868-964.
- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 01 الجزائر، الجزء 01، العدد 31، ص.ص. 111-133.
- كاظم محمد، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، السنة 06 ص.ص. 368-404.
- عبد الوهاب بخلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة المحاماة الشرعية، العدد 09، السنة 21 ص.ص. 177-198.
- حاج أحمد عبد الله، فكرة النظام العام الاقتصادي في القانون الإداري والفقہ الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، المجلد 12، العدد 01، ص.ص. 738-755.
- خديجة جديلي، حماية بطاقة الائتمان كوسيلة دفع للمستهلك عبر الأنترنت، مجلة العلوم القانونية والسياسية المجلد 10، العدد 10، الجزائر، ص.ص. 941-961.
- فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، حوليات الجزائر، جامعة الجزائر، الجزائر المجلد 30، العدد 03، ص.ص. 305-330.

- محمد حاج بن علي، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة في الشيء المبيع، (دراسة مقارنة) أكاديمية الدراسات الاجتماعية والإنسانية، الشلف، 2011، ص.ص.74-84.
- منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02، السنة 04، ص.ص.48-85.
- ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، مجلة الحقوق جامعة البحرين، المجلد 09، العدد 18، ص.ص.337-383.
- الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد مجلة البحوث الإسلامية، ج.40.

07- المداخلات

- محمد ابراهيم بنداري، حماية المستهلك في الشريعة والقانون، بحث مقدم لكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 06 و 07/12/1998.
- نورة حسين، مظاهر التجارة الإلكترونية، يوم دراسي حول التجارة الإلكترونية في الجزائر؛ واقع وآفاق، منعقد بتاريخ 2018/05/05، جامعة التكوين المتواصل، جامعة تيزي وزو، الجزائر.

08- القرارات القضائية:

- قرار رقم 108098، صادر بتاريخ 19/01/1994، الغرفة المدنية، للمحكمة العليا.
- قرار رقم 107541، صادر بتاريخ 05 جانفي 1994، غرفة مدنية، للمحكمة العليا.
- قرار رقم 170859، الصادر بتاريخ 16/09/1998، غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا.
- قرار رقم 153622 الصادر بتاريخ 11/03/1998، غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا.
- قرار رقم 153622 الصادر بتاريخ 11/03/1998، غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا.
- قرار رقم 177428 الصادر بتاريخ 17/03/1999، الغرفة المدنية للمحكمة العليا.
- قرار رقم 252350 الصادر بتاريخ 21/02/2001، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا.
- قرار رقم 330258 الصادر بتاريخ 18/25/2005، غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا.

09- النصوص القانونية:

أ- الأوامر:

- الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 25/10/1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، العدد 09.
- الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المؤرخ بتاريخ 19/07/2003، ج.ر، العدد 24.

- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ بتاريخ 25/06/2008، المعدل المتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15/08/2010 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، العدد 46، 2010.

- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، ح.ر، العدد 15.

- الأمر رقم 04-10 المؤرخ في 20 /08/ 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 11-03، المتعلق بالقرض والنقد، ج.ر العدد 50، المؤرخ في 01/09/2010.

ب- القوانين:

- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 /07/ 2008، ج.ر، العدد 44.

القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر المؤرخة في 28 /02/ 1989، ج.ر، العدد 06.

- القانون رقم 12-89 المؤرخ في 05/07/1989 المتعلق بالأسعار، ج.ر، العدد 29.

- القانون رقم 90-39 المؤرخ في 30 /01/ 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، العدد 02.

- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 13/06/2004، ج.ر العدد 41، المؤرخة في 27/06/2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 أوت 2010 الصادر بتاريخ 18/08/2010، ج.ر ، العدد 46.

- القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 /02/ 2006، المعدل والمتمم للقانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات ج.ر العدد 15.

- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، العدد 15.

- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-05، ج.ر، العدد 35.

- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 13 جوان 2004، ج.ر العدد 41، المؤرخة في 27/06/2004 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 أوت 2010، ج.ر العدد 46.

- قانون حماية المستهلك العراقي رقم 01-2010 الصادر في 08/02/2010، ج.ر، العدد 4143.

- القانون رقم 03-11 الصادر في 18 فيفري 2011، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج.ر، العدد 5932، الصادرة بتاريخ 07/04/2011.

- القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 /02/ 2011، الذي يحدد القواعد المطبقة على نشاط الترقية العقارية ج.ر العدد 14.

- القانون رقم 17-11، المؤرخ في 27/12/2017، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر، العدد 76.
- القانون رقم 18-13 المؤرخ في 17/07/2018، المتضمن القانون التكميلي لسنة 2018، ج.ر، العدد 42.

- القانون رقم 181-2018 بشأن حماية المستهلك، ج.ر، العدد 37، الصادر بتاريخ 13/09/2018 الذي ألغى القانون رقم 67-2006 المتعلق بحماية المستهلك.

ج- المراسيم:

- المرسوم التنفيذي رقم 94-96 المؤرخ في 19/03/1994 المتعلق بالمصادقة على نموذج عقد الإيجار، ج.ر. العدد 17.

- المرسوم التنفيذي رقم 95-119 المؤرخ في 26/04/1995 المتعلق بالسلع والخدمات الخاضعة لتنظيم الأسعار المقننة، ج.ر، العدد 25.

- المرسوم التنفيذي رقم 96-31 المؤرخ في 15/01/1996 المتعلق بكيفيات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية، ج.ر، العدد 04.

- المرسوم رقم 81-2002 المتعلق بحماية المستهلك الصادر في 01/09/2002، عمان، ج.ر، العدد 726.

- المرسوم التنفيذي رقم 05-468، المؤرخ في 10/09/2005، الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصول التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج.ر، العدد 80.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 18/06/2006، المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات، ج.ر، العدد 41.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية، المؤرخ في 10/09/2006، ج.ر، العدد 56، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 44/08 الصادر في 03/02/2008، ج.ر، العدد 07.

- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الصادر بتاريخ 18/11/2013، ج.ر، العدد 58.

- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26/09/2013، الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج.ر، العدد 49.

- المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12/05/2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج.ر، العدد 24.

- المرسوم التنفيذي رقم 16-66، المؤرخ في 16/02/2016، الذي يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة، ج.ر، العدد 10.

د- اللوائح:

- اللائحة التنفيذية رقم 822-2019 لقانون حماية المستهلك رقم 181-2018، الصادرة بتاريخ 2019/04/01، ج.ر، العدد 13 مكرر (أ)، مصر

ثانيا- المراجع باللغات الأجنبية:

01-Ouvrages :

- Bosco. D, le droit de rétractation,(pour l'obtention du DEA de droit privé de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille), France, 1999.
- Boyer. L, les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant contrat, RTD civ, 1949.1, n 27. - Sophie. G, la clause réputée non écrite, éd, ECONOMICA, 2006.
- Calais- Auloy.J, Proposition pour un nouveau droit de la consommation, La documentation Française, 1985.
- Cornu. G, Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, Trav, Ass, Capitant.
- Corni. G, Vocabulaire juridique, Association H. CAPITAN, Point Delta, 2011.
- François. C.D et Philippe. D, contrat civils et commerciaux, 5em éd, Dalloz précis, 2001
- Dniel. J, Rapport sur la consommation et de la formation du contrat en droit Québécois, trav, de la Ass HENRI CAITANT, 1973.
- François. T, et Simler.PH et Lequette.Y, Les obligations, 11ème édition, Dalloz, 2013, n°143.
- Ghestin. J : l'utile et le juste dans les contrats, 1982.
- : traité de droit civil, les obligation, les contrats, 2^{éd}, paris, 1988.
- : traité de droit civil, les obligation du contrat, 3^{em} éd, l .G . J, 1993.
- Grogas. B.C, la résiliation unilatéral du contrat à durée déterminée, CUJAS, paris 2, 2012.
- Ghazal. J.P, de la signification du mot loi dans l'Art. 1134 Al du code civil, RTD, civ, 2001.
- Jean Calais. A et Henri. T, Droit de la consommation, 8^{ème} ed , Dalloz, 2010.
- Jacques. B, La nullité des ventes à crédit pour dépassement du crédit autorisé. D. 1970, chron.
- Laithier Y.M, Etude comparative des sanctions l'inexécution du contrat, RIDC, v.58, issue1, 2006.
- Lâchieze. Ch, Droits des Contrats , Ellipses, 3^{eme} ed, 2012.
- Philippe. M et Laurent. A, les obligation droit civil, 3^{em} éd, Défrenois, 2007.
- Paisant. G, les nouveaux aspects de la lute contre les clause abusives, D.S, 1988, chron.
- Mazeaud. H, Léon. J. et Chabas. F, Leçons de droit civil, Obligations, Montchrestien, Delta, 2000, T.02.
- Philippe D.M, Le changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, Bruyllant, 1986.

- Pascal. A, la théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français, R.C, 2006, n° 03.
- Picod. Y, et Davo. H, Droit de la consommation, Dalloz, 2005.
- Pizzio. J.P, l'introduction de la notion de consommateur en droit français, D, 1982.
- Printing and Numerical Registering. O. V. Sampson 1875, L. R. 19EQ, 44.L. j. CH, 70,05.
- Solange. M, La rétractation en droit privé français,L.G.D.J.
- Ripert. G, La Règle morale dans les obligations civiles, 3^{em} ed, L. G. D. J, 1935.
- Terré. F, Simler.P, Lequette.Y, Droit civil, les obligations, Dalloz- sirey (Recueil), Paris, 8^{eme} ed, 2020.
- Teree. F, Simler. P et Lequette. Y, Droit civil, les obligations, Dalloz, 1996, 6^{eme} éd, n° 35.
- Vincent. H, la vente internationale de marchandises, Droit uniforme, éd DELTA, 2000.
- Yves. P et Hélène. D, droit de la consommation, armand colin, dalloz, 2005.

02 - thèses et mémoires :

- Fauchille. P, de la théorie de risque dans la vente en droit romain, thèse, paris,1882. .
- Alain. P, les transformations de la formalisation dans les obligations civiles, thèse, Paris, 1959.
- Juan. B.R, le transfert des risques dans la vente de meubles corporels, thèse doctorat, université de Montpellier,1978.
- Lahlou khiar. G, le Droit de l'indemnisation : entre responsabilité et réparation systémique, thèse de doctorat, université Alger, 2005.
- Camille. D, la notion de consommation, mémoire master 02, Université Paris Sud, France, 2014.
- Marc. C, les pouvoirs contractuels, étude de droit privé, thèse doctorat, université de bordeaux, France, 2018.
- Lachachi. M, Les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, (Etude comparative), thèse doctorat, Université Oran 02, Faculté de droit et des sciences politiques, 2020.

03- Article

- Filali. A, une Adaptation du Droit Commune des Contrats, Colloque international Organisé par Université D'Oran, de Droit et Laboratoire de droit Economique et Environnement, les 15 et 16 Mai 2013.

04- Observations et note de Jurisprudence:

- Cass. 2^{eme} Civ., du 26 mars 2015, n° 14-11599, Publié en ligne.
- Cass 1^{ere} civ 2 juillet 1991 : JCP G 1991, IV, p. 345, Publié en ligne.
- Cass 1^{ere} civ 17 mars 1993 : Bull. civ. 1993, I, n° 116), Publié en ligne.
- Cass1^{er} civ 31 janvier 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 65), Publié en ligne.
- Cass1^{er} civ, 2 mai 1989, n° 87-18.059, Bull. 1989 I N° 181. Publié en ligne .

- Cass 1^{er} civ, 9 novembre 2004, 02-20.999, Publié en ligne.
- Cass. 1^{er} civ 2 mai 1989, Publié en ligne.
- Cass 1^{er} civ 8 juillet 1994 : Contrats, conc. Consom. 1995, comm 213. -- Cass 10 juillet 1995 Contrats, conc. Consom. 1995, comm. 192.
- Cass 1^{er} civ, 26 mai 1994 ; D.1994 ; inf rap. P162 ; Cass 1^{ère} civ, 1 mars 2005, pourvoi, n° 03-10.465, comm, Publié en ligne .
- Cass. 1^{er} civ. 5-4-2018 n°17-13.528, Publié en ligne.
- Cass 1^{er} civ, 11 février 2015, 14-13.012; Cass 1^{er}, 04 mars 2015; 14-13.329. Publié en ligne.
- Cass 1^{er} civ, septembre 2015, 14-21.135, publié en ligne.
- Cass 1^{er} civ, 11 février 2015, 14-13.012; Cass 1^{er}, 04 mars 2015; 14-13.329. Publié en ligne.
- Cass 1^{er} civ, septembre 2015, 14-21.135, publié en ligne.

05-lois :

- Directive C.E.E. n° 95-13, 05 Avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E. 21 Avril 1993.
- Directive 97/07 du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance (journal officiel n° L144 du 04 Juin 1997).
- Directive 2002-65/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, Journal officiel des Communautés européennes, n° : 9.10.2002. - Directive 2008/48/CE du parlement européen et du conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne 22.5.2008, L33/79, fr.
- Directive 2011/83/UE du parlement europeen et du conseil du 25 octobre 2011, relative aux droit des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du conseil et de la directive 1999/44/CE du - parlement européen et de conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du conseil et de la directive 97/7/CE du parlement européen et de conseil. Journal officiel de l'Union européenne.
- Ordonnance n°2016-301 du 14mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation JORF n°64 du 16/03/2016.
- loi du 11/03/1957 sur la propriété littéraire et artistique, Voir l'article 32-01 de la loi n°57-298 du 11/03/1957.
- Loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites

- loi n°71-556 du 12/07/1971 relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement (J.O du 13/07/1971).
- loi n°72-6 du 3/01/1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance (J.O du 5/01/1972).
 - Loi n°1137-22 du 22 décembre 1972 relative à relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.
 - Loi n° 78-22 du 22 janvier 1972 relative à l' information et à la protection des consommateurs dans le demain de certaine opérations de crédit, J.C.P, 1978, 111-46697.
 - Loi n°85-677 du 05/07/1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.
 - loi n°85-677 du 05/07/1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.
 - Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat".
 - Loi n° 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, J O R F, 11 Janvier 1978.
 - Loi n° 95-96 du 1 Février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J.O.R F du 02 Février 1995.
 - Loi n° 2001-1062 du 15 Novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, J O R F n° 266 du 16 Mai 2001, texte n° 01. - Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 (V) JORF 27 juillet 1993.
 - Loi n° 95-96 du 1 Février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J.O.R F du 02 Février 1995.
 - Loi n° 2001-1062 du 15 Novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, J O R F n° 266 du 16 Mai 2001, texte n° 01.
 - Loi n°78-22 du 10 janv. 1978 concernant la protection des consommateurs dans les domaines de certaines opération de crédit.
 - Code de la consommation française modifié par la Loi n° 93-949 du 26 Juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), J O R F n° 171 du 27 Juillet 1993.
 - Code civil Dernière modification: 2021-07-01 Edition, 2021-07-01.
 - Code civil Dernière modification: 2021-07-01 Edition, 2021-07-01, JORF n°0093 du 21 avril 2018.

06-sites Internet:

- www.legifrance.fr.
- <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2015/JURITEXT000030409399> le 30/06/2016

[-https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf](https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf)
[-https://www.unisob.na.it](https://www.unisob.na.it) › ateneo
[-https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0057](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0057)
<https://ashrfmshrf.wordpress.com>
[/2006/03/11/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A7%D8%B5%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A8%D8%A7%D8%AF%D9%84%D8%A7](https://ashrfmshrf.wordpress.com/2006/03/11/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A7%D8%B5%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A8%D8%A7%D8%AF%D9%84%D8%A7)
[-https://ar.wikipedia.org](https://ar.wikipedia.org)
[/wiki/%D8%AC%D9%88%D9%86_%D9%83%D9%8A%D9%86%D9%8A%D8%AF%D9%8A](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AC%D9%88%D9%86_%D9%83%D9%8A%D9%86%D9%8A%D8%AF%D9%8A)
[- https://aurelienbamde.com/2017/05/07/](https://aurelienbamde.com/2017/05/07/)
[- https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007018721/.](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007018721/)
[- https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur](https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur)
[- https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur](https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur)
[- https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur.](https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur)
[- https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur.](https://aurelienbamde.com/2017/05/07/la-notion-de-consommateur)
[- www.iej.u.strabg.fr/fpartiefaible.civ](http://www.iej.u.strabg.fr/fpartiefaible.civ)
[-www.crid.be/pdf/public/4295.pdf.](http://www.crid.be/pdf/public/4295.pdf)
[-https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2002-v43-n2-cd3830/043708ar.pdf,](https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2002-v43-n2-cd3830/043708ar.pdf) 19 novembre 2020.
[-https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/87b35b8b-d199-4dab-97bb-05a1d2b507d0?inline,](https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/87b35b8b-d199-4dab-97bb-05a1d2b507d0?inline) 16 mars 2020
https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-rolland.pdf
https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-cordeiro.pdf
[-https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php](https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php)
[-https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php](https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php)
https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-rolland.pdf
https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-cordeiro.pdf
[-htmlhttps://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf)
[-htmlhttps://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf)
[-https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf)
[-html https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf)
[-https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1^{ère}-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/](https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/)
[-htmlhttps://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf)
[-https://pure.uva.nl/ws/files/1536768/156732_402057.pdf,](https://pure.uva.nl/ws/files/1536768/156732_402057.pdf)

-<http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TISCO-Banking-Financing.html> .
-https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf
-https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf
-https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf
-https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf
-https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>.
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>. 16:20
-https://www.dalloz-actualite.fr/flash/retour-sur-responsabilite-du-banquier-en-matiere-de-credit-affecte#.YGm_3FVKjIU
<https://www.legislation.gov.uk> > 1974
-[www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?\(20/12/2006\)-](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?(20/12/2006)-)
<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007033374>
-<https://www.doctrine.fr/d/CASS/1989/JURITEXT000007023344>
-www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007049627.
- <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>.
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-vente-contrat-pret-25181.htm>
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-vente-contrat-pret-25181.htm>
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-vente-contrat-pret-25181.htm>
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/credit-consequence-resolution-contrat-principal-8020.htm>
-<https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-vente-contrat-pret-25181.htm>

الصفحة	فهرس الموضوعات
07-01	مقدمة
08	الباب الأول: العدول عن العقد آلية فعّالة لحماية المتعاقد الضعيف في القانون الوضعي والفقّه الإسلامي
08	الفصل الأول: ماهية العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقّه الإسلامي
09	المبحث الأول: مفهوم العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقّه الإسلامي
09	المطلب الأول: حقيقة العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقّه الإسلامي
09	الفرع الأول: تعريف العدول والرجوع عن العقد في القانون الوضعي والفقّه الإسلامي
09	أولاً- المعنى اللغوي للعدول والرجوع عن العقد
09	01- المعنى اللغوي للعدول
10	02- المعنى اللغوي للرجوع
12	ثانياً- المعنى الاصطلاحي للعدول والرجوع عن العقد
13	01- معنى العدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك
14	02- معنى الرجوع عن العقد وفقاً لما جاء في الفقّه الوضعي
17	03- معنى الرجوع عن العقد في الفقّه الإسلامي
19	ثالثاً- موازنة بين ما جاءت به تشريعات الاستهلاك والفقّه الإسلامي
20	الفرع الثاني: التطور التاريخي للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقّه الإسلامي

20	01- التطور التاريخي للعدول عن العقد في التشريعات الغربية
21	أ- العدول عن العقد في التشريع الروماني
21	ب- العدول عن العقد في التشريع الفرنسي
22	ج- العدول عن العقد في تشريعات بعض الدول الأوروبية الأخرى
27	02- التطور التاريخي للعدول عن العقد في التشريعات العربية
28	أ- العدول عن العقد في التشريع الجزائري
29	ب- العدول عن العقد في التشريع المصري
30	ج- العدول عن العقد في تشريع بعض الدول العربية الأخرى
31	الفرع الثالث: خصائص العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي
34	أولاً- العدول عن العقد تصرف انفرادي في المجال العقدي
35	ثانياً- اختصاص العدول عن العقد بفئة معينة من العقود
36	ثالثاً- العدول عن العقد ذو صفة تقديرية ومجانبة
36	رابعاً- ارتباط العدول عن العقد بالنظام العام
37	خامساً- العدول عن العقد حق مؤقت
38	المطلب الثاني: مقارنة العدول عن العقد ببعض المفاهيم القانونية المشابهة له في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي
38	الفرع الأول: مقارنة العدول عن العقد ببعض حالات انحلال العقد
38	أولاً- علاقة العدول عن العقد بالفسخ العقد
38	01- حقيقة الفسخ
38	02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد وفسخ العقد
39	03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والفسخ العقد
40	ثانياً- علاقة العدول عن العقد بانفساخ العقد
43	01- تعريف انفساخ العقد
43	02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد وانفساخ العقد
43	03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وانفساخ العقد
44	ثانياً- علاقة العدول عن العقد بالتقاييل
44	01- تعريف الإقالة
44	02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والإقالة
45	03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والإقالة

47	ثالثا- علاقة العدول عن العقد بإلغاء العقد بالإرادة المنفردة
47	01- تعريف إلغاء العقد
47	02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد وإلغاء العقد
48	03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وإلغاء العقد
49	الفرع الثاني: مقارنة العدول عن العقد بحالات بطلان العقد
49	أولا- علاقة العدول عن العقد بالعقد الباطل بطلانا مطلقا
49	01- تعريف العقد الباطل بطلانا مطلقا
49	02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعقد الباطل بطلانا مطلقا
49	03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد الباطل بطلانا مطلقا
50	ثانيا - علاقة العدول عن العقد بالعقد القابل للإبطال
50	01- تعريف العقد القابل للإبطال
51	02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعقد القابل للإبطال
51	03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعقد القابل للإبطال
52	الفرع الثالث: علاقة العدول عن العقد مع العقد الموقوف
53	أولا- تعريف العقد الموقوف
54	ثانيا- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعقد الموقوف
55	ثالثا - أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد و العقد الموقوف
55	الفرع الرابع: مقارنة بين العدول عن العقد وخيار المجلس
55	أولا- تعريف خيار المجلس
56	ثانيا- أوجه التشابه بين العدول عن العقد وخيار المجلس
57	ثالثا- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد وخيار المجلس
58	الفرع الخامس: مقارنة العدول عن العقد بالعدول عن الوعد بالتعاقد
58	أولا- تعريف الوعد بالتعاقد
59	ثانيا- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعدول عن الوعد بالتعاقد
59	ثالثا- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعدول عن الوعد بالتعاقد
59	الفرع السادس: مقارنة العدول عن العقد مع بعض أوصاف التراضي
60	أولا- علاقة العدول عن العقد والعدول عن التعاقد بالعربون
60	01- تعريف العربون

61	02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والعدول عن التعاقد بالعربون
61	03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والعدول عن التعاقد بالعربون
62	ثانيا- العلاقة بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة
62	01- تعريف البيع بشرط التجربة
63	02- أوجه التشابه بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة
63	03- أوجه الاختلاف بين العدول عن العقد والبيع بشرط التجربة
65	المبحث الثاني: نطاق العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي
65	المطلب الأول: المجال الشخصي للعدول عن العقد في التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي
65	الفرع الأول: المجال الشخصي للعدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك
65	أولا- موقف الفقهاء الوضعي من الشخص المعني بالعدول عن العقد
66	01- الاتجاه المقيد في تحديد مفهوم المستهلك
70	02- الاتجاه الموسع في تحديد مفهوم المستهلك
72	03- الاتجاه الوسط في تحديد مفهوم المستهلك
74	ثانيا- موقف التشريعات من صفة المستهلك
74	01- تعريف المستهلك في التشريعات التي أخذت بالمفهوم المقيد للمستهلك
82	02- تعريف المستهلك في التشريعات التي أخذت بالمفهوم الموسع للمستهلك
82	ثالثا- شروط اكتساب صفة المستهلك
83	01- أن يكون المستهلك شخصا طبيعيا أو اعتباريا
83	02- أن يكون محل العقد سلعا وخدمات
83	03- أن يهدف لإشباع حاجات شخصية بصفة نهائية أو وسطية خارج المجال المهني
85	الفرع الثاني: المجال الشخصي للرجوع عن العقد في الفقهاء الإسلامي
90	المطلب الثاني: المجال الموضوعي للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي
90	الفرع الأول: المجال الموضوعي للعدول عن العقد وفقا لما جاءت به تشريعات الاستهلاك
90	أولا- العقود التي يمكن العدول عنها بالإرادة المنفرد للمستهلك
90	01- العقود التي تتم عن بعد (عقد البيع على الخط)
94	02- البيع خارج المؤسسة
96	03- عقود الائتمان
97	أ- عقد القرض الاستهلاكي

98	ب- عقد القرض العقاري
100	ثانيا- العقود المستثناة من حق العدول عن العقد
102	الفرع الثاني: المجال الموضوعي للعدول عن العقد في ظل الفقه الإسلامي والقواعد العامة
102	أولا- المجال الموضوعي للرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي
102	01- العقد غير لازم لطبيعته
103	أ- عقد غير لازم من الجانبين
104	ب- عقد غير لازم من جانب واحد
107	02- العقد غير اللازم بسبب الخيار
108	ثانيا- المجال الموضوعي للرجوع عن العقد في ظل القواعد العامة
110	الفرع الثالث: نطاق العدول عن العقد بالنسبة لطبيعة محل العقد
114	المطلب الثالث: نطاق العدول عن العقد من حيث القانون الواجب التطبيق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
114	الفرع الأول: قانون الإرادة
114	أولا- النظرية الشخصية
118	ثانيا- النظرية الموضوعية
120	الفرع الثاني: ضوابط الإسناد الملائمة لحماية المستهلك في العلاقة العقدية
120	أولا- الأداء المميز
123	ثانيا- ضابط الإقامة المعتاد للمستهلك
124	ثالثا- القانون الأصلح لحماية المستهلك
126	الفرع الثالث: القواعد ذات التطبيق الضروري
126	أولا- تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري
128	ثانيا- معايير تحديد طبيعة القاعدة ذات التطبيق الضروري
129	ثالثا- دور القواعد ذات التطبيق الضروري في حماية المستهلك
134	الفصل الثاني: التنظيم التشريعي والفقه للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
134	المبحث الأول: تكييف العدول عن العقد من حيث الطبيعة والأساس القانونيين في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
134	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
135	الفرع الأول: تحديد الطبيعة القانونية للعقد الذي يرد عليه العدول
135	أولا- الطبيعة القانونية للعقد الذي يلحقه العدول في التشريعات الوضعية

135	01- العقد المقتزن بالعدول عقد غير تام
137	02- العقد المقتزن بالعدول عقد تام
139	03- العقد المقتزن بالعدول عقد غير نافذ بالنص القانوني
140	04- العقد المقتزن بالعدول عقد نافذ بالنص القانوني
141	05- العقد المقتزن بالعدول عقد غير لازم
142	ثانيا- الطبيعة القانونية للعقد الذي يمكن الرجوع عنه في الفقه الإسلامي
144	الفرع الثاني: تحديد الطبيعة القانونية للعدول عن العقد في التشريعات الوضعية
144	أولا- العدول عن العقد حق عيني أو شخصي
145	01- العدول عن العقد حق عيني
145	02- العدول عن العقد حق الشخصي
147	ثانيا- العدول عن العقد رخصة أو مكنة قانونية
147	01- العدول عن العقد رخصة قانونية
148	02- العدول عن العقد مكنة قانونية
150	ثالثا- العدول عن العقد حق من نوع خاص
155	الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة القانونية للرجوع عن العقد
155	أولا- الرجوع عن العقد حق
161	ثانيا- الرجوع عن العقد رخصة
162	ثالثا- الرجوع عن العقد خيار
164	المطلب الثاني: أساس العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
165	الفرع الأول: فكرة الشرط كأساس للعدول عن العقد
165	أولا- معنى فكرة الشرط
166	ثانيا- تحديد طبيعة فكرة الشرط
167	ثالثا- موقف الفقه من فكرة الشرط وأدلة إثباته
168	رابعا- تأقيت خيار الشرط
168	01- الحد الأدنى لفكرة الشرط
168	02- الحد الأقصى لمدة لفكرة الشرط
168	أ- التفويض المطلق للمتعاقدين
169	ب- التفويض للمتعاقدين في حدود المألوف

170	ج- تحديد مدة الشرط بثلاثة أيام
170	خامسا- الشرط المناسب كأساس للعدول عن العقد
171	01- الشرط الواقف أساس العدول عن العقد
172	02- الشرط الفاسخ أساس العدول عن العقد
172	03- شرط التجربة كأساس للعدول عن العقد
174	الفرع الثاني: فكرة غياب الرؤية أساس العدول عن العقد
175	أولا- تعريف خيار الرؤية
175	ثانيا- موقف الفقه من خيار الرؤية
175	01- موقف الفقه الذي يقر بخيار الرؤية
175	أ- الرأي الذي يقر بخيار الرؤية بشكل صريح
175	ب- الرأي الذي يقر بخيار الرؤية بطريقة غير مباشرة
177	02- موقف الفقه الذي ينكر خيار الرؤية
178	03- موقف الفقه الذي يربط خيار الرؤية بضرورة وصف العين المبيعة
178	ثالثا- نطاق خيار الرؤية
178	01- المجال الموضوعي لخيار الرؤية
178	أ- خيار الرؤية خاص بعقد البيع
178	ب- خيار الرؤية خاص بكل عقد يشبه عقد البيع
178	02- المجال الشخصي لخيار الرؤية
179	أ- خيار الرؤية يثبت للمشتري فقط
180	ب- خيار الرؤية يثبت لكلا طرفي العقد
180	03- المجال الزمني للممارسة لخيار الرؤية
181	أ- عدم تحديد مدة خيار الرؤية
181	ب- تحديد مدة خيار الرؤية
182	الفرع الثالث: فكرة العقد غير النافذ والعقد غير اللازم أساس للعدول عن العقد
183	أولا- فكرة العقد غير النافذ أساس العدول عن العقد
184	ثانيا- فكرة العقد غير اللازم أساس للعدول عن العقد
185	الفرع الرابع: الأساس الأنسب للعدول عن العقد
187	الفرع الخامس: موقف الفقه الإسلامي من الأساس الذي يقوم عليه الرجوع عن العقد

192	المبحث الثاني: مبررات العدول عن العقد وكيفية ممارسته في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي
192	المطلب الأول: مبررات الأخذ بالعدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي
192	الفرع الأول: قواعد العدالة
194	الفرع الثاني: التوسع في الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد
194	أولاً- الاستثناءات القانونية على القوة الملزمة للعقد
196	ثانياً- الاستثناءات القضائية عن القوة الملزمة للعقد
197	الفرع الثالث: قصور قواعد حماية الرضا
197	أولاً- عجز نظرية عيوب الإرادة عن تقرير حماية فعّالة للمتعاقد
201	ثانياً- الإخلال بالالتزام بالمطابقة
204	ثالثاً- الإخلال بالالتزام بالإعلام
207	الفرع الرابع: ظهور عقود جديدة أحد أطرافها مهني متخصص
220	المطلب الثاني: كيفية ممارسة حق العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي
220	الفرع الأول: مضمون العدول عن العقد
221	أولاً- العدول عن العقد يختلف عن الرجوع عن التعاقد
221	ثانياً- العدول عن العقد يكون قبله أم بعده
223	ثالثاً- العدول عن العقد يشمل خيارات محددة
223	الفرع الثاني: شروط ممارسة العدول عن العقد
223	أولاً- ضرورة إعلام المستهلك بحقه في العدول
225	ثانياً- إشعار المتدخل بالعدول عن العقد
227	الفرع الثالث: المهلة المحددة لممارسة العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي
228	أولاً- مهلة ممارسة العدول عن العقد وفقاً لما جاءت به التشريعات الغربية
229	01- مهلة العدول عن العقد وفقاً لما جاء به التوجيه الأوروبي
230	02- مهلة العدول وفقاً لما جاءت به بعض التشريعات الغربية
230	أ- مهلة العدول في التشريع الفرنسي
231	ب- مهلة العدول في التشريع الألماني
231	ج- مهلة العدول في التشريع اللكسمبورجي
232	ثانياً- مهلة العدول عن العقد وفقاً لما جاء به التشريعات العربية
233	01- مهلة العدول عن العقد في التشريع الجزائري

233	02- مهلة العدول عن العقد في بعض التشريعات العربية
323	أ- مهلة العدول عن العقد في التشريع المغربي
233	ب- مهلة العدول عن العقد في التشريع التونسي
233	ج- مهلة العدول عن العقد في التشريع اللبناني
233	د- مهلة العدول عن العقد في التشريع المصري
234	ثالثا- مهلة الرجوع عن العقد وفقا لما جاء في القواعد العامة والفقهاء الإسلاميين
234	01- مهلة الرجوع عن العقد بسبب الخيار
238	02- مهلة الرجوع عن العقد بسبب طبيعة العقد
238	أ- مهلة الرجوع في العقد غير اللازم من جانب واحد
240	رابعا- تحديد الطرف المكلف بإثبات ممارسة هذا الحق في أجاله المحددة
242	الفرع الرابع: كيفية حساب مهلة العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين
242	أولا- حساب بداية مهلة العدول عن العقد في التشريعات الغربية
242	01- وقت بداية احتساب مهلة العدول في التوجيه الأوروبي
244	02- وقت بداية احتساب مهلة العدول في التشريع الفرنسي
248	03- وقت بداية احتساب مهلة العدول في التشريع الألماني
248	04- وقت بداية احتساب مهلة العدول في التشريع اللكسمورجي
249	ثانيا- حساب مهلة العدول في تشريعات الاستهلاك العربية
249	01- وقت بداية حساب مهلة العدول في التشريع الجزائري
249	02- وقت بداية حساب مهلة العدول في التشريع المغربي
250	03- وقت بداية حساب مهلة العدول في التشريع التونسي
250	04- وقت بداية حساب مهلة العدول في التشريع اللبناني
250	ثالثا- حساب مهلة الرجوع في ظل القواعد العامة والفقهاء الإسلاميين
252	الباب الثاني: آثار وانعكاسات العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين
252	الفصل الأول: آثار العدول عن العقد على العلاقة العقدية في التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلاميين
253	المبحث الأول: آثار العدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك
253	المطلب الأول: آثار بالنسبة للعدول عن العقد للعقد الرئيسي
253	الفرع الأول: التزامات المستهلك بعد ممارسة العدول عن العقد
253	أولا- الالتزام المستهلك بإعادة المنتج للمتدخل

254	01- التزام المستهلك بإعادة المنتج للمتدخل في التشريعات العربية
254	أ- التزام المستهلك برد المنتج في التوجيه الأوروبي
257	ب- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع الفرنسي
259	ج- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع اللكسومبورجي
260	د- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع الإنجليزي
260	02- التزام المستهلك بإعادة المنتج للمتدخل في التشريعات العربية
260	أ- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع الجزائري
260	ب- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع التونسي
261	ج- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع المغربي
261	د- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع القطري
261	هـ- التزام المستهلك برد المنتج في التشريع المصري
262	ثانيا- التزام المستهلك بأداء كلفة رد المنتج
267	ثالثا- تحمّل انخفاض قيمة المنتج
270	الفرع الثاني: التزامات المتدخل اتجاه المستهلك بعد العدول عن العقد
270	أولا- التزام المتدخل برد الثمن في التشريعات العربية
270	01- التزام المتدخل برد الثمن في التوجيه الأوروبي
271	02- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع الفرنسي
273	03- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع اللكسومبورجي
274	ثانيا- التزام المتدخل برد الثمن في التشريعات العربية
274	01- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع الجزائري
275	02- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع المغربي
276	03- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع التونسي
276	04- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع الكويتي
276	05- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع القطري
277	06- التزام المتدخل برد الثمن في التشريع المصري
278	الفرع الثالث: تحمّل تبعة هلاك الشيء محل العدول عن العقد
278	أولا- أسس ومبادئ تبعة الهلاك
282	ثانيا- تحمّل تبعة الهلاك بعد العدول عن العقد

282	01- تحمّل تبعة الهلاك في تشريعات الاستهلاك
283	02- موقف الفقه من تحمل تبعة الهلاك
284	أ- قبل اتخاذ المستهلك قرار العدول
285	ب- بعد اتخاذ المستهلك قرار العدول
285	03- الحل المقترح لتحمل تبعة الهلاك
287	المطلب الثاني: آثار العدول عن العقد بالنسبة للعقد التبعية
288	الفرع الأول: حقيقة العلاقة الترابطية بين العقدية
288	أولا- المقصود بالعلاقة الترابطية
290	ثانيا- العلاقة الترابطية علاقة تبادلية
291	01- تبعية العملية الممولة لعقد القرض
290	02- تبعية عقد القرض للعملية الممولة
294	ثالثا- أساس العلاقة الترابطية
296	الفرع الثاني: التزامات الأطراف العقدية في العلاقة الترابطية
296	أولا- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريعات الغربية
297	01- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التوجيه الأوروبي
298	02- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع الفرنسي
301	03- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع اللكسومبورجي
303	04- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع الإنجليزي
303	ثانيا- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريعات العربية
303	01- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع الجزائري
305	02- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع التونسي
305	03- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع المصري
305	04- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع الكويتي
306	05- التزامات أطراف العلاقة العقدية في التشريع المغربي
308	الفرع الثالث: الأخطار المترتبة عن العلاقة الترابطية المتبادلة
308	أولا- وقف تنفيذ أحد العقدين
308	01- وقف تنفيذ أحد العقدين المترابطين في الائتمان الاستهلاكي
310	02- وقف تنفيذ العقد الرئيسي في الائتمان العقاري

311	ثانيا- قيام مسؤولية المقرض بسبب عدم تنفيذ العقد الرئيسي
312	ثالثا- الدفع بواسطة بطاقة الائتمان
313	رابعا- انخفاض قيمة السلعة الممولة بعقد القرض
314	المبحث الثاني: آثار الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي والقواعد العامة
314	المطلب الأول: آثار الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي
315	الفرع الأول: آثار الرجوع عن العقد غير اللازم من جانب واحد في الفقه الإسلامي
315	أولا- موقف الفقه من الرجوع عن عقد الهبة في الفقه الإسلامي
315	01- اتفاق الفقه على الرجوع عن عقد الهبة بالإرادة المنفردة
320	02- اختلاف الفقه بشأن المرحلة التي يتم فيها الرجوع
321	أ- إمكانية الرجوع قبل القبض
321	ب- اشتراط الرجوع بعد القبض
322	ثانيا- كيفية الرجوع عن عقد الهبة في الفقه الإسلامي
322	01- انتفاء موانع الرجوع عن عقد الهبة في الفقه الإسلامي
324	02- حق الواهب في استرداد ما وهبه والتزام الموهوب له برد ما استلمه
325	03- تحمّل الواهب تبعه الهلاك
325	04- التزام الموهوب له برد الزوائد
326	05- حماية حق الغير من آثار الرجوع عن عقد الهبة
327	الفرع الثاني: آثار الرجوع عن العقد غير اللازم من الجانبين في الفقه الإسلامي
327	أولا- موقف الفقه الإسلامي من الرجوع عن عقد الوكالة
329	ثانيا- كيفية الرجوع عن عقد الوكالة في الفقه الإسلامي
329	01- موانع الرجوع عن عقد الوكالة في الفقه الإسلامي
329	أ- إذا تعلق بالوكالة حق الغير
330	ب- إذا وقعت الوكالة على شكل إجارة، أو جعالة
330	02- حقوق والتزامات الطرفين بعد الرجوع عن عقد الوكالة في الفقه الإسلامي
331	03- تحمّل تبعه الهلاك بعد الرجوع عن الوكالة في الفقه الإسلامي
332	الفرع الثالث: آثار الرجوع عن العقد الذي لحقه خيار الرؤية في الفقه الإسلامي
333	أولا- أثر خيار الرؤية على العقد كأصل عام
333	ثانيا- أثر خيار الرؤية قبل تمام العقد

333	ثالثا - أثر خيار الرؤية بعد تمام العقد
334	01- أثر ممارسة صاحب خيار الرؤية على العقد
334	أ- أثر خيار الرؤية على مرحلة ما قبل رؤية المبيع
335	ب- أثر خيار الرؤية على مرحلة ما بعد رؤية المبيع
337	02- أثر الرجوع عن العقد بسبب خيار الرؤية بالنسبة للمتعاقدين
340	03- أثر الرجوع عن العقد بسبب خيار الرؤية بالنسبة للغير الأجنبي عن العقد
341	المطلب الثاني: آثار الرجوع عن عقد الهبة في القواعد العامة
342	الفرع الأول: موقف التشريعات من الرجوع عن عقد الهبة
342	أولاً- موقف التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه بشأن الرجوع عن عقد الهبة
346	ثانياً- موقف التشريع المصري وبعض التشريعات التي حذت حذوه من الرجوع عن عقد الهبة
349	الفرع الثاني: كيفية الرجوع عن عقد الهبة في القواعد العامة
350	أولاً- موانع الرجوع عن عقد الهبة في التشريعات الوضعية
350	01- موانع الرجوع عن عقد الهبة في التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه
354	02- موانع الرجوع عن عقد الهبة في التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه
354	ثانياً- التزامات وحقوق الطرفين المترتبة عن الرجوع عن عقد الهبة في القواعد العامة
354	01- التزامات وحقوق الطرفين بعد الرجوع عن عقد الهبة في التشريع الجزائري والتشريعات التي حذت حذوه
358	02- التزامات وحقوق الطرفين بعد الرجوع عن عقد الهبة في التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه
361	03- تحمّل تبعه هلاك الشيء الموهوب بعد الرجوع عن العقد
363	ثالثاً- حماية حق الغير من آثار الرجوع عن عقد الهبة
366	الفصل الثاني: انعكاسات العدول عن العقد على العلاقة العقدية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي
366	المبحث الأول: تراجع مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي
367	المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الوضعي والفقهاء الإسلامي
367	الفرع الأول: نشأة مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوضعية
367	أولاً- نشأة مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني
367	01- سيادة مبدأ الشكلية في القانون الروماني
370	02- تراجع مبدأ الشكلية
373	ثانياً- تطور مبدأ سلطان الإرادة في القوانين اللاحقة للقانون الروماني
373	01- مبدأ سلطان الإرادة في القانون الكنيسي

373	أ- ظهور الرضائية في نطاق الأخلاق
374	ب- انتقال مبدأ سلطان الإرادة من عالم الأخلاق إلى عالم القانون
375	02- تطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم
377	03- تطور مبدأ سلطان الإرادة القانون الفرنسي الحديث
381	الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي
381	أولاً- مبدأ الرضائية كأصل ثابت في العقود في الفقه الإسلامي
384	ثانياً- الفرق بين قاعدة الحرية في إنشاء العقد في الفقه الإسلامي ومبدأ سلطان الإرادة
385	المطلب الثاني: مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي
385	الفرع الأول: مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في القواعد العامة
386	أولاً- الغبن
389	ثانياً- نظرية الظروف الطارئة
393	ثالثاً- عقد الإذعان
395	الفرع الثاني: مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في القواعد الخاصة
395	أولاً- عودة الشكلية
396	01- إلزام المتدخل بتقديم كافة المعلومات والخصائص الأساسية للسلع والخدمات
397	02- الكتابة
399	03- البيانات الإلزامية
400	04- ضرورة تسبيق بعض الوثائق التعاقدية
401	ثانياً- ازدياد حالات الإلزام
401	01- الالتزام بالفوترة
403	02- إجبارية التسعير
406	03- الالتزام بالضمان
408	الفرع الثالث: مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي
408	أولاً- حالات وجوب التسعير الجبري في الفقه الإسلامي
413	ثانياً- نطاق التسعير وكيفيته في الفقه الإسلامي
416	المبحث الثاني: ازدياد حالات تدخل التشريعات في العلاقة العقدية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
416	المطلب الأول: كفيات تدخل المشرع في العلاقة العقدية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
416	الفرع الأول: تراجع القاعدة العقدية أمام القاعدة القانونية في التشريعات الوضعية

418	أولا- عيممة العقد
420	ثانيا- جميعة العقد
424	الفرع الثاني: الجعلية في الفقه الإسلامي
426	أولا- رأي القائلين بإطلاق الشروط في العقد
438	ثانيا- رأي القائلين بتقييد الشروط في العقد
429	ثالثا- رأي القائلين بالوسطية في الأخذ بالشروط
431	الفرع الثالث: تقييد الحرية التعاقدية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
431	أولا- النظام العام في التشريعات الوضعية
432	01- نطاق النظام العام في ظل القواعد العامة
434	02- اتساع نطاق النظام العمل في ظل القواعد الخاصة
435	أ- النظام العام الاقتصادي
437	ب- النظام العام الحمائي
439	ثانيا- النظام العام الشرعي في الفقه الإسلامي
444	المطلب الثاني: أثر تدخل التشريعات في العلاقات العقدية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
445	الفرع الأول: السعي لتحقيق التوازن العقدي على حساب الاستقرار العقدي
445	أولا- تحقيق التوازن العقدي في التشريعات الوضعية
446	01- السعي لتحقيق المساواة الفعلية بين طرفي العلاقة العقدية
448	02- التحول في مفهوم القوة الملزمة للعقد
450	أ- فكرة النافع العادل
453	ب- الفعالية العقدية
454	ج- قيام العقد على الرغبة المشروعة
454	ثانيا- تحقيق التوازن العقدي في الفقه الإسلامي
454	01- احترام القوة الملزمة للعقد أساس التوازن العقدي
455	02- افتراض المساواة بين طرفي العلاقة العقدية
456	الفرع الثاني: ضرورة تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية
457	أولا- تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية بالنسبة للتشريعات الوضعية
457	01- مضمون مبدأ حسن النية
460	أ- مبدأ النزاهة

461	ب- مبدأ التعاون
263	ج- مبدأ التضامن العقدي
464	02- كيفية تأثير مبدأ حسن النية في العقود
466	ثانيا- تجسيد عنصر الأخلاق في العلاقة العقدية وفقا لما جاء به الفقه الإسلامي
470	خاتمة
476	قائمة المراجع
503	الفهرس