

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة حسبية بن بوعلـي - الشلف - (الجزائر)

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون خاص

العنوان:

المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي

إشراف الأستاذ الدكتور:

رباحي أحمد

من إعداد الطالب:

سعدي محمد أمين

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة	مؤسسة الانتماء
د. حرش محمد	أستاذ محاضر - أ-	رئيسا	جامعة الشلف
أ. د. رباحي أحمد	أستاذ	مشرفا ومقررا	جامعة الشلف
د. عمور عمر	أستاذ محاضر - أ-	ممتحنا	جامعة الشلف
د. عبوب زهيرة	أستاذة محاضرة - أ-	ممتحنا	جامعة الشلف
د. عليان عدة	أستاذ - أ-	ممتحنا	جامعة غليزان
د. مرياح صليحة	أستاذة محاضرة - أ-	ممتحنا	جامعة خميس مليانة

السنة الجامعية: 2021-2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

سورة المائدة، الآية 01.

"المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما"

رواه الترمذي في السنن، كتاب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم الحديث: 1352، ص. 282.

إهداء

إلى من حملتني وهنا على وهن، ومن كان دعاؤها أحد أسباب نجاحي، أُمِّي الغالية
حفظها الله، ورضي عنها، وجزاها الفردوس الأعلى.

إلى والدي حفظه الله، وألبسه لباس الصحة والعافية.

إلى أخي بارك الله فيه.

وإلى جميع أصدقائي وزملائي وفقهم الله لما يحبه ويرضاه.

أهدي هذا العمل المتواضع.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقنا لهذا، وما كنا بالغية لولا أن وفقنا الله، أما بعد، ومن باب قوله صلى الله عليه وسلم: "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"¹، فيإني أتقدم بجزيل الشكر، والعرفان، والامتنان، للأستاذ الدكتور رباحي أحمد على تفضله بقبول الإشراف على الرسالة، فمن هذا المقام أشكره على رحابة صدره، وتوجيهاته، وتصويباته، ومتابعتي منذ بداية العمل إلى نهايته، فكان بذلك نعم المشرف، والموجه، فأسأل الله تعالى أن يجزيه خير الجزاء يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

كما لا أنسى في هذا المقام أن أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الرسالة، وإثرائها بملاحظتهم القيمة.

¹ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الأدب، باب: في شكر المعروف، رقم الحديث: 4811، ص. 602.

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

دينار جزائري	د.ج	صفحة	ص
من الصفحة إلى الصفحة	ص.ص	المجلد	م
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق.إ.م.إ	الطبعة	ط
قانون الالتزامات والعقود	ق.إ.ع	ميلادية	م
قانون المعاملات المدنية	ق.م.م	القانون المدني	ق.م
مجلة الالتزامات والعقود	م.إ.ع	القانون التجاري	ق.ت

باللغة الفرنسية:

P	page
p.p	de page à la page اعتقد خاطئة
n°	numéro

مقدمة

مقدمة

يعتبر العقد أهم مصادر الالتزام في التشريعات الوضعية وأوسعها نطاقاً، كما يعدّ وسيلة تضمن انتقال المال وتداوله بين الأشخاص بطريقة قانونية وشرعية، لا يضار منها أحد من الناحية النظرية على الأقل. وقد سعت التشريعات الوضعية على اختلاف مشاربها، إلى تنظيم أحكام نظرية العقد، تنظيمًا دقيقًا، يحقق الأمن القانوني، ويعزز الثقة والعدالة العقدية بين الأفراد؛ ذلك أن التنظيم التشريعي لفكرة العقد يضمن وجود قواعد موضوعية تحكم العلاقة العقدية بين الطرفين.

إن اهتمام التشريعات الوضعية بالعقد، من خلال إقرار مبادئه العامة، وتقعيد أحكامه في نصوص قانونية، بدأت بواكره من فترة القانون الروماني، مروراً بقانون نابليون رائد التشريعات الوضعية الحديثة في تنظيم مسائل العقد، إلى يوم الناس هذا. وغني عن البيان أن القانون باعتباره ظاهرة اجتماعية، يعنى بتنظيم العلاقات القائمة في المجتمع، ويرتبط بها ارتباطاً وثيقاً، فقد كان صدور القانون المدني الفرنسي عام 1804، عاكساً لمجريات تلك الفترة، بعد انتشار مبادئ الثورة الفرنسية، وما نتج عنها من تقديس الفرد، وجعله محور المجتمع، ونواته الأساسية، والتفتح على المذهب الرأسمالي في الجانب الاقتصادي، وما يستتبعه من مبادئ عامة، أهمها مبدأ حرية التملك. ولا يخفى أن هذا التوجه الفكري العام، سمح لواضعي قانون نابليون بتكريس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يقُدّس الإرادة، ويجعلها أساس التصرفات القانونية، بل أساس كل النظم القانونية بصفة عامة. ولعل هذا ما جعل القانون المدني الفرنسي يظهر في ثوب فردي مقدس لإرادة الفرد ومصلحته، دون التفات كبير لمصلحة الجماعة؛ ولا أدل على ذلك تبنيه -والتشريعات التي حذت حذوه- لنظرية الغبن في أضيق حدودها، وإهمال نظرية الظروف الطارئة، وتشديد شروط الأخذ بنظرية عيوب الإرادة، وغير ذلك كثير، يؤكد تقديس تلك التشريعات لمذهب الإرادة، وجعله أساس التصرف القانوني، مع الإمعان في الأخذ بأحكامه، ورد كل ما لا يرجع في الأساس إليه.

ويرجع سبب تبني هذا التوجه من طرف تلك التشريعات، والفقهاء الذي نظر لها، إلى الفلسفة القائمة على عدّ الإرادة -والإرادة وحدها- كقيلة بتحقيق التوازن العقدي، أو ما يعرف بالعدالة العقدية بين طرفي العقد؛ فهم يرون أن مجرد إبرام العقد بتراضي الطرفين، يعتبر قرينة على عدالته، وسلامته من جميع مظان اختلال توازنه. كما أن صلاية نظرية الالتزام على وجه العموم، ونظرية العقد على وجه الخصوص، أدى إلى تبني قواعد جامدة بمناسبة تنظيم مختلف المسائل المتعلقة بالعقد، نتج عنه صعوبة في تصور تحديد

قواعده وإعادة النظر في أحكامه، وهذا ما جعل النظرية العامة للعقد في كثير من المواطن عاجزة عن مواكبة التطور الاقتصادي والفني في مختلف المجالات التي لها علاقة بالمعاملات المالية.

إن المبررات السابق بياها، أدت إلى بناء نظرية العقد في ثوب فردي، ومن زاوية أحادية فقط، ومن وجهة نظرية بحتة، دون اعتبار لأي ظروف عملية مستجدة قد تطفو إلى السطح، وتؤدي إلى نتائج عكسية لما ابتغاه واضعو تلك القواعد التقليدية. ويعود سبب ذلك إلى تبني الحقائق المطلقة، والقواعد الثابتة، وجعلها مبدأ عاما، غير قابل للنقاش، أو إعادة النظر، رغم أن نتائجه لا تستقيم في كل الأحوال، ولا تستجيب لكل الظروف.

إن هذا التصور التقليدي لمفهوم العقد، ومختلف الأحكام المتعلقة به، أدى إلى صعوبة احتواء العديد من المستجدات التي طرأت في مجالات المعاملات المدنية، خصوصا تلك التي يختل فيها التوازن المعرفي، والاقتصادي، والقانوني بين أطرافه، حتى أصبح التطبيق الحرفي لتلك القواعد التقليدية بشأنها، يشكل تهديدا واضحا على العدالة العقدية. ولعل من أبرز تلك الأحوال المستجدة، نجد فكرة الشروط التعسفية، وما ينجم عنها من اختلال بين في توازن العقد، وعدالة اشتراطاته أو بنوده. فهذه الظاهرة قد استفحلت في العصر الحديث بشكل أدى إلى ضرورة الأخذ بيد الطرف المضار منها، وعدم تركه يواجه تلك الشروط وحده؛ ولعل هذه المبررات هي التي دفعت المشرع الجزائري - والتشريعات العربية - إلى تنظيم أحكام الشروط التعسفية، بعد ربطها بفكرة عقود الإذعان، من خلال المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية. كما اتبع المشرع الجزائري نظام التشريعات الخاصة، ونص على قواعد مستحدثة في مواجهة الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مسايرا في ذلك العديد من التشريعات الحديثة التي فضلت النص على قواعد مواجهة الشروط التعسفية بموجب نصوص خاصة، أهمها المشرع الفرنسي، الذي فضل البقاء في حدود دائرة الاستثناء، وتطبيق النصوص في حالات معينة، مع الامتناع عن صياغة المبدأ في نصوص القواعد العامة. وهذا التوجه ظل المشرع الفرنسي متمسكا به إلى غاية تعديل 2016، أين اعترف بنظام الشروط التعسفية ضمن القواعد العامة للقانون المدني، من خلال ربطها بفكرة عقود الإذعان.

إن القواعد التقليدية ظهر قصورها أيضا في مواجهة عدم تكافؤ الأدعاءات بين الطرفين الناتج عن الغبن؛ ودليل ذلك أن المناقشات التي سبقت صدور القانون المدني الفرنسي عام 1804، أثبتت وجود تيار فقهي تنكر لفكرة تبني الغبن كعيب في العقد، في مقابل تيار آخر نادى بضرورة تعميمه، ليخلص

واضعوا التشريع المدني إلى الأخذ به في حدود جد ضيقة، لا يمكن في ظلها مواجهة مختلف أنواع الغبن التي عاصرت وتلت صدور قانون نابليون. ولعل هذا ما دفع ببعض التشريعات الحديثة إلى مد المجال المادي للغبن ليشمل جميع العقود والأشخاص، بل إن بعضها - كالمشرع الألماني، والمشرع المصري، والمشرع الجزائري، وغيرها كثير - انتقل بفكرة الغبن من مجاله المادي البحت إلى مجاله النفسي المعنوي، تحت مسمى الاستغلال، ليواجه به الاختلال الفادح بين أداءات الطرفين.

والإشكالات المبيّنة سابقا، وإن كانت تثور عند تكوين العقد، وتكشف عن قصور القواعد التقليدية المنظمة له، فإن هناك إشكالات أخرى ترافق مرحلة تنفيذه، وتكشف هي الأخرى عن مواطن قصور جديدة؛ إذ المبدأ الذي ظل مستقرا زمنا طويلا أن للعقد قدسية وقوة ملزمة، تجعله غير قابل لإعادة النظر، ولو كان ذلك بسبب ظروف مستجدة، لم يكن يتوقعها الطرفان، أدت إلى إرهاب التزام أحدهما. وهذا التصور التقليدي، رأت فيه التشريعات الحديثة أنه مجاف في الواقع لحقيقة العقد وأهدافه، لذلك فقد سعت إلى إيجاد آلية لمواجهة هذه الظروف، وإن تطلب الأمر الخروج عن مبدأ قدسية الاتفاق؛ لأن العبرة بسبب المبدأ، لا بمضمونه في حد ذاته؛ فمبدأ قدسية الاتفاق لم يكن المراد منه إرهاب المدين حسن النية، بل كان المراد سد الطريق أمام الحيل التي تنال من قوة العقد الملزمة. وقد ارتأت التشريعات الوضعية ومنها المشرع الجزائري، النص على فكرة الظروف الطارئة كآلية لمواجهة الظروف المستجدة، عن طريق إعطاء المدين المرهق الحق في طلب إعادة النظر في العقد بدعوى الظروف الطارئة. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد ظل محافظا على تقاليده، ورفض الأخذ بهذه النظرية ردحا من الزمن، ثم قرر تبنيها بإيعاز من الفقه والقضاء بمناسبة إصلاح قانونه المدني سنة 2016.

إن الآليات المبيّنة سابقا، وإن كانت جاءت بها القواعد العامة للقانون المدني لمعالجة بعض الإشكالات العملية في مجال العقد، إلا أنها لم تكن كافية للإمام بجميع جوانبه، كما أن قواعد القانون المدني، ونظرا لانطلاقها من مبدأ المساواة بين طرفي العقد، وعدم اكتراثها كثيرا باختلال التوازن المعرفي، والاقتصادي، والفني، والقانوني بين طرفيه، أدى إلى قصور تطبيقها في العديد من النواحي؛ سواء بسبب عمومية نصوصها من جهة، أم بسبب الإمعان التشريعي في تضيق تطبيق أحكامها من جهة أخرى، من خلال اشتراط العديد من القيود التي قد تحول دون الاستناد عليها. وهذا القصور التشريعي للقواعد العامة، على النحو المبين، أدى بالتشريعات الوضعية إلى ضرورة مراعاة ذلك الاختلال بين طرفي العقد، وسن قواعد قانونية مستحدثة تهدف إلى مكافحته، من خلال التشريعات الخاصة، والتي وإن لم تكن ملحوظة

إلى وقت غير بعيد؛ إذ كان مجالها يقتصر على حماية بعض الفئات فقط، أهمها قوانين حماية العمال، إلا أن انتشار وبروز ظاهرة اختلال التوازن الاقتصادي، والمعرفي، والقانوني بين الطرفين، أدى إلى سن الكثير منها في العديد من الدول، بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، تحت ما بات يعرف بقوانين الاستهلاك، أو قوانين حماية المستهلك.

ونظرا لاختلاف الفلسفة العقدية بين القواعد العامة والخاصة، فقد أدى ذلك إلى تبني العديد من الآليات الموجهة لحماية الطرف الضعيف وحده، دون الطرف الآخر الذي لا يمكنه الاستفادة منها؛ لأن المشرع قد افترض عدم حاجته لتلك الآليات الحمائية؛ بسبب وضعه القوي في جميع النواحي مقارنة بالطرف الآخر.

ولعل أبرز تلك الآليات القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف، نجد فكرة الالتزام بالإعلام، وحق العدول، ومهلة التروي، والتي كلها تصب في منحى واحد، هدفه حماية الطرف الضعيف في العقد؛ إما ابتداء قبل وقوع الضرر عن طريق تقرير الآليات الوقائية، ومنها مهلة التروي، والالتزام بالإعلام، وإما انتهاء، من خلال تكريس حق العدول عن العقد بإرادة منفردة، وخلال مهلة محددة لطرف معين.

وإن كانت الآليات المبينة سابقا نتجت عن التعاقد التقليدي، أو عن صور من صوره، فإن التطور التكنولوجي في جميع نواحي الحياة، أدى إلى تطور طريقة إبرام العقد؛ حيث لم يعد يبرم فقط بالطرق التقليدية المعروفة وقت وضع القانون المدني، بل أصبح يبرم بصور حديثة، تعرف بالتعاقد الإلكتروني. ورغم المزايا العديدة التي يحققها هذا النوع من التعاقد؛ سواء من خلال تقليل الجهد، أم من خلال سهولة الحصول على السلع والخدمات، إلا أن ذلك لم ينف ظهور الكثير من الإشكالات بخصوص هذا النوع من التعاقد، جعل التشريعات الحديثة تسارع إلى سن قواعد حديثة تنظم أحكامه تكويناً وتنفيذاً.

وأما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فقد عني ببيان أحكام العقد، وقواعده، ومختلف الجوانب المتعلقة به، وإن كان الفرق بينه وبين القانون الوضعي في هذا المجال، هو معالجته لفكرة العقد من خلال دراسة مختلف أنواع العقود، كالبيع، والإجارة، والشركة، والوكالة، وغيرها من العقود، وهذا ما جعل أحكامه متناثرة، وغير منضبطة تحت نظرية عامة. ولعل هذا القصور اعتبره البعض مزية، إذ في ظل غياب هذه النظرية العامة تمكن الفقهاء عبر عصور إلى إيجاد حلول عملية تتفق مع كل الأوضاع المستجدة، دون أن تقف القواعد الجامدة عائقاً أمام تطبيقها؛ ولا أدل على ذلك مثلاً تبني الفقهاء الإسلاميين لنظرية الاشتراطات، ونظرية

الخيارات، ونظرية الغبن بشكل واسع دون تضيق، ونظرية عيوب الإرادة، وغير ذلك مما يظهر اختلاف الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في رؤيته للعقد، والقواعد المتعلقة به.

ويرجع سبب اختيار هذه المسائل المعروضة سابقا، دون غيرها مما هو منشور في مختلف التشريعات، إلى كونها تعتبر أهم مظاهر التدخل التشريعي الحديث في نظرية العقد، من خلال إقرار العديد من الآليات الجديدة، التي أريد بها تحقيق التوازن العقدي أو الفني المختل بين طرفي العقد، مع مراعاة ضرورة الحفاظ على استقرار المعاملات قدر المستطاع. وبناء على ذلك، فقد جاءت هذه الدراسة بهدف بحث تلك المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي.

وتبعا للتصور سالف الذكر، فإننا نطرح الإشكال التالي: ما هي المعالم الجديدة التي استحدثتها التشريعات الوضعية بخصوص نظرية العقد لمواجهة الأوضاع التعاقدية الجديدة التي عجزت عن مواجهتها القواعد التقليدية؟ وما مدى توافق هذه المعالم مع أحكام الفقه الإسلامي؟

ويمكن الدافع من وراء قيامنا بهذه الدراسة، في محاولة المقارنة بين أحكام القانون الوضعي والفقه الإسلامي في إطار نظرية العقد، وذلك من خلال عرض المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية، ثم مقارنتها مع أحكام الفقه الإسلامي لبيان الحلول التي اقترحها بشأن الإشكالات العملية المتعلقة بنظرية العقد، التي كانت ولا تزال محل بحث من قبل الفقه الغربي والعربي على حد سواء.

ولهذه الدراسة أهمية علمية وعملية، تظهر من خلال بيان الحلول التشريعية والقضائية والفقهية لمختلف المستجدات المتعلقة بنظرية العقد، لتسهيل اللجوء إليها، والإحاطة بأحكامها، ومن ثم تطبيقها عمليا، وإفادة المتعاقد منها؛ إذ لا يخفى أن نقص الوعي القانوني لدى المتعاقد البسيط، لا سيما في البلدان النامية، وما ينجم عنه من جهل بأحكام قانونية موجهة لحماية طائفة كبيرة من المتعاقدين، يؤدي بلا شك إلى تعطيل أعمال النص القانوني، وتفويت فرص تحقيق التوازن العقدي المأمول.

أما عن مجال الدراسة في التشريعات الوضعية، فهو محدود بالمشعر الجزائري، وبعض التشريعات المقارنة، على غرار التشريعات العربية، والقانون الفرنسي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية لهذه التشريعات، واستنباط الأحكام المتعلقة بها، ومقارنة بعضها ببعض، ثم مقارنتها بعد ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي، وذلك فيما تسمح به المقارنة. وأما بالنسبة للفقه الإسلامي، فمجال الدراسة فيه محدود بالمذاهب الفقهية الأربعة المعتمدة، إضافة إلى مذهب الظاهرية في بعض المسائل التي خرج فيها عن جميع المذاهب الأربعة، ثم محاولة ترجيح الآراء في كل مسألة من المسائل، بشكل موضوعي.

وبخصوص منهج البحث، فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي؛ من أجل تحليل معظم جوانب الدراسة، مع استعمال المنهج المقارن في عرض مختلف التوجهات التشريعية، والفقهية، والقضائية، والمقارنة بينها.

وقد آثرنا تقسيم هذه الدراسة إلى مقدمة وبابين وخاتمة، وقد اشتمل كل باب على فصلين، يحتويان جملة من المباحث؛ ففي الباب الأول، تطرقنا للمعالم الإنشائية لنظرية العقد، ونقصد بها المعالم المستحدثة في التشريعات الوضعية، والتي لم يكن لها وجودا إلى وقت غير بعيد. وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين؛ تعرضنا في أولهما إلى التدخل التشريعي المتعلق بالرضا التعاقدي، وذلك من خلال جملة الآليات التي تصب في هذا الاتجاه، وهي منح القاضي سلطة تكميل العقد، وكذا تكريس مهلة التروي، وإقرار الالتزام بالإعلام، إضافة إلى الحلول التشريعية الموجهة لمعالجة إشكالات التعاقد الإلكتروني، فضلا عن تبني حق العدول، والخروج بذلك عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، من خلال إفقاد عقود معينة فاعليتها خلال مهلة معينة بقوة القانون، محاولين في ذلك عرض موقف الفقه الإسلامي من تلك النظريات أو الأحكام متى تيسر ذلك، وفي حدود ما تسمح به الدراسة؛ ذلك أن الهدف من الدراسة هو بيان مدى استجابة الفقه الإسلامي لتلك النظريات، لا محاولة المقاربة بين النظامين، دون اعتبار لخصوصية الفقه الإسلامي في هذا المجال. وأما بالنسبة للباب الثاني، فقد بينا فيه المعالم الإقصائية، وهي تختلف عن المعالم السابقة المعالجة في الباب الأول؛ حيث يكمن الهدف من إقرارها في الحد من فعالية العقد أو آثاره في حالات معينة. وقد قسمنا هذا الباب بدوره إلى فصلين؛ تناولنا في أولهما ظاهرة الشروط التعسفية، وما ينجم عنها من اختلال في التوازن العقدي، مع عرض الحلول التشريعية لهذه المشكلة، وبيان موقف الفقه الإسلامي منها، ومدى مكافحته للظاهرة، أما الفصل الثاني، فقد عرضنا فيه حالات إعادة النظر في العقد من خلال إقرار نظريتي الاستغلال عند تكوين العقد، والظروف الطارئة عند تنفيذه، مع محاولة بيان موقف الفقه الإسلامي من النظرتين، ومدى استجابة أحكامه لهما.

وفي آخر هذه الدراسة خالصنا إلى جملة من النتائج والاقتراحات، وذلك بعد المقارنة بين كل من التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي بخصوص تلك الأحكام.

الباب الأول: المعالم الإنشائية الحديثة: توسع التدخل التشريعي في الرضا التعاقدي

الباب الأول: المعالم الإنشائية الحديثة: توسع التدخل التشريعي في الرضا التعاقدي

نظرا لأن العقد تصرف إرادي، فإن التراضي يعتبر أول أركانه وأساسه، وقد عنيت التشريعات الوضعية بتنظيم هذا الركن من خلال العديد من النصوص التي تهدف إلى بيان مختلف الأحكام المتعلقة به؛ سواء من حيث صدوره وصحته، أم من حيث حمايته، وذلك بموجب جملة من النصوص تصب في هذا الباب. على أن التطور التكنولوجي والاقتصادي، الذي أدى إلى تطور العقود في إبرامها، جعل تلك النصوص المنظمة لركن التراضي في القواعد العامة - وإن كانت كافية إلى وقت قريب في تنظيم معظم المسائل المتعلقة بركن التراضي - قاصرة عن ضمان تعاقد عادل بين طرفي العقد، بل إن الاختصار عليها قد يؤدي إلى تكريس التوازن المختل بين طرفي العقد؛ سواء من الناحية الاقتصادية، أم الفنية، لذلك، فإن التشريعات الحديثة لم تجد بدا من إقرار العديد من القواعد والأحكام المستحدثة التي تهدف إلى إعادة تنظيم الرضا التعاقدي، وحماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف الآخر، كمهلة التروي، والالتزام بالإعلام، فضلا عن إقرار حق العدول، آخذة في كل ذلك بعين الاعتبار الفوارق الفنية بين طرفي العقد.

هذا، وعلى خلاف القواعد التقليدية، أين كانت تقتصر وظيفة المشرع من خلالها على ضمان حماية الرضا، فإن المستجدات الجديدة في نظرية العقد، أدت إلى تطور وظيفة المشرع بخصوص الرضا التعاقدي؛ فأصبح يتدخل في تكوينه، من خلال إقرار العديد من الآليات التي تضمن صدوره عن بينة واختيار، فضلا عن منح القاضي سلطة إتمام التراضي في حالة عدم اتفاق الطرفين على المسائل التفصيلية، وفق شروط معينة. ولم تكتف التشريعات الحديثة بالآليات والأحكام سالفة الذكر، حيث سعت إلى تنظيم مختلف جوانب العقد الإلكتروني، وبيان مختلف أحكامه؛ باعتباره صورة مستحدثة للتعبير عن الإرادة.

وبناء على ما سبق، فإننا سنتطرق في هذا الباب إلى المعالم التشريعية الحديثة المتعلقة بتكوين الرضا التعاقدي وأشكال صدوره (الفصل الأول)، وإلى حق العدول عن العقد، ودوره في حماية الرضا المتسرع للمستهلك (الفصل الثاني).

الفصل الأول: المعالم التشريعية المتعلقة بتكوين الرضا التعاقي وأشكال صدوره

الفصل الأول: المعالم التشريعية المتعلقة بتكوين الرضا التعاقدي وأشكال صدوره

مثلما بيّنا سابقا، فإن اختلال التوازن المعرفي والاقتصادي بين طرفي العقد دفع التشريعات الحديثة إلى النص على بعض الأحكام المستحدثة التي من شأنها إعادة ذلك التوازن المختل، وحماية الطرف الضعيف من استغلال الطرف الآخر. ولعل أبرز تلك الآليات التي تصب في هذا الباب، نجد فكرة تكملة العقد، ومهلة التروي، والالتزام بالإعلام. كما أن ظهور العقود الإلكترونية، وما تتميز به من خصوصيات، جعل التشريعات الوضعية تتبناها كشكل جديد للتعبير عن الإرادة.

وسنحاول فيما يلي دراسة تلك الآليات وبيان مختلف أحكامها القانونية، وذلك من خلال التطرق للتدخل التشريعي في تكوين الرضا التعاقدي وتنويره (المبحث الأول)، وكذا البحث في الالتزام بالإعلام؛ باعتباره تكريسا قانونيا للتوازن المعرفي بين الطرفين (المبحث الثاني)، ثم الحديث عن التعاقد الإلكتروني والإشكالات المتعلقة به (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التدخل التشريعي في تكوين الرضا التعاقدي

إن التصور التقليدي للعقد، الذي يجعل تكوينه شأنًا خالصا للمتعاقدين، لا دخل للمشرع فيه إلا في حدود ضيقة، لم يصمد أمام الواقع الجديد الذي أثبت قصوره؛ إذ هناك الكثير من الأحوال تجعل من تدخل المشرع، وتنظيم الرضا التعاقدي أمرا لا بد منه. وهذا ما دفع بالتشريعات الحديثة إلى التدخل في تكوين الرضا التعاقدي من خلال العديد من الأحكام، لعل أهمها منح القاضي سلطة إتمام التراضي لتكملة العقد (المطلب الأول)، وكذا إقرار مهلة التروي لتجنب الرضا المتسرع للطرف الضعيف في العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: منح القاضي سلطة إتمام التراضي لتكملة العقد

لم تلق مسألة تكملة العقد اهتماما واضحا لدى واضعي قانون نابليون؛ وذلك نظرا لتسليم القانون المدني الفرنسي آنذاك بمبدأ سلطان الإرادة، والذي ينجم عن تطبيقه الحرفي صعوبة التسليم بإعطاء القاضي التدخل وتكملة إرادة المتعاقدين؛ ذلك أنه وإن كان من المسلم به وفق تلك الفلسفة عدم جواز تعديل العقد من قبل القاضي ولو كان غير عادل من منظوره، فإنه لا يجوز له التدخل، وتكملة إرادة المتعاقدين من باب أولى. إلا أن هذا التصور وإن كان يصدق على العقود الكلاسيكية والتقليدية، والتي يسهل على المتعاقدين الإلمام بجميع تفاصيلها، وكذا آثارها، فإن ذلك متعذر الوقوع في العقود المعقدة أو المركبة، والتي أصبحت تزداد يوما بعد يوم، فأصبح المتعاقد بذلك (لا سيما الطرف الضعيف منهم) عاجزا

عن الإلمام بكافة أحكام العقد المراد إبرامه مع الطرف الآخر، وبالتالي بات من الضروري إسناد مهمة تكملة العقد في عناصره التفصيلية لشخص ثالث محايد، وهو القاضي، مع النص على بعض العوامل التي له الاسترشاد بها في سبيل ممارسة مهمته.

ويعتبر المشرع البولوني أول التشريعات التي نصت على هذا الحكم، ثم تلتها بقية التشريعات؛ سواء الغربية، أم العربية.

وبناء على ما تقدم، فإن الإلمام بفكرة تكملة العقد، وإحاطة بها علما لا يتأتى إلا ببيان موقف التشريعات منها (الفرع الأول)، ثم تحديد معيار التمييز بين العناصر الجوهرية والتفصيلية (الفرع الثاني)، وأساس التدخل القضائي لتكملة العقد (الفرع الثالث)، فضلا عن حالات عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية (الفرع الرابع)، وأخيرا التطرق إلى أدوات القاضي في تكملة العقد (الفرع الخامس).

الفرع الأول: التنظيم التشريعي لفكرة تكملة العقد

تتنازع تكملة العقد لدى التشريعات المتبينة للفكرة رأيان؛ أولهما: موسع لها ويعتبر مجرد الاتفاق على العناصر الجوهرية كافيا لانعقاد العقد، وثانيهما: ذهب إلى خلاف ذلك باعتبار الأصل هو عدم إبرام العقد ما لم يتم الاتفاق على العناصر التفصيلية المثارة.

أولا- التشريعات الموسعة لفكرة تكملة العقد:

تنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة"¹.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد سمى العناصر الجوهرية أركان العقد، واعتبر عدم الاتفاق عليها مانعا من انعقاد العقد؛ لتخلف ركن التراضي. وفي هذا يقضي الفصل 23 من مجلة الالتزامات والعقود

¹ - وتقابلها في التشريعات العربية: المادة 95 من القانون المدني المصري، والقانون المدني الليبي، والمادة 96 من القانون المدني السوري، والمادة 85 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 41 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 02/86 من القانون المدني العراقي، والمادة 155 من القانون المدني اليمني، والمادة 43 من القانون المدني البحريني، والمادة 79 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 02/141 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 52 من القانون المدني الكويتي، والمادة 79 من القانون المدني القطري، والمادة 02/100 من القانون المدني الأردني، وفي التشريعات الغربية: المادة 02/61 من قانون الالتزامات البولوني، والمادة 02 من قانون الالتزامات السويسري.

التونسية: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدين كركن له..."¹.

وقد نص على الحكم نفسه الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، مع استعماله مصطلح العناصر الأساسية، وليس أركان العقد بقوله: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية..."².

كما تقضي في السياق نفسه المادة 40 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني بقولها: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية..."³.

ويكتسي هذا الحكم الذي استحدثته التشريعات أهمية كبيرة من الناحية العملية، لا سيما بالنسبة للعقود ذات القيمة الكبيرة، وطويلة المدة التي يستغرق إنجازها مدة طويلة، ومراحل متتالية، فمن دون هذا الحكم يصعب إبرام هذه العقود في الوقت المناسب¹.

والذي يتبين من خلال ما سبق، هو تعلق النص بتحديد المتعاقدين لمسائل لم يتم الاتفاق عليها، واحتفظا بها ليتم الاتفاق عليها لاحقاً، فبالرغم من عدم اتفاق المتعاقدين على تلك المسائل إلا أن العقد يعتبر تاماً بموجب هذا النص. والذي يبرر هذا الحكم هو عدم اعتبار تلك المسائل غير المتفق عليها عند التكوين الجوهرية في العقد؛ إذ لو كان الأمر كذلك لثم إثارها من قبل المتعاقدين، كما أن القانون قد افترض انصراف نية المتعاقدين إلى إبرام العقد دون الاتفاق عليها، حتى لو وقع خلاف بينهما حولها بعد ذلك، ما دام أنهما لم يشترطا عند التعاقد عدم تمام العقد حالة عدم الاتفاق عليها. فبتفسير نية المتعاقدين على هذا النحو أباح القانون للقاضي التدخل، والحكم فيما اختلف فيه المتعاقدين من عناصر تفصيلية بمراعاة ضوابط معينة².

وهي بذلك تخرج القاضي عن وظيفته المألوفة في إطار العقد من ناحيتين؛ أولهما: أن وظيفته هنا لا تقتصر على تفسير العقد³؛ حيث أنه بموجب هذه المادة قد أعطي له دوراً في صنع العقد، والبت في

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص.129.

² - عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.233.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر - الإثبات - الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966، ص.72. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان

مسائل تفصيلية تخصه¹، أما ثانيهما: فتتمثل في خروجها عن الأصل القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فالمتعاقدان هما من يتوليان تحديد مضمونه، والالتزامات المتعلقة به، دون أي تدخل من الغير؛ ذلك أن العقد باعتباره تصرفاً قانونياً وجب أن يكون للإرادة الدور الأوحد في تنظيم مسأله، ومن ثم لا يمكن لإرادة خارجة، حتى لو تعلق الأمر بالقاضي، أن تتولى تنظيم أو تكميل العلاقة التعاقدية².

ويعود تبني التشريعات لهذا الحكم إلى الرغبة في تحقيق الأهداف التالية³:

- النقص المتوقع في تنظيم العقد من قبل المتعاقدين، والسعي إلى تكميله عن طريق قواعد موضوعية، من دون التطلب من القاضي البحث عن إرادة المتعاقدين بصدد المسألة الناقصة.

- أن كثرة الجهود القضائية المبذولة في هذا المجال هو الذي أدى إلى استحداث التزامات جديدة على عاتق أحد المتعاقدين أدت بدورها إلى تقوية مضمون العقد، لا سيما في ظل التطور العلمي والتكنولوجي الذي أدى بدوره إلى تطور العقود. وبهذا باتت فكرة تكملة العقد وسيلة حمائية في يد القضاء لحفظ مصلحة الطرف الضعيف في العقد، فابتدع التزامات جديدة⁴، لا سيما في عقود الاستهلاك، أدى إلى إرساء نظرية عامة في التكميل، وهذا من شأنه إعادة التوازن العقدي بين طرفي العقد.

- كما أن القاضي لا يتدخل في عملية تكميل العقد إلا بناء على طلب أحد المتعاقدين أو كليهما، وذلك بعد عجزهما عن الوصول إلى اتفاق بشأن المسألة المثارة، لذلك فإن التدخل القضائي في هذه الحالة يكون إلى جانب إرادة المتعاقدين المتفقة على العناصر الجوهرية؛ إذ يهدف القاضي من وراء هذا التدخل إلى سد الفراغ التشريعي، وتنظيم المشكلة التي لم يقدّر التشريع بتنظيمها.

المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص.75. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، ومدمع بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015-2016، ص.79. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1976-1977، ص.118. سمير تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.40.

¹ - خالد الحديشي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص.80.

² - ابتسام دريزي، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر، العدد 12، الجزء الأول، 2018، ص.144.

³ - خالد الحديشي، تكميل العقد، المرجع السابق، ص.85 وما بعدها.

⁴ - لعل أبرز الالتزامات التي ابتدعها القضاء بصدد حماية المستهلك، نجد الالتزام بالإعلام، والالتزام بالسلامة، وهي التزامات ملقاة على عاتق المحترف باعتباره طرفاً قوياً في العقد.

- كما أن العقد قد يكون بحاجة إلى الإكمال إذا لم يتفق الاتفاق عند تكوينه على بعض الالتزامات التي لا يمكن تحقيق الغرض المقصود من العقد بدونها، أو التي يتعذر بدونها تنفيذ الالتزامات؛ ذلك أن كل عقد يحتوي على التزامات تبعية تلزم المتعاقدين حتى ولو لم تنصرف إليها إرادتهما؛ كي يكون تنفيذه متفقا مع ضرورات حسن النية.

ثانيا- التشريعات المضيقّة لفكرة تكملة العقد:

خلافًا للاتجاه السابق، يرى اتجاه تشريعي ثانٍ عدم كفاية العناصر الجوهرية لإبرام العقد، ما دام قد ثبت أن مضمون العقد وفقا لما أعلنه أحد الأطراف يشمل أمورا أخرى غير تلك المتفق عليها، فتظل بذلك مرحلة التفاوض قائمة إلى أن يتم الاتفاق بشأن تلك المسائل، ما لم يتفق الطرفان على إبرام العقد دون الاتفاق حولها؛ سواء صراحة، أم ضمنا، فإذا تخلف هذا الاتفاق، وقام الشك لدى القاضي حول النية الحقيقية للطرفين، تعين عليه حينئذ اعتبار العقد غير قائم. فالتوقف لبورة نقاط الاتفاق لا يعني إطلاقا ميلاد العقد؛ وإنما يكون من أجل استكمال مسيرة التفاوض. ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني الألماني في المادة 154 منه¹.

وتجدر الإشارة، إلى أن الخلاف القائم بين القانون الألماني، وباقي القوانين الأخرى لا يظهر عمليا إلا في حالة عدم إمكان التعرف على ما اتجهت إليه إرادة الطرفين في حالة الشك، حيث تعتبر القوانين الأخرى العقد منعقدا بمجرد ثبوت الاتفاق على العناصر الجوهرية، أما القانون الألماني فذهب إلى عدم انعقاد العقد، ولو تضمن الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية. أما في الحالة الأخرى -وهي حالة إمكانية التعرف على نية المتعاقدين- فإن النتيجة واحدة في الاتجاهين، فإذا تبين من خلال إعمال قواعد التفسير اتجاه إرادة الطرفين إلى إبرام العقد بمجرد الاتفاق على العناصر الجوهرية، فإن العقد يعد منعقدا حتى في القانون الألماني، وإذا تبين اتجاه إرادة المتعاقدين إلى عدم إبرام العقد إلى غاية الاتفاق على جميع العناصر التفصيلية، فإن العقد لا يتم حتى في الاتجاه الثاني، والذي يمثل القانون البولندي، والسويسري، والمشرع الجزائري، وباقي التشريعات العربية².

¹ - صالح ناصر العتيبي، دور الشروط الجوهرية والثانوية في العلاقة العقدية (فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2001، ص.55.

² - المرجع نفسه، ص.56.

ويتبين من خلال ما سبق، أن تشريعات الاتجاه الثاني توسع من نطاق تطبيق مدى كفاية الاتفاق على العناصر الجوهرية؛ فهي لا تقتصر فقط على حالة اقتصار الإيجاب على العناصر الأساسية، وصدور القبول موافقا له، بل تمده إلى حالة إثارة العنصر التبعي من قبل أحد المتعاقدين، كلما انتهى الطرفان إلى إرجاء الاتفاق على تلك المسائل التفصيلية إلى ما بعد التعاقد، شريطة عدم تعليقهما انعقاد العقد على تلك المسائل التفصيلية¹.

وقد انتصر بعض الفقه العربي² للمشرع الألماني؛ حيث يرى عدم منطقية أحكام المادة 65 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في تشريعات عربية؛ إذ حسب هذا الرأي، فإن النص سالف الذكر لم يكتف بجعل الأصل في حالة طرح العناصر التفصيلية، وعدم الاتفاق بشأنها، هو انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على العناصر الجوهرية، بل جعل الخروج عن هذا الأصل مرهونا باتجاه إرادة المتعاقدين إلى ذلك صراحة، وهذا في الوقت الذي لا يمكن فيه الحديث عن إرادة مشتركة للمتعاقدين دون ثبوت إبرام العقد، فإذا تعلق الأمر بوضع لا يكون العقد فيه قد انعقد، فلا تقوم للإرادة المشتركة قائمة في هذه الحالة. كما يضيف أصحاب هذا الاتجاه أن مصطلح الإرادة المشتركة للطرفين لا يطلق إلا في حالة التعاقد، وهذه المسألة متعلقة بعدم انعقاد العقد، فلا محل للبحث إذن عن إرادة مشتركة بعدم التعاقد قبل الاتفاق على المسائل التفصيلية، أو بعبارة أخرى اتفاق على عدم اتفاق، فيكفي في هذه الحالة لعدم انعقاد العقد إبداء أحد الطرفين أن مسألة معينة تعتبر جوهرية في نظره، وخالفه في ذلك الطرف الآخر؛ لأن الإرادة المشتركة لم تتبلور في هذا الصدد.

ويرى صاحب هذا الرأي أن سبب وقوع التشريعات في هذا الإشكال هو خلطها بين الأصل والخروج عليه؛ ذلك أن مجرد طرح مسألة معينة للتفاوض يجعل الأصل -حسب هذا الرأي- هو عدم انعقاد العقد ما لم يتم الاتفاق على هذه المسألة، ولو كانت تلك المسألة من قبيل المسائل التفصيلية، ولا تتعلق بالعناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويكون الخروج عن هذا الأصل رهينا باتفاق المتعاقدين على عدم تعليق انعقاد العقد على الاتفاق عليها، فإذا تخلف هذا الاتفاق، اعتبر ذلك مانعا من تمام العقد. وبناء على هذا الرأي، فإنه يكفي للقول بعدم إبرام العقد مجرد ثبوت طرح أحد الطرفين للمسألة التفصيلية، ولو خالفه المتعاقد الآخر، إلا أن التشريعات العربية قد قلبت الأمور، وجعلت انعقاد العقد بمجرد الاتفاق

¹ - مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص.169.

² - المرجع نفسه، ص.ص. 177-178.

على العناصر الجوهرية -رغم عدم الاتفاق على العناصر التفصيلية- هو الأصل، ولا يصرف عنه إلا باتفاق صريح بين المتعاقدين على خلافه.

ويظهر لنا أن هذا الرأي بجانب للصواب؛ ذلك أن الأخذ به قد يؤدي إلى تعطيل العقود، والمساس باستقرارها، فيكفي للتملص من العقد ادعاء أحد الطرفين الطابع الجوهري لمسألة معينة؛ من أجل القول بعدم انعقاد العقد، لذلك فإن موقف المشرع الجزائري -وباقى التشريعات- هو الأولى بالقبول؛ إذ لا يمكن افتراض عدم انعقاد العقد بمجرد تفاوض الأطراف على مسألة معينة، وعدم الاتفاق عليها مهما كانت أهميتها، فذلك وإن كان ممكن التصور في بعض العقود البسيطة، فإنه متعذر الوقوع في العقود المعقدة التي لا يمكن التراضي على جميع تفاصيلها، ثم إن المشرع بوضع قرينة الانعقاد لم يجعل منها قرينة قاطعة، بل يمكن للطرف الآخر إثبات الاتفاق مع الطرف الآخر على عدم انعقاد العقد حالة عدم الاتفاق عليها.

الفرع الثاني: التمييز بين العناصر الجوهرية والتفصيلية: بين المعيار الموضوعي والشخصي

يتبين من خلال المادة 65 من القانون المدني سالف الذكر أنه يجب التمييز بين العناصر الجوهرية والعناصر التفصيلية بخصوص تطبيق أحكام تلك المادة؛ ذلك أن التفرقة بين المسألتين يتيح لنا معرفة حكم العنصر غير المتفق عليه، فإذا كان من قبيل العناصر الجوهرية، فإنه يترتب عن عدم الاتفاق عليه عدم إبرام العقد من الأصل، أما إذا تعلق الأمر بعنصر تفصيلي أو ثانوي في العقد، فإنه يمكن تطبيق أحكام المادة 65 سالف الذكر مع مراعاة شروط وضوابط معينة.

وبناء على ما تقدم، فإن مسألة تحديد العناصر الجوهرية من عدمها لها من الأهمية بما كان؛ إذ ينجم عن ذلك التحديد معرفة الحكم القانوني للمسألة، وكذا مصير العقد المتنازع عليه.

وقد اختلف الفقه في معيار تحديد العناصر الجوهرية، وانقسموا إلى ثلاثة آراء. وفيما يلي بيان مضمون كل رأي على حدة.

أولاً- الاتجاه القائل بالمعيار الموضوعي: يرى أصحاب هذا الرأي ضرورة تحديد العناصر الجوهرية من خلال معيار موضوعي، وذلك بالاستناد إلى طبيعة العقد وماهيته لأجل تحديد العناصر الجوهرية في العقد، فعناصر العقد هي تلك التي تمكن من معرفة ماهية العقد المبرم على نحو يستحيل دونها تمييز ذلك العقد عن غيره من العقود¹.

¹ - مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 129.

ثانيا- الاتجاه القائل بالمعيار الشخصي: خلافا للرأي السابق، يرى جانب آخر من الفقه ضرورة تبني المعيار الشخصي في تحديد العناصر الجوهرية للعقد، فالمسألة تعتبر جوهرية إذا كان الطرفان يمتنعان عن إبرام العقد إذا لم يذكر حكمها في العقد، فحسب هذا الرأي، فإن نية الطرفين هي المرجع في الفصل بين المسائل الجوهرية والتفصيلية؛ فالطرفان لهما مطلق الحرية في تحديد تلك العناصر¹.

ثالثا- الاتجاه القائل بالجمع بين المعيارين: يرى فقهاء هذا الاتجاه ضرورة الجمع بين المعيارين (الموضوعي والشخصي) من أجل تحديد العناصر الجوهرية في العقد، فيتم تحديد العناصر الجوهرية من خلال أمرين؛ أولهما: موضوعي، والمتمثل في العناصر الفنية اللازمة لانعقاد العقد وصحته، وثانيهما: شخصي، والمتمثل في ما تم إثارته من قبل أحد المتعاقدين أو كليهما أثناء التعاقد من شروط². ففي هذه الحالة الأخيرة تعتبر تلك المسائل عناصر جوهرية من المنظور الشخصي للمتعاقد³.

وتبعا لذلك، فقد جرى الفقه على رد العناصر الجوهرية إلى طائفتين؛ أولهما: تضم العناصر التي تستمد صفتها الجوهرية من ماهية العقد وطبيعته، أما ثانيهما: فتضم العناصر التي تستمد جوهريتها من إرادة المتعاقدين⁴.

ويلاحظ الفارق الجوهرى بين العناصر الجوهرية العقدية، والعناصر الجوهرية الإرادية، فالأولى تكون بالضرورة جوهرية في اعتبار المتعاقدين معا؛ نظرا لانبثاقها من طبيعة العقد وذاتيته. فعنصر المبيع والثمن مثلا يعتبران دائما عنصرتين جوهرتين في عقد البيع، فلا يتصور تراضي البائع والمشتري دون الاتفاق والعلم بهما من قبل المتعاقدين معا. أما بالنسبة للعناصر الجوهرية الإرادية، فيكفي أن تكون كذلك بالنسبة لأحد الطرفين، ولو لم تكن كذلك بالنسبة للطرف الآخر⁵.

ويبدو لنا، أن الرأي الثالث هو الأولى بالقبول؛ نظرا لتوافقه مع ما ذهب إليه التشريعات، ومنها المادة 65 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية

¹ - رياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، الجزائر، العدد 13، ديسمبر 2019، ص.24.

² - المرجع نفسه.

³ - سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016، ص.41.

⁴ - مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص.139.

⁵ - المرجع نفسه.

في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها...". فيتبين من خلال المادة السابقة أخذ المشرع الجزائري -وباقى التشريعات- بالمعيار المزدوج؛ حيث نصت المادة على العناصر الجوهرية العقدية، إضافة إلى اشتراط عدم اتفاق الأطراف على أن لا أثر للعقد حالة عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية لاحقا، فبمقتضى ذلك الاتفاق تصبح تلك العناصر جوهرية في نظر المتعاقدين إلى جانب العناصر الجوهرية بطبيعتها، مما يؤكد أخذ المشرع بالرأي الثالث القائل بالمعيار المزدوج.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لتكملة العقد

نظرا للدور المهم والاستثنائي الذي يلعبه القاضي أثناء قيامه بعملية التكميل، فإن ذلك دفع بالفقه إلى البحث عن الأساس القانوني لهذا التدخل، ومحاولة تكييفه. وقد ظهر في هذا الصدد اتجاهين حاول كل منهما تقديم تصور معين بناء على فلسفته. وفيما يلي بيان مضمون الاتجاهين تباعا:

أولاً- الاتجاه القائل بالدور الكاشف للقاضي:

يرى أصحاب هذا الرأي أن القاضي عند قيامه بعملية تكملة العقد، فإن دوره في هذه الحالة لا يعدو أن يكون كاشفا لإرادة المتعاقدين بالوسائل القانونية المقررة¹.

وبناء عليه، فإن الوسائل المنصوص عليها تشريعا، والتي يستند عليها القاضي في سبيل تكملة العقد لا تعدو أن تكون ظروفًا خارجية تساهم في الكشف عن الإرادة المشتركة، وتمكن القاضي من تحديد مضمون التزام المدين، فهي بذلك تعتبر جزءا من التعبير الثانوي الذي يفصح عن الإرادة الملزمة، فالقاضي عندما يستعين بتلك الظروف الخارجية فإنه لا يكمل الإرادة؛ بل يكمل التعبير الرئيسي الذي لم يتضمن سوى المسائل الجوهرية، ولذلك يلجأ القاضي في سبيل تنظيم المسائل التفصيلية التي لم يتضمنها التعبير إلى الإرادة الباطنة للمتعاقدين التي تكشف عنها مختلف الظروف الخارجية².

ويرى أصحاب هذا الرأي أن القاضي عندما يقوم بتكملة العقد، فإنه لا يساهم في تكوين العقد؛ وإنما يساهم في تحديد نطاق العقد، وما ينتج عنه من التزامات تحكم المسائل التفصيلية التي ترك المتعاقدان تنظيمها؛ ذلك أن تدخل القاضي يأتي لاحقا على انعقاد العقد، وليس سابقا عليه³. فإرادة القاضي

¹ - خالد الحديثي، تكميل العقد، المرجع السابق، ص.144.

² - ابتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، ص.144-145.

³ - شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقها في العقود المدنية، (عقد الكفالة- عقود الاستهلاك- عقد العمل) أنموذجا، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2022، ص.172.

تتدخل إلى جانب إرادة المتعاقدين من أجل تنظيم بعض المسائل التفصيلية المتعلقة بالعقد، وذلك بعد أن يكون العقد قد اكتمل إبرامه باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية. فالالتزامات التي يقوم القاضي بإضافتها تعتبر التزامات تبعية تضاف إلى المسائل الجوهرية المبرم بشأنها العقد¹.

ويفرق هذا الاتجاه بين حالتين؛ وهما توقع المتعاقدين للمسألة المتروكة، أو عدم توقعهما، فبالنسبة للحالة الأولى فإن وظيفة القاضي تقتصر على الكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين، أما في الحالة الثانية فتكمن وظيفته في استخلاص الإرادة المفترضة للمتعاقدين من قبل المشرع².

ويتبين من خلال ما سبق، أن القاضي يساهم في استكمال جوانب موضوع العقد بعد تقرير انعقاده، دون أن يشارك في ذلك التكوين الذي اكتمل وفق اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية على أقل تقدير. فالعقد صنعته الإرادة، لكن وفق قواعد أو قوالب موضوعية، وكما يمكن للإرادة ذاتها استكمال العقد، أو تعديله، أو إنهاءه باتفاقات لاحقة، فقد أباح القانون لأطرافه الطلب من القاضي تكميله، وتعديله، وفسخه في حالات معينة³.

ويؤخذ على هذا الرأي تناقضه مع النصوص التشريعية في هذا المجال؛ إذ بالرجوع إلى نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد..."، يتضح أن المسائل التفصيلية لا علاقة لها بإرادة المتعاقدين؛ فلا توجد أي مؤشرات توحى بوجود إرادة، ولو كانت مفترضة، مما يدل على أن هناك جزءاً من مضمون العقد لا ينتج عن التعبير عن إرادة التعاقد⁴.

كما يضيف خصوم هذا الاتجاه أنه لا يمكن إرجاع كل ما يضيفه القاضي إلى إرادة الأطراف؛ ذلك أن عملية التكميل قد تتم بناء على إرادة المشرع من خلال القواعد المكملة، أو إرادة المجتمع من

¹ - خالد الحديثي، تكميل العقد، المرجع السابق، ص.ص. 146-147.

² - المرجع نفسه، ص. 147.

³ - حيدر فليح حسن ومحمد غانم يونس، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العراق، العدد 02، 2018، ص. 154.

⁴ - سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص.ص. 134-135.

خلال الرجوع إلى العرف، ولا شك أن هذه القواعد قد لا تتلاءم مع إرادة المتعاقدين في كثير من الأحيان¹.

ثانياً- الاتجاه القائل بالدور المنشئي للقاضي:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول أن وظيفة القاضي عند تكملة العقد تخرج عن المألوف؛ فهو لا يقتصر دوره في هذه الحالة على تفسير إرادة المتعاقدين فحسب، بل يقوم بتنظيم المسائل التفصيلية غير المتفق عليها².

وبناء على ما تقدم، يرى أصحاب هذا الرأي ضرورة التوسيع من سلطة القاضي عند ممارسته مهمة التكميل؛ إذ يرون تمتعه بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، مما يؤدي إلى القول بمساهمته في صناعة وبناء العقد، وذلك على افتراض أن نية طرفي العقد اتجهت إلى حلول القاضي محل إرادتهما للبحث في ما اختلفا فيه من مسائل تفصيلية³.

ويرى هذا الاتجاه أن الرجوع بشكل دائم إلى الإرادة العقدية؛ سواء كان تلك الإرادة حقيقية، أم مفترضة، من أجل تحديد مضمون العقد فيه نوع من التحكم؛ إذ الأولى هو الاستناد إلى النصوص القانونية في تفسير هذا التدخل القضائي⁴.

فالالتزامات التي يتم من خلالها تكملة إرادة الطرفين تكون ناتجة عن الالتزام الأصلي في العقد، والذي يعتبر مصدراً لها، فهي تأتي لتكمله ولو لم يتم الاتفاق عليها؛ ذلك أنه لا يمكن تحقق الأثر الأصلي بدونها. فهذه الالتزامات إذن تبقى خارجة عن إرادة المتعاقدين؛ فهي محددة في القانون بصفة موضوعية، وتطبق بالنظر إلى نوع وطبيعة العقد بقوة القانون، وبغض النظر عن إرادة المتعاقدين⁵.

¹ - علي فيصل علي الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص.298.

² - شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاً في العقود المدنية، المرجع السابق، ص.172.

³ - حيدر فليح حسن ومحمد غانم يونس، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها، المرجع السابق، ص.ص.152-153.

⁴ - أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 13، العدد 49، السنة 16، 2011، ص.98.

⁵ - سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص.ص.135-136.

وما يؤكد هذا الرأي، هو أن تكملة العقد في بعض الأحيان يكون بأمور لم يتوقعها المتعاقدان، فكيف يقال بعد ذلك أن لإرادة المتعاقدين شأنًا فيها¹؟

ويبدو لنا أن الرأي الثاني، والقائل بانفصال إرادة المتعاقدين عن القاضي هو الأولي بالقبول؛ ذلك أن العناصر التفصيلية المحددة تشريعيًا، والذي يتعين على القاضي اتباعها لم يتم النص عليها افتراضًا لإرادة المتعاقدين، بقدر ما هو تدخل تشريعي لضمان تنفيذ العقد، وحل النزاعات المتعلقة به. أما بخصوص قول الاتجاه الأول بكشف القاضي عن إرادة المتعاقدين، فذلك يرجع في نظرنا إلى تأثر أصحاب هذا الرأي بالمذهب التقليدي الذي يرى أن العقد شأن المتعاقدين، ولا ينبغي لأي طرف ثالث مهما كان مركزه التدخل فيه، لذلك قالوا بذلك الرأي؛ كي تبقى المسألة في ضوء القاعدة العامة المسلم بها، ولا يتم الاضطرار إلى إيجاد أساس قانوني لاستثناء جديد.

الفرع الرابع: حالات عدم الاتفاق على العناصر الجوهرية

تثير عملية الاتفاق على المسائل الجوهرية من الناحية العملية ثلاث حالات يختلف الحكم في بعضها عن الأخرى. وتتمثل تلك الحالات في ثلاث فرضيات، وهي²:

أولاً- الاكتفاء بالاتفاق على العناصر الجوهرية، وعدم التعرض للمسائل التفصيلية: ففي هذه الحالة، فإن العقد يعتبر منعقدًا بين الطرفين، على افتراض أن نية المتعاقدين اتجهت إلى الأخذ بالعوامل المنصوص عليها في المادة 65 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات الأخرى.

ثانياً- مناقشة الطرفين للمسائل التفصيلية دون التوصل إلى اتفاق بشأنها: ففي هذه الحالة لا يتم العقد إذا ما تبين أن إرادة الطرفين اتجهت إلى عدم إبرام العقد حالة عدم الاتفاق عليها، فلا ينعقد العقد إذن إلا بالاتفاق على تلك المسائل التفصيلية.

ثالثاً- إرجاء المتعاقدين مناقشة المسائل التفصيلية إلى ما بعد التعاقد: ففي هذه الحالة ينعقد العقد بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية، بشرط عدم الاتفاق على أنه لا أثر للعقد في حالة عدم الاتفاق عليها. وهذه الحالة الوحيدة التي تعرض لها المشرع الجزائري في المادة 65 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 95 من القانون المدني المصري.

¹ عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1971، ص.110.

² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.74-75.

الفرع الخامس: أدوات القاضي في تكملة العقد

نظرا لما قد يترتب عن إعطاء القضاء سلطة تكملة العقد من تحكم للقاضي، وفرضه التزامات على المتعاقدين قد تتنافى مع مقتضى العقد، أو الغرض المقصود منه، فإن التشريعات التي أخذت بفكرة تكملة العقد لم تطلق يد القاضي في التعامل مع العقد وتكملته، بل إنها قد نصت على العديد من العوامل التي يسترشد بها في سبيل ممارسة مهمته هذه؛ وذلك كي لا تخرج عملية التكميل عن الغرض الأساسي منها؛ وهو استقرار المعاملات، وتكريس مبدأ الثقة في المعاملات.

وتبعاً لذلك، فقد نصت تلك التشريعات على العديد من الضوابط التي يسترشد بها القاضي عند نظره في تكملة العقد. وسنتعرض لكل هذه الضوابط على حدة.

أولاً- طبيعة المعاملة: وتعتبر أول عامل نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري لأجل تكملة العقد. فطبيعة المعاملة قد تفرض وجود التزام على عاتق أحد الطرفين لم يعرض له المتعاقدان في العقد¹. وبناء عليه، فإن للقاضي استكمال نطاق العقد من خلال الرجوع إلى طبيعة المعاملة، فمن باع شيئاً يعتبر قد باع ملحقات ذلك الشيء، ولو لم يتم ذكرها في العقد، ومن باع متجراً فإنه يلتزم بتسليم سجلاته إلى المشتري الجديد، ومن باع سيارة فإنه يلتزم بتسليم كل الأدوات اللازمة لتسييرها².

ولم يوضح المشرع المقصود من طبيعة المعاملة، والتي يسترشد بها القاضي في سبيل تكملة العقد، لهذا ذهب بعض الفقه إلى توضيح المقصود من طبيعة المعاملة بناء على التنظيم القانوني للعقد؛ باعتبار أن القانون هو من يتولى تنظيم العلاقة العقدية، وبناء عليه، فإنها تعرف على أنها: "الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه، أو هو التنظيم القانوني للمادة التي عاجلها المتعاقدان في عقديهما"³.

ثانياً- القانون: ومن بين المعايير التي يستند إليها القاضي في سبيل تكملة العقد هي التشريع، والواقع أن التنظيم التشريعي يتضمن الكثير من النصوص القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين؛ سواء كان ذلك في إطار النظرية العامة للعقد، أم ما ورد في أحكام العقود المسماة، فإذا كان العقد من العقود المسماة، فإن بنوده تكمل بالقواعد القانونية المتعلقة بذلك العقد، ثم بالقواعد العامة لنظرية العقد، أما إذا كان العقد من

¹ - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 307.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيّدة ومنقحة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2012، ص. 294.

³ - ابتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، ص. 148.

العقود غير المسماة، فإن بنوده تكمل بالقواعد العامة للعقد، ثم بتطبيق القواعد المنصوص عليها بالنسبة لأقرب العقود المسماة من خلال طرق الاستنتاج المختلفة¹.

وينبغي في هذا الصدد التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، فالأولى يلتزم القاضي بتطبيقها ولو تم الاتفاق على مخالفتها، أما الثانية فإن الاتفاق على مخالفة أحكامها يعتبر مانعا من تطبيق أحكامها².

ويرجع سبب النص على هذا المعيار إلى أنه كثيرا ما يصعب على المتعاقدين الإمام بجميع مسائل العقد المراد إبرامه؛ إما لعدم توقعها، أو لاعتمادهم على الأحكام القانونية في بعض التفاصيل³. فما دام أن العقد لم يتضمن اتفاق على استبعاد تلك القواعد القانونية، فإنها تطبق، وتحمل المتعاقدان ما تتضمنه من آثار⁴.

وعليه، فإن المشرع يسعى من خلال القواعد القانونية المتعلقة بتكميل العقد إلى تحقيق هدفين اثنين؛ أولهما: تفعيل العقد، وذلك بإكمال ما اتفق عليه الطرفان كلما كان ذلك جائزا وضروريا؛ لأن المشرع يفضل استقرار المعاملات والحفاظ عليها بدلا من تعطيلها أو هدمها، أما ثانيهما: فيكمن في حماية المتعاقدين من بعضهم البعض نتيجة الجهل ببعض المسائل القانونية⁵.

وتجدر الإشارة، إلى أن سريان القواعد القانونية المكملة على العقد لا يكون بأثر رجعي؛ إذ لا تنسحب تلك القواعد على العقود المبرمة قبل صدورهما؛ لأن هذه العقود قد وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تحكم إرادة المتعاقدين؛ لذلك لا يجوز نسخها بأحكام لاحقة⁶. ومن أمثلة القواعد القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين، ما تقضي به قواعد عقد البيع من دفع ثمنه في مكان تسليم البيع، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك⁷.

¹ - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني الجزائري وأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص.144.

² - سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.151.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.294-295.

⁴ - محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.250.

⁵ - شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، المرجع السابق، ص.174.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.693.

⁷ - ينظر: المادة 387 من القانون المدني الجزائري.

ولما كانت تلك القواعد القانونية التكميلية لا تعدو أن تكون إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فإنه يجوز للمتعاقدین الاتفاق صراحة أو ضمناً على استبعادها، أو تعديلها، أو تقييدها على النحو الذي يريانه؛ إذ ليست من النظام العام¹.

ويرى الفقه أن تكميل العقد من خلال الاستناد إلى القواعد القانونية المحددة من قبل المشرع يتم بعيداً عن الإرادة، بل إن الطرفين قد يجهلان بوجود تلك القواعد القانونية أصلاً، مما يؤكد مرة أخرى تعاون القانون مع الإرادة في تحديد آثار العقد².

ثالثاً- العرف: يعدّ العرف في مجال المعاملات المالية بمثابة القانون غير المكتوب³، ويعتبر من أبرز الآليات التي يستند عليها القاضي في ممارسة عملية التكميل، لذلك يرى بعض الفقه أن تطبيق عملية تكملة العقد بشكل فعلي ومكثف لا يتأتى إلا بالاستناد إلى العرف⁴.

ويلعب العرف دوراً هاماً لا سيما في مجال المعاملات التجارية، وكما يعتبر العرف من عوامل تفسير العقد، فإنه يعتبر كذلك من عوامل تحديد نطاقه، ويتصل بالعرف الشروط المألوفة، فتضاف إلى الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه؛ ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها شمولها على عبارات معينة حتى صار تكرارها غير ذي فائدة، فأصبح كل متعاقد مطالب بتنفيذ تلك الشروط، ولو لم يتم ذكرها في العقد؛ لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد⁵.

ومن أمثلة قواعد العرف المكملة للعقد، ما تقضي به قواعد الأعراف التجارية بقيام التضامن بين المدنيين في حالة تعددهم، ولو لم ينص على ذلك في العقد⁶، وأيضاً ما تقضي به بعض البلدان من إضافة نسبة مئوية إلى ما يدفع في المطاعم، والفنادق، والمقاهي، وهو ما يعبر عنه "بالخدمة"⁷، أو ما تقضي به

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 693.

² - خالد الحديشي، تكميل العقد، المرجع السابق، ص. 104.

³ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص. 276.

⁴ - ابتسام دريزي، سلطة القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص. 149.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 693-694.

⁶ - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 306.

⁷ - عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 160.

قواعد الأعراف في المناطق التي تعتبر مياه سقي الأراضي الزراعية تابعة للأرض، فإن بيع الأرض يشمل كذلك الحق في المياه التي تسقى بها الأرض المبيعة"¹.

فالعرف إذن يكمل ما اتفق عليه المتعاقدان؛ ذلك أن اتفاق المتعاقدين يحرك من القواعد العرفية المرتبطة بنوع العقد، أو بالتزامات من الالتزامات المنصوص عليها متضمنة التزامات أخرى لم يتم إثارتها من قبل المتعاقدين صراحة أو ضمناً. وبما أن قواعد العرف هي قواعد موضوعية، وخارجة عن إرادة الأطراف، فإنها تطبق ولو تم السكوت عنها من قبل المتعاقدين².

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالعرف هنا هو العرف المكمل لا العرف المفسر، والفرق بينهما يكمن في أن الثاني يتم الرجوع إليه عند غموض عبارة العقد، أما الأول فهو الذي يرجع إليه عند عدم وجود عبارة تنظم بعض المسائل المتعلقة بالعقد³.

وبناء على ذلك، فإن العرف يعتبر مكملاً للتشريع في الحالة التي يخلو فيها القانون من قاعدة تشريعية تنظم العقد، فدور العرف هنا يكمن في سد الفراغ التشريعي في مسألة من مسائل العقد⁴.

رابعاً- قواعد العدالة: وتعتبر قواعد العدالة آخر الوسائل التي يلجأ إليها القاضي في سبيل تكملة العقد. والمقصود بالعدالة هنا، هي العدالة المكملّة لآثار العقد في مسألة معينة. ولا يتم اللجوء إلى قواعد العدالة إلا إذا لم يجد القاضي حكماً في القانون أو العرف⁵.

وقد كان هدف المشرع من وراء النص على معيار العدالة، هو تمكين القاضي من الاجتهاد برأيه ليحسم النزاع المعروض أمامه، وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدالة بين الأشخاص⁶.

فجوهر فكره العدالة هو حصول كل شخص على حقه، فهي بذلك تعدّ وسيلة لتحقيق التوازن في المجتمع والمحافظة على النظام⁷.

¹ - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول، مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1972، ص.251.

² - سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، ص.92.

³ - عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1960، ص.206.

⁴ - خالد الحديثي، تكميل العقد، المرجع السابق، ص.116.

⁵ - عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.205.

⁶ - رياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، المرجع السابق، ص.28.

⁷ - شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، المرجع السابق، ص.178.

ويحاول القاضي من خلال الاستناد على قواعد العدالة إيجاد حلول تضمن المساواة بين طرفي العقد من جهة، والمحافظة على استقراره من جهة أخرى¹.

وما يؤكد أهمية هذا المعيار، هو أن كثيرا من الأمور التي تقضي بها العدالة قد تم النص عليها تشريعا، ومن ذلك التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة².

ويسترشد القاضي بقواعد العدالة في سبيل استكمال العقد، ومن أمثلتها التزام بائع المتجر بعدم منافسة المشتري، وذلك بالامتناع عن انتزاع عملاء المتجر، فهذا الالتزام تفرضه قواعد العدالة، ولو لم يتم النص عليه في العقد، كما يعتبر من قبيل قواعد العدالة التزام البائع بالكف عن أي عمل من شأنه أن يؤدي إلى جعل نقل الملكية عسيرا أو مستحيلا³، والالتزام عامل المصنع بعدم إفشاء أسرار العمل إلى مصنع آخر منافس، ولو لم يتم اشتراط ذلك في العقد⁴.

وحتى لا يتهم القاضي بالنكول عن القضاء، أو بإنكار العدالة، فإنه دائما ما يلجأ إلى العدالة ليستلهم منها الحل المتعلق بالمسألة محل النزاع. ولا يقتصر دور القاضي هنا على الوقوف عند إرادة المتعاقدين فحسب؛ بل أيضا استعراض ظروف الدعوى، والتي تكشف عنها ظروف الواقع، مما يؤدي إلى إعطاء الحل الأكثر عدالة، وجعله متفقا مع القانون والمنفعة المشتركة⁵.

وينبغي الإشارة، إلى أن القاضي وعند تكملته للعقد استنادا على عنصر العدالة، فإنه لا ينظر إلى العدالة من خلال منظوره الشخصي؛ بل يتعين عليه الانطلاق من اعتبارات موضوعية تنسجم مع موضوع العقد⁶.

ويرى الفقه أن سلطة القاضي تزداد حين يتم الرجوع إلى قواعد العدالة؛ لأنه يقوم في هذه الحالة بخلق المعيار الذي يستخدمه في أعمال سلطته التقديرية؛ سواء كان ذلك المعيار شخصيا، أم موضوعيا⁷.

¹ - ابتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص.149.

² - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، مع المقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر والأهلية، بغداد، العراق، 1963، ص.337.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.296.

⁴ - سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.152.

⁵ - رياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، المرجع السابق، ص.19.

⁶ - سعاد بوختالة، سلطة القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص.100. رياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، المرجع السابق، ص.28.

⁷ - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.147.

وغني عن البيان، فإن القاضي يتدخل بتطبيق مبادئ العدالة ولو لم يتم الإشارة إليها في العقد، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا؛ لتعلق الأمر بمسألة موضوعية¹.

وتجب الملاحظة، إلى أن مسألة تقدير الطابع الجوهرى أو الثانوي للمسألة محل الخلاف تعتبر من قبيل عملية التكييف، فهي بذلك تعتبر مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا².

وتبرز بصدد مسألة تكملة العقد مسألة أخرى، مفادها اتفاق المتعاقدين مباشرة بعد تمام العقد بينهما على مسائل جديدة، فهل تعتبر تلك المسائل المتفق عليها عقدا جديدا، أم أنها جزء من الاتفاق السابق؟

وقد سكت المشرع الجزائري، ومعظم التشريعات العربية الأخرى عن بيان حكم هذه المسألة، إلا ثلاث تشريعات منها فقط بينت حكم المسألة. حيث نص الفصل 23 من مجلة الالتزامات والعقود على ما يلي: "...وما غيره في الاتفاق لا يعتبر عقدا جديدا بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرح بخلافه". كما نص المشرع المغربي على الحكم نفسه في الفصل 02/19 من قانون الالتزامات والعقود، والذي جاء فيه: "والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه".

وتجدر الإشارة، إلى أنه مقارنة مع النص الفرنسي للفصل 19، فقد سقطت عبارة "عقدا جديدا وإنما" من الترجمة العربية، وبهذا تكون الصياغة الصحيحة للفصل 19 على النحو التالي: "لا تعتبر عقدا جديدا وإنما جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه"³.

وقد حذا المشرع الموريتاني حذو هذين التشريعين، ونص على هذا الحكم بموجب المادة 02/40، والتي تقضي بما يلي: "والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه تعتبر جزءا من الاتفاق الأصلي، وذلك ما لم يصرح بخلافه".

وأخيرا وبعد عرض العوامل التشريعية المنصوص عليها لأجل تكملة العقد، فإن التساؤل المطروح في هذا المجال، هو عن ماهية ترتيب تلك العوامل؛ أهو ترتيب حجية، أم ترتيب صياغة؟ وبمعنى آخر هل يلتزم

¹ - سعاد بوختالة، سلطة القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص.101.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص.164. العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.147.

³ - يراجع: مجلة الالتزامات والعقود المغربي، ص.10. الهامش رقم: 23.

القاضي بالترتيب الوارد في نص المادة 65، وما يقابلها من مواد في التشريعات الأخرى، أم أن ذلك يدخل في رحاب سلطته التقديرية؟

وللإجابة عن التساؤل سالف الذكر، فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين؛ أولهما: يرى ضرورة تقييد القاضي بالترتيب الوارد في المادة 65 من القانون المدني الجزائري؛ فلا يجوز له الرجوع إلى العرف مثلا إلا في حالة عدم وجود قاعدة قانونية مكملّة لإرادة المتعاقدين، ولا إلى العدالة إلا في حالة عدم وجود قاعدة عرفية¹، أما ثانيهما: فذهب إلى خلاف ذلك؛ إذ قال بعدم التزام القاضي بالترتيب الوارد في المادة 65 من القانون المدني الجزائري؛ فله أن يبحث عن قواعد العدالة مثلا قبل اللجوء إلى العرف، كما له كذلك استعمال تلك العوامل مجتمعة².

المطلب الثاني: إقرار مهلة التروي لتجنب الرضا المتسرع

الأصل في القواعد العامة للقانون المدني وفق مبدأ الرضائية، أن العقد يبرم بمجرد توافق إرادتي الطرفين في الحال، ودون الحاجة لتأجيل ذلك إلى وقت آخر؛ باعتبار أن تراضي المتعاقدين دليل على رغبتهما الآنية في إبرام العقد. وإذا كان الأمر على هذا النحو في القواعد العامة، فإن إعماله في عقود الاستهلاك قد يؤدي إلى نتائج عكسية، كإقدام شخص على إبرام عقد، دون يّينة من أمره؛ بسبب تسرعه، أو عدم قراءته لبنود العقد قراءة كاملة، وشاملة، ووافية. لذلك فقد منحت تشريعات الاستهلاك الطرف الضعيف في العقد ما يسمى بمهلة التروي أو التفكير، وهي مهلة غرضها حماية الطرف الضعيف من القبول المتسرع للعقد، وجعله يتحرى الأمر جيدا قبل إصدار قبوله، فإن عزم كان على بصيرة من أمره، وهو ما يؤدي بلا ريب إلى تقليل المنازعات مستقبلا بين الطرفين حول العقد.

وبناء على ذلك، فإننا سنتطرق إلى مفهوم مهلة التروي (الفرع الأول)، ونبين آليات تكريسها (الفرع الثاني)، وبعدها تحديد القانونية لهذه الآلية (الفرع الثالث)، ثم نتحدث عن التنظيم التشريعي لها (الفرع الرابع)، وأخيرا سنحاول المقارنة بين هذه الآلية وبعض النظريات في الفقه الإسلامي (الفرع الخامس).

¹ - علي فيصل علي الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، المرجع السابق، ص. 320.

² - سعاد بوختالة، سلطة القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص. 102.

الفرع الأول: مفهوم مهلة التروي

باعتبار أن القواعد الموضوعية من قبل تشريعات الاستهلاك -وكذلك مهلة التروي- تعتبر في معظمها استثناء وخروجاً عن القواعد العامة للقانون المدني، فإن دراستها، والإحاطة بها علماً، يقتضي التطرق إلى الإطار المفاهيمي لهذه الآلية، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال محاولة تعريفها (أولاً)، وتمييزها عن حق العدول (ثانياً)، ثم بيان مبررات الأخذ بها، أو تبنيها من قبل التشريعات الحديثة (ثالثاً).

أولاً- تعريف مهلة التروي:

لم تتول تشريعات الاستهلاك تعريف مهلة التروي، بل اكتفت بالنص عليها كآلية حامية موجهة للمستهلك. وبناء على ذلك، فإن محاولة تعريف هذه الآلية تكون على ضوء التعاريف الفقهية، والملاحظات الواردة عليها.

وقد عرف البعض مهلة التروي بأنها: "منح المستهلك فترة زمنية معينة قبل الارتباط بالعقد نهائياً، حيث يلتزم المهني خلال هذه الفترة بالإبقاء على العرض، ولا يستطيع الرجوع عن إيجابه خلال هذه المدة التي تعطي الفرصة للمستهلك؛ كي يتروى ويتدبر في أمر التعاقد، ومدى ملائمة العقد له، فإذا وجد أن في التعاقد مصلحته أكمل باقي إجراءاته، أما إذا وجد غير ذلك، فإنه يعدل عن إبرام العقد"¹.

ويؤخذ على هذا التعريف، عدم بيان مصدر مهلة التروي، والمتمثل في النص القانوني، الذي كرس هذا الحق، كما أنه لم يوضح أثر هذه الآلية على إرادة المستهلك، والمتمثل في حظر صدور القبول خلال مدة معينة، مكتفياً ببيان أثرها على إلزام إرادة الموجب.

وعرفت هذه الآلية أيضاً بأنها: "فترة كافية من الزمن تمنح للمستهلك من أجل التفكير في مضمون العرض المقدم له من جهة؛ لإمكانية الإقدام من عدمه على التعاقد بحرية واختيار، بعيداً عن أية ضغوط، أو شروط يذعن لها، وتكون محففة بحقه"².

وعلى غرار التعريف السابق، لم يتول هذا التعريف بيان مصدر مهلة التروي؛ أهو اتفاق المتعاقدين، أم نص القانون، فضلاً عن عدم بيان أثر هذه الآلية على إرادتي طرفي العقد (الموجب والقابل).

¹ - عمار زعي، الحق في العدول ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 09، 2013، ص.119.

² - زهير عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص.186.

ونقترح من جانبنا تعريف مهلة التروي على النحو التالي: "مدة معينة يمنحها القانون للمستهلك؛ باعتباره طرفاً ضعيفاً في العقد؛ من أجل التروي والتدبر الجيد في أمر التعاقد، وذلك بإلزام المحترف بالبقاء على إيجابه، وحظر القبول على المستهلك خلال تلك المدة".

وقد حاولنا من خلال هذا التعريف بيان مصدر مهلة التروي، والمتمثل في النص القانوني، وذلك لتمييزها عن بعض الآليات المشابهة، والتي تثبت باتفاق العقادين، كبيع العربون مثلاً، كما تم بيان أثر هذه الآلية على إرادتي طرفي العقد (الإيجاب والقبول).

ثانياً - تمييز مهلة التروي عن حق العدول:

قد تشابه مهلة التروي الممنوحة للمستهلك قبل إبرام العقد، مع حق العدول، والذي يمنح للمستهلك بعد إبرام العقد، وذلك من حيث الهدف من إقرارهما، والمتمثل في مكافحة ظاهرة التسرع في التعاقد. ويبدو أن ذلك التشابه هو ما دفع بالعديد من الفقه إلى الخلط بين الآليتين؛ سواء من حيث التسمية، أم من حيث الأحكام. والحقيقة أن هناك اختلاف جوهري بين تلك الآليتين، وبالتالي فإن بيان مواطن اختلافها قد يزيل اللبس، ويؤدي إلى التمييز الجيد بينهما.

حيث، ورغم التشابه الموجود بين مهلة التروي وحق العدول الذي يتيح للمستهلك الرجوع عن العقد بعد إبرامه؛ إذ إن كليهما يتيح للمستهلك التملص من الالتزام، إلا أن ذلك لا ينفي وجود عدة فوارق عملية بين الآليتين، فإن كانت مهلة العدول تمنح للمستهلك بعد إبرام العقد، وتعد استثناءً على مبدأ الرضائية، وكذا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والذي يقضي بعدم جواز نقض العقد بعد تمامه بالإرادة المنفردة، فإن مهلة التروي تعطى في المرحلة السابقة على التعاقد، وتمنع قيامه أصلاً إلى غاية انقضاء أجل معين، يكون للمستهلك خلاله التدبر والتروي قبل الالتزام النهائي بالعقد، وهذا يعد استثناءً على مبدأ الرضائية، وكذا مبدأ حرية التعاقد، واللذان يقضيان بأن كل شخص له الحق في إبرام عقد معين بمجرد طريق التعبير عن إرادته، وأنه لا يجبر على انتظار فوات مدة محددة حتى يتاح له التعاقد.

إن هذا الفرق الجوهري يكشف عن اختلاف المقصد من النظامين؛ فبينما يراد بمهلة العدول حماية الرضا بعد إبرام عقود الاستهلاك، فإن مهلة التروي جاءت بغرض تكريس الرقابة السابقة على إبرام العقد، وهذا يتمشى وفلسفة التشريعات الحديثة، التي تسعى إلى تحقيق هذه الرقابة، من خلال وضع العديد من الآليات، والتي وإن لم تضمن قيام عقد متوازن بين طرفيه؛ لاستحالة ذلك عملياً، إلا أنها تسعى إلى التقليل

قدر الإمكان من الفوارق الفنية والاقتصادية بين طرفي العقد. ولعل تنظيم مرحلة المفاوضات من قبل بعض التشريعات الحديثة، كالقانون المدني الفرنسي بمقتضى تعديل 2016 لخير دليل على تبني هذا التوجه. كما تكمن أهمية التفرقة بين النظامين، في نظرية التكوين المتعاقب للعقد على مراحل متباعدة، والتي حاول أنصارها من خلالها تقديم تفسير لكل من حالي مهلة التروي وحق العدول. إلا أنه وإن كان يسوغ لنا القول بتكوين العقد على مراحل متعاقبة في حالة مهلة التروي؛ باعتبار أن العقد لا ينعقد إلا بعد انقضاء أجل التفكير، فإن ذلك لا يستساغ بالنسبة لحالة العدول؛ باعتبار أن العقد قد تم بمجرد تراضي الطرفين، وغاية ما في الأمر أنه يكون للمستهلك العدول عنه خلال مدة معينة.

وبناء على ما سبق، فإن النظامين وإن كانا يتشابهان من حيث الغرض؛ إذ إن الهدف من إقرارها هو حماية إرادة الطرف الضعيف في العقد، وهو ما أدى ببعض الفقه إلى القول باعتبار هاتين الآلتين اليوم بحق من المعالم الأساسية لتشريعات الاستهلاك، أدى إقرارها إلى تكريس حماية فعالة لإرادة المستهلك¹. فإن الفارق الجوهرى بينهما يكمن في فترة إعمال كل منهما، فمهلة التروي تمنح خلال المرحلة السابقة للتعاقد، بخلاف حق العدول الذي يمنح في الفترة اللاحقة على إبرام العقد، كما يترتب على إعمال مهلة التروي تعطيل انعقاد العقد، أما بالنسبة لحق العدول، فيترب عن إعماله هدمه²؛ ذلك لأن إقرار مهلة التفكير كان بهدف منح المستهلك حق التراجع عن فكرة التعاقد، أما حق العدول، فقد كان الهدف من إقراره، منح المستهلك حق الرجوع عن العقد بعد تمامه³.

ومن أجل توضيح هذا الفرق، يرى الفقه أن معيار التمييز بين الآلتين يتم تحديده من خلال مدى حرية المستهلك في القبول، فإن كان القبول محضورا على المستهلك من قبل المشرع خلال المهلة القانونية، اعتبر ذلك مهلة للتروي، أما إذا لم يتم حظر القبول، فتعتبر تلك المهلة إقرارا لحق العدول⁴.

¹- Florian Maume, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse de doctorat, université d'evry-val-d'essonne, France, 2015, p.451.

²- رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص.141.

³- Sinan Al Shatinawi, Les conditions générales de vente dans les contrats électronique en droit compare franco jordanien, thèse de doctorat, université de Reims, France, 2012, p.132.

⁴- Climent Le bideau, Engagement et désengagement contractuel, étude de droit de la consommation et de droit civil, thèse de doctorat, université de Grenoble, France, 2015, p.265.

ثالثاً- مبررات الأخذ بمهلة التروي:

تسعى تشريعات الاستهلاك عن طريق النص على العديد من الآليات المستحدثة، كقاعدة عامة، إلى تقوية مضمون العقد، وتحقيق توازنه، وضمان فعالية الجزاء المترتب عن مخالفة تلك القواعد. ولم تخرج مهلة التروي عن تلك القاعدة؛ إذ إن إقرارها كان بهدف تحقيق تلك الأهداف السابقة.

ونظراً لأن ظاهرة إقدام الشخص على التعاقد دون منح نفسه الوقت الكافي للتدبر الجيد في فكرة التعاقد، ظاهرة معروفة منذ القدم، وقد سعت التشريعات التقليدية إلى الحد منها عن طريق بعض الآليات، ومن ذلك فكرة التعاقد بالعربون بدلالة العدول، والتي تعطي للمتعاقد الحق في العدول عن العقد بمقابل معين، هو العربون. على أن تلك الظاهرة وإن كانت محدودة الاستفحال في الماضي؛ إلا أنها قد تنامت في العصر الحاضر؛ بسبب الدور الذي تلعبه مؤسسات الإنتاج والتوزيع؛ حيث يكمن هدفها الرئيسي في تصريف السلع والخدمات، وتلجأ في سبيل ذلك إلى الدعايات المختلفة، التي قد تؤثر بالسلب على المستهلك العادي، والذي ينجذب إليها دون روية أو تدبر؛ وذلك حرصاً منه على الاستفادة من الامتيازات التي تمنحها هذه المؤسسات، كالحصول على بعض الجوائز، أو تقسيط الخدمة. وقد تنبه واضعو القوانين في كثير من الدول إلى عمومية الظاهرة، الأمر الذي استدعى تشخيصها، ومحاولة تقديم الحلول التشريعية لها¹. وبناء على ذلك، فإن النص على هذه الآلية له من الأهمية بما كان، ويتجلى ذلك فيما يلي:

1- يعتبر تبني مهلة التروي من طرف التشريعات تكريساً لرقابة سابقة على التعاقد، مما يؤدي إلى إمكانية الاستغناء عن الرقابة اللاحقة. ويتحقق ذلك من خلال ضمان مهلة التروي إعلاماً كاملاً للمستهلك، يجعل إرادته سليمة من الوقوع في غلط أو تدليس عند إبرام العقد. وهذه الآلية تسمح بعلاج التكاثر بين المتعاقدين، عن طريق منح المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً هذه المكنة².

2- إن إقرار مهلة التروي يمثل ضماناً للمستهلك؛ باعتباره طرفاً ضعيفاً في العقود الاستهلاكية، والتي ازدادت فيها حالة الغش والتحايل التي تمارسها مؤسسات الإنتاج والتوزيع، معتمدين في ذلك على زخم الدعاية المنظمة التي اقتحمت المنازل عبر الشاشات والشبكات المفتوحة، والتي أصبحت تؤثر أيما تأثير في المستهلك، عن طريق انتزاع رضاه، مستغلة اندفاعه الفطري للتعاقد. لذلك وجب منح المستهلك مهلة

¹ - مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص.ص. 210-211.

² - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006، ص.ص. 576-577.

للتروي، تمكنه من إبرام العقد على بينة من أمره¹؛ وذلك بقراءة بنوده بتمعن، والتفكير الجيد قبل الالتزام النهائي بالعقد لا سيما في العقود الإلكترونية².

وإن كانت هذه الآلية لم ترق أن تصبح مبدأ عاما تطبق في جميع عقود الاستهلاك، إلا أن اعتمادها في العديد من العقود الاستهلاكية الأكثر شيوعا قد يجعل منها آلية مشتركة بين جميع قوانين الاستهلاك³.

وبناء عليه، فإن الحكمة من إقرار تشريعات الاستهلاك لمهلة التروي، هي السعي إلى ضمان حماية فعالة للمستهلك في مرحلة تكوين العقد، فبالرغم من إعلام المستهلك وتبصيره في بعض الأحيان، إلا أنه كثيرا ما يقوم بإبرام العقد، دون قراءة منه لشروطه أو بنوده؛ إما بسبب عدم كفاية الوقت، أو لأن قراءته للبند كانت قراءة عابرة، دون تأن منه، مما يحول دون استيعابه الجيد لبند العقد. وبعد مرور مدة من الزمن، وفي كثير من الأحيان، يصيب المستهلك الندم على ذلك العقد، الذي لو أعطيت له الفرصة الكافية للتفكير فيه، لما أقدم على إبرامه. ولذلك فقد حرصت تشريعات الاستهلاك على إعطاء المستهلك، مهلة للتفكير سابقة عن إبرام العقد؛ من أجل دراسة بنوده بكل ارتياح، وهذا ما يجد كثيرا من ظاهرة التسرع في إبرام العقد⁴، فإذا انقضى أجل التفكير، ورأى المستهلك أن التعاقد في مصلحته، أبرم العقد، أما إذا رأى عكس ذلك، تراجع عن فكرة التعاقد، ورجوعه هذا يحول دون إبرام العقد، ولا يقصد هنا فسخ العقد؛ بل يقصد تعطيل إبرامه أصلا⁵.

وعليه، فإن هذه المهلة تتيح للمستهلك ميزة التخلص من العقد، دون أن يقف مبدأ القوة الملزمة له عائقا أمامه؛ باعتبار أنه لم ينعقد بعد، ولم يكتسب قوته الملزمة في مواجهة طرفيه تبعا لذلك. أما إذا

¹ - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، صحة العقد والاستقرار التعاقدية، الطبعة الأولى، مجمع الأعراس للنشر والتوزيع الكتاب المختص، تونس، ص.ص. 189-190.

² - Sinan al Shatinawi, les conditions générales de vente dans les contrats électronique, op. cit, p.132.

³ - Jean Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, 1ere édition, imprimerie des presses universitaires, France, 1996, p.357.

⁴ - فلة مكّي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016، ص.ص. 204-205.

⁵ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.140.

بقي المستهلك متمسكا بالعقد بعد انقضاء أجل التفكير، وعمد إلى تأكيد رضاه السابق، فيترتب عن ذلك قيام العقد منذ لحظة تأكيد القبول، أو اتصاله بعلم من وجه إليه، ولا يكون لهذا التأكيد أثرا رجعيا¹. وإضافة إلى ما سبق، فإن الحكمة من وراء إقرار مهلة التروي من قبل تشريعات الاستهلاك -في اعتقادنا- هي مكافحة عقود الإذعان، التي يترتب عنها شروطا تعسفية ضارة بالطرف المدعن؛ إذ لا يخفى على أحد الانتشار الواسع لهذه العقود، وما ينتج عن ذلك من انعدام التفاوض، أو عدم إعطاء الحق للطرف المدعن في مناقشة أو تغيير شروط العقد. وبالتالي فإن تكريس مهلة التروي، من شأنه أن يتيح للمستهلك استشارة أهل الخبرة، ومعرفة حقيقة بعض الشروط، والتي قد تبدو شروطا مألوفة؛ إلا أنها لا تخلو من الطابع التعسفي. وبناء على ذلك، فإن إقرار مهلة التفكير من شأنه التقليل من مخاطر عقود الإذعان.

الفرع الثاني: آليات تكريس مهلة التروي

يتم تكريس مهلة التروي من قبل التشريعات الحديثة عن طريق الاستناد إلى فكريتي الإيجاب والقبول، وذلك من خلال إلزام المحترف بالبقاء على إيجابه لمدة معينة من جهة (أولا)، وتقيد أو حظر القبول الصادر من المستهلك خلال الفترة نفسها من الجهة المقابلة (ثانيا).

أولا- مهلة التفكير وفكرة الإيجاب الملزم:

قبل أن نتطرق إلى كيفية إعمال مهلة التفكير عن طريق فكرة الإيجاب الملزم، فإننا سنبين المقصود بفكرة الإيجاب الملزم في القواعد العامة؛ حتى يسهل معرفة سبب قيام مهلة التروي على فكرة إلزام المحترف بالإيجاب.

1- التأصيل لفكرة الإيجاب الملزم في القواعد العامة:

يعرف الإيجاب على أنه: "العرض الذي يتقدم به الشخص؛ ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث ينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول"². ويشترط في الإيجاب أن يكون محددا بما فيه الكفاية، وأن يكون جازما، وخاليا من اللبس³.

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 222-223.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 118.

³ - Remy Cabrillac, Droit des obligations, 8eme édition, Dalloz, France, 2008, p.p.41-42.

والأصل حسب القواعد العامة، أن الإيجاب لا يكون ملزماً؛ أي أن صاحبه يتمتع بحرية العدول عنه، وهذا ما نصت عليه المادة 64 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل..."¹.

وعلى الرغم من أن الموجب لا يلزم بإيجابه، كقاعدة عامة، إلا أن الأمر ليس على إطلاقه؛ باعتبار أن الأخذ بذلك الموقف دون قيود سيؤدي إلى المساس باستقرار المعاملات؛ إذ إنه لو أتيح العدول عن الإيجاب في كل الأحوال، لما استطاع شخص الاعتماد على إيجاب وجه إليه، وترتيب أموره بناء عليه؛ لعدم علمه ببقاء الموجب على إيجابه من عدمه قبل تدبر أمره. ولذلك فقد نصت معظم التشريعات العربية على لزوم الإيجاب إذا اقترن بأجل، حيث يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى غاية انقضاء ذلك الأجل²، وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة"³.

وتحديد الأجل الذي يمتنع فيه الرجوع عن الإيجاب وفق القواعد العامة، قد يكون صريحاً بإرادة الموجب، كما قد يكون ضمناً يستفاد من طبيعة المعاملة. وفي حالة النزاع بين الطرفين على الميعاد الضمني، فإن الأمر متروك لتقدير القاضي⁴.

¹ - وتقابلها المادة 94 من القانون المدني المصري، والمادة 95 من القانون المدني السوري، والمادة 93 من القانون المدني الصومالي، والمادة 39 من القانون المدني السوداني، والمادة 82 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 46 من القانون المدني الكويتي، والمادة 75 من القانون المدني القطري، والمادة 40 من القانون المدني البحريني.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.ص. 114-115.

³ - وتقابلها المواد: 93 من القانون المدني المصري، والمادة 94 من القانون المدني السوري، والمادة 92 من القانون المدني الصومالي، والمادة 38 من القانون المدني السوداني، والمادة 81 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 98 من القانون المدني الأردني، والمادة 93 من القانون المدني الليبي، والمادة 84 من القانون المدني العراقي، والمادة 02/41 من القانون المدني الكويتي، والمادة 02/70 من القانون المدني القطري، والمادة 39 من القانون المدني البحريني، والمادة 77 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 139 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 02/179 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والفصل 29 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود التونسي، والمادة 50 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

⁴ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 73.

وعليه فإن الموجب ملزم قانوناً بالبقاء على إيجابه خلال ذلك الأجل، ما لم يرفض الموجه له ذلك الإيجاب¹.

وبناء على ذلك، فإن عدول الموجب عن الإيجاب قبل انقضاء الأجل لا يحول دون انعقاد العقد إذا صدر قبولاً خلال فترة الإلزام؛ ذلك أن الحكم بالتعويض لا يلجأ إليه إلا إذا استحال التنفيذ العيني لالتزام الموجب².

وأساس التزام الموجب في هذه الحالة، هو إرادته المنفردة، وهذه من بين الحالات التي ينشأ فيها الالتزام بالإرادة المنفردة؛ لوجود نص قانوني يقر ذلك³.

وقد نص المشرع الفرنسي بموجب تعديل 2016، بالمادة 1115 من القانون المدني على حق العدول عن الإيجاب بكل حرية، ما لم يعلم به المرسل إليه، وهذا إذا لم يعين أجلاً⁴، وأما إذا حدد الإيجاب بأجل، فقد نص المشرع الفرنسي في المادة 01/1116 من القانون المدني على عدم إمكانية العدول عنه إلى غاية انتهاء الأجل المحدد، أو انتهاء الأجل المعقول، ثم بيّن بموجب المادة 02/1116 أنه إذا تم العدول عن الإيجاب بما يخالف الفقرة الأولى، فإن ذلك يمنع من تمام العقد، وفي مقابل هذا العدول، والأثر المترتب عنه، يتحمل صاحبه المسؤولية التقصيرية وفقاً للمادة 03/1116 من القانون المدني الفرنسي⁵.

2- إلزام المحترف بالبقاء على إيجابه:

تعتبر فكرة الإيجاب الملزم أول وسيلة تركز من خلالها مهلة التروي، ويكون ذلك بإلزام المشرع، المحترف بالبقاء على إيجابه المقدم للمستهلك خلال مدة محددة؛ بحيث لا يجوز له خلالها العدول عن ذلك الإيجاب، مما يمكن المستهلك من التفكير الجيد قبل اتخاذ قرار التعاقد. ولا صعوبة في تكييف الإيجاب في هذه الحالة؛ إذ إن الأمر لا يعدو أن يكون إلزاماً قانونياً للمهني بالبقاء على عرضه خلال مدة معينة. وهذا الوضع شبيه بفكرة الإيجاب الملزم المعروف في القواعد العامة، والذي يحدد فيه الموجب مدة للقبول، أو

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.ص. 224-225.

² - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص. 73.

³ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 116.

⁴ - l'article 1115 du code civil français dispose: "Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire".

⁵ - l'article 1116 du code civil français dispose: "elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixe par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

la rétraction de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat".

تكون تلك المدة مستفادة من ظروف التعاقد. إلا أن وجه الاختلاف بين الحالتين يكمن في مصدر الإيجاب الملزم، فإن كانت إرادة الموجب حسب الأصل هي من تحدد الطابع الإلزامي للإيجاب في القواعد العامة، فإن القانون هو من يتولى تحديد الطابع الإلزامي للإيجاب في مهلة التفكير، تحديدا مجردا لا مجال للاختلاف فيه من حالة لأخرى¹.

وهكذا، بفضل هذه الآلية، أصبح بإمكان المستهلك درس الإيجاب المسبق بعيدا عن أي ضغط من المحترف، كما يتحقق له في الوقت نفسه فرصة المقارنة بين عروض عدة محترفين؛ من أجل أن يختار العقد الأفضل لمصلحته².

ثانيا- مهلة التروي وفكرة حظر القبول:

لم تكتف التشريعات المتبنية لهذه الآلية بإلزام إيجاب المحترف بإيجابه فقط؛ بل سعت -ومن أجل ضمان فعالية الحماية- إلى حماية المستهلك من نفسه أولا قبل حمايته من الطرف الآخر، وذلك عن طريق منعه من إصدار القبول إلا بعد انقضاء مدة معينة؛ حماية له من التسرع في إبرام العقد. وبالتالي، فإن ثاني وسيلة تسعى من خلالها تشريعات الاستهلاك إلى تكريس مهلة التروي، تكمن في تحديد مدة معينة موازية لمدة الإيجاب الملزم، يتمتع فيها على المستهلك قبول العرض الموجه إليه قبل انقضائها، وذلك ضمنا لصدور القبول بعد ترو حقيقي؛ أي أن المشرع في هذه الحالة يعدم أي أثر قانوني للقبول الصادر قبل انقضاء تلك المهلة المحددة؛ إذ إن صدور أي قبول من المستهلك خلال المدة المحددة، لا يغني عن وجوب صدور قبول جديد بعد انقضاء تلك المدة؛ باعتبار أن القبول السابق عديم الأثر. وبعبارة أخرى فإنه لا يعتد بالاتفاق الذي يكون سابقا على انقضاء المهلة المحددة قانونا، ما لم يصدر قبولا جديدا بعد فوات تلك المدة، وأنه لا اعتبار بالاتفاق صحيحا يجب انتظار انقضاء المهلة، وصدور القبول بعد ذلك؛ من أجل تحقق توافق الإرادتين المكونتين للعقد³.

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.ص. 215-216.

² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016، ص. 136.

³ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.ص. 217-218.

ويتبين من خلال ما سبق، أن تشريعات الاستهلاك تعتمد إلى جعل الإرادة عاجزة عن إبرام التزام نهائي قبل انقضاء مدة معينة¹.

وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للقبول المقيد؛ باعتباره قد أسس لأفكار جديدة، مفادها عدم الاعتداد بالقبول إلا بعد مضي مدة معينة، وهو ما يتعارض مع القواعد العامة التي تقضي بانعقاد العقد بمجرد تراضي الطرفين، وأن الموجب له حر في إبداء القبول في أي وقت يراه، دون أن يكون لأي طرف منعه من ذلك؛ باعتبار أن ذلك يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد. وقد انقسم الفقهاء في تفسيرهم لهذه الفكرة إلى اتجاهين:

1- الاتجاه الأول: يرى أن هذا النوع من القبول لا يخالف أحكام القواعد العامة إلا ظاهريا فقط، وبالتالي فإن القول به لا يحدث أي خرق في مسار تكوين العقد. وقد استندوا في تبرير موقفهم هذا، إلى كون أن رضا القابل خلال مهلة التفكير يكون غير مؤهل لإتمام حقه في التعاقد؛ إذ تقضي القواعد العامة بأهلية كل شخص للتعاقد، ما لم يتم الحد من أهليته بواسطة القانون².

2- الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه - خلافا للرأي الأول - تعارض أحكام القبول في مهلة التروي مع أحكام القواعد العامة، والتي تقضي بصدر القبول بكل حرية، ولا يوجد أي مسوغ لتعطيل الالتزام. ويعللون هذا الخروج عن القواعد العامة، بكون المستهلك غير مؤهل لإعطاء رضائه بشكل سليم في الحال، إلا أن المسألة لا تتعلق لا بأهلية الأداء، ولا بأهلية الوجوب؛ فالأولى، مرتبطة بالشخصية القانونية، أما الثانية، فمناطقها التمييز، ولا شك أن المستهلك يتمتع بهما معا، وأن الأمر لا يعدو أن يكون تحويرا أدخلته تشريعات الاستهلاك على مفهوم القبول، وذلك من أجل حماية المستهلك؛ سواء من نفسه عن طريق تسرعه في إبرام العقد من جهة، أم من تعسفات المحترف من جهة أخرى. ويرجع السبب من وراء إقرار هذه الحماية إلى عدم المساواة الاقتصادية والفنية بين المتعاقدين؛ إذ إن ضعف مركز المستهلك في مواجهة المحترف هي من تحتم معاملته بهذا الشكل. وبناء على ذلك، فإن الأمر لا يفسر بعيدا عن إرادة المشرع الذي ارتأى الخروج عن القواعد العامة³.

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، ص. 177.

² - محمد جريفي، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص معمم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2017-2018، ص. 58-59.

³ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 148 وما بعدها.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمهلة التروي

لم يكن موضوع تحديد الطبيعة القانونية لمهلة التروي محل اتفاق فقهي، وأدى ذلك إلى محاولة كل اتجاه تكييف هذه الآلية وفق نظرة معينة. ولعل أبرز النظريات التي استند عليها الفقه في سبيل تكييفه لهذه الآلية، نجد فكرة الشرط الواقف (أولا)، وفكرة التكوين المتعاقب للعقد (ثانيا).

أولا- تكييف مهلة التروي مع فكرة الشرط الواقف:

حاول بعض الفقه تكييف هذه الآلية مع فكرة خيار الشرط، وقالوا بأن العقد مع مهلة التروي يعتبر منعقدا منذ لحظة الاتفاق عليه، بيد أنه يكون معلقا على شرط واقف؛ وهو اختيار المستهلك إمضائه بعد انقضاء أجل التفكير، والعقد مع هذا لا ينتج آثاره إلا عند تحقق الشرط، فإذا تحقق ترتبت تلك الآثار اعتبارا من تاريخ إبرامه، لا من تاريخ القبول اللاحق لانقضاء المدة¹.

إلا أن هذا التكييف لم يلق قبولا فقهيًا، وسرعان ما تبين أنه لا يصلح أساسا لمهلة التفكير. فمن ناحية أولى، فإن فكرة الشرط تعبر عن أمر خارج عن العقد، يعلق عليه الطرفان وجوده، بينما تتعلق مهلة التفكير بالتراضي المكون للعقد ذاته، وليس بأمر خارج عن العقد، ومضاف إليه. ومن ناحية ثانية، إذا سلمنا بأن الخيار الناشئ عن مهلة التفكير هو من قبيل الشرط، فإن الشرط في هذه الحالة يكون شرطا إراديا محضا، وهذا يوجب القول باعتباره باطلا؛ لتعارضه مع القواعد العامة في الشرط، والتي تقضي بعدم جواز تعليق الالتزام على شرط واقف، يجعل تنفيذ الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم، وهذا ما تنص عليه المادة 205 من القانون المدني الجزائري. ومن ناحية ثالثة، فإن الشرط في حالة مهلة التفكير لا يعدو أن يكون قيда تشريعا لا يصدق عليه وصف الشرط بمعنى الأمر المستقبل الذي يعلق عليه المتعاقدان وجود العقد أو انقضائه².

ثانيا- تكييف مهلة التروي مع فكرة التكوين المتعاقب للعقد:

لعل أهم نظرية حاولت تفسير هذه الآلية، تلك التي ترى التكوين التدريجي للعقد، أو ما يسمى بالتكوين المتتابع للعقد. ومقتضى ذلك، أن المستهلك في هذا النوع من العقود يتسم رضاه بعدم النضج، مما يتعذر معه انعقاد العقد فورا؛ بل إن ذلك يكون بصفة متتالية³؛ أي أن العقد في هذه الحالة لا يتكون

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 221.

² - المرجع نفسه، ص. 221-222.

³ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 142.

بصفة حينية؛ بل إن ذلك يكون بصفة تدريجية تبدأ برضاء أولي من المستهلك، وتنتهي بانتهاء أجل التفكير¹. ومن ثم فإن تكوين عقود الاستهلاك أصبح يتم بتصرفين من قبل المستهلك؛ أولهما: هو قبوله التعاقد في بداية المدة، وثانيهما: هو تأكيده للقبول بعد انقضاء أجل التفكير الممنوح له، فإذا لم يشأ المستهلك تأكيد رضاه بالعقد، ولم يصدر منه قبولاً جديداً بعد انقضاء مهلة التفكير، فإن ذلك يحول دون تمام العقد².

الفرع الرابع: التنظيم التشريعي لمهلة التروي

نظراً لما ينجم عن تبني هذه الآلية من ضمان حماية للطرف الضعيف مثلما بينا سابقاً، فإن تشريعات الاستهلاك في مختلف الدول لم تجد بداً من النص عليها وتبنيها؛ سواء بالنسبة للقانون الجزائري (أولاً)، أم القانون الفرنسي (ثانياً).

أولاً- مهلة التروي في القانون الجزائري: تطبيقات متناثرة دون إقرار مبدأ عام:

على غرار التشريعات الحديثة، أخذ المشرع الجزائري بهذه الآلية في قوانينه الموجهة لحماية الطرف الضعيف في العقد؛ حيث حرص على منح المستهلك في بعض العقود مهلة للتروي قبل الالتزام النهائي بها. ومن ذلك ما جاءت به المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، بقولها: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع استعمل عبارة مدة كافية دون القيام بتحديددها، وذلك يرجع حسب نظرنا إلى اختلاف طبيعة العقود، فهناك عقود يحتاج فيها المستهلك لمدة طويلة من أجل فحص العقد، واستشارة أهل الخبرة؛ نظراً لخطورتها، وهناك من لا يحتاج فيها إلا لمدة قليلة معقولة يتم فيها دراسة العقد. كما يتضح من النص أن المشرع لم يتطرق لأحكام تلك الآلية؛ سواء عن طريق إلزام إيجاب المحترف بالإيجاب، أم تقييد قبول المستهلك، تاركاً ذلك لتقدير المحترف. ولا يخفى أن عدم تكافؤ العلاقة بين طرفي العقد يستوجب حماية شاملة للمستهلك من تعسفات المحترف، وعدم الاكتفاء بعموميات من شأنها أن تعطي للمحترف ثغرات تمكنه من التملص من التزاماته.

¹ - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص.191.

² - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص.222-223.

وفي السياق نفسه، يرى البعض¹ أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم تحديده للمدة الزمنية، وأن عبارة مدة كافية تفيد معنى فضفاضاً، فهل يتم تحقيقها بالنظر إلى القدرات الذهنية لكل مستهلك على حدة؟ أم أن ذلك يتم بالنظر إلى طبيعة العقد وظروفه؟ أم يتم الجمع بين العاملين معاً؟ وبالتالي فإن هذا الغموض يتيح للقاضي إعمال سلطته التقديرية. كما يؤخذ على المشرع الجزائري عدم نصه على جزاء الإخلال بهذا الالتزام الواقع على المحترف، مما يفقد النص قيمته الحمائية.

ومن صور مدة التروي أيضاً في القانون الجزائري، ما نصت عليه المادة 18 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل بقولها: "يمكن أن يخضع العامل الجديد توظيفه لمدة تجريبية لا تتعدى ستة (06) أشهر، كما يمكن أن ترفع هذه المدة إلى اثني عشر شهراً (12) لمنصب العمل ذات التأهيل العالي، تحدد المدة التجريبية لكل فئة من فئات العمال أو لمجموع العمال عن طريق التفاوض الجماعي". إن هذه المدة تسمح للعامل من التعرف على النظام المعمول به عند صاحب العمل، وكذا شروط وظروف العمل، كما يتمكن العامل خلال هذه الفترة من تقدير مدى ملائمة العمل مع رغباته. ويلاحظ أن المشرع لم يصرح بأن تلك المدة هي مهلة تفكير، إلا أنه يمكن تكييفها كذلك، وإن كانت طويلة مقارنة بتلك المدة الممنوحة في التشريعات الأخرى، وهذا من أجل تمكين كل طرف في عقد العمل من إنهاء علاقة العمل دون تعويض، أو إشعار مسبق².

ثانياً- مهلة التروي في القانون الفرنسي:

يعد المشرع الفرنسي من أول التشريعات التي أقرت مهلة التروي للمستهلك؛ سواء لحمايته من القبول المتسرع، أم لحمايته من الرفض المتسرع في بعض الحالات. وفيما يلي بعض المواضع التي أخذ فيها المشرع الفرنسي بهذه الآلية:

¹ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص.ص. 130-131.

² - منال بوروح، النظام العام والعقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص: قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2019، ص. 285.

1- مهلة التفكير حماية من القبول المتسرع:

نجد من بين المجالات الأولى التي أخذ بها المشرع الفرنسي بهذه الآلية، التعليم بالمراسلة، حيث نصت المادة 08 من القانون رقم 71-566 المتعلق بعقود التعليم عن بعد، على مهلة إجبارية للتفكير يمتنع انعقاد العقد خلالها، تقدر بسبعة أيام، ابتداء من تاريخ تسليم العرض لطالب الخدمة¹.

وكذلك ما قضى به المشرع الفرنسي في مجال عمليات التجميل؛ حيث نص على مهلة خمسة عشرة يوما على الأقل تحسب من يوم تسليم النموذج لطالب الخدمة، يكون له خلالها التروي، والتدبر الجيد، وذلك بموجب المادة 6322 من قانون الصحة العامة. ويحظر خلال تلك المدة أي تسبيق لثمن الخدمة، ويعتبر هذا النص من النظام العام؛ إذ لا يجوز التنازل عن تلك المدة، حتى ولو كان ذلك التنازل من صاحب المصلحة، ألا وهو طالب الخدمة.

كما كرس المشرع الفرنسي الآلية ذاتها في الفقرة الثالثة من المادة ل. 271-1 من قانون البناء والإسكان؛ حيث فرض على مكتب العقار المخصص للاستعمال السكني مهلة تفكير قدرها سبعة أيام، تحسب ابتداء من تاريخ تبليغ أو تسليم المشروع عندما يشترط تحريره في شكل رسمي².

2- مهلة التفكير حماية من الرفض المتسرع:

إن كان هدف مهلة التروي في الغالب هو حماية الطرف الضعيف من القبول المتسرع للعقد، إلا أن ذلك لم يمنع المشرع الفرنسي من اعتمادها أيضا كآلية حمائية من الإنهاء المتسرع للعقد، والذي قد يضر بصاحبه كثيرا. ومن بين تلك المجالات المكرسة لهذا التوجه، نجد مجال المؤسسات والخدمات التي ترحب بالمسنين، أو تقدم لهم المساعدة في المنزل في أعمال الحياة اليومية، أو خدمات الرعاية، أو المساعدة في الاندماج الاجتماعي، وذلك بموجب المادتين 311، و312 من قانون النشاط الاجتماعي والعائلات، حيث نص المشرع الفرنسي على إعطاء مهلة تفكير مقدرة ب 48 ساعة، يكون خلالها للشخص المسن أن يتراجع عن قرار إنهاء العقد، وبذلك يجوز له التراجع عن إنهاء العقد دون إلزامه بإبداء أسباب الرجوع. وفي حالة عدم العدول عن إنجائه، يترتب عن ذلك إنهاء عقد الإقامة من قبل الشخص المسن، أو نائبه القانوني كتابة، وفي أي وقت بعد انقضاء أجل التفكير.

¹ - Jean Beauchard, droit de la distribution et de la consommation, op. cit, p.357.

² - Orianne Siegle- Ferrand, droit de la construction et droit de la consommation, op. cit, p.60.

الفرع الخامس: أساس مهلة التروي في الفقه الإسلامي

إذا كانت فكرة التروي حديثة في القانون الوضعي، وتعتبر استثناء على عدة مبادئ قانونية، كمبدأ حرية التعاقد، ومبدأ الرضائية. فإن الأمر على خلاف ذلك في الفقه الإسلامي، حيث تعتبر خيارات التروي من بين الخيارات المعطاة للعائد من أجل التدبر والتفكير الجيد. ولعل أقربها فكرة إلى مهلة التروي، نجد خيار التراخي في القبول (أولاً).

وقد حاول بعض الفقه تكييف مهلة التروي المعروفة في تشريعات الاستهلاك، مع فكرة العقد غير النافذ أو الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً- مقارنة خيار التراخي في القبول بمهلة التروي:

إذا صدر الإيجاب من أحد طرفي العقد في مجلس العقد، فإن الموجب له الراغب في القبول؛ إما أن يقبل فوراً ذلك الإيجاب، أو يتراخى في إصدار قبوله ما دام مجلس العقد لم ينفض. وإن كانت الحالة الأولى لم تشهد اختلافاً فقهيًا بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول انعقاد العقد فيها. إلا أن الحالة الثانية -والتي يتراخى فيها القبول- لم تلق إجماعاً فقهيًا حول مدى جواز تراخي القبول عن الإيجاب. وفيما يلي سنتطرق إلى الاتجاهات الفقهية حول خيار التروي، ثم نبين مدى إمكانية تأسيس مهلة التفكير على خيار التراخي.

1- الاتجاهات الفقهية حول خيار التروي:

مثلما بينا سابقاً، فإن مسألة مدى جواز تراخي القبول شهدت اختلافاً فقهيًا؛ حيث يقر جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من الحنفية، والمالكية، والحنابلة هذا الخيار، ويرون أنه للموجب له التراخي في قبوله طوال فترة مجلس العقد من أجل التدبر، ودراسة فكرة التعاقد من جميع النواحي، قبل الالتزام النهائي بالصفقة. وإن كان هذا رأي الجمهور، فإن الشافعية، وخلافاً لذلك لا يرون مشروعية هذا الخيار، وبالتالي فإنه لا يكون للموجب له التراخي في إصدار قبوله إذا علم بالإيجاب، وإلا اعتبر ذلك مسقطاً للإيجاب. ومما سبق يتضح أن مسألة خيار التروي في الفقه الإسلامي يتنازعها رأيان؛ أولهما: رأي الجمهور، وقد قال فقهاء بمشروعية خيار التروي، وثانيهما: هو اتجاه الشافعية الذي يرى عكس ذلك؛ أي عدم مشروعية هذا الخيار. وسنتطرق لموقف كل اتجاه وحججه على حدة.

– الاتجاه الأول:

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية¹، والمالكية²، والحنابلة³، عدم اشتراط الفورية في القبول، وبالتالي فإن تراخي الموجب له عن إصدار القبول لا يكون حائلا دون انعقاد العقد، ما دام المتعاقدان في مجلس العقد، ولم يصدر منهما ما يدل على إعراضها عن فكرة التعاقد. ولذلك قال فقهاء هذا الاتجاه بانعقاد العقد ولو تأخر القبول عن الإيجاب؛ ذلك أن طول مدة الرد لا تعتبر حائلا دون انعقاد العقد⁴.

– الاتجاه الثاني:

خلافًا لرأي الجمهور، يقول أصحاب هذا الرأي- وهم فقهاء الشافعية⁵، بعدم جواز تراخي القبول، وبالتالي يشترط في القبول أن يكون متصلًا بالإيجاب، فلو فصل بينهما بكلمة أجنبية، أو سكوت

¹ - فخر الدين عثمان بن علي المعروف بالزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الرابع، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314 هـ، ص. 04. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدر، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317 هـ، ص. 78.

² - حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 05. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المعروف بالحطاب المغربي الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء السادس، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2003، ص. 29. وهو ذات الرأي الذي يستفاد ضمنا من خلال عرض كلام ابن رشد؛ حيث يقول في هذا الصدد: "ولا خلاف -فيما أحسب- أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يتفرق المجلس، أعني: أنه متى قال البائع: قد بعث سلعتي بكذا وكذا، فسكت المشتري، ولم يقبل البيع حتى افترقا، ثم أتى بعد ذلك، فقال: قد قبلت، أنه لا يلزم ذلك البائع". يراجع: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد المعروف بابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق ودراسة: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص. 26.

³ - مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الجزء الثالث: شرح: حسن الشطي، الطبعة الأولى، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1961، ص. 06. موفق الدين بن عبد الله المعروف بابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تقديم: عبد القادر الأرناؤوط، تحقيق وتعليق: محمود الأرناؤوط وباسين محمود الخطيب، الطبعة الأولى، مكتبة السوادي، جدة، السعودية، 2000، ص. 151. أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المعروف بالمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الرابع، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، ب.ب.ن، 1955، ص. 263. ابن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ص. 856.

⁴ - محمد سكهال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2001، ص. 64.

⁵ - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري المعروف بالماوردي، الحاوي الكبير، في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء الخامس، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص. 42. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 04-05. يحيى بن شرف الخزامي النووي، المجموع، الجزء التاسع، تحقيق وتعليق: محمد نجيب المطيعي، مطابع المختار الإسلامي، دار السلام، القاهرة، مصر، 1980، ص. 199.

طويل، فإن ذلك يعد مانعا لانعقاد العقد، حيث يرى فقهاء هذا الاتجاه أن مجلس العقد يبدأ بالإيجاب، وينتهي بعدم صدور القبول فور صدور الإيجاب¹.

حيث جاء في نهاية المحتاج: "ويشترط أن لا يتخلل لفظ لا تعلق له بالعقد، ولو يسيرا، بأن لم يكن من مقتضاه، ولا من مصالحه، ولا من مستحباته"².

ويستنتج من هذا، أن سبب اشتراط الشافعية للفورية، هو اعتبارها من مقتضى العقد، وأن أي تراخي عن ذلك يعتبر مخالفا لمقتضى العقد ومصالحه.

وبناء على ذلك، فإن فقهاء الشافعية لم يسمحوا بوجود فاصل بين التعبيرين عن الإرادة، ما عدا ذلك الفاصل اليسير الذي يتسامح فيه الناس، كتشميت العاطس، أو رد السلام، أو حمد الله، أو الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم³.

إلا أن هذا الرأي، لم يكن محل قبول أو إجماع فقهي؛ حيث رد الجمهور على موقف الشافعية، بكون أن اشتراط الفورية في عقود المعاوضات المالية قد يجعل من العسير إتمام العقد؛ لأن من العقود ما تحتاج إلى تدبر وترو في إبرامها، ولا يخفى أن اشتراط الفورية قد يحول دون ذلك⁴.

2- مدى إمكانية تأسيس مهلة التروي على خيار التراخي:

بناء على ما سبق، يظهر أن رأي الجمهور، والقاضي بجواز تراخي القبول، هو ما يتوافق مع منطق إبرام العقود، حيث أن منها ما تحتاج إلى ترو قبل الإقدام على النهائي، من أجل ذلك كان من اللازم إعطاء الموجب له مهلة للتفكير قبل إصدار القبول. وهذا الرأي يقوم على الفكرة نفسها التي تقوم عليها مهلة التروي؛ إذ يشتركان في الهدف؛ وهو إعطاء الموجب له مهلة للتفكير، مع وجود اختلاف بينهما من ناحية المدة، أو مجال سريانها، فبالنسبة لخيار التراخي مرتبط بمجلس العقد، بخلاف مهلة التروي التي تستمر كما رأينا لعدة أيام، إضافة إلى كونها ملزمة لطرفي العقد؛ إذ لا يجوز لهما إبرامه قبل انقضائها،

¹ - ميكائيل رشيد علي الزبياري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، تخصص: فقه مقارنة، كلية الشريعة، العراق، 2012، ص.ص. 169-170.

² - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص. 381.

³ - باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص. 102.

⁴ - علاء الدين أبو بكر بن مسعود المعروف بالكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، ص. 137.

بخلاف خيار التراخي، وهذا يعني أنه يجوز للشخص إسقاط خيار التراخي، فيما يمتنع عنه ذلك بخصوص مهلة التروي.

ثانيا- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: أساس لمهلة التروي

يرى البعض¹ أن مهلة التروي التي تبنتها التشريعات، لا تعدو أن تكون تطبيقاً لنظرية العقد الموقوف، أو غير النافذ المعروفة في الفقه الإسلامي؛ نظراً للتشابه بين النظامين؛ إذ في كليهما توقف آثار العقد إلى غاية تأكيده أو تشييته. ففي الحالة التي لا يعتد فيها المشرع بالقبول رغم إصداره، فإن ذلك يمكن تفسيره بوجود اتفاق غير نافذ إلى حين تثبيت العقد لاحقاً عن طريق تأكيد القابل لرضاه السابق. ويكون العقد موقوفاً -عند الاتجاه القائل به- في حالات ثلاثة، وهي: تخلف الولاية على محل العقد، أو على نوع التصرف، أو تعلق حق الغير به².

وبعد أن نستعرض حكم العقد الموقوف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، نقوم بعد ذلك ببيان مدى إمكانية التعويل على نظرية العقد الموقوف؛ من أجل التأسيس لمهلة التروي في الفقه الإسلامي.

1- مشروعية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: بين القبول والرفض

لم تكن مشروعية العقد الموقوف محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وأدى ذلك إلى ظهور اتجاهين فقهيين بخصوص هذه المسألة، فبينما يرى اتجاه مشروعية العقد الموقوف، وأنه قسم من أقسام العقد الصحيح، وأن الخلل اللاحق بالعقد في تلك الحالة إنما يمس الآثار دون الأركان أو شروط الانعقاد، يرى أصحاب الرأي الثاني على النقيض من ذلك عدم مشروعية العقد الموقوف، وأن شروط النفاذ هي عندهم شروط انعقاد، يترتب عن تخلفها عدم انعقاد العقد أصلاً.

ويرجع سبب الخلاف بين الاتجاهين حول المسألة، إلى الخلاف في تحقق العقود ووجودها، فالذين قالوا ببطالان العقد الموقوف، يرون أن آثار العقد مرتبطة بالعقد وجوداً وعدماً، فمتى وجد العقد ترتبت آثاره، أما إذا لم تترتب آثاره، فالعقد يعتبر باطلاً³، وبالتالي فإن العقد الموقوف عندهم عقد غير مشروع، لا وجود له، ولا يغير من بطلان هذا العقد رضا صاحب الشأن عن طريق إجازته؛ لأن الإجازة إنما تؤثر في عقد موجود لا عقد ميت، وإذا رغب صاحب الشأن في ذلك العقد، فما عليه إلا إبرامه من جديد أصالة

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 225-226.

² - يراجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1953-1954، ص. 91.

³ - علي الحنيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص. 317.

عن نفسه¹. أما الرأي الثاني، فقد ذهب إلى القول بقيام العقد بمجرد صدوره من أهله، مضاف إلى محله، والفضولي أهل، وليس من الضروري الترتب

الفوري لآثار العقد؛ بل قد تتأجل إلى حين تحقق الإجازة²، فإن شاء المالك أجازته، وإن شاء رده³. وبناء على ما سبق، فإننا سنعرض موقف كل اتجاه وحججه على حدة.

– الاتجاه القائل بمشروعية العقد الموقوف:

ذهب فقهاء الحنفية⁴، والمالكية⁵، والحنابلة في رواية⁶، إلى القول بصحة العقد الموقوف، وأن تخلف شروط النفاذ لا يؤدي إلى اعتبار العقد باطلا، بل إن ذلك يقتضي القول بصحة العقد، مع وقف آثاره. وقد استند أنصار هذا الرأي على العديد من الأدلة منها:

أ– من القرآن الكريم:

استدل هذا الفريق بجملة من الآيات، وهي:

– قوله تعالى: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ..."⁷، وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ..."⁸، وقوله تعالى: "فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ..."⁹.

ويستفاد من هذه الآيات، أن الله سبحانه وتعالى قد شرع البيع، والتجارة، وابتغاء الفضل من الله، من غير اشتراطه أن يكون ذلك من المالك أصالة عن نفسه، أو عن طريق النيابة؛ سواء كانت إجازة

¹ – محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ص. 541.

² – علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 318.

³ – محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ص. 540-541.

⁴ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 309. الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 103.

⁵ – أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي المعروف بالخرشي، شرح مختصر خليل، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ، ص. 18. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 31.

⁶ – المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 283.

⁷ – سورة البقرة، الآية 275.

⁸ – سورة النساء، الآية 29.

⁹ – سورة الجمعة، الآية 10.

النائب ابتداء، أم انتهاء. وبالتالي فإن الآيات قد وردت بصفة مطلقة؛ لذلك وجب الأخذ بها على إطلاقها، ما لم يرد الدليل على تقييدها¹.

إلا أنه قد تم الرد على هذا الاحتجاج، بأن هذه الآيات عامة، وقد تم تخصيصها بالعديد من الأحاديث التي يستفاد من مضمونها عدم جواز بيع الشخص ما ليس متوفراً لديه من سلعة².

- كما استدل أصحاب هذا الاتجاه أيضاً بقوله تعالى: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى"³.

ووجه الاستدلال من هذه الآية، أن تصرف الفضولي من باب الإعانة على البر والإحسان، فكان مشمولاً بالآية السابقة التي تحث على التعاون على البر والتقوى⁴.

ب- من السنة النبوية:

من الأدلة السنية التي اعتمد عليها هذا الاتجاه ما يلي:

- عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "انطلق ثلاثة رهط ممن كان قبلكم حتى أووا المبيت إلى غار، فدخلوه، فانحدرت صخرة من الجبل، فسدت عليهم الغار، فقالوا لا ينحيكم من هذه الصخرة إلا أن تدعوا الله بصالح أعمالكم... فقال الثالث: اللهم إني استأجرت أجراً، فأعطيتهم أجراً غير رجل واحد، ترك الذي له وذهب، فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال، فجاءني بعد حين، فقال: يا عبد الله أدي لي أجري، فقلت له: كل ما تراه من أجرك من الإبل، والبقرة، والغنم، والرقيق، فقال: يا عبد الله لا تستهزئ بي، فقلت: إني لا أستهزئ بك، فأخذه كله، فاستاقه، فلم يترك لي منه شيئاً، فإن كنت قد فعلت ذلك ابتغاء وجهك، فافرج عنا ما نحن فيه، فانفرجت الصخرة، فخرجوا يمشون"⁵.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن الرجل قد عمل على إثماء مال الغير بغير إذنه، مما يدل على جواز التصرف في مال الغير⁶.

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 149.

² - ديبان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، 1434هـ ص. 131.

³ - سورة المائدة، الآية 02.

⁴ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 149.

⁵ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الإحارة، باب: من استأجر أجيراً فترك أجره، فعمل فيه المستأجر فزاد، أو من عمل في مال غيره فاستفضل، رقم الحديث: 2272، ص. 542-543.

⁶ - الديان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 133.

وأجيب على هذا الدليل، بالقول إن هذا الأمر، وإن كان متفق على أنه شرع لأقوام قبل الإسلام، فإن تشريعه على المسلمين لم يقع اتفاقاً حوله، وعلى فرض العمل بالرأي القائل بشرعيته للمسلمين، فلا ينهض دليلاً على جواز تصرف الفضولي¹.

- عن عروة البارقي، أن النبي صلى الله عليه وسلم: "قد أعطاه دينارا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة، وكان لو اشترى التراب لريح فيه"². وفي رواية أخرى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: "بارك الله لك في صفقة يمينك"، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة، فيريح الريح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالا³.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم، لم يأمر عروة البارقي في الشاة الثانية لا بالشراء، ولا بالبيع، ومع ذلك فقد أجازه على ذلك؛ إذ لو كان باطلاً لرده، وأنكر عليه القيام بذلك⁴، فدل ذلك على وقوع العقد صحيحاً، متوقفاً على إجازة الرسول صلى الله عليه وسلم. ولا يقتصر الحكم على البيع فقط؛ بل يشمل غيره من العقود⁵.

ج- من القياس:

قالوا بأن عقد الفضولي جاز قياساً على الوصية بأكثر من الثلث، أو من المدين المستغرق؛ إذ إنها تصح، وتبقى موقوفة على إجازة الورثة⁶.

وأجيب على ذلك، بالقول إن الوصية تحتل الغرر، وتصح بالجهول والعدم، بخلاف عقد البيع⁷.

د- من المعقول:

- استدل فقهاء هذا الاتجاه على موقفهم، بقولهم إن الفضولي عاقل، ومن باب الحكمة تحميلة على الوجه الأحسن ما أمكن ذلك، من خلال تفسير موقفه بأنه كان ينوي مساعدة المالك؛ لعلمه مسبقاً بحاجته

¹ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 317.

² - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: المناقب، باب رقم: 28، رقم الحديث: 3642، ص. 895. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في المضارب يخالف، رقم الحديث: 3384، ص. 431.

³ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب رقم: 34، رقم الحديث: 1258، ص. 264-265.

⁴ - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 103.

⁵ - على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 318.

⁶ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 310.

⁷ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 317.

لذلك¹. ومن أجل عدم ضياع هذه المصلحة المحتملة جعل التصرف موقوفاً في حق المالك إن شاء أجازته، وإن شاء امتنع عن ذلك².

– الاتجاه القائل بعدم مشروعية العقد الموقوف:

خلافاً للرأي السابق، ذهب فقهاء الشافعية³، والحنابلة في رواية أخرى⁴، إلى القول بعدم صحة العقد الموقوف، واعتبروا أن شرطي الأهلية والملكية هما شرطاً صحة وليس نفاذاً، وبالتالي فتخلفهما يؤدي إلى انعدام العقد، ومن ثم القول ببطلانه. وقد استدلوا في بيان موقفهم على بعض الأدلة منها:

أ- من السنة النبوية: استدل أنصار هذا الرأي بدليلين من السنة، وهما:

– قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تبع ما ليس عندك"⁵. ووجه الاستدلال من هذا، أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهي حكيم بن حزام عن بيع ما لا يملك، وقد ذكره جواباً عن حكم بيع الشيء، ثم القيام بشرائه، وتسليمه⁶. والمقصود من ذلك نهي الشخص عن التصرف فيما لا يملك، وبما أن الفضولي قد باع ما ليس بملكه، فإن تصرفه يكون مشمولاً بالنهي⁷.

ونوقش هذا الدليل، بأن النهي الوارد في الحديث يحمل على بيع الشخص لنفسه، بخلاف الفضولي، والذي يبيع لغيره⁸.

– واستدلوا أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام"⁹. ويستفاد من ذلك، أنه لا يجوز لشخص تحليل ما حرم الله تعالى من المال، أو البشرة، أو الدم، إلا بالوجه الذي أباحه نص القرآن، أو السنة النبوية¹⁰.

¹ – الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 149.

² – بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص. 374.

³ – النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 311.

⁴ – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1993، ص. 09. الرحيباني، مطالب أولى النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 20.

⁵ – سبق تخريجه.

⁶ – موفق الدين بن عبد الله المعروف بابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الأول، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص. 901.

⁷ – محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 541-542.

⁸ – ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 32.

⁹ – سبق تخريجه.

¹⁰ – أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد المعروف بابن حزم الأندلسي الظاهري، في شرح المحلى بالحجج والآثار، بيت الأفكار الدولية، الأردن، السعودية، ب.س، المسألة رقم: 1461، ص. 1249.

ب- من المعقول:

استدل فقهاء هذا الاتجاه من المعقول كذلك على بطلان تصرف الفضولي، بالقول إن الفضولي قد باع ما يتعذر تسليمه، فاعتبر تصرفه باطلا، كبيع السمك في الماء، والطير في الهواء¹. ونوقش هذا الدليل، بأن عدم القدرة على التسليم محمول على العقد النافذ، أما حمله على الحالتين؛ سواء كان العقد نافذاً، أم غير نافذ، فذلك يؤدي إلى إبطال عقد بدون دليل، بل إن الدليل يقتضي ثبوته؛ لتحقيقه مصلحة جميع الأطراف (البائع، والمشتري، والمالك الحقيقي) على السواء؛ ولعموم النصوص الشرعية المتعلقة بالبيع².

2- مدى إمكانية التعويل على نظرية العقد الموقوف من أجل التأسيس لمهلة التروي:

بعد عرض مدى مشروعية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، تبين لنا أن القول باعتبار مهلة التروي تطبيقاً لفكرة العقد الموقوف، بجانب للصواب، وذلك للاختلاف الموجود بين النظامين -مهلة التروي وفكرة العقد الموقوف- مما يحول دون إمكانية إسقاط مهلة التفكير على فكرة العقد غير النافذ. ويظهر لنا ذلك من خلال ثلاث نواح على الأقل:

- فمن ناحية أولى، فإن فكرة العقد غير النافذ أو الموقوف في الفقه الإسلامي، تفيد انعقاد العقد بمجرد تراضي الطرفين، وأن الأمر يتعلق بخلل في شروط النفاذ، دون شروط التكوين. بخلاف مهلة التروي، فقد رأينا أن التشريعات المنظمة لهذه الآلية تمنع انعقاد العقد إلا بعد فوات مدة التفكير.

- ومن ناحية ثانية، فإن الاختلاف في الهدف من إقرار النظامين واضح جلياً، فإن كان الهدف من فكرة العقد غير النافذ حماية الغير في معظم حالاتها، كحماية المالك الحقيقي في بيع ملك الغير، وأيضاً حماية الغير من خلال التصرف المتعلق به حق الغير، كحماية المرتهن من تصرفات الراهن مثلاً، فإن الهدف الأصيل من إقرار مهلة التفكير، هو حماية أحد طرفي العقد - وهو المستهلك - باعتباره طرفاً ضعيفاً في العقد.

- ومن ناحية ثالثة، فإن العقد الموقوف، يتوقف نفاذه على الإجازة الصادرة من الغير في غالب الأحوال، وأما العقد المقترن بمهلة التفكير، فمنظور فيه القبول، ومعلوم أن الإجازة نظام قانوني غير القبول، فبينما الإجازة ترد من المتعاقد أو الغير، وعلى عقد قد استوفى أركانه، أو شروط انعقاده، فإن القبول بخلاف ذلك

¹ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 217.

² - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 310.

يرد من أحد طرفي العقد -وهو المستهلك- كما أنه يعتبر شرطا من أجل قيام العقد، وبتخلفه يؤدي إلى عدم انعقاده أصلا، لا وقف آثاره فحسب، على غرار تخلف الإجازة.

المبحث الثاني: إقرار الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام: تكريس قانوني للتوازن المعرفي بين الطرفين

نظرا للمذهب الفردي السائد عند وضع القوانين المدنية، فإنه لم يكن يتصور إقرار تشريعي للالتزام بالإعلام يقع على عاتق المتعاقدين أو أحدهما. ويرجع ذلك إلى كون أن إقرار مثل هذا الالتزام يتنافى والفلسفة القائمة آنذاك، متمثلة في افتراض مساواة المتعاقدين؛ سواء من الناحية الفنية، أم من الناحية الاقتصادية، هذا من جهة، وكذا ضرورة التزام كل شخص بالاستعلام الجيد قبل إقدامه على التعاقد من جهة أخرى. وبناء عليه، فإن القواعد العامة وعلى ضوء هذا التصور لم تقم وزنا للالتزام بالإعلام، من خلال إقراره بنص خاص، وإن كانت قد نصت على المبدأ من خلال بعض التطبيقات¹. إلا أن التصور سالف الذكر ما لبث أن أثبت الواقع العملي عدم صحته، أو على الأقل ضرورة عدم الأخذ به على إطلاقه؛ باعتبار أن تطور العلاقات العقدية، والذي ألقى بدوره على المتعاقدين؛ بأن رجح الكفة لصالح أحدهما، الذي أصبح علما بكل ظروف التعاقد، في مقابل الطرف الآخر، الذي يجهل أبسط الأمور عن العقد المراد إبرامه، أدى إلى ضرورة إقرار التزام بالإعلام على عاتق أحد المتعاقدين.

وبناء عليه، فقد سارعت تشريعات الاستهلاك إلى النص على التزام ما قبل التعاقدي بالإعلام، يقع على عاتق أحد المتعاقدين. ولم يقتصر الأمر على تشريعات الاستهلاك فقط التي ألفت وضع مثل هكذا قواعد؛ نظرا لطبيعة العلاقة التي تحكمها نصوص هذا القانون، بل وإدراكا منها بأهمية هذا الالتزام في تكريس الأمن القانوني، واستقرار المعاملات، وتعزيز الثقة العقدية، فقد نصت بعض القوانين المدنية في تعديلاتها الحديثة على هذا الالتزام، على غرار المشرع الفرنسي بموجب تعديل 2016، الذي نص صراحة على الالتزام بالإعلام ضمن نصوص النظرية العامة للعقد، وذلك بموجب المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي².

¹ - ينظر المواد: 81، و86، و352، و379 من القانون المدني.

² - Art. 1112-1 du code civil français dispose: "celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer...".

وبناء على ما تقدم، فإن دراسة هذا الالتزام، لا تتأتى إلا ببيان حقيقة هذا الالتزام، وذلك من خلال التطرق لخصائصه، وشروطه، وكذا طبيعته القانونية (المطلب الأول)، ثم بيان الجزاءات القانونية المترتبة عن الإخلال به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقيقة الالتزام بالإعلام

لا شك أن معرفة أي نظام قانوني حديث يكون من خلال التطرق لمختلف عناصره، وباعتبار أن الالتزام بالإعلام حديث النشأة تشريعيا، فكان لزاما بيان مختلف الجوانب المتعلقة به، من خصائص وشروط (الفرع الأول)، فضلا عن طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص وشروط الالتزام بالإعلام

نظرا للدور الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في تكريس توازن معرفي بين الطرفين مثلما بينا سابقا، فقد عمد الفقه إلى تنظيم هذا الالتزام، وبيان مختلف الجوانب المتعلقة به، من خصائص وشروط، وذلك سعيا منه إلى التمييز الدقيق بين هذه الآلية، وغيرها من الآليات الحمائية، وكذا ضمان فعالية هذا الالتزام، وتسهيل تطبيقه قضاء.

أولا- خصائص الالتزام بالإعلام:

يتميز الالتزام بالإعلام بعدة خصائص تجعل منه آلية مستقلة، وقائمة بذاتها، ومتميزة عن باقي الآليات الحمائية؛ سواء تلك الموجودة في القواعد العامة، أم في تشريعات الاستهلاك. وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

1- الالتزام بالإعلام التزام عام شامل: تعتبر خاصية العمومية أو الشمولية من أهم خصائص الالتزام بالإعلام؛ حيث يجد أساسه في مختلف بقية الالتزامات، كالالتزام بالتسليم، والضمان، وغيرها، وبذلك يتصف الالتزام بالإعلام بالعمومية؛ إذ يشترط في جميع أنواع العقود، دون اقتضاره على عقد معين. إلا أن أهمية هذا الالتزام قد تبرز في بعض العقود أكثر من بعضها الآخر، ومثلها تلك العقود التي يكون محلها أشياء معقدة فنيا، أو أشياء خطيرة بطبيعتها¹.

وتتجلى أهمية الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك؛ نظرا للثقة التي يوليها جمهور المستهلكين للمنتج أو الموزع، مما يوجب على المحترف؛ سواء كان منتجا، أم موزعا، القيام بإعلام المستهلك بكافة

¹ - المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص.29.

المعلومات المتعلقة بالعقد؛ سواء ما تعلق منها بخصائص السلعة، أم بمخاطرها، وكيفية التعامل مع تلك المخاطر، وذلك حفاظاً على سلامة جمهور المستهلكين. وما يؤكد الطابع العام لهذا الالتزام، هو استفادة الكافة منه؛ بحيث يثبت لكل مستهلك الحق في الإعلام، بغض النظر عن شرائه المنتج من عدمه؛ إذ له الحق في التعرف على كافة مميزات وعيوب المنتج، وكافة المعلومات المتعلقة به¹.

2- الالتزام بالإعلام التزم وقائي: يعتبر الالتزام بالإعلام قضائي النشأة؛ حيث سعى القضاء من وراء تقريره إلى ضمان حماية العقود مسبقاً من أسباب الإبطال؛ إذ رأى القضاء الفرنسي خاصة، أن أسباب بطلان كثير من العقود كان نتيجة الإخلال بهذا الالتزام، وبالتالي فإن تقرير هذا الالتزام، وإلزام المدين القيام به، يعدّ ضماناً لاستقرار المعاملات، عن طريق تجنب إبطال العقد بوفاء المدين بالتزامه². وبعبارة أخرى فإن تقديم المدين للدائن كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد يؤدي إلى سلامة رضا هذا الأخير، ودفع احتمال التمسك بالحق في إبطال العقد مستقبلاً. وهذا ما جعل بعض الفقه يعتبر هذا الالتزام تطبيقاً مهماً لمبدأ الوقاية خير من العلاج³. كما يؤدي تكريس هذا الالتزام إلى تحقيق مصلحة المحترف في الوقت نفسه، والذي يسعى إلى استمرار العلاقة التعاقدية بينه وبين المستهلك، وعدم التفاجيء بإبطال العقد⁴.

3- الالتزام بالإعلام التزم نسبي: رغم تكريس هذا الالتزام من قبل تشريعات الاستهلاك، إلا أنها لم تقم بإطلاقه إلى الحد الذي يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن بكافة المعلومات المتعلقة بالعقد، سواء كانت مهمة، أم غير مهمة؛ وسواء كانت جوهرية، أم ثانوية، حيث عمدت تلك التشريعات إلى تقييد مضمون هذا الالتزام، وذلك بحصر وجوبه في معلومات معينة؛ وهي تلك المتعلقة بالعقد المراد إبرامه؛ أي أن المعلومات التي يلزم المدين بإعلامها للدائن بمقتضى هذا الالتزام، هي تلك التي من شأنها التأثير على إرادته، ويكون جهله بها جهلاً مشروعاً؛ بأن لا يكون له الاستعلام أو الحصول عليها من جهة أخرى، وذلك حتى لا يصير الالتزام بالإعلام سيفاً مسلطاً على رقاب المدينين به⁵.

¹ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 57.

² - رفيقة بولكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2019، ص. 20-21.

³ - إسراء خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2018، ص. 77.

⁴ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 57.

⁵ - المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 30-31.

من أجل ذلك، يرى بعض الفقه أن سن قواعد حماية لصالح المستهلك، لا يعني اتصاف هذا الأخير بالسلبية المطلقة التي تجعل منه متكاسلا، ولا يبذل أدنى جهد في سبيل الحصول على معلومات حول المنتج الراغب في اقتنائه، بل يقع عليه بذل العناية اللازمة في سبيل ذلك. كما أن إطلاق مجال الالتزام بالإعلام قد يؤدي إلى نتائج عكسية لمقصد التشريعات من وراء إقرار هذا الالتزام، والمتمثل في إعادة التوازن العقدي¹.

4- الالتزام بالإعلام التزام مستقل: نظرا لعدم توافر القواعد العامة للقانون على نص خاص يقرر الالتزام -وإن كان المبدأ موجودا في بعض النصوص- فإن بعض الفقه قد رأى عند بداية نشأة هذا الالتزام، إرجاعه إلى بعض النظريات العامة الموجودة في القواعد العامة، كنظرية عيوب الإرادة، أو نظرية العيوب الخفية، لذلك كان يشترط أصحاب هذا الرأي من أجل التمسك بالالتزام بالإعلام إثبات شروط تلك الحالات؛ أي عدم الاستناد إلى الالتزام بالإعلام بصفة مستقلة عن تلك النظريات. إلا أن تلك النظرة التقليدية سرعان ما أفلت؛ إذ أجمع الفقه الحديث على استقلالية هذا الالتزام².

وبناء على ما سبق، أصبح الالتزام بالإعلام يتمتع باستقلالية تامة عن باقي الالتزامات الأخرى، كالالتزام بالضمان، والالتزام بالسلامة³. وتأكيدا لاستقلالية الالتزام بالإعلام، يرى بعض الفقه أن الهدف من تقريره لا يكمن في حماية رضا المستهلك الدائن فحسب؛ بل يكمن أيضا في إعادة التوازن العقدي لعلاقة الاستهلاك⁴.

ثانيا- شروط الالتزام بالإعلام:

بالعودة إلى النصوص المكرسة للالتزام بالإعلام، فإنه يستنتج عدة شروط وضعتها التشريعات من أجل قيام أو ثبوت الالتزام في عاتق المدين. وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

¹ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.58.

² - رفيقة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.21.

³ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.59.

⁴ - نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في قانون الاستهلاك، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، 2017-2018، ص.342.

1- علم المدين بالمعلومات محل الالتزام بالإعلام:

يعتبر اشتراط علم المدين من أجل ثبوت الالتزام في ذمته أمرا بدهيا ومنطقيا؛ إذ لا يعقل إلزام شخص بتقديم معلومات هو في الأصل يجهلها، ولا يمكن له حتى معرفتها، فالقاعدة أنه "لا تكليف بمستحيل"¹.

وقد نصت على هذا الشرط المادة 1112-01 من القانون المدني الفرنسي، والتي جاء فيها: "يجب على الأطراف الذين يدركون المعلومات التي تعتبر أهميتها حاسمة لموافقة الطرف الآخر إبلاغها..."². ويشور التساؤل عن المقصود بعلم المدين؛ فهل يشترط العلم الحقيقي أم الفعلي، أم يكفي في ذلك أن يكون مفترضا؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يجب التمييز بين حالتين؛ حالة المدين العادي، وحالة المدين المحترف. فبالنسبة للمتعاقد العادي، فإن التزامه لا يشمل سوى ما يتوافر لديه من معلومات، ولا يعلمها الطرف الآخر. وبمفهوم المخالفة، فإن عدم علم المدين العادي بالمعلومات، لا يجعله مطالبا بالإدلاء بها للطرف الآخر. أما إذا كان المدين محترفا، فإن محكمة النقض الفرنسية قد أرست منذ زمن بعيد، مبدأ هاما مقتضاه أن المتعاقد المحترف لا يشترط علمه الحقيقي بالمعلومات محل الالتزام بالإعلام؛ بل هو ملزم بالبحث والاستعلام عن تلك المعلومات التي تعتبر مهمة للطرف الآخر؛ إذ إن احترافه يوجب عليه بذل مجهود أكبر من ذلك الذي يبذله المتعاقد العادي، مما يعني اتساع نطاق الالتزام بالإعلام بالنسبة للبائع المحترف ليشمل ما يعلم من معلومات، وما يفترض فيه علمها؛ ذلك أن خبرته تمكنه من الإلمام بمعلومات أكبر من تلك التي بإمكان المتعاقد العادي الحصول عليها³.

ويتضح من خلال ما تقدم، بأن هناك واجب على عاتق المحترف يقضي بالتزامه بالاستعلام من أجل الإعلام؛ أي أن يسعى المحترف إلى الحصول على المعلومات والبيانات، وذلك لا يكون بغرض تحقيق مصلحته الشخصية؛ بل من أجل تبليغ تلك المعلومات للمتعاقد معه؛ بهدف تكوين تصور حقيقي في ذهنه حول محل التعاقد، وإبرامه العقد على بينة من أمره⁴.

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص.46.

² - Art. 1112-1 du code civil français dispose: "Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer...".

³ - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، المرجع السابق، ص.47.

⁴ - إسراء خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.106.

ولا يكفي علم المحترف بالمعلومات والبيانات؛ بل يشترط فوق ذلك علمه بمدى تأثير تلك المعلومات على إرادة المتعاقد الآخر¹.

2- جهل الدائن بالمعلومات محل الالتزام بالإعلام:

يرى غالبية الفقه، أنه ولكي لا يكون تقرير الالتزام بالإعلام ذريعة من أجل تخاذل أو تكاسل الدائن في البحث عن المعلومات المتعلقة بالتعاقد، فإنه يشترط أن يكون الدائن جاهلا جهلا مشروعا بتلك المعلومات؛ إذ يكون لا سبيل له للوصول إليها إلا عن طريق المدين، وبهذا يكون جهله جهلا مشروعا. وبمفهوم المخالفة، فإذا كان بإمكان الدائن الوصول إلى تلك المعلومات عن طريق آخر، فهنا يكون جهله غير مشروع².

وكقاعدة عامة، فإنه يتوجب على كل شخص يقدم على التعاقد البحث بوسائله الخاصة عن المعلومات اللازمة لتكوين رأيه، ومن ثم بناء قراره حول عملية التعاقد. إلا أنه قد يتعذر إعمال هذه القاعدة في بعض الأحيان بسبب طبيعة المعلومات، أو بسبب صفة المتعاقد معه، وانعدام خبرته³.

وترجع الأسباب التي تحول دون علم الدائن بتلك المعلومات إلى نوعين؛ أسباب موضوعية، وأخرى شخصية، فبالنسبة للأسباب الموضوعية، فيقصد بها ذلك الجهل الذي يستند إلى استحالة علم الطرف الآخر بالبيانات محل التعاقد المتعلقة بالوضع القانوني أو المادي للشيء، أو بطرق استخدامه. أما الأسباب الشخصية، فيقصد بها عدم إمكانية المتعاقد الدائن من الإحاطة بتلك المعلومات لأسباب تتعلق بشخصه، ويكون ذلك عندما يكون الشخص المقدم على التعاقد قليل الخبرة، مما يجعله عاجزا عن الوصول إلى تلك المعلومات بمفرده، وبالتالي ينطبق عليه وصف غير المحترف بمجال المعاملة⁴.

وقد يرجع سبب جهل الدائن إلى الثقة المشروعة التي تتولد من تكرار المعاملات بينه وبين المدين، مما يجعل المدين ملزما تلقائيا بإدلاء كافة المعلومات المتعلقة بالعقد إلى الدائن، دون قيام الدائن بطلب تلك

¹ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.84.

² - محمد جريفي، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص.144.

³ - فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص.401.

⁴ - أحمد بومدين، دور الالتزام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، العدد 01 جوان، 2010، ص.178. إسرائ خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.110-111.

المعلومات؛ سواء كان قادرا على معرفة تلك المعلومات، أم لم يكن قادرا، وذلك استثناء في بعض العقود؛ نظرا للثقة التي يضعها الدائن بالطرف الآخر، ويكون سبب الثقة؛ إما طبيعة العقد، أو تعاملات الأقرباء¹. ومن أبرز أمثلة الثقة المشروعة المتولدة عن طبيعة العقد، عقد الوكالة؛ حيث يلتزم كل طرف بإبلاغ الطرف الآخر بكل المعلومات المتعلقة بالعقد؛ ذلك أنه وبلجوء شخص لآخر من أجل تمثيله بمقتضى عقد النيابة، فإن ذلك لا يعني وضع ثقة الموكل بشخص الوكيل فحسب؛ بل يعني أيضا حلول إرادة الوكيل محل إرادة الموكل، وبالتالي فلا يمكن تصور إخلال أحد الطرفين بهذه الثقة. أما الحالة الثانية والمتعلقة بالمعاملات بين الأقرباء، فإن الأصل في هذه الحالة أن تزداد الثقة بين الطرفين، وذلك مراعاة لأواصر القرابة الواجب توافرها بين أفراد العائلة².

وتأكيد للثقة الواجب وجودها بمثل هذه العقود، فإن المشرع الجزائري قد جعل من عقد الوكالة عقدا غير لازم؛ أي يجوز الرجوع عنه بالإرادة المنفردة، وهذا استثناء على قاعدة شريعة المتعاقدين، وذلك مراعاة لإمكانية انعدام الثقة بين الطرفين، مما يجعل استمرار العقد صعبا في تلك الحالة³.

كما قد تؤدي مبادرة المدين بتقديم معلومات غير صحيحة إلى الطرف الآخر، إلى تقاعسه عن الاستعلام حول المعلومات المتعلقة بالعقد، فلا يمكن محاسبة الدائن في هذه الحالة عن عدم قيامه بالاستعلام، أو عدم بذله العناية اللازمة في سبيل ذلك؛ باعتبار وضعه الثقة الكاملة بما تلقاه من معلومات من الطرف الآخر، لا سيما وأن القاعدة تقضي بافتراض حسن النية في الشخص إلى غاية ثبوت خلاف ذلك⁴.

وبالتالي، نلاحظ في هذه الحالة أن مصلحة الدائن هي الأولى بالرعاية من المدين؛ إذ رغم عدم قيام الدائن بواجب الاستعلام الملقى على عاتقه، إلا أنه قد يعذر في ذلك بسبب الاعتقاد المتولد لديه بصدق المدين، بخلاف المدين الذي كان سيء النية في هذه الحالة، فلا يمكنه تبعا لذلك الاستفادة من الحماية القانونية.

¹ - المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص.43.

² - المرجع نفسه.

³ - يراجع الفصل الثاني من الباب الأول المتعلق بحق العدول.

⁴ - ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2008-2009،

ص.101.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام

لم تكن الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام محل اتفاق فقهي، فبينما ذهب اتجاه إلى اعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة؛ إذ لا يكفي فيه بذل عناية معينة (أولاً)، قال جانب آخر بأن الالتزام بالإعلام لا يعدو أن يكون التزاماً ببذل عناية (ثانياً). بينما ذهب اتجاه حديث إلى التوفيق بين الرأيين، والقول بالطبيعة المزدوجة للالتزام بالإعلام (ثالثاً).

أولاً- الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن التزام المدين بالإعلام، هو التزام بتحقيق نتيجة، لا سيما في حالة السلع الخطيرة، وبالتالي فإن مسؤولية المدين بهذا الالتزام لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي، فالشخص المدين بهذا الالتزام هو ملزم بتحقيق نتيجة، متمثلة في عدم الإضرار بالدائن من خلال تقديم مختلف المعلومات الضرورية. ويرى أنصار هذا الاتجاه أن اعتبار الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية سيؤدي إلى نتيجة عكسية؛ وهي جعل هذا الالتزام عديم الجدوى؛ لأنه يفرض على المدين التزاماً لا يحقق الهدف المبتغى من ورائه¹.

ومن بين الأدلة التي ساقها أنصار هذا الاتجاه لتبرير موقفهم القاضي باعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة، هي أن هناك ظواهر معينة تؤيد اعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة، ويكون ذلك حينما تكون النتيجة ظاهرة بذاتها لا تحتاج إلى إثباتها من قبل الدائن، وبالتالي يكون واضحاً أن تلك النتيجة ما كانت لتحدث لو لم يكن هناك إخلال من المدين بالتزامه بالإعلام؛ إذ يعتبر وجود الضرر في هذه الحالة قرينة على خطأ المدين الذي يقع عليه نفي مسؤوليته عن طريق نفي الخطأ².

كما يعلل بعض الفقه ضرورة اعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة، من خلال الرجوع إلى محل التزام المدين بالإعلام قبل التعاقد؛ أي أن الأداء الذي يلتزم به المدين هو في حد ذاته الغاية التي يسعى الدائن إلى تحقيقها، وبالتالي فإن الطبيعة القانونية لهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، وذلك على غرار البائع الذي يلتزم بتسليم المبيع، وهو في حد ذاته ما يبتغيه المشتري من وراء التعاقد. أما بالنسبة للالتزام بالإعلام في بعض العقود الحديثة، مثل عقد بيع الحاسبات الإلكترونية، فإن البائع في مثل هذه العقود، يلتزم بتحقيق نتيجة، تتمثل في الوصول إلى النتائج المرجوة من إدخال هذه الأجهزة، بناء على ما يراه البائع

¹ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.ص. 62-63.

² - منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص.ص. 92-93.

الأنسب من هذه الأجهزة لظروف واستخدامات المشتري، فهو بذلك يضمن تحقيق نتيجة معينة، فإذا تخلفت تلك النتيجة المرجوة، اعتبر ذلك إخلالاً منه بالالتزام بالإعلام¹.

وبناء على ما تقدم، يرى أصحاب هذا الرأي أن الالتزام بالإعلام لا سيما في حالة التحذير من مخاطر المنتجات، يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة؛ نظراً للموقف السلبي الذي يلعبه المستهلك في هذه الحالة².

ثانياً- الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية:

خلافاً للرأي السابق، يرى جانب آخر من الفقه أن الالتزام بالإعلام لا يعدو أن يكون التزاماً ببذل عناية؛ باعتبار أن المدين بهذا الالتزام لا يتحكم في نتيجة النصائح والتوجيهات الموجهة إلى الدائن؛ إذ لا يمكنه جبره على اتباع تلك التعليمات، فهو مسؤول فقط عن إيصال تلك المعلومات للمتعاقد معه، بينما يبقى أمر تطبيقها خارجاً عن إرادته. فالطبيب مثلاً يلتزم ببذل عناية؛ وهي تقديم العلاج، أما قيام المريض بتناول الدواء من عدمه، فهذا أمر خارج عن إرادته، ولا يمكن مساءلته عنه³.

وبعبارة أخرى، فإنه وبمجرد إعلام الدائن بالمعلومات الضرورية الحاسمة، تبرأ ذمة المدين من ذلك الالتزام؛ إذ إن إرادة الدائن تلعب دوراً أساسياً وهاماً في مرحلتَي تكوين العقد وتنفيذه؛ حيث قد يكون هناك وفاء من المدين بهذا الالتزام، إلا أن الدائن رغم ذلك قد لا يبالي من جهته بالتعليمات الموجهة إليه من قبل الدائن⁴.

ويعتبر الالتزام بالإعلام التزاماً ببذل عناية بصورة خاصة في حالة الالتزام بالنصيحة، وذلك بسبب الموقف الإيجابي الذي يجب على المستهلك القيام به، من خلال وجوب تعاونه مع المحترف في هذا المجال. وما يؤكد هذا، هو عدم إمكانية المستهلك من رفع دعوى الإخلال بهذا الالتزام في حالة عدم قيامه بطلب النصيحة من المحترف ابتداءً⁵.

ولعل سبب الخلاف الفقهي بخصوص الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام، راجع إلى النتيجة المترتبة عن الأخذ بأحد الرأيين دون الآخر، وأثر ذلك على حماية الطرف الدائن بالالتزام بالإعلام. فالاتجاه القائل باعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً ببذل عناية يجعل عبء إثبات الخطأ على عاتق الدائن، أما وفقاً للاتجاه

¹ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.ص. 61-62.

² - Cyril Grimaldi et Jean-François Sagaut, l'obligation d'information du vendeur, revue des contrats, France, juillet 2021, p.1099.

³ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 64.

⁴ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 59.

⁵ - Cyril Grimaldi et Jean-François Sagaut, l'obligation d'information du vendeur; op. cit. p.1099.

الآخر، والذي يرى اعتبار الالتزام بالإعلام التزاما بتحقيق نتيجة، فإن وضع الدائن يكون فيه أفضل مقارنة بالاتجاه السابق؛ إذ الخطأ حسب هذا الرأي يكون مفترضا، ولا يمكن للمدين بالالتزام بالإعلام نفي مسؤوليته، إلا بإثباته السبب الأجنبي¹.

ثالثا- الالتزام بالإعلام ذو طبيعة مزدوجة:

أمام تباين الآراء بخصوص الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام، ظهر اتجاه فقهي حديث، يقول بالطبيعة المزدوجة للالتزام بالإعلام². ويرتكز هذا الاتجاه على تحليل الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام إلى التزامين؛ أحدهما هو التزام بتحقيق نتيجة، ويتمثل في نقل المعلومات والبيانات إلى المستهلك، أما ثانيهما فيمكن في استعمال الوسائل المناسبة لنقل تلك المعلومات إلى المستهلك، وهو التزام ببذل عناية³.

وبناء على ما تقدم، فإن أنصار هذا الرأي يفرقون بين نقل المعلومات محل الالتزام بالإعلام الذي يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة، وبين قيام المدين بالبحث واستقصاء المعلومات الصحيحة، واختيار الوسيلة الأكثر ملاءمة؛ من أجل ضمان وصول تلك المعلومات لإرادة المستهلك، والذي يعتبر التزاما ببذل عناية⁴.

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام

لم يصل القانون المدني الجزائري إلى غاية آخر تعديلاته في 2007 إلى فرض التزام عام بالإعلام على عاتق طرفي العقد، وإن كان قد نص على هذا الالتزام في تشريعات خاصة، كالقانون رقم: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والمرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم: 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك. إلا أن تلك النصوص تبقى تطبق في حالات معينة، وفي عقود معينة، دون أن تتجاوز إلى عقود أخرى. وهذا يعني أن المشرع الجزائري لا يزال متأثرا بالنزعة الفردية السائدة وقت وضع القانون المدني، والتي تحول دون سن نصوص كتلك المتعلقة بوجوب الإعلام، أو الإقرار بهذا الالتزام في إطار النظرية العامة للعقد.

¹ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص. 287.

² - نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 37.

³ - شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017، ص. 44-45.

⁴ - المرجع نفسه.

وتبعاً لذلك، فإن المشرع الجزائري ورغم نصه على الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام في تشريعات الاستهلاك، إلا أنه بالمقابل لم ينص على الجزاء المدني المترتب عن الإخلال به. وهذا ما يدعونا إلى تتبع العديد من نصوص القواعد العامة التي تعتبر بمثابة تطبيقات للالتزام بالإعلام. ومن بين هذه النصوص تلك المتعلقة بعيوب الإرادة، أو بعقد البيع؛ سواء من خلال شرط العلم الكافي بالمبيع، أم اشتراطات عقد البيع. وذلك من أجل استنتاج بعض الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذا الالتزام.

وبناء على ما سبق، فإننا سنتطرق إلى جزاء الإخلال بالالتزام ما قبل التعاقدى وفق نظرية عيوب الإرادة (الفرع الأول)، ثم في نصوص عقد البيع (الفرع الثاني)، إضافة إلى قيام المسؤولية المدنية للمدين كأثر عن الإخلال بالالتزام بالإعلام (الفرع الثالث)، كما حاول بعض الفقه اقتراح جزاء خاص عن الالتزام بالإعلام (الفرع الرابع).

الفرع الأول: عيوب الإرادة ودورها في مكافحة الإخلال بالالتزام بالإعلام

يعد عيبى الغلط والتدليس أقرب عيوب الإرادة اتصالاً بالالتزام بالإعلام؛ لذلك ستقتصر دراستنا على هذين العيبين، ومدى إمكانية التعويل عليهما من أجل تأسيس جزاء مدني مترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام.

وقد نص صراحة على قابلية العقد للإبطال على أساس عيوب الإرادة، القانون المدني الفرنسي في تعديل 2016، وذلك بموجب المادة 1112 منه¹.

أولاً - علاقة نظرية الغلط بالإخلال بالالتزام بالإعلام :

يعرف الغلط بصفة عامة على أنه: "اعتقاد صحة ما هو خاطئ، وخطأ ما هو صحيح"²، كما يعرف بصورة أدق بأنه: "وهم يقوم في ذهن المتعاقد، فيحمله على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الواقع، فيدفعه إلى التعاقد، نتيجة لهذا التصور الخاطئ بخلاف الحقيقة"³. وهو بهذا التعريف يعيب الإرادة؛ إذ يجعلها على غير هدى؛ بحيث ما كانت لتنتج ذلك الاتجاه لو أن صاحبها كان على بينة من أمره. وبناء

¹- art 1112 du code civil français dispose: "...le manquement a ce devoir d'information peut entrainer l'annulation du contrat dans les condition prévues aux articles 1130 et suivants".

²- Yousef Shandi, La formation du contrat a distance par voie électronique, thèse de doctorat, université de Strasbourg, France, 2005, p.136.

³- العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.384.

على ذلك اعتبر الغلط مؤثرا في صحة العقد¹. وبخلاف التدليس الذي ينتج عن وهم مستشار، فإن الغلط هو وهم تلقائي يقوم في ذهن العاقد².

ويتضح من خلال ما سبق، أن الغلط يفترض عدم التطابق بين التصور الفكري للشخص المتعاقد من جهة، وبين الحقيقة من جهة أخرى³. والغلط بهذا المعنى هو اختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة⁴.

وقد نص المشرع الجزائري على الغلط كعيب في الإرادة من المادة 81 حتى المادة 85 من القانون المدني الجزائري.

وجزاء الغلط في القانون المدني الجزائري، هو قابلية العقد للإبطال، ويتمسك بهذا الحق من تعيب إرادته بغلط كان دافعا لإبرام العقد⁵.

والغلط الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة، هو الغلط المؤثر؛ وهو ذلك الغلط الذي يقع في مرتبة وسطى بين الغلط المانع وبين الغلط غير المؤثر⁶. ومن الغلط المؤثر، شراء شخص لساعة على أنها من الذهب الخالص، ليتبين له بعدها أنها من المعدن المطلي بقشرة من الذهب، أو أن يشتري شخص تحفة معتقدا أنها أثرية، ليتفاجئ بعد ذلك بأنها مجرد تقليد⁷.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.ص. 349-350.

² - Yousef Shandi, la formation du contrat a distance par voie électronique, op. cit, p.135.

³ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 511.

⁴ - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص. 64.

⁵ - تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري: "يجوز لمن وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله". وتقابلها المادة 121 من القانون المدني المصري، والقانون المدني السوري، والمادة 120 من القانون المدني الليبي، والمادة 147 من القانون المدني الكويتي، والمادة 130 من القانون المدني القطري، والمادة 153 من القانون المدني الأردني، والمادة 119 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 173 من القانون المدني اليمني، والمادة 84 من القانون المدني البحريني. والمادة 63 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 111 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 195 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والفصل 41 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 204 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

⁶ - سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 50.

⁷ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 297.

ويشترط للتمسك بالغلط شرطان وهما؛ أن يكون جوهرياً، وأن يكون دافعاً إلى التعاقد¹. وهذا الشرطان وإن كانا محل اتفاق بين الفقه والتشريعات؛ إذ لا يمكن للشخص مباشرة أو التمسك بدعوى الغلط دون إثباتها، إلا أن الاختلاف كان حول مدى كفاية الغلط الفردي في إبطال العقد، وبمعنى آخر هل يكفي أن يكون الغلط فردياً من أجل إبطال العقد، أم يشترط أن يكون مشتركاً؟ وقد ظهرت في هذا الصدد ثلاثة اتجاهات حاول كل اتجاه منها إعطاء تصور معين. ونعرض لتلك الآراء وحججها تباعاً.

1- يرى أصحاب الرأي الأول، أنه لا يكفي أن يكون الغلط فردياً من أجل إبطال العقد، بل يجب اشتراك المتعاقد الآخر في الغلط؛ ذلك أن الأخذ بالغلط الفردي يؤدي إلى المساس بمبدأ استقرار المعاملات². وترجع الحكمة من هذا الشرط حسب هذا الاتجاه إلى عدم مفاجأة المتعاقد الآخر بإبطال العقد لمجرد وقوع المتعاقد معه في غلط، مما يجعل أي متعاقد مهتداً برؤية عقده قد أبطل عن طريق دعوى الغلط، وهو بعد لم يكن يعلم بوقوع المتعاقد الآخر في ذلك الغلط³. أما إذا اشترك المتعاقدان في الغلط، فلا يحق للمدعى عليه في هذه الحالة الشكوى من تمسك المتعاقد الآخر بإبطال العقد؛ باعتبار وقوعه هو الآخر في الغلط⁴. وبالتالي يعتبر الأخذ بهذا الرأي تضحية بمبدأ سلطان الإرادة على حساب مبدأ العدالة العقدية⁵.

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات الفقهية، ومن بين تلك الانتقادات، القول إن اشتراط اشتراك المتعاقدان في الغلط يجعل مجال الغلط قاصراً على التصرفات التي تتم بتوافق إرادتين فقط - أي

¹ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.392.

² - Remy Cabrillac, droit des obligations, op. cit, p.54.

³ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.379. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.98. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.186. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.402. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.188. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.55. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.173. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.164. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.139. شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاً في العقود المدنية، المرجع السابق، ص.101.

⁴ - عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص.85. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.118.

⁵ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.313.

العقود- في حين أن الغلط قد يقع أيضا في التصرفات التي تتم بإرادة منفردة¹، إضافة إلى تعارض هذا الرأي مع مبدأ العدالة؛ باعتبار أن الغلط قد لا يكون مشتركا، ولكن المتعاقد الآخر كان عالما به، ومع ذلك ترك المتعاقد الأول مسترسلا فيه².

2- أما الرأي الثاني، فيرى أصحابه -وخلافا للرأي الأول- بأنه يكفي تعيب إرادة واحدة، ووقوعها في غلط من أجل المطالبة بإبطال العقد؛ ذلك أن إرادة من وقع في الغلط لم تأت سليمة في هذه الحالة، والمهم في صحة التراضي هو خلو إرادة الطرفين على السواء من عيوب الإرادة، فإذا وقع أحدهما في غلط كان دافعا له إلى التعاقد، فلا يكون التراضي صحيحا هنا، ولو كان المتعاقد الآخر جاهلا بذلك الغلط، بل ولو كان حسن النية³.

3- وبين الرأيين السابقين يتوسط رأي ثالث، يرى أصحابه عدم كفاية الغلط الفردي لإبطال العقد من جهة، ولا يشترط بالمقابل اشتراك الطرف الآخر في الغلط من جهة أخرى، بل يكفي كون المتعاقد الآخر عالما، أو من المفروض حتما عليه أن يعلم بذلك الغلط⁴؛ ذلك أن علم المتعاقد الآخر بالغلط، وعدم تنبيهه للمتعاقد الأول على ذلك يعتبر سوء نية منه، وجزاء سوء النية هو الإبطال. أما إذا لم يكن عالما؛ لكن كان من المفروض حتما عليه أن يعلم، فيكون مهملًا في هذه الحالة، وجزاء الإهمال هو الإبطال كذلك⁵.

وبعد بيان الآراء الثلاث الكلاسيكية لمسألة مدى اشتراط علم المتعاقد معه بالغلط، يستحسن أن نبين انفراد بعض التشريعات العربية بموقفين آخرين غير المواقف الثلاثة سالفه الذكر، حيث ذهب توجه

¹ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.100.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.120.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.59.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.188. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص.55-56. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ص.118. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.129. محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.155. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.402. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، الفتح للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 1999، ص.164.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.ص.382-383. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.173. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.169. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.ص.315-316. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.85.

يمثله قانون الموجبات والعقود اللبناني إلى التمييز بين الغلط الواقع على صفات الشيء، والغلط الواقع في شخص المتعاقد، فاشتراط الاشتراك في الغلط في أولهما دون الآخر¹، بينما ذهب توجه آخر إلى التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، فاشتراط الاشتراك في الغلط في النوع الأول من العقود فقط².

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فقد اختلف الفقه بشأنه، فبينما يرى بعض الفقه أنه قد أخذ بالرأي الأول؛ باعتبار أنه لم يأت بنص صريح، كالذي أتت به المادة 120 من القانون المدني المصري³، وما يقابلها من مواد في التقنينات العربية، وبالتالي، فحسب القانون المدني الجزائري يكفي لإبطال العقد وقوع المتعاقد في الغلط، ولو كان المتعاقد معه غير مشترك معه في هذا الغلط، بل ولو كان حسن النية. أما بخصوص حماية الطرف الآخر، والتي كانت من بين أهم دواعي الأخذ بالرأي الأول أو الثاني، فإن تلك الحماية يمكن تحقيقها عن طريق منع التمسك بالغلط بما يخالف حسن النية؛ إذ لو كان المتعاقد الآخر حسن النية، وأبدى استعداده لتوقي إبطال العقد، فلا يجوز لمن وقع في غلط في هذه الحالة التمسك بالإبطال، وإلا عدّ متعسفا في استعمال حقه. وهذا ما نصت عليه المادة 85 من القانون المدني الجزائري⁴. وعلى النقيض من ذلك، يرى جانب آخر أن المشرع أخذ بالرأي الثالث، وحسب هذا الاتجاه يجب إثبات علم المدعي المتعاقد الآخر بالغلط، أو كونه من المفروض حتما أن يعلم؛ ذلك أن المشرع قد أخذ بنظر المتعاقدين المشتركة بخصوص الصفة الجوهرية، وهو معيار موضوعي، وما دام الأمر كذلك، فإن المتعاقد الثاني يشترط علمه الحقيقي أو المفترض بالغلط⁵.

ويظهر لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الأول؛ أي الغلط الفردي، أما الرأي الثاني -والذي ذهب إلى القول بأخذ المشرع بالرأي الثالث- فمردود عليه؛ باعتبار أن ما أخذ به المشرع بالإرادة المشتركة هي الصفة الجوهرية للشيء محل الغلط، إلا أن ذلك لا يعني اشتراط وقوع المتعاقدين معا في غلط، أو اشتراك علم الطرف الآخر بالغلط؛ سواء كان العلم حقيقيا، أم مفترضا؛ باعتبار أن الرؤية أو النظرة شيء،

¹ - تنص المادة 207 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: "في الغلط الواقع على صفات الشيء الجوهرية لا يكون هداما إلا إذا كان صادرا من قبل الفريقين ودخلا في الاشتراط أما الغلط الواقع على الشخص فيعتد به ولو كان صادرا عن فريق واحد فقط".

² - ينظر المواد: 119 من القانون المدني الفلسطيني، 84، و85 من القانون المدني البحريني، 147 من القانون المدني الكويتي، 130 من القانون المدني القطري.

³ - تنص المادة 120 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرية جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.60.

⁵ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.188.

والوقوع في الغلط شيء آخر، فقد يعتبر الشيء جوهريا في نظر المتعاقدين معا، ومع ذلك فإن متعاقد فقط من يقع في غلط في تلك الصفة، دون الآخر.

وحسب القانون المدني الجزائري، يكون الغلط جوهريا لا سيما إذا وقع في صفة تعتبر جوهرية في نظر المتعاقدين، أو يفرض اعتبارها كذلك طبقا لظروف العقد وحسن النية، أو إذا وقع في شخص المتعاقد معه، متى كانت شخصية هذا الأخير محل اعتبار¹.

وبالتالي، فإن المعيار المعتمد في تقدير جسامه الشيء كأصل عام -حسب غالبية الفقه- هو معيار ذاتي أو شخصي، يتم تقديره بناء على الرغبات الشخصية للمتعاقد الواقع في الغلط². ويرى البعض³ ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي أو المجرد؛ باعتبار أن ذلك أفضل من المعيار الشخصي؛ سواء من ناحية تسهيل عمل القاضي في البحث عن نفسية المتعاقد الغالط، أو حتى من أجل وضع حد للتعسف المحتمل للغالط في استعمال حقه.

وتكمن العلاقة بين الغلط والالتزام بالإعلام، في كون أن إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه بالإعلام، ونقله معلومات خاطئة أو غير دقيقة يعتبر مسوغا حقيقيا للقول بقابلية العقد للإبطال على أساس الغلط⁴؛ إذ إن تخلف الالتزام بالإعلام من شأنه أن يؤدي إلى وقوع الطرف الدائن في غلط جوهرية حول محل العقد⁵، بشرط إثباته ذلك؛ بأن وقع على صفة جوهرية في السلعة أو الخدمة محل التعاقد⁶. وبمفهوم المخالفة، فإن قيام المدين بتنفيذ الالتزام بالإعلام تنفيذا كاملا، وصحيحا، ودقيقا من شأنه أن يوجد لدى الطرف الآخر الدائن رضا سليما وخاليا من العيوب. وبذلك يلاحظ أن دور الالتزام بالإعلام يكمن في

¹ - ينظر: المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

² - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الرجوع السابق، الجزء الأول، ص.394. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.168. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص.135. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، العقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص.159.

³ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص.176.

⁴ - Mohamed Lachachi, Les aspects juridique de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, étude comparative, thèse de doctorat, université oran 02, Algérie, 2019-2020, p.170.

⁵ - yousef shandi, la formation du contrat a distance par voie électronique, op. cit, p.135.

⁶ - Jean Beauchard, droit de la distribution et de la consommation, op. cit, p.306.

تنوير إرادة المتعاقد الدائن بالإعلام، مما يجنبه الوقوع في غلط أو وهم. وبهذا يعتبر الالتزام بالإعلام آلية وقائية في هذه الحالة من الوقوع في الغلط¹.

كما أنه، ووفق ما تقتضيه القواعد العامة، فإنه يشترط لإبطال العقد للغلط إثبات شروط معينة، وهي: أن يكون الغلط جوهرياً، وأن يكون دافعاً إلى التعاقد، وهو أمر نفسي يصعب إثباته، لا سيما في حالة انعدام وقائع خارجية دالة عليه. ولا شك أن تقرير الالتزام بالإعلام من شأنه افتراض توافر شروط الغلط في حالة الإخلال به؛ أي كون الغلط جوهرياً، ودافعاً إلى التعاقد².

وما يعزز سهولة اللجوء إلى الغلط مقارنة بباقي دعاوى عيوب الإرادة الأخرى، هو عدم اشتراط إثبات سوء نية الطرف الآخر؛ أي أن حق المستهلك في إبطال العقد مقرر، دون الحاجة لإثبات نية المحترف في تضليل أو تغليط المستهلك³.

أما بالنسبة للشرط الثالث للغلط، والذي يرى بعض الفقه أنه يشترط توافره لإبطال العقد، وهو كون المتعاقد الآخر عالماً، أو من المفروض حتماً أن يعلم بذلك الغلط⁴، فإن الالتزام بالإعلام في هذه الحالة يعتبر مكماً لنظرية الغلط؛ ذلك أن وجود الالتزام بالإعلام يقيم قرينة العلم على عائق المحترف، والتي تسهل إثبات علم المدين بالمعلومات. وبذلك يلعب الالتزام بالإعلام أيضاً دوراً هاماً في إثبات اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر⁵.

¹- Apo Alleme, La protection du consommateur a l'épreuve des technologies de l'information et de la communication: étude du droit ivoirien à la lumière du droit Français, thèse de doctorat, spécialité: droit privé, université de Perpignan via domitia, France, 2018-2019, p.51.

²- ربيعة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.180.

³- Mohamed Lachahi, les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.170.

⁴- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.188. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.59-60. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.549. المرجع السابق، الجزء الأول، ص.402. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.331 وما بعدها. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.85. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش، تونس، 2014، ص.198.

⁵- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، تقاسم: غسان رباح، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2007، ص.381-382.

إلا أنه، ومع ما تحققه نظرية الغلط من حماية، فإنه تبقى مشكلة الإثبات التي قد تحول دون استفادة المستهلك من هذه الآلية؛ باعتباره أنه -حسب القواعد العامة- يقع عليه عبء إثبات جوهريّة الغلط، وكونه دافعا إلى التعاقد، فضلا عن علاقة الغلط بالإخلال بالالتزام بالإعلام¹.

ثانيا- علاقة نظرية التدليس بالإخلال بالالتزام بالإعلام:

يعرف التدليس بأنه: "استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد"²، أو هو: "اصطناع وقائع كاذبة من شأنها إيقاع المتعاقد الآخر في الغلط"³، كما عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: "كل خداع يصدر من قبل أحد المتعاقدين أثناء تكوين العقد، ويؤدي إلى إيقاع المتعاقد الآخر في غلط جوهري"⁴.

فالتدليس هو إذن غلط مستثار يقع فيه المتعاقد تحت تأثير الحيل المستعملة من المتعاقد الآخر، فيصور له الأمور على خلاف حقيقتها، ويقدم على التعاقد بناء على تلك الأوهام التي افتعلها المتعاقد معه⁵.

وقد نصت المادة 86 من القانون المدني الجزائري على التدليس باعتباره عيبا في الإرادة بقولها: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم لما أبرم الطرف الثاني العقد..."⁶.

وإلى جانب قابلية العقد للإبطال، والذي يشترك فيه التدليس مع باقي عيوب الإرادة، فإنه يجوز للمدلس عليه المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به نتيجة ذلك التدليس؛ باعتباره عملا غير مشروع⁷.

¹ - Cyril Grimaldi et Jean Francois Sagaut, l'obligation d'information du vendeur, op. cit, p.1098.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.60.

³ سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.57.

⁴ - Betty Mercedes Martinaz-Cardenas, La responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français, thèse de doctorat, université pantheon assas, France, 2013, p.91.

⁵ - محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، تونس، 1997، ص.145.

⁶ - وتقابلها المادة 125 من القانون المدني المصري، والقانون المدني الليبي، والمادة 126 من القانون المدني السوري، والمادة 179 من القانون المدني اليمني، والمادة 151 من القانون المدني الكويتي، والمادة 134 من القانون المدني القطري، والمادة 89 من القانون المدني البحريني، والمادة 124 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 208 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 67 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 104 من قانون المعاملات المدنية العماني،

⁷ - Betty Mercedes Martinaz-Cardenas, la responsabilité précontractuelle, op. cit, p.91.

ويشترط في التدليس ثلاثة شروط، تتمثل في استعمال طرق احتيالية بنية تضليل المتعاقد الآخر، وأن تكون تلك الطرق الاحتيالية دافعة إلى التعاقد، وأن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر، أو أن يكون عالماً به على الأقل¹.

ويميز أنصار النظرية التقليدية للتدليس، بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع، ويترتب عن النوع الأول قابلية العقد للإبطال؛ لأن الحيل المستعملة قد أثرت في إرادة المتعاقد، فكانت دافعا له لإبرام العقد، مما أدى إلى تعيب إرادة المدلس عليه. أما التدليس غير الدافع فلا يفسد رضا المتعاقد؛ لأنه لم يدفعه لإبرام العقد؛ بل اقتصر أثره على جعل المدلس عليه يقبل العقد بشروط أشد أو أبسط، فالمتعاقد في هذه الحالة قد أقدم على التعاقد، بغض النظر عن تلك الحيل. وحسب أنصار هذه التفرقة، فإنه لا يجوز للمدلس عليه طلب إبطال العقد في هذه الحالة؛ وإنما يحق له فقط المطالبة بالتعويض عن ما لحقه من ضرر².

ويكون طلب التعويض هنا على أساس المسؤولية التقصيرية³.

وقد تم انتقاد هذا التصنيف من قبل العديد من الفقه؛ ذلك أن التدليس الذي يؤدي إلى إغراء المتعاقد بشروط أبسط، هو في الحقيقة تدليس دافع إلى التعاقد بتلك الشروط، وبالتالي فلا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها، فالتدليس يعيب الإرادة في الحالتين، وللمتعاقد الخيار بين إبطال العقد، أو الإبقاء عليه مع المطالبة بالتعويض⁴. فحسب هذا الاتجاه، فإن الصفقة كل لا يتجزأ، وإرادة المتعاقد أيضا لا تتجزأ. فالمتعاقد بارتضائه للعقد، يكون قد قبل بكل الشروط التي تضمنها، فإذا ما جاء قبوله لتلك الشروط نتيجة تدليس، فإن إرادته كلها قد تعيبت؛ إذ لا يمكن تجزئة الإرادة، والقول بأن العيب لم يلحق إلا الجزء المتعلق بتلك الشروط، ومن ثم التمييز بين تدليس دافع وغير دافع⁵.

¹ - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول، مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، بيروت، 1972، ص.ص. 99-100.

² - Remy Cabrillac, droit des obligations, op. cit, p.54.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 61. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 169.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.ص. 251-252. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 169.

⁵ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 346. محمد صبري السعدي، الواضح في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 180.

ولم يأخذ المشرع الجزائري بهذا التقسيم لعدم جديته؛ ذلك أن رضا المتعاقد؛ إما أن يكون سليما فيكون العقد صحيحا، أو أن يكون معيبا فيكون لمن وقع ضحيته في طلب إبطال العقد¹. وما يؤكد موقف المشرع الجزائري هو نص المادة 86 من القانون المدني، والذي جاء عاما، ولم يفرق بين تدليس وتدليس².

والتدليس يكون بأعمال إيجابية، وتتمثل في مختلف الحيل التي يستعملها المدلس مثل إظهار أوراق مزورة، أو التظاهر باليسار، أو كتابة إعلانات كاذبة، ولا يشترط في الحيل المعتد بها أن ترقى إلى ما يشترطه القانون الجنائي في النصب من أن تكون الحيل مادية، ويتم ظهورها مظهرا خارجيا، بل يكفي أن تكون تلك الحيل دافعا إلى التعاقد³.

ولا يقتصر التدليس عن الأعمال الإيجابية فحسب؛ بل يعتبر تدليسا مجرد سكوت أحد المتعاقدين عمدا عن بيان واقعة معينة للمتعاقد الثاني، والذي ما كان ليبرم العقد لو أن المتعاقد قد أطلعه عليها⁴، وبناء عليه يمكن قيام التدليس بمجرد كتمان متعاقد لمعلومات مهمة حول العقد عن الطرف الآخر⁵، وهو ما يسمى بالكتمان أو الكنايات، والمقصود بها هو السكوت عمدا عن واقعة مهمة⁶؛ بحيث تكون معرفتها أمرا أساسيا للطرف الآخر⁷، فيشترط في هذه الحالة على المتعاقد الآخر إعلام ذلك الطرف بهذا الأمر المهم⁸.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.199.

² - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.431.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.61.

⁴ - تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "...ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة." وتقابلها المادة 125 من القانون المدني المصري، والقانون المدني الليبي، والمادة 126 من القانون المدني السوري، والفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 56 من قانون الالتزامات والعقود التونسي، والمادة 67 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 186 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

⁵ - Remy Cabrillac, droit des obligations, op. cit, p.54. Mohamed Lachachi, les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.169. Yousef Shandi, la formation du contrat a distance par voie électronique, op. cit, p.135.

⁶ - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص.69. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.178. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.417.

⁷ - محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، تونس، 1997، ص.148.

⁸ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.141.

ويعتبر الكتمان تدليسا في الأمور واجبة البيان، أين يتوجب على المتعاقد العالم بذلك الأمر إعلام المتعاقد الآخر به، فإن قام بعكس ذلك اعتبر ذلك تدليسا منه. ويكون مصدر الالتزام بالإعلام أحيانا نص القانون، وأحيانا الاتفاق الصريح، إلا أنه في الكثير من الحالات يكون مصدر هذا الالتزام القاعدة القانونية التي تقضي بعدم جواز الغش؛ أي أن يستخلص من ظروف العقد أمرا من الأهمية بما كان، يكون مؤثرا بدرجة كبيرة على التعاقد، يعلمه المتعاقد الآخر، ويعلم جهل المتعاقد الآخر له، ومع ذلك لا يقوم بإعلامه به¹.

وقد رأى العديد من الفقه أن اعتبار مجرد الكتمان تدليسا، هو في الحقيقة إقرار من التشريعات بالالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام²؛ ذلك أنه من مقتضى حسن النية وجوب تصرف المتعاقد عند تكوين العقد بإخلاص تجاه المتعاقد الآخر؛ أي أن يمتنع عن كل غش أو تدليس³.

وقد خالف هذا الحل الفلسفة التي يقوم عليها المذهب الفردي، والذي يرى أن المتعاقد لا يلتزم إلا بإرادته، وهو أجدر الناس بالدفاع عن مصالحه التعاقدية، ومن ثم فلا يمكن اعتبار الكتمان تدليسا؛ باعتبار أن كل متعاقد ملزم بأن يحتاط لنفسه عند التعاقد، كأن يقوم بالتحريات اللازمة مثلا. إلا أن التوجهات الحديثة للتشريعات، والفقه، والقضاء، لم تبق سجيئة للمذهب الفردي، بعدما أصبح من الضروري بما كان التحلي بمبدأ حسن النية، كما استدعت بعض العقود تعاون المتعاقدين فيما بينهم⁴.

كما يعطي هذا الحل تصورا موضوعيا لعيوب الإرادة؛ إذ لا يقتصر دورها على حماية الإرادة الفردية فحسب؛ بل تعتبر أيضا ضمانا لأخلقة التعامل، وحماية المعاملات المالية⁵.

وبذلك، قد تم المماثلة بين الكتمان السلبي، وبين الأفعال الإيجابية للتدليس؛ باعتبار أن الصمت قد يقترن بظروف قد سببت، أو على الأقل ساهمت في وقوع الغلط لدى المتعاقد الآخر، وبالتالي يمكن أن يكون اتخاذ موقف صامت معادلا لتأكيد إيجابي وكذب، فيكون الكتمان عندئذ مترجما لمهارة كبيرة، أو

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 347.

² - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص. 69. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 148.

³ - المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 102.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 194.

⁵ - محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2009، ص. 112-113.

سوء نية من طرف المدلس، مما يؤدي إلى تغليط المدلس عليه، تماما كما لو تم استعمال أفعال إيجابية في التدليس¹.

وفي السياق نفسه، يرى بعض الفقه أن التدليس قد أصبح سهلا عن طريق استعمال الآليات الفنية التعاقدية الجديدة؛ لأن أحد المتعاقدين يمكن له بسهولة أن يخفي عن المتعاقد الآخر شرطا ثقيلا². وبناء على ذلك، فقد بات من المسلم به قيام التدليس عن طريق الكتمان؛ أي بمجرد التزام الطرف المتعاقد الصمت بخصوص معلومات كان عالما بها، وقد تكون مؤثرة في إرادة الطرف الآخر. ومما يزيد من ضرورة الأخذ بهذا الحل، هو تزايد حالات الكتمان في الواقع العملي، والتي يرجع معظمها إلى الاختلال المعرفي بين المحترفين والمستهلكين، حيث أدى ذلك إلى ظهور طبقتين متباينتين من حيث قدر المعلومات، فبينما تتوفر الطبقة الأولى -وهي طبقة المحترفين أو المهنيين- على كم هائل من المعلومات، فإنه على الجانب الآخر تبقى طبقة المستهلكين، وأغلبها من عموم الناس، تعاني فقرا واضحا في هذا المجال. وقد أدى ذلك الوضع إلى حظر الكتمان عندما يكون أحد الطرفين متبصرا، عالما بكافة ظروف التعاقد، وذلك من أجل منع الطرف القوي من استغلال ضعف المتعاقد معه فنيا واقتصاديا، من خلال السكوت عن تبيان معلومة قد تكون مؤثرة في إرادة ذلك الطرف³.

ومن خلال ما تقدم، رأى بعض الفقه قيام عيب الكتمان التدليسي بمجرد إخلال المحترف بالتزامه بالإعلام، وهو ما يؤدي إلى توسيع مفهوم عيب التدليس. ويرجع سبب اقتراح هذا الحل، إلى كون أن القواعد العامة تضع عبء إثبات تأثير التدليس، واعتباره دافعا إلى التعاقد على عاتق المدعي؛ أي على عاتق المستهلك في هذه الحالة. إلا أن تبني مثل هذا الحل من شأنه أن يجعل حق المستهلك في إبطال العقد يقوم تلقائيا، بمجرد تدليس المحترف، دون الحاجة إلى إثبات شروط التدليس⁴.

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.613.

² - عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد فؤاد سابقا - القاهرة، مصر، 1946، ص.355.

³ - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص.333-334.

⁴ - Djamilia Mahi-Disdet, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, thèse de doctorat, université D'avignon et des pays de vaucluse, France, 2011, p.p.316-317.

ويشترط لإبطال العقد على أساس الكتمان التدليسي في القانون المدني الجزائري، توافر أربعة شروط، وهي: تعلق الأمر بواقعة مهمة، وأن يعلم المدلس بهذه الواقعة، وأن يعتمد كتمانها على المتعاقد الآخر، وأن لا يكون للمدلس عليه سبيلا للعلم بها من مكان آخر سوى المدلس¹.

وفضلا عن الإبطال، فإنه يجوز للمستهلك أيضا المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام عن طريق دعوى التدليس². والمسؤولية المترتبة في هذه الحالة، هي المسؤولية التقصيرية، لا المسؤولية العقدية³؛ نظرا لأن وقوع الخطأ -وهو التدليس في هذه الحالة- كان في الفترة السابقة على التعاقد؛ أي قبل إبرام العقد⁴.

وتجدر الإشارة، إلى أنه في حالة إبطال العقد نتيجة تعيب الإرادة، فإن ذلك ينتج عنه -حسب القواعد العامة للإبطال- إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، فيلتزم المستهلك بإعادة المنتج إلى المحترف، بينما يلتزم المحترف بإعادة الثمن⁵.

ونظرا لترتب جزاء الإبطال السابق بيانه في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام، فقد أكد الفقه قصور هذه الحماية من هذا الجانب؛ إذ رغم ما تحققه دعوى الكتمان التدليسي من حماية للمتعاقد، فإنها مع ذلك تبقى قاصرة على منح الحماية اللازمة للمستهلك؛ ذلك أن إبطال العقد يبقى غير كاف لجبر الضرر الذي يصيب الطرف الآخر؛ إذ إن الحكم بالإبطال لا يوافق رغبة الطرف الدائن الحقيقية، والمتمثلة في الإبقاء على العقد؛ نظرا لعدم رغبته في الاستغناء عن السلعة أو الخدمة في إشباع حاجاته⁶.

ويلاحظ أن تقرير هذا الالتزام جاء بغرض تنوير إرادة المتعاقد الدائن بهذا الالتزام، وذلك من خلال تبصيره بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتج، والثن، وكذا شروط العقد، مما يؤدي إلى سلامة إرادته من العيوب⁷. من أجل ذلك استند الفقه على عيوب الإرادة كجزء عن الإخلال بهذا الالتزام.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.125.

² - Apo Alleme; la protection du consommateur a l'épreuve des technologies de l'information te de la communication, op. cit, p.52.

³ - Mohamed Lachachi, les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.169. Betty Mercedes Martinaz-Cardenas, la responsabilité précontractuelle, op. cit, p.107.

⁴ - Yousef Shandi, la formation du contrat a distance par voie électronique, op. cit; p.138.

⁵ - Apo Alleme, la protection du consommateur a l'épreuve des technologies de l'information te de la communication, op. cit, p.52.

⁶ - ربيعة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.188.

⁷ - Torkia hounki, La protection civile et pénale du consommateur dans le commerce électronique: étude compare entre le droit français, le droit égyptien, et le droit libyen, thèse de doctorat, université de Reims, France, 2021, p.57.

وبناء عليه، فإنه يبدو أن الجزء الأكثر شيوعاً عند الإخلال بالالتزام بالإعلام، هو قابلية العقد للإبطال على أساس عيوب الإرادة¹.

الفرع الثاني: دور نصوص عقد البيع في تكريس جزء الإخلال بالالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام

لم تكن النصوص المتعلقة بعيب الغلط والتدليس، وحدها التي يمكن الاستناد عليها في القواعد العامة من أجل تكريس الالتزام بالإعلام، فإضافة إلى النصوص الموجودة في القواعد العامة لنظرية العقد، فإن المشرع الجزائري نظم بخصوص عقد البيع -وباعتباره من بيع العقود الكلاسيكية والشائعة- وقت إصدار القانون المدني بعض النصوص، التي وإن لم تتحدث صراحة عن التزام بالإعلام يقع على عاتق البائع، إلا أنه يفهم منها ضمناً أن البائع ملزم بعمل إيجابي؛ وهو إعلام المشتري بوقائع معينة. وإذا أخل البائع بهذا الالتزام ترتب في حقه جزء قانوني معين؛ سواء تمثل ذلك الجزء في قابلية العقد للإبطال، أم في تطبيق قواعد الضمان حسب الأحوال. وتتمثل هذه النصوص أساساً في شرط العلم الكافي بالمبيع، وكذا فيما يتعلق باشتراطات الضمان.

أولاً- شرط العلم الكافي بالمبيع ودوره في تكريس الالتزام بالإعلام:

بعد القيام بتحديد مفهوم شرط علم المشتري الكافي بالمبيع، نتطرق إلى مدى إمكانية تأسيس الالتزام بالإعلام عليه، أو بمعنى آخر دور هذا الشرط في تكريس الالتزام بالإعلام.

1- مفهوم شرط العلم الكافي بالمبيع:

تنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع"².

¹ - Cyril Grimaldi et Jean Francois Sagaut, l'obligation d'information du vendeur, op. cit, p.1098.

² - وتقابلها المادة 419 من القانون المدني المصري، والمادة 408 من القانون المدني الليبي، والمادة 387 من القانون المدني السوري، والمادة 456 من القانون المدني الكويتي، والمادة 382 من القانون المدني البحريني، والمادة 421 من القانون المدني القطري، والمادتان 466 و467 من القانون المدني الأردني، والمادتان 474 و475 من القانون المدني اليمني، والمادتان 429 و430 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 179 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادتان 490 و491 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادتان 356 و357 من قانون المعاملات المدنية العماني، أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يكتف بمادة وحيدة على غرار معظم التشريعات السابقة، وفصل في مسألة العلم الكافي، خلافاً لتلك التشريعات (المواد من 517 إلى 523 من القانون المدني العراقي).

ويستنتج من النص السابق أن المشرع، وبخصوص عقد البيع لم يكتف بالقواعد العامة المتعلقة بتعيين المحل، والتي لا تشترط سوى ضرورة تعيين المبيع تعيينا كافيا منافيا للجهالة، ومميزا له عن غيره، فحسب هذه القواعد فإنه لا يشترط رؤية المشتري للمبيع، ولا علمه المسبق به، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف الموجبة لتعيينه، بشرط عدم وقوع المشتري في غلط بخصوص صفة جوهرية متعلقة بالمبيع، وهذا الغلط لا يفترض؛ بل على من ادعى وجوده إثبات ذلك¹.

ويتساءل البعض² عن التكييف القانوني للنص السابق، فهل يتعلق بركن الرضا؛ نظرا لموقع المادة، وكذا إلى الجزاء المترتب في حالة الإخلال به، والمتمثل في قابلية العقد للإبطال، أم أن الأمر متعلق بركن المحل؟

إن شرط العلم الكافي يختلف عن تعيين المبيع؛ فتعيين المبيع يعتبر شرطا أساسيا لانعقاد العقد، ويقصد منه تعيين المبيع تعيينا كافيا، أما شرط العلم الكافي، فالهدف من إقراره هو حماية رضا المشتري. ويترب عن ذلك أن تحقق أحدهما لا يغني عن الآخر، فقد يكون المبيع معينا تعيينا كافيا، ومع ذلك يبقى المشتري غير عالم به علما كافيا³. ومن حيث الجزاء فإن جزاء تخلف تعيين المحل يتمثل في البطلان المطلق للعقد؛ لتخلف ركن المحل، أما بالنسبة لشرط العلم الكافي فإن تخلفه يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري⁴.

ولا يشترط في العلم أن يكون شخصيا، أو فعليا، أو عن طريق الرؤية، بل يكفي حصوله من أي طريق آخر، كالسمع، واللمس، والشم، والذوق، بل ويكفي وصف المبيع وصفا دقيقا يغني عن الرؤية، كما يغني عن كل ذلك إقرار المشتري بعلمه بالمبيع، بشرط أن لا يكون ذلك الإقرار ناجما عن تدليس البائع⁵. وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، أن المشرع من خلال تنظيمه لأحكام العلم الكافي قد أراد التوفيق بين خيار الرؤية في المذهب الحنفي، وبين القواعد العامة المتعلقة بتعيين المحل، وبين الغلط في صفة جوهرية في الشيء⁶.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.117.

² - علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، موقف للنشر، الجزائر، 2018، ص.80.

³ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ص.129.

⁴ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص.56.

⁵ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص.220.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.117.

ويسقط حق المشتري في إبطال العقد لعدم العلم الكافي في الأحوال التالية:

أ- برؤية المشتري للمبيع، وهذا هو الأصل في العلم به؛ أي رؤية المشتري شخصيا للمبيع¹.

ب- بتضمن العقد بيان أوصاف المبيع الأساسية².

ج- بإقرار المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع علما كافيا. وهذا الحكم منطقي يتفق مع القواعد العامة؛ ذلك أن ذكر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع، يعتبر دليلا على أنه لا يولي أهمية قصوى لمشاهدة أو معاينة المبيع، وإلا لما تنازل عن حقه. ويشترط في إقرار المشتري ألا يكون نتيجة تدليس من البائع؛ بأن أطلعته مثلا على مستندات أو عقود مكدوبة. والتدليس المقصود هنا هو التدليس المتبع من قبل البائع من أجل التأثير على المشتري، والحصول بالتالي على إقرار علمه بالبيع³.

د- ويسقط أخيرا بتنازل المشتري عن حقه في إبطال العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع. والتنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا بالانتفاع بالمبيع، أو بيعه للغير، أو بمجرد عرضه للبيع. وفي هذا تطبيق للقواعد العامة⁴؛ حيث تقضي المادة 100 من القانون المدني الجزائري: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".

2- فكرة العلم الكافي وعيب الغلط بين الاتصال والانفصال:

لم تكن طبيعة النص الخاص بالعلم الكافي محل اتفاق بين الفقهاء؛ حيث اختلفوا في تفسيره، وانقسموا بذلك إلى رأيين؛ أحدهما يرى أن شرط العلم الكافي لا يعدو أن يكون امتدادا لعيب الغلط؛ سواء من حيث الهدف، أم من حيث الجزاء، أما الرأي الثاني، فيرى أن هذا الشرط يتمتع بخصوصيات تجعله منفصلا عن عيب الغلط.

أ- الاتجاه القائل بالربط بين العلم الكافي والغلط:

يرى أصحاب هذا الرأي أن شرط العلم الكافي بالمبيع، لا يعدو أن يكون امتدادا لنظرية الغلط، وكل ما في الأمر أن الغلط في حالة عدم العلم الكافي هو غلط مفترض يعفى المشتري من إثباته؛ إذ إن إقدام المشتري على شراء المبيع دون رؤية منه، أو وصف له من قبل البائع، مع اعتقاده بوفاء ذلك المبيع

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.113.

² سمير تناغو، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.66.

³ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1980، ص.45.

⁴ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.58.

بالغرض المقصود منه، ثم يفاجئ بعد ذلك بخلاف ما كان يعتقد، فإنه يكون حينئذ قد وقع في غلط جوهري، يعطيه الحق في إبطال العقد، وفق القواعد العامة¹.

ب- الاتجاه القائل بانفصال شرط العلم الكافي عن عيب الغلط:

خلافًا للرأي السابق، ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بانفصال شرط العلم الكافي عن نظرية الغلط، وأن المادة 419 من القانون المدني المصري، والمقابلة للمادة 352 من القانون المدني الجزائري لا يعتبر حكمها امتدادًا لنظرية الغلط، كما يزعم أصحاب الرأي الأول، بل إن غرض المشرع من وضع هذا النص هو إيجاد حكم موضوعي مفاده وجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا². ويظهر استقلالية شرط العلم الكافي عن عيب الغلط من ناحيتين، هما:

- فمن ناحية أولى، فإن للمشتري الحق في الإبطال لعدم علمه بالمبيع علما كافيا من قبل، ولا يشترط لثبوت حقه في الإبطال وقوعه في غلط حول المبيع، بل حتى لو وجد المبيع مطابقا لتصوره يبقى حقه قائما في إبطال العقد³.

- ومن ناحية ثانية، فإن علم المشتري بالمبيع علما كافيا بأي الطرق الثلاثة، سواء بالرؤية، أم بالوصف، أم بالإقرار في العقد، يحول دون حقه في التمسك بالإبطال استنادا على نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري، حتى في حالة وقوعه في غلط جوهري، ويبقى له أن يقيم دعواه على أساس عيب الغلط وفق ما تقتضيه القواعد العامة⁴.

3- دور شرط العلم الكافي في تكريس الالتزام بالإعلام:

يرى الفقه أن إعطاء المشتري الحق في إبطال العقد، كجزاء على عدم علمه بالمبيع علما كافيا، يعتبر دليلا على أخذ القواعد العامة بفكرة الالتزام بالإعلام، وأن هذه الفكرة ليست بغريبة عن المشرع الجزائري⁵.

وبناء على ذلك، فإن قيام البائع قبل إبرام العقد بتقديم كل المعلومات اللازمة للمشتري، والمتعلقة بخصائص المبيع الأساسية، وبصفة كاملة، عندما لا يتمكن المشتري من الوصول لتلك المعلومات بمفرده أو

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.ص. 124-125.

² عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص. 323.

³ رفيقة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص. 191.

⁴ عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص. 323.

⁵ ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، المرجع السابق، ص.ص. 295-296.

بطريقته الخاصة عن طريق الاستعلام، يعتبر تكريسا تشريعيا للالتزام بالإعلام لصالح المشتري؛ من أجل تنوير رضاه عند إبرام العقد¹.

ومن خلال ما سبق، يتضح أن غاية المشرع في إقرار شرط العلم الكافي هي الرغبة في إضفاء أكبر قدر من الحماية للمشتري؛ باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، كما أن هذا الحكم يتوافق مع تطور هذه العلاقة؛ إذ لم يعد البائع ذلك البائع البسيط؛ بل صار محتزفا في مجاله، عالما بكل ظروف التعاقد، وبالتالي لا يمكن له الادعاء بجهل الصفات أو الأوصاف الأساسية للمبيع، لا سيما وهو حائز للمبيع، بينما يبقى في الجهة المقابلة المشتري في موقع ضعف و جهل مقارنة به، ومن ثم كان للحكم بإلزام البائع بإعلام المشتري له ما يبرره من الناحية العملية².

إلا أنه، ورغم ما يحققه شرط العلم الكافي من فائدة وأهمية بخصوص إعلام المشتري، فإن ما يعاب عليه، هو قصور تطبيقه على عقد البيع فقط؛ إذ لا يمكن الإقرار بشرط العلم الكافي في أنواع أخرى من العقود لا تقل أهمية، بل وتفوق في أهميتها عقد البيع التقليدي، كعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الإنشاءات، إلى غير ذلك من العقود الحديثة. فيتضح بذلك قصور النص عن معالجة جميع الحالات الواجب الإعلام بها³.

أما من حيث نطاق المعلومات الواجبة الإعلام، فهي تتسع في الالتزام بالإعلام أكثر من العلم الكافي بالمبيع؛ حيث يشمل الالتزام بالإعلام كافة المعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة المتعلقة بمحل العقد، وشروطه، وخصائصه، وأوصافه⁴.

وفي السياق نفسه، يرى البعض⁵ أنه وفي ظل انعدام نص صريح، أو اجتهاد مفسر للنص، تبقى مهمة تحديد مضمون التزام البائع مسألة صعبة.

¹ - ربيعة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.191.

² - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص.324.

³ - المرجع نفسه، ص.324-325.

⁴ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.211.

⁵ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.67.

ثانيا- تكريس الالتزام بالإعلام من خلال نظرية العيوب الخفية:

يعد الالتزام بضمان العيوب الخفية، من بين الالتزامات التي عول عليها الفقه والقضاء من أجل تأسيس الالتزام بالإعلام، وذلك من خلال محاولة تطوير قواعد وأحكام العيوب الخفية من أجل توسيع مجالها، واستخلاص بعض الالتزامات الضمنية من خلال شروط العيب الخفي، كالالتزام بالإعلام. وبناء على ذلك، سنقوم بعرض عام موجز لنظرية العيوب الخفية، ثم نبحث مدى إمكانية تأسيس الالتزام بالإعلام على ضوءها.

1- عرض عام لنظرية العيوب الخفية في القانون المدني الجزائري:

تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها. غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه"¹.

ويفهم من هذا النص أن المشرع لم يكتف بإلزام البائع بنقل الملكية والتسليم فقط؛ بل ألزمه أيضا بضمان العيوب الخفية للمشتري، والتي قد تحول دون انتفاعه بالمبيع انتفاعا كاملا، حسب الغرض المقصود في عقد البيع.

ولكي يعتبر العيب موجبا للضمان، يجب توافر جملة من الشروط، وهي: أن يكون خفيا، وأن يكون قديما، وأن يكون مؤثرا أو جسيما².

¹ - وتقابله المواد: 447 من القانون المدني المصري، والمادة 436 من القانون المدني الليبي، والمادة 415 من القانون المدني السوري، والمادة 546 من القانون المدني اليمني، والمادة 468 من القانون المدني الفلسطيني، والمادتان 558 و559 من القانون المدني العراقي، والمادتان 513 و514 من القانون المدني الأردني، والمواد: 489، و490، و491 من القانون المدني الكويتي، والمواد: 415، و416، و417 من القانون المدني البحريني، والمواد: 455، و456، و457، من القانون المدني القطري، والمادة 202 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 403 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 544 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والفصل 674 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والفصل 549 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

² - يراجع في تفصيل شروط العيب الموجب للضمان: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، العقود المسماة، ص.318 وما بعدها.

ويستنتج من خلال نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري، أنه قد تم التركيز في دعوى ضمان العيب الخفي على خفاء العيب بالنسبة للمشتري؛ أي أن قبول دعوى الضمان مرهون بمجهل المشتري المشروع لذلك العيب الموجود في المبيع عند التعاقد، وأن البائع لو صرح بذلك العيب منذ البداية لما بقي العيب خفيا، ولجنبه ذلك ضمان العيب¹.

2- دور نظرية العيوب الخفية في تكريس الالتزام بالإعلام:

يتضح من خلال ما سبق عرضه، أن ثمة علاقة وطيدة بين الالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالإعلام؛ إذ إن البائع ملزم بإعلام المشتري بحقيقة المبيع، وبالعيوب الموجودة فيه بكل أمانة، تحت طائلة قيام مسؤوليته العقدية، المتمثلة في ضمان العيب في حالة إخلاله بهذا الالتزام؛ لأنه لا سبيل له لتخلص من التزامه بالضمان تجاه المشتري إلا عن طريق إعلامه بجميع عيوب المبيع؛ إذ لو تم اكتشاف تلك العيوب بعد التسليم، لكان ذلك موجبا لضمان البائع².

وهذا ما دفع القضاء الفرنسي إلى إقرار التزام عام بالإعلام على عاتق المحترف، استنادا على نظرية العيوب الخفية؛ باعتبار أن البائع المحترف -وبحكم احترافه في مجال عمله- لا يمكن له التذرع بعدم علمه بعيوب مبيعه؛ إذ يقع عليه التزام بالاستعلام. وما يعزز اللجوء إلى هذا الجزاء أيضا، هو إمكانية قيام المسؤولية المدنية للبائع المحترف، والتزامه بتعويض المشتري عن جميع الأضرار اللاحقة به³.

إلا أنه بقراءة شروط العيب الموجب للضمان، يتضح جليا قصور نظرية العيب الخفي عن تكريس الالتزام بالإعلام، وذلك من خلال ثلاث نواح، وهي:

أ- أن التزام البائع في نظرية العيوب الخفية يقتصر على إعلامه بالمعلومات المتعلقة بعيوب المبيع فقط، دون بقية المعلومات المهمة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة⁴.

ب- ومن ناحية خفاء العيب، فإنه وإن كان البائع حسب المادة 379 من القانون المدني الجزائري يضمن للمشتري العيوب الخفية، والتي تعذر عليه اكتشافها عند تفحصه للمبيع، فإنه يكفي لتخلص البائع من التزامه بالضمان، إثباته إعلام المشتري بما يشوب المبيع من عيوب، وبذلك ينتفي وصف الخفاء. والواقع أن

¹ - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص.353.

² - المرجع نفسه، ص.ص.353-354.

³ - Mohamed Lachachi, les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit. p.172.

⁴ - ibid.

انتفاء وصف الخفاء عن العيب لا ينفي أنه يحتوي على مخاطر؛ سواء بالنظر إلى طبيعته، أم بسبب سوء استعماله، مما يجعل مستعمله مهددا بمختلف الأخطار¹.

ج- ومن ناحية أخرى، فإن القانون المدني، وإن كان قد ألزم البائع استثناء بضمان العيب الظاهر في حالتين وهما؛ حالة تأكيد البائع خلوه مبيعه من العيوب، وحالة تعمله إخفاء العيب غشا منه، إلا أن ضعف خبرة المشتري في العقود الحديثة يقف حائلا دون إمكانية إثبات تأكيد البائع على خلوه المبيع من العيوب، أو تعمله إخفاء العيب غشا منه².

ثالثا- تكريس الالتزام بالإعلام من خلال بعض أحكام الضمان:

إضافة إلى شروط ضمان العيب الخفي، والتي يمكن منها استخلاص بعض التقارب مع الالتزام بالإعلام، نجد أيضا اشتراطات الضمان، والتي يمكن التعويل عليها لتكريس التزام بالإعلام يقع على عاتق البائع، وذلك من خلال النصوص التالية:

- تنص المادة 377 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه. ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير".

وبناء على ذلك، فإن المشرع قد جوز الاتفاق على إنقاص أو إسقاط ضمان التعرض، إلا أن صحة ذلك الشرط مرهون بعدم علم البائع بحق الغير، فإذا كان عالما بذلك، فإنه لا عبء للشرط، ويبقى البائع ملزما بالضمان، رغم ذلك الشرط³. ويرجع سبب إقرار هذا الحكم، إلى أن البائع لا يجوز له اشتراط عدم مسؤوليته عن فعله، كما لا يجوز له اشتراط عدم مسؤوليته عن غشه أو تقصيره⁴.

- وتنص المادة 383 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه".

¹- منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، المرجع السابق، ص. 271.

²- المرجع نفسه.

³- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، العقود المسماة، ص. 293.

⁴- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 740.

ويلاحظ من هذا النص، أن أجل مطالبة المشتري بالضمان هو سنة يسري ابتداء من يوم تسليم المبيع. إلا أنه استثناء من ذلك يبقى البائع ملزماً بالضمان بعد انقضاء أجل السنة، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه، وذلك لاعتباره سيء النية في هذه الحالة، وبالتالي لا يجوز له التمسك بالأجل القصير، وهو سنة من يوم التسليم¹. وعندئذ تكون مدة التقادم هي خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم، وذلك رجوعاً إلى الأصل، وخروجاً عن الاستثناء².

- وتنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

ويفهم من هذا النص، أن المشرع الجزائري قد جاز الاتفاق على إنقاص، أو حتى إسقاط الضمان؛ باعتبار أن قواعد الضمان من القواعد المكملّة، التي تمنح للأطراف الاتفاق على مخالفتها. إلا أن شرط الإنقاص أو الإسقاط لا يترتب أثره إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه³؛ أي أن قيام البائع بإعلام المشتري بجميع عيوب المبيع بشكل صريح يؤدي إلى تطبيق شرط الإعفاء من الضمان، إلا إذا اقترن ذلك بالإعلام بغش البائع⁴.

ومن خلال هذه الأحكام، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد خرج عن الأصل -وهو جواز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان- وقضى ببطالان كل اتفاق يعدل أحكام الضمان؛ سواء كان ذلك الاتفاق خاصاً بالإنقاص، أم بالإسقاط، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء أمره على المشتري. مما يستنتج منه قيام التزام على عاتق البائع بإعلام المشتري بسبب العيب، أو الضمان إذا ما أراد سريان ذلك الشرط.

ويظهر أن هذه النصوص وإن كانت تركز لالتزام بالإعلام يقع على عاتق البائع مثلما رأينا، إلا أن ذلك لا ينفي قصورها أو عجزها في ضمان إعلام كاف للمشتري؛ نظراً لاقتصارها على عقد البيع فقط دون سائر العقود، بل وحتى على حالات معينة خاصة بالضمان في عقد البيع.

¹ - علي فيلاي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص.ص. 295-260.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 753.

³ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 163.

⁴ - جابر محمد طاهر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2012، ص. 131.

الفرع الثالث: قيام المسؤولية المدنية للمدين بالالتزام بالإعلام

يؤدي إخلال المتعاقد بالتزامه بالإعلام إلى قيام مسؤوليته المدنية تجاه الطرف الآخر الدائن، والتزامه بتعويضه عن ما لحقه من الأضرار نتيجة هذا الإخلال وفق قواعد المسؤولية المدنية. هذا، وإن كان الاتفاق قد حصل فقها وقضاء حول ترتب المسؤولية المدنية للمدين كجزاء عن الإخلال بالإعلام، فإن الخلاف احتدم بشأن طبيعة تلك المسؤولية. وبناء على ذلك، سنتطرق إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام (أولا)، ثم نبين أركان تلك المسؤولية (ثانيا).

أولا- الطبيعة القانونية للمسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام:

يعتبر قيام المسؤولية المدنية كأثر عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، من بين أهم الجزاءات القانونية التي يعول عليها المستهلك في مواجهة الطرف الآخر المخل بهذا الالتزام. ويرجع سبب ذلك إلى أن المستهلك عمليا كثيرا ما يفضل الحفاظ على المنتج، مع المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية¹.

ورغم نص بعض التشريعات الحديثة صراحة على قيام المسؤولية المدنية كجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، على غرار المشرع الفرنسي في القانون المدني بمقتضى تعديل 2016، إلا أن التشريعات لم تقم ببيان طبيعة أو نوع المسؤولية؛ فهي عقدية، أم تقصيرية؟ وبالرجوع إلى الفقه فإنه قد اختلف في طبيعة هذه المسؤولية على رأيين؛ أحدهما قال باعتبارها مسؤولية عقدية، بينما يرى جانب آخر أنها مسؤولية تقصيرية.

وقبل أن نعرض موقف كل اتجاه بخصوص طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، فإنه يستحسن توضيح أن الخلاف الفقهي حول طبيعة المسؤولية، هو خلاف في الأصل حول طبيعة الالتزام بالإعلام؛ أهو عقدي، أم قانوني، فمن يرى الطابع العقدي للالتزام قال بقيام المسؤولية العقدية في حالة الإخلال به، ومن يرى أن القانون مصدر هذا الالتزام، قال بأن المسؤولية التقصيرية هي القائمة في ذمة المدين تبعا لذلك².

¹ - Cyril Grimaldi et Jean Francois Sagaut, l'obligation d'information du vendeur, op. cit. p.1098.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.376.

1- الاتجاه القائل بالطبيعة العقدية للمسؤولية:

يرى أصحاب هذا الرأي، أن المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، هي مسؤولية عقدية؛ إذ حسبهم فإن العقد لا يجب أن ينظر إليه فقط على أنه المصدر لما قد يتفرع منه من التزامات، بل يعتبر مصدراً أيضاً لما يشمل بمناسبته من التزامات، وبناء على ذلك، فإن أصحاب هذا الرأي يرون أن الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام يجد مصدره في العقد المرتقب انعقاده؛ باعتبار أنه لا يمكن قيام هذا الالتزام إلا مع احتمالية إبرام العقد. وقد استندوا في بيان ذلك أنه يمكن للمسؤولية العقدية أن تتسع لتشمل أخطاء سابقة على التعاقد. وهذا هو مقتضى نظرية إهرنج¹.

ومضمون هذه النظرية أن كل متعاقد تسبب ولو بحسن نية في إيجاد مظهر تعاقدى، اطمأن له المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، فإنه يلزم هذا المتعاقد الذي ساهم في إيجاد هذا المظهر بتعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذي أصابه بسبب اطمئنانه إلى العقد، ويكون ذلك بإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. ويقتصر الخطأ هنا، حسب صاحب النظرية، في إقدام المتعاقد الذي صدر الخطأ من جانبه على التعاقد، وكان واجبا عليه أن يعلم بما قد يحول دون إمكانية انعقاد العقد. بل إنه حتى لو كان غير عالماً بسبب البطلان، فإنه يبقى ملزماً بتعويض الضرر من باب العدالة؛ لأن سبب البطلان قد أتى من جانبه، بخلاف المتعاقد الآخر حسن النية، والذي لم يأت بسلوك يحول دون انعقاد العقد، ولم تتح له فرصة معرفة سبب البطلان؛ إذ إن مجرد وجود سبب البطلان في جانب المتعاقد، يعتبر خطأ موجبا للتعويض².

وبيعني هذا، أن كل متعاقد يتعهد عند إبرام العقد نحو المتعاقد الآخر بإبرام عقد صحيح، وهو تعهد ضمني، فإذا أخل أي من المتعاقدين بالتزامه، وأدى ذلك إلى بطلان العقد، كان للمتعاقد الآخر المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية³.

وكخلاصة لما سبق، فحسب هذه النظرية، فإن طبيعة المسؤولية المترتبة عن أخطاء سابقة على التعاقد، وجب أن تكون هي نفسها المترتبة على الإخلال بتنفيذ العقد، مما يعني اتساع مجال المسؤولية العقدية ليشمل الأخطاء المرتكبة قبل إبرام العقد، غير أن أثرها ارتد على العقد نفسه. فالفعل وإن كان

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، المرجع السابق، ص.ص. 112-113.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.ص. 554-555.

³ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 370.

سابقا على التعاقد، إلا أن نتائجه لا تظهر إلا بعد انعقاد العقد، على غرار إخلال البائع بضمان العيب الخفي، أو تعمد الشخص إعطاء بيانات غير حقيقية للمتعاقد معه، لذلك وجب القول بالمسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، قياسا على القول بالمسؤولية العقدية في تلك الحالات؛ أي التي تقوم فيها المسؤولية العقدية عن أخطاء تقع قبل التعاقد¹.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بالقول إن المنطق التقليدي أو القواعد العامة يسمحان بهذا الحل -أي مد المسؤولية العقدية لمرحلة ما قبل التعاقد- فليست هذه المرة الأولى التي يوسع فيها القضاء من مجال المسؤولية العقدية؛ باعتبار أنه قد قضى بمسؤولية البائع العقدية عن إخلاله بضمان العيوب، وذلك رغم ارتكاب الخطأ في هذه الحالة في المرحلة السابقة على التعاقد².

كما علل أصحاب هذا الرأي قولهم بأن المسؤولية العقدية هي الجزاء المترتب على مخالفة الالتزام بالإعلام؛ باعتبار أن ذلك من شأنه إفادة الدائن من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية؛ إذ يكفي لتقرير المسؤولية إثبات الدائن عدم تنفيذ الالتزام، أو عدم تحقق النتيجة³.

كما أن القول بتجزئة الالتزام بالإعلام إلى نوعين؛ التزام ما قبل تعاقد يترتب عن مخالفته المسؤولية التقصيرية، والتزام تعاقد يترتب عن الإخلال به مسؤولية عقدية، وإن كان مقبولا من الناحية النظرية، إلا أنه يصعب إعماله من الناحية التطبيقية؛ باعتبار أنه يؤدي إلى تجزئة الالتزام بالإعلام⁴، مما يضر بمصلحة الدائن الذي تقرر لصالحه هذا الالتزام؛ إذ يجد نفسه ملزما برفع دعويين عن إخلال بالتزام واحد، لا لشيء إلا لمرور هذا الالتزام على مرحلتين⁵.

وبناء على ذلك، فإن فقهاء هذا الاتجاه يجمعون على عدم قبول تجزئة الالتزام بالإعلام، واعتباره التزاما عقديا في جميع الأحوال، فرضته ضرورة تحديد المفاهيم القانونية بما يتوافق والتطورات الاقتصادية، كما أن مشكلة الإخلال بهذا الالتزام لا تثار إلا بعد إبرام العقد؛ ذلك أن الدائن لن يتيقن من إخلال المدين

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، المرجع السابق، ص.112.

² - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص.373.

³ - رفيقة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.234.

⁴ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.71.

⁵ - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، المرجع السابق، ص.114.

بهذا الالتزام إلا بعد تسلمه السلعة أو الخدمة، ويكتشف خطأ المدين، مما يؤدي به إلى رفع دعواه مطالبا
بجبر الضرر اللاحق به¹.

2- الاتجاه القائل بالمسؤولية التقصيرية:

خلافا للرأي السابق، يرى جانب آخر من الفقه أن المسؤولية المترتبة في حالة الإخلال بالالتزام ما
قبل التعاقد بالاعلام، هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية؛ ذلك أن العقد لم يبرم بعد، وبالتالي لا
يمكن قيام المسؤولية العقدية، والتي تعتبر كأثر عن العقد، قبل قيام العقد نفسه؛ إذ لا يمكن أن يسبق الفرع
الأصل، فمن غير المعقول تواجد الالتزام قبل تواجد مصدره، كما أن الرضا باعتباره ركنا من أركان العقد لا
يتحقق إلا بعد إبرامه؛ لارتباطه بالمعلومات محل الالتزام بالاعلام. من أجل ذلك وجب القول بالقانون
كمصدر للالتزام بالاعلام²؛ نظرا لأن الإخلال به هو إخلال ينفصل عن العقد وسابق عنه³.

وبناء على ذلك، فإن أي إخلال بالالتزام لم يكن مصدره توافق الإرادتين، يجب إرجاع مصدره إلى
القانون، ويتمثل ذلك في الواجب العام المفروض على الأطراف، ليس كمتعاقدين؛ بل باعتبارهم أشخاصا
ملزمين بهذا الواجب القانوني؛ أي الالتزام بالحرص والمحافظة على مصالح الغير، وعدم الإضرار به، والمستمد
من نص المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي، والمقابلة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري⁴.
وبناء على ما تقدم، يرى أصحاب هذا الرأي أن كل إخلال بالالتزام بالاعلام هدفه تنوير إرادة
المتعاقدين، تترتب عليه قيام المسؤولية غير التعاقدية أو التقصيرية للمحترف⁵.

وفي سبيل تأكيد موقفهم، ميز أصحاب هذا الرأي بين مبدأ حسن النية ما قبل التعاقد، والذي
يعتبر المصدر المباشر للالتزام ما قبل التعاقد بالاعلام، والذي يوجب على الأطراف احترامه باعتباره واجبا
قانونيا يسري على مرحلة ما قبل التعاقد، مما يعدّ الإخلال به موجبا لقيام المسؤولية التقصيرية، وبين حسن
النية التعاقدية، والذي يعتبر حسب القانون شرطا لتنفيذ العقد، وذلك حسب المادة 148 من القانون

¹ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالاعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.71.

² - المرجع نفسه ص.69.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.385.

⁴ - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالاعلام، المرجع السابق، ص.375.

⁵ - Meryem Edderouassi, Le contrat électronique international, thèse de doctorat, université de Grenoble alpes, France, 2017 p.142.

المدني المصري، والمقابلة للمادة 107 من القانون المدني الجزائري، والذي يترتب عن الإخلال به قيام المسؤولية العقدية¹.

ويلعل أصحاب هذا الرأي قولهم هذا، بأن ذلك من شأنه اتساع نطاق الأضرار المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام لتشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع، وذلك بخلاف المسؤولية العقدية، والتي يعرض فيها عن الضرر المتوقع فقط كأصل عام².

إضافة إلى أن القول بهذا الرأي يمنع من نفاذ أي اتفاق بين طرفي العقد يتضمن الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، مما يؤدي إلى تحقيق الحماية الكافية للدائن الذي تقرر الالتزام بالإعلام لمصلحته³. وسعياً منهم في منح الحماية الكافية للدائن بالالتزام بالإعلام، يرى فقهاء هذا الرأي ضرورة توسيع نطاق المسؤولية التقصيرية لتشمل الحالات التي يترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام فيها أضراراً جسدية، ولو كان ذلك بعد إبرام العقد. فالتزام المنتج مثلاً بالتحذير من المخاطر التي قد تترتب عن استعمال المنتج ينشأ لحظة إنتاجها، على الرغم من عدم معرفة المنتج للمتضرر المحتمل مستقبلاً؛ إذ يرون أن المسؤولية العقدية يجب حصرها على حالة وجود عقد بين المضرور والمسؤول؛ حيث تترتب عن إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية⁴.

ثانياً- أركان المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام:

بعد أن بيّنا الجدل الفقهي المثار حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام، فإننا سنبين الأركان التي تقوم عليها هذه المسؤولية، وعلاقة كل ركن منها بالالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام.

1- الخطأ:

لم يكن تعريف الخطأ محل اتفاق فقهي؛ إذ لم يختلف الفقهاء في أمر على غرار اختلافهم في هذا الموضوع. ونتج عن ذلك ظهور العديد من التعاريف الفقهية لركن الخطأ⁵.

¹ - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص. 375.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 377.

³ - ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، المرجع السابق، ص. 298.

⁴ - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص. 375-376.

⁵ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 323.

حيث تم تعريفه بأنه: "العمل الضار غير المشروع، أي العمل الضار المخالف للقانون"، أو هو "الإخلال بالتزام سابق"¹. ونلاحظ على هذه التعاريف اتسامها بالطابع الموضوعي؛ أي أن العبرة فيها بوقوع الاعتداء، بغض النظر عن نية مرتكب ذلك الاعتداء؛ أقصد ذلك، أم لم يقصد.

فيما ذهب البعض إلى تعريفه بأنه: "الاعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء"، أو هو "الإخلال بواجب مع تبين هذا الإخلال"². وبخلاف التعاريف السابقة يلاحظ عن هذه التعاريف اعتدادها بالجانب الشخصي لمرتكب الاعتداء؛ أي أن نية المسؤول معتبرة في هذه التعاريف.

إلا أن التعريف المستقر عليه فقها وقضاء للخطأ هو: "إخلال الشخص بالتزام قانوني، مع إدراكه لهذا الإخلال"³.

وفي مجال الالتزام بالإعلام، فإن عدم قيام المدين -وهو المحترف- بإعلام المستهلك يعتبر إخلالا منه موجبا لقيام ركن الخطأ؛ باعتبار أنه ملزم قانونا بذلك⁴.

وتجدر الإشارة، إلى أنه وبموجب القواعد العامة، لا يشترط في الخطأ أن يكون جسيما أو على درجة معينة من الخطورة؛ من أجل قيام المسؤولية المدنية، بل إن اعتبار الخطأ بسيطا لا يمنع من قيام المسؤولية المدنية لمرتكبه، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد الفرنسي من زمن بعيد⁵.

والخطأ قد يكون إيجابيا، كما قد يكون سلبيا، فبالنسبة للنوع الأول، فهو ذلك الخطأ الذي يقع كثيرا في الحياة العملية، وقد يتمثل في مجرد الكذب على المستهلك بخصوص البيانات أو المعلومات المتعلقة بالعقد، وقد يصل أحيانا إلى حد القيام بوسائل احتيالية من أجل دفع الطرف الآخر إلى التعاقد، توهمها منه واعتقادا بصحة تلك المعلومات التي تلقاها من الطرف المقابل. ومن ذلك كذب البائع على المشتري، وذكر خصائص معينة للسلعة هي في الحقيقة غير موجودة⁶.

أما بالنسبة للنوع الثاني من الخطأ، فهو ذلك الإخلال الذي يكتسي طابعا سلبيا، ويتحقق ذلك في الفروض التي يقوم المحترف بكتمان المعلومات المتعلقة بالمنتج عن المستهلك، رغم علمه بها، ويمدى

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص.ص. 879-880.

² - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 331.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 178.

⁵ - Djamilia Mahi-Disdet, l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, op. cit. p.349.

⁶ - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص. 379.

أهميتها بالنسبة للمستهلك؛ سواء كان الكتمان كلياً متعلقاً بجميع بيانات المنتج، أم جزئياً متعلقاً ببعض البيانات فقط، دون البقية¹.

ويقع على المستهلك عبء إثبات ارتكاب المحترف لخطأ موجب لقيام المسؤولية المدنية، وذلك عن طريق إثبات عدم قيام المحترف بالإدلاء بكافة البيانات أو المعلومات المتعلقة بالمنتج، أو الإدلاء ببيانات كاذبة. ويكون إثبات ذلك سهلاً في حالة وجود نصوص قانونية - كما هو الأمر في عقود الاستهلاك - تفرض على المحترف التزاماً مفاده تضمين منتوجه ببيانات معينة؛ إذ يعتبر مجرد غياب تلك البيانات خطأ منه².

2- الضرر:

يعرف الضرر في مجال المسؤولية المدنية بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه"³.

وقد يكون الضرر مادياً، وهو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه، أو في ماله، كما قد يكون معنوياً أو أدبياً، وهو ذلك الأذى الذي يلحق الشخص في شعوره نتيجة المساس بعاطفته، أو كرامته، أو سمعته، أو غير ذلك من الأمور المعنوية المعتبرة في حياة الشخص⁴. ويشترط في الضرر الموجب لقيام المسؤولية المدنية أن يكون محققاً، وأن يكون قد مس بحق أو مصلحة مالية للمضرور⁵.

ويعتبر الضرر ركناً أساسياً وجوهرياً لقيام المسؤولية المدنية؛ إذ لا مسؤولية بدون ضرر، فلا يعتد بالخطأ المرتكب من جانب المدين، ما لم يترتب عن ذلك الخطأ وقوع ضرر⁶. ويقع عبء إثبات وقوع الضرر على عاتق المضرور، والذي له أن يستعين في سبيل ذلك بكافة طرق الإثبات؛ لتعلق الأمر بواقعة مادية⁷.

¹ - ربيعة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص. 245.

² - شهباز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 181.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 314.

⁴ - ينظر: المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري.

⁵ - لتفصيل أكثر يراجع: عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، ص. 345 وما بعدها.

⁶ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 438.

⁷ - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 395-396.

وقد يقوم الضرر في حالة الإخلال بالإعلام في صورة تفويت الفرصة، وذلك في حالة إثبات المضرور أن إخلال المدين بالتزامه بالإعلام، والذي أدى إلى إبرام العقد، أدى إلى تفويت فرصة أخرى على المستهلك للتعاقد بشروط أفضل¹.

وبذلك يلزم المحترف في هذه الحالة بتعويض المستهلك عن الأضرار اللاحقة به، والناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام².

هذا، ويعد حصر الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام أمرا صعبا؛ باعتبار أن الأضرار التي تمس المستهلك بذلك تتعدد بتعدد حالات الإخلال، فقد تتمثل في إطالة مدة المفاوضات دون وجود مبرر لذلك، أو حرمانه من بعض الضمانات أو التأمينات، أو تنفيذه للعقد بشروط باهظة، إضافة إلى شمول الضرر ما قد ينتج عن استعمال المنتوجات من أضرار جسدية كإصابته بجروح، أو عجز مؤقت أو دائم، أو حتى الوفاة، إضافة إلى جميع المصاريف التي تكبدها المستهلك في سبيل العلاج من تلك الأضرار، فضلا عن الأضرار اللاحقة بأموال أو ممتلكات المستهلك³.

وبالتالي، فإنه بغياب الضرر لا يمكن قيام المسؤولية المدنية للمحترف عن إخلاله بالالتزام بالإعلام؛ سواء كان ذلك في حالة الكتمان، أم الكذب، ما لم يتسبب ذلك الفعل في ضرر للمستهلك الدائن. وبناء على ذلك يعتبر الضرر عنصرا جوهريا لثبوت أو قيام المسؤولية المدنية؛ إذ لا يمكن قبول الدعوى في ظل غياب الضرر؛ وذلك حتى لا يتم اتخاذ الالتزام بالإعلام ذريعة للتملص من عقد جرى في غير مصلحة المستهلك⁴.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 2012/01/31، أن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، والمشمولة بالتعويض، تقتصر فقط على الخسارة اللاحقة، دون أن يتعدى إلى المكسب الفاتئ على الطرف الدائن بالالتزام من جراء الإخلال به⁵.

¹- Jean Beauchard, droit de la distribution et de la consommation, op. cit. p.305.

²- Djamila Mahi- Disdet, l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, op. cit. p.348.

³- ربيعة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.254.

⁴- عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص.387.

⁵- "le préjudice résultant du manquement a une obligation précontractuelle d'information est constitue par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter a des conditions plus avantageuses et non par une perte d'une chance d'obtenir les gains attendus": Cass, civ, Ch.com, 31 Janvier 2012 n° 11-10.834 (Inédit): Meryem Edderouassi, le contrat électronique international, op. cit. p.141.

3- علاقة السببية:

تعتبر السببية الركن الثالث في المسؤولية المدنية، ويقصد بها نسب الضرر إلى الخطأ؛ أي اشتراط وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر¹؛ إذ لا يكفي وقوع الخطأ والضرر من أجل قيام المسؤولية، بل يجب أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في الضرر².

هذا، وتحتل السببية مكانة هامة في باب المسؤولية المدنية؛ سواء كانت عقدية، أم تقصيرية، فهي التي تحدد الفعل المتسبب في وقوع الضرر من بين الأفعال المتنوعة التي يمكن نسبها للحادث، فإذا وقع الضرر وكان سببه خطأ المدعى عليه قامت مسؤوليته تبعاً لذلك، أما إذا ثبت خلاف ذلك؛ أي أن وقوع الضرر لا صلة له بخطأ المدعى عليه، فلا يكون هذا الأخير مسؤولاً عنه³.

وعلى هذا، فإذا أحل المحترف بالتزامه بالإعلام، دون أن يكون ذلك الإخلال سبباً لوقوع الضرر، فلا يمكن تصور قيام المسؤولية المدنية للمحترف، ولا يمكن للمستهلك تبعاً لذلك المطالبة بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية المدنية؛ لعدم ثبوت الركن الثالث في المسؤولية المدنية، والمتمثل في علاقة السببية بين الخطأ والضرر⁴. وبناءً عليه، يجب إثبات أن الضرر اللاحق بالمستهلك كان بسبب الإعلام الخاطئ أو الناقص المقدم له من طرف المحترف⁵.

والبحث في علاقة السببية يفرض على قاضي الموضوع تقدير مدى أثر إخلال المحترف بالالتزام بالإعلام على سلوك المستهلك، فإذا ثبت أن هذا الأخير كان سيتخذ موقفاً مغايراً لو تم إعلامه بشكل صحيح، قامت علاقة السببية بذلك بين الخطأ والضرر، وثبت الحق في التعويض للمستهلك، أما إذا ثبت أنه ما كان ليتصرف بخلاف ما تصرف به، ولو تم إعلامه بالشكل الصحيح، انعدمت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولا مجال بذلك لقيام الحق في التعويض⁶. وبمعنى آخر، فإن قيام علاقة السببية بين المدين للمعلومات، والضرر اللاحق بالدائن، يكون في حالة ما إذا ما اتضح أنه كان بإمكان الدائن تجنب الضرر لو علم بتلك المعلومات⁷.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 990.

² - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 366.

³ - عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص. 186.

⁴ - شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 188.

⁵ - Jean Beauchard, droit de la distribution et de la consommation, op. cit. p.305.

⁶ - شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 188.

⁷ - عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، المرجع السابق، ص. 392.

وقد يسهل إثبات علاقة السببية في حالتين؛ إما بإثبات تعيب إرادة المستهلك نتيجة الإخلال بالالتزام بالإعلام، أو بإثبات أن تنفيذ المحترف لالتزامه بالإعلام على أكمل وجه كان سيحول دون إبرام المستهلك للعقد، أو على الأقل بغير تلك الشروط المتفق عليها¹.

إلا أن الإشكال الذي يطرح بهذا الخصوص، هو صعوبة تقدير علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر في العقود الإلكترونية، لا سيما في حالة عدم إبرام العقد بين المحترف والمستهلك؛ إذ ورغم اعتبار عدم التعاقد تفويتا لفرصة معينة، إلا أن ذلك لا ينفي صعوبة تقدير العلاقة بين عدم التعاقد بسبب معلومات ناقصة أو خاطئة، والضرر، مما يفتح المجال أمام سلطة القاضي التقديرية، نظرا لكل حالة على حدة².

الفرع الرابع: نظرية الأثر الإلزامي: جزاء خاص بالالتزام بالإعلام

نظرا للطابع التقليدي للجزاءات سالفة الذكر؛ حيث لم يتم تقريرها خصيصا لمكافحة الالتزام بالإعلام، وبالتالي لم يراع فيها طبيعة هذا الالتزام من جهة، ونظرا لعدم جدوى تلك الجزاءات في بعض الأحيان من جهة أخرى، فقد سعى البعض إلى البحث عن جزاءات أخرى، يكون الهدف من خلالها الحفاظ على العلاقة العقدية قدر الإمكان، والذي ينتج عنه الحفاظ على استقرار المعاملات ومصلحة الدائن، إضافة إلى معاقبة المدين، وضمان ردعه عن الإخلال بالتزامه بالإعلام مستقبلا. وهذا ما تجلّى في فكرة نظرية الأثر الإلزامي للإعلام، وبعد التطرق إلى مضمون هذا الجزاء، ومبررات الأخذ به (أولا)، نبين شروط إعماله (ثانيا).

أولا- مبررات نظرية الأثر الإلزامي للإعلام:

يرى أصحاب هذا الرأي أنّ مكافحة الإخلال بالالتزام بالإعلام عن طريق إبطال العقد من خلال فكرة عيوب الإرادة، وحتى في حالة القضاء بالتعويض لا يبدو حلا مناسباً أو فعالاً، لا سيما في حالة عدم الإخلال الكلي - بالالتزام بالإعلام؛ أي عندما يكون المدين قد قام بتنفيذ التزامه بالإعلام جزئياً، أو كان إعلامه مغلوفاً، فوقع الدائن ضحية هذا الإعلام السيئ³.

¹- Cyril Grimaldi et Jean-François Sagaut, l'obligation d'information du vendeur; op. cit. p.1099.

²- Djamilia Mahi-Disdet, l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, op. cit. p.p.351-352.

³ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.731.

وبناء على ذلك، فإنه إذا قام المدين بتقديم معلومات غير دقيقة، كأن تكون مغلوطة، أو خاطئة، أو ناقصة، فإن الجزاء الأفضل في هذه الحالة هو إلزام المدين بجعل الواقع متطابقا مع ما صدر عنه من إعلام¹.

وينطلق أصحاب هذا الرأي من فكرة عدم كفاية الجزاءات التقليدية في ضمان ردع المدينين عن الإخلال بهذا الالتزام، وكذا في حماية الدائن بهذا الالتزام، وذلك على اعتبار أنّ إبطال العقد قد لا يحقق مصلحة الدائن؛ إذ أنّ مصلحته قد تقتضي الإبقاء على العقد، على الرغم من كون الالتزام بالإعلام مغلوطا، أو ناقصا، كما أنّ الحكم بإبطال العقد أو التعويض على المدين المخل بهذا الالتزام، لا يضمن رده عن الإخلال بذلك الالتزام مستقبلا، لا سيما في حالة رغبته في التملص من العقد، وإبرام عقد جديد مع طرف آخر قد لا يكون ملزما قانونا تجاهه بالإعلام².

وقد تم ضرب مثلا عن ذلك، بإعلان شركة متخصصة في صناعة وتسويق الكمبيوتر في مستنداتها الإعلامية على توافرها على جهاز لإصلاح أجهزة الكمبيوتر، في حالة تعطلت خلال النهار، إلا أنّ الواقع كان خلاف ذلك؛ حيث وبعد تعطل الجهاز أنكرت تلك الشركة المتخصصة القيمة العقدية لذلك الإعلان، ولم تلتزم بالتالي بإرسال من يقوم بإصلاح ذلك الجهاز. ففي مثل هذه الحالة لا يكون الإبطال أو تعويض الدائن حلا مناسباً، لا سيما إذا تعذر إصلاح ذلك الجهاز لدى شركة أخرى بنفس الجودة التي تقوم بها تلك الشركة صاحبة الإعلان³.

وبناء عليه، فإن الجزاء الأنسب في هذه الحالة هو القول بالزامية المدين بتنفيذ ذلك الإعلام المغلوط المنقول إلى الدائن، من خلال توسيع المجال العقدي ليشمل ما تم الإعلان عنه قبل الاتفاق. ويؤدي أعمال هذا الحل إلى العديد من الإيجابيات، منها ردع المحترفين عن نقل إعلام مغلوط للدائن، أو ممارسة دعاية كاذبة، كما أن القول بمثل هذا الحل من شأنه إرضاء الدائن، وتحقيق مصلحته من خلال الإبقاء على العقد، مع الشروط السابقة، إلا أن أعمال هذا الجزاء مرهون بتقديم المدين لجزء من الإعلام؛ سواء كان مغلوطا، أم ناقصا. وبعبارة أخرى فإن أعمال هذا الجزاء يكون مستساغا في حالة الإخلال الجزئي بالالتزام بالإعلام، دون الإخلال الكلي⁴.

¹ - ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، المرجع السابق، ص.136.

² - ربيعة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.226.

³ - المرجع نفسه، ص.227.

⁴ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.732.

ثانيا- شروط تطبيق نظرية الأثر الإلزامي للإعلام:

من أجل إعمال الجزاء سالف الذكر وجب تحقق شرطين؛ أحدهما متعلق بالدائن، ويتمثل في مشروعية توقعه، بينما يتعلق الشرط الآخر بالمدين، ويتمثل في مدى قدرته على تنفيذ الإعلام المنقول للدائن.

1- مشروعية توقع الدائن:

حسب هذه النظرية، فإنه لا يمكن تفعيل هذا الجزاء إلا إذا بلغ ذلك الإعلام المنقول إلى الدائن مرتبة التأثير البالغ على إرادته، وبالتالي دفعه إلى التعاقد. فإذا لم يكن للإعلام المغلوط أو الناقص أثرا واضحا على إرادة الدائن، فلا مجال للحديث عن هذا الجزاء¹.

إلا أن الإشكال المطروح هنا، يتعلق بمدى جواز تفعيل هذا الجزاء من القاضي، وإلزام الدائن بإتمام العقد، رغم تمسكه بإبطاله؟

يرى دعاة هذه النظرية، أنه لا يجوز للدائن التمسك بإبطال العقد إذا أبدى المدين استعدادا لتطبيق الإعلام بشكل صحيح، أما إذا تم الاتفاق بين الطرفين على إبطال العقد، فيبطل دون إشكال². وبالنسبة للقانون المدني الجزائري فقد أتى بنص شبيه بهذا الحكم؛ حيث تقضي المادة 85 منه بما يلي: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

ويتضح من خلال هذا النص عدم جواز التمسك بالغلط بما يتعارض ومبدأ حسن النية³، فمن باب حسن النية يجب على المدعي التخلي عن طلب إبطال العقد، والتزامه بتنفيذه، إذا ما أبدى المتعاقد الآخر ما يفيد ذلك⁴، ولا يجوز له الإصرار على الإبطال في هذه الحالة، وإلا اعتبر متعسفا في حقه⁵.

إلا أننا، وإن كنّا نقرّ بفاعلية هذا النص في تكريس نظرية الأثر الإلزامي للإعلام، وفي منع الدائن من التعسف في استعمال حقه، إلا أنّ ما يمنع من تطبيقه في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام، أو الحّد منه على الأقل، أن النص متعلق بالغلط، ولا شك أنّ الإخلال بالالتزام بالإعلام يمثل في كثير من الأحيان

¹ - ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، المرجع السابق، ص.138.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص-ص.732-733.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.341.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.186.

⁵ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.60.

تدليسا وليس غلطا، وبالتالي فلا يمكن تفعيل هذا النص في تلك الحالة؛ لأن النص متعلق بحالة تمسك المتعاقد بالغلط مع كون الطرف الآخر حسن النية، والأمر هو على خلاف ذلك في الإخلال بالالتزام بالإعلام، أين يكون المدين في كثير من الأحيان سيء النية، فلا يستحق هذه الحماية القانونية؛ ذلك أن الحماية إنما تكون لحسن النية لا لسيئها.

2- قدرة المدين على تنفيذ الإعلام الصادر منه:

لا يمكن إعمال نظرية الأثر الإلزامي دون توافر هذا الشرط؛ ذلك أنه لا يمكن إلزام المدين بتنفيذ الإعلام الصادر منه إذا لم يكن قادرا على جعل الواقع مطابقا للحقيقة، فإذا تبين قدرة المدين على تنفيذ التزامه كان للقاضي سلطة الأمر بالتنفيذ العيني للالتزام. وبمفهوم المخالفة فإنه إذا لم يكن بإمكان المدين تنفيذ الإعلام الصادر منه، كما لو أعلن البائع أنّ اللوحة المعروضة للبيع لفنان مشهور، والحقيقة خلاف ذلك، أو إذا أعلن البائع أنّ المنزل يقع في مكان هادئ جدا، في حين أنّ هناك مشروعا لإقامة خط سريع على بعد مائة متر منه فقط، فلا مجال لتطبيق نظرية الأثر الإلزامي¹.

ويبدو أن نظرية الأثر الإلزامي مماثلة لنظرية الوضع الظاهر في القانون المدني، إلا أن الفرق بينهما يكمن في الغرض من كلتا النظريتين، فبينما تهدف نظرية الوضع الظاهر إلى حماية الغير، فإن هدف تفعيل نظرية الأثر الإلزامي للإعلام هو حماية الدائن -وهو طرف في العقد-².

وفي الأخير، وبعد أن بينا آلي مهلة التروي والالتزام بالإعلام، ودورها في حماية رضا المستهلك، فإننا سنعرض إلى طبيعة العلاقة التي تربط بين هاتين الآليتين؛ فهل هي علاقة تكامل، أم علاقة استغناء؟ أي هل يشترط استعمال هاتين الآليتين معا من أجل ضمان الحماية الكافية للمستهلك، أم يمكن الاكتفاء بإحدهما في منح الحماية اللازمة؟

يرى بعض الفقه عدم إمكانية الاستغناء بمهلة التروي عن الالتزام بالإعلام، وذلك لأسباب كثيرة منها: وجود صعوبات عملية كثيرا ما تحول دون تطبيق مهلة التروي، وهي تتعلق أساسا بجهل هذه الآلية من طرف المستهلكين؛ إذ ظهر أن هناك من لا يعلم أصلا بهذا الحق، وكذا أحكامه، كما أن العديد من

¹ - ربيعة بوالكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص. 229.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 734.

المستهلكين لا يستعملون مهلة التروي الممنوحة لهم. هذا فضلا على أن مهلة التروي قد تشكل عدم الأمان القانوني للمستهلكين¹.

وبناء على ذلك، يرى أصحاب هذا الرأي عدم كفاية مهلة التروي لضمان الحماية اللازمة، بل إن هناك آليات أخرى يجب الأخذ بها، كالالتزام بالإعلام، فلذلك ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بالعلاقة التكاملية بين مهلة التروي والالتزام بالإعلام؛ إذ إن النص على الالتزام بالإعلام من شأنه توعية المستهلك بحقوقه المكرسة قانونا².

ويبدو لنا وجهة ما ذهب إليه هذا الرأي؛ وذلك لوجود اختلاف بين الآتين؛ سواء من حيث الأسباب، أم من حيث الجزاء، فبينما يرجع سبب النص على مهلة التفكير إلى مكافحة التسرع في التعاقد، فإن أسباب تبني الالتزام بالإعلام تعدد، منها عدم التوازن المعرفي بين الطرفين، وكذا حماية المستهلك من مخاطر المنتجات.

أما من حيث الجزاء، فإن كان جزاء مخالفة أحكام مهلة التفكير، هو عدم اعتبار العقد منعقدا، فإن الأمر على خلاف ذلك في الالتزام بالإعلام؛ إذ كذلك يتنوع فيه، من قابلية العقد للإبطال، وقيام المسؤولية المدنية، مما يؤكد قيام العقد في هذه الحالة، بخلاف حالة الإخلال بأحكام مهلة التفكير.

المبحث الثالث: التعاقد الإلكتروني والإشكالات المتعلقة به

إن انتشار العقود الإلكترونية، وما تتميز به من خصوصيات في التعاقد أدى إلى ظهور عديد الإشكالات المتعلقة بهذه الصورة الحديثة من التعاقد؛ سواء من حيث مدى استجابة التعبير عن الإرادة إلكترونيا للقواعد العامة للعقد (المطلب الأول)، أم بالنسبة للإشكال المتعلق بزمان ومكان إبرام العقد (المطلب الثاني)، إضافة إلى طبيعة مجلس هذا النوع من التعاقد (المطلب الثالث)، وأخيرا الإشكال المتعلق بإثبات العقد المبرم وفق هذا الشكل (المطلب الرابع).

المطلب الأول: مدى استجابة التعبير عن الإرادة إلكترونيا للقواعد العامة للعقد

يشكل موضوع التعبير عن الإرادة جانبا هاما في إطار نظرية العقد؛ إذ لا تكاد تخلو أي دراسة لقانون العقود من التطرق لموضوع التعبير عن الإرادة؛ ذلك أن العقد وباعتباره تصرفا إراديا، فإن الإرادة

¹ - أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018-2019، ص. 207.

² - المرجع نفسه.

تلعب دوراً مهماً في نفخ روح الحياة فيه. ولا شك أن الإرادة وباعتبارها أمراً نفسياً، فإنه لا يمكن الوصول إليها أو استخلاصها من صاحبها إلا عن طريق التعبير عنها. وقد عاجلت معظم القوانين المدنية، لا سيما العربية منها هذه المسألة على نحو من الدقة والبيان مقارنة بباقي التشريعات؛ نظراً لأن أحكامها من الفقه الإسلامي مستمدة، الذي عني بهذه المسألة، ونظمها أيما تنظيم. وقد كانت تلك القواعد المنظمة في التشريعات إلى زمن قريب كافية لمعالجة فكرة التعاقد، والتعبير عن الإرادة بمختلف صوره. إلا أنه وبظهور العقود الإلكترونية، والتي نجم عنها استحداث وسائل جديدة في التعاقد، طفا إلى السطح تساؤل مهم في هذا الباب؛ وهو مدى كفاية أحكام التعبير عن الإرادة في القواعد العامة عن تغطية حالات التعاقد الإلكتروني؟ وذلك من خلال تطويع تلك القواعد، وإسقاطها على التعاقد الإلكتروني.

ولعل هذا التساؤل يبرز في حالة التعاقد الإلكتروني بين طرفين عاديين، لا يكون أي منهما محترفاً في مجاله؛ لأن تلك العلاقة لا تحكمها قوانين التجارة الإلكترونية.

وبناء على ذلك، فإن الإجابة عن الإشكال سالف الذكر، لا تتأتى إلا بالتطرق لصور التعبير عن الإرادة على ضوء القواعد العامة (الفرع الأول)، ومحاولة إسقاطها على التعاقد الإلكتروني (الفرع الثاني)، ومن ثم نبين صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة في القواعد العامة

تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"¹.

ويتبين من خلال ما سبق، عدم تقييد المشرع لأطراف العقد باتباع طريقة معينة؛ إذ أخذ بمبدأ تنوع طرق التعبير عن الإرادة من لفظ، أو كتابة، أو إشارة متداولة عرفاً، بل حتى في حالة اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ورغبة من المشرع في التوسع في طرق التعبير عن الإرادة، فإنه

¹ - وتقابلها المادة 90 من القانون المدني المصري، والقانون المدني الليبي، والمادة 93 من القانون المدني السوري، والمادة 79 من القانون المدني العراقي، والمادة 148 من القانون المدني اليمني، والمادة 32 من القانون المدني البحريني، والمادة 93 من القانون المدني الأردني، والمادة 65 من القانون المدني القطري، والمادتان 34، و35 من القانون المدني الكويتي، والمادة 76 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 35 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 70 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 132 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

لم يكتف بطرق التعبير الصريح فقط، بل أجاز بموجب الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر التعبير ضمنيا عن الإرادة كقاعدة عامة.

وتبعاً لما سبق، فإننا سنتطرق أولاً للمقصود بمختلف طرق التعبير عن الإرادة وفق القواعد العامة، ثم محاولة إسقاطها على التعاقد الإلكتروني.

أولاً- طرق التعبير الصريح:

يقصد بالتعبير الصريح، هو ذلك التعبير الذي يراد به الإفصاح مباشرة عن نية صاحبه؛ فهو الكاشف لها وفقاً لما هو مألوف بين الناس¹. وقد أورد المشرع صور هذا التعبير، والمتمثلة فيما يلي:

1- اللفظ: ويكون ذلك بالكلام المعبر عن المعنى المراد، سواء كان هذا الكلام مباشراً، أم بواسطة الهاتف، أم عن طريق إرسال رسول ناقل للإرادة، كما لا يشترط لغة معينة في هذا اللفظ، بل يجوز التعبير بأي لغة، ما دامت مفهومة للطرف الآخر².

2- الكتابة: ويقصد بالكتابة أي شكل من أشكالها؛ سواء كانت عرفية، أم رسمية، في شكل سند، أو كتاب، أو نشرة، أو إعلان، موقعاً عليها أم غير موقع، مكتوبة باليد أم بأية وسيلة أخرى. ولا يشترط في الكتابة المقصودة كتعبير عن الإرادة تلك الشروط الواجب توافرها في الكتابة المعدة للإثبات³.

3- الإشارة المتداولة عرفاً: ومن صور الإشارة المتبعة عرفاً، هز الرأس عمودياً دلالة على القبول، أو أفقياً دلالة على الرفض⁴.

4- اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه: ومثال هذا النوع من التعبير، وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المخصصة لها، وكذا عرض التاجر لسلعة معينة مع بيان أثمانها، أو وضع آلات ميكانيكية تقدم خدمة معينة للجمهور⁵.

¹ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.40.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.95. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.111.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.188.

⁴ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.61. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.95. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.81. محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، جار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص.46.

⁵ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.169. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.95. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.65.

إن الترتيب الذي جاءت به المادة 60 من القانون المدني الجزائري هو ترتيب صياغة، وليس ترتيب حجية، وفيه تكريس لمبدأ الرضائية؛ ذلك أنه حسب هذا المبدأ، فإن للشخص مطلق الحرية في اختيار الكيفية التي يتم من خلالها التعبير عن إرادته¹.

ثانيا- التعبير الضمني:

وكما يجوز التعبير عن الإرادة صراحة، فإنه يجوز التعبير عنها ضمنيا، كما نصت عن ذلك المادة 02/60 من القانون المدني الجزائري سالفه الذكر.

ووجه الفرق بين التعبير الصريح والضمني، يكمن في أن الأول يعبر عن إرادة صاحبه بطريقة مباشرة²، أما التعبير ضمني، فهو اتخاذ مظهر خارجي يدل على مقصود صاحبه³. فالتعبير الضمني هو ذلك التعبير الذي لا يعتبر في حد ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، إلا أنه لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود تلك الإرادة. ومن ذلك تصرف شخص في شيء عرض عليه للبيع، فذلك دليل على قبوله الشراء، وكذا تقديم الدائن سند الدين للمدين، فهو يعتبر دليلا على الإبراء، وقبول الوكيل الوكالة المعروضة عليه عن طريق القيام بتنفيذها⁴.

والأصل هو تساوي القيمة القانونية بين التعبير الصريح والضمني، وبالتالي فإن للأفراد مطلق الحرية في التعبير عن إرادتهم بالوسيلة التي يرونها، إلا أن القانون قد يستلزم أحيانا إفراغ التعبير في شكل خاص، كما هو الحال في العقود الشكلية، فلا يعدّ التعبير الضمني في هذه الحالة كافيا⁵. كما قد يتم تقييد الإرادة باشتراط الطرفين؛ بأن يتفقا مثلا على وجوب التعبير عن الإرادة كتابة؛ سواء كانت رسمية، أم عرفية⁶.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.111.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.97.

³ - محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.47.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.189.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.96-97. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.99.

⁶ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.111.

الفرع الثاني: إسقاط القواعد العامة لطرق التعبير عن الإرادة على التعاقد الإلكتروني

بعد عرضنا لمختلف صور التعبير عن الإرادة في القواعد العامة؛ سواء الصريحة منها، أم الضمنية، فإننا سنحاول في هذا الفرع إسقاطها على التعاقد الإلكتروني (أولا). كما يثور في هذا الجانب إشكال مهم؛ وهو مدى اعتبار السكوت قبولا في ضوء التعاقد الإلكتروني (ثانيا).

أولا- صور التعبير عن الإرادة والتعاقد الإلكتروني:

يستنتج من خلال ما سبق عرضه من صور التعبير عن الإرادة على ضوء القواعد العامة، أن المشرع قد قام بذكر تلك الصور في التعبير على سبيل المثال لا الحصر، وهذا ما يفسح المجال أمام أية وسيلة إلكترونية أو غيرها يتم اكتشافها مستقبلا، وتكون قادرة على التعبير عن الإرادة، بصورة قاطعة في الدلالة على مقصود صاحبها، ما دام أنها من الوسائل المقبولة قانونا في التعبير عن الإرادة. وبالتالي فلا يوجد ما يمنع على ضوء القواعد العامة للتشريعات من استخدام شبكة الإنترنت في التعبير عن الإرادة؛ نظرا لاتصاف تلك القواعد بمرونة تجعلها قادرة على استيعاب مثل هذه الوسيلة، واعتبارها صورة من صور التعبير عن الإرادة، وإن لم يتم النص عليها صراحة¹.

ويتبين بناء على ذلك، جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة إلكترونية؛ حيث أن هذا التعبير في التعاقد الإلكتروني يتم من خلال جملة من الوسائل التقنية، كالكتابة الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني، والمخاطبة عبر هاتف الإنترنت الذي يجمع بين ثلاث مستويات، اللفظ، والكتابة، والصورة. وبذلك تكاد تلك الصور تأخذ حكم صور التعبير عن الإرادة المعروفة في القواعد العامة، والمنصوص عليها في المادة 60 من القانون المدني الجزائري، بغض النظر عن قيمتها في الإثبات².

وما يؤكد إمكانية إسقاط تلك الصور على التعاقد، هو عدم اشتراط المشرع شكلا معيناً للكتابة، مما يؤدي إلى جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية³.

كما يرى الفقه في هذا المجال كذلك، أن الضغط على مفتاح القبول في لوحة المفاتيح المرفقة بالحاسوب، أو الضغط بواسطة المؤشر المتحرك في شاشة الحاسوب، يعتبر من قبيل التعبير عن الإرادة،

¹ - محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص.44.

² - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2013-2014، ص.132.

³ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.111.

فغالبا ما يجد الراغب في التعاقد عبر الإنترنت خانة مخصصة للقبول تفيد الرضا؛ لأن الضغط على زر القبول لا يمكن تفسيره إلا على أنه قبول من الموجب له. ولعل ما يؤكد هذا المسلك هو نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري بقولها: "التعبير عن الإرادة... كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه"¹.

وغالبا ما يلجأ الموجب إلى اشتراط النقر مرتين على زر القبول من أجل تأكيد قبول الموجب، وأن ذلك القبول لم يكمن من قبيل الخطأ والسهو. فالنقر مرتين يعتبر دليلا على موافقة القابل على إبرام العقد. كما قد يشترط الموجب اتخاذ بعض الإجراءات اللاحقة على القبول، كالإجابة عن بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل، مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي. ويتضح من هذه الإجراءات اللاحقة أن الغرض منها هو تأكيد القبول، وإبرامه بالشكل المطلوب².

وإن كان الأصل أن يكون التعبير الإلكتروني صريحا، فإنه يمكن كذلك أن يكون ضمنيا، كأن يقوم الموجب له بتنفيذ العقد الذي قام الموجب باقتراحه عليه، كالدفع مثلا عن طريق بطاقات الائتمان، بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري، دون أن يقوم بالإعلان عن قبوله صراحة، مما يؤدي إلى انعقاد العقود بقبول ضمني³.

إلا أن معظم الفقه يرى عدم جواز التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني؛ فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد. كما أنه وحسب هذا الرأي، فإنه لا مجال للقبول الإلكتروني بواسطة الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال أي شك في دلالة على مقصود صاحبه⁴.

¹ - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.132.

² - وسيمة مصطفى منشور، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2016-2017، ص.124. وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2018-2019، ص.158.

³ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، السعودية، 2009، ص.51.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص.343.

وقد جنح المشرع الجزائري إلى هذا الرأي في قانون التجارة الإلكترونية، وذلك بموجب المادة 12 من القانون التي جاء فيها: "...يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك معبرا عنه بصراحة". ويتبين بذلك عدم اعتداد المشرع الجزائري بالتعبير الضمني بصدد المعاملات الإلكترونية؛ إذ ارتأى الخروج عن القواعد العامة في هذا الباب. ولعل الدافع الرئيسي لتبني هذا الموقف، هو رغبته في حماية المستهلك الإلكتروني؛ بحرصه على إصداره القبول على بيّنة من أمره.

ثانيا- مدى اعتبار السكوت قبولا إلكترونيا:

قبل بيان مدى اعتبار السكوت الإلكتروني قبولا، يجب أولا بيان حكم ذلك في القواعد العامة، ثم مدى إمكانية تطبيق تلك القواعد على التعاقد الإلكتروني.

1- دور السكوت في إبرام العقد على ضوء القواعد العامة:

تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"¹.

وقبل الكلام عن حالات السكوت الملابس، ومدى اعتباره قبولا، تجدر الإشارة إلى أنه لا محل للكلام في السكوت باعتباره معبرا عن الإيجاب؛ إذ لا يتصور صدور الإيجاب بمجرد السكوت. وبالتالي فإن التعبير المعني بتطبيق أحكام السكوت الملابس، هو القبول لا الإيجاب. ويمكن القول بوجه عام كذلك إن السكوت المجرد عن أي ظرف ملابس له لا يمكن اعتباره قبولا؛ ذلك أن الإرادة عمل إيجابي، والسكوت أمر سلبي. وفي هذا الصدد يقرر فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة مفادها "لا ينسب لساكت قول". كما أن السكوت لا يعتبر إرادة ضمنية؛ لأن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها، أما

¹ - وتقابلها المادة 98 من القانون المدني المصري، والقانون المدني الليبي، والمادة 99 من القانون المدني السوري، والمادة 81 من القانون المدني العراقي، والمادة 159 من القانون المدني اليمني، والمادة 42 من القانون المدني البحريني، والمادة 95 من القانون المدني الأردني، والمادة 73 من القانون المدني القطري، والمادة 80 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 40 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 74 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 135 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

السكوت فهو عدم، وأولى بالعدم أن تنصرف دلالتة للرفض لا للقبول. وهذا هو المبدأ العام الذي يقول به الفقه والقضاء في العديد من الدول¹.

إلا أن المبدأ سالف الذكر ليس على إطلاقه، بل إن التشريعات قد أوردت عليه عدة استثناءات جعلت من قيام شروطها قبولا، فينزل السكوت في تلك الحالات منزلة القبول. وقد نصت على تلك الاستثناءات المادة 68 من القانون المدني الجزائري، وتتمثل فيما يلي:

أ- إذا كانت طبيعة المعاملة تقضي باعتبار السكوت قبولا؛ أي أن الظروف والملازمات المحيطة توحى باعتبار ذلك السكوت قبولا، كما لو أرسل تاجر بضاعة لشخص طلبها، وتضمنت الفاتورة شروطا غير عادية، فلم يقدّم الموجب له برفضها في وقت مناسب، فإن ذلك السكوت يعتبر قبولا بتلك الشروط².

ب- إذا كان العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت قبولا، ومثال ذلك إرسال المصرف إلى العميل بيانا بحسابه، ويذكر فيه أن عدم اعتراض العميل على ذلك البيان خلال مدة معينة، يعتبر إقرارا منه³.

ج- إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين، ومن ذلك اعتياد تاجر تجزئة التعامل مع تاجر جملة في سلعة معينة، فيطلب تاجر التجزئة من تاجر الجملة كمية من السلعة بالشروط المتفق عليها بينهما، ولم يرد تاجر الجملة، فإن سكوته في هذه الحالة يعتبر قبولا؛ إذ كان على تاجر الجملة الرد، إذا لم تكن لديه نية القبول. ومن ذلك أيضا، وجود عقد سابق بين المتعاقدين، وأرسل أحد المتعاقدين إلى الآخر خطابا يتضمن تعديلا لذلك العقد، فيعتبر سكوت هذا الأخير قبولا منه⁴.

د- كما يمكن اعتبار السكوت قبولا أيضا في حالة تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، ومثال ذلك عرض التاجر على العميل تخفيض ثمن السلعة، أو أن يعرض أحد الأشخاص على الآخر هبة بعض ماله⁵. فالسكوت في هذه الحالة يعتبر قبولا؛ لأنه قد تعلق بمصلحة من وجه إليه الإيجاب⁶.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.ص. 236-237.

² - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 175. حسن الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1970، ص. 56.

³ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 65. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 50.

⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 87.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 100. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 91.

⁶ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 43. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 50. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 83.

وغني عن البيان، أن الحالات السالفة مذكورة على سبيل المثال لا الحصر؛ فكل سكوت لا يسته ظروف معينة جعلت دلالاته تنصرف إلى الرضا يعتبر قبولا، ومن ذلك سكوت الموكل إذا علم بتجاوز الوكيل حدود الوكالة، فإن سكوته في هذه الحالة يعتبر إجازة منه؛ ذلك أن الساكت لو أراد الاعتراض لتكلم، ولكنه سكت في معرض التكلم. ويقرر فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الباب قاعدة أخرى مفادها "السكوت في معرض الحاجة بيان"¹.

ويرجع أمر تقدير مدى اعتبار السكوت قبولا إلى سلطة القاضي التقديرية، الذي عليه كشف تلك الظروف الملازمة، والتي أنزلت السكوت منزلة القبول².

وفضلا عن حالات السكوت الملابس سالفة الذكر، فإنه يمكن اعتبار السكوت قبولا أيضا بموجب نص القانون، ومن ذلك ما قضت به المادة 01/35 من القانون المدني الجزائري بقولها: "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 فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا".

وتجدر الإشارة، إلى أن بعض الفقه³ قد أخذ على المشرع وفي تنظيمه لأحوال السكوت الملابس بموجب المادة 68 من القانون المدني الجزائري، عدم نصه على الأصل العام أو القاعدة القاضية بعدم اعتبار السكوت قبولا، وذلك قبل تطرقه إلى حكم السكوت الملابس، والتمثيل له.

2- دور السكوت في التعاقد الإلكتروني:

بعد أن بينا مدى اعتبار السكوت قبولا في ظل أحكام القواعد العامة، فإن التساؤل المطروح في هذا المجال، هو مدى اعتبار السكوت قبولا إلكترونيا؟ أو بمعنى آخر مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة للسكوت الملابس بصدد التعاقد الإلكتروني؟ وبهذا الخصوص، فقد انقسم الفقه إلى ثلاثة آراء، وهي:

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.240. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.101.

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.106. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.179. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، المرجع السابق، ص.92.

³ العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.179.

أ- ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول إن سكوت أحد المتعاقدين في العقد الإلكتروني بعد عدة تعاملات سابقة بين الطرفين يمكن اعتباره قبولا، وذلك قياسا على العقود العادية؛ حيث أن استعمال الوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد لا ينبغي أن تمثل مبررا للخروج عن القواعد العامة في هذا المجال¹، لا سيما في حالة وجود مؤشرات قوية تدل على انصراف نية الموجب له إلى القبول²، كما يرى أصحاب هذا الرأي أن إبرام العقد بواسطة الوسائل الحديثة لا يؤثر على الدور الذي يلعبه العرف في هذا المجال؛ إذ إن العبرة بطبيعة المعاملة بين المتعاقدين التي تضيفي على السكوت طابع القبول، ويحكمها العرف الجاري، وليس العبرة بالوسيلة المستعملة في إبرام العقد، حتى وإن تمثلت هذه الوسيلة في شبكة الإنترنت³.

ب- خلافا للرأي السابق، يرى أصحاب هذا الاتجاه عدم إمكانية تطبيق أحكام فكرة السكوت الملابس المعروفة في القواعد العامة على السكوت الإلكتروني؛ نظرا لحداثة التعاقد عبر شبكة الإنترنت؛ إذ لا يمكن القول بلعب العرف دورا فعالا في المجال الإلكتروني؛ لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة إلى حد إقرار عرف فيها⁴. فالعرف يحتاج إلى ركن مادي وآخر معنوي من أجل تحقيقه، واكتسابه قوة ملزمة في مجال التعاقد عبر الإنترنت، وهو ما لا يعد متوافرا في هذه الحالة⁵، كما أن المتعاقدين في حالة التعاقد الإلكتروني ليسا على اتصال مادي مباشر كما هو الحال في العقود العادية، بل هم على اتصال افتراضي وغير مباشر⁶.

أما بالنسبة لحالة الإيجاب المتضمن منفعة الموجب إليه، فهو حالة تتضمن عملا من أعمال التبرع، دون ثبوت أي التزام في ذمة الموجب له، وهذا الفرض غير مألوف في التعاقد عبر الإنترنت⁷.

¹ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص.103.

² - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.148.

³ - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص.161.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.344. رشيدة عيلا م أكسوم، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص.153.

⁵ - شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.107.

⁶ - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.255.

⁷ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.52.

وفي السياق نفسه، يرى بعض الفقه صعوبة التسليم باعتبار السكوت قبولا في حالة التعاقد الإلكتروني؛ باعتبار أن ذلك قد يؤدي إلى فرض التعاقد على الشخص الذي اعتاد على التعامل مع متجر افتراضي عبر الشبكة، وذلك بمجرد إرسال التاجر مثالا لرسالة إلكترونية لم يتم الرد عليها خلال مدة معينة، فهذا معناه تجريد الموجب له من حقه في الرد عن الرسالة، وإجباره على أن يكون الرفض صريحا، مما يعتبر تناقضا مع حرية التعاقد، وحرية التعبير عن الإرادة عموما¹. وبناء عليه، يرى أصحاب هذا الرأي أن اعتبار السكوت قبولا في هذه الحالة هو إقرار بيع بالإكراه².

كما يحتاج أصحاب هذا الرأي على موقفهم هذا بما ورد في بعض قوانين التجارة الإلكترونية، والتي لم تكتف بالقبول عبر الإنترنت؛ بل نصت على إمكانية وجود اتفاق بين طرفي العقد لتنظيم مسألة الإقرار باستلام رسالة المعلومات أو السجل الإلكتروني، مما يؤكد عدم اعتبار السكوت قبولا لدى تلك التشريعات³.

ج- يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عدم اعتبار السكوت قبولا لا ينبغي أن يأخذ على إطلاقه، بل تبقى حالة من حالات السكوت الملابس الموجودة في القواعد العامة، والتي يمكن تطبيقها في المجال الإلكتروني، وهي الحالة الخاصة بوجود تعامل سابق بين المتعاقدين⁴. فإذا أرسل موقع إلكتروني إلى أحد عملائه إجابا يعرض فيه تزويده بسلعة أو خدمة معينة اعتاد تزويده بها، ولم يبد العميل أي رفض، فهنا يعتبر سكوته قبولا؛ لوجود تعامل سابق بين الطرفين بهذا الخصوص⁵.

إلا أن بعض الفقه، وإمعانا منه في تضيق نطاق السكوت الملابس في مجال المعاملات الإلكترونية، يرى عدم كفاية التعامل السابق من الناحية العملية من أجل اعتبار السكوت قبولا إلكترونيا، بل يجب فوق ذلك اقترائه باتفاق صريح أو ضمني بين أطراف العقد⁶.

¹ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019-2020، ص.155.

² - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.146.

³ - شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.108.

⁴ - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.161.

⁵ - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.257.

⁶ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.345. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.52. وسيمه مصطفى هنشور، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.126.

الفرع الثالث: طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة

بعد أن تعرضنا إلى القواعد العامة في التعبير عن الإرادة، ومدى إسقاطها على التعاقد الإلكتروني، بقي أن نبين مختلف صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة، أو بمعنى آخر الصور الإلكترونية في التعبير عن الإرادة. وتتعدد هذه الصور بتعدد وتنوع تكنولوجيا الاتصال. ولعل أهمها: التعبير بواسطة البريد الإلكتروني (أولاً)، والتعبير بواسطة الموقع (ثانياً)، والتعبير بواسطة المحادثة (ثالثاً)، والتعبير بواسطة التنزيل عن بعد (رابعاً).

أولاً- التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني: يعد البريد الإلكتروني أحد تطبيقات شبكة الإنترنت، بل إنه يعتبر حالياً من أكثرها شيوعاً وانتشاراً بين مستخدمي شبكة الإنترنت¹. ويقصد به تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية، ويتم عادة قياس البريد الإلكتروني على البريد العادي، مما يفيد إمكانية تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي على البريد الإلكتروني؛ ذلك أنه بوضع الرسالة في البريد العادي، فإنه ينتج عنه فقد السيطرة عليها، وعدم إمكانية استردادها، فكذلك الحال بالنسبة للبريد الإلكتروني².

وتتم عملية التعاقد وتبادل الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني، بقيام الشخص الراغب في التعاقد بإرسال رسالة إلكترونية إلى من يرغب في التعاقد معه (المرسل إليه) على عنوان بريده الإلكتروني، تتضمن مضمون العقد، وشروط إبرامه وتنفيذه، وكافة البيانات المتعلقة به. ويتم ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني للمكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل، ثم يقوم بتدوين الرسالة التي يرغب في إرسالها كرسالة ملحقة بالبريد الإلكتروني، ومن ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني، وحينئذ يتم إرسال الرسالة إلى صندوق بريد المرسل إليه، ولدى قيام المرسل إليه بالدخول على صندوق بريده الإلكتروني يمكنه قراءة الرسالة، والرد عليها؛ سواء بالقبول، أم بالرفض. ووسيلة التعبير عن الإرادة في البريد الإلكتروني هي الكتابة، وهي لا تختلف عن الكتابة العادية سوى أنها لا تتم على دعائم ورقية؛ وإنما باستخدام دعائم إلكترونية³.

¹ - محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص.52.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.168.

³ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014-2015، ص.64.

ويُتيح استعمال البريد الإلكتروني إجراء المفاوضات، وإبرام العقود، وإرسال المستندات، كما يوفر أيضا إمكانية إرسال رسالة واحدة إلى عدة أماكن في نفس الوقت¹.

كما يضفي التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني نوعا من الثقة والطمأنينة لمن صدر التعبير من جانبه؛ إذ يمكن إثبات التعبير عن الإرادة بطريقة مكتوبة في شكل إلكتروني، وبذلك يصلح لأن يكون دليلا يتم الاستعانة به في حالة نشوب نزاع بين طرفي العقد، بشرط أن يتم حفظه بطريقة تضمن سلامته، وعدم تعرضه للتعديل، مما يؤدي إلى ضمان حماية المعاملات الإلكترونية².

ثانيا: التعبير عن الإرادة بواسطة الموقع (web-site): قد يخلط البعض بين مصطلح الموقع، ومصطلح الإنترنت، على اعتقاد أنهما مصطلحان لمعنى واحد، إلا أن الواقع خلاف ذلك؛ فالموقع ليس هو الإنترنت؛ وإنما هو وسيلة من ضمن وسائل الاتصال المقدمة عبر شبكة الإنترنت، بل هو أكثر الوسائل استخداما عبر الشبكة. ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات، وصفحة رئيسية³.

وشبكة الموقع أو ما تسمى بشبكة المعلومات العالمية أو الدولية تستخدم في إنشاء نصوص قانونية مترابطة؛ بحيث يمكن لمستخدم شبكة الويب قراءتها، فهي عبارة عن جملة من المعلومات تكون في شكل رموز، أو صور، أو حروف، أو تسجيل فيديو، أو أشكال أخرى. ويكون تخزين هذه المعلومات على هيئة مجلد بداخل قرص مدمج بجهاز حاسب آلي يسمى بالجهاز الخادم (serveur)، وهذا الجهاز موصول بخط الإنترنت بشكل دائم على مدار أربع وعشرون ساعة في اليوم. ويتم إدارة هذه المعلومات بواسطة برنامج يسمى خادم الموقع أو مدير الموقع؛ بحيث يمكن التواصل معه عبر شبكة الإنترنت، كما يمكن لأي شخص آخر الدخول إلى مختلف المواقع الموجودة عبر شبكة الإنترنت، وتصفح مختلف محتوياتها، وإبرام العقود المتعلقة بالسلع والخدمات الراغب في اقتنائها. لذلك فإن هذه المواقع مجرد مجموعة من الوثائق موضوعة معا في عنوان واحد عبر الشبكة⁴.

وفي صورة أخرى أكثر تقدما، فقد أخذت مواقع الويب المستخدمة في تبادل السلع والخدمات، تتطلب ضرورة وجود توقيع إلكتروني لدى المتعاقد، يرتبط بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة وسارية صادرة من أحد مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص لهم؛ من أجل التأكد من هوية المتعاقدين عبر

¹ - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.141.

² - رشيدة أكسوم عيلام، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.150.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.170.

⁴ - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.144-145.

شبكة الإنترنت، وضمان عدم تعديل مضمون رسالة البيانات، كما حرصت أغلب المواقع على الاستفادة من تقنيات التشفير؛ بهدف الحد من عمليات الاختراق من قبل المتلصصين، وقرصنة الشبكة¹.

ويلاحظ أن التعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة المواقع، قد يتخذ صورة التعبير الصريح المنصوص عليه في المادة 60 من القانون المدني الجزائري؛ إذ قد يتم بالكتابة، أو بالإشارة، أو من خلال استعمال رموز، كما قد يتخذ صورة التعبير الضمني، وذلك باتخاذ موقف لا يعتبر في ذاته تعبيرا عن الإرادة؛ وإنما لا يمكن صدوره دون افتراض وجود تلك الإرادة؛ بحيث لا يمكن تفسيرها بأكثر من تأويل².

كما يمكن التعاقد بهذه الوسيلة من خلال استخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفة بين مستخدمي شبكة الإنترنت، ومن ذلك استعمال وجه مبتسم دليل على القبول، ووجه غاضب دليل على الرفض. وفي هذا الصدد، يرى بعض الفقه أن هذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي، سوى أنها إشارات جديدة صادرة عن جهاز الكمبيوتر، تعبر عن اتجاه إرادة الموجب إليه إلى إبرام العقد³.

ثالثا- التعبير عن طريق المحادثة: يستطيع مستخدم برنامج المحادثة عبر الإنترنت من التواصل مع أي شخص آخر عن طريق الكتابة. ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة IRC. ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين؛ حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول، وسيبقى في الوقت نفسه كتابة الطرف الآخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج. وتتيح هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين، كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص من دول مختلفة في وقت واحد⁴.

ويجمع هذا النوع من التعاقد بين وسيلتين من الوسائل التقليدية في التعبير عن الإرادة، وهما: الكتابة واللفظ، إلا أنه يتم استخدامهما في المجال الإلكتروني من جهة، ومن دون الحضور المادي من جهة أخرى. وتعد هذه الوسيلة الأكثر أمنا، وحماية للمتعاقدين على خلاف بعض الوسائل الأخرى التي أثارت الكثير من الجدل⁵.

¹ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 65.

² - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 147.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 171.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 148.

رابعاً- التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد: يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد، نقل، أو استقبال، أو تنزيل أحد الرسائل، أو البرامج، أو البيانات عبر الإنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل، وهو ما يسمى في التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي؛ حيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط، من غير اللجوء إلى العالم الخارجي¹.

وقد كان هناك جدل فقهي حول مدى جواز التعاقد الإلكتروني بهذه الوسيلة²، إلا أن بعض الفقه³ ذهب إلى اعتبار هذه الوسيلة تطبيقاً من تطبيقات التعاقد باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

المطلب الثاني: الإشكال المتعلق بمكان وزمان إبرام العقد الإلكتروني

لعل أبرز الإشكالات التي قد تثور بصدد المعاملات الإلكترونية، هي مشكلة تحديد مكان وزمان إبرامها؛ ذلك نظراً لخلو القواعد العامة للقانون المدني من نص في المسألة، وهذا أمر بدهي؛ باعتبار أن واضعي القوانين المدنية لم يعالجوا سوى التعاقد بالمراسلة، أو ما يسمى التعاقد بين غائبين، وذلك من خلال أربع نظريات حاول كل واحد منها تقديم تفسير خاص على ضوء فلسفة معينة. إلا أنه وبظهور العقود الإلكترونية، وانتشارها؛ بأن أصبحت حقيقة لا يمكن التناكر لها، فقد حاول الفقه تطويع تلك النظريات الأربع مع التعاقد الإلكتروني، وذلك من خلال القياس والتقريب بين التعاقد الإلكتروني والتعاقد بالمراسلة من خلال الأحكام.

وتبعاً للتصور سالف الذكر، فإننا سنعرض النظريات الأربع، مع محاولة إسقاطها على التعاقد الإلكتروني، إضافة إلى نظرية تأكيد القبول، والتي بخلاف النظريات الأخرى، فإن صياغتها كان يهدف معالجة التعاقد الإلكتروني.

وتجدر الإشارة إلى أن معيار التمييز بين التعاقد بين حاضرين وغائبين في ظل القواعد العامة، هو مدى وجود فترة زمنية بين صدور القبول والعلم به، فإذا وجدت فترة زمنية؛ سواء طالت، أم قصرت بين صدور القبول والعلم به، اعتبر ذلك تعاقدًا بين غائبين، وذلك بخلاف التعاقد بين حاضرين، أين تختفي تلك الفترة ما بين القبول والعلم به؛ إذ يعلم الموجب بالقبول فور صدوره⁴.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.172.

² - عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.149.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.172.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.253.

هذا، وتكمن صعوبة تحديد مكان وزمان إبرام عقود التجارة الإلكترونية في عدم سهولة تحديد وقت تطابق الإيجاب والقبول، والذي يمكن أن يكون عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، نظام الحاسوب الخاص بالمرسل للإيجاب، كما يمكن أن يكون لحظة وصول القبول إلى نظام الحاسوب الخاص بالموجب وتسجيلها، كما يمكن أخيراً أن يكون لحظة وصول القبول لنظام المعلومات الخاص بالموجب، وقيامه بالاطلاع عليها، ومعالجتها، وتفسيرها¹.

الفرع الأول: نظرية إعلان القبول

يرى أصحاب هذه النظرية أن إبرام العقد في حالة التعاقد بين غائبين يتم بمجرد إعلان القبول². وحسب أنصار هذه النظرية، فإن القول بهذا الرأي هو ما يتفق مع منطق القواعد العامة، فإذا كان العقد يقوم على توافق إرادتين، فمجرد قبول الموجب له للإيجاب المرسل إليه، يجعل العقد تاماً، دون الحاجة إلى تأخير ذلك إلى وقت لاحق. إضافة إلى اتفاق هذا الرأي مع ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة وحركة³.

وبتطبيق أحكام هذه النظرية على العقود الإلكترونية، فإن مكان وزمان إبرام العقد يكون في المكان واللحظة التي يقوم فيها الموجب له بتحرير قبوله من خلال رسالة إلكترونية، أما بالنسبة للتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، فإن انعقاد العقد يكون في اللحظة التي يعلن فيها المرسل إليه قبوله للعرض المرسل إليه من الموجب، حتى قبل الضغط على مفتاح الإرسال⁴؛ أي أن العقد يتم وفق هذه النظرية دون الحاجة إلى إعلام الطرف الآخر بذلك القبول¹.

¹ - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 186.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 141. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 93. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 86. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 82. مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 68. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 43. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 104.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 257. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 64. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 126. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 113. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 123.

⁴ - شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص. 116. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 377. زهيرة بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016، ص. 36. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 101.

ويضيف بعض الفقه، أن العقد الإلكتروني يمكن أن يتم حسب هذه النظرية من خلال قيام القابل بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة Accept/Ok دون تصديره، وذلك بالنقر على زر stop، الموجود في أعلى صفحة البريد الإلكتروني؛ حيث أن القبول في هذه الحالة لن يخرج عن سيطرة القابل، فيبقى بذلك في مرحلة إعلان القبول².

ورغم اتفاق النظرية مع بعض القواعد العامة على النحو المبين، إلا أنه وبالمقابل يؤخذ عليها خروجها عن القواعد العامة من ناحيتين؛ أولهما: أن القبول وباعتباره إرادة، فإنه لا ينتج أثره إلا من الوقت العلم به، أما ثانيهما: فإنه ليس بلامر توافيق الإرادتين بمجرد إعلان القبول؛ إذ يمكن للموجب العدول عن إيجابه، ولا يصل ذلك العدول إلى القابل إلا بعد صدور القبول³. كما يكون للموجب له أيضا بمقتضى هذه النظرية التراجع عن قبوله دون علم الموجب بذلك. ولا شك أن في هذا إضرار بمصالح الموجب، دون أن يتفطن أو ينتبه لذلك⁴.

ويؤخذ على هذه النظرية أيضا، زيادة وتعقيد الإشكالات المتعلقة بالإثبات عبر الإنترنت، والتي تعد من أهم المشاكل التي تثور بسبب استخدام الإنترنت في إبرام العقود؛ حيث غالبا ما يلجأ القابل إلى إنكار صدور القبول من طرفه، مما يجعل الموجب تحت رحمة القابل؛ إن شاء أقر بقبوله، وإن شاء أنكره، دون أن يتمكن أحد من إثبات خلاف ما يدعيه القابل؛ نظرا لوجود القبول في جهاز الحساب الآلي الخاص بالموجب له فقط، فيتعذر بذلك على الموجب إثبات كتابة القابل لرسالة البيانات المتضمنة القبول في الوقت الذي يبقى القبول في صندوق البريد الإلكتروني، دون أن يتم إرساله فعلا إلى الموجب، مما يؤدي بلا ريب إلى المساس باستقرار المعاملات، وأمن التعاقد⁵.

¹ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 164. وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 196.

² - عبد الله أحمد بن عبد الله أحمد غرايبية، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 85.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 257.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 141.

⁵ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 101.

ومن بين التشريعات العربية التي أخذت بهذه النظرية، نجد قانون الموجبات والعقود اللبناني بهذه النظرية، وذلك في المادة 184 التي جاء فيها: "إذا كانت المساومات جارية بالمراسلة أو بواسطة رسول بين غائبين فالعقد يعد منشأ في الوقت وفي المكان اللذين صدر فيهما القبول ممن وجه إليه العرض".
كما نصت على الحكم نفسه المادة 98 من القانون المدني السوري بقولها: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"¹.

وبدوره أخذ القانون المدني الأردني بهذه النظرية في المادة 101 منه، والتي جاء فيها: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

ومن بين التشريعات العربية التي أخذت بالنظرية أيضاً، نجد الفصل 28 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، التي تنص على ما يلي: "يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول والتعاقد بواسطة رسول أو غيره يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول".

كما أخذ بالحكم نفسه، المشرع المغربي في الفصل 24 من قانون الالتزامات والعقود بقوله: "يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاماً في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله".
والعقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأن يقبله".

وهو توجه المشرع الموريتاني أيضاً بموجب المادة 45 من قانون الالتزامات والعقود، التي نصت على ما يلي: "يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاماً في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما جزماً من تلقى الإيجاب بقبوله...".

¹ - جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ما يلي: "اشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات، فبين في الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام، وعدد مصادرها، وفصل أحكام العقد، وأركانه، وآثاره، وانحلاله، وهي قواعد أخذت بجملتها من القانون المدني المصري، فيما عدا العقود بالمراسلة، فقد أخذت من قانون الموجبات والعقود اللبناني، فأصبح العقد بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان، بحيث تقضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين؛ لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بحقوق ذوي العلاقة". يراجع: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري، ص. 11، نقلاً عن: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 261.

أما بالنسبة للقوانين الخاصة بتنظيم التجارة الإلكترونية، فلم تأخذ معظمها بهذه النظرية؛ لما بها من عيوب واضحة، تجعلها غير صالحة لمعالجة إشكال وقت إبرام العقد في العقود الإلكترونية¹.

الفرع الثاني: نظرية إرسال القبول

يتفق أنصار هذه النظرية مع سابقهم في اعتبار صدور القبول كافيا لانعقاد العقد، إلا أنهم اشتروا فوق ذلك ضرورة إرسال القابل لقبوله؛ كي يضمن بذلك عدم عدوله عنه. ويكون القبول نهائيا بإرساله بخطاب في البريد، أو تسليم البرقية لمكتب البرق، أو غير ذلك من الأمثلة².

وحسب هذه النظرية، فإن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يرسل فيها القابل لقبوله؛ سواء عن طريق إرسال رسالته الإلكترونية المتضمنة قبوله من خلال البريد الإلكتروني، أم عن طريق إرسال موافقته؛ وسواء بكتابة عبارة القبول، أم بالضغط على أيقونة القبول، وبعد ذلك لا يمكن للقابل استرجاعها، بدخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني لمقدم خدمة الإنترنت³. ولا يشترط حسب هذه النظرية وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، والموجود على موقع الإنترنت⁴. ومن الأمثلة عن انعقاد العقد الإلكتروني على ضوء هذه النظرية، حالة إرسال القابل لرسالة نصية متضمنة القبول إلى الطرف الآخر في خدمة غرف المحادثة، وذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول، أو لحظة ضغط القابل بال مؤشر المتحرك للحاسوب على خانة القبول في العقود المعروضة على مواقع الويب؛ باعتبار أن الضغط عليها يعد إرسالاً للقبول إلى موقع الويب الذي تم عرض الإيجاب فيه⁵.

¹ - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 188.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 113. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 64. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 127. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 88. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 94. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 87. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 82. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 44.

³ - محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 166. وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 197.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 377. فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 188.

⁵ - محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 166. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 102. وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 198.

ويرى بعض الفقه، أنه وفي حالة عدم اتفاق طرفي العقد على طريقة معينة لإرسال القبول، فإن أفضل وسيلة لإرساله، هي استخدام نفس الطريقة المرسل بها الإيجاب، فإذا تم إرسال الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني، فيجب إرسال القبول بتلك الطريقة أيضاً، أما إذا تم إرسال الإيجاب عن طريق برامج المحادثة مثلاً، فيتوجب إرسال القبول بنفس الوسيلة المستعملة في الإيجاب¹.

ويبدو لنا أن هذا الرأي يعتبر تقييداً لمبدأ حرية التعاقد؛ ذلك أن عدم الاتفاق على وسيلة إرسال القبول لا يفيد وجوب إرساله بنفس الطريقة المرسل بها الإيجاب، بل إن ذلك يفيد حرية القابل في إرسال القبول بالطريقة التي يراها، وهذا تمشياً مع مبدأ حرية التعاقد.

ويلاحظ أن تصور إبرام العقد وفقاً لهذه النظرية يفترض وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه، وهذا ما لا يتحقق في كل الأحوال، فإذا كان من السائع القول بذلك في حالة إبرام العقد بالشكل التقليدي عن طريق البريد العادي، فإن ذلك يتعذر تصوره بصدد التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة؛ إذ لا يمكن تصور تصدير القبول دون تسلمه إلا في حالة البريد الإلكتروني؛ حيث يمكن إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، وعدم تسلمها من طرف الموجب لسبب فني أو لفقدانها، أما في حالة التعاقد عن طريق الموقع، فيتلاشى كل فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه².

وهذا ما أدى ببعض الفقه إلى القول إن: "كل ما يقال في هذا الشأن في القانون التقليدي عن وجود فاصل زمني بين التصدير والوصول هو على وشك الاندثار؛ لأنه لا يوجد على الإنترنت هذا التفاوت في الزمن بين الإيجاب والقبول، فالتصرفات الإلكترونية هي تصرفات عن بعد؛ ولكنها فورية ومعاصرة"³.

ويؤخذ عن هذه النظرية أنه إذا كان مجرد إعلان القبول كافياً لانعقاد العقد، فلا معنى لاستلزام تصديره؛ لأن التصدير لن يزيد في قيمته القانونية، كما أن إرسال القبول لا يحول دون إمكانية استرداده من طرف القابل، ما دام لم يصل إلى الموجب له؛ باعتبار أن الرسالة تبقى قبل وصولها إلى الموجب له ملكاً

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 388.

² - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 163-164.

³ - زهيرة بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 36.

للمرسل، كما تقضي بذلك اللوائح في كثير من البلدان¹. وإن كان ذلك يصعب تصوره في حالة التعاقد الإلكتروني بواسطة البريد الإلكتروني؛ باعتبار أن الرسالة تصل فوراً لمن وجهت إليه².

كما أن إرسال الموجب له للقبول لا يحول عملياً دون إمكانية عدوله عنه؛ إذ يمكن له إرسال برقية عاجلة للموجب، يبلغه رفضه فيها قبل علمه بالقبول أصلاً المرسل قبل ذلك. كما يعاب على هذه النظرية أيضاً إهمالها لمصلحة الموجب؛ إذ يبقى غير عالم بوقت تصدير القبول³.

أما في مجال التعاقد الإلكتروني، فإن مأخذ هذه النظرية تكمن في جعلها الفصل بين إبرام العقد من عدمه بين يدي القابل؛ إذ يكون له إنكار صدور القبول، أو حتى العدول عنه، دون تمكن الموجب من إثبات العكس، طالما لم يصله شيء يفيد ادعاءه؛ إذ لا يكون للقبول وجوداً إلا على الحاسوب الخاص بالقابل، وبذلك يبقى من الصعب إثبات تحرير القابل للرسالة المتضمنة القبول، وعدم إرسالها⁴، إضافة إلى تحميل الموجب تبعات أمور خارجة عن إرادته؛ إذ إن مقدم خدمة البريد الإلكتروني قد يتعامل معه الموجب، ويتعرض لخلل فني، أو اعتداء بالفيروسات، فيؤدي ذلك إلى توقفه عن العمل لساعات أو أيام، فينتج عنه تعطيل وصول الملايين من رسائل البريد الإلكتروني إلى الموجب، وعندها سيتمسك القابل بانعقاد العقد؛ لأنه أرسل قبوله، ولا يكون حينئذ للموجب الاحتجاج بوجود خلل فني لدى مقدم خدمة البريد له، مما يجعل هذه النظرية أيضاً غير مناسبة للمعاملات الإلكترونية⁵.

وقد أخذ بهذه النظرية القضاء الإنجليزي، ويعود سبب تبني هذه النظرية من قبل هذا القضاء، إلى أنه ووفقاً للتعليمات التي تحكم البريد في إنجلترا، فإنه يستحيل على شخص استعادة الرسالة بعد وضعها في صندوق البريد؛ لإرادة البريد منذ تلك اللحظة تقوم بحجزها لصالح المرسل إليه، وبذلك تعتبر إرادة البريد بمثابة وكيل قانوني للموجب، إضافة إلى أن استلام الرسالة من قبل الوكيل القانوني (دائرة البريد) يعني أنها من الطبيعي ستصل إلى الأصيل (الموجب). ويعد تحميل الموجب لمخاطر التأخير منطقياً في هذه الحالة؛

¹ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 88. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 127.

² - شحاتة غريب الشلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص. 118.

³ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 142.

⁴ - زهيرة بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 36.

⁵ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 166-167.

لأنه هو من اختار التعاقد من خلال هذه الوسيلة، وهذا ما يوقع عليه التزاما بالتحري عن وصول الرسالة من عدمه¹.

الفرع الثالث: نظرية وصول القبول

يرى أنصار هذه النظرية عدم الاكتفاء بإعلان القبول أو حتى تصديره من أجل القول بانعقاد العقد، بل يلزم علاوة على ذلك وصول ذلك القبول إلى الموجب؛ سواء علم به، أم لم يعلم، وبذلك تكون هذه النظرية قد تجنبت الانتقادات الموجهة للنظرتين السابقتين².

ويرجع سبب القول بهذه النظرية إلى اعتبار وصول القبول قرينة على العلم به³، كما يؤدي إعمالها إلى التوزيع العادل لمخاطر الطريق بين الموجب والموجب له؛ إذ يتحمل الموجب له الأخطار من وقت تصدير القبول إلى غاية وصوله؛ باعتباره يهيمن على تلك الفترة، بينما يتحمل الموجب الأخطار المحتملة من وقت تسليمه إلى وقت العلم به؛ أي أن الموجب له يتحمل خطر ضياع أو تأخر القبول، في حين يتحمل الموجب تبعة عدم علمه بالقبول رغم وصوله⁴.

وبذلك يتبين أن مذهب وصول القبول يتوسط بين مذهبي الإعلان والعلم؛ فهو بين أن يكون أخذ بمذهب الإعلان مستأنيا؛ إذ لا يرى التصدير باتا حتى يصل القبول إلى الموجب، وبين أن يكون أخذ بمذهب العلم متعجلا؛ إذ يعتبر وصول القبول قرينة على علم الموجب به⁵.

وبتطبيق أحكام هذه النظرية على التعاقد الإلكتروني، فإن العقد ينعقد لحظة دخول رسالة البيانات المتضمنة القبول إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب؛ سواء علم بذلك القبول، أم لم يعلم⁶.

¹ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 103-104.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 127.

³ - حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 64.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 142.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 258. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 64-65.

⁶ - شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص. 119. فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 189. زهير بن خضرة، الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 39. حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 105.

فالمهم أن الرسالة قد وصلت إليه، ويمكنه الاطلاع عليها، فإذا لم يتم بالاطلاع عليها، تحمل مسؤوليته الناجمة عن عدم قيامه بذلك¹.

ويختلف الأمر فيما إذا كان الموجب قد حدد نظاما معيناً للمعلومات لاستلام الرسالة الإلكترونية أم لم يحدده، فإذا كان قد حدد نظاماً للمعلومات يتم من خلاله تسلم القبول، فإن العقد الإلكتروني يتم في اللحظة التي يتلقى فيها الموجب الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول. وتحدد تلك اللحظة بوقت دخول الرسالة الإلكترونية في نظام المعلومات المحدد من قبل الموجب. وإذا تم إرسال الرسالة عبر نظام معلومات آخر خاص بالموجب، ولكنه غير ذلك المحدد من قبل هذا الأخير لتلقي القبول الإلكتروني، كما في حالة وجود وسيط إلكتروني بينهما يتولى تسليم الرسالة من الموجب له، وتوصيلها أو نقلها إلكترونياً أيضاً للموجب، فإن العقد يتم في هذه الحالة لحظة استخراج الموجب الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول. أما في حالة عدم تعيين الموجب لنظام معلومات خاص لتلقي القبول الإلكتروني، فإن العقد يتم في هذه الحالة لحظة دخول الرسالة في نظام معلوماتي يخص الموجب، وذلك إعمالاً لمضمون نظرية الوصول².

وقد اعتبر بعض الفقه، أن هذه النظرية تصدق كأساس للتعاقد الإلكتروني، وذلك من أجل اعتبارات حماية المستهلك، ولا سيما من حيث الإثبات؛ إذ إنه باستلام الموجب للرسالة يعتبر عالماً بها، مما يؤدي إلى القول بإبرام العقد بمجرد تسلم الرسالة تبعاً لذلك³، ما دام القابل لا يستطيع استرجاع الرسالة من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل اطلاعه عليها⁴.

إلا أن هذا الرأي لم يلق إجماعاً فقهيّاً؛ حيث ذهب البعض إلى القول بعدم صحته عمليّاً؛ إذ يمكن وصول الرسالة على شكل غير سليم، وعلى غير ما حررت به، وذلك بسبب وقوع خلل، كأن يصل مضمون الرسالة على شكل رموز لا يمكن فهمها من الموجب، أو قراءة محتوياتها، فلا يمكن معرفة إن كانت تتضمن قبولاً، أو تعديلاً فيه⁵.

¹ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 167. وسيمية مصطفى منشور، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص. 141. وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 200.

² - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 105-106.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 388. لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 164.

⁴ - وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 200.

⁵ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 164.

وبناء على ما تقدم، فإن منح الموجب الحق في العدول عن الإيجاب ما دام لم يصل القبول بعد، قد يعطيه في الحقيقة فرصة للرجوع عن إيجابه تحت تأثير تقلبات الأسعار، والعرض والطلب، والدفع بأي حجة من أجل التملص من مسؤوليته في مواجهة المستهلك، فيجب بالتالي عدم تحميل المستهلك مسؤولية عدم وصول القبول، لا سيما وأنه قد عبر عن إرادته من خلال قبوله للإيجاب المعروض عليه، إلا أن أسبابا فنية خارجة عن إرادته قد حالت دون وصوله إلى الموجب لديه¹.

وعلى غرار الانتقاد الموجه للنظرية السابقة، فإن هذه النظرية لم تسلم بدورها من الانتقاد الفقهي، والذي مفاده عدم تصور وجود فارق زمني بين تصدير القبول ووصوله؛ ذلك أن عملية تصدير القبول ووصوله إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب تتم في جزء من الثانية، فلحظة تصدير أو إرسال القبول هي ذاتها لحظة ضغط القابل على زر الإرسال بغرض إرسال القبول للموجب، عندما يتم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني².

ويؤخذ أيضا على هذه النظرية، أن وصول القبول دون العلم به من الموجب، لا يزيد شيئا عن إعلان القبول من الناحية القانونية، وإذا قيل بأن الكتاب يصبح ملكا للمرسل إليه، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية، أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل³.
أما إذا أريد بالتسليم على أنه قرينة على علم الموجب، فإن كانت قرينة قاطعة احتاجت إلى نص، ومن ثم استقلت، وأما إن كانت بسيطة، فقدت النظرية استقلاليتها، واختلطت بنظرية العلم بالقبول، وهي النظرية الرابعة⁴.

وبناء على ما سبق، فإن هذه النظرية لم تتخلص من جميع سلبيات نظرية إرسال القبول؛ إذ تبقى غير متفقة مع القواعد العامة؛ باعتبار أن وصول القبول دون العلم به لا يكفي لانعقاد العقد، ما دام لم يقتزن ذلك الوصول بعلم الموجب⁵.

ورغم الانتقادات الفقهية الموجهة للنظرية سالفة الذكر، إلا أن البعض¹ يرى إمكانية تطبيقها على التعاقد الإلكتروني؛ باعتبار أن تلك الإشكالات سالفة الذكر لا تثار في حالة استخدام بيئة إلكترونية،

¹ - شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص. 120.

² - فاتح بجلولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، المرجع السابق،

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 258.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - وسيلة لرعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 200.

كشبكة الإنترنت؛ ذلك لأن أغلب المواقع التجارية على الشبكة، والتي توجه عروضها إلى الجمهور، وتنتظر الرد عبر رسائل بريد إلكتروني، أو عبر الضغط على خانات القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها، لا تستخدم كوادر بشرية في التعامل مع هذه الرسائل ونماذج العقود، إنما تستخدم وسائط إلكترونية مؤتمنة تكون مبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل، من خلال معالجتها، وتجهيز الطلبات. أما الدور البشري في هذه الحالة، فيكمن في التوجيه والإشراف على عمل هذه الوسائط، مما يترتب عنه القول إن وصول رسالة البريد الإلكتروني إلى صندوق البريد، يؤدي إلى الاطلاع عليها مباشرة من قبل هذه الوسائط الإلكترونية، والعلم بمضمونها. وبما أن هذه الوسائط تعمل نيابة عن الموجب، فيمكن القول بتزامن وصول الرسالة مع العلم بها تبعاً لذلك.

ومن ناحية أخرى، فإن هذه النظرية لا تتجاهل إرادتي الموجب والقابل؛ فالموجب وبوصول رسالة البريد الإلكتروني يمكنه العلم بانعقاد العقد مع الموجب له، ويرتب أموره على هذا الأساس، والقابل يستطيع أيضاً العلم بوصول رسالة القبول إلى الموجب؛ لأن مقدم خدمة البريد الإلكتروني الذي يتعامل معه سيؤكد له ذلك، حيث وبعد ضغط القابل على زر الإرسال يظهر له بعد فترة قصيرة رسالة تقول: "لقد تم إرسال الرسالة بنجاح إلى العنوان"، وعندها سيتأكد من وصول رسالته إلى الموجب، مما يؤدي إلى انعقاد العقد، وترتيب آثاره من تلك اللحظة².

أما المأخذ الحقيقي على هذه النظرية، فيكمن في تحديد مكان إبرام العقد؛ باعتبار أنه وعلى ضوء البريد التقليدي يمكن تحديد مكان إبرام العقد بدقة، سواء كان أمام منزل الموجب، أم مقر عمله، أم مكتب البريد. أما في التعاقد الإلكتروني، فقد يتعذر تحديد المكان بدقة؛ نظراً لإمكان الموجب فتح صندوق بريده الإلكتروني في أي جهاز مرتبط بشبكة الإنترنت؛ سواء كان ذلك الجهاز موجوداً في الجزائر، أم في أي مكان آخر، مما يجعل مسألة تحديد مكان وصول الرسالة أمراً صعباً للغاية³.

وقد أخذ بهذه النظرية بعض التشريعات العربية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، منها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة 17 منه، التي نصت على ما يلي: "أ- تعتبر رسالة البيانات قد

¹ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 168.

² - وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 201.

³ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 169.

أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك.

ب- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها لأول مرة.

ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه¹.

كما تبنت هذه النظرية أيضا التشريعات الأوروبية؛ حيث نصت المادة 3/4 من اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا على أنه: "يعتبر العقد المنشئ باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات قد أبرم متى استلمت الرسالة المرسلة كقبول لعرض وفقا للمادة 1/3 من الاتفاق". كما نصت المادة 05 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 على ما يلي: "يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله"².

كما نصت المادة 2/6 من مبادئ عقود التجارة الدولية على ما يلي: "ينتج القبول أثره لدى وصول ما يفيد القبول إلى الموجب".

ونصت المادة 01/15 من قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في ديسمبر 1996 على ما يلي: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال البيانات عندما تدخل نظام معلومات، لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ". وكذا المادة 2/3 من العقد النموذجي الصادر عن اليونسسترال في مارس 2000 التي تنص: "تعتبر المعاملة الإلكترونية قد انعقدت بإرسال الرسالة قبولا لإيجاب تم قبوله حسبما هو محدد في البند (3-2-4)".

ومن جهته، فإن المشرع الفرنسي قد تبني هذه النظرية بموجب تعديل 2016 في المادة 1121 من القانون المدني الفرنسي، بعدما كان لا يملك نصا في المسألة سابقا³.

¹ - وتقابلها المادة 17 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، والمادة 15 من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني.

² - يراجع: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 381 وما بعدها.

³ - art 1121 du code civil français dispose: " Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue".

الفرع الرابع: نظرية العلم بالقبول

ذهب أصحاب هذه النظرية إلى أنه طالما أن العقد لا ينعقد إلا بتوافق الإرادتين، فإن ذلك لا يتأتى إلا بعلم الموجب بالقبول؛ ذلك أنه وعلى ضوء القواعد العامة، فإن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت العلم به¹.

ومن محاسن هذه النظرية أن إعمالها من شأنه الحفاظ على استقرار المعاملات، كما قد تمنح للموجب له فرصاً إضافية للعدول عن قبوله².

وإذا كان العلم الحقيقي قد يصعب إثباته، فإنه على ضوء هذه النظرية يعتبر وصول القبول قرينة على العلم به، بيد أنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وبذلك تفادى دعاة النظرية النقد الذي قد يطالها، بالقول إن علم الموجب أمر شخصي باطني، قد يتعذر على القابل إثباته، فانتقل بذلك عبء الإثبات إلى الموجب الذي يقع عليه إثبات عدم علمه بالقبول³.

وقد أخذ المشرع الجزائري صراحة بهذه النظرية، وذلك بموجب المادة 97 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل فيهما القبول"⁴.

¹ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 88. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 143. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص. 48. سميح تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 44.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 143.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 115.

⁴ - وتقابلها في التشريعات العربية: المادة 97 من القانون المدني المصري، والقانون المدني الليبي، والمادة 49 من القانون المدني الكويتي، والمادة 77 من القانون المدني القطري، والمادة 86 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 87 من القانون المدني العراقي، والمادة 45 من القانون المدني البحريني، والمادتان 157 و158 من القانون المدني اليمني، والمادة 43 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 80 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 142 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وفي التشريعات الغربية: المادة 103 من القانون المدني الألماني، والمادة 36 من القانون التجاري الإيطالي، والمادة 262 من القانون المدني الإسباني.

ويعتقد أن هذه النظرية، فإن التعاقد الإلكتروني يتم لحظة علم الموجب بقبول من وجه الإيجاب له، كأن يطلع على بريده الإلكتروني، ويعلم بقبول القابل للإيجاب المرسل إليه¹.

ويختلف علم الموجب بالقبول في مجال العقود الإلكترونية باختلاف أسلوب التعاقد، فإذا كان الاتصال والتفاعل مباشراً بين طرفي العقد، فإن العلم بالقبول يتحقق فور صدوره؛ إذ لا توجد فترة بين صدور القبول والعلم به، أما إذا كان التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، فإن علم الموجب بالقبول يكون لحظة فتحه لصندوق البريد الإلكتروني، وإطلاعه على الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول².

ورغم سعيها لتجنب الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، إلا أن أعمال هذه النظرية على إطلاقها قد يؤدي إلى نتيجة عكسية لما أراده واضعوها؛ أي أن القول المطلق للنظرية من شأنه أن يجعل القابل تحت رحمة الموجب الذي يستطيع إنكار علمه بالقبول، خاصة وأن علم القبول يعتبر أمراً خفياً يتعذر الوقوف عليه في كثير من الأحوال³، لذلك يرى بعض الفقهاء⁴ صعوبة تطبيق هذه النظرية على التعاقد الإلكتروني.

وسعيًا لتجنب الانتقاد سالف الذكر، يرى أصحاب هذه النظرية أن وصول القبول يعتبر قرينة على العلم به؛ إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس. وبتطبيق ذلك على التعاقد الإلكتروني، فإن تمام العقد يكون لحظة علم الموجب بالقبول الموجه إليه من طرف الموجب له، ويعتبر وصول القبول إلى البريد الإلكتروني قرينة على العلم به، غير أنها لا تعدو أن تكون قرينة بسيطة، يجوز إثبات عكسها بكافة الطرق، كأن يثبت الموجب مثلاً عدم علمه بالقبول أصلاً، أو وجود ظرف حال دون ذلك العلم، ومن ذلك إثباته وجود مانع حال دون إطلاعه على بريده الإلكتروني⁵، إضافة إلى ذلك يرى خصوم النظرية أن علم الموجب بالقبول لا يعتبر شرط انعقاد، فهو لا يعدو أن يكون شرط نفاذ أو لزوم؛ أي أن أهمية علم الموجب بالقبول

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 378. شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص. 121. محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 171. زهير بن حضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 40. وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 203.

² - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 115.

³ - محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 95. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 65. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 129.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 379.

⁵ - وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 204.

تكمن في جواز مطالبته بعد ذلك بتنفيذ العقد من قبل الطرف الآخر¹. وهذا التفسير هو ما يتوافق مع المذهب الموضوعي للحقوق الشخصية القائم على اعتبار الإرادة الظاهرة، والذي يهدف إلى استقرار المعاملات².

كما أنه وتطبيقا لهذه النظرية، فإن ضغط الموجب له على خانة القبول في نماذج العقود على صفحة الويب، لا يعتبر كافيا من أجل إبرام العقد، بل يشترط وصول القبول إلى علم الموجب، مما يجعل هذه النظرية غير ملائمة للتعاقد الإلكتروني من هذا الجانب³.

وفضلا عن الانتقادات سالفة الذكر، فإنه يؤخذ على هذه النظرية عدم تضمنها ما يلزم الموجب بالاطلاع على رسالة القبول والعلم بها، وبالتالي فإنها تترك أمر التعاقد بيد الموجب وحده، فمتى أراد الاطلاع على الرسالة والعلم بالقبول انعقد العقد، ومتى رفض ذلك ترتب عنه عدم انعقاده. فإذا كان من المرفوض ترك أمر التعاقد بيد القابل وحده (في نظرية إعلان القبول)، فمن باب أولى وجب عدم ترك ذلك بيد الموجب على النحو الذي تقول به هذه النظرية. ومن هذا يتبين عدم مناسبة هذه النظرية للمعاملات الإلكترونية⁴.

الفرع الخامس: نظرية تأكيد القبول

إضافة إلى النظريات سالفة الذكر، والتي تم صياغتها لمعالجة إشكال التعاقد التقليدي عن طريق المراسلة، فإن هناك جانب من الفقه رأى أنه وبصدد التعاقد الإلكتروني، يجب تبني نظرية خامسة أخرى، تدعى نظرية تأكيد القبول. وبموجب هذه النظرية، فإن العقد يتم لحظة تأكيد القابل لقبوله، وذلك بعد تمكنه من مراجعة قبوله، وتصحيح الأخطاء المحتملة. فوفق هذه النظرية، فإن القبول المجرد من التأكيد لا يرتب أي أثر بشأن انعقاد العقد⁵.

ونظرية تأكيد القبول هي نظرية فرضتها التجارة الإلكترونية؛ لأنها تجنب الكثير من الإشكالات الفنية والقانونية المترتبة عن تطبيق النظريات سالفة الذكر، فقد يخطئ الموجب له في قراءة ثمن المبيع، أو أوصافه، أو في التعبير عن إرادته سلبا أو إيجابا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن تأكيد القبول من شأنه

¹ - لحضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.165.

² - شحاتة غريب الشلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.121.

³ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.116.

⁴ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.171-172.

⁵ - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.193-194.

تجنب المشاكل المترتبة عن وقوع خلل أو عطل في نظام المعلومات الخاص بالموجب، إضافة إلى تجنب البحث عن مدى إهمال الموجب حالة عدم فتحه بريده الإلكتروني¹.

ويلاحظ اتفاق هذه النظرية مع نظرية العلم بالقبول، في كونهما يشترطان ضرورة علم الموجب الحقيقي بالقبول، إلا أنهما يختلفان بعد ذلك في أمر جوهري؛ وهو أن نظرية العلم لا تتيح للقابل مراجعة قبوله بعد إرساله، مما يعني أن القبول ينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم الموجب، أما على ضوء نظرية التأكيد، فإن وصول القبول لا يؤدي إلى إنتاج أثره؛ سواء علم به الموجب، أم لم يعلم، ما لم يتم القابل ببعث رسالة إلكترونية تؤكد هذا القبول، ومن تاريخ هذه الرسالة الأخيرة ينعقد العقد الإلكتروني².

وقد أخذ بهذه النظرية قانون التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 في المادة 05 منه، والتي جاء فيها: "يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله"، كما أخذ بهذه النظرية أيضا، القانون التجاري الأمريكي الموحد؛ حيث نص بموجب المادة 1،2/201 التزاما على البائع بإرسال للمشتري تأكيدا بتمام إبرام العقد، وذلك في خلال مدة عشرة أيام من إرسال القبول³.

وبعد عرض مختلف النظريات التي بحثت مسألة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني، نلاحظ صعوبة الترجيح بينهما؛ باعتبار أن ذلك إن كان قد استعصى على الفقه بصدد التعاقد بالمراسلة في شكله التقليدي، فإنه في العقود الإلكترونية أكثر صعوبة واستعصاء من باب أولى؛ نظرا لطبيعة هذه العقود، والوسائل التقنية التي تبرم من خلالها، والتي يصعب على القانوني الإلمام بها. إلا أنه ورغم ذلك، فإنه يبدو لنا أن النظرية الأقرب لمصلحة المستهلك الإلكتروني، هي نظرية الوصول؛ باعتبار أنها تحقق مصلحته، لا سيما في مجال الإثبات، الذي يعد أصعب الإشكالات التي تواجهه في مواجهة المخترف؛ نظرا للفوارق الفنية والاقتصادية الموجودة بين الطرفين. ولعل هذا ما دفع ببعض الفقه إلى القول بهذه النظرية مثلما بينا سابقا.

المطلب الثالث: الإشكال المتعلق بطبيعة مجلس العقد الإلكتروني

لم تكن الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني محل اتفاق فقهي؛ إذ تشعبت المواقف في هذا الصدد، وظهرت العديد من الآراء التي حاول كل واحد منها تفسير الطبيعة القانونية لمجلس العقد

¹ - وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص.206.

² - المرجع نفسه، ص.207.

³ - المرجع نفسه.

الإلكتروني من منظور خاص، أو انطلاقاً من رؤية معينة، فأدى ذلك إلى بروز خمسة آراء في هذه المسألة،
فبينما يرى أولها اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين (الفرع الأول)، يرى ثانيها ضرورة اعتبار
التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين (الفرع الثاني)، فيما ذهب اتجاه ثالث إلى القول بالطبيعة المختلطة
للتعاقد الإلكتروني (الفرع الثالث)، بينما قال رأي رابع بالطابع الخاص لمجلس العقد الإلكتروني (الفرع
الرابع)، وأخيراً رأى مذهب خامس اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً وسطاً بين التعاقد بين حاضرين
وغائبين (الفرع الخامس).

الفرع الأول: الاتجاه القائل باعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين

يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد عبر الإنترنت يعتبر تعاقداً بين غائبين زماناً ومكاناً، شأنه في
ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة؛ إذ لا يختلف عنه إلا في الوسيلة التي يتم التعاقد بواسطتها. ودليلهم على
ما ذهبوا إليه، هو عدم تعاصر صدور الإيجاب والقبول؛ لوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم
الموجب به، إضافة إلى اختلاف المكان بين المتعاقدين، مما يؤدي إلى ضرورة تكيف هذا التعاقد على أنه
تعاقداً بين غائبين¹؛ فسواء تم التعاقد عبر الإنترنت بواسطة الكتابة، أو الحوار الصوتي، أو بالصوت والصورة
معاً في حالة وجود كاميرا تتيح للطرفين ذلك، فكل هذه الحالات تعتبر تعاقداً بين غائبين، قياساً على
التعاقد بالكتابة، أو الرسول، أو غيرهما².

وقد كان الدافع لدى بعض الفقه للقول باعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين، هو رغبته في
إفادة المستهلك من حق العدول، المكرس تشريعياً في إطار العقود التي تتم عن بعد³؛ نظراً لأن هذا الحق في
بدايته لم يكن يشمل جميع عقود الاستهلاك على غرار ما هو الأمر حالياً، بل كان يقتصر على بعض
العقود فقط، أهمها عقود المسافة أو العقود عن بعد.

ويؤخذ على هذا الاتجاه تمسكه بالمفهوم التقليدي لمجلس العقد؛ فهو لا يساير التطور الحاصل في
وسائل الاتصال، وطرق التعبير عن الإرادة في العقود، والتي تبرم عن بعد بواسطة تلك الوسائل، وما يرتبط
بذلك من سرعة إنجاز العقود والمعاملات، كما أنه لا يمكن قياس وسائل الاتصال الحديثة على الرسول،

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 366. لحضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق،
ص. 160-161.

² - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر،
2001، ص. 297.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 366.

الذي يحتاج إلى وقت طويل من أجل نقل الرسالة، بخلاف وسائل الاتصال الحديثة، والتي يكون فيها الاتصال لحظي، ولا يلعب الزمن دورا في مثل هذه العقود¹. ففي هذه الحالة، يتلاشى عنصر الزمن، مما يؤدي إلى صعوبة قبول هذا التكييف الفقهي لهذا النوع من التعاقد².

الفرع الثاني: الاتجاه القائل باعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين حاضرين

خلافًا للرأي السابق، ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول باعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين حاضرين؛ حيث ينطبق مفهوم مجلس العقد الحقيقي على كلا المتعاقدين؛ إذ إنهما قد انشغلا بموضوع التعاقد، دون أن يصرفهما عن ذلك أمر آخر، وكان بينهما اتصال مباشر عبر الإنترنت؛ بحيث يسمع أو يرى أحدهما الآخر مباشرة؛ نظرا لعدم وجود فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة، ووصوله إلى علم الطرف الآخر³.

وبناء على ما سبق، يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه وعلى الرغم من تباعد المتعاقدين، وعدم وحدة المكان بينهما، فإن استخدام وسائل الاتصال الحديثة أدى إلى تلاشي الحدود الجغرافية التقليدية على إثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة، وإلى التقاء المتعاقدين افتراضيا؛ إذ يمكن القول بذلك إن أحد المتعاقدين قد انتقل حكما لمكان الآخر؛ ذلك لأن طرفي العقد يكونان على اتصال دائم عبر شبكة الإنترنت؛ سواء عن طريق الكتابة، كما هو الحال بالنسبة لبرنامج الحوار (chat)، أم عن طريق الصوت، كما هو الحال بالنسبة لبرنامج (fox wire)، وقد يكون بالصوت والصورة معا، وذلك في حالة إذا ما كان الكمبيوتر مزودا بكاميرا وميكروفون، كما هو الحال في برنامج ميلتيميديا، مما يؤدي إلى توافر خاصية الحضور، والقول باعتبار هذا التعاقد تعاقدًا بين حاضرين حضورا افتراضيا من حيث الزمان والمكان⁴.

وحسب هذا الرأي، فإن جميع التعاقدات الفورية باستخدام منظومة وسائط الاتصال المباشر عبر شبكة الإنترنت، تعتبر تعاقدات بين حاضرين، إلا استثناء في حالة التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني؛ إذ لا يضم المتعاقدين مجلسا واحدا، وذلك على افتراض عدم وجود المخاطب على الشبكة الإلكترونية، فيقوم الموجب بإرسال إجابته، أو دعوته إلى التفاوض إلى البريد الإلكتروني، من دون وجود اتصال حي بين

¹ - وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 191.

² - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 96-97.

³ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 118.

⁴ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 97.

الطرفين لمناقشة جميع الجوانب المتعلقة بالعقد، فعلى ضوء هذه الحالة يمكن القول إن هذا النوع من التعاقد هو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان¹.

الفرع الثالث: الاتجاه القائل بالطبيعة المختلطة لمجلس العقد

خلافًا للاتجاهين السابقين، ذهب رأي ثالث إلى القول بالطبيعة المختلطة لمجلس العقد الإلكتروني؛ حيث يعتبر التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان؛ فهو يعدّ تعاقدًا بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول والعلم به، ويعتبر تعاقدًا بين غائبين من حيث المكان لعدم اجتماع المتعاقدين مكانياً، شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة².

فهذا التعاقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد أو عقود المسافات، ومن ثم فإنه يتميز بالطابع الخاص هو الطابع المكاني؛ أي يتم خارج الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء. فحسب هذا الرأي، فإن تعبير المسافة يفهم على مسارين؛ مسار المكان، ومسار الزمان، فبالنسبة للمسافة المكانية يوجد فاصل بين أماكن تواجد المتعاقدين؛ لأن كليهما بعيد عن الآخر، بينما تنعدم المسافة الزمنية بينهما؛ نظراً لعدم وجود فاصل زمني³.

وإعمالاً لهذا الرأي، يستوجب التوسع في مفهوم مجلس العقد، واعتباره مجلساً حكماً يمتد إلى الزمن المعقول والمناسب الذي يمكن للموجب خلاله الرد على العرض⁴.

إلا أن هذا الرأي لم يلق إجماعاً فقهيًا؛ حيث رفض البعض⁵ الرأي القائل بالطبيعة المختلطة لمجلس العقد الإلكتروني؛ باعتبار أن الأخذ به من شأنه الخلط بين مجلس العقد الحقيقي والحكمي، فمجلس العقد؛ إما أن يكون حقيقياً، أو أن يكون حكماً، كما أن تجزئة مجلس العقد قد تؤدي إلى تطبيق قواعد العقد الحقيقي على زمان التعاقد، في حين تطبق قواعد مجلس العقد الحكمي على مكان التعاقد.

¹ - زهير بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 31.

² - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 66. باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص. 207.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 368-396.

⁴ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 66.

⁵ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص. 296-297.

الفرع الرابع: الاتجاه القائل بالطابع الخاص لمجلس العقد الإلكتروني

ذهب اتجاه رابع إلى القول بالطابع الخاص لمجلس العقد الإلكتروني؛ حيث وحسب هذا الاتجاه، فلا يمكن إضفاء وصف التعاقد بين حاضرين على العقد الإلكتروني؛ باعتبار أن أطراف العقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية، كالخطابات التي تستغرق فترة زمنية بين صدور القبول ووصوله، وعلم من وجه إليه به، بل إن التعبير عن الإرادة في هذا النوع من التعاقد يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت؛ حيث يتحقق لهم الاتصال المباشر، فإن غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين، فإن ذلك لا ينفي التقاءهما الافتراضي المتزامن، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فلا يمكن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين؛ لقيام التعاقد بين غائبين على فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً، وذلك على خلاف التعاقد الإلكتروني؛ حيث ينعدم هذا التفاوت الزمني فيه؛ إذ يكون كل طرف على اتصال مع الطرف الآخر في وقت واحد. وبناء على ذلك، يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين من طبيعة خاصة¹.

وعلى غرار الاتجاهات السابقة، فإن هذا القول لم يسلم من الانتقادات الفقهية؛ إذ يرى البعض² أن القول بهذا الرأي لا يعدو أن يكون محاولة للهروب من تكييف قانوني لمجلس العقد الإلكتروني.

الفرع الخامس: الاتجاه القائل باعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً وسطاً بين التعاقد بين حاضرين وغائبين

يرى رأي خامس أنه وبمجرد إدخال القبول في جهاز الكمبيوتر المرسل، فإنه يصل في نفس اللحظة على الجهاز المستقبل، وبذلك تنعدم الفروق الزمنية التي تعتبر الخاصية الجوهرية للتعاقد بين غائبين، إلا أن هذا لا ينفي عدم إمكانية علم الموجه له الرسالة فور صدورها؛ إذ قد يكون الجهاز مغلقاً في ذلك الوقت، كما قد لا يكون هو مستلم الرسالة؛ بل يقوم باستلامها أحد مقدمي خدمات الإنترنت التي يبلغها له فيما بعد، وفي كلتا الحالتين يكون هناك فاصل زمني بين إرسال القبول والعلم به³.

ومن خلال ما سبق، يرى أصحاب هذا الرأي أن مسألة تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني يستوجب بحثها من خلال القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي فإن تحديد زمان ومكان إبرام العقد

¹ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 66.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 370.

³ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 68.

الإلكتروني يخضع لقانون إبرام العقد؛ باعتبار أن القانون المختار لا يحكم آثار العقد فقط؛ بل يحكم أيضا الشروط الأساسية المتعلقة بتحديد مكان وزمان إبرام العقد، فإذا لم يتضمن اتفاق الطرفين ذلك، فلا مناص من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة المعروض عليها النزاع¹.

وبعد عرض جميع الآراء المتعلقة بطبيعة مجلس العقد الإلكتروني، نلاحظ أن كل رأي من الآراء سالفة الذكر قد عالج المسألة من منظور خاص فقط، دون الإحاطة بجميع جوانب الموضوع، فأدى ذلك إلى قصور تلك الآراء، وعدم إمكانية تعميمها على كل حالات التعاقد الإلكتروني تبعا لذلك.

وبناء على ذلك، يرى جانب من الفقه أنه يجب التمييز بين فرضين؛ أولهما القبول عن طريق البريد الإلكتروني، أما ثانيهما فيتمثل في القبول بالضغط على زر الموافقة أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة، ففي الفرضية الأخيرة يكون هناك اتصالا زمنيا بين طرفي العقد، بخلاف الفرضية الأولى التي قد ينعدم فيها هذا الاتصال؛ نظرا لأن جهاز الكمبيوتر قد يكون مغلقا وقت إرسال رسالة القابل مثلا، أو يكون هناك عطلا فنيا يحول دون التعاصر الزمني للاتصال².

وبتحليل هذا الرأي يتبين أن أصحابه يميزون بين الفروض التالية³:

1- التعاقد باستخدام الكتابة فقط: ويكون ذلك في صورتين، وهما:

أ- إذا أرسل الموجب عبر البريد الإلكتروني إجابته إلى شخص المرسل إليه، ثم قام الموجب له بفتح بريده الإلكتروني، فوجد تلك الرسالة، وقرأ فحواها، وأعلن بعد ذلك قبوله بعد استشارة، ودراسة الموضوع من جميع جوانبه، ثم قام بإرسال قبوله عبر بريده الإلكتروني، فهذه الصورة تعتبر تعاقدًا بين غائبين، وتسري أحكام هذا التعاقد عليها.

ب- أما إذا كان كل من المتعاقدين عند جهازه، ومتصلا اتصالا مباشرا بالمتعاقد معه، فكان إرسال القبول والرد عليه فوريا، فتسري على هذا النوع أحكام مجلس التعاقد بالهاتف؛ أي يعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان؛ نظرا لغياب فاصل معتبر بين صدور القبول والعلم به.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 370.

² - المرجع نفسه، ص. 371.

³ - باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص. 209.

المطلب الرابع: إثبات العقد الإلكتروني

تتسم قواعد الإثبات باعتباره جزءا من نظرية الالتزام بخاصية الثبات والاستقرار، وإن كانت لا تخلو من الإشكالات والنزاعات بين مختلف الأدلة، والقوة الثبوتية لكل من تلك الأدلة. إلا أن ذلك الثبات لم يلبث أن تلاشى نتيجة ظهور العديد من وسائل الاتصال الحديثة، والتي ألفت بظلالها على وسائل التعاقد؛ بأن ظهرت العديد من طرق التعاقد لم تكن معروفة عند وضع القوانين المدنية. ورغم ما تحققه هذه الوسائل من تطور في إبرام العقود، وتسهيل الكثير من المعاملات، فإنها من جانب آخر تثير العديد من الإشكالات المتعلقة بطرق إثباتها. ويرجع سبب تلك الإشكالات إلى عدم إمكانية إمام قواعد الإثبات التقليدية بهذا النوع من التعاقد، مما أدى بالتشريعات إلى محاولة مواكبة هذا التطور المعلوماتي، من خلال وضع قواعد إثبات تعالج هذا النوع من التعاقد.

وتبعا للتصور سالف الذكر، فإننا وبغرض الإمام بمختلف قواعد الإثبات في المجال الإلكتروني، نتعرض للكتابة الإلكترونية أو ما يسمى بالحرر الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نتطرق للتوقيع الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المحرر الإلكتروني

نعالج في هذا الفرع الجوانب القانونية المتعلقة بالحرر الإلكتروني، وذلك من خلال التطرق لشروطه (أولا)، وحجته في الإثبات (ثانيا)، وإلى حالات التنازع بينه وبين المحرر الورقي (ثالثا).

أولا- شروط المحرر الإلكتروني:

يشترط في الحرر الإلكتروني قابليته للقراءة، وعدم إمكانية زواله، وعدم قابليته للتعديل. وسنتناول هذه الشروط بشيء من التفصيل.

1- قابلية المحرر الإلكتروني للقراءة:

يعتبر هذا الشرط أول الشروط الواجب توافرها في الحرر من أجل إضفاء الطابع الإلكتروني عليه؛ أي إنه يجب عند تمسك المدعي بهذا الحرر أن تكون كتابته مقروءة ومفهومة لمن يطلع عليها، سواء من طرف القاضي، أم الخبير، أم حتى الغير الذي تكون له مصلحة في الاطلاع عليه¹.

ولقد نتج عن التطور والتقدم العلمي ظهور وسائل تعاقد مستحدثة، ولم تعد الكتابة ترتبط بالورقة التقليدية فقط، وإنما أصبح الفكر القانوني يحتم ضرورة الأخذ بالكتابة الإلكترونية المستخرجة من أجهزة

¹ - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 311.

الحاسب الآلي والإنترنت، ما دام هناك إمكانية للتأكد من مضمونها، وذلك من أجل تسهيل إثبات المعاملات المدنية بين المتعاقدين¹.

ونظرا لخصوصية المحرر الإلكتروني، والذي يعجز الشخص العادي عن قراءته، بخلاف المحرر الورقي، الذي يمكن بسهولة الاطلاع على مضمونه، فقد تم الاستعانة في سبيل ذلك بجهاز الحاسب، الذي تم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة التي تتكون حروفها من توافق وتبادل بين رقم الصفر والواحد إلى اللغة المقروءة للإنسان. مما يعني استيفاء المحرر لهذا الشرط؛ أي شرط الفهم؛ باعتبار أن اللغة التي تظهر على الشاشة هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد².

2- بقاء المحرر الإلكتروني وعدم زواله:

ويقصد بهذا الشرط، قدرة تدوين المحرر الإلكتروني على دعامة تحفظه لفترة طويلة من الزمن؛ بحيث يسهل الرجوع إليه بعد ذلك، إذا اقتضى الأمر ذلك³.

وقد أشارت إلى هذا الشرط صراحة بعض التشريعات، ومن ذلك ما جاء بالمادة 01/06 من قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بقولها: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط، إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

كما نصت المادة السابعة من القانون نفسه على ما يلي: "عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمستندات، أو سجلات، أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى، إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات، شريطة مراعاة الشروط الآتية:

- 1- تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها، على نحو يتيح استخدامها عند الرجوع إليها لاحقا.
- 2- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت، أو أرسلت، أو استلمت به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت، أو أرسلت، أو استلمت.
- 3- الاحتفاظ بالمعلومات إن وجدت التي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات، ووجهة وصولها، وتاريخ، ووقت إرسالها واستلامها".

¹ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.250.

² - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.311-312.

³ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، المرجع السابق، ص.212. ميكائيل رشيد علي الزبياري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.282.

ويبدو أن هذا الشرط يصعب تحقيقه في الكتابة الإلكترونية؛ لأن الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية، مما قد يعرضها للتلف بسبب سوء التخزين، أو بسبب تغير قوة التيار الكهربائي. إلا أنه يمكن التغلب على هذا الإشكال من خلال استخدام الأجهزة المتطورة التي توفر إمكانية حفظ الكتابة الإلكترونية بصفة مستمرة، وبصورة أفضل من حفظ المستندات الورقية التقليدية¹.

3- عدم قابلية المحرر الإلكتروني للتعديل:

تتوقف حجية المحررات العادية على عدم قابليتها للتعديل، ففي حالة حدوث أي تعديل على البيانات الواردة بها، بالإضافة، أو الحو، أو غير ذلك، فإنه يمكن اكتشافه بسهولة؛ سواء بإمعان النظر في مظهره الخارجي، أم عن طريق الاستعانة بخبراء فنيين. إلا أن الأمر بالنسبة للمحررات الإلكترونية مخالف تماما لذلك؛ إذ يمكن بسهولة إجراء تعديلات على البيانات المدونة عليها من قبل الأطراف، أو الغير، دون ترك أثر مادي يدل على ذلك. وهذا ما يؤدي إلى افتقار المحرر الإلكتروني إلى أهم شرط من شروط الإثبات حسب القواعد العامة؛ وهي عدم القابلية للتعديل².

ونتيجة للاختلاف الموجود بين الكتابتين (الورقية والإلكترونية)، ونظرا لافتقار الكتابة الإلكترونية على عنصري الثقة والطمأنينة، فقد تصدى التطور الإلكتروني لهذه المشكلة، من خلال استخدام برامج خاصة تسمح بتعديل النص الإلكتروني إلى صورة ثابتة لا يمكن تعديلها، فإن وجد شيء من ذلك، فإنه يكون للمحكمة تقدير ما يترتب عن تلك العيوب من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها. ويمكن معالجة هذا الإشكال من خلال الاستعانة ببرامج متطورة قادرة على الكشف عن أي تعديل في البيانات الإلكترونية، وأن تحدد البيانات المعدلة، وكذا تاريخ إجراء التعديل بدقة³.

وقد نصت على هذا الشرط المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري بقولها: "...وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ثانيا- مدى حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات:

اتجهت معظم التشريعات إلى المساواة بين المحرر الإلكتروني والتقليدي من حيث الإثبات، وبذلك فقد أضيفت القوة الثبوتية على الكتابة الإلكترونية. ومن بين التشريعات التي نصت على هذا الحكم،

¹ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 251. ميكائيل رشيد علي الزبياري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 282.

² - فاتح بهلولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 315.

³ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 252.

القانون النموذجي للجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة في مادته الخامسة، والتي تنص على ما يلي: "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات". ويستفاد من هذا عدم فقد الكتابة الإلكترونية للحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات لمجرد ورودها في شكل رسالة بيانات. ومن جانبه، فقد نص المشرع الجزائري على هذا الحكم بالمادة 323 مكرر 01 المستحدثة بموجب الأمر رقم 05-10، والتي ورد بها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق...". ويستفاد من خلال هذه المادة، تكريس المشرع الجزائري لمبدأ التعادل الوظيفي في الإثبات بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية.

وقد ترتب على المساواة التشريعية بين المحرر الإلكتروني والمحرر العادي، ظهور تنازع جديد بين المحررين لم يكن موجودا قبل الاعتراف بالقوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني، وتكريس مبدأ التعادل الوظيفي¹. وتجدد الإشارة، إلى أن بعض الفقه يرى عدم إمكانية المساواة بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية في مجال الإثبات؛ ذلك أن الكتابة الخطية يمكن قراءتها مباشرة من قبل الأطراف، بخلاف الكتابة الإلكترونية التي يستوجب قراءتها آلة كجهاز الكمبيوتر. إلا أن هذا الرأي منتقد؛ نظرا لأن الكتابة الخطية قد تكون هي أيضا على شكل رموز لا يفهمها إلا أطراف العقد، إلا أن ذلك لم يمنع من اعتداد القانون بها².

وقد يحدث أن يتمسك أحد الأطراف بدليل كتابي، ويتمسك الآخر بدليل إلكتروني، فأبي الدليلين يؤخذ بعين الاعتبار؟

اختلف الفقه الفرنسي بصدد محاولة الإجابة عن الإشكال سالف الذكر، وانقسم إلى رأيين؛ أولهما: يرى توسيع مفهوم الكتابة الإلكترونية لتشمل الكتابة الرسمية، أما ثانيهما: فذهب إلى القول بتضييق الكتابة الإلكترونية لتشمل فقط الكتابة العرفية؛ ذلك أن المشرع إنما أراد من خلال اشتراطه الرسمية في بعض العقود، حماية رضا المتعاقدين، كما هو الحال في المادة 324 من القانون المدني الجزائري³.

¹ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 205.

² - يوسف زروق، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012-2013، ص. 191.

³ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 255.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد انتقد البعض¹ عدم نصه على مسألة تعارض دليلين؛ أحدهما: ورقي متمسك به من قبل متعاقد، وثانيهما: إلكتروني يتمسك به المتعاقد الآخر، ويرى البعض الآخر² أن للقاضي مطلق السلطة في تقدير الأدلة؛ ذلك أن المشرع قد أقر مبدأ المساواة بين المحررين الإلكتروني والورقي بموجب المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري. وفي السياق نفسه، يرى اتجاه آخر³ أنه لا يوجد ما يمنع من إعطاء القاضي سلطة الترجيح بين الأدلة الكتابية (الإلكترونية والعادية)؛ ذلك أنه وفقا لقواعد الإثبات، فإن سلطة الترجيح بين الأدلة تعتبر مسألة موضوعية تدخل في رحاب سلطة القاضي التقديرية، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا؛ باعتبار أن القانون لم يلزمه باتباع معايير معينة.

وقد يصعب على القاضي عمليا ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الورقية لسببين؛ أولهما: نفسي يرجع إلى تعوده على الأدلة الورقية في إثبات العقود والتصرفات، مما يجعله منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعود عليها، أما ثانيهما: فيرجع إلى أمر واقعي، مفاده عدم إلمام القاضي بمختلف الوسائل الإلكترونية؛ فهو متخصص في القانون، لا في الآلات أو التقنيات، مما يؤدي إلى تغليب القاضي للدليل الكتابي. ولا شك أن اتخاذ القاضي لهذا الموقف من شأنه إلغاء مبدأ التكافؤ الوظيفي بين أدلة الإثبات التقليدية والإلكترونية، المكرس تشريعا بموجب المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري⁴.

ثالثا- حالات التنازع بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي:

لعل أبرز حالات التنازع بين المحررين الإلكتروني والورقي تتمثل فيما يلي⁵:

1- التنازع بين محرر إلكتروني مؤمن ومحرر رسمي ورقي:

وفقا لقواعد الإثبات، فإن المحرر الرسمي يتمتع بقوة ثبوتية كاملة؛ نظرا لما يضعه القانون من ثقة وأمانة بالموظف العام الذي صدر عنه المحرر، غير أن المحرر الرسمي الإلكتروني المؤمن يكون مصحوبا بتوقيع

¹ - يوسف زروق، حجية وسائل الإثبات الحديثة، المرجع السابق، ص.196.

² - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.319.

³ - حبيب بلقنيشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة السانبا، وهران، الجزائر، 2010-2011، ص.ص.97-98.

⁴ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.256.

⁵ - حبيب بلقنيشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.99 وما بعدها.

إلكتروني مؤمن يخضع لشروط وضوابط فنية وتقنية، تجعله يكتسب ثقة عالية، ومن ثم تضافى عليه قوة ثبوتية قد يتفوق فيها على نظيره الورقي¹.

2- التنازع بين محرر عرفي إلكتروني مؤمن ومحرر ورقي عرفي:

مثلما بينا سابقا، فإن المحرر الإلكتروني المصحوب بتوقيع إلكتروني مؤمن، يتمتع بقريئة قانونية مفادها صحة التوقيع، وسلامة البيانات المدونة فيها. ويترب عن ذلك إعفاء صاحب المحرر من إثبات صحته وسلامته المادية. أما بالنسبة للمحرر الورقي العرفي، فلا تتوافر فيه من الضمانات ما يجعله في نفس منزلة المحرر الرسمي في الإثبات؛ باعتباره محررا بمعرفة ذوي الشأن، وموقعا عليه، دون حضور موظف عام يكون شاهدا على توقيعهم. وبذلك يظهر جليا سهولة الترجيح بين الدليلين في هذه الحالة.

3- التنازع بين محرر عرفي إلكتروني غير مؤمن ومحرر عرفي ورقي:

إذا لم يكن المحرر الإلكتروني مصحوبا بتوقيع إلكتروني مؤمن، فيعتبر غير مؤمن، ويطلق عليه كذلك المحرر الإلكتروني البسيط؛ لعدم توافره على الضوابط الفنية والتقنية اللازمة للتحقق من سلامة التوقيع. وبذلك يعد المحرر الإلكتروني في هذه الحالة أقل حجية من المحرر العرفي الورقي. غير أن بعض الفقه يرى أنه نظرا لاتفاق هذين المحررين في ضعف الضمانات التي توفر الثقة بالمحرر، فإنه لا بد من جعلهما في مرتبة واحدة من حيث الإثبات.

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

من أجل الإحاطة بجميع جوانب التوقيع الإلكتروني، يجب تعريف التوقيع الإلكتروني، ثم التعرض بالبيان لصوره، ووظائفه، وحجته في الإثبات.

أولاً- تعريف التوقيع الإلكتروني:

يعرف الفقه التوقيع الإلكتروني على أنه: "بيان مكتوب بشكل إلكتروني يتمثل في حرف، أو رقم، أو رمز، أو إشارة، أو صوت، أو شفرة خاصة ومميزة، ينتج من اتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقيا ببيانات المحرر الإلكتروني في الدلالة على هوية الموقع على المحرر، والرضاء بمضمونه"².

¹ - حبيب بلقنشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.99.

² - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.260.

كما عرفه جانب آخر على أنه: "كل إشارات، أو رموز، أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتصرف القانوني، تسمح بتمييز شخص صاحبه، وتحديد هويته، وتنم دون غموض عن رضاه بهذا التصرف القانوني"¹.

أما بالنسبة للتشريعات، فقد عرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التوقيع الإلكتروني في المادة 02 منه، والتي جاء فيها: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه".

كما عرفته المادة 02 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي على أنه: "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عرف التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 01/2 من القانون رقم 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بما يلي: "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

ويلاحظ على هذا التعريف، عدم بيانه للطريقة التي يستخدم بها التوقيع الإلكتروني، كما أنه قد قام بتعريف التوقيع الإلكتروني تعريفاً عاماً، مما يسمح باتساع نطاقه، وهذا خلافاً لباقي التشريعات، كالقانون الأردني، والقانون الإماراتي، التي قامت باستعمال الكلمات الدالة على مصطلح البيانات، كحروف، أو أرقام، أو رموز².

ثانياً- صور التوقيع الإلكتروني:

لعل أهم صور التوقيع الإلكتروني، نجد التوقيع الرقمي، والتوقيع بالقلم الإلكتروني، والتوقيع البيومتري، والتوقيع باستخدام بطاقات الائتمان المقترنة بالرقم السري.

¹ - ميكائيل رشيد علي الزبياري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 287.

² - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 259.

1- التوقيع الرقمي:

وهو عبارة عن رقم أو رمز سري، ينشئه صاحبه من خلال برنامج حاسوبي ينشئ دالة رقمية مرمزة لرسالة إلكترونية، يتم تشفيرها بإحدى خوارزميات المفتاح العام والمفتاح الخاص. ويقوم هذا النوع من التوقيع باستخدام اللوغاريتمات المعقدة من خلال معادلة رياضية، تعمل على تحويل الأحرف (النص العادي المكتوب) إلى أرقام ورموز؛ بحيث لا يمكن لأحد إعادةّها إلى صيغتها الأولى، إلا الشخص الذي يملك المعادلة الأصلية، أو ما يسمى بالمفتاح الخاص بفك التشفير، ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق. ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحين؛ مفتاح عام وهو معروف للكافة، ومفتاح خاص وهو متوفر لدى الشخص الذي أنشأه فقط. ويمكن بذلك لأي شخص يملك المفتاح العام إرسال الرسائل المشفرة، إلا أنه لا يستطيع فك شفرة الرسالة إلا صاحب المفتاح الخاص¹.

وبناء على ذلك، فإذا أراد الموقع إرسال رسالة بيانات عبر البريد الإلكتروني مثلاً، فإنه يقوم بإعداد ملخص الرسالة باستخدام برنامج تشفير، وباستخدام المفتاح الخاص، وإرسالها للشخص المستلم، الذي يقوم بالتحقق من صحة التوقيع الرقمي باستخدام المفتاح العام، ثم يقوم المرسل إليه بإنشاء ملخص رسالة باستخدام نفس برنامج التشفير، ويقارن بين ملخصي الرسالتين، فإذا كانتا مطابقتين، فهذا دليل على وصول الرسالة سليمة، دون تغيير أو تحريف، أما إذا تم إحداث تغيير في الرسالة، فسيكون ملخص الرسالة التي أنشأها المستلم مختلفة عن ملخص الرسالة التي أنشأها الموقع².

ويعتبر التوقيع الرقمي حالياً من أكثر صور التوقيع الإلكتروني ضماناً للأمان؛ فهو يحقق التوثيق من هوية الموقع، والسلامة من صحة محتويات المحرر، والسرية للمعلومات المدونة، إضافة إلى عدم إنكاره من جانب الموقع؛ نظراً للارتباط التام بين المفتاح العام والمفتاح الخاص³.

2- التوقيع بالقلم الإلكتروني:

وهو طريقة حديثة من طرق التوقيع البيومتری. ويتم هذا التوقيع بقيام الشخص بالتوقيع على شاشة جهاز الحاسب الآلي عن طريق استخدام قلم إلكتروني خاص، يستوجب جهاز حاسب آلي ذا مواصفات خاصة، تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته⁴.

¹ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 263.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 254.

³ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 263-264.

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 399.

وتتمثل هذه الطريقة في نقل المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (scanner)، ثم يتم نقل هذه الصورة إلى الرسالة الإلكترونية المراد منها إضافة التوقيع إليها؛ من أجل إضفاء الحجية عليها¹. ولم يلق هذا النوع من التوقيع إجماعاً فقهياً؛ حيث ذهب بعضهم إلى انتقاده؛ نظراً لكون استعماله يثير العديد من الإشكالات التي لم يوجد لها حل لحد الآن. وأهمها مشكلة إثبات العلاقة بين التوقيع والمحرر؛ حيث لا توجد تقنية تمكن من إثبات قيام هذه الرابطة؛ إذ يمكن للمرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من التوقيع الذي وصله على إحدى المحررات الإلكترونية، ثم يقوم بإعادة وضعها على أي محرر إلكتروني، مدعياً أن هو صاحب التوقيع، وهو ما يؤدي بلا شك إلى الإخلال بمبدأ الثقة والائتمان².

إلا أن البعض الآخر³، يرى إمكانية حل الإشكال سالف الذكر من خلال أمرين؛ أولهما: هو تكنولوجيا المفتاح العام القائمة على التشفير، وثانيهما: تكمن في إيجاد جهة تصديق معتمدة من قبل السلطة التنفيذية، يمكن الرجوع إليها من أجل التحقق مسبقاً من شخصية منشئ التوقيع قبل البدء في التعامل معه، حيث سيتوفر لدى هذه الجهة نموذجاً لهذا التوقيع يحدد هوية منشئه، مما يؤدي إلى توفر القلم الإلكتروني على درجة عالية من الثقة والأمان عند استخدامه.

3- التوقيع البيومتري:

يتحقق هذا النوع من التوقيع باستخدام تكنولوجيا العلم البيومتري المعنية بدراسة الخواص المميزة لكل شخص، وهي تدخل ضمن تكنولوجيا البصمات، والخواص الحيوية والطبيعية التي تعتمد على الصفات والخواص الفيزيائية، والطبيعية، والسلوكية للإنسان، وتختلف هذه الصفات والخواص من شخص لآخر؛ لذلك فهي تعتبر خصائص ذاتية يمكن من خلالها تحديد هوية الأشخاص⁴.

ومن قبيل هذا التوقيع، بصمة الأصبع، ومسح شبكة العين، ونبرة الصوت، وعند استخدام أي من هذه الخواص يتم أولاً الحصول على صورة للشكل، وتخزينها داخل الكمبيوتر؛ حتى يمكن الرجوع إليها عند الحاجة. ويتم تشفير هذه البيانات الذاتية؛ كي لا يستطيع أي شخص آخر الوصول إليها، ومحاولة العبث

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 255.

² - عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص. 208-209. إلياس ناصيف، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 246.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 256.

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 398.

بها أو تغييرها؛ ذلك أن طرق التوثيق البيومترية التي لا يتم تشفيرها يمكن مهاجمتها وتغييرها؛ حيث يمكن لشخص آخر انتحال صفة المستخدم¹.

وعلى غرار الصورة السابقة، فإن هذه الصورة لم تسلم أيضا من الانتقادات الفقهية؛ حيث شكك بعض الفقه في مدى توافر هذه الوسيلة على الحماية؛ نظرا لأنه يتم تخزينها، والاحتفاظ بها في ذاكرة الحاسب الآلي، أو على قرص ممغنت، مما يؤدي إلى إمكانية مهاجمتها، أو نسخها بواسطة التقنيات المستخدمة من قبل قراصنة الحاسب الآلي، أو عن طريق فك التشفير، كما يمكن لقراصنة الحاسب الآلي أيضا استخدام أنواع معينة من العدسات اللاصقة بنفس الشكل، واللون، والخواص التي يتم تخزينها على الحاسوب، كما يمكن تسجيل بصمة الصوت وإعادة بثها².

4- التوقيع باستخدام بطاقات الائتمان المقترنة بالرقم السري:

انتشر هذا النوع من التوقيع في مجال المعاملات التي تستخدم في السحب النقدي، من خلال أجهزة الصراف الآلي، أو من خلال القيام بسداد ثمن السلع والخدمات في المجال التجاري، وذلك بإدخال البطاقة في الجهاز المخصص لها، كما أصبح هذا النوع من التوقيع أيضا يستخدم للدفع عبر الإنترنت³. وتتم عملية سحب النقود آليا من خلال ماكينة الصرف، وذلك بإدخال البطاقة، ثم إدخال الرقم السري الخاص بالمستخدم، فإن كان الرقم صحيحا، وتم اتباع الإجراءات، تمت عملية السحب، وبذلك حل التوقيع السري محل التوقيع اليدوي⁴.

إن دقة هذا النظام تكمن في اشتماله على رقم سري متميز وفريد بصاحبه، وبالتالي لو عثر شخص آخر على البطاقة، فإنه لا يستطيع استخدامها، ما لم يكن عالما بالرقم السري، وهذا لا يحدث إلا نادرا بإهمال شديد من طرف صاحب البطاقة، والذي يمكنه تفادي ذلك من خلال مخاطبة المؤسسة بوقف العمل بهذه البطاقة، وإلا فإن البطاقة والرقم السري قد يحققان وظائف التوقيع بكفاءة عالية أكثر من الإمضاء، والختم، والبصمة، وذلك رغم انفصال الرقم السري عن صاحبه⁵.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 257.

² - إلياس ناصيف، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 245.

³ - حبيب بلقيشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 121.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 258.

⁵ - حبيب بلقيشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 121-122.

ثالثا- وظائف التوقيع الإلكتروني:

تتعدد وظائف التوقيع الإلكتروني، فمنها ما هي متعلقة بالشخص المتعاقد، متمثلة في التعبير عن إرادته، وتحديد هويته، ووظائف أخرى تتعلق بالعقد في حد ذاته، وذلك بإثبات سلامته.

1- تحديد هوية الموقع:

تعد هذه الوظيفة من أبرز الوظائف التي يقوم بها التوقيع الإلكتروني، وتتمثل في نسبة المحرر لشخص معين؛ أي تحديد الشخص الذي وقعته تحديدا لا يدع مجالا للشك في شخصية الموقع أو هويته الإلكترونية¹. فالغاية من التوقيع بجميع صوره هو نسبة ما ورد في المحرر للشخص الموقع. وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني وباعتباره عنصرا من عناصر المحرر الإلكتروني، فإنه يستطيع تأدية وظيفته، المتمثلة في تحديد شخص الموقع على المحرر الإلكتروني².

وإن كان التوقيع الإلكتروني يختلف عن التوقيع العادي من حيث الوسيط أو الدعامة التي يوضح كل منهما عليها، إلا أنهما يشتركان في أنه بواسطتهما يمكن تحديد صاحب التوقيع. ويترتب عن ذلك عدم إمكانية إنكار الشخص³.

هذا، ويرى معظم الفقه أن التوقيعات الإلكترونية يتم بواسطتها تحديد هوية الموقع، إذا ما روعيت وسائل الأمان فيها، كما أن التوقيع الإلكتروني يستطيع القيام بهذه الوظيفة باختلاف نوع التوقيعات الإلكترونية المستخدمة، فمثلا استخدام تقنية الماسح الضوئي الذي يقوم بنقل التوقيع الصادر إلى شاشة الكمبيوتر لا يمكنه تأدية هذه الوظيفة في ظل التقدم التكنولوجي، وإمكانية استخدام هذه التقنية من طرف العابثين، وذلك بعكس التوقيع الرقمي الذي يعتبر أكثر أمانا⁴.

ويستوي أن يكون التوقيع مقروءا أم غير مقروء، كما يستوي أن يكون التوقيع بالاسم الحقيقي، أم باسم الشهرة، أم بعلامة رمزية، أو مختصرة، طالما ثبت أن هذا هو توقيع الشخص، أو أنه اعتاد على استخدام هذه الوسيلة في توقيع معاملاته، ما لم ينكر ما صدر منه. أما إذا لم يكن التوقيع كاشفا عن هوية

¹ - يوسف زروق، حجية وسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص.240.

² - وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص.266.

³ - مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي يابس، بلعباس، الجزائر، 2017-2018، ص.214.

⁴ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.216.

صاحبه، ومحددا لذاتيته، فإنه لا يعتد به، ولا يصلح لأداء دوره في إضفاء الحجية على المحرر، كما لو تم استخدام كتابة هزلية أو تهكمية، أو تم التوقيع باسم وهمي لا وجود له، أو بواسطة ختم مطموس تماما لا يترك على الورق سوى علامة مستديرة غير مقروءة¹.

2- التعبير عن إرادة الموقع:

يدل التوقيع العادي على رضا الموقع بما هو مدون في المحرر، وقبوله بمضمونه، ونفس الشيء ينطبق على التوقيع الإلكتروني؛ حيث يقوم بإظهار إرادة الموقع في الالتزام بمحتويات التصرف القانوني². ويرجع سبب اكتساب التوقيع الإلكتروني لهذه الوظيفة إلى كون أن التوقيع الإلكتروني الموثق، والمؤمن، والصادر وفق الضوابط الفنية والتقنية، قرينة على موافقة الشخص الموقع على مضمون المحرر الإلكتروني، وجميع ما اشتمل عليه، ما لم يثبت خلاف ذلك³.

وقد أشارت إلى هذه الوظيفة العديد من التشريعات، على غرار قانون اليونسترال لسنة 1996 في المادة 7 منه، والتي جاء فيها: "...التدليل على موافقة الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"⁴.

3- إثبات سلامة العقد:

ولا يقصد بهذا أن التوقيع الإلكتروني يضفي الحجية المطلقة على سلامة العقد، وصحته، بل هو قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس على سلامة محتوى العقد، وصحته، وعدم المساس بمضمونه أو العبث فيه؛ إذ حتى لو تم إثبات سلامة محتوى العقد من خلال استخدام التوقيع الإلكتروني المؤمن والمشفّر، فإنه يبقى مع ذلك من الممكن إثبات عدم حجية المحرر الإلكتروني أو بطلانه⁵.

ومن خلال استخدام الرسائل الرقمية المشفرة، وبواسطة المفتاح العام، والمفتاح الخاص، وتحويل الأرقام إلى بيانات بعد فك الرموز، ومقارنة النتائج من قبل الطرفين، فإنه يمكن التأكد من صحة محتوى

¹ - حبيب بلقيشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.127.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص.338. إلياس ناصيف، العقود الدولية، المرجع السابق، ص.ص.247-248.

³ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.217.

⁴ - يوسف زروق، حجية وسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص.242.

⁵ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.217.

العقد، ومن عدم وجود تلاعب فيه، وبذلك يستطيع التوقيع الإلكتروني لعب دور مهم في إثبات محتوى العقد¹.

وفي الأخير، يمكن القول إن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يؤدي دورا مهما في الإثبات، لا سيما في ظل صعوبة مهمة تحقيق الأمان في مجال العقود الإلكترونية².

رابعا- حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

إن وجود التوقيع الإلكتروني على دعامة إلكترونية غير مادية، وانفصاله عن الشخص الموقع، قد يثير الشك حول مصداقيته في تمييز هوية صاحبه، وضمان ارتباطه بالتصرف القانوني؛ إذ يمكن للقراصنة اختراق نظام المعلومات، ومعرفة التوقيع، وفك شفرته، ومن ثم استخدامه دون موافقة صاحبه، وهذا بخلاف التوقيع العادي التقليدي الذي يتطلب الحضور الجسماني لصاحبه، مما يجعل أمر التحقق منه سهلا، كما يتم الاحتفاظ بنسخة منه، منعا للعبث والتغيير، وبذلك يمكن لخبراء الخطوط كشف أي تلاعب أو تزوير في التوقيع³.

إن مثل هذا التخوف لم يقف حائلا أمام استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة في مجال الإثبات، ومن ثم فإن الإثبات والتوقيع الإلكتروني غدا حقيقة لا يمكن التناكر لها في ظل نظم المعلومات والعمولة. ولم يمنع هذا التخوف من الاستعانة بالتوقيع الإلكتروني؛ بل تزايدت الجهود المبذولة من جانب أهل الاختصاص في سبيل توفير الأمان والضمانات اللازمة لأساليب الإثبات والتوقيع الإلكتروني؛ من أجل مكافحة القرصنة الإلكترونية⁴.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد ورد في المادة 02/327 ما يلي: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه". وبذلك يكون المشرع قد سوى في الحجة بين التوقيع التقليدي، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني؛ أي أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي، وذلك من حيث تحديد هوية صاحبه، وإقراره بمضمون التعامل الذي تم إنجازه من خلال هذا التوقيع⁵. وقد أحال المشرع بموجب الفقرة

¹ - وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 267.

² - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 217.

³ - حبيب بلقيشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 157.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 267.

سالفة الذكر بخصوص شروط التوقيع الإلكتروني إلى المادة 323 مكرر 1 للاعتداد بهذا التوقيع، وهي: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره، وأن يكون معدا في ظروف تضمن سلامته. ومن المعلوم أنه يصعب تحقق هذين الشرطين إلا بوجود جهات وسيطة تقوم بالمصادقة على صحة هذا التوقيع، وضمان أن صدوره كان من الشخص المنسوب إليه، من دون حدوث تحريف أو تعديل فيه. وللغرض سالف الذكر، فقد قام المشرع الجزائري بإصدار القانون رقم: 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني؛ حيث أشارت المادة 06 منه إلى الغرض من التوقيع الإلكتروني بقولها: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثباته قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني"، كما ورد في المادة 07 من نفس القانون، النص على الشروط المطلوبة في التوقيع الإلكتروني من أجل الاعتداد بها، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
 - أن يرتبط بالموقع دون سواه.
 - أن يمكن من تحديد هوية الموقع.
 - أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
 - أن يكون مرتبطا بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- وتكريسا لهذه الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني من أجل الاعتداد به، وحيازته للقوة الثبوتية، فقد منح القانون سالف الذكر، وبموجب المادة 12 منه، سلطة إضفاء القرار أو الاعتماد على التوقيع الإلكتروني لجهة مخصصة لهذا الغرض سماها "مقدمو خدمات التصديق الإلكتروني". وبذلك يكون المشرع قد ساوى وظيفيا ما بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع العادي من الناحية العملية، بموجب نظام خدمات التصديق الإلكتروني الذي يمنح شهادات مصادقة واعتماد للتعاقدات الإلكترونية عموما، والتوقيع الإلكتروني خصوصا¹.

وتجدر الإشارة، إلى أنه فضلا عن الوظائف التي يقوم بها التوقيع الإلكتروني، فإنه يتفوق على التوقيع التقليدي من حيث أن التأكد من شخصية صاحب التوقيع يتم بصورة روتينية في كل مرة يتم استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص، وبالتالي فإنه لا مجال للانتظار حتى وقوع النزاع من أجل البحث والتأكد من صحة التوقيع، على غرار ما هو الأمر عليه بصدد المحررات الموقعة بخط اليد، إضافة إلى ما

¹ - لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.ص. 267-268.

توفّر التقنية الحديثة المستخدمة في تأمين التوقيع الإلكتروني عن طريق ما يسمى نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة *electronic transaction Secure*، ويوفّر هذا النظام التحقق من شخصية صاحب التوقيع¹. كما يوجد نظام تأمين آخر يقوم الأشخاص باستخدامه في حالة زيارة مواقع الويب عبر الإنترنت يسمى بروتوكول تأمين طبقة المقابس، ويهدف إلى تأمين نقل المعلومات والبيانات بين العميل والوحدات التجارية. وقد تم تطبيق هذا النظام من طرف بعض الشركات التي تعمل في مجال تقديم برامج التصفح عبر مواقع الويب المنتشرة على الإنترنت².

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 246.

² - المرجع نفسه، ص. 246-247.

الفصل الثاني: حق العدول عن
العقد: آلية علاجية لحماية الرضا
المتسرع للمستهلك

الفصل الثاني: حق العدول عن العقد: آلية علاجية لحماية الرضا المتسرع للمستهلك

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام؛ سواء في التشريعات الوضعية، أم في الفقه الإسلامي. ونظرا لأهميته فقد كان من الضروري ضمان استقراره واستمراره؛ لتحقيق غايات أطرافه، وغايات المجتمع عموما؛ إذ لو كان الأمر على خلاف ذلك، لانعدمت الثقة بين الأفراد، ولأدى ذلك أيضا إلى تعليق الالتزام على محض إرادة الملتزم؛ إن شاء التزم، وإن شاء تملص. ومن أجل ذلك وجب احترام العقد، بل وفرض احترامه على الأطراف، دون ترك الخيار لهم. وهذا التوجه أخذت به التشريعات الوضعية، وجعلت الأصل في القواعد العامة أن العقد شريعة المتعاقدين؛ فلا يجوز لأي طرف من المتعاقدين نقضه بإرادته المنفردة، بعد تمام إبرامه مستوفيا لكافة أركانه وشروطه التي يفرضها القانون لاعتبار التصرف صحيحا، وذا قوة ملزمة. وهذا المبدأ نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"¹.

وطبقا لهذا النص، فإنه لا يجوز لأحد المتعاقدين الانفراد بنقض العقد، أو تعديل ما ورد آثاره، بل يشترط لذلك اتفاق المتعاقدان.

وبناء على التصوير السابق، نلاحظ تنافي حق العدول مع مبادئ القواعد العامة للقانون المدني؛ إذ إن هذه القواعد قد كرست مبدأ القوة الملزمة للعقد، واعتبرت أن العقد بعد إبرامه صحيحا يعدّ شريعة المتعاقدين؛ فلا يجوز لأحد الطرفين النكوص عنه. ويرجع سبب ذلك، إلى الأوضاع أو الظروف السائدة وقت وضع القانون المدني، أين كان التعاقد ينصب في الغالب على أشياء بسيطة، وغير معقدة، لا تدعو إلى إقرار مثل هذا الحق، بل كان الأولى آنذاك، تكريس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حفاظا على استقرار المعاملات.

ومع تغير الظروف التعاقدية عن تلك السائدة وقت وضع القوانين المدنية، كان لزاما على المشرع التحرك، وسن قواعد قانونية حديثة تتمشى مع الوضع الراهن؛ لأن من أهم خصائص القاعدة القانونية أنها

¹ - وتقابلها المادة 148 في القانون المدني المصري، والقانون المدني السوري، والمادة 147 من القانون المدني الليبي، والقانون المدني الفلسطيني، والمادة 146 من القانون المدني العراقي، والمادة 196 من القانون المدني الكويتي، والمادة 171 من القانون المدني القطري، والمادة 211 من القانون المدني اليمني، والمادة 128 من القانون المدني البحريني، والمادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 274 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، والفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 113 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 199 من القانون المدني الأردني، والمادة 155 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 243 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

قاعدة اجتماعية، والمشرع مطالب برصد الظواهر الاجتماعية، وتعديل القوانين بناء على تطورها، فإذا ما تبين قصور قاعدة معينة، أو عدم استجابتها للتطور العلمي، أو الاقتصادي، أو الاجتماعي، وجب على المشرع تعديل تلك القواعد، أو وضع استثناءات عليها، بل وحتى إلغاؤها إذا ظهر تعارضها المطلق مع الوضع الراهن.

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والتي اعتبرت لمدة طويلة من مسلمات القانون المدني، والتي لا غنى لأي تشريع عنها، لا تشذ عن البيان السابق؛ ذلك أن تطور الحياة التكنولوجية، والاقتصادية، وظهور عقود الاستهلاك بما تتميز به من خصوصيات في التعاقد، كشف عن قصور تلك القاعدة؛ حيث أصبح التمسك بحرفيتها من شأنه الإضرار بمصالح العديد من المستهلكين الذين أبرموا العقد في ظروف يشوبها التسرع، وقلة الخبرة، والدراية.

هذا، وإن توافرت القواعد العامة على بعض الآليات أو الحلول لمثل هذه الظواهر، إلا أنه لا يخفى قصور تلك الآليات¹؛ إذ إنها وضعت لظروف أخرى، غير تلك الظروف المستجدة في التعاقد، والتي قد جعلت التمسك بحرفية مبدأ القوة الملزمة للعقد مثلما بينا قد ينتج عنه المساس بمصالح طائفة كبيرة من المستهلكين أبرموا العقد على غير بينة من أمرهم؛ نتيجة لجهلهم المشروع؛ نظرا لعدم إحاطتهم علما بالسلع والخدمات، لا سيما مع تطورها، وتعقدها يوما بعد يوم، فضلا عن عدم تكافؤ المراكز القانونية بين طرفي العقد؛ فأحدهما محترف، وعالم بكل ظروف التعاقد، والثاني مستهلك يسعى إلى التعاقد من أجل إشباع حاجياته اليومية، دون امتلاكه الخبرة اللازمة، والتي تمكنه من التقدير الجيد لمسألة التعاقد.

وبناء على ذلك، فقد سعت التشريعات الحديثة إلى تحقيق حماية خاصة للمستهلك في مواجهة من يتعامل معه من المحترفين في مجال السلع والخدمات، وذلك من خلال سن عدّة آليات قانونية، أبرزها منح المستهلك أو الطرف الضعيف مهلة يتمكن بموجبها من التراجع بإرادته المنفردة عن العقد المبرم؛ لما عساه قد يصيبه من ندم نتيجة وتدبره في أمر العقد، وتسارعه في إبرامه. (المبحث الأول).

هذا، وإن لم يوجد مثل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي، إلا أن ذلك لم ينف توافر الفقه الإسلامي على العديد من الحلول لهذه الإشكال -إشكال التسرع في التعاقد- ويقتضي منا ذلك تتبع

¹ من بين هذه الآليات نجد فكرة عيوب الإرادة، والتي تمنح للمتعاقد الذي تعيبت إرادته عند إبرام العقد الحق في طلب إبطال العقد، وكذا فكرة العيوب في دلالة العدول، والتي تعطي للمتعاقد الرجوع عن اتفائه مقابل عوض معين.

نصوص وكتب الفقه الإسلامي؛ من أجل الوصول للنظريات الأقرب لتحقيق الغاية التي من أجلها تم سن حق العدول، ثم محاولة المقارنة بينها وبين حق العدول بعد ذلك من عديد الجوانب (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حق العدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك

بعد الصعوبات التي نتجت عن التمسك الحرفي بمبدأ القوة الملزمة للعقد مثلما بيّنا سابقاً، فإن تشريعات الاستهلاك لم تجد بداً من الخروج عن هذا المبدأ التقليدي، ومنح المستهلك الحق في العدول تبعاً لذلك؛ ذلك أن هذه التشريعات دائماً ما تسعى إلى سد القصور الناجم عن تطبيق القواعد العامة؛ فلا يهتم التمسك بمبادئ أو قواعد تقليدية بقدر ما يهتم معالجة الوضع معالجة عملية. وبالتالي فإنه لا مناص من منح المستهلك الحق في العدول عن العقد خلال مدة معينة.

ومن أجل الإحاطة بموضوع حق العدول، وجب التطرق إلى مفهوم حق العدول (المطلب الأول)، وإلى تكييفه (المطلب الثاني)، كما أن هذا الحق وباعتباره خروجاً عن المبادئ العامة لنظرية العقد، فإنه لا بد من ضوابط تحكم ممارسته أو التمسك به (المطلب الثالث)،

المطلب الأول: مفهوم حق العدول

تعددت تسميات الفقه لهذه الآلية الحمائية الممنوحة للمستهلك؛ إذ يطلق عليها البعض تسمية الحق في الانسحاب، أو الحق في الرجوع، أو حق الندم، وحق العدول، والحق في إعادة النظر، وغيرها من التسميات الفقهية. وقد تم استحداث هذه الآلية في ظل الانتشار الواسع للسلع والخدمات الناجم عن التسويق الواسع من طرف المتاجر الكبرى، والتي تعتبر طرفاً قوياً في عقد الاستهلاك، مقارنة بالطرف الآخر المتعاقد معه، وهو المستهلك¹.

ومن أجل بيان مفهوم حق العدول، يجب التطرق بداية إلى تعريفه، وذكر خصائصه (الفرع الأول)، ثم تمييزه عن باقي المفاهيم القانونية المشابهة له (الفرع الثاني)، وموقف الفقه من هذا الحق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف وخصائص حق العدول

نظراً لحداثة حق العدول نسبياً مقارنة بالقواعد العامة لنظرية العقد، فإنه لا بد من محاولة تعريف هذا الحق، وكذا استنباط الخصائص التي يتميز بها هذا الحق، والتي تجعل منه نظاماً قائماً بذاته.

¹ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 139.

أولاً- تعريف حق العدول:

كأي نظام قانوني مستحدث، فإنه لا بد من تعريفه أولاً؛ ليتسنى للباحث معرفة هذا الحق جيداً، ومن ثم استنتاج خصائصه، وأحكامه، وتمييزه عن ما يشابهه من أنظمة أخرى. وعلى ذلك فإن موضوع تعريف الشيء له من الأهمية بما كان، ناهيك عن أن هذا الحق يعتبر تصوراً جديداً للتشريعات، وخروجاً عن مبادئ تقليدية راسخة في قانون العقود.

وتجدر الإشارة، إلى أن تشريعات الاستهلاك، وإن نصت معظمها على حق العدول، فإنها لم تتكفل بتعريفه، وقد أصابت في ذلك؛ لأن التعريف هو من عمل الفقه والقضاء، وليس التشريع¹.

ونحاول فيما يلي استعراض بعض التعاريف الفقهية لحق العدول، وكذا الملاحظات الواردة بشأنها. وقد عرف البعض² هذا الحق أنه: "حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة خلال مدة معينة يحددها القانون، دون إبداء أية مبررات، مع التزام التاجر أو مقدم الخدمة بحسب الأحوال برد قيمتها، مع تحمل المستهلك مصروفات الرجوع فقط".

ويبدو أن هذا التعريف به تزيدياً؛ إذ كان من الأفضل الاقتصار على بيان أنه حق للمستهلك في الرجوع عن العقد بعد إبرامه، خلال مدة معينة، دون إبداء أي أسباب، ودون التزامه بأية مصاريف أو تعويضات. حيث أن التزام التاجر أو المحترف برد القيمة هو في الحقيقة أثر لممارسة حق العدول، ولذلك فإننا نرى أن تعريف حق العدول بأنه حق مكفول قانوناً للمستهلك بالرجوع عن العقد، يكفي لاستنتاج التزام المحترف برد الثمن كأثر لممارسة هذا الحق، وإلا كيف يكون للمستهلك الحق في الرجوع عن العقد، ثم لا يلزم المحترف تبعاً لذلك بإرجاع قيمتها؟

وعرف أيضاً بأنه: "حق أصيل يعطي للمتعاقد الحق في الانسحاب، ويرقى بالطرف الضعيف، ويجعله وجهاً لوجه مع المتعاقد الآخر في إطار إعادة موازين القوى بين الطرفين"³.

كما عرفه جانب آخر¹ على أنه: "هي تلك المكنة التي تتيح للمستهلك الخيار بين الاستمرار في العلاقة التعاقدية، أو العدول عنها بعد إبرام العقد، ولا يترتب على ممارسة هذه المكنة أي التزام على المستهلك".

¹ - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجيهات الأوروبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص. 39.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 628.

³ - زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 207.

كما عرفه اتجاه آخر² على أنه: "وسيلة قانونية حمائية وضعها المشرع بين أيدي المستهلك يمكنه من خلالها التراجع عن الالتزامات التي التزم بها فيما قبل العقد".

ويظهر لنا قصور هذه التعاريف؛ حيث لم يذكر فيها وجوب ممارسة العدول خلال مهلة معينة؛ إذ إن صياغة التعريف على هذا النحو قد يفهم منه أبدية هذا الحق، مما يؤدي بلا شك إلى المساس بمبدأ استقرار المعاملات.

كما عرف حق العدول أيضا بأنه: "مكنة وقدرة أحد المتعاقدين عن الرجوع في تعاقدته بإرادته المنفردة، استثناء من القواعد العامة التي تجعل العقد بمجرد إبرامه قوة ملزمة تحول دون نقضه والرجوع فيه إلا باتفاق الطرفين وليس بإرادة واحدة"³.

ونلاحظ من جانبنا قصور هذا التعريف من عدة نواح، فمن ناحية أولى، فإن هذا التعريف لم يبين صاحب الحق في العدول، والمتمثل في المستهلك؛ باعتباره طرفا ضعيفا في العقد؛ حيث تم الاكتفاء في هذا التعريف بوصفه أنهمكنة وقدرة أحد المتعاقدين، دون ذكر صفة المتعاقد المعني بهذا الحق، مما يجعل الأمر غامضا غير بين. ومن ناحية ثانية، فإنه لم يتم بيان وجوب ممارسة حق العدول خلال مهلة معينة، على غرار التعاريف السابقة. ومن ناحية ثالثة، لم يبين هذا التعريف أيضا طبيعة العقود المعنية بممارسة هذا الحق؛ ذلك أنه من المعروف أن حق العدول قد تم إقراره لمعالجة إشكالات عملية في صيغ تعاقدية معينة.

كما عرف أيضا بأنه: "مكنة ممنوحة لأحد طرفي العقد، يستعملها خلال مدة محددة للعدول عن تنفيذ العقد المبرم"⁴.

ويؤخذ عن هذا التعريف أنه لم يبين مصدر هذا الحق؛ أهو القانون، أم الاتفاق⁵؟ فضلا عن عدم بيانه لنطاق حق العدول من حيث الأشخاص، والمتمثل في المستهلك؛ حيث اكتفى بذكر أنهمكنة ممنوحة لأحد طرفي العقد، دون بيانه لصفة الدائن بذلك الحق.

¹ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.129.

² - رضوان جبراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2020، ص.31.

³ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.141.

⁴ - أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، وقانون الاستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، الأغواط، الجزائر، العدد 03، 2016، ص.136.

⁵ - المرجع نفسه، ص.136.

كما عرف أيضا بأنه: "إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع؛ لغرض توفير الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد"¹.

ويؤخذ على هذا التعريف، عدم بيانه المقصود بالحماية المكفولة للمستهلك بموجب العدول، والمتمثلة في الحق في الرجوع عن العقد بعد تمامه، بإرادته المنفردة، ودون إلزام بتسبب موقفه². كما عرفه البعض³ هذا الحق بأنه: "مكنة أو قدرة قانونية للمستهلك في إنهاء آثار العقد خلال فترة زمنية محددة بإرادته المنفردة، بشرط تحمل نفقات ذلك، ما لم يتفق المتعاقدان على تحمل الطرف الآخر تلك النفقات، وذلك من خلال وسائل الاتصال الحديثة".

ونلاحظ على هذا التعريف عدم دقته؛ إذ كان الأجدر ذكر عبارة بإرادته المنفردة مباشرة بعد عبارة آثار العقد؛ ذلك أن الفقرة المصاغة في التعريف توحي بأن تحديد مهلة الرجوع تكون من طرف المستهلك، بينما الأمر على خلاف ذلك؛ إذ إن المهلة محدد قانونا، بنصوص صريحة، لذلك فمن الأفضل صياغة الفقرة على النحو التالي: "مكنة أو قدرة قانونية للمستهلك في إنهاء آثار العقد بإرادته المنفردة خلال فترة زمنية محددة..."، بدلا من الصياغة الموضوعة؛ لكي لا يتم الاعتقاد بأن مدة الرجوع محددة من قبل المستهلك.

ونقترح من جانبنا تعريف حق العدول كالتالي: "حق قانوني مجاني يثبت للمستهلك في عقود معينة، وخلال مدة معينة بعد إبرام العقد؛ بحيث يكون له بموجب هذا الحق؛ إما الاستمرار في العقد، أو الرجوع عنه، دون التزام بتسبب موقفه في حالة العدول".

وقد أثّرنا من خلال هذا التعريف بيان مصدر حق العدول، وهو النص القانوني، وأيضا صاحب حق العدول، وهو المستهلك، دون المحترف الذي يكون العقد لازما من جهته، كما بيّنا أن حق العدول لا يؤدي دائما إلى إنهاء العقد؛ بل يجعل للمستهلك الخيار بشأنه؛ إن شاء أمضاه، وإن شاء عدل عنه خلال المهلة المقررة لذلك.

ثانيا- خصائص حق العدول:

لحق العدول جملة من الخصائص تميّزه عن العديد من المفاهيم. وتكمن هذه الخصائص في أنه:

¹ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.129.

² - محمد أمين سعدي وأحمد رباحي، حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، الشلف، الجزائر، المجلد 05، العدد، 02، 2019، ص.36.

³ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.142.

- حق من النظام العام، محدد بموجب قواعد آمرة، فلا يجوز للمستهلك التنازل عنه. وهذا يقتضي بطلان كل اتفاق من شأنه التقييد من ممارسة هذا الحق أو الحد منه. ولا شك أن مصلحة المستهلك تقتضي منعه من التنازل عن هذا الحق عند التعاقد؛ سواء صراحة، أم ضمناً¹.

- يمارس بإرادة المستهلك المنفردة، ودون الحاجة للجوء إلى القضاء من أجل تقريره، كما لا يشترط موافقة الطرف الآخر على ممارسته². وقد يرجع سبب تحويل المستهلك سلطة العدول بإرادة منفردة إلى مواجهة سلطة المحترف الفعلية، والمتمثلة في الاستقلال بوضع بنود العقد بصفة منفردة³.

- حق خاضع للسلطة التقديرية للمستهلك؛ حيث يكون لهذا الأخير ممارسته، دون التزام بتسبيب موقفه المتمثل في العدول، كما أن ممارسته لا ترتب أية مسؤولية في ذمة المستهلك⁴. وبناء عليه، فإنه لا يمكن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق بصدد ممارسة حق العدول⁵، مما يجعل ممارسة حق العدول غير خاضعة لرقابة القضاء، إلا ما تعلق منها بوجوب احترام مهلة العدول، وكذلك كيفية استعماله⁶.

- غير مرتبط بفكرة الجزاء؛ إذ لا يشترط وقوع خطأ من جانب المحترف، من أجل تمكين المستهلك من ممارسة هذا الحق⁷.

- يعتبر حقاً مجانياً؛ أي أن المستهلك لا يلزم بدفع أي مقابل مالي نظير ممارسته حق العدول⁸. وتهدف تشريعات الاستهلاك من وراء إضفاء صفة المجانية على حق العدول إلى ضمان فعاليته؛ ذلك أن اشتراط

¹- Apo Alleme, la protection du consommateur a l'épreuve des technologies de l'information et de la communication, op. cit, p.69.

²- نصيرة خلوي ونبيل نويس، حق العدول عن عقد الاستهلاك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.174.

³- يسن سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017-2018، ص.99.

⁴- Meryem Edderouassi, le contrat électronique international, op. cit, p427. Nathalie Moreau, La formation du contrat électronique: dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.c), thèse de doctorat, université de Lille, France, 2002-2003, p.61. Apo Alleme, la protection du consommateur a l'épreuve des technologies de l'information et de la communication, op. cit, p.68.

⁵- Nathalie Moreau, La formation du contrat électronique: dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.c), thèse de doctorat, université de Lille, France, 2002-2003, p.64.

⁶- محمد الطاهر أدمين، حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 56، العدد 03، 2020، ص.38.

⁷- نصيرة غزالي والعربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية، جامعة تلمسان، الجزائر، المجلد 11، العدد 03، 2019، ص.302.

⁸- Climent Le Bideau, engagement et désengagement contractuel, op. cit, p.265.

القانون مبلغا معيناً على المستهلك كنتيجة لاستعماله لحقه القانوني، وعدوله عن العقد، من شأنه أن يكون عقبة أمام المستهلك تحول دون ممارسته¹.

- حق مؤقت؛ أي أن حق المستهلك في العدول يكون محددًا بمهلة معينة؛ وذلك سعياً لإنهاء حالة التهديد التي تميز العقد خلال مهلة العدول؛ إذ يجب التوفيق بين أمرين؛ حماية المستهلك، واستقرار المعاملات².
- وأخيراً يعتبر حق العدول استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ إذ إنه وفق هذا المبدأ، فإن المتعاقدين يلتزمان بتنفيذ العقد³، وبجميع ما اشتمل عليه⁴. بيد أن التشريعات الحديثة - وخروجاً عن المبدأ سالف الذكر - أعطت للمستهلك مكنة العدول عن العقد، رغم اقتران الإيجاب بالقبول وانعقاد العقد⁵.

الفرع الثاني: تمييز حق العدول عن ما يشابهه من أنظمة قانونية

بعد أن قمنا باستعراض التعاريف الفقهية لحق العدول، وكذا خصائصه، فإننا سنعرض لأهم المميزات التي تميز هذا الحق عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى، والتي قد يتشابه حق العدول معها في بعض النقاط، مما قد يؤدي إلى الخلط بينهما. ولعل عدم التمييز الدقيق بين حق العدول وباقي المفاهيم هو ما أدى بالبعض إلى استعمال عدة مفاهيم قانونية للتعبير عن حق العدول، كالفسخ مثلاً.

أولاً - تمييز حق العدول عن البطلان:

البطلان هو الجزء القانوني المترتب على عدم استجماع العقد لأركانه أو شروطه⁶. وقد اختلفت التقسيمات الفقهية للبطلان، فهناك من رأى تعدد درجات البطلان، وعدم إمكانية حصرها، وهناك من

¹ - زاهية سي يوسف، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تلمسان، الجزائر، المجلد 07، العدد 02، 2018، ص.16. محمد الطاهر أدهمين، حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.39.

² - المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص.161.

³ - ينظر: المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - ينظر: المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

⁵ - محمد الأمين نويرة وعبد الحق لخداري، حق المستهلك في العدول عن عقد الاستهلاك في ظل القانون رقم 18-09- بين الضرورة والتقييد،-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر 01، المجلد 57، العدد 02، 2020، ص.ص.233-234.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.532. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.327. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.200.

أخذ بالتقسيم الثلاثي للبطلان، وهناك من أخذ بالتقسيم الثنائي، وهناك من قال بإرجاع البطلان كله إلى درجة واحدة¹.

وقد أخذت معظم التشريعات كالتشريع الجزائري، والمصري، والفرنسي بالتقسيم الثنائي للبطلان، والتي ترى أن العقد غير الصحيح؛ إما أن يكون باطلا، أو قابلا للإبطال.

ويكون العقد باطلا في حالة تخلف ركن من أركانه، أو إذا وجد نص قانوني يقضي بالبطلان². ورغم تشابه العقد الباطل مع حق العدول من حيث الأثر؛ وهو زوال العقد بأثر رجعي. إلا أن ذلك لا يعني وجود اختلاف بينهما نبينه فيما يلي:

- باعتبار أن البطلان هو جزء عدم استجماع العقد لأركانه، فإن إعماله يؤدي إلى انعدام العقد، وعدم قيامه أصلا، بخلاف حق العدول، والذي يلحق عقدا صحيحا، غير أن للمستهلك الحق في العدول عنه³.
- كما أن للقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه عند النظر في النزاع؛ باعتباره مساسا بالنظام العام، أما حق العدول فلا يجوز للقاضي إثارته، ما لم يتمسك به صاحبه -وهو المستهلك-.

ثانيا- تمييز حق العدول عن بعض أسباب زوال العقد:

قد يتشابه حق العدول مع بعض أسباب زوال العقد؛ نظرا لوحدة النتيجة؛ وهي زوال العقد بأثر رجعي. إلا أن التدقيق في تلك المفاهيم يكشف عن العديد من الفوارق نبينهما فيما يلي:

1- تمييز حق العدول عن قابلية العقد للإبطال:

العقد القابل للإبطال هو ذلك العقد الذي تخلف فيه شرط من شرطي صحة التراضي؛ وهما الأهلية، وخلو الإرادة من العيوب التي قد تشوبها⁴، كما يثبت الحق في الإبطال أيضا في حالة وجود نص قانوني يقضي بذلك⁵.

¹ - يراجع: أحمد رباحي، مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي، دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 37، 2016، ص. 203 وما بعدها.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 77. مأمون الكزبري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 196.

³ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص. 219-220.

⁴ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 236. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 467. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 333.

⁵ - مأمون الكزبري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 197.

- ورغم تشابه حق العدول مع قابلية العقد للإبطال في أن كليهما يلحق عقدا مرتبا لآثاره، ويؤديان إلى زواله بعد إبرامه. إلا أن ذلك لا ينفي وجوده اختلافات بين النظامين متمثلة فيما يلي:
- يرجع سبب الإبطال، إما إلى نقص في الأهلية، أو عيب في الإرادة، أو نص في القانون، أما حق العدول، فلا يشترط وجود سبب معين لتمكين المستهلك من نقض العقد؛ إذ هو غير ملزم بتبرير موقفه الداعي إلى إلغاء العقد¹.
 - يختلف حق العدول عن العقد القابل للإبطال من حيث تقرير كل منهما، فبالنسبة للعقد القابل للإبطال فإنه لا يتقرر إلا بالتقاضي، أو بالتراضي، أما حق العدول فهو يمارس بإرادة المستهلك المنفردة، دون إلزامه برفع دعوى قضائية، أو حصوله على موافقة المحترف لإلغاء العقد².
 - يثبت الحق في دعوى الإبطال؛ إما لأحد الطرفين، أو لكليهما، أما حق العدول فهو حق يختص به المستهلك؛ باعتباره طرفا ضعيفا في العقد³؛ إذ لا يمكن للمحترف مزاحمته في ذلك الحق⁴، فيبقى بذك ملزما بالعقد، ما لم يظهر المستهلك رغبته في العدول.
 - ومن حيث غرض إقرارهما، فإن الغرض من منح حق الإبطال هو ضمان صدور إرادة حرة، وسليمة من العيوب، أما بالنسبة لحق العدول فإن الهدف من إقراره يكمن في حماية المستهلك من تسرعه⁵.
 - كما يختلفان أيضا من حيث مدة التقادم، فبينما تتقادم دعوى الإبطال بمرور 05 سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية، أو العيب، أو 10 سنوات حتى في حالة عدم زوال العيب⁶، فإن حق العدول لا يخضع للتقادم الطويل؛ وإنما يسقط بعد مرور مدة قصيرة لا تتعدى شهور.
- ## 2- تمييز حق العدول عن الفسخ:

يعد تمييز العدول عن العقد عن الفسخ من بين أهم المسائل التي تؤدي إلى الفهم الحقيقي للعدول، وعدم الخلط بينه وبين الآليات الأخرى.

¹ رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 137.

² محمد أمين سعدي وأحمد رباحي، حق العدول عن العقد كآلية هائية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 37-38.

³ رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 137.

⁴ سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، المرجع السابق، ص. 192.

⁵ رضوان جبراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 34.

⁶ ينظر: المادة 101 من القانون المدني الجزائري.

ويقصد بالفسخ حق المتعاقد في طلب حل العقد بعد قيامه، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزاماته، فعن طريق الفسخ يمكنه التحرر هو أيضا من الالتزامات الواقعة عليه بموجب العقد¹، فالفسخ هو الجزاء القانوني المترتب عن الإخلال بالالتزامات². وقد نصت معظم التشريعات على هذا الحكم في قوانينها المدنية³.

وبالرغم من تشابه حق العدول مع الفسخ في أن كليهما يقع على عقد صحيح، وكذا تشابههما في الأثر المترتب، والمتمثل في زوال العقد. إلا أن ذلك لا ينفي اختلافها في بعض النقاط، والمتمثلة فيما يلي:

- فمن حيث صاحب الحق، فإن كان الحق في الفسخ مقررا للمتعاقدين معا، بشرط إثبات إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، فإن حق العدول يثبت لطرف فقط، والمتمثل في المستهلك، دون الطرف الآخر⁴.

- كما يختلف حق العدول مع فسخ العقد من حيث المدة التي يجوز فيها استعمالهما، فالمرجع لم يورد نصا خاصا لتقادم دعوى الفسخ، وهو ما يستوجب تطبيق القواعد العامة، (وهي 15 سنة بناء على نص المادة 308 من القانون المدني الجزائري)، أما بالنسبة لحق العدول فإنه لا يخضع للتقادم الطويل؛ بل يشترط ممارسته خلال مدة محددة من طرف التشريعات المنظمة له⁵.

- كما يختلفان أيضا من حيث قابلية التنفيذ الجزئي، فإذا كان للدائن في دعوى الفسخ الاقتصار على الفسخ الجزئي فقط، حالة وفاء المدين بجزء من التزاماته دون الآخر، فإن ذلك لا يثبت للمستهلك في حق العدول، الذي ليس له إلا قبول العقد برمته، أو العدول عنه برمته⁶.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 457.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 465.

³ - على سبيل المثال: المادة 119 من القانون المدني الجزائري، والمادة 140 من القانون المدني البحري، والمادة 157 من القانون المدني المصري، والمادة 159 من القانون المدني الليبي، والمادة 177 من القانون المدني العراقي، والمادة 183 من القانون المدني القطري، والمادة 219 من القانون اليمني، والمادة 209 من القانون المدني الكويتي، والمادة 246 من القانون المدني الأردني، والمادة 128 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 171 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 272 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 276 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 276 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

⁴ - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، المرجع السابق، ص. 206.

⁵ - رضوان جبراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 34.

⁶ - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، المرجع السابق، ص. 208.

- والفسخ قد يكون قضائيا، وقد يكون اتفاقا، أما حق العدول فتتم ممارسته بإرادة المستهلك المنفردة.

- والفسخ هو جزاء إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته في العقود الملزمة للجانبين، وبالتالي يشترط لطلب الفسخ إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته، بخلاف حق العدول، والذي لا يلزم المستهلك فيه بإثبات خطأ المحترف للاستفادة منه، بل هو آلية حمائية، مكرسة بقوة القانون رعاية لمصلحة الطرف الضعيف في العقد¹. وبناء على ذلك، فإن إعمال حق العدول لا ينتج عنه أي تعويض، بخلاف حالة الفسخ؛ إذ يكون للدائن المطالبة بالتعويض إذا اقتضى الأمر ذلك². وقد نصت على هذا الحكم المادة 119 من القانون المدني الجزائري: "...مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك...".

وإن كان هذا هو الشأن في الفسخ القضائي، أو حتى الفسخ الاتفاقي، إلا أن تلك التفرقة قد تنزل في الفسخ القانوني، أو ما يسمى بالانفساخ؛ باعتبار أن سبب وقوعه ليس خطأ المدين؛ وإنما كان ذلك بسبب أجنبي عن المدين، ترتب عنه استحالة تنفيذ الالتزام؛ فاعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون³، وهذا ما يقربه من حق العدول في كون أن مصدرهما هو النص قانوني. لكن ذلك لا ينفي وجود اختلاف بين حق العدول والفسخ القانوني؛ ذلك أن انفساخ العقد يكون نتيجة استحالة التنفيذ، والذي ينتج عنه استحالة استمرار آثار العقد. أما الأمر في حق العدول فهو على خلاف ذلك؛ إذ إن العقد قائم، ولا يوجد مانع يحول دون فعاليته، بل إن المستهلك بالخيار؛ إن شاء أتمه، وإن شاء عدل عنه. وهذا الخيار لا يتوافر في انفساخ العقد.

3- تمييز حق العدول عن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة:

مثلما يتينا سابقا، فإن الأصل هو لزوم العقد، ولا يجوز لأحد المتعاقدين النكوص عنه بعد إبرامه صحيحا. إلا أن هناك حالات قد استدعت خروج المشرع عن هذه القاعدة، كعقد الوكالة، والتي أجاز فيها المشرع للمتعاقد التملص من القوة الملزمة للعقد، وذلك بموجب المادتان 587، و588 من القانون المدني الجزائري، وكذا الفقرة 02 من المادة 546 من القانون المدني الجزائري التي تجيز للمعير إنهاء العقد في أي وقت يراه إذا لم يتم تعيين مدة العارية عند التعاقد.

¹ محمد أمين سعدي وأحمد رباحي، حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2019، المرجع السابق، ص.38.

² رضوان جيزاني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.34.

³ تنص المادة 121 من القانون المدني الجزائري: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بقوة القانون".

ويظهر تشابه هذه الحالات مع حق العدول في كون كليهما يتم بإرادة منفردة، ويهدف إلى وضع حد للعقد، ولا يشترط لممارسته إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته، ولا يتوقف أيضا على تدخل القاضي¹، وفضلا عن ذلك، فإنهما يشتركان أيضا في المرحلة التي يتم ممارستها فيها؛ إذ إن كلاهما يمارس في الفترة اللاحقة على إبرام العقد².

ورغم هذا التشابه، فإن هناك اختلافات بين النظامين، تحول دون اعتبار حق العدول إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة، وتتلخص هذه الاختلافات فيما يلي³:

- فمن حيث مجال كل منهما، فإن مجال إنهاء العقد بالإرادة المنفردة هو العقود الزمنية غير محددة المدة، أما حق العدول، فمجاله هو العقود الإلكترونية، أو عقود الاستهلاك.
- ومن حيث الأثر المترتب عن إعمالهما، فإن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لا يكون له أثر رجعي، أما حق العدول فيترتب عن إعماله إنهاء العقد بأثر رجعي؛ أي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد.

الفرع الثالث: موقف الفقه من حق العدول: بين القبول والرفض

مثلما رأينا سابقا، فإن ظهور حق العدول، كان نتيجة تطورات مختلفة في طريقة إبرام العقود، وأن هذا الحق لم يكن مسلم به في القواعد العامة للقانون المدني. وبناء على ذلك، فقد اختلف فقهاء القانون عليه، بين مرحب بهذا الحق، وقال بضرورة تكريسه، وأنه لا يمكن للاستغناء عنه إذا ما أردنا ضمان حماية فعالة لاحقة على العقد للمستهلك. وبين منكر لحق العدول وقال بعكس ذلك؛ نظرا لتعارض هذا الحق مع العديد من المبادئ المعروفة في القانون المدني. وسنعرض فيما يلي لموقف كل اتجاه، والحجج التي اعتمد عليها في سبيل تقوية موقفه.

أولاً- مبررات الأخذ بحق العدول:

يرجع السبب في تنظيم حق العدول من طرف معظم تشريعات الاستهلاك، إلى قصور القواعد العامة للقانون المدني، وعجز أحكامها عن منح حماية فعالة للمستهلك. وهذا التسبب يصدق على العقد المبرم بشكل إلكتروني، والذي يفتقر إلى التنوير المعلوماتي الكافي⁴؛ إذ يترتب عن بعد المسافة المكانية بين

¹ شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 326.

² رضوان حيراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 34.

³ محمد أمين سعدي وأحمد رياحي، حق العدول عن العقد كآلية حامية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 38.

⁴ رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 141.

العاقدين، وما ينجم عن ذلك من انعدام الاتصال المادي المباشر، عدم إمكانية المستهلك الإلكتروني من معاينة السلعة أو الخدمة محل التعاقد معاينة مادية نافية للجهالة قبل التعاقد، فضلا على عدم التقائه بالمحترف¹، وكنتيجة لتلك الطريقة في إبرام العقد، يصعب على المستهلك الإلمام بكافة ظروف التعاقد. من أجل ذلك وجب توفير وسائل فعالة لحماية². ونظرا لاتصاف الوسائل التقليدية بالقصور، على غرار نظرية عيوب الإرادة؛ وذلك بسبب عدم توافر شروط إعمالها في الكثير من الحالات؛ إذ إن سلامة الإرادة بمفهوم القانون المدني، لا ينفي كونها لم تأت بناء عن رغبة حقيقية منه؛ وذلك؛ إما بسبب تسرعه، أو بسبب قلة خبرته³، لا سيما في ظل تأثر تلك الإرادة بوسائل الدعاية والإعلان⁴. والحق أن وسائل الدعاية تلك قد بلغت تطورا كبيرا، جعلها قادرة على التحكم في إرادة المستهلك، ودفعه إلى التعاقد في كثير من الأحيان على سلع أو خدمات هو في غنى عنها، ولا يكتشف ذلك إلا بعد فوات الأوان، وإبرامه العقد⁵. مما دفع بعض الفقه إلى اعتبار الرسائل الإعلانية إحدى صور الممارسات التجارية العدوانية؛ بسبب ما ينتج عن تلك الممارسات الإعلانية من نتائج غير موضوعية تخلق رغبة غير حقيقية للمستهلك تدفعه للتعاقد على ما هو غير ضروري⁶.

وبسبب الظروف سالفة الذكر، تحتم على التشريعات الحديثة استحداث وسائل وآليات جديدة، غير تلك المعروفة في القواعد العامة؛ إذ إن حماية الطرف الضعيف في مثل هذه العقود تفرض ابتداء قواعد جديدة مخالفة للقواعد الكلاسيكية المنظمة للعقود⁷، دون إعمال القواعد التقليدية، والتي قد تؤدي إلى ترك المستهلك يواجه وحده مخاطر التعاقد، مما ينتج عنه التضحية بمصالح آلاف من المستهلكين⁸.

¹ - Meryem Edderouassi, le contrat électronique international, op. cit, p.414.

² - نصيرة خلوي ونبيل نويس، حق العدول عن عقد الاستهلاك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.173.

³ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية لمدينة للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.143.

⁴ - بخال عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص.225.

⁵ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.510.

⁶ - منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الحق في الرجوع كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد (دراسة تحليلية في ضوء القانون الفرنسي والتوجيهات الأوروبية)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، العدد 65، أبريل 2019، ص.808.

⁷ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.620.

⁸ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.510.

وباعتبار أن المستهلك في كثير من الأحيان قد يبرم العقد بتسرع، وبدون ترو، وتفكير، ومشاورة، والذي قد يؤدي به إلى تكبد خسائر معتبرة، نتيجة ذلك التسرع. وفي سبيل حل هذه الإشكالات، فقد سعت تشريعات الاستهلاك إلى تكريس آلية جديدة، هدفها حماية المستهلك؛ سواء من نفسه بتسارعه، وعدم خبرته، أم من المحترف. والهدف من هذه الآلية هو منح المستهلك مدة للتفكير، لاحقة على إبرام العقد؛ وذلك من أجل إعادة النظر فيه، وكذا استشارة أهل الخبرة، ليختار بعد ذلك؛ إما الإبقاء على العقد، أو التملص من آثاره عن طريق استعماله لحقه في العدول¹.

ويرى الفقه أن حق العدول يعتبر آلية أكثر فعالية من مهلة التفكير؛ ذلك أن منح حق العدول بعد إبرامه يتيح للمستهلك من معرفة مضمون العقد جيدا، وكذا مختلف الآثار والنتائج المترتبة عنه². وفضلا عن الأسباب المتعلقة بحماية المستهلك، فإن إقرار حق العدول من شأنه تكريس مبدأ الثقة في المعاملات، والذي يؤدي بدوره إلى تطوير المعاملات، لا سيما الإلكترونية منها³. وبناء عليه، فإن منح المستهلك حق العدول يتيح له العدول عن العقد الذي تم إبرامه خلال مدة معينة⁴.

ونظرا للمبررات المذكورة آنفا، يرى هذا الجانب من الفقه عدم إمكانية الاستغناء عن حق العدول؛ باعتباره آلية فعالة لحماية المستهلك من تسارعه، وعدم تروييه عند التعاقد.

ثانيا- مبررات رفض حق العدول:

رغم كل المميزات والضمانات التي يحققها حق العدول باعتباره آلية حمائية للمستهلك، تتيح له مواجهة خطر تطور المعاملات، وضعفه الاقتصادي، والفني، والمعرفي في مواجهة المحترف. إلا أن تلك المبررات لم تكف لتحقيق إجماع فقهي حول ضرورة إقرار التشريعات لحق العدول؛ إذ تم انتقاد حق العدول من طرف بعض الفقه؛ وذلك لتعارضه مع عدة مبادئ قانونية، وهي:

¹ - أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق المستهلك في العدول عن العقد، ص.137.

² - Meryem Edderouassi, le contrat électronique international, op. cit, p.414.

³ - Nathalie Moreau, la formation du contrat électronique, op. cit, p.p.61-62.

⁴ - Apo Alleme, la protection du consommateur a l'épreuve des technologie de l'information, op. cit, p.60.

- تعارض حق العدول مع أحد أهم المبادئ الحاكمة لقانون العقود، والمتمثل في مبدأ القوة الملزمة للعقد¹، والذي نصت عليه معظم التشريعات، على غرار المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

ويرد على ذلك النقد، بالقول إن القانون المدني لم يتبن المبدأ سالف الذكر على إطلاقه، بل إن المادة 106 من القانون المدني الجزائري -والتي نصت على ذلك المبدأ- قد قيدت أعماله ببعض الاستثناءات، يحكمها الاتفاق، أو القانون². وبالتالي فإن حق العدول لا يعدو أن يكون استثناء قانونيا على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

- باعتبار أن حق العدول يخول للمستهلك إنهاء العقد بعد تمامه بالإرادة المنفردة، فإنه يترتب عن ذلك مساس باستقرار المعاملات³.

- إضافة إلى ما سبق، فإن أعمال هذا الحق يؤدي إلى التمييز بين طرفي العلاقة الاستهلاكية، وعدم المساواة بينهما⁴؛ وذلك بجعل العقد لازما بالنسبة للمحترف فقط، دون المستهلك.

ثالثا- تقدير المسألة:

بعد استعراضنا لمبررات القائلين بحق العدول من جهة، وكذا مبررات القائلين برفض هذا الحق من جهة أخرى، يظهر لنا أن مبررات قبول هذه الآلية تعتبر قوية ومستساعة؛ نظرا لأنها تسعى إلى معالجة الأمور عمليا، وعدم الاحتجاج بمبادئ تقليدية قد يترتب على إعمالها بصفة مطلقة التضحية بحقوق المستهلكين، الذين يمثلون الفئة الغالبة في المجتمع. كما نرى من جانب آخر أن مبررات الرفض التي ذكرها بعض الفقه مردود عليها بما يلي:

- فبالنسبة للقول أن هذا الحق يعد تعديا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن المشرع وحده هو من يملك وضع القاعدة، والخروج عنها عند المقتضى. ولا شك أن تطور المعاملات، وكذا طريقة إبرام العقد مثلما بينا تعد مسوغا حقيقيا للخروج عن أحكام القوة الملزمة للعقد.

¹ - محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، مداخل في إطار الملتقى الدولي: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 01، 24 25 أكتوبر 2016، ص.237. دليلا معزز، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، مجلة معارف، جامعة البويرة، الجزائر، السنة 12، العدد 22 جوان 2017، ص.02.

² - ينظر: المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

³ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.142.

⁴ - المرجع نفسه.

- أما بالنسبة للقول بتمييز حق العدول بين طرفي العقد، فإن ذلك يرجع إلى كون مبررات إعطاء حق العدول للمستهلك لا تتوفر في المحترف، من أجل ذلك جعل العقد لازما من جهته.
- وأخيرا، فبالنسبة للقول بمساس حق العدول باستقرار المعاملات، فأى قيمة لاستقرار المعاملات في ظل عدم التوازن العقدي والمعرفي بين الطرفين؟

المطلب الثاني: حق العدول: اختلاف في الأساس والطبيعة القانونية

قد يتشابه حق العدول مع بعض الأنظمة القانونية التقليدية، كالبيع بشرط التجربة، وفكرة الشرط، والوعد التعاقد، والتعاقد بالعربون، مما قد يؤدي إلى تكييف فكرة العدول مع أحد هذه المفاهيم القانونية. إلا أن التحليل الدقيق لهذه القواعد التقليدية يكشف بوضوح مدى الاختلاف الموجود بين كل من حق العدول وهذه الأنظمة (الفرع الأول).

وباعتبار أن تقرير حق العدول قد تم تقنينه بسبب تطور المعاملات مثلما رأينا، ونظرا لعدم توافر القواعد العامة المنظمة للعقود في القانون المدني لهذه الآلية، فقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الآلية، محاولين تكييفها مع القواعد الكلاسيكية المعروفة (الفرع الثاني). ولم يقتصر الأمر على طبيعة حق العدول فحسب، بل إن دراسة حق العدول يقتضي أيضا التطرق لطبيعة العقد المقترن بهذا الحق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تكييف حق العدول وفق بعض أنظمة القواعد العامة

رغم حداثة حق العدول مثلما بينا سابقا، إلا أن ذلك لم يمنع بعض الفقه الذي حاول تكييف هذا الحق مع بعض القواعد العامة، إلا أن المتمعن في النظامين -حق العدول وبعض القواعد العامة- يظهر له الاختلاف الموجود بينهما، هذا الاختلاف الذي يقف عائقا أمام التسليم بالتكييف العام لحق العدول وفق تلك الأنظمة.

أولا- حق العدول وبعض صور التراضي:

ظهر جانبا من الفقه يرى إمكانية تأسيس حق العدول على بعض صور التراضي، والمتمثلة في الوعد بالتعاقد، والتعاقد بالعربون. ونعرض للموقفين تباعا فيما يلي:

1- حق العدول وعد ملزم لجانب واحد:

يقول بعض الفقه بإرجاع حق العدول إلى الوعد بالتعاقد؛ باعتبار أنهما يقومان على الفكرة نفسها. وقد نصت المادة 71 من القانون المدني الجزائري على الوعد بالتعاقد، والتي جاء فيها ما يلي:

"الاتفاق الذي يعد له¹ كلا المتعاقدين بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر رجعي إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها..."

ويستفاد من نص المادة 71 من القانون المدني الجزائري أن الوعد هو في جوهره عقد، ومن ثم فإنه يشترط فيه ما يشترط توافره في جميع أنواع العقود من تراضي، ومحل، وسبب، إضافة إلى الشكلية كاستثناء².

وقد يكون الوعد بالبيع ملزماً للجانبين، كأن يتفق شخصان على إبرام العقد، غير أن اشتراط القانون تمام بعض الإجراءات، والتي لا يمكن للطرفين القيام بها عند الاتفاق قد تحول دون إبرام العقد، كضرورة استخراج سندات معينة، أو تطلب عملية البيع بعض المصاريف لا يتوفرون عليها في تلك اللحظة³، كما قد يكون الوعد بالبيع ملزماً لجانب واحد، كأن يلتزم الواعد ببيع شيء معين في حالة إبداء الموعد رغبته بالشراء له خلال مدة محددة⁴. وهذه الصورة الأخيرة من الوعد هي التي تعني في التمييز بينها وبين حق العدول؛ لوجود تشابه بينهما في العديد من الأمور؛ حيث أن الموجب في الوعد بالبيع يعد بإبرام عقد نهائي، وفق شروط يقبلها الموجب له، وهو ما قد يوجد في البيع المتضمن حق العدول؛ إذ إنه بإمكان المحترف وعد المستهلك أو المشتري ببيع سلعة معينة، بثمن معين، وفق شروط معينة في حالة قبول المستهلك هذا الوعد، مما يؤدي إلى اعتبار فترة الرجوع هي فترة الوعد بالبيع، وبعد انتهائها يصبح العقد نهائياً، لا سيما بتمتع الموعد له بالخيار بين قبول الوعد أو الرفض، وهو الخيار نفسه المعطى للمستهلك أثناء مهلة العدول⁵.

إلا أن التشابه السابق بين النظامين لا ينفي وجود عدة اختلافات جوهرية بينهما، تحول دون اعتبارهما نظاماً واحداً، وتكمن تلك الاختلافات في النقاط التالية:

¹ - ورد خطأ لغوي في صياغة المادة 71؛ ذلك أن الأصح هو قول الاتفاق الذي يعد به أو بموجبه، وليس الاتفاق الذي يعد له، وقد خالف المشرع الجزائري في ذلك العديد من التشريعات العربية، كالتشريع المصري، والتشريع السوري، والتشريع الليبي، التي أوردت عبارة الاتفاق الذي يعد بموجبه. ينظر على سبيل المثال: المادة 101 من القانون المدني المصري، والقانون المدني الليبي، والمادة 102 من القانون المدني السوري.

² - شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود، قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي (المعدل) والفقه الإسلامي، تقلد: سامي بن حملة، دار الخلدونية، الجزائر، 2020، ص. 147.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 267.

⁴ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 95.

⁵ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 330.

- فمن حيث ملكية الشيء أثناء المهلة الممنوحة، ففي الوعد يبقى الواعد مالكا للشيء الموعود به أثناء فترة الوعد، أما بالنسبة للعقد المتضمن حق العدول، فإن الملكية تنتقل للمشتري أثناء مهلة العدول¹.
- ومن حيث أثر استعمال كل منهما، فإن استعمال خيار الموعود له، والذي يعتبر قبولا منه بالشراء يؤدي إلى انعقاد البيع²، أما استعمال حق العدول فيؤدي إلى حل العقد بعد إبرامه³.
- كما أن عدم استعمال خيار الموعود له خلال مدة الوعد يؤدي إلى سقوط الوعد، وعدم انعقاد العقد⁴، بخلاف العقد المتضمن حق العدول، فإن عدم استعماله يؤدي إلى تثبيت العقد⁵.
- استعمال الموعود له لخياره يؤدي إلى إبرام البيع منذ لحظة إبداء الرغبة، وليس من وقت الوعد؛ أي لا يكون لقبول الموعود له أثر رجعي⁶، في حين أن البيع المتضمن حق العدول يعتبر بيعا تاما بين المحترف والمستهلك منذ لحظة إبرام العقد⁷.
- وأخير يلاحظ وجود تفرقة أخرى بين النظامين تكمن في مصدر كل منهما، فبالنسبة لمصدر الوعد بالتعاقد فهو اتفاق المتعاقدين، أما حق العدول فيجد مصدره في النص القانوني الذي أقره حماية للمستهلك.

2- حق العدول تعاقد بالعربون:

يعرف العربون على أنه: "مبلغ من النقود (أي أي شيء آخر منقول وهذا قليل الاستعمال) يدفعه أحد أطراف العقد للآخر عند إنشاء العقد، وذلك بغرض إثبات وجود العقد، أو كجزء من الثمن أو للعدول عن التعاقد"⁸. إلا أن الشائع في التعامل هو اقتصار العربون على المبلغ النقدي⁹.

¹ - بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.244.

² - أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص.89. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.97.

³ - فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص.227.

⁴ - سمير تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص.49. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.109.

⁵ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.142. بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص.ص. 190-191. هامش رقم: 05.

⁶ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.99.

⁷ - محمد أمين سعدي وأحمد رباحي، حق العدول عن العقد كآلية حماية للمستهلك، المرجع السابق، ص.38.

⁸ - شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود، المرجع السابق، ص.155.

⁹ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.187.

وقد يكون الغرض من دفع العربون دلالتين، فقد يقصد من وراء العربون إعطاء المتعاقدين لأنفسهما الحق في العدول عن العقد مقابل دفع قيمة العربون للمتعاقد الآخر¹، ويكون ذلك خلال أجل معين؛ سواء تم تحديد الأجل صراحة، أم تم استخلاصه ضمناً من ظروف المعاملة². وقد أخذت بهذه الدلالة التشريعات اللاتينية³، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري⁴. كما قد تكون دلالة العربون هي التأكيد على إبرام العقد، وقد تبنت التشريعات الجرمانية هذا الموقف⁵.

وتجدر الإشارة، إلى أن كلتا الدلالتين قابلتان لإثبات العكس؛ فإذا استنتج من إرادة المتعاقدين أنهما قد قصدا عكس ما يقضي بهما قانونهما الوطني، فيجب مراعاة إرادة الطرفين حينئذ⁶. ويكون الهدف من العربون في دلالة العدول هو إعطاء المتعاقدين الحق في التفكير، والتمهل قبل أن يصير العقد نهائياً ملزماً لطرفيه⁷.

والذي يهمنا في التفرقة بين العربون وحق العدول، هو العربون في صورته الأولى؛ أي في دلالة على العدول؛ وذلك للتشابه الموجود بين النظامين، مما قد يؤدي إلى تكييف العقد المقترن بحق العدول تعاقدًا بالعربون.

ووجه الشبه بين كلا المفهومين يكمن في أن كليهما يمارس ضمن مدة محددة، ويكون بإرادة منفردة، مع عدم اشتراط إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته للإفادة منه⁸، كما يترتب على إعمالهما إنهاء الرابطة العقدية⁹، إضافة إلى أن فوات الأجل الممنوح في النظامين دون استعمال المتعاقد لحقه يؤدي إلى تثبيت العقد في الحالتين؛ سواء في التعاقد بالعربون، أم في العقد المتضمن حق العدول.

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 71. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 114.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 165.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 277.

⁴ - تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها...".

⁵ - عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، 2011، ص. 83.

⁶ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 99.

⁷ - زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 214.

⁸ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 328.

⁹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 219.

إلا أن التحليل الدقيق يكشف بوضوح الفرق بين النظامين؛ نظرا للاختلافات الموجود بينهما، والمتتمثلة فيما يلي:

- فمن حيث مصدر كل منهما، فمصدر العربون هو اتفاق الطرفين، أما مصدر حق العدول فهو القانون، الذي أعطى هذه المكنة للمستهلك؛ باعتباره طرفا ضعيفا في العقد يستحق الحماية¹.
- ومن حيث نطاق كل منهما، فإن التعاقد بالعربون يشمل جميع أنواع العقود، أما حق العدول، فيقتصر تطبيقه على العقود الاستهلاكية، أو العقود الإلكترونية فقط التي حددها القانون².
- ومن حيث مقابل استعمال كل منهما، فإن العدول في التعاقد بالعربون يكون بمقابل؛ فإذا عدل من دفعه خسره، وإذا عدل من قبضه رده مضاعفا³، أما في العقد المتضمن حق العدول فإن ممارسته فيه يتم دون مقابل⁴، وبالتالي فلا يلزم المستهلك بأية مصاريف إضافية جراء استعماله⁵.
- ومن حيث صاحب الحق في العدول، فإنه في التعاقد بالعربون يكون ثابتا لكلا الطرفين كقاعدة عامة، أما في العقد المتضمن حق العدول، فإنه حق يختص به المستهلك، دون المحترف الذي يبقى العقد لازما من جهته⁶.

- ومن حيث إلزامية النصوص، فإن النصوص المتعلقة بالعربون لا تعد من النظام العام⁷، فيجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالف ذلك، قاطعين الطريق أمام الأخذ بدلالة العدول، والمنصوص عليها في تلك التشريعات⁸؛ باعتبار أن الأمر لا يعدو أن يكون قرينة قانونية مفسرة لنية المتعاقدين، ما لم يتم إثبات عكس ذلك⁹، وهذا ما نصت عليه التشريعات المنظمة للتعاقد بالعربون، والتي أخذت بدلالة العدول¹، أما بالنسبة

¹ - علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، المرجع السابق، ص119. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.219. مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، المرجع السابق، ص.200-201.

² - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.139.

³ - سمير تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص.58.

⁴ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.219.

⁵ - سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص.75.

⁶ - علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، المرجع السابق، ص.119. سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص.75.

⁷ - زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.214.

⁸ - شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، الجزائر، 2017-2018، المرجع السابق، ص.44.

⁹ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.115.

بالنسبة للنصوص المتعلقة بحق العدول، فهي من النظام العام، ولا يجوز لأطراف العقد تبعا لذلك مخالفتها².

ثانيا- حق العدول وبعض أنواع البيوع:

حاول جانب آخر من الفقه تكييف حق العدول مع إحدى صور البيع، واعتباره بذلك تطبيقا حديثا لتلك الأنواع من البيوع، وأقرب تلك البيوع التي حاولت الفقه تفسير حق العدول من خلالها هي: البيع بشرط التجربة، وبيع الوفاء.

1- حق العدول بيع على شرط التجربة:

البيع بالتجربة هو نوع من أنواع البيوع الموصوفة، ويقصد به ذلك البيع الذي يتم الاتفاق فيه على احتفاظ المشتري بحق تجربة المبيع³، بشرط تحديد مدة معقولة للتجربة؛ لأنه لا يجوز أن يترك خيار المشتري إلى فترة غير معينة؛ باعتبار أن ذلك من شأنه الإضرار بالبائع⁴.

ويتم اللجوء إلى هذا النوع من البيوع إذا كان المشتري لا يثق بالمبيع إلا بعد استعماله، ويكون ذلك في الأشياء التي لا يمكن التأكد منها إلا بعد تجربتها⁵.

ويرى بعض الفقه، بأن البيع بشرط التجربة يصلح لاعتباره أساسا لحق العدول؛ باعتبار أن للمشتري الحق في العدول، بناء على التصورات والنتائج التي تكونت لديه، بعد قيامه باستعمال المبيع محل العدول، خلال مدة معينة⁶.

وحسب هذا الرأي، فإن حق العدول قد يتشابه مع فكرة البيع على شرط التجربة؛ ذلك أنه وإن كان للمستهلك الحق في العدول عن العقد، فإن الحق نفسه يثبت للمشتري في البيع على شرط التجربة؛ إذ بإمكانه قبول المبيع أو رفضه⁷. وقد نصت على ذلك المادة 355 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء

¹ - ينظر على سبيل المثال: المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك...".

² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.329.

³ - أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص.49. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.85.

⁴ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، العقود المسماة، ص.64.

⁵ - علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، المرجع السابق، ص.116.

⁶ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.148.

⁷ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.331.

فيها: "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، فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة، ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولا.

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

ورغم المقاربة السابقة، إلا أنه من الصعب تكييف العقد المتضمن حق العدول بيعا على شرط التجربة للاعتبارات التالية:

- فمن حيث مصدر كل منهما، فإن كان مصدر شرط التجربة هو اتفاق المتعاقدين؛ سواء كان ذلك الاتفاق صريحا، أم كان ضمنيا، يستخلص من ظروف التعامل، وذلك في الأشياء التي تقتضي طبيعتها التجربة¹، فإن حق العدول يجد مصدره في النص القانوني، الذي أقر هذا الحق لمصلحة المستهلك، وذلك بمجرد إبرام العقد، ودون الحاجة لإثارته من قبل المتعاقدين عند التعاقد². ويترب عن ذلك عدم جواز الاتفاق على مخالفة أحكام العدول المقررة قانونا³.

- ومن حيث نطاق كل منهما، فإن كان مجال البيع على شرط التجربة هو الأشياء التي لا يمكن عادة التأكد من صلاحيتها للغرض المقصود منه إلا بعد تجربتها⁴، ويكون ذلك بصفة خاصة في السيارات، والآلات الميكانيكية، والحيوانات، والأثاث، وغير ذلك⁵، فإن نطاق حق العدول يتسع ليشمل العديد من العقود الاستهلاكية⁶؛ حيث يشمل بالإضافة إلى عقود البيع عقود تقديم الخدمات⁷.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.130. علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، المرجع السابق، الجزائر، ص.116.

² - أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.952.

³ - محمد جريفي، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص.226.

⁴ - سمير تناغو، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.83.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.85.

⁶ - المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص.164.

⁷ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، ص.149.

- ومن حيث الغرض من إقرارهما، فإن الغرض من إعطاء حق التجربة، هو تمكين المشتري من التأكد من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه، وكذا استجابة المبيع لحاجات المشتري الشخصية¹، أما بالنسبة لحق العدول، فإن الغرض من تقريره هو السعي لضمان نضج واكتمال رضا المستهلك بعد إبرام العقد²، أو بمفهوم آخر حماية رضا المستهلك من التسرع في إبرام العقد³.

- ومن حيث تحمل تبعه الهلاك، فإن كان البيع المتضمن شرط التجربة معلقا على شرط واقف - وهذا هو الأصل لدى المشرع الجزائري وباقي التشريعات العربية - وهلك المبيع بسبب أجنبي أثناء التجربة، فإنه يهلك على البائع⁴، أما إذا اتفق المتعاقدان على اعتبار البيع معلقا على شرط فاسخ، وهلك المبيع بسبب أجنبي أثناء مدة التجربة، فإن تبعه هلاكه تقع على عاتق المشتري⁵، أما بالنسبة للعقد المتضمن حق العدول، فإن تبعه الهلاك تقع على عاتق المستهلك بعد التسليم، في حين أنها تكون على عاتق المحترف قبل تسليم المبيع⁶.

- كما تكون حرية المستهلك في البيع المتضمن حق العدول أوسع مدى من الحرية الممنوحة للمشتري في البيع بشرط التجربة؛ ذلك أن المستهلك لا يلزم بتسبيب موقفه بعد العدول، وعلى العكس من ذلك، فتعتبر حرية المشتري في البيع بشرط التجربة مقيدة؛ إذ يجوز للقضاء التدخل لرقابة مدى تعسف المشتري في رفض المبيع⁷.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 131-132. علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، المرجع السابق، ص. 116.

² - أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 952.

³ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 143. سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص. 74.

⁴ - أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 51.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 88.

⁶ - المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 165. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 332.

⁷ - زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 212. سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص. 74.

2- حق العدول إحياء لفكرة بيع الوفاء:

يقصد ببيع الوفاء، هو ذلك البيع الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في استرداد المبيع خلال مدة معينة، على أن يلتزم برد الثمن، والمصروفات المنفقة على المبيع للمشتري¹.

وقد اختلف التشريعات الوضعية في حكم هذا النوع من البيوع، وانقسمت بذلك إلى اتجاهين؛ اتجاه يقضي بمنع هذا البيع²، واتجاه آخر يقضي بجوازه³. أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي، فبعد أن كان يميز مثل هذا النوع من البيوع، أصبح الآن يمنعه؛ نظرا لما يترتب عن إعماله من تحايل على القانون⁴.

ويرجع سبب حظر بيع الوفاء في تلك التشريعات، إلى كون أن هذا النوع من البيوع قد يعتبر وسيلة ملتوية من وسائل الضمان، قد تبدأ ستارا لرهن، وتخلص في نهاية المطاف إلى تجريد البائع من ملكه بثلث لا يتناسب البتة مع قيمة المبيع الحقيقية⁵؛ ذلك أن المدين الرهن يحصل عادة على مبلغ أقل بكثير من القيمة الحقيقية للمبيع الذي يملكه، وبدلا من رهن ذلك المبيع، يشترط الدائن على المدين شراء ذلك الشيء، على أن يكون للمدين الحق في استرداده حالة وفائه بمبلغ القرض، والذي يذكر على أنه ثمن المبيع، ويكون ذلك خلال مدة معينة، وبسبب حاجته لمبلغ القرض، يجبر المدين الرهن على قبول البيع، على أمل إمكانية تديره المبلغ مستقبلا، واستعادته المبيع، إلا أن ذلك قد لا يتحقق مستقبلا⁶، مما يؤدي إلى ضياع أموال الأشخاص بأبخس الأثمان⁷.

أما السبب الثاني في منع بيع الوفاء، فيكمن في مخالفته لأحكام الرهن الرسمي، والذي لا يترتب عنه خروج ملكية أو حيازة العين المرهونة من يد المدين الرهن، وكذا أحكام الرهن الحيازي، والتي تقضي بتجريد المدين من الحيازة، مع بقاءه متمتعا بحق الملكية⁸.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 235. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 488.

² - ينظر على سبيل المثال: المادة 396 من القانون المدني الجزائري.

³ - ينظر على سبيل المثال: المادة 473 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

⁴ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 144.

⁵ - أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 322.

⁶ - سمير تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 350.

⁷ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 164.

⁸ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 239-240.

وقد رأى بعض الفقه الفرنسي أن تكريس حق العدول للمستهلك، يعتبر إحياء لفكرة بيع الوفاء؛ أي أن العقد المتضمن حق العدول قد يتم مع خيار الاسترداد¹.

إلا أنه التمعن جددا في النظامين، يكشف عن وجود فوارق بين بيع الوفاء والبيع المتضمن حق العدول، مما يحول دون اعتبار حق العدول بمثابة إحياء لفكرة بيع الوفاء. وتتمثل تلك الفوارق بين النظامين فيما يلي:

- فمن حيث مصدر كل منهما، فإن كان مصدر بيع الوفاء هو اتفاق المتعاقدين، فإن العدول عن العقد يجد مصدره في القانون².

- ومن حيث صاحب الحق في الاسترداد في بيع الوفاء، فهو البائع وليس المشتري، أما صاحب الحق في العدول في عقد البيع الاستهلاكي فهو المشتري³.

- كما أن حكم بيع الوفاء هو البطلان في العديد من التشريعات العربية، أما حق المستهلك في العدول عن العقد، فقد تم تكريسه في العديد من هذه التشريعات⁴.

- إضافة إلى أن تقرير حق الاسترداد يكون مقابل مبلغ معين، أما بالنسبة لحق العدول، فإن ممارسته تكون بصورة مجانية⁵.

ثالثا- إرجاع حق العدول إلى فكرة الشرط كوصف من أوصاف الالتزام:

يرى أصحاب هذا الرأي ربط حق العدول مع فكرة الشرط؛ أي أن هذا الحق لا يعدو أن يكون تطبيقا لفكرة الشرط كوصف للالتزام. ويقصد بالشرط كوصف من أوصاف الالتزام بأنه: "أمر مستقبل غير محقق الوجود"⁶، ويترتب عن وقوع الشرط؛ إما وجود الالتزام، أو زواله⁷، فإن كان يترتب عن وقوع الشرط

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

² - المرجع نفسه، ص.333.

³ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.144.

⁴ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.333. محمد جريفي، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص.228.

⁵ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.144.

⁶ - سمير تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.279.

⁷ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.940.

وجود الالتزام كان ذلك الشرط واقفا¹، أما إذا كان يتوقف عن وقوع الشرط زوال الالتزام، اعتبر الشرط فاسخا².

. وقد نص المشرع الجزائري على الشرط باعتباره وصفا من أوصاف الالتزام من المادة 203 إلى المادة 208 من القانون المدني الجزائري.

ويرى بعض الفقه، أن فكرة العدول ترجع إلى نظرية الشرط باعتباره وصفا من أوصاف الالتزام؛ وذلك للتشابه الكبير بين حق العدول، والعقد المعلق على الشرط بنوعيه؛ سواء كان واقفا، أم فاسخا. ففي حالة الشرط الواقف يعتبر العقد منعقدا، ومعلقا على شرط واقف؛ وهو اختيار المستهلك إمضاء العقد بعد انقضاء أجل العدول، أما في حالة الشرط الفاسخ فإن بقاء العقد مرهونا بعدم سحب المستهلك لقبوله السابق خلال مهلة العدول³. وبعبارة أخرى فإنه في حالة الشرط الواقف يكون للعقد وجود قانوني دون فاعلية إلى غاية تحقق الشرط، أما في حالة الشرط الفاسخ فيعتبر العقد قائما، ومرتباً لآثاره، لكنه يكون مهدداً بالزوال حال تحقق الشرط، وهذا الوضع هو قريب من العقد المتضمن حق العدول؛ حيث يكون للعقد في حالة العدول وجودا قانونيا، إلا أنه يبقى غير لازم بالنسبة للمستهلك؛ فيجوز العدول عنه بممارسه حقه المقرر قانونا⁴.

إلا أن التحليل الدقيق لهذا الرأي يظهر بوضوح اختلاف حق العدول عن العقد المعلق على شرط من عدة نقاط:

- فمن حيث مصدر كل منهما، فإن مصدر الشرط هو اتفاق الطرفين، أما مصدر حق العدول فهو القانون⁵.

- كما أن فكرة الشرط تعبر عن واقعة مستقبلية خارجة عن نطاق إرادة الطرقي، أما حق العدول فهو تعبير عن إرادة منفردة للمستهلك⁶، كما أنه يتعلق بالتراضي المكون للعقد ذاته⁷.

¹ - أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 194.

² - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 34.

³ - أشرف محمد زرق قايد، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 951.

⁴ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 327.

⁵ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 219.

⁶ - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص. 190. الهامش رقم 05.

⁷ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 221.

- إضافة إلى كون أن التسليم باعتبار العقد المتضمن حق العدول عقدا معلقا على شرط، فإن ذلك الشرط سيكون شرطا إراديا، وهو ما يتعارض مع القواعد العامة في الشرط، والتي تقضي بأن لا يكون الشرط الواقف متوقفا على محض إرادة الملتزم¹. وهذا ما نصت عليه المادة 205 من القانون المدني الجزائري.

ويتبين من خلال مقارنة حق العدول مع مختلف النظم التقليدية، أن هذا الحق، هو حق مستقل عن تلك المفاهيم التقليدية، فهو قائم بذاته، والقانون هو مصدره، بخلاف تلك الأنظمة، التي يعتبر الاتفاق مصدر إنشائها، كما تعتبر نصوصه قواعد آمرة، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها².

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق العدول

لقد ظهر اتجاه ينادي باعتبار العدول حقا بمفهوم القانون المدني، ثم اختلف بعد ذلك في تحديد نوع الحق، فمن الفقهاء من قال باعتبار العدول حق عيني، ومنهم من قال بالطابع الشخصي لحق العدول. ولم تقف الاختلافات الفقهية عند هذا الحد، بل هناك من رأى عدم الأخذ بالرأي السابق، واعتبار العدول رخصة مقررّة لمصلحة طرف معين. وأخيرا يرى الاتجاه الغالب أن حق العدول هو حق إرادى محض ذو طابع خاص. وسنعرض لكل هذه الاتجاهات فيما يلي:

أولا- العدول عن العقد حق:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العدول حق بمفهوم القانون المدني ممنوح للمستهلك، يمكنه من الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة. إلا أن أصحاب هذا الرأي قد انقسموا على رأيين؛ أحدهما يرى أن العدول حق شخصي، بينما يرى البعض الآخر أن العدول حق عيني.

1- العدول عن العقد حق شخصي:

يعرف الحق الشخصى أو الالتزام بأنه: "رابطة أو علاقة قانونية تجمع بين شخصين ومقتضاها يلتزم أحدهما، ويسمى المدين، بأن يؤدي للآخر، ويسمى الدائن، عملا معيناً، أو يتمتع لصالحه عن أداء عمل معين"³.

¹ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.144.

² - أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.140.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.05.

وتسمى العلاقة القانونية بالالتزام، إذا تم النظر إليها من جانب المدين، في حين يطلق عليها تسمية حق الدائنية أو الحق الشخصي إذا تم النظر إليها من جانب الدائن¹. وتخول هذه العلاقة للدائن بمطالبة المدين، إما إعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل². ويرى بعض الفقه أن حق العدول هو حق شخصي ممنوح للمستهلك؛ وذلك تأسيسا على أن العلاقة بين المهني والمستهلك، هي علاقة شخصية تمنح لكليهما حقوقا في مواجهة الآخر³. وعند التأمل في حق العدول، فإنه ينشأ بالاعتماد على الرابطة العقدية بين الدائن والمدين، وتلك العلاقة موجودة بين من تقرر حق العدول لمصلحته -وهو المستهلك- وبين من يتم استعمال هذا الحق في مواجهته -وهو المحترف- وهذا ما يدفع إلى القول بخضوع الثاني للأول⁴. إلا أن هذا الرأي قد تعرض للعديد من الانتقادات أهمها:

- أن صاحب حق العدول لا يمتلك السلطات التي تثبت للدائن في مواجهة المدين في إطار الحق الشخصي؛ ذلك أن المستهلك -وهو صاحب حق العدول- لا يملك أي سلطة في مواجهة المحترف، بل كل ما يثبت له هو الحق في الرجوع عن العقد بالإرادة المنفردة بعد تمامه⁵. وبالتالي فلا يمكن مطالبة المحترف تبعا لذلك بأي عمل؛ سواء كان إيجابيا، أم سلبيا⁶؛ إذ لا يستلزم تدخل المدين -وهو المحترف- من أجل ممارسة حق العدول؛ حيث يكون للمستهلك العدول عن العقد، حتى ولو رفض الطرف الآخر ذلك⁷.

2- العدول عن العقد حق عيني:

يرى الاتجاه الثاني في الرأي القائل بأن العدول هو حق بمفهوم الحقوق المتعارف عليها في القانون المدني، بأن العدول هو حق عيني.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 11.

² - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 02.

³ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 143.

⁴ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 131.

⁵ - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 288.

⁶ - محمد الأمين نويري وعبد الحق لحذاري، حق المستهلك في العدول عن عقد الاستهلاك في ظل القانون رقم 09/18-بين الضرورة والتقييد، المرجع السابق، ص. 235.

⁷ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 131.

وينطلق أنصار هذا الرأي من اقتراب مفهوم العدول من الحق العيني؛ باعتبار أنه يقع على عين معينة- وهي السلعة أو الخدمة محل العدول- كما يتيح هذا الحق للمستهلك التملص من العقد، مما يشكل سلطة مباشرة للمستهلك على الشيء محل العدول¹، وتمارس هذه السلطة نتيجة تبعية الشيء لصاحب الحق -وهو المستهلك- مما يمكنه من التمتع بحقه، والاحتجاج بها على الكافة². وعلى غرار الرأي الأول، فقد تم انتقاد هذا التوجه، على أساس أن وظيفة العدول تقتصر على تمكين المستهلك من نقض العقد بإرادته المنفردة، ولا يمنح له أي سلطة على المنتج محل العدول³، سواء كانت تلك السلطة متمثلة في التصرف، أم الاستعمال، أم الاستغلال لتلك العين محل العدول⁴.

ثانيا- العدول عن العقد رخصة:

نتيجة للانتقادات الموجهة للرأي السابق، والذي كيّف العدول بأنه حق، ظهر رأي آخر يرى عدم اعتبار العدول حقا؛ سواء كان حقا شخصيا، أم حقا عينيا، بل هو مجرد رخصة منحها المشرع للمستهلك، باعتباره طرفا ضعيفا في العقد الاستهلاكي، في مواجهة الطرف الآخر -وهو المحترف- والذي يفوق المستهلك خبرة، وقوة اقتصادية، وتتيح هذه الرخصة للمستهلك العدول عن العقد، دون التزامه بتبرير موقفه، كما لا يشترط لممارسة هذه الرخصة إخلال المحترف بالتزامه⁵. وهذا الرأي لم يسلم بدوره من النقد؛ إذ يرى خصومه أنه لا يمكن اعتبار العدول رخصة؛ ذلك أن الحال في الرخصة -ومثالها رخصة حرية التعاقد- أنه إن اختار شخص التعاقد مع آخر، فإن للطرف الآخر رفض ذلك التعاقد كقاعدة عامة؛ إذ تثبت له الرخصة في رفض التعاقد، مثلما قد تثبت للطرف الأول باختيار التعاقد، بخلاف حق العدول، فإن استعمل المستهلك حقه في العدول، فما على الطرف الآخر -وهو المحترف- إلا الخضوع لتلك الإرادة، ولا يكون له مواجهة ذلك بالرفض⁶.

¹ - زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.218.

² - خالد مصطفى فهمي، حماية المستهلك في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.143.

³ - حنان أوشن ومحمد شاهين صهيب ياسر، العدول بين الضمانة وقواعد حماية المستهلك الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد 3، العدد 4، ديسمبر 2020، ص.155.

⁴ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.132.

⁵ - زاهية سي يوسف، حق العدول عن العقد آلية حامية للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.17.

⁶ - فاتح بملولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.288-289.

- كما أن الرخصة تثبت لكافة الناس، ولا يختص بها شخص معين فقط، على غرار رخصة حرية التعبير، وحرية التعاقد، كما أنها لا تثبت لسبب معين بذاته؛ بل تثبت بواسطة القانون لكافة الناس¹، أما حق العدول فقد بيّن سابقا أن إقراره قد كان لمصلحة طائفة معينة فقط.

ثالثا- العدول عن العقد حق إرادي محض:

يرى أصحاب هذا الرأي -وهو الرأي الراجح- إلى أن حق العدول ينتمي إلى طائفة ثالثة من الحقوق ظهرت حديثا، تدعى الحقوق الإرادية المحضة، فلا هي حقوق شخصية، ولا هي حقوق عينية². وبالتالي فإن العدول يحتل مرتبة وسطى بين الحق والرخصة، وتتيح هذه المرتبة لصاحبها أكثر من مجرد الرخصة، وأقل من الحق³، وتنتمي هذه الأنواع من الحقوق إلى المكن القانونية الفاسخة، أو المنهية⁴، أو هي حق إرادي محض يكون للمستهلك بموجبه التحكم في مصير العقد؛ إذ يكون له الحق في إتمام العقد، أو نقضه⁵.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقد المقترن بحق العدول

بعد أن قمنا باستعراض الآراء الفقهية المتعلقة بالطبيعة القانونية لحق العدول، بقي لنا أن نتعرض للطبيعة القانونية للعقد محل العدول. وقد تعددت الآراء الفقهية في هذا المجال، فبينما يرى اتجاه فقهي بأن العقد محل العدول لا ينعقد إلا بعد فوات مهلة العدول، واعتبار مهلة العدول تبعا لذلك استثناء على مبدأ الرضائية، يرى اتجاه آخر أنه لا مانع من القول بانعقاد العقد محل العدول بمجرد قبول المستهلك، مع عدم اكتسابه الفاعلية إلا بعد انقضاء أجل العدول الممنوح للمستهلك للعدول، مما يؤدي إلى اعتبار حق العدول استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد. ومدلول الاتجاهين أن أحدهما يقول بعدم انعقاد العقد إلا بعد فوات مهلة العدول، أما ثانيهما فيقول بانعقاد العقد بمجرد تراضي الطرفين، وأن فترة العدول لا تعدو أن تكون مهلة يفقد خلالها العقد فاعليته، أو قوته الملزمة في مواجهة المستهلك.

¹ - إسماعيل خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.270.

² - محمد الطاهر أدمين، حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.32.

³ - علال قشاي، خيار العدول عن العقد ضمانا للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 57، العدد 4، 2020، ص.342.

⁴ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، ص.134.

⁵ - زاهية سي يوسف، حق العدول عن العقد، آلية حماية لمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.18. رشيدة أكسوم عيلام، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.373.

أولاً - الاتجاه القائل بعدم انعقاد العقد خلال مهلة العدول:

يرى هذا الاتجاه، أن إقرار حق العدول يحول دون تكوين العقد؛ أي أنه لا يمكن القول بتكوين العقد، ما لم ينقض أجل العدول الممنوح للمستهلك¹. وبهذا يقترب حق العدول حسب هذا الرأي من مهلة التروي، إلا أن الفرق بينهما يكمن في التزام المستهلك في حالة حق العدول بإبداء عدم قبوله إذا ما أراد التملص من العقد².

وينطلق أصحاب هذا الرأي من ضرورة الإقرار بفكرة تكوين العقد على مراحل متعاقبة، فحسب هذا التوجه، فإن عقود الاستهلاك لم تعد تنعقد بمجرد تراضي الطرفين، وفقاً لما هو متعارف عليه في القواعد العامة، بل إن انعقادها أصبح يمر على مراحل متعاقبة، وتبدأ هذه المراحل بصدور القبول، وتنتهي بانتهاء مهلة العدول. وبالتالي فإن ما يصدر عن المستهلك هو إرادتين بدلاً من إرادة واحدة، تتمثل الأولى في قبوله التعاقد مع الطرف الآخر، أما الثانية فتتمثل في تأكيده لهذا القبول بعد نهاية المهلة المحددة للعدول. ومن ثم فإذا رفض المستهلك تأكيد قبوله، أو قام بسحب قبوله خلال فترة التروي، فإن ذلك يحول دون انعقاد العقد³. أما إذا قام المستهلك بتأكيد قبوله السابق، فإنه ينتج عن ذلك قيام العقد منذ لحظة إصدار هذا القبول الثاني، وعلم الطرف الآخر به، دون أن يكون لهذا التعبير أثراً رجعيًا⁴. فوفق هذا الرأي، فإنه في العقد محل العدول لا يكفي وجود الإرادة عند إبرام التصرف؛ بل يشترط بقاؤها خلال مهلة معينة⁵؛ باعتبار أن حق العدول يمنع من التكوين الفوري للعقد؛ إذ يكون ذلك بصفة تعاقبية⁶. وبعبارة أخرى، فإن العقد المقترن بحق العدول لا يعتبر عقداً نهائياً، ما دام لم تنقض مهلة العدول الممنوحة للمستهلك بعد⁷.

¹ - Mohamed Lachachi, les aspects de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.214. Yousef Shandi, la formation du contrat a distance par voie électronique, op. cit, p.162.

² - Nathalie Moreau, la formation du contrat électronique, op. cit, p.64.

³ - أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.954.

⁴ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.222-223.

⁵ - فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص.229.

⁶ - Yousef Shandi, la formation du contrat a distance par voie électronique, op. cit, p.162.

⁷ - علّال قشاي، خيار العدول عن العقد ضماناً للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.342.

ويرجع سبب تبني هذا الرأي إلى كون المستهلك في هذه الحالة عادة غير مؤهل لإبرام عقد فوري؛ نظرا لعدم خبرته بأمور التعاقد، وعدم استشارته من قبل ذوي الخبرة أثناء إبرام العقد، وذلك على خلاف المحترف، مما أدى إلى تدخل القانون، وتنظيم عملية التعاقد من خلال إقرار حق العدول¹. ويعود أساس هذه النظرية إلى الفكر الجرماني، وإلى نظرية **punctuation**. ومضمون هذه النظرية أن الاتفاق على بعض عناصر العقد دون الأخرى يعد مرحلة من مراحل تكوين العقد، وليس العقد النهائي².

وبناء على ذلك، يرى هذا الاتجاه الفقهي أن حق العدول يرد على عقد لم يكتمل تمامه بعد؛ ذلك أن رضا المستهلك لم يكن ناضجا بما فيه الكفاية، مما يحول دون إبرامه العقد بكل أمان. وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى كون أن توقيع المستهلك لا يعتبر كافيا لإبرام عقد بشكل صحيح؛ باعتبار أن ذلك التوقيع قد صدر من صاحبه دون امتلاكه لتصور دقيق بخصوص العقد، وهو ما يمنع من تلاقي إرادته مع الطرف الآخر. وقد اعتبر فقهاء هذا الاتجاه أن العقد خلال مهلة العدول لا يزال في حالته الجنينية، وأن خروجه إلى الحياة القانونية مرهون بإرادة صاحب حق العدول³.

إلا أن أنصار هذا الرأي - وإن أقرروا بعدم انعقاد العقد خلال فترة العدول - إلا أنهم لم يجردوا الرضا الصادر في تلك الفترة من أية آثار قانونية، فهو وإن لم يكف لإبرام العقد، إلا أن قيمته القانونية تستمد من كونه العامل الأساسي في العلاقة العقدية؛ إذ بمجرد انتهاء الفترة المقررة للعدول دون استعمال المستهلك لحقه في العدول، فإن ذلك يعني احتفاظ المتعاقد برضاه الأول، ومن ثم يتم تثبيت العقد نهائيا⁴. ورغم أن هذه النظرية قد سعت إلى تقديم تفسير مقبول لطبيعة العقد محل العدول، إلا أنها لم تلق إجماعا فقهيًا؛ ذلك أن القول بانعقاد العقد على مرحلتين لا يستند إلى أساس قانوني؛ باعتبار أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى تجزئة التراضي إلى عناصر شخصية، وأخرى موضوعية، والواقع عكس ذلك؛ إذ لا

¹- Mohamed Lachachi, les aspects de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.214.

²- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.142.

³- أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول، المرجع السابق، ص.140.

⁴- منى أبو بكر الصديق، الحق في الرجوع كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، المرجع السابق، ص.824-825.

يمكن انقسام التراضي؛ لأنه يعتبر وحدة واحدة، والعقد ينقسم حقيقة بمجرد توافق الإرادتين، غاية ما في الأمر أنه يكون غير لازم بالنسبة للمستهلك؛ إذ يجوز له الرجوع عنه بإرادته المنفردة¹.

كما أن القول بهذا الرأي يؤدي إلى الخلط بين حق العدول ومهلة التفكير السابقة على التعاقد؛ ذلك أن القول بعدم انعقاد العقد إلا بعد فوات مهلة العدول هو في الحقيقة وصف ينطبق على مهلة التفكير، وليس على حق العدول؛ إذ إن الغاية من إقرار كل آلية من الآلتين (مهلة التفكير وحق العدول) مختلف عن الآخر، فبينما يكمن الهدف من مهلة التفكير هو حماية رضا المستهلك قبل إبرام العقد، فإن الهدف من حق العدول هو ضمان تثبيت رضاه بالعقد الذي أقدم على إبرامه².

وما يؤكد ذلك هو طبيعة النصوص المنظمة لحق العدول، والتي غالبا ما تتحدث عن إبرام العقد، وما يجب أن يتضمنه من بيانات، وما يتم إعداده من نسخ، ويكون ذلك من وقت قبول المستهلك، وهو ما يفصح عن نية المشرع باعتبار العقد منعقدا بمجرد القبول³. والقول بتدرج القبول يؤدي إلى منع تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد؛ لعدم اكتمال القبول، وهو ما يخالف طبيعة هذه العقود، والتي توجب الوفاء بمجرد إبرام العقد؛ سواء من قبل البائع الذي يلتزم بتسليم المبيع، أم من قبل المشتري الذي يلتزم بدفع الثمن، فتنفيذ الالتزامات دليل على تمام العقد؛ ذلك أن التراضي هو ركن أساسي في العقد، ولو لم يكن هناك قبول أدى إلى تراضي الطرفين، لما أمكن القول بوجود العقد، ومن ثم تنفيذ الالتزامات تبعا لذلك⁴. حيث أن التشريعات المنظمة لحق العدول لم تمنع المستهلك من تنفيذ العقد، غاية ما في الأمر أنها أعطت له السلطة التقديرية بين إمضاء العقد أو العدول عنه خلال مهلة معينة، مما يدل على وقوع التراضي بمجرد صدور الإرادة الأولى عند التعاقد⁵، كما أن النصوص المنظمة لحق العدول كثيرا ما تستعمل مصطلح فسخ العقد عند تنظيمها لحق العدول، مما يؤكد تعلق حق العدول بعقد قائم منذ لحظة توافق الإرادتين⁶.

وبناء على ذلك، يجب اعتبار العقد المتضمن مهلة العدول عقدا قائما صحيحا، رغم ما قد يعتريه من نقص، واحتمال الرجوع فيه؛ باعتبار أن القواعد العامة نفسها تتوافر على حالات مشابهة. ومثال ذلك

¹ - يسن سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص.100.

² - مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، المرجع السابق، ص.202.

³ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.223.

⁴ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.148.

⁵ - سميرة زوية، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص.74.

⁶ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.223.

تعيب الإرادة لدى أحد طرفي العقد، أو تضمن العقد لشرط تعسفي، أو وجود غبن أدى إلى اختلال توازنه المادي، ففي مثل هذه الحالات لم يمنع الخلل الذي أصاب العقد أو أحد المتعاقدين من اعتبار العقد صحيحا، منتجا لآثاره¹.

ثانيا- الاتجاه القائل بانعقاد العقد خلال مهلة العدول:

خلافًا للاتجاه الأول، يرى أصحاب هذا الرأي أن حق العدول يرد على عقد تام، ومكتمل الأركان، وأن استعمال حق العدول يؤدي إلى زوال العقد². ويرى أصحاب هذا الرأي أن الإقرار التشريعي لحق العدول من شأنه تمديد فترة تروي المستهلك إلى ما بعد التعاقد³.

وينطلق أنصار هذا الاتجاه من ضرورة الفصل بين تكوين العقد وبين فعاليته، فلكي يعتبر التصرف صحيحا، يكفي أن تتوفر فيه الشروط الواجب توافرها في أي تصرف من تراضي، ومحل، وسبب. إلا أن صحة التصرف لا تعني بالضرورة فعاليته، وبعبارة أخرى، فإنه لا يعتبر كل تصرف استوفى شروط انعقاده قابلا للتنفيذ تلقائيا، بل يجب أيضا توافر عناصر خارجة عن العلاقة العقدية⁴.

وهكذا، فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن التمييز بين تكوين العقد وفعاليته، هو السبيل لإعطاء تفسير مقنع لحق العدول، فبتوافق الإرادتين ينعقد العقد صحيحا، إلا أن المشرع، وسعيا منه لحماية المستهلك، قد أعفاه من قوة العقد الملزمة خلال مهلة العدول، فإذا انقضت تلك المدة دون استعمال المستهلك لحقه في العدول، فإن ذلك يؤدي إلى تثبيت العقد، واكتسابه القوة الملزمة في مواجهة طرفي العقد على السواء، أما إذا عدل المستهلك عن العقد خلال المهلة القانونية مستعملا حقه القانوني، فإنه ينتج عن ذلك انقضاء العقد⁵.

¹ - أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول، المرجع السابق، ص. 141.

² - Mohamed Lachachi, les aspects de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.213.

³ - Apo Alleme, la protection du consommateur a l'épreuve des technologie de l'information, op. cit, P.60.

⁴ - فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 231.

⁵ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 362.

ووفقا لهذا التحليل، فإنه يترتب عن إقرار حق العدول فقد العقد فاعليته خلال المهلة القانونية لممارسة حق العدول¹.

ومن خلال ما سبق، يتضح أن حق العدول هو استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو استثناء ممنوح للمستهلك من طرف القانون، وفقا للمبادئ المقرر بهذا الصدد، شأنه شأن بعض العقود التي منح فيها القانون لأحد طرفيها، أو لكليهما حق نقض العقد، كالوكالة، والعارية، والوديعة². وهذا بخلاف للمحترف الذي يبقى ملزما بالعقد بمجرد إبرامه³.

ويرجع سبب خروج القانون عن المبدأ العام، وإعطائه حق العدول للمستهلك، بالنظر لكونه طرفا ضعيفا مقارنة بالمحترف، ولما كانت القواعد العامة قاصرة، وعاجزة عن حماية المستهلك في هذه الحالة، فلم يجد المشرع بدا من الخروج عنها، ومنحه حق العدول للمستهلك حماية له. وبناء على ذلك، فإن حق العدول هو استثناء قانوني من مبدأ القوة الملزمة للعقد⁴.

وتجدر الإشارة، إلى أن الفصل بين تمام العقد، وبين تمتعه بقوة الإلزام، هو أمر مسلم به في الفقه الإسلامي، الذي يميز من ناحية الصحة بين العقد الصحيح وغير الصحيح، ثم يميز في نطاق العقد الصحيح بين العقد النافذ اللازم، وهو الذي اكتسب قوة الإلزام، وبين العقد غير النافذ أو الموقوف، وهو العقد الذي استوفى شروط الانعقاد، دون شروط النفاذ، مما يجعل آثاره موقوفة على إجازة أحد طرفيه، أو من الغير بحسب الأحوال، وأخيرا يميز الفقه الإسلامي بين العقد اللازم والعقد غير اللازم أو الجائز، وهو عقد صحيح؛ لكن يجوز لأحد طرفيه أو كليهما الرجوع عنه بعد تمامه بالإرادة المنفردة⁵.

هذا، وتجدر الملاحظة إلى أن الأنظمة القانونية الوضعية قد أخذت هي الأخرى ببعض الأحكام التي تعتبر تطبيقا لفكرة العقد غير اللازم المعروفة في الفقه الإسلامي؛ حيث أجازت في بعض الحالات لطرف في العقد التملص منه بإرادته المنفردة⁶، ودون رضا الطرف الآخر، وهذا هو جوهر فكرة العقد غير

¹ - Mohamed Lachachi, les aspects de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.213. Yousef Shandi, la formation du contrat a distance par voie électronique, op. cit, p.162.

² - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.145.

³ - Mohamed Lachachi, les aspects de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.213. Climent Le Bideau, engagement et désengagement contractuel, op. cit, p.265.

⁴ - مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، المرجع السابق، ص.203.

⁵ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ص.224.

⁶ - ينظر على سبيل المثال: المواد 564 و587 و588 من القانون المدني.

اللازم أو الجائز في الفقه الإسلامي. إلا أنه ورغم تبني تلك التشريعات بعض التطبيقات لفكرة العقد غير اللازم ذلك، فإنها لم تصل إلى تقرير نظرية عامة مكتملة الأركان والأحكام للعقد غير اللازم على غرار الفقه الإسلامي¹.

وبناء على ما سبق، فإن تفسير حالة العدول في الفقه الإسلامي -وبخلاف القانون الوضعي- لا يثير أية صعوبة؛ ذلك أن فكرة العقد غير اللازم أو الجائز كافية لاستيعاب حالات العدول. وعليه يمكن القول إنه في الحالات التي يعطي فيها المشرع للمستهلك الحق في العدول، فإننا نكون أمام عقد صحيح، ونافذ، ولكنه غير لازم لأحد طرفيه؛ إذ يجوز له العدول عنه بعد تمامه خلال مدة معينة². وبذلك تعد فكرة العقد غير اللازم وصفا حقيقيا للعقد المقترن بحق العدول؛ إذ تعتبر ذات طابع استثنائي ومؤقت، فهي استثنائية؛ باعتبار أنها تخالف الأصل العام -والمتمثل في مبدأ القوة الملزمة للعقد- أما كونها مؤقتة، فذلك باعتبار أن انتهاء مهلة العدول دون ممارسة المستهلك لحقه يؤدي إلى تثبيت العقد، وجعله لازما في مواجهة المستهلك³.

المطلب الثالث: الضوابط القانونية لممارسة حق العدول

رغم حرص معظم تشريعات الاستهلاك على تنظيم حق العدول، سعيا منها لتكريس حماية فعالة لاحقة على التعاقد للمستهلك، إلا أن ذلك لا يعني جعل حق العدول على إطلاقه، بل إن ممارسة هذا الحق مرهون بضوابط معينة؛ سواء من حيث نطاق الحق (الفرع الأول)، أو من حيث آثاره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نطاق حق العدول

نظرا لأن حق العدول استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وأن الاستثناء يقدر بقدره، ولا يجوز التوسع فيه، فقد سعت تشريعات الاستهلاك المنظمة لهذه الآلية إلى تحديد نطاق هذا الحق، سواء من حيث الأشخاص المخول لهم ممارسته، أم من حيث العقود التي يرد عليها العدول، أم من حيث المدة الواجب ممارسته خلالها.

¹ - منى أبو بكر الصديق، الحق في الرجوع كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، المرجع السابق، ص. 833.

² - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 225-226.

³ - منى أبو بكر الصديق، الحق في الرجوع كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، المرجع السابق، ص. 833.

أولاً- النطاق الشخصي حق العدول:

يعتبر المستهلك¹ هو المخول له ممارسة حق العدول؛ ولذلك وجب لإعمال حق العدول أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا، وهذا ما يخرج عن مجال تطبيق حق العدول، العقد الذي يكون طرفيه من طائفة المحترفين²؛ باعتبار أن حق العدول ليس حقا تبادليا؛ بمعنى أنه لا يستفيد منه طرفي العقد على السواء، بل يثبت فقط للمتعاقد الذي أراد القانون حمايته من خلال إقرار هذه الآلية³.

وعلى ذلك، لا يعتبر المحترف الذي يتعاقد لغاية مهنية معنيا بآلية العدول؛ إذ رأت تشريعات الاستهلاك قصر هذه الحماية على المستهلك فقط، دون المحترف، الذي يعتبر قادرا على حماية مصالحه بنفسه⁴؛ إذ يلاحظ أن لصفة المتعاقدين دورا هاما في تحديد نطاق العدول من حيث الأشخاص⁵.

¹ - يتنازع تعريف المستهلك لدى تشريعات الاستهلاك اتجاهان؛ أولهما: يرى توسيع مفهوم المستهلك ليشمل كل من يتعاقد لغرض الاستهلاك؛ أي اقتناء أو استعمال مال أو خدمة، وبذلك يستوي من يقتني سيارة مثلا لاستعماله الشخصي أو المهني. وقد استند أنصار هذا الاتجاه في تبرير موقفهم إلى أن الضغط الاقتصادي يثبت لكل شخص تعاقد خارج اختصاصه، ولو كان ذلك لأغراض مهنية، أما ثانيهما: فذهب إلى التضييق من مفهوم المستهلك؛ إذ يرى أن صفة المستهلك لا تثبت إلا لشخص تعاقد لإشباع حاجته الشخصية أو العائلية، وبالتالي فلا يعتبر مستهلكا في نظر هذا الاتجاه من تعاقد لغرض مهني، أو لغرض مزدوج. يراجع: محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.22-23. رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، ص.17 وما بعدها. إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.33-34. وقد تبني المشرع الجزائري صراحة الموقف الثاني المضيق، ويمكن استنتاج ذلك من خلال استقراء المواد: 2/3 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المادة 1/3 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. وكذا المادة 3/6 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية. حيث نصت المادة 2/3 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي: "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني". كما قضت المادة 1/3 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بما يلي: "... المستهلك: 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 به"، وفي نفس التوجه نصت المادة 3/6 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على ما يلي: "... المستهلك الإلكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي..."

² - نصيرة خلوي، الحماية المدنية للمستهلك عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، المرجع السابق، ص.293.

³ - Mohamed Lachachi, les aspects juridiques de la phase precontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.215.

⁴ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني: دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي لحماية المستهلك، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة السادسة، العدد 04، ديسمبر 2018، ص.203.

⁵ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.162.

ويبرر الفقه موقف التشريعات في قصر حق العدول على المستهلك فقط، إلى قلة خبرته، مقارنة بالمحترف، والذي لا يوجد ما يبرر استفادته من هذه الآلية¹؛ باعتباره يتمتع بخبرة تعاقدية، وقوة فنية، واقتصادية تغنيه عن حق العدول، كما أن هدف المحترف دائما هو السعي إلى إتمام التعاقد، وليس الرجوع عنه، لا سيما أن العقد يعتبر نافعا له في كل الأحوال، ولا يضار منه شيئا.

وقد نصت مختلف التشريعات على هذا الشرط منها: المادة 2/19 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري رقم 09/18 المعدل والمتمم للقانون رقم 03/09: "...حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب..."، والمادة 20 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي: "...يمكن للمستهلك العدول عن الشراء..."، والمادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني: "يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفق أحكام هذا الفصل، العدول عن قراره بشراء السلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة..."، والمادة 36 من القانون المغربي رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك: "للمستهلك أجل: سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع...".

وبالنسبة للتشريعات الغريبة، نجد المادة ل.222-7 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي نصت بدورها على هذا الشرط².

ثانيا- النطاق الموضوعي لحق العدول:

رغم نص تشريعات الاستهلاك على حق العدول، إلا أنها فضلت عدم التوسع فيه، وجعله شاملا لكل العقود، لذا فقد تم تحديد نطاق العقود المعنية بممارسة هذا الحق من قبل تلك التشريعات، وذلك عن طريق تنظيم خاص يقدره المشرع، ويقدر بذلك العقود الواجب إعطاء المستهلك فيها حق العدول، كما يقوم أيضا بإخراج بعض العقود من نطاق حق العدول؛ وذلك إما لطبيعة محلها، أو نظرا لظروف إبرامها، أو الفترة الزمنية المتعلقة بها، وغير ذلك من الظروف³.

وبناء على ذلك، فإن حق العدول لا يشمل جميع العقود، بل إن هناك عقودا معينة خصصها المشرع بهذا الحق، ومن بينها العقود المبرمة عن بعد؛ ذلك أن مثل هذه العقود لا تعطي للمستهلك الفرصة لرؤية السلعة قبل التعاقد عليها، كما يشمل حق العدول أيضا تلك العقود المبرمة خارج المحلات التجارية، أو

¹ - نصيرة خلوي، الحماية المدنية للمستهلك عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.294.

² - art 222-7 du code de consommateur français dispose: "le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation...".

³ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، ص.155.

العقود المنزلية؛ باعتبار أن هذه العقود تتم في مكان تواجد المستهلك، فهو بتفاجيء بها؛ نظرا لعدم استعدادده المسبق لإبرامها.¹

ويستثنى من تطبيق حق العدول بعض العقود، نصت عليه المادة 16 من التوجيه الأوروبي 83-2011، ومن هذا حذوها من تشريعات، وتمثل فيما يلي:

- الخدمات التي يتم تنفيذها بالكامل قبل نهاية المدة، أو تنازل المستهلك فيها صراحة عن حقه في الرجوع عن التعاقد.

- السلع أو الخدمات التي يتعرض سعرها لتقلبات السوق.

- السلع المعدة حسب مواصفات المستهلك، أو بناء على اعتبارات شخصية.

- السلع السريعة التلف أو الفساد.

- السلع التي تم استعمالها من قبل المستهلك، ولا يمكن إعادتها لأسباب تعلق بالنظافة، أو الحماية الصحية.

- السلع التي يتم خلطها مع سلع أخرى بحكم طبيعتها، ويصعب إعادتها لحالتها الأصلية.

- أعمال الصيانة والإصلاح التي يتم القيام بها على وجه السرعة بمنزل المستهلك، وتغيير قطاع الغيار المطلوبة، والأعمال الضرورية استجابة لحالة الطوارئ.

- التسجيلات الصوتية، أو برامج الفيديو، أو برامج الكمبيوتر، والتي يتم فتحها، واستعمالها من قبل المستهلك.

- عقود توريد الجرائد، والدوريات، والمجلات، باستثناء تلك التي تخضع لنظام الدفع المسبق.

- العقود المبرمة عن طريق المزاد العلني.

- خدمات الإقامة، ونقل السلع، وتأجير السيارات، والمطاعم، والأنشطة الترفيهية، والتي يتم تقديمها خلال فترة دورية محددة.

- توريد المحتوى الرقمي الذي لا يحتوي على وسيط ملموس، والذي يتم تنفيذه بناء على موافقة صريحة من طرف المستهلك؛ حيث يتنازل صراحة على حقه في العدول.

ويرجع سبب استثناء هذه العقود من مجال حق العدول إلى المبررات التالية:

¹ - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.302.

- وبالنسبة لاستثناء عقود الخدمات التي تم البدء في تنفيذها قبل انتهاء مهلة العدول الممنوحة للمستهلك، فإن الهدف منه يكمن في السعي إلى عدم الإضرار بالمهني، عن طريق عدول المستهلك بعد إفادته من تلك الخدمة¹.

إلا أن هذا الاستثناء لم يلق إجماعاً فقهيًا؛ إذ يرى البعض أن الأخذ به قد يؤدي بالمحترف إلى السعي على إقناع المستهلك بالحصول على الخدمة قبل انتهاء المهلة، مما ينتج عنه فقدان المستهلك لحقه في العدول. ومن أجل سد هذه الثغرة، فقد اقترح الفقه اشتراط أن يكون اتفاق المحترف مع المستهلك بشأن بداية الخدمة صريحاً، وأن يتم إعلام المستهلك بأن طلبه للخدمة خلال تلك المدة سيؤدي إلى تجريده من حق العدول، ويقع على المحترف إثبات علم المستهلك بذلك².

- وبالنسبة لاستثناء السلع سريعة التلف، أو السلع التي تتغير طبيعتها من حق العدول، فإن ذلك يرجع إلى اعتبار تلك السلع قابلة للتلف السريع في حالة عدم استخدامها خلال مدة قصيرة. ومثال ذلك السلع الاستهلاكية كالخضروات، والفواكه، واللحوم، والأسماك، وغيرها. فمن هذه السلع من يشترط استعمالها فوراً، كما أن منها ما يفسد بسرعة بمجرد وضعها بعيداً عن أماكن الحفظ، مما يجعل عملياً ممارسة العدول بشأنها أمراً صعباً³. أما بالنسبة للسلع التي لا يمكن إعادتها إلى طبيعتها، كالأدوية التي يتم تركيبها من محلولين، فذلك يرجع إلى تعذر إرجاعها إلى حالتها الطبيعية بعد تركيبها مع منتج آخر⁴.

- وبالنسبة للعقود الواردة على الصحف، والدوريات، والمجلات، فذلك يرجع إلى كون استعمال تلك السلع يكون خلال فترة معينة، وبمرور تلك الفترة الزمنية تفقد تلك السلع قيمتها، خصوصاً وأن حق العدول يمارس خلال مدة أطول نسبياً مقارنة بتاريخ صلاحية تلك الصحف والمجلات⁵.

- وبالنسبة للسلع التي يتم تصنيعها بناء على رغبة المستهلك، فإن ذلك يرجع إلى اشتراط المستهلك في مثل هذه العقود بعض المميزات الشخصية في السلع، ومن غير المعقول تمكينه بعد ذلك العدول؛ باعتبار أن الخصوصية التي تم تصميم المنتج بها بناء على رغبة المستهلك قد لا تتوافق مع رغبة مستهلك آخر، كما أنه من غير العدل تكليف المحترف البحث عن مستهلك آخر يرغب في المواصفات نفسها للسلعة

¹ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.164.

² - المرجع نفسه، ص.ص.164-165.

³ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.164.

⁴ - بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.231.

⁵ - بدیع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص.197.

محل العدول¹. وبالتالي فإن الاعتراف بحق العدول في هذه الحالة من شأنه جعل المحترف عرضة للأهواء الشخصية للمستهلك².

- وبالنسبة للعقود الواردة على السلع أو الخدمات التي تتقلب أسعارها، فإن ذلك يرجع إلى كون ممارسة العدول من قبل المستهلك يجعل المحترف ملزماً برد المبلغ الذي دفعه المستهلك عند التعاقد، والذي قد يكون مخالفاً لثمن السلعة أو الخدمة عند الرد³.

- وبالنسبة لاستثناء التسجيلات الصوتية، أو برامج الفيديو، أو برامج الكمبيوتر بعد فتحها، فإن ذلك يرجع إلى إمكانية إعادة نسخها من محتوياتها، أو تسجيلها، أو نقلها بأي طريقة أخرى، مما قد يمس بحقوق الملكية الفكرية؛ لأن الاعتراف بحق العدول في هذه الحالة قد يمكن المستهلك سيء النية من إرجاع تلك المنتجات بعد القيام بنسخها⁴. وهذا الحل ينسجم مع توجهات قوانين حماية الملكية الفكرية؛ إذ يبقى حق المستهلك في العدول قائماً طالما لم يتول نزاع الاختتام⁵.

ويلاحظ أن أساس معظم حالات منع العدول يرجع؛ إما لنزول المستهلك عن حقه في العدول، أو لاستحالة إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد⁶. وقد سعت تشريعات الاستهلاك من وراء ذلك إلى الموازنة بين حقوق المستهلك والتزامات المحترف، وطبيعة وخصائص السلع أو الخدمات، وبالتالي فإنها قد استبعدت بعض الحالات من مجال تطبيق حق العدول؛ كي لا يضار المحترف من جراء إعادة تلك السلع⁷.

وتجدر الإشارة، إلى أنه يجوز مخالفة القواعد المتعلقة بتلك الحالات، عن طريق الاتفاق بين المحترف والمستهلك على سريان حق العدول في تلك الاستثناءات، طالما أن الهدف من وراء ذلك هو منح حماية إضافية للمستهلك، خلافاً لحالة تنازله عن حق العدول⁸.

¹ نصيرة غزالي والعربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص.303-304.

² بدیع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص.197.

³ بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.231.

⁴ نصيرة خلوي، الحماية المدنية للمستهلك عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص.294-295.

⁵ بدیع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص.197.

⁶ نسرین محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.207.

⁷ خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.171.

⁸ المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص.168.

ثالثا- النطاق الزمني لممارسة حق العدول:

رغم حرص معظم تشريعات الاستهلاك على منح المستهلك حق العدول، إلا أنها لم تجعله أبدياً؛ إذ لو كان الأمر كذلك، لثبت للمستهلك العدول في أي وقت عن التعاقد، وهو ما يمس باستقرار المعاملات، ومبدأ الثقة بلا شك. ولذلك فقد أوجبت التشريعات ممارسة حق العدول خلال مهلة معينة، وإلا سقط حق المستهلك فيه.

وبناء على ذلك، يرى بعض الفقه أن شرط المدة يعتبر من أهم الشروط المتعلقة بالعدول؛ باعتبار أن هذا الحق يعدّ خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ من أجل ذلك وجب تحديد مدة العدول بدقة من طرف التشريعات المنظمة لهذه الآلية، فإذا انقضى الأجل المنصوص عليه دون ممارسة المستهلك خلاله لحقه في العدول سقط هذا الحق، واستقر العقد نهائياً، وأصبح لازماً في مواجهة طرفيه على السواء¹.

وقد نصت معظم التشريعات العربية والأجنبية على مهلة العدول منها²:

- الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي الذي نص على ما يلي: "...يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام، تحتسب: - بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد...".

- المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني: "...يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقاً لأحكام هذا الفصل، العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة، وذلك خلال عشرة أيام...".

- المادة 09 من التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011، والتي نصت على مهلة أربعة عشرة يوماً يثبت للمستهلك خلالها حق العدول.

- المادة ل 222 - 07 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي أعطت المستهلك مدة 14 يوماً لممارسه حقه في العدول³.

وتجب الملاحظة أن تشريعات الدول الأوروبية قد اختلفت في بداية الأمر حول مدة العدول، إلا أن ذلك لم يدم طويلاً؛ إذ قامت بتعديلها استجابة لرغبة الاتحاد الأوروبي في توحيد آجال العدول في دول

¹ - زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.ص. 223-224.

² - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، المرجع السابق، ص. 272 وما بعدها.

³ - art 222-07 du code de consommation français dispose: "le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétraction...".

الأعضاء، والتي حدد بأربعة عشرة يوماً، وذلك حسب نص المادة 09 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 83-2011¹. ومن بين التشريعات التي سارت على هذا النحو: المشرع الألماني بموجب الفقرة الثانية من المادة 355 من القانون المدني، وكذا المشرع الفرنسي مثلما سبق بيانه.

هذا، ولموضوع توحيد آجال العدول أهمية معتبرة؛ إذ من شأن ذلك تجنب النزاعات المستقبلية بسبب اختلاف الأحكام بين دول الأعضاء، كما يمكن المستهلك الإلكتروني من التمتع بالحقوق والضمانات نفسها التي يتمتع بها في دولته².

وتختلف كيفية احتساب المهلة المقررة للعدول باختلاف طبيعة المنتج سلعة كانت، أو خدمة، وهو ما نبينه فيما يلي:

1- مجال ممارسة العدول من حيث السلع:

يبدأ احتساب مدة العدول بالنسبة للسلع ابتداء من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك³، وهذا ما نصت عليه التشريعات المقارنة⁴، ولا يعتد بيوم تسليم السلعة⁵.

غير أن هذه التشريعات لم تحدد من يتحمل عبء إثبات وقوع التسليم، إلا أن الرجوع إلى القواعد العامة كقيل بالإجابة عن ذلك؛ إذ يتحمل المحترف باعتباره مدعياً عبء إثبات واقعة التسليم في حالة تمسكه بانقضاء حق العدول، ويتم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات؛ لتعلق الأمر بواقعة مادية⁶.

كما تجب الملاحظة أن مندوب البائع المحترف الذي يقوم بتسليم السلعة للمستهلك عادة ما يطلب توقيع المستهلك على إيصال مؤرخ بالاستلام، مما يسهل بعد ذلك إثبات تاريخ التسليم⁷.

ويثور الإشكال عن إمكانية عدول المستهلك قبل التسليم؛ أي بعد انعقاد العقد وقبل تسلمه للسلعة؛ ذلك أن النص قد قيد استعمال حق العدول بضرورة تسلم المستهلك للسلعة من قبل المحترف. إلا

¹ - زهير عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.ص. 224-225.

² - أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص. 144.

³ - Noemei Gillard, protection des consommateurs, op. cit, p.32. Nathalie Moreau, la formation du contrat électronique, op. cit, p.63. Sinan Al Shatinawi, les conditions générales de vente dans les contras électroniques, op. cit, p.151.

⁴ - ينظر على سبيل المثال: المادة 09 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، والفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، والمادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

⁵ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 640.

⁶ - حنان أوشن ومحمد شاهين صهيب ياسر، العدول بين الضمانة وقواعد حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 159.

⁷ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 640.

أن الفقه يرى جواز ذلك؛ إذ إن العدول قبل تسلم السلعة يحقق استقرار المعاملات من جهة، فضلا عن تحقيقه مصلحة المحترف من جهة أخرى¹.

ونرى من جانبنا وجهة هذا الرأي؛ ذلك أنه وإن كان للمستهلك الحق في العدول عن العقد بعد تسلمه السلعة من قبل المهني أو المحترف، فإنه من باب أولى يجوز له العدول عن العقد بعد إبرامه، وقبل تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه.

2- مجال ممارسة العدول من حيث الخدمات:

أما في حالة التعاقد على خدمة، فإن سريان فترة العدول يبدأ من وقت إبرام العقد². وهذا ما نص عليه العديد من التشريعات.

ولم يسلم موقف التشريعات هذا -والقاضي بتحديد وقت إبرام العقد لبدأ سريان مدة العدول في حالة التعاقد على خدمة- من النقد الشديد من قبل جمعيات حماية المستهلكين، والتي رأت ضرورة بدأ احتساب مدة العدول من يوم تقديم الخدمة، وليس من يوم انعقاد العقد³.

وفي حالة ما إذا كان الطلب واردا على سلع متعددة تسلم على حدة، أو على سلع متألفة من أجزاء متعددة، يتم تسليمها للمستهلك عبر دفعات، فإن فترة العدول تحتسب من تاريخ تسلم المستهلك، أو طرف آخر يتم تعيينه من قبل المستهلك لآخر جزء من السلعة المتفق عليها⁴.

أما في حالة العقود التي تتطلب التسليم المنتظم خلال مدة معينة، فإن بدء سريان مهلة العدول يكون من يوم تسلم المستهلك، أو من ينوب عنه في عملية التسليم السلعة الأولى⁵.

وتجدر الإشارة، إلى أن مهلة العدول السابق بيانها؛ سواء بالنسبة للسلعة، أم للخدمة، لا يعتد بها في حالة إخلال المحترف بالتزامه بالإعلام؛ إذ يعاقب المحترف عن ذلك بتمديد أجل العدول إلى سنة بدلا من مدة 14 يوما المقررة قانونا، إلا إذا صحح المحترف خطأه خلال تلك السنة، وقام بتقديم تلك

¹ - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.372.

² - Noemei Gillard, protection des consommateurs, op. cit, p.32. Nathalie Moreau, la formation du contrat électronique, op. cit, p.63.

³ - أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.144.

⁴ - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، المرجع السابق، ص.249.

⁵ - أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.952.

المعلومات الخاصة بالعدول للمستهلك، فإن ذلك يؤدي إلى نفاذ مهلة العدول خلال 14 يوما، تحتسب ابتداء من وقت تداركه لخطئه، وقيامه بإعلام المستهلك¹.

وقد تم النص على هذه الأحكام بموجب المادة 10 من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، ثم تبنت هذا الحكم التشريعات الغريبة أيضا². ويتم وفاء المحترف بالتزامه بالإعلام من خلال نموذج مقدم لهذا الغرض، يتضمن مختلف المعلومات المتعلقة بشروط ممارسة حق العدول، وطرق ممارسته³.

أما بالنسبة للمشرع القطري، فلم يفرق في بدأ سريان مهلة العدول بين السلع والخدمات؛ إذ جعل الأمر سيان؛ فسواء كنا بصدد سلعة، أم خدمة، فإن مهلة العدول تكون ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ إبرام العقد، وهذا بمقتضى المادة 57 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، والتي نصت على ما يلي: "ما لم تتفق الأطراف على خلاف ذلك، يكون للمستهلك في حالة إبرام العقود بواسطة الاتصالات الإلكترونية، الحق في فسخ العقد أو إنجائه، خلال ثلاثة أيام من تاريخ إبرام العقد، طالما لم يتم تنفيذ العقد من قبل مقدم الخدمة خلال هذه المدة تنفيذا كاملا بصورة تفي بالغرض منه، ولم يقيم المستهلك باستخدام المنتجات أو البضائع التي تسلمها أو حصل منها على أي منفعة أو قيمة مالية". ولم يسلم موقف المشرع القطري هذا من النقد؛ إذ يؤخذ عليه قصر المهلة، المتمثلة في الثلاثة أيام، إضافة إلى عدم تفرقة بين السلع والخدمات في بدأ سريان مهلة العدول، وكذلك عدم نصه على جزاء إخلال المهني بالتزامه بإعلام المستهلك، والمتمثل في تمديد مدة العدول، على غرار التشريعات المقارنة⁴.

كما يؤخذ على المشرع القطري استخدامه لفظ فسخ العقد عند نصه على حق العدول، وذلك رغم الاختلاف الموجود بين فسخ العقد وحق العدول، فضلا عن تجويزه الاتفاق على مخالفة أحكام العدول بين المحترف والمستهلك، وهو ما يعّد تعارضا مع أهم مبدأ يقوم عليه حق العدول، والمتمثل في الصفة الآمرة لأحكامه⁵.

¹ - Apo Alleme, la protection du consommateur a l'épreuve des technologies de l'information et de la communication, op. cit, p.71. Noemei Gillard, protection des consommateurs, op. cit, p.34.

² - أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.146.

³ - Noemei Gillard, protection des consommateurs, op. cit, p.p.33.34.

⁴ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.198.

⁵ - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، المرجع السابق، ص.277.

ونلاحظ من جانبنا أيضا، أنه يعاب على المشرع القطري تقييده لممارسة حق العدول بقيود قد تحول دون ممارسة المستهلك لحقه في العدول. ومن ذلك ما جاء في العبارة: "طالما لم يتم تنفيذ العقد من قبل مقدم الخدمة خلال هذه المدة تنفيذا كاملا بصورة تفي بالغرض منه، ولم يقم المستهلك باستخدام المنتجات أو البضائع التي تسلمها أو حصل منها على أي منفعة أو قيمة مالية"؛ إذ قد يفهم من العبارة سالفة الذكر، أن استعمال المستهلك لحق العدول مرهون بعدم تنفيذ المحترف لالتزاماته تنفيذا كاملا، وهذا في الحقيقة لا يعتبر إلا ترديدا لأحكام القواعد العامة، التي تجيز للدائن فسخ العقد حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته العقدية، كما اشترط المشرع القطري أيضا عدم استخدام المستهلك للمنتج المسلم له من أجل ثبوت الحق في العدول، وهو ما يعد تعارضا مع أحكام العدول التي تجيز الاستخدام العقلاني للسلعة أو الخدمة محل العدول. وبالتالي يظهر جليا إمعان المشرع القطري في تقييد حق العدول بالعديد من الضوابط، مما قد يحول دون استفادة المستهلك الإلكتروني من هذه الآلية.

وتجدر الإشارة، إلى أنه وإن كان لا يجوز الاتفاق على الإنقاص من المهلة المحددة قانونا، واعتبار ذلك الاتفاق باطلا؛ لمخالفته قواعد أمره، فإنه يجوز بالمقابل الاتفاق على زيادة تلك المهلة؛ إذ يعتد بهذا الاتفاق؛ نظرا لكونه يمنح المستهلك حماية أكبر من الحماية المقررة قانونا¹.

ولا يفوتنا البيان أنه يقع على عاتق المستهلك إثبات علم المحترف بعدوله عن العقد خلال الأجل المحدد، ويكون ذلك عن طريق رسالة، أو أية وسيلة أخرى قد تم الاتفاق عليها في العقد².

الفرع الثالث: الضوابط المتعلقة بآثار ممارسة حق العدول

يترتب عن ممارسة حق العدول آثارا معينة على طرفي العقد؛ سواء بالنسبة للمحترف، أم بالنسبة للمستهلك، وذلك وفق ما تقتضيه قاعدة إعادة الحال إلى ما كان عليه.

¹ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 175.

² - المرجع نفسه.

أولاً- التزام المحترف برد الثمن:

يلتزم المحترف بعد قيام المستهلك بممارسته حق العدول برد الثمن الذي دفعه المستهلك مقابل حصوله على السلعة أو الخدمة¹، وذلك بعد علمه بقرار المستهلك المتمثل في العدول عن العقد².

ويعتبر هذا الالتزام أثراً جوهرياً ومباشراً لممارسة حق العدول؛ ذلك أن دفع الثمن من طرف المستهلك كان مقابلاً للسلعة أو الخدمة المقدمة. ومن البدهي أن عدول المستهلك عن العقد يؤدي حتماً إلى استرجاعه للمبلغ المدفوع كمقابل لها. وتحدد الإشارة، إلى أن المحترف يلزم برد الثمن المدفوع من قبل المستهلك دون زيادة، فإذا كان المستهلك قد أفاد من تخفيض في الثمن، فإن المحترف لا يلزم في هذه الحالة إلا برد الثمن بعد الخفض؛ حتى لا ينتج عن ممارسة العدول أية خسارة للمحترف³.

ويعتبر إلزام التشريعات للمحترف برد الثمن، تأكيداً وتقوية لحق العدول؛ باعتبار أن عدم إلزام المحترف برد الثمن يؤدي إلى فقدان حق العدول لدوره الحمائي، ولذلك فقد تدخلت تشريعات الاستهلاك بنصوص آمرة تجبر فيها المحترف برد الثمن للمستهلك بعد العدول، خلال مهلة معينة لا يمكنه تجاوزها؛ وذلك حتى لا يتماطل في رد الثمن، ويجبر المستهلك على اقتناء منتج آخر بدل المنتج محل العدول، ويكون الثمن المحتجز هو ثمن المنتج الجديد، مما يؤدي إلى فقدان النصوص المتعلقة بالعدول أهميتها⁴.

ويتم إعادة ثمن المنتج إلى المستهلك بنفس الطريقة التي قام هذا الأخير بدفع الثمن بواسطتها عند التعاقد، ومع ذلك، فإنه يكمن الوفاء بوسيلة أخرى، بشرط قبول المستهلك⁵.

وقد نصت العديد من التشريعات؛ سواء العربية، أم الغربية على إلزام المحترف برد الثمن بعد ممارسة العدول خلال مهلة معينة.

¹- Noemei Gillard, protection des consommateurs, op. cit, p.35. Mohamed Lachachi, les aspects de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.225. Meryem Edderouassi, le contrat électronique international, op. cit, p.426.

² - Torkia Hounki, la protection civile et pénale du consommateur dans le commerce électronique, op. cit, p.160.

³- سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.ص.390-391.

⁴- المرجع نفسه، ص.ص.392-393.

⁵- Torkia Hounki, la protection civile et pénale du consommateur dans le commerce électronique, op. cit, p.160.

فمن التشريعات الغربية نجد المادة 1/13 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، والتي ألزمت المحترف برد الثمن كاملاً للمستهلك، بما في ذلك رسوم الشحن، وبدون تأخير، وذلك خلال مهلة قدرها 14 يوماً، تحسب ابتداءً من تاريخ علم المحترف بقرار المستهلك بالعدول. ويتم رد الثمن بنفس الوسيلة التي تم الوفاء بها، سواء كانت نقداً، أو شيكاً، أو بحوالات بريدية، أو عن طريق سداد إلكتروني، أو أي وسيلة أخرى، ما لم يقبل المستهلك إعادة الثمن بطريقة أخرى غير تلك المستعملة خلال الدفع¹. وفي حالة طلب المستهلك صراحة رد الثمن بوسيلة أسرع مكلفة مقارنة بالوسائل المتداولة، فهنا يلتزم بسداد الفرق الرسوم ما بين الوسيلتين².

وبدوره نص المشرع الفرنسي على إلزام المحترف برد الثمن، وذلك بموجب المادة ل 222-15 من قانون الاستهلاك³.

ومن التشريعات العربية، نجد المادة 37 من قانون الاستهلاك المغربي، والتي جاء فيها: "...يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملاً على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوماً...".

إلا أنه يؤخذ على المشرع المغربي، عدم إشارته إلى تاريخ بدء سريان هذه المهلة؛ أهو ابتداءً من تاريخ عدول المستهلك عن العقد، أم من وقت علم المحترف بهذا العدول⁴؟ وبدوره فقد أوجب المشرع اللبناني حسب المادة 56 من قانون حماية المستهلك على المحترف إعادة المبالغ التي تلقاها من طرف المستهلك، في حالة ممارسته حق العدول.

¹- Mohamed Lachachi, les aspects de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p225. Meryem Edderouassi, le contrat électronique international, op. cit, p.426.

²- محمد الطاهر أدهمين، حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك، ص.ص.40-41.

³ - art 222-15 du code de consommation français dispose: "le fournisseur rembourse au consommateur dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours toutes les sommes qu'il a perçues de celui-ci en application du contrat...".

⁴ - بدر منشيف، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.ص.338-339.

غير أن هذا النص قد تعرض للانتقاد؛ نظرا لأنه لم يرقم بتحديد المدة، أو المهلة التي يتوجب على المحترف إعادة الثمن خلالها¹، مما يؤدي إلى المساس بلا شك بمصلحة المستهلك؛ باعتبار أن عدم تحديد المدة يعطي الفرصة للمحترف في التأخر كثيرا عن رد الثمن².

وقد نصت المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على ما يلي: "...يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام، وذلك ابتداء من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة".

وإمعانا في حماية المستهلك، فقد نصت بعض التشريعات على عقوبات جزائية في حالة عدم امتثال المحترف لقواعد العدول، ومن بين هذه التشريعات، نجد المشرع المغربي في المادة 178 من قانون رقم 31-08 المتعلق بحماية المستهلك، والتي قضت بمعاينة المورد بغرامة من بغرامة من 1200 إلى 50.000 درهم في حالة رفضه إرجاع المبالغ إلى المستهلك وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 37 و 40. وتضاعف العقوبة في حالة العود.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة 78 مكرر من قانون 18-09 المعدل لقانون حماية المستهلك وقمع الغش على ما يلي: "يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول المنصوص عليها في المادة 19 من هذا القانون".

ونلاحظ ورود النص عاما، وبالتالي فلا مانع من تطبيقه على حالة رفض المحترف القيام بالتزاماته المترتبة عن العدول، كإرجاع الثمن؛ باعتبار أن ذلك يعتبر من أحكام حق العدول مثلما رأينا، وأن عدم وفاء المحترف به يعتبر مخالفة موجبة للعقوبة المذكورة في المادة 78 مكرر سالف الذكر.

ويظهر أن النص على الجزاء الجزائي لمخالفة أحكام حق العدول يعتبر رادعا قويا للمحترف، يقف حائلا دون تلاعبه بحق المستهلك في العدول. كما أن هذا النص يتمشى مع فلسفة تشريعات الاستهلاك، والتي بخلاف قواعد القانون المدني، فإنها تنص في العديد من الأحكام على جزاءات جزائية كغرامات مثلا في حالة مخالفة المحترف لأحكام تشريعات الاستهلاك، أو التلاعب بحقوق المستهلك الحمائية؛ باعتبار أن الجزاء المدني وحده لا يضمن ردع المحترف عن القيام بتلك التصرفات مستقبلا.

¹ - دليلا معزز، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.13.

² - علال قشاي، خيار العدول عن العقد ضمانا للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.348.

إلا أنه وإن كان المحترف ملزماً قانوناً برد الثمن بمجرد علمه بتاريخ العدول، فإنه قد تكون هناك مدة زمنية بين علمه بحق العدول، وتسلمه السلعة أو الخدمة محل العدول. فهل يكون للمحترف الحق في حبس الثمن عن المستهلك إلى غاية تسلمه المنتج بعد ممارسة العدول؟ ويرى بعض الفقه أن الرجوع إلى القواعد العامة يعطينا الإجابة عن هذا الإشكال؛ إذ يجوز للمحترف التمسك بالحق في الحبس في مواجهة المستهلك¹.

ثانياً- التزام المستهلك بإعادة المنتج:

تقتضي قاعدة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، والتي تعتبر أثراً لممارسة حق العدول، قيام المستهلك بإعادة إرسال السلعة محل العدول إلى المحترف، وبالحالة نفسها التي كانت عليها عند التسليم²، وذلك مباشرة بعد إعلان رغبته في العدول خلال المهلة المحددة، مع تحمله التكاليف الخاصة بإرجاع السلعة، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك. ويعتبر ذلك نتيجة طبيعية لمباشرته حق العدول³. وبالمقابل، فلا يجوز للمحترف تحميل المستهلك أي مصاريف أخرى، أو مطالبته بتعويض مقابل استعمال حق العدول⁴؛ باعتبار أن ذلك يتعارض مع الطابع المجاني لحق العدول، كما أن تحميل المستهلك مصاريف إضافية قد يحول دون ممارسته لهذا الحق⁵. ورغم نص معظم التشريعات⁶ على مجانية حق العدول، وأن المستهلك لا يلزم بأي مصاريف إضافية مقابل استعماله لحق العدول، إلا أن المشرع الإنجليزي، وبموجب قانون 1974 المتعلق بالائتمان الاستهلاكي قد خرج عن هذه القاعدة؛ حيث ألزم المستهلك بدفع ما قيمته 50 بالمائة من قيمة السلعة أو

¹ - خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.182.

² - شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، المرجع السابق، ص.239. إسرائ خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.284. حبيبة عبدلي ووفاء عبدلي، حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع عن التعاقد بين قصور النص القانوني وواقع الممارسة العملية في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2020، ص.227.

³ - Mohamed Lachachi, les aspects de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, op. cit, p.223.

⁴ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.648.

⁵ - محمد الأمين نويرة وعبد الحق لخداري، حق المستهلك في العدول عن عقد الاستهلاك في ظل القانون رقم 09/18-بين الضرورة والتقييد-، المرجع السابق، ص.242.

⁶ - المادة 14 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011، والمادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني، والمادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

الخدمة، وذلك بمقتضى الفقرة 100 من القانون سالف الذكر. وبالتالي فإن المستهلك يلزم بدفع تلك النسبة في حالة استعماله لحق العدول. ويرجع سبب هذا الحكم إلى سعي المشرع الإنجليزي إلى حماية مصلحة المحترف، وعدم إهمالها كلياً على حساب المستهلك، كما ألزم القانون الإنجليزي المستهلك بتعويض البائع المحترف عن الأضرار التي تلحق بالمبيع، والتي تؤدي إلى خفض قيمته بشكل واضح، بسبب عدم اتخاذ المستهلك للاحتياطات اللازمة من أجل المحافظة على المبيع خلال مدة العدول¹.

وباعتبار أن أعمال الأحكام السابقة قد تؤدي إلى عزوف المستهلك عن ممارسة حق العدول، وإفراغه من قيمته الحمائية، فقد أعطى القانون الإنجليزي للمحكمة سلطة تخفيض تلك النسبة المئوية، إذا اقتضت العدالة ذلك، وحين يكون لاستعمال حق العدول مبرراً قوياً².

وتجدر الإشارة، إلى أن إلزام المستهلك برد المنتج بالحالة في ظروف ملائمة لا يحول دون استخدامه المنتج من أجل معرفة مدى مطابقته للغرض المبتغى من العقد؛ باعتبار أن تكريس حق العدول لا يتنافى والحق في تجربة المنتج، فالمستهلك لا يعد مسؤولاً عن استخدامه الطبيعي للمنتج، إلا إذا تم إساءة هذا الاستعمال، مما نتج عنه نقص في قيمة السلعة نتيجة هذا الاستعمال غير الضروري³.

وبالتالي، فإنه يترتب في ذمة المستهلك التزاما مضمونه المحافظة على هذه البضاعة خلال مهلة العدول؛ فلا يسمح له إلا بتجربة السلعة أو الخدمة، ومعيار ذلك ما يقوم به المستهلك عندما يتعامل ويجرب بضاعة في المتجر للوقوف على خصائص، ووظائف، وطبيعة المعاملة. ولا توجد قاعدة عامة في ذلك؛ بل يتم النظر إلى كل حالة على حدة، فإذا كان هناك إخلال من المستهلك بالتزام المحافظة على السلعة أو الخدمة محل العدول، وتجاوز الحد الضروري عند التجربة، قامت مسؤوليته عن ذلك، والتمتع بتعويض المحترف، على أساس أن تلك البضاعة قد أصبحت مستعملة وليست جديدة، فالفرق بين قيمة البضاعة جديدة، وقيمتها مستعملة هو مبلغ التعويض الذي يلزم به المستهلك⁴.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 513-514.

² - المرجع نفسه، ص. 514.

³ - زهير عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 149.

⁴ - نسرین محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 216.

وقد يقوم بعض المحترفين باشتراط ضرورة رد السلعة في حزمته، أو في طردها الأصلي، وبالعلامات والرموز المميزة لها منعا لأي تقليد. ويترتب على مخالفة المستهلك ذلك حرمانه من حق العدول؛ وذلك منعا للممارسات غير المشروعة من طرف المستهلكين¹.

ومن أجل الحد من هذه الاشتراطات التي قد يكون من أثرها تقييد حق المستهلك في العدول، وجب القول بتعسفية ذلك الشرط؛ باعتبار أنه يتعارض مع حق العدول، والذي يعطي لصاحبه الحق في الغلط، وتجربة المنتج، مما يتوجب منع المحترفين من تضمين العقد مثل تلك الاشتراطات التي تسعى إلى منع أو تقييد آلية العدول؛ باعتبار أنه يحق للمستهلك الاستعمال المحدود للسلعة. وبالمقابل يتوجب على المستهلك الالتزام بالنزاهة، وعدم التعسف في استعمال حق العدول، بقصد الإنقاص من قيمة السلعة، أو الاستهلاك المبالغ فيه لها².

وتجدر الإشارة، إلى أن معظم التشريعات المنظمة لحق العدول لم تتناول مسألة تبعة الهلاك بعد التسليم وخلال مهلة العدول. ولحل ذلك الإشكال فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة لعقد البيع في كل قانون³.

فبالنسبة للتشريع الجزائري، فقد نصت المادة 396 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع".

ويستنتج من هذا النص، أن البائع هو من يتحمل تبعة هلاك الشيء المبيع قبل التسليم، إلا إذا تم إعدار المشتري من طرف البائع⁴.

¹ - زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص.240.

² - أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد، المرجع السابق، ص.150.

³ - نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.217.

⁴ - علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، المرجع السابق، ص.223.

ويرجع سبب هذا الحكم -أي عدم تحميل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم بالرغم من انتقال الملكية إليه بمجرد انعقاد العقد- إلى كونه لا يثبت له التمتع الحقيقي بالملكية إلا بتمام التسليم¹. فإذا تم تسليم المبيع للمشتري، فإن تبعة الهلاك تنتقل إليه، فبمجرد وضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري، وتمكينه من حيازته، والانتفاع به دون أي عائق انتقلت تبعة الهلاك².

وبإسقاط ذلك على حالة العقد المتضمن حالة العدول، فإن المستهلك هو من يتحمل تبعة هلاك السلعة بقوة قاهرة بعد التسليم، وقبل انتهاء مهلة العدول، أما إذا كان الهلاك قبل التسليم، فإن المخترف هو من يتحمل تبعة الهلاك بقوة قاهرة، ويلتزم المخترف برد ما أداه المستهلك من ثمن³.

إلا أن الحل سالف الذكر، لم يلق إجماعاً فقهيًا؛ إذ يرى البعض أن المستهلك يعتبر أثناء مهلة العدول حائزاً وليس مالكا، وبالتالي فإن تبعة الهلاك تبقى ملقاة على عاتق البائع المخترف، رغم تسليمه المنتج للمشتري؛ باعتباره لا يزال مالكا⁴.

وفي السياق نفسه يرى جانب من الفقه أن العقد أثناء مهلة العدول يكون غير نافذ؛ إذ نكون أمام حالة وقف تنفيذ الالتزامات العقدية، إلا أن هذا الوقف لا يمنع المهني من تنفيذ التزاماته، لكنه يبقى مع ذلك متحملاً لتبعة الهلاك؛ لعدم انتقال الملكية للمستهلك⁵.

ويبدو أن الرأي الأول هو الأول بالقبول والترجيح؛ ذلك أن الأخذ بالرأي الثاني يشكل تعارضاً مع النصوص التي تقضي بعدول المستهلك عن عقد قد تم إبرامه، وأنها في حالة العدول لا نكون أمام عدم نفاذ؛ بل نكون أمام حالة عدم لزوم العقد في مواجهة المستهلك؛ ذلك أن عدم النفاذ يقتضي منع ترتيب آثاره خلال مهلة العدول، بخلاف حالة العدول، والتي يتم فيها تنفيذ مختلف الالتزامات الناشئة عن العقد، كتسليم البائع للمنتج، ودفع المستهلك الثمن، غاية ما في الأمر أن العقد وخلال مهلة العدول يعتبر غير لازم في مواجهة المستهلك؛ فيجوز له خلال تلك الفترة الرجوع بإرادته المنفردة عن العقد الذي أبرمه.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 611.

² - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 334.

³ - نسرین محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 217.

⁴ - شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 240. إسرائ خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص. 285.

⁵ - عمار زعي، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 127.

وفي الأخير، تجدر الإشارة إلى أنه وخلافا للتشريعات المقارنة، فإن حق العدول في القانون الجزائري لم يكن محل تنظيم دقيق، من حيث نطاقه، وضوابطه، أو حتى أحكامه؛ إذ ورغم نص المشرع الجزائري على حق المستهلك في العدول؛ سواء في تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش في 2018، أم في قانون التجارة الإلكترونية الصادر في 2018، إلا أن النصوص المتعلقة بحق العدول قد جاءت عامة، مكتفية بالنص على تلك الآلية، دون أدنى بيان لأحكامها.

- وقد نصت المادة 19 من القانون رقم 09-18 المعدل للقانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على ما يلي: "يجب أن لا يمس المنتج المقدم للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا يسبب له ضررا معنوياً.

العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب. للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية.

تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول، وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية عن طريق التنظيم".

وبلاحظ من خلال المادة سالفة الذكر، أن المشرع الجزائري -وإدراكا منه بأهمية حق العدول ضمن منظومة تشريعات الاستهلاك- وبعد تردد طويل، نص أخيرا على حق العدول، واعتبره مبدأ عاما يطبق على كافة الاستهلاك، بعد أن كان ينص عليه باحتشام في بعض العقود على سبيل الحصر. إلا أنه من جهة أخرى، يؤخذ على المشرع الجزائري إحالته في بيان أحكام العدول على التنظيم، الذي تأخر صدوره، مما يؤدي إلى تعطيل أعمال هذه الآلية، رغم أهميتها بالنسبة لطائفة المستهلكين مثلما بينا سابقا.

كما نلاحظ، استعمال المشرع الجزائري لعبارة "دون وجه سبب" في بيانه للمقصود بحق العدول، وذلك من باب تأكيد الطابع المجاني لحق العدول، وكذا لخصوصيته عن باقي الجزاءات المعروفة في القواعد العامة، والتي لا تثبت إلا بتوافر أسباب معينة تخول للطرف الآخر استعمالها، على غرار دعاوى الفسخ، أو المسؤولية العقدية، أو الإبطال، وغيرها.

- كما نصت المادة 11 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على ما يلي: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة. ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات التالية: ... شروط وآجال العدول عند الاقتضاء...".

ويلاحظ كذلك بعد استقراء للمادة سالفه الذكر قصور النص المتعلق بحق العدول؛ إذ اكتفى المشرع الجزائري بإلزام المحترف الإلكتروني بإدراج حق العدول ضمن معلومات العرض التجاري. ويعاب على النص السابق عدم تنظيمه لأحكام العدول، تاركاً ذلك للمحترف الإلكتروني، والذي له سلطة تحديد أحكامه. ولا يخفى أن في ذلك إضرار بمصلحة المستهلك، بل إن بترك المجال للمحترف الإلكتروني، فإن النص بلا شك سيكون مجرد فرض نظري، دون أي تطبيق عملي، حيث أن المحترف -وبما يملكه من خبرة وقوة اقتصادية- سيحتال، ولن يمكن المستهلك من ممارسة حق العدول، عن طريق وضع عدة قيود أو عراقيل تحول دون عدول المستهلك. كما يؤخذ على المشرع الجزائري استعمال عبارة عند الاقتضاء، والتي قد توحي أن استعمال حق العدول يكون احتياطياً، وهذا خلافاً لما هو مستقر عليه؛ إذ يخضع هذا الحق للسلطة التقديرية للمستهلك، دون أي قيد.

ويظهر مما سبق اكتفاء المشرع الجزائري بالصياغة العمومية للنصوص، والتي لم تراعى فيها خصوصية عقود الاستهلاك، مما قد يحول دون تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك، وتطبيق آلية العدول بالشكل الذي شرعت لأجله.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع الجزائري قد أعطى للمستهلك الإلكتروني الحق في إرجاع المنتج في أجل أربعة أيام؛ حيث جاء بالمادة 22 من قانون التجارة الإلكترونية: "في حال عدم احترام المورد الإلكتروني لأجل التسليم، يمكن المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، دون المساس بالمطالبة بحقه في التعويض...".

كما نصت المادة 23 من القانون نفسه على ما يلي: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيباً. يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني...".

ونلاحظ من خلال المادتين السالفتين، أنهما لا ينطبقان على حق العدول بمفهومه المتعارف عليه، والذي يثبت للمستهلك الإلكتروني بمجرد إبرام عقد استهلاكي أو إلكتروني، دون إلزام صاحب العدول بتبرير أو تسبب العدول، وهذا يتعارض مع حكم المادتين، والتي ألزمت المستهلك الإلكتروني الراغب في

العدول بإثبات؛ إما عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، وذلك وفقا للمادة 22، أو إثبات عدم مطابقة المنتج، حسب المادة 23.

وبناء على ذلك، نستخلص أن المادتين لا يّعدان تقريراً لحق العدول بمعناه الدقيق الحمائي، بل يعتبران تطبيقاً لقواعد الإخلال بآثار العقد.

وكخلاصة لما سبق، فإن المشرع الجزائري -وفي ظل تلك النصوص- لا يزال بعيداً عن التنظيم الدقيق لحق العدول؛ إذ أغفل النص على العديد من المسائل المهمة، والتي تضمن إفادة المستهلك من هذا الحق. وتتلخص تلك المسائل في كونه لم ينص على ضوابط حق العدول، سواء من حيث المدة المقدر العدول خلالها، أم من حيث نطاق تطبيق هذه الآلية من حيث العقود، وأخيراً إلى الآثار المترتبة عن العدول بالنسبة لطرفي العقد.

المبحث الثاني: نظرية الخيارات في الفقه الإسلامي: تكريس لفكرة العدول

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى حق العدول في عقود الاستهلاك من حيث تعريفه، وخصائصه، وكذا أحكامه في مختلف التشريعات. فإننا سنحاول في هذا المبحث مقارنة تلك الآلية مع أحكام الفقه الإسلامي. وتجدر الإشارة إلى أن الصعوبات التي بينها في بداية دراسة حق العدول، والمتمثلة في المبادئ التقليدية التي أدت إلى صعوبة التسليم بحق العدول في القانون الوضعي؛ لتعارضه مع المبادئ الكلاسيكية المعروفة، كمبدأ القوة الملزمة للعقد، لم تثر في الفقه الإسلامي؛ إذ إن الفقه الإسلامي باعتباره فقها معتدلاً لم يقدّس ويمجد الإرادة إلى الحد الذي وصل إليه القانون الوضعي. إضافة إلى ذلك، فإن الفقه الإسلامي يقر في قواعده العامة بفكرة الخيارات، والتي تعطي لأحد الطرفين أو كليهما الرجوع عن العقد بعد تمامه بالإرادة المنفردة.

وتتنوع الخيارات؛ سواء من حيث مصدرها، أم من حيث الغاية التي تهدف إلى تحقيقها. فمن حيث مصدرها فمن الخيارات من لا يثبت إلا بنص الشرع؛ وذلك حماية لأحد طرفي العقد، أو كليهما. ومثال هذه الخيارات خيار المجلس، وكذا خيار الرؤية، وخيار العيب. أما المصدر الثاني في تقرير الخيار، فيكمن في اتفاق المتعاقدين، بإعطاء الخيار لأحد أو كلا الطرفين في الرجوع عن العقد خلال مدة معينة. ومن ذلك خيار الشرط.

أما بالنسبة للغاية من تقرير الخيارات، فمن الخيارات ما تثبت للتزوي والتدبر الجيد في العقد؛ حيث لا يحتاج تقريرها أو التمسك بها إلى وجود عيب معين، ويصطلح على تسميتها بخيارات التزوي، ومثال ذلك خيار المجلس، والرؤية، والشرط... الخ. أما النوع الثاني من الخيارات، فلا يثبت إلا بوجود عيب معين يعطي لصاحبه الحق في نقض العقد، وتسمى تلك الخيارات بخيارات النقيصة.

وبناء على ذلك، فإن مقارنتنا لحق العدول مع بعض الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي ستقتصر على خيار المجلس، وخيار الرؤية. وقد آثرنا استبعاد بعض الخيارات من مجال الدراسة لأسباب موضوعية، فبالنسبة لسبب استبعاد خيار الشرط، رغم اتفاقه مع حق العدول في إعطائه لأحد طرفي العقد مدة معينة بعد التعاقد، وانفضاض مجلس العقد، حق الرجوع عن العقد، إلا أن الفرق بينهما واضح؛ إذ يرجع مصدر حق العدول - كما رأينا - إلى نص القانون الذي أعطى هذه المكنة للطرف الضعيف في العقد، بينما يرجع مصدر خيار الشرط إلى إرادة المتعاقدين. أما بالنسبة لسبب استبعاد خيار العيب، فإن ذلك يرجع إلى كون أن خيار العيب لا يثبت إلا بوجود عيب في محل العقد يعطي للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه،

وذلك خلافا لما هو عليه حق العدول؛ إذ رأينا أن حق العدول يعتبر آلية حماية يثبت بدون اشتراط وجود عيب؛ حيث أن الهدف من إقراره هو حماية المستهلك من التسرع في التعاقد، وبالتالي لا يشترط ثبوت العيب لاستفادة المستهلك من ذلك الحق.

وعلى خلاف ما تم استبعاده، فإن هناك تقارب بين كل من خيار المجلس وخيار الرؤية من جهة، وبين حق العدول من جهة أخرى؛ سواء من حيث مصدر كل منهما، المتمثل في نص القانون بالنسبة لحق العدول، والذي يقابله النص الشرعي في الفقه الإسلامي، أم من حيث الهدف من تقرير كليهما، والمتمثل في السعي إلى ضمان التروي والتدبر الجيد قبل الالتزام النهائي بالعقد. وعليه سنتطرق إلى خيار المجلس (المطلب الأول)، ثم إلى خيار الرؤية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مقارنة خيار المجلس بفكرة العدول عن العقد

يعتبر خيار المجلس من أكثر الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي اقترابا وتكريسا لفكرة العدول المعروفة لدى تشريعات الاستهلاك. وبناء على ذلك فإننا سنتطرق في هذا المطلب إلى نظرية خيار المجلس كفكرة قريبة من حق العدول، وذلك من خلال بيان مدى مشروعية هذا الخيار كأول أمر، ثم التطرق إلى مختلف أحكام هذا الخيار، من حيث نطاقه، ومن حيث أثر هذا الخيار على العقد المبرم، وأخيرا إلى أسباب زوال هذا الخيار أو انتهائه.

وقبل أن نقوم بتعريف خيار المجلس، نشير إلى أن المقصود بكلمة الخيار في فقه المعاملات المالية الإسلامي هو: "طلب خير الأمرين من: إمضاء العقد أو فسخه"¹.

أما بالنسبة لكلمة مجلس، فيقصد بها حسب غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية² الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر تلك الفترة استمرار انشغال المتعاقدين بالتعاقد، إلى غاية انقضاء

¹ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الثالث، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983، ص.198.

الرحياني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.83. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.101.

² - لقد كان تحديد طبيعة مجلس العقد محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فبينما يرى جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، أن مجلس العقد هو وحدة زمنية معنوية، وأن العبرة بانشغال المتعاقدين بالتعاقد من عدمه؛ سواء غيرا المكان، أم لا. ذهب فقهاء المذهب الحنفي -وخلافا لرأي الجمهور- إلى اعتبار مجلس العقد وحدة مكانية مادية، وبالتالي يشترط وحدة المكان لبقاء المجلس، وأن تغيير المتعاقدين لمكانهما خلال مجلس العقد يحول دون إبرام العقد لانقضاء المجلس، حتى ولو بقي المتعاقدان منشغلين بالتعاقد. يراجع: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.09 وما بعدها.

مجلس العقد¹. وقد يكون التفرق بإبرام أو بتمام العقد، وهو ما يسمى بالتفرق أو الانفضاض الإيجابي لمجلس العقد، أو دون ذلك في حالة إذا لم يتفقا المتعاقدين على التعاقد، وهو ما يسمى بالانفضاض السلبي لمجلس العقد. وعلى ذلك فإن مجلس العقد هو المكان أو الزمان الذي ينشغل فيه المتعاقدان بإبرام العقد، يبدأ بالإيجاب، وينتهي بانصراف الانشغال عن التعاقد، سواء بالقبول، أم الرفض، أم بسبب أجني. ورغم اعتبار صدور الإيجاب نقطة بداية مجلس العقد كما تم بيانه، إلا أن خيار المجلس لا يبدأ من وقت صدور الإيجاب؛ بل من وقت تطابق الإيجاب والقبول².

ويعرف خيار المجلس في الفقه الإسلامي على أنه: "ثبوت حق لكل من المتعاقدين على فسخ العقد أو إمضائه ما دام في مجلس العقد"³. كما يعرف أيضا بأنه: "حق العاقد في إمضاء العقد أو رده، من وقت التعاقد إلى وقت التفرق أو التخاير..."⁴.

الفرع الأول: خيار المجلس في الفقه الإسلامي: بين الإقرار والنفي

لم تكن مشروعية خيار المجلس محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، بل على العكس من ذلك، فقد اعتبر خيار المجلس من أكثر الخيارات جدلا ومناقشة بين فقهاء المذاهب الأربعة، وأدى هذا الاختلاف إلى ظهور رأيين فقهيين بخصوص مدى مشروعية هذا الخيار؛ أولهما يقر بمشروعية خيار المجلس، ويرى أن العقد لا يعتبر لازما بمجرد تطابق الإيجاب والقبول؛ بل يشترط لذلك تفرق المتعاقدين بأبدانهم، وأنه ما دام المتعاقدين في مجلس العقد، فيجوز لأي منهما النكوص عنه بعد تمامه بإرادته المنفردة، عن طريق استعمال حقه الشرعي، المتمثل في خيار المجلس. وقد تبنى هذا الرأي كل من فقهاء الشافعية، والحنابلة. أما ثانيهما فيقول بعدم وجود خيار المجلس، وأن العقد يعتبر لازما بمجرد تفرق المتعاقدين بأقوالهما، وهذا هو توجه فقهاء الحنفية، والمالكية. وقد حاول فقهاء كل اتجاه تبرير موقفهم؛ سواء عن طريق إيراد الأدلة الشرعية المؤكدة لموقفه، أم محاولة الرد وتفنيد أدلة الاتجاه الآخر.

¹ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة مقهوي، الكويت، 1980، ص.118.

² - المرجع نفسه، ص.119.

³ - محمد أبو القاسم عبد الله فطوح، خيار المجلس في البيوع، مجلة كلية التربية، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السادس، نوفمبر، 2016، ص.11.

⁴ - ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص.20.

أولاً- الاتجاه القائل بمشروعية خيار المجلس: يرى أنصار هذا الاتجاه وهم فقهاء الشافعية¹، والحنابلة²، وبعض المالكية³، أن خيار المجلس ثابت بالنصوص الشرعية، وبالتالي يجب الأخذ به، وأن العقد لا يكتسب صفة اللزوم ما دام مجلس العقد لم ينفذ. وقد استدلوا على موقفهم بالعديد من الأدلة منها:

1- من السنة النبوية:

- ما روي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر"⁴، وفي رواية أخرى: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"⁵، كما روي هذا الحديث من طريق آخر، فقد روي عن حكيم ابن

¹ - شهاب الدين أحمد الشافعي المعروف بابن حجر الهيتمي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ص.332. يحيى بن شرف الخزامي النووي، شرح صحيح مسلم، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1994، ص.245. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.46. شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد المعروف بابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ، ص.262. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق وتعليق: محمد الزحيلي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار القلم دمشق -الدار الشامية بيروت، لبنان، 1996، ص.11. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، دراسة وتحقيق وتعليق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص.403. الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.03.

² - ابن قدامة، المقنع، المرجع السابق، ص.159. ابن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ص.890. الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.83. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.364. البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.198. وللمؤلف نفسه: دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.35.

³ - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد المعروف بابن عبد البر الترمذي الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد مرتباً على الأبواب الفقهية للموطأ، تحقيق: أسامة بن إبراهيم وحاتم بن أبو زيد، المجلد الثاني عشر، الطبعة الرابعة، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2008، ص.217.

⁴ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع، رقم الحديث: 2109، ص.501. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما، رقم الحديث: 4469، ص.607.

⁵ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس، رقم الحديث: 1531، ص.665. رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في خيار المتبايعين، رقم الحديث: 3454، ص.438. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما، رقم الحديث: 4465، ص.606-607. ورواه مالك في الموطأ، كتاب: البيوع، باب: بيع الخيار، رقم الحديث: 79، ص.671.

حزام قوله أنه صلى الله عليه وسلم قال: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما"¹.

وقد استدل أنصار هذا الاتجاه بهذا الدليل للقول بأن الشرع قد أثبت بمقتضى هذا الحديث الصحيح للمتبايعين خيار المجلس². ويقصد بالمتبايعين في الحديث هما المتعاقدان اللذان تم بينهما الإيجاب والقبول، والحديث لا يقتصر العمل به في البيوع فقط؛ بل يشمل كل عقود المعاوضة³؛ إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أن انعقاد العقد بين الطرفين، لا يعد سببا للزوم العقد، ما دام المتعاقدان في مجلس العقد، ولم يتفرقا بأبدانهما، ويكون لكل منهما الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه، أو أن يقوموا المتعاقدان بالتخاير⁴.

غير أن دعاة نفي خيار المجلس قد ردوا على هذا الدليل من ناحيتين؛ أولهما: بتأويل الحديث المذكور، والقول بأن المقصود بالمتبايعين الواردة في الحديث هما المتساومان⁵، فيكون بذلك كل منهما بالخيار قبل تمام العقد؛ سواء بالنسبة للموجب الذي يكون له خيار الرجوع عن إيجابه، أم بالنسبة للموجب له

¹ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم الحديث: 2110، ص. 508. ورواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: الصدق في البيع والبيان، رقم الحديث: 1532، ص. 665. ورواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم الحديث: 1245، ص. 262. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في خيار المتبايعين، رقم الحديث: 3459، ص. 439. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما، رقم الحديث: 4464، ص. 606.

² - النووي، شرح صحيح مسلم، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص. 245. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص. 31. الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 03. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 403. موفق الدين بن عبد الله المعروف بابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الأول، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص. 797. الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 83. البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 35.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 126.

⁴ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 11.

⁵ - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 03. ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 81. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، تقديم: محمد بكر إسماعيل، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2002، ص. 48. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء الخامس، مطبعة السعادة، مصر، 1336هـ، ص. 55. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 30.

الذي يكون له خيار القبول من عدمه¹. وقد استدل نفاة خيار المجلس على تأويلهم هذا بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يبيع بعضكم على بيع بعض"². فسمى النبي صلى الله عليه وسلم التساوم بيعا؛ لأن المتبايعين لا يوصفان حقيقة بأحدهما متبايعان إلا عند مباشرة البيع، وأما بعد تمام العقد، فلا يوصفان كذلك إلا على سبيل المجاز لا الحقيقة³.

لكن هذا الرأي لم يسلم من النقد؛ حيث رد أنصار الخيار بالقول أن حمل كلمة بالمتبايعين على المتساومين هو من قبيل المجاز، وحمل الكلام على الحقيقة أولى⁴، كما أن مصطلح المتبايعين اسم مشتق من البيع، وما لم يوجد لم يجز أن يشتق منه، فلا يجوز اشتقاق اسم المتبايعين، ما دام لم يتم البيع بين الطرفين⁵، فضلا على أن حمل الحديث على المتساومين يجرده من أي فائدة؛ باعتبار أن خيار المتساومان هو أمر بدهي ثابت دون الحاجة لذلك الحديث، بخلاف حمله على المتبايعين الذي يجعل منه يحقق فائدة لم تكن مثبتة من قبل، وهي ثبوت الخيار للمتعاقدين بعد انعقاد العقد، وقبل تفرقهما⁶.

أما ثاني رد على الحديث لدعاة نفي الخيار فكان بالقول بنسخ الحديث المذكور⁷؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "...والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"⁸. والقول بخيار المجلس

¹ - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد المعروف بابن عبد البر الترمي الأندلسي، الاستذكار، الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كلية بالإيجاز والاختصار، المجلد 20، الطبعة الأولى، دار الوعي، القاهرة، مصر، 1993، ص. 227.

الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 228.

² - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: النهي عن تلقي الركبان، وأن يبعه مردود؛ لأن صاحبه عاص آثم إذا كان به علما، وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز، رقم الحديث: 2165، ص. 519. رواه مسلم في الصحيح، كتاب: النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، رقم الحديث: 1412، ص. 593-594.

³ - محمد بن أحمد القرطبي المعروف بابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، الجزء الثاني، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988، ص. 95.

⁴ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 263.

⁵ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 222.

⁶ - ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص. 239. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 33.

⁷ - المدونة الكبرى، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص. 20.

⁸ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: القضاء، باب: في الصلح، رقم الحديث: 3594، ص. 453. ورواه الترمذي في السنن، كتاب: الأحكام، باب: ما ذكر عن الرسول صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم الحديث: 1352، ص. 281.

يعتبر منافيا لمضمون الحديث، والذي يحث على وجوب احترام المسلم لوعده، على خلاف ما يعطيه خيار المجلس لكل متعاقد بالرجوع عن العقد، وعدم الوفاء باشتراطاته أو آثاره¹.

2- من الأثر:

- ما روي عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه². وفي رواية أخرى كان إذا اشترى شيئا وهو قاعد قام من مكانه؛ من أجل لزوم البيع³.

وهو ما يؤكد أن المقصود بالحديث السابق هو خيار المجلس؛ نظرا لأن ابن عمر رضي الله عنهما من رواة الحديث كان إذا اشترى شيئا، وتم العقد، فارق المتعاقد معه ببذنه، وذلك رغبة منه في لزوم البيع؛ باعتبار أن خيار المجلس يسقط بتفريق المتعاقدين، مما يجعل البيع لازما⁴.

ومن المعلوم أن راوي الحديث إذا كان من أهل الفقه واللسان يكون تفسيره حجة مانة من الاحتمال، وقاطعة للتريديد. وبالتالي لا ينبغي تفسير الحديث من طريق آخر⁵.

وأجيب على ذلك، بالقول إنه يحتمل أن ابن عمر رضي الله عنهما قد أشكلت عليه ما سمع من النبي صلى الله عليه وسلم، فاحتملت عنه الفرقة بالأبدان، كما احتملت عنده الفرقة بالأقوال، وقد يحتمل ترجيحه لاحتمال الفرقة بالأقوال، إلا أنه لم يحضره دليل على ذلك، ففارق الطرف الآخر المتعاقد الآخر ببذنه احتياطا. كما يحتمل أن يكون قد فعل ذلك لأن بعض الناس يرى عدم تمام البيع إلا بذلك، وهو يرى عكس ذلك، فأراد تمام البيع في قوله وقول مخالفه؛ كي لا يكون للبائع حجة عليه، وحق في نقض البيع في كلتا الحالتين⁶.

¹ - محمد علي فركوس، مختارات من نصوص حديثية في فقه المعاملات المالية، القسم الأول، الطبعة الثانية، دار الموقع للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.154.

² - رواه البخاري في الصحيح، كتاب البيوع، باب: كم يجوز الخيار، رقم: 2107، ص.507.

³ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم: 1245، ص.662.

⁴ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.263. النووي، شرح صحيح مسلم، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص.248.

⁵ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996، ص.207.

⁶ - أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الطحاوي الأزدي الحجري المصري الحنفي، شرح معاني الآثار، تحقيق وتقديم وتعليق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، عالم الكتب، السعودية، 1994، ص.15.

- كما استدلو أيضا بما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: "بعت من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخير، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته، خشية أن يرداني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا"¹.

فدل هذا الأثر أيضا، أن ابن عمر رضي الله عنهما أراد أن يلزم البيع، وإبطال خيار عثمان في الرجوع عن البيع، عن طريق مفارقتة مجلس العقد ببدنه، وتمثل ذلك في خروجه من بيت عثمان رضي الله عنه².

- ما روي عن أبي الوضيء عباد بن نسيب أنه قال: "غزونا غزوة، فنزلنا منزلا، فباع صاحب لنا فرسا لغلام، ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما، فلما أصبحا من الغد، حضر الرحيل، فقام إلى فرسه يسرجه، وندم، وأتى الرجل وأخذه بالبيع، فأبى الرجل أن يدفعه إليه، فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب النبي صلى الله عليه وسلم، فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر، فقالا له هذه القصة، فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"³.

ووجه الاستدلال من هذا، أن أبا برزة رضي الله عنه، وهو من رواة حديث "البيعان بالخيار" لم يقض بين المتعاقدين بلزوم البيع؛ بل جعل لهما الخيار ما داما لم يتفرقا، وذلك إعمالا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم⁴.

3- من القياس:

- استدل أنصار خيار المجلس بقياس عقود المعاوضة على عقد الهبة؛ ذلك أن الهبة لا تعتبر لازمة بمجرد الإيجاب والقبول؛ وإنما يشترط حصول القبض، فيقاس على ذلك كل عقود المعاوضة بثبوت خيار المجلس فيها، فتكون غير لازمة بمجرد تطابق الإيجاب والقبول؛ باعتبار أن كل منهما من العقود الناقلة للملكية⁵.

¹ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري أو اشترى عبدا فأعتقه، رقم: 2116، ص. 509.

² - علي عبد الله أبو يحيى وأحمد شحدة أبو سرحان، مشروعية خيار المجلس في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 186.

³ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في خيار المتبايعين، رقم: 3457، ص. 439.

⁴ - محمد أبو القاسم فطوح، خيار المجلس في البيوع، المرجع السابق، ص. 17.

⁵ - علي عبد الله أبو يحيى وأحمد شحدة أبو سرحان، مشروعية خيار المجلس في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 187.

ويرد على هذا القياس بأنه لا يستند على أساس صحيح؛ باعتبار أنه من شروط القياس أن يكون حكم الأصل ثابتاً ليتم القياس عليه، وحكم القبض كشرط للزوم عقد الهبة لم يكن محل اتفاق بين الفقهاء، وبالتالي وجب عدم اعتبار هذا القياس.

- كما تم القياس على خيار الشرط؛ حيث أنه من المعروف أن خيار الشرط يتيح لصاحبه الحق في إمضاء العقد أو فسخه بعد وقوع التراضي إلى غاية انتهاء مدة الخيار، فكذلك يقاس عليه خيار المجلس، وبالتالي يعطى لصاحبيه الرجوع عن العقد¹.

غير أن هذا القياس أيضاً هو قياس مع الفارق؛ ذلك أن مصدر خيار الشرط هو إرادة المتعاقدين؛ أي أن المتعاقدين هو من يتفقا على إعطاء الخيار لأحدهما أو كليهما في الرجوع عن العقد بمقتضى خيار الشرط، فهو بذلك يعد تكريساً لتراضي المتعاقدين، أما بالنسبة لخيار المجلس فإن مصدره هو الشرع، وليس لإرادة المتعاقدين دخلاً في تقريره، وبالتالي فإن إعماله يؤدي إلى مخالفة إرادة الطرفين. وبناءً على ذلك وجب رد هذا القياس أيضاً، وعدم الأخذ به.

4- من المعقول:

- استدل أنصار خيار المجلس بقولهم إن هذا الخيار فيه مراعاة لأحوال الناس؛ باعتبار أنه شرع رفقا بالمتعاقدين؛ ذلك أن الشخص قد يندفع إلى التعاقد تحت رغبة ملحة، أو خوف فوات فرصة، فيغالي في الثمن إذا كان مشترياً، ويتساهل إذا كان بائعاً، غير أن العاقد قد يندم على ذلك بعد تمام العقد؛ إذ قد يرى أنه غبن بذلك التعاقد، فتقوم في ذهنه رغبة التخلص من آثار العقد². كما أن الشخص إذا لم تكن السلعة عنده قد تبدو غالية في نفسه، ويحرص على اقتنائها، فإن فعل، فربما قد ترخص في نظره، ويختار عدم تملكها، ولهذا يقال: أحب شيء إلى الإنسان ما منع، لذلك قد أعطى الشارع للشخص خيار المجلس الذي يتيح له الرجوع عن التعاقد³. وحاجة الناس هي الداعية إلى مشروعية خيار المجلس، وقد تم تشريع

¹ - علي عبد الله أبو يحيى وأحمد شحدة أبو سرحان، مشروعية خيار المجلس في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 188.

² - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 404.

³ - محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان، وأم إسراء بنت عزويتومي، الطبعة الأولى، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006، ص. 04.

الخيار من أجل التدارك¹. فالقول بخيار المجلس يعد فرصة من أجل استدراك الأمور ما دام مجلس العقد لم ينفذ بعد².

إلا أن الشارع لم يجعل الخيار مطلقاً؛ إذ لو كان الأمر على ذلك النحو لاعتبر العقد اللازم عقداً جائزاً، وأما إن تم جعله إلى أجل غير معلوم، ومرهون بإرادة المتعاقدين لصار الخيار مجهولاً، فلهذا جعله الشارع خلال مدة معينة تجعل للإنسان بعضاً من الحرية، دون أن تفقد العقد لزومه من جهة، أو توقع العقد في جهالة من جهة أخرى، فالمسألة إذن إما أن يقال: لا خيار مطلقاً، أو بثبوته مطلقاً، أو بثبوته ما دام المتعاقدين راضيين به، أو بثبوته ما دام في المجلس، فإذا قيل بعدم الخيار مطلقاً، فكان في ذلك تضيق على الناس، وعدم إعطائهم فرصة من أجل التروي، وإذا قيل بثبوت الخيار على إطلاقه، لزم أن يكون العقد اللازم جائزاً، وإذا قيل للمتعاقدين الخيار ما دام راضيين به، لصار الأجل مجهولاً، أما إذا قيل لهما الخيار ما دام لم يتفرقا، فقد أعطي للمتعاقدين بعض الحرية بدون جهالة، أو ضرر³.

ثانياً- الاتجاه القائل بعدم مشروعية خيار المجلس: خلافاً للاتجاه الأول، يرى فقهاء الحنفية⁴، والمالكية⁵، عدم ثبوت خيار المجلس للمتعاقدين، وأن العقد يعتبر لازماً في مواجهتهما حتى لو لم يتفرقا بأبدانهما. وقد استندوا في تبرير موقفهم على العديد من الأدلة منها:

¹ عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.127.

² باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس العقد بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص.119.

³ محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، المرجع السابق، ص.4-5.

⁴ الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.228. الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.15. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء الثالث، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1992، ص.132. ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.81. إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1998، ص.11. لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1310هـ، ص.08.

⁵ المدونة الكبرى، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص.20. الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.55. ابن رشد، المقدمات الممهدة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.94-95. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب المغربي الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء السادس، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 2003، ص.302. ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص.180. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.26. حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.91. أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي، شرح مختصر خليل، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ، ص.109. محمد عlish، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1984، ص.113.

1- من القرآن:

- استدلووا بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"¹.

وتمام العقد يتحقق بمجرد تطابق الإيجاب والقبول، وبالتالي وجب الوفاء به إعمالاً لنص الآية من غير انتظار إلى غاية انفضاض المجلس، وتفرق المتعاقدين بأبدانهما؛ ذلك أن القول بالخيار يعتبر منافياً لنص الآية؛ باعتبار أن رجوع أي من المتعاقدين عن العقد قبل التفرق يعتبر ضرباً من عدم الوفاء به².

- كما احتجوا أيضاً بقوله تعالى: "...وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ..."³.

فقد ندب الله سبحانه وتعالى إلى الإشهاد على العقد عند إبرامه، ولم يقل إذا تبايعتم وتفرقتم، فالقول بالخيار يعتبر زيادة عن الآية⁴، كما يستنتج من تلك الآية تعارضها مع فكرة خيار المجلس؛ إذ إن ثبوت الخيار يجعل الآية غير مفيدة؛ لأن الإشهاد لا يكون إلا في مجلس العقد، أما إذا وقع الإشهاد بعد التفرق فلا يطابق الأمر، وأما إذا وقع الإشهاد قبل التفرق فلا يصادف محلاً⁵.

- واستدلووا أيضاً بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ..."⁶.

فقد جعلت الآية السابقة من التراضي سبباً مطلقاً لإباحة الأكل، دون تقييده بالتفرق، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال. فالقول بإعطاء العاقد مكنة فسخ العقد عن طريق خيار المجلس يؤدي إلى منحه التصرف في العقد بإرادته المنفردة، دون رضا الطرف الآخر، مما يعتبر مخالفاً للآية السابقة⁷. ولا شك أن التجارة تشمل كل عقود المعاوضات؛ فكل تلك العقود أساس ثبوت آثارها، وما رتبته الشارع عنها من أحكام هو تراضي الطرفين. وإذا كان تراضي المتعاقدين هو أساس الالتزام، فبتحققه يثبت الالتزام دون الحاجة لانتظار انفضاض مجلس العقد. وبناء على ذلك، فإن الأخذ بخيار المجلس،

¹ - سورة المائدة، الآية 01.

² - الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 133. ابن عبد البر، الاستدكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص. 219. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 29.

³ - سورة البقرة، الآية 282.

⁴ - الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 134.

⁵ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 263.

⁶ - سورة النساء، الآية 29.

⁷ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 228.

وجعل العقد غير لازم إلى غاية انفضاض المجلس، فيه إهمال لمعنى التراضي الذي دل عليه صدور الإيجاب والقبول من متعاقدين مختارين. وقد ثبت العقد، وترتب حكمه، وكأن الحكم ببقاء الخيار إلى آخر المجلس دليل على أن التراضي لا يكفي لإنشاء العقود؛ بل يشترط فوق ذلك تفرق المتعاقدين، أو كأن ترتيب العقد لآثاره مرهونا بتفرق المتعاقدين¹. وهذا الحكم يعتبر مخالفا لظاهر الآية التي أباحت الأكل بمجرد تراضي الطرفين².

وبناء على الآيات السابقة، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القول بخيار المجلس يعتبر إبطالا لهذه النصوص³.

- كما يرى فقهاء هذا الاتجاه، أن المراد بالتفرق المذكور في الحديث الذي يحتج به مثبتو الخيار، هو التفرق بالأقوال حسب الشرع والعرف، وليس التفرق بالأبدان⁴. والدليل قوله تعالى: "وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ"⁵، وقوله تعالى أيضا: "وَأِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ"⁶، وقوله صلى الله عليه وسلم: "تفرقت اليهود على إحدى وسبعين فرقة، أو اثنتين وسبعين فرقة والنصارى مثل ذلك، وتفترق أمي على ثلاث وسبعين فرقة"⁷. والمراد بالتفرق في هذه الأدلة، التفرق بالأقوال والاعتقادات، لا التفرق بالأبدان⁸.

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 209-210.

² - الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 133.

³ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 47.

⁴ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 82. ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 47. الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 55. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 30. حاشية الدسوقي،

المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 91. ابن رشد، المقدمات الممهدة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 95.

⁵ - سورة البينة، الآية 04.

⁶ - سورة النساء، الآية 130.

⁷ - رواه الترمذي في السنن، كتاب الإيمان، باب: ما جاء في افتراق هذه الأمة، رقم الحديث: 2640، ص. 517.

⁸ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 797.

ويرد أنصار الاتجاه الأول على ذلك، بالقول إنه لا يمكن اعتبار تطابق الإيجاب والقبول من قبيل التفرق؛ بل إن ذلك من قبيل التوافق والاتفاق¹.

2- من السنة النبوية:

- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"². ويستفاد من هذا الحديث أن المال يحل لصاحبه بمجرد طيب نفس صاحبه، وقد تحقق ذلك بالعقد، وبالتالي فإن ثبوت خيار المجلس ينافي مضمون هذا الحديث³.

- واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه"⁴. ووجه الاستدلال من الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أجاز بيع المبيع بعد القبض، دون اشتراطه لحصول التفرق، فدل ذلك على ثبوت الملك للمشتري ولو لم يحصل التفرق؛ إذ إن البيع لا يكون جائزا إلا بعد ثبوت الملك⁵. وبالتالي فإن إثبات الخيار يعتبر منافيا لجواز تصرف العاقد في المعقود عليه⁶.

غير أنه قد تم الرد على ذلك، بأن الحديث قد نص عن نهي بيع الشيء قبل قبضه؛ سواء تفرق المتعاقدان، أم لم يتفرقا، ومفهوم الحديث هو جواز بيع الشيء بعد القبض؛ سواء حصل التفرق، أم لم يحصل. إلا أن المفهوم المطلق جاء تقييده بنص آخر؛ وهو ألا يكون هناك خيار، كخيار مجلس، أو خيار الشرط، ولهذا لا يجوز للمشتري بيعه لو اشترط البائع الخيار لنفسه مدة معينة، ولا يقال هنا أن خيار البائع يعارض نص الحديث، فإذا كان خيار الشرط لا يعارض حديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه، فكذلك خيار المجلس لا يعارض حديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه⁷.

¹ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 222.

² - رواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء السادس، كتاب: الغصب، باب: من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا، رقم الحديث: 11545، ص. 166.

³ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 484.

⁴ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم الحديث: 1525، ص. 662. ورواه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الطعام حتى يستوفى، رقم الحديث: 15018، ص. 399.

⁵ - الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 16.

⁶ - الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 136.

⁷ - دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 35.

- كما احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً، وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع"¹.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل الثمرة ومال العبد للمشتري بالشرط، دون اقتران ذلك بالتفرق، وبما أنه لا يمكن للمشتري أن يمتلك ذلك دون امتلاكه للأصل، وهو المعقود عليه، فدل ذلك على انتقال الملكية للمشتري بمجرد التعاقد².

- وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم: "أبما بيعين تباعا فالقول ما قال البائع، أو يترادان"³.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن المتبايعين قد يختلفان قبل الافتراق، فلو كان لكل منهما خيار المجلس لم تجب على البائع يمين أو تراد؛ ذلك أن التراد إنما يرد على العقود التامة⁴.

- قوله صلى الله عليه وسلم: "فلا يحل له أن يعارض صاحبه خشية أن يستقبله"⁵.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أنه لو كان خيار المجلس مشروعاً، لما احتاج المتعاقدان للتقابل، بل كان لها استعمال خيار المجلس، مما يفهم منه أنه لا رجوع خلال مجلس العقد إلا بالإقالة⁶.

ورد أصحاب الرأي الأول على هذا الدليل بأن الحديث يقول: ولا يحل له؛ أي أنه يحرم على أي من المتعاقدين أن يفارقه خشية أن يستقبله، والإقالة هي حق لكل متعاقد، ولا تكون إلا بالتراضي بينهما، فإن كانت حقاً لكل واحد منهما قبل التفرق، فالخلاف إذن خلاف اصطلاحى؛ إذ تسمى عند الآخذين بخيار المجلس، خياراً، وعند المنكرين لخيار المجلس، إقالة، والنتيجة واحدة؛ فالأمر بمعانيها، وليست بألفاظها. وإذا قيل إنه لا بد من تراضي الطرفين على الإقالة وفسخ العقد، وإن العقد لازم قبل التفرق، وإن الإقالة ليست واجبة، فكيف يقال لا يحل له أن يفارق صاحبه إذا كانت غير ملزمة؟ وأنه يشترط قبولها من

¹ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم الحديث: 2379، ص. 572-573. ورواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: من باع نخلاً عليها تمر، رقم الحديث: 1543، ص. 670.

² - دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 36.

³ - رواه مالك في الموطأ، كتاب: البيوع، باب: بيع الخيار، رقم الحديث: 80، ص. 671.

⁴ - ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص. 220-221.

⁵ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم الحديث: 1247، ص. 263. 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. ورواه أحمد في المسند، رقم الحديث: 6721، ص. 466.

⁶ - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 303. ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص. 229.

قبل طرقي العقد. والذي يستنتج من ذلك أن الإقالة لا تختص بمجلس العقد، ولا تسقط بالتفرق، بل يجوز طلب الإقالة في مجلس العقد قبل وقوع التفرق، كما يجوز ذلك أيضا بعد انفضاض المجلس، والذي يختص بالمجلس، هو خيار المجلس¹.

3- من الأثر:

- استدل النافون لخيار المجلس بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "البيع عن صفقة أو خيار ولكل مسلم شرطه"². ووجه الاستدلال من ذلك، أن البيع نوعان؛ لازم لقوله (البيع عن صفقة)، وغير لازم إذا ورد فيه خيار. فعلم من ذلك عدم ثبوت الخيار في كل بيع³.

وقد تم الرد عن هذا الدليل من ثلاثة نواح وهي:

- أولهما: أن هذا الأثر ضعيف، والضعيف لا يعتبر حجة في مواجهة الأدلة الثابتة، وثانيهما: أن هذا الأثر موقوف، والموقوف لا يخالف به المرفوع، وثالثهما: على افتراض صحة هذا الأثر فإن معناه أن البيع قسمان؛ قسم يشترط فيه الخيار، وهو خيار الشرط، وقسم آخر لم يتم اشتراط الخيار فيه، وسمي هذا القسم بالصفقة لقصر مدة خيار المجلس⁴.

- كما استدل المالكية بعدم ثبوت خيار المجلس بعمل أهل المدينة، وهو السنة العملية التي نقلت عن الرسول صلى الله عليه وسلم بالتواتر؛ حيث كان أهل المدينة لا يعملون خيار المجلس، وعمل أهل المدينة عندهم مقدم على أحاديث الآحاد التي أثبتت خيار المجلس⁵.

وأجيب على هذه الحجة، بأن الإجماع غير قائم في هذه المسألة؛ إذ إن الاختلاف فيها موجود، ومن خالف مالك في ذلك سعيد بن المسيب، والزهري، وابن أبي ذئب، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، وهؤلاء جميعا يعتبرون من فقهاء المدينة النبوية⁶. كما تم رد ذلك أيضا بالقول إن الأخذ بعمل أهل

¹ - دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص.ص. 40-41.

² - رواه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف، كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم: 15084، ص.ص. 410-411.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 31.

⁴ - دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 44.

⁵ - ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، المجلد 12، ص. 216. حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 91. ابن رشد،

المقدمات الممهدات، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 95. عليش، شرح منح الجليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 113.

⁶ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 263. ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص. 233.

المدينة، هو حكم انفرد به المالكية فقط دون الجمهور، وبالتالي لا يجوز الاحتجاج على الجمهور بهذا الدليل¹.

4- من القياس:

- قال أصحاب هذا الرأي بقياس عقد البيع على عقود النكاح، والخلع، والعق، وكلها عقود لا يثبت فيها خيار المجلس، فوجب إذن قياس البيع على تلك العقود، وعدم الأخذ بخيار المجلس فيه².

ورد أصحاب الرأي الأول بقولهم إن النكاح يحتاط له غالباً؛ إذ لا يقع إلا بعد ترو، وتدبر، وتفكير طويل، مما يستغنى عنه بخيار المجلس، إضافة إلى أن القول بثبوت خيار المجلس في النكاح يترتب عنه مضرة؛ وذلك باعتبار أن إعمال خيار المجلس قد ينتج عنه رد الزوجة بعد ابتذالها بالعقد، وذهاب حرمتها بالرد، مما يجعلها كالسلعة المباعة³.

- كما يضيف النافون للخيار، أن المعهود شرعاً أن الفرقة تؤثر في فسخ العقد لا في لزومه، ومثال ذلك عقد الصرف، فإذا تصارف المتعاقدان، ثم افترقا قبل القبض بطل الصرف. وقياساً على ذلك فإن القول باشتراط التفرق للزوم العقد مخالف للأصول الشرعية⁴.

ويرد على هذا بالقول أن الأصول الشرعية تعرف من خلال النصوص الشرعية، والمتبع لها هو المتبع للأصول الصحيحة، فلا ترد النصوص إلى الأصول، بل العكس فإن الأصول هي من ترد إلى النصوص، كما أن النص الشرعي لا يعارض بالعقل أو القياس؛ إذ إنه يعتبر أصلاً ثابت بذاته، ويجب التسليم به، كما أنه على فرض أن الحديث مخالف للأصول، فذلك لا يعني التسليم بأن الحديث مخالف للأصول ووجب رده، غاية ما في الأمر أن الشرع يكون قد أخرج بعض الجزئيات من الكليات لمصلحة تخصها⁵.

¹ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 221.

² - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 82. ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 48. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 30.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 798.

⁴ - الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 135-136.

⁵ - دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 33-34.

5- من المعقول:

- قالوا إن خيار المجلس هو خيار مجهول؛ لأن مدة انفضاض المجلس مجهولة، فيؤدي إلى جهالة البيع، فأشبه ذلك ببيع الغرر، كالملازمة، والمنازعة، أو البيع إلى أجل مجهول¹.

ويرد على ذلك، بالقول بأن إثبات خيار المجلس للعاقدين لا يعد من قبيل الغرر؛ إذ لأي منهما قطع الخيار في الوقت الذي يشاء، سواء عن طريق تخيير صاحبه، أو عن طريق مفارقتها بالبدن، كما كان ابن عمر رضي الله عنهما يفعل، أو عن طريق استعماله للخيار، وفسخه العقد، فيبطل حكم العقد حينئذ وتماديته². كما يضيف أصحاب هذا الرأي أن الثابت شرعا لا يضر جهالة زمنه، كخيار العيب، والأخذ بالشفعة، وذلك خلافا لخيار الشرط الذي يعتبر الأجل فيه متعلقا بشرط العاقدين، فوجب بيان مدته بذلك³.

- كما أن العقد قد صدر مطلقا عن شرط خيار المجلس، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، وبالتالي فإنه بفسخ أحد المتعاقدين للعقد، يكون قد تصرف في العقد الثابت بتراضيهما بالفسخ بإرادته المنفردة دون رضا الطرف الآخر، وهذا لا يجوز، بل يشترط لذلك رضا الطرف الآخر، فكذلك الحال هنا⁴.

- إن الرضا بالعقد هو الموجب للملك، وليس الفرقة، فليس في الفرقة دلالة على الرضا، ولا على نفيه؛ باعتبار أن حكم الفرقة أو البقاء في المجلس سواء؛ إذ إن الملك قد وقع بالرضا ابتداء لا بالفرقة⁵.

ثالثا- تقدير المسألة:

قبل أن نتطرق إلى موقفنا من المسألة، نشير إلى أن الفقهاء المعاصرين قد اختلفوا كذلك بين مؤيد ومانع لخيار المجلس، حيث يرى البعض⁶ ترجيح مذهب المانعين لخيار المجلس؛ ذلك أن القول بخيار المجلس يقتضي تعليق مصير العقد إلى غاية انفضاض المجلس، ولما كان وقت انفضاض مجلس العقد غير منضبط؛ باعتباره مرهونا بتفرق المتعاقدين بأبدانهم، فإن ذلك يجعل وقت لزوم العقد غير منضبط، مما يؤدي إلى

¹ - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء السادس، ص.302.

² - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1416، ص.1206.

³ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص.223.

⁴ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.228.

⁵ - ديان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص.ص.32-33.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.28.

المساس باستقرار المعاملات. كما أن القول بخيار المجلس يؤدي إلى المساس بقوة العقد الملزمة؛ ذلك أن إعمال هذا الخيار يجعل العقد عاريا عن الإلزام رغم توافق الإرادتين، وإذا كان الهدف من إثبات خيار المجلس عند الشافعية هو إعطاء المتعاقدين الفرصة للتدبر بعد اشتراط الفورية في القبول، والتي قد تدفعهم (وخاصة الموجب له) إلى التعاقد دون روية، فقد كان الأولى هو إعطاء تلك الفرصة عند إبرام العقد؛ وذلك بعدم اشتراط الفورية في القبول، وبالتالي إعطاء الفرصة للمتعاقدين للتدبر قبل انعقاد العقد لا بعده. بل الأولى حتى مع اشتراط الفورية في القبول عدم إثبات خيار المجلس للمتعاقدين احتفاظا بحزمة العقد. ويكون للمتعاقدين حينئذ أن لا يبرما العقد إلا بعد المساومة، وبالتالي إفساح المجال لهما للتدبر والتروي، وتكون بذلك مرحلة المساومة هي مرحلة تسبق إبرام العقد، وإذا انتهى المتعاقدان من المساومة، وبات أمر التعاقد مستقرا عندهم، فحينها بإمكانهما إبرام العقد عن طريق تطابق إرادتهما. وإذا قيل بأن هذا ضرب من الشكلية، فهي شكلية مهذبة، وهي على كل حال أفضل من المساس بقوة العقد الملزمة، وذلك باستقلال أحد المتعاقدين بإنهائه بإرادته المنفردة. فضلا على أن القول بخيار المجلس يجعل للعقد في الحقيقة مجلسان لا مجلسا واحدا؛ مجلس العقد، ومجلس الخيار.

وخلافا لذلك، يرى البعض الآخر¹ أن مذهب القائلين بخيار المجلس هو الراجح؛ باعتبار أنه خيار ثابت بالحديث المذكور، وهو حديث ليس منسوخا، كما أن الجمع بين الحديث والأدلة الأخرى النافية لخيار المجلس يجب أن لا يتضمن تعسفا ولا تكلفا، لذلك وجب تحميل حديث الخيار على مشروعية خيار المجلس قبل التفرق، وتحميل الأدلة الأخرى على لزوم العقد بعد التفرق.

وفي السياق نفسه، يرى جانب آخر² أن الرأي الذي يتعين ترجيحه، هو المثبت لخيار المجلس؛ باعتبار أن الأدلة التي اعتمد عليها فقهاء الحنفية، والمالكية، لم تسعفهم في نفي خيار المجلس، وذلك للأسباب التالية:

1- استدلل النافون لخيار المجلس بالآيات القرآنية التي تتنافى في مضمونها مع خيار المجلس، إلا أن تلك الأدلة عامة قد تم تخصيصها بخيار المجلس، ومن المعروف أن الخاص يقيد العام، فيكون حديث الخيار مقيدا لتلك الآيات.

2- أما بالنسبة للأحاديث النبوية التي استدلل بها النافون لخيار المجلس فيمكن ردها إلى ثلاثة أصناف:

¹ - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 270.

² - علي عبد الله أبو يحيى وأحمد شحدة أبو سرحان، مشروعية خيار المجلس في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 199 وما بعدها.

أ- أحاديث صحيحة تدل في عمومها على نفي خيار المجلس، كحديث "إذا ابتعت طعاما..."، ويقال بشأنها ما قيل في الآيات بأنها عامة، وقد تم تقييدها بحديث الخيار.

ب- أحاديث صحيحة هي في الأصل مثبتة للخيار لا نافية له، كحديث "البيعان بالخيار...ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله".

ج- أحاديث ضعيفة، كحديث "أبما بيعين تباعا فالقول ما قال البائع، أو يترادان"، فلا يؤخذ بها.

3- إضافة إلى استدلالهم بقواعد أصولية غير مسلم بها، كاستدلال المالكية بعمل أهل المدينة، وكذا استدلالهم بأدلة عقلية، والتي لا يلتفت إليها في مقابل الأحاديث الصحيحة.

وبعد استعراضنا لمختلف الآراء الخاصة بخيار المجلس، نلاحظ الاختلاف البين بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى مشروعية خيار المجلس، ولا نكون مباغين إذا قلنا بأن هذا الخيار يعتبر من بين أكثر الخيارات جدلا ومناقشة بين فقهاء مختلف المذاهب، وذلك يرجع في نظرنا إلى قوة أدلة كل اتجاه من جهة، وإلى أثر هذا الخيار، والمتمثل في النيل من قوة العقد الملزمة، وجعل العقود غير لازمة من جهة أخرى. ولا يخفى على أحد أن القول بذلك الرأي من شأنه عزوف الناس على إبرام العقود، كما قد يؤدي إلى المساس بمبدأ الوفاء بالعقود.

وبناء على ذلك، يبدو أن الرأي الثاني القائل بعدم ثبوت خيار المجلس هو الأولى بالقبول؛ ذلك أن خيار المجلس فيه زيادة عن العقد بعد تمامه بدون مقتضى، وقد يحدث نوعا من الاضطراب وعدم الطمأنينة، كما أن العقد تمامه بالقبول، وأن تراضي الطرفين هو دليل قيام العقد بين المتعاقدين. على أن هذا الرأي ليس على إطلاقه؛ بل إن ذلك يكون في العقود العادية، والتي لا تحتاج إلى تدبر وروية قبل تمام العقد، وتتميز بالمساواة الاقتصادية والفنية بين طرفيها، وهذا ما أخذت به القواعد العامة للقانون المدني كما رأينا؛ نظرا لطبيعة العقود المنظمة وقت صدور التشريعات المدنية، والتي تتميز بالبساطة وعدم التعقيد، مما يجعل خيار المجلس عائقا أمام استقرار المعاملات. أما إذا تعلق الأمر بعقود الاستهلاك، فإن الأمر على خلاف ذلك؛ إذ إن خيار المجلس هنا يعد بمثابة فرصة للمتعاقد الضعيف للتملص من العقد، بعد أن يتبين له تسرعه في إبرامه، إما بسبب قوة الإعلانات المؤثرة في المستهلكين، أو بسبب عدم خبرته، أو لاختلال التوازن بين طرفي العقد -وهما المستهلك والمحترف- مما يمكن هذا الأخير من التأثير بسهولة على إرادة المستهلك، ودفعه إلى التعاقد على أشياء قد يكون في غنى عنها. من أجل ذلك يعد خيار المجلس في هذه

الحالة ضماناً للمستهلك من كل هذه المخاطر؛ لما يتيح له من فرصة الرجوع عن العقد، والتملص من آثاره.

وعلى ذلك، نلاحظ بوضوح التشابه بين كل من خيار المجلس وحق العدول على الأقل من ناحية الهدف من إقرارهما، وكذا من حيث مصدرهما، والمتمثل في نص القانون بالنسبة لحق العدول، والذي يقابله النص الشرعي بالنسبة لخيار المجلس، وكذا من حيث الآثار المترتبة عن إعمالهما، والمتمثل في النيل من قوة العقد الملزمة خلال مدة معينة، غير أن المقاربة السابقة بين الآلتين لا تنفي وجود اختلافات بينهما في ثلاث نقاط على الأقل نبينهما فيما يلي:

- فمن حيث نطاق كل منهما، فإن كان نطاق حق العدول يقتصر على عقود الاستهلاك، أو العقود الإلكترونية؛ نظراً لخصوصية تلك العقود، فإن نطاق خيار المجلس يشمل كل عقود المعاوضة.
- ومن حيث الأشخاص، فإن كان حق العدول يثبت للمستهلك فقط، دون المحترف الذي يكون العقد لازماً من جهته، فإن خيار المجلس يثبت للمتعاقدين على السواء دون تفرقة بينهما¹.
- ومن حيث مدتهما، فإن كان حق العدول يستمر لما بعد انقضاء مجلس العقد لأيام، يكون فيها للمستهلك خلالها حق العدول عن العقد، فإن خيار المجلس مرهون بمجلس العقد؛ إذ إن تفرق المتعاقدين، وانقضاء مجلس العقد يؤدي إلى سقوط هذا الخيار، ولزوم العقد.

الفرع الثاني: نطاق خيار المجلس من حيث العقود

بعد أن بينا الاختلافات الفقهية حول مدى مشروعية خيار المجلس في الفقه الإسلامي، فإننا سنبين في هذا الفرع نطاق أو مجال ممارسة هذا الخيار من حيث العقود، أو بمعنى آخر العقود المشمولة بهذا الخيار، والتي يكون فيها للعاقدين فيها استعماله.

وتجدر الإشارة إلى أن دراسة نطاق هذا الخيار يقتصر على المذاهب المتبينة لهذا الخيار فقط، دون المذاهب الأخرى، والتي لم تر مشروعية خيار المجلس أصلاً، وبالتالي فلا مجال للحديث فيها عن نطاقه. وقد تم تحديد نطاق خيار المجلس على النحو التالي: "يثبت خيار المجلس في كل معاوضة محضة، واقعة على عين لازمة من الجانبين، ليس فيها تمليك قهري، ولا جارية مجرى الرخص..."².

¹ - محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص. 385.

² - يراجع: المادة 43 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، الطبعة التمهيديّة، 1976، ص. 179.

وفيما يلي بيان المقصود بهذا الحصر¹:

فبخصوص قول (في كل معاوضة) تخرج من ذلك ما لا يعتبر من عقود المعاوضات، كالهبة، والصلح، والقرض، والإبراء.

ويقصد (بكل معاوضة محضة) إخراج كل ما لا يفسد بفساد العوض كالنكاح، والخلع. وكذلك المقصود بكلمة (واقعة على عين) إخراج الإجارة، والتي قد اختلف الفقهاء في مدى ثبوت الخيار فيها.

كما يقصد بعبارة (لازمة من الجانبين) إخراج العقود الجائزة من الجانبين كالشركة، إضافة إلى العقود اللازمة من جهة واحدة كالرهن.

أما قول (ليس فيها تملك قهري) فيخرج الشفعة من نطاق العقود المشمولة بالخيار.

أما قول (ولا جارية مجرى الرخص) فهو يخرج الحوالة.

وبناء على ذلك، فإن خيار المجلس عند القائلين به لا يثبت في العقود غير اللازمة أو الجائزة، والتي يكون فيها للمتعاقدين الرجوع عن العقد بعد تمامه بالإرادة المنفردة، كالشركة، والوكالة، والعارية، والوديعة²، كما لا يثبت أيضا في العقود اللازمة من طرف، والجائزة من طرف آخر، كالرهن الذي يعتبر لازما من جهة الراهن، وجائزا من جهة المرتهن، والضمان الذي يعتبر لازما من جهة الضامن، وجائزا من جهة المضمون له. ويرجع سبب عدم ثبوت الخيار في هذه العقود إلى كونها ما دامت غير لازمة، فيجوز لطرفيها الرجوع عنها في أي وقت، دون الحاجة لاستعمال الخيار في ذلك³. كما اتفق من قال بخيار المجلس على عدم ثبوته في عقود النكاح، والخلع، والرجعة⁴. أما بالنسبة لعقود الصرف، والسلم، والإقالة، والشفعة، والحوالة، وهبة الثواب، والإجارة، والمساقاة، والمزايدة، وتعاقد الشخص مع نفسه، وشراء من يعتق عليه، بين الفقهاء بخصوص ثبوت خيار المجلس فيها⁵.

¹ - يراجع: ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 61.

² - يحيى بن شرف الخزامي النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الثالث، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، 1991، ص. 435. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 47. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 368.

³ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 207. ابن حجر الهيتمي، تحفة المنهاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 336.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 28-29.

⁵ - الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 404 وما بعدها.

الفرع الثالث: أثر خيار المجلس على العقد

بشوت خيار المجلس في العقد، فإن ذلك يؤدي لا محالة إلى ترتيب آثار معينة على العقد محل الخيار، وفيما يلي بيان أثر ثبوت الخيار على العقد.

وحيث أن الأصل في البيع هو اللزوم؛ باعتبار أن القصد منه هو نقل الملك، إلا أن الشارع قد جعل الخيار رفقا للمتعاقدين¹، وعلى ذلك، يكون للمتعاقدين بموجب خيار المجلس الرجوع عن العقد بعد تمامه بالإرادة المنفردة، وهذا هو الفرق بين خيار المجلس والتقايل؛ إذ إن التقايل لا يكون إلا بتوافق الإرادتين². وهذا الأثر متفق عليه عند من يأخذ بخيار المجلس؛ ذلك أن المقصود بالخيار، هو الحق في الإمضاء أو الفسخ، ولا يتحقق ذلك إلا بإنزال العقد من مرتبة القوة واللزوم إلى مرتبة الفسخ³. ويمتد هذا الخيار إلى حين تفرق المتعاقدين بأبدانهما، فإذا وقع التفرق بات العقد لازماً؛ بحيث لا يمكن لأي من طرفيه أن يستقل بالرجوع عنه، ولا سبيل لفسخه عندئذ إلا باتفاق المتعاقدين⁴. ويمكن القول إن هذا الخيار يعدّ حقاً من الحقوق؛ حيث إنه يعطي للمتعاقدين مكنة فسخ العقد أو إمضائه، كما أنه يمنح لصاحبه سلطة الاستئثار بموضوع العقد محل الخيار، ولا يجوز لأحد أن يزاحمه في ذلك، كما أن مصدر هذا الخيار -عند القائلين به- هو سبب معين بذاته، والمتمثل في حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي أعطى للمتعاقدين هذا الحق ما دام في مجلس العقد، ولم يتفرقا⁵.

وإن كان الفقهاء الذين أثبتوا خيار المجلس، قد اتفقوا على عدم لزوم العقد إلى حين انقضاء مجلس العقد، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك في حكم ملكية المعقود عليه خلال فترة خيار المجلس، وانقسموا بذلك على ثلاثة آراء، وهي:

¹ - باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس العقد بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص. 127.

² - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 21.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 174.

⁴ - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 270.

⁵ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 530.

أولاً- يرى غالبية فقهاء الشافعية¹، والحنابلة²، أن خيار المجلس لا أثر له في ملكية المبيع؛ أي أن ملكية المبيع والتمن تنتقل بمجرد تراضي الطرفين، دون انتظار انقضاء مجلس العقد، وبالتالي يثبت المبيع للمشتري، والتمن للبائع بمجرد التعاقد. وقد استدلو على ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"³. ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل الملك ينتقل للمشتري مباشرة بعد التعاقد، ولم يستثن من ذلك إلا ثمرة النخل التي جعلها على ملك البائع إلا إذا اشترطها المشتري، ولو كان الملك لا ينتقل وقت الخيار لاستثناه النبي صلى الله عليه وسلم مثلما استثنى الثمرة المؤبرة⁴. كما أن النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل ثمرة المباع للمشتري بمجرد اشتراطه ذلك، دون تعليق على شيء آخر، مما يدل على انتقال الملك بمجرد التعاقد مع الشرط؛ لأن الثمرة قد ملكت للمشتري وهي تابعة للمبيع، فيملك المبيع وهو متبوع من باب أولى⁵.

ويرد على هذا الرأي، بأن الحديث غير وارد في محل النزاع؛ لأنه محمول على ما بعد التفرق أو التخair، بدليل الأحاديث الصحيحة المثبتة لخيار المجلس، والتي تدل على عدم تمام الرضا إلا بانقضاء المجلس، أو التخair فيه، وإلا لما كانت هناك حاجة لإثبات هذا الخيار، وعلى ذلك فإن عدم انقضاء المجلس، أو التخair يقف حائلاً أمام ترتيب العقد لآثاره الشرعية؛ لانتفاء الرضا المشتراط شرعاً من أجل انتقال الملك⁶.

ويبدو لنا أن هذا الرأي مردود عليه؛ ذلك أن القول بعدم تمام الرضا إلا بعد انقضاء المجلس، يؤدي إلى الخلط بين انعقاد العقد ولزومه؛ إذ إن الرضا كاف لانعقاد العقد، دون الحاجة لتفرق المتعاقدين، غاية ما في الأمر أن العقد يفقد لزومه خلال فترة الخيار، كما أن القول بعدم اكتمال الرضا إلا بتفرق المتعاقدين فيه إهمال لتراضييهما، مما يجعل ذلك ضرباً من الشككية، وهذا ما يتعارض مع مبدأ الرضائية المستقر عليه في الفقه الإسلامي.

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 47. الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 18.

² - البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 205-206. الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 94. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 378.

³ - سبق تخريجه.

⁴ - دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 117-118.

⁵ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 533.

⁶ - المرجع نفسه.

- إن البيع المتضمن خيار المجلس يعتبر بيعا صحيحا قد توافرت فيه أركانه وشروط صحته، وبالتالي وجب ترتب آثاره في الحال، ولا معنى لمنع انتقال الملك بهذا البيع، وثبوت خيار المجلس لا ينافي الملك، وذلك قياسا على خيار العيب¹.

ثانيا- يرى بعض فقهاء الشافعية²، والحنابلة³، أن خيار المجلس يقف حائلا أمام ترتيب العقد لآثاره؛ بمعنى أن آثار العقد من انتقال الملك وغيره لا تترتب خلال فترة خيار المجلس، فلو كان العقد محل الخيار بيعا مثلا، فإن ثبوت الخيار فيه يمنع من انتقال الملكية للمشتري، والتمن إلى البائع خلال فترة مجلس العقد، وبالتالي فإن الملك لا ينتقل إلا بالعقد، وانقضاء الخيار. وقد اعتمد أنصار هذا الاتجاه في سبيل تبرير موقفهم على حديث "كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا، إلا بيع الخيار"⁴. ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نفى حكم البيع قبل الافتراق، فدل ذلك على اعتبار التفرق شرطا لانتقال الملك؛ إذ إن حصول الملك يقتضي جواز التصرف فيه، ولما كان المشتري ممنوعا من التصرف، فذلك دليل على عدم انتقال الملك بمجرد العقد⁵.

ويرد هذا الدليل بأن الحديث لا بد فيه من التأويل؛ لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم (البيعان) قد أثبت أن هناك متبايعين، ولا تثبت صفة المتبايعين للطرفين إلا بعد تمام عقد البيع بينهما، كما أن تفرق المتعاقدين وحده لا يعتبر عقدا؛ فهو لا يعدو أن يكون شرطا للزومه⁶.

ثالثا- وإليه ذهب بعض فقهاء الشافعية⁷؛ حيث يقولون بوقف آثار العقد خلال فترة خيار المجلس، فإذا انقطع الخيار ترتبت آثار العقد؛ إذ يرون بأنه لا يجوز القول بتملك المشتري المبيع بالعقد؛ فلو كان الأمر كذلك لملك التصرف، كما لا يجوز القول بتملكه بانقضاء الخيار؛ ذلك أن انقضاء الخيار لا يوجب الملك، وبالتالي فلم يبق إلا القول بعدم نفاذ العقد إلى غاية انتهاء الخيار⁸.

¹ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 801.

² - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 18. النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 254.

³ - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 379.

⁴ - سبق تخريجه.

⁵ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 48.

⁶ - ديان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 119.

⁷ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 48. ابن حجر الهيتمي، تحفة المنهاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 235. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 405.

⁸ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 18.

وأجيب على هذا الدليل، بأن القول بالفسخ لا ينافي انتقال الملك لسببين؛ أولهما: إن كان خيار العيب يعطي لصاحبه حق الفسخ، مع عدم انتفاء انتقال الملكية، فكذلك الحال بالنسبة لخيار المجلس، أما ثانيهما: فإن ثبوت حق الفسخ هو دليل على انتقال الملك؛ لأن الملك لو لم ينتقل لما كان المتعاقدان بحاجة إلى فسخ العقد لتخلص منه؛ إذ إن الفسخ هو رفع لما ثبت شرعا، وهو الملك¹.

ويبدو لنا أن الرأي الأول هو الأولى بالترجيح؛ ذلك أن القول بالآراء الأخرى قد يؤدي إلى الخلط بين العقد الموقوف والعقد غير لازم أو الجائز؛ إذ من المعروف أن ثبوت الخيار، وبالتالي عدم لزومية العقد لا يقف حائلا أمام ترتيب آثار العقد، غاية ما في الأمر أنه يكون لأحد المتعاقدين أو لكليهما خلال فترة الخيار الرجوع عن العقد بالإرادة المنفردة. ولذلك فإن القول بتوقيف آثار العقد قد يجعل من التفرق شرطا لصحة العقد، وليس للزومه، وبالتالي فلا يعتبر العقد منعقدا إلا بتفرق المتعاقدين، وهذا ما يتنافى مع مبادئ الرضائية في الشريعة الإسلامية، كما أنه بقولنا إن آثار العقد تبقى موقوفة خلال فترة مجلس العقد، فإننا نجرد خيار المجلس من أي أهمية؛ إذ يكفي القول بأن البيع يظل موقوفا إلى حين انفضاض المجلس؛ سواء بالتفرق، أم بغيره.

الفرع الرابع: موقف التشريعات الوضعية العربية من فكرة خيار المجلس

لم تلق فكرة خيار المجلس قبولا تشريعا لدى غالبية التقنينات المدنية للدول العربية، فبالسببة للمشروع الجزائري فقد قضى في المادة 106 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهو ما يعتبر تكريسا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وعدم الأخذ بخيار المجلس؛ ذلك أن الأخذ بخيار المجلس يتنافى مع مضمون هذه المادة التي لا تجيز لأي من طرفي العقد الرجوع عنه بعد تمامه بالإرادة المنفردة، خلافا لما يترتب عن خيار المجلس من إهدار للزومية العقد خلال فترة الخيار. وبالتالي فحسب المشروع الجزائري، فإن العقد ينعقد ويلزم بمجرد تراضي الطرفين، ولا يكون لأي منهما الرجوع عنه، حتى لو ما زال في مجلس العقد. كما أن هناك تشريعات عربية قد نصت صراحة على عدم الأخذ بخيار المجلس، كالمادة 01/47 من القانون المدني الكويتي التي تنص على ما يلي: "إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، لزم العقد طرفيه، ولا يكون لأي منهما نكوص، حتى قبل أن يفترقا بالبدن، وذلك ما لم يتفق على غيره، أو يقضي القانون أو العرف بخلافه"، وكذا ما تقضي به المادة 44 من القانون المدني البحريني بقولها: "إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، لزم العقد

¹ - ديان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص.ص. 131-132.

طرفيه، ولا يكون لأي منهما التحلل من أحكامه، حتى قبل أن يفترقا بالبدن، وذلك ما لم يتفق على غيره، أو يقضي القانون أو العرف بخلافه".

أما بالنسبة للتشريعات التي أخذت بخيار المجلس، فنجد القانون المدني اليمني في المادة 228 منه ينص على ما يلي: "يثبت خيار المجلس في كل معاوضة محضة واقعة على عين لازمة من العاقدين ليس فيها تملك قهري كالشفعة، ولا جارية مجرى الرخص كالحوالة، وذلك ما لم يتفق العاقدان على أن لا خيار لهما". ويظهر جليا مخالفة المشرع اليمني لمعظم القوانين العربية، وتبنيه لخيار المجلس بنص صريح، مسائرا في ذلك مذهب الشافعية، وكذا الحنابلة في قولهم بثبوت الخيار، كما تنص المادة 229 من القانون نفسه على ما يلي: "ينقطع خيار المجلس بتفرق المتعاقدين اختيارا ببدنهما عن مجلس العقد عرفا وبالاختيار، فإذا اختار أحدهما سقط حقه في الخيار وبقي حق الآخر فيه، وإذا مات من له الخيار في مجلس العقد انتقل إلى ورثته في مجلس العلم"، كما جاء في المادة 230 من القانون المدني اليمني ما يلي: "إذا اختلف المتعاقدان على وقوع الفسخ قبل التفرق ولا بينة فالقول لمنكر الفسخ". ونلاحظ أن المشرع اليمني -وفي حالة اختلاف المتعاقدين عن فسخ العقد من عدمه قبل التفرق من عدمه- قد رجح قول منكر الفسخ؛ وذلك رغبة من المشرع اليمني في الحفاظ على استقرار المعاملات؛ إذ لا يمكن القول بفسخ العقد خلال مجلس العقد بمجرد إدعاء أحد المتعاقدين ذلك، دون أن يكون هناك دليلا يثبت صحة إدعائه.

الفرع الخامس: خيار الطريق: بديل عن خيار المجلس في التعاقد بين غائبين

بخلاف التعاقد بين الحاضرين، والذي لا تثار فيه أية إشكالات بخصوص تطبيق خيار المجلس؛ إذ يكون للمتعاقدين الحق في الرجوع عن العقد ما دام لم يتم التفرق. إلا أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتعاقد بين غائبين؛ حيث نظرا لطبيعة تلك العقود، والتي لا يجمع فيها المتعاقدين مجلس عقد واحد، فإنه ينجم عن ذلك صعوبة الأخذ بخيار المجلس.

وفي هذا الصدد يرى البعض¹ أنه نظرا للصعوبات التي تعترض تطبيق كل من نظريتي الإعلان والعلم في التعاقد بين الغائبين، فإنه يجب التحلي عن كليهما بوضعهما الحالي المعيب. وتكمن مواطن القصور في كلتا النظرتين، في كون أن الأخذ بنظرية العلم قد يعمن في انعقاد العقد ولزومه إلى حين علم الموجب بالقبول، كما أن الأخذ بنظرية الإعلان قد يعجل من البت في انعقاد العقد ولزومه. وبالتالي فمن الأفضل

¹ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص. 132 وما بعدها.

البحث في إيجاد حل يلجم من تلك السرعة التي تترتب عن الأخذ بنظرية الإعلان، ويعجل من ذلك البطء المترتب عن الأخذ بنظرية العلم. ويكمن الحل في الفصل بين انعقاد العقد ولزومه؛ وذلك بالعمل على تعجيل انعقاد العقد بمجرد تراضي الطرفين، وهذا هو وجه الحق في نظرية الإعلان، وتأخير لزوم العقد إلى غاية علم الموجب بالقبول، وهذا هو وجه الصواب في نظرية العلم. وهذا الحل المقترح يصطفي من كل نظرية محاسنها، مع الإعراض عن مساوئها. ويرى صاحب هذا الرأي أن سبب عدم فصل فقهاء الشريعة الإسلامية، وخاصة فقهاء الحنفية، والمالكية بين انعقاد العقد ولزومه يرجع إلى الظروف السائدة وقت صياغة نظرية الإعلان من تأخر في وسائل المواصلات، وكذا بطء وسائل الاتصال، مما كان قد يؤدي إلى بقاء العقد لفترة طويلة من الزمن مهددا برجوع أحد المتعاقدين عنه. إلا أن هذه الصعوبات قد زالت بتطور وسائل الاتصال الحديثة، مما يتعين إعادة النظر في تجاهل الفقهاء لجهل الموجب بالقبول. وبالتالي فإن صياغة هذه النظرية المختارة يكون على الشكل الآتي:

- بالنسبة لنطاقها، فإنه ينحصر في عقود المعاوضات المالية التي يكون فيها القبول صريحا، أما العقود غير المالية كالنكاح، والمعاوضات المالية التي يكون فيها القبول ضمنيا، فيستبعد من نطاقها تطبيق هذه النظرية، وبالتالي تظل خاضعة للقاعدة العامة في نظرية الإعلان؛ أي أن العقد ينعقد ويلزم بمجرد القبول. ويرجع سبب استبعاد العقود غير المالية، كعقود النكاح، من مجال تطبيق النظرية؛ نظرا لكونها تسبق عادة بمقدمات وخطبة تجعل المتعاقدين في منأى عن التردد بعد القبول، وبالتالي فلا يؤدي حرمانهما من الرجوع إلى أي ضرر. أما العقود التي يتم فيها القبول ضمنيا، فيرجع سبب عدم تطبيق النظرية عليها إلى كون التنفيذ فيها يعتبر تنازلا عن حق الرجوع؛ إذ لا معنى من منح حق الرجوع ما دام المتعاقد قد أدخل التصرف بمجرد تنفيذه من حيز القوة إلى حيز الفعل. أما بالنسبة للمتعاقد الآخر، فإن حرمانه من حق الرجوع، يستند إلى كون ممارسته لحق الرجوع قد ينجم عنه المساس بالأوضاع الجديدة الناجمة عن القبول الضمني للمتعاقد الآخر، كتصرف الموجب بالمبيع إلى الغير؛ حيث يعتبر هذا التصرف تنفيذا للعقد، يتم به تكوينه، ويمنح المتصرف إليه مركزا حقوقيا جديدا لا داعي لإهداره بدعوى حماية حق الرجوع للآخر، بل إن الأدعى إلى العدالة هو إلغاء هذا الحق، حماية للغير المتصرف إليه حفاظا على استقرار المعاملات. وتتلخص أحكام هذه النظرية في الأمور التالية:

- سلب اللزوم من العقد قبل وصول القبول الصريح إلى علم الموجب، وبالتالي منح المتعاقدين الحق في الرجوع خلال الفترة الممتدة بين إعلان القبول والعلم به، مما يؤدي إلى إعطاء المتعاقدين مزيداً من الوقت من أجل التفكير، والتدبر في أمر التعاقد الذي أقدم عليه قبل اكتسابه صفة اللزوم.
- انتقال خيار الرجوع إلى خلف العاقد في حالة وفاته، وإلى نائبه الشرعي في حالة فقده لأهليته.
- اعتبار وصول القبول قرينة على العلم به، ما لم يثبت عكس ذلك.
- ويقترح صاحب النظرية اسم "خيار الطريق" أو "خيار البين" على الخيار المقترح؛ نظراً لأن ممارسته تتم في طريق وصول القبول إلى علم الموجب؛ أي في الفترة الممتدة ما بين صدور القبول والعلم به من قبل الموجب.

وتستند صياغة هذه النظرية على مبدأ العدالة، وما يستتبعه من دفع للضرر عن المتعاقدين، ويترتب على أعمال هذه النظرية مزايا للمتعاقدتين مقارنة بنظرية الإعلان، أو نظرية العلم؛ سواء بالنسبة للموجب، أم للقبال، كإعطاء الموجب الحق في التملص من إيجابه في حالة تأخر القابل عن إعلان القبول. أما بالنسبة للقبال، فإن الفائدة التي يحققها خيار الطريق له، تكمن في عدم التضيق عليه، وإلزامه بالقبول فور صدور الإيجاب، مما يفسح المجال له من أجل التروي في أمر العقد، إضافة إلى منحه الوقت الكافي للرجوع عن قبوله خلال الفترة ما بين صدور القبول والعلم به؛ وذلك بسلب اللزوم عن العقد خلال تلك الفترة.

غير أن هذه النظرية لم تلق إجماعاً فقهيّاً؛ إذ يرى اتجاه آخر¹ أن مضمون نظرية خيار الطريق أن العقد ينعقد في المجلس، إلا أن لزومه يتراخي إلى ما وراء مجلس العقد، وعلم الموجب بالقبول، وذلك في حالة التعاقد بين غائبين. ومما لا شك فيه أن الأخذ بهذه النظرية مخالف لما استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فالفقهاء حتى الذين أثبتوا خيار المجلس يرون أن العقد يصبح لازماً بمجرد انفضاض المجلس، ولا يتراخي لزومه إلى ما بعد انفضاض المجلس، فلحظة الانفضاض هي لحظة لزوم العقد، اللهم إذا كان هناك خيار عيب، أو رؤية، أو شرط. وبالتالي فإن صاحب نظرية خيار الطريق قد تأثر بفكرة مؤداها فصل خيار المجلس عن مجلس العقد، وأن لكل منهما مجلسه الخاص، وكيانه المستقل عن الآخر، وهذا ما لم يلق قبولا فقهيّاً. كما أن الهدف التي تسعى إليه نظرية خيار الطريق، والمتمثل في منح الحماية للمتعاقدتين، هو عين ما توفره نظرية خيار المجلس، إضافة إلى أنه قد تم صياغة نظرية خيار الطريق على غرار فكرة خيار مجلس العقد، مع اختلافهما فقط في وقت لزوم العقد، والذي يكون بانفضاض المجلس بالنسبة لخيار المجلس، ولما

¹ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 556 وما بعدها.

بعد انفضاض المجلس بالنسبة لنظرية خيار الطريق، لذلك يبدو أنه لا حاجة لهذه النظرية، وأنه يمكن الاستغناء عنها. كما أن غرض صاحب نظرية خيار الطريق من صياغتها، هو التوفيق بين نظريتي الإعلان والعلم في حالة التعاقد بين غائبين، وذلك بأخذ محاسن كل نظرية، وتجنب عيوبها، حيث تأخذ بعض التشريعات بنظرية العلم، كالقانون المدني الجزائري في المادة 67، والتي تقابلها المادة 97 من القانون المدني المصري، بينما يأخذ القانون المدني السوري بنظرية الإعلان، وذلك بموجب المادة 98 من القانون المدني السوري، فضلا عن أن صاحب نظرية خيار الطريق قد دعا إلى الفصل ما بين خيار المجلس ومجلس العقد، وهو ما يتناقض مع أحكام الفقه الإسلامي، والذي يرى غالبية فقهاء أنه في حالة التعاقد بين غائبين، فإن العقد ينعقد، ويكتسب صفة اللزوم بمجرد انفضاض مجلس العقد الحكمي، مما يعتبر تبنيًا لنظرية إعلان القبول من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية.

الفرع السادس: نطاق خيار المجلس من حيث الزمان

نظرا لأن الأصل هو لزوم العقد، واعتبار الخيار عارضا، فإنه وجب تحديد نطاق سريان خيار المجلس من حيث الزمان؛ سواء من حيث أمد خيار المجلس، أو من حيث أسباب زوال أو انتهاء الخيار؛ باعتبار أن عدم بيان ذلك قد يؤدي بالقول بأبدية الخيار، مما يمس بمبدأ لزوم العقد، فضلا عن أن ارتباط خيار المجلس بمدة مجهولة؛ وهي التفرق أحد أسباب رفضه من قبل الفقهاء المانعين له؛ وهم الحنفية، والمالكية، مثلما بينا ذلك في معرض كلامنا عن مدى مشروعية خيار المجلس في الفقه الإسلامي.

وتبعا لذلك، فإننا سنتطرق إلى أمد خيار المجلس (أولا)، ثم إلى حالات انتهاء الخيار (ثانيا).

أولا- أمد خيار المجلس:

يقصد بأمد خيار المجلس، هي تلك الفترة التي يثبت فيها خيار المجلس، والتي تبدأ من لحظة انعقاد العقد؛ أي بعد تطابق الإيجاب مع القبول. ولا يمكن تحديد أو ضبط وقت خيار المجلس؛ باعتبار أنه موكول لإرادة المتعاقدين، فيطول برغبتهم في زيادة التروي، ويقصر بإرادة المستعجل منهما بتخيير صاحبه، أو بمفارقتهم مجلس العقد. وفي هذا يختلف خيار المجلس عن خيار الشرط الذي يتم فيه تعيين أمد الخيار بمدة معلومة من قبل الطرفين وعلى هذا، فإن انتهاء خيار المجلس غير منضبط لتعلقه بأحد أمرين؛ التفرق، أو التخاير، وكلاهما غير معروف¹.

¹ عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 149.

إلا أن هناك اتجاه فقهي يرى أن أمد خيار المجلس أقصاه ثلاثة أيام؛ وذلك قياساً على خيار الشرط، كما يذهب رأي آخر إلى القول بأن خيار المجلس يسقط بشروع أحد المتعاقدين في أمر آخر، وإعراضه عن كل ما يتعلق بالعقد لفترة طويلة تكون فاصلة. وهذا الرأي يقصر من فترة خيار المجلس أكثر من التفرق أو التأخير؛ لأنه يحصره في حالة التعاقد الجادة بمدة قصيرة. وبالرغم من ضعف الرأي الثاني إلا أنه يعالج إشكال بقاء مجلس العقد قائماً لأيام، كحالة تعاقد المتعاقدين على متن سفينة، فإذا ظلا في البحر أياماً، فإن الأخذ بالرأي الثاني هو من يسمح بسقوط الخيار خلال فترة معلومة¹.

ثانياً: انتهاء خيار المجلس

ينتهي خيار المجلس عند القائلين به بأحد الأمور التالية:

1- **التأخير قبل إبرام العقد:** ويقصد بذلك اتفاق المتعاقدين على العقد، مع شرط تنازلهما عن خيار المجلس²، وذلك إعمالاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"³. ويثبت ذلك بقول أحد المتعاقدين للآخر: رضيت بالعقد وأسقطت خيارى، ويقول المتعاقد الآخر أيضاً: أسقطت خيارى⁴.

وقد اختلف القائلون بخيار المجلس حول حكم هذا الشرط، الذي يقضي بإسقاط الخيار ابتداءً، وانقسموا بذلك إلى ثلاثة اتجاهات، وهي:

- **الاتجاه الأول:** يقول بطلان البيع المتضمن هذا الشرط؛ لأنه يناهى مقتضى عقد البيع، وذلك أشبه باشتراط البائع عدم تسليم المبيع⁵.

- **الاتجاه الثاني:** يرى صحة الشرط، وبالتالي سقوط الخيار⁶. ودليلهم في ذلك أنه إن كان للمتعاقدين إسقاط الخيار بعد إبرام العقد، فإنه يجوز لهما كذلك إسقاط الخيار قبل انعقاده، كما أن خيار المجلس هو حق للمتعاقدين، وما كان حق لهما جاز لهما التنازل عنه.

¹ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 149-150.

² - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 136.

³ - سبق تخريجه.

⁴ - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 271.

⁵ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 13.

⁶ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 799. الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 85.

- الاتجاه الثالث: ذهب إلى بطلان شرط الإسقاط، مع بقاء العقد صحيحا. ودليلهم على ذلك أن خيار المجلس يثبت بعد إبرام العقد، فلا يجوز التنازل عنه قبل ثبوته. أما علة عدم بطلان العقد، فترجع إلى أن اشتراط مثل هذا البند لا يؤدي إلى الجهالة؛ سواء في العوض، أم في المعوض، فلم يبطل العقد بسببه¹. ويبدو لنا أن الرأي الثاني هو الأولى بالترجيح؛ ذلك أن قول الاتجاهين الآخرين بالبطلان؛ سواء اقتصر البطلان على الشرط فقط، أم على الشرط والعقد معا يحتاج إلى دليل؛ إذ إن خيار المجلس قد شرع لمصلحة خاصة تخص العاقد وحده، مما يؤدي إلى القول بجواز صاحب تلك المصلحة في إسقاط ذلك الحق تبعا لذلك، قياسا على خيار العيب؛ إذ يجوز للمشتري الإبقاء على العقد رغم وجود عيب به يحول دون انتفاعه به على الوجه الكامل، فإذا جاز للشخص أن يسقط حقه في حالة العيب، جاز له في غير ذلك من باب أولى.

2- التخايير بعد إبرام العقد: ويقصد به اختيار المتعاقد ما بين إمضاء العقد أو فسخه². والتخايير هو أن يقول أحد المتعاقدين للآخر قبل التفرق بالأبدان: اختر إمضاء العقد أو فسخه، فيختار المتعاقد الآخر إمضاء العقد. وبذلك يكون المتعاقدان قد بيّتا في مصير العقد قبل التفرق وانفضاض المجلس³. وقد اختلف الفقهاء القائلين بخيار المجلس في مدى جواز انتهاء خيار المجلس بالتخايير، وانقسموا على رأيين، وهما:

- الرأي الأول: ذهب إليه فقهاء الشافعية⁴، وبعض الحنابلة⁵؛ حيث قالوا بسقوط خيار المتعاقدين بالتخايير. وقد استندوا في تبرير موقفهم على حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" أو يقول أحدهما لصاحبه اختر⁶.

- الرأي الثاني: ذهب الحنابلة¹ في رواية أخرى إلى قصر أسباب سقوط الخيار على التفرق دون التخايير. ودليلهم على ذلك أن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم قد جاء فيها: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"². وبالتالي فإن تلك الروايات قد جعلت من التفرق سببا وحيدا لإسقاط الخيار، دون غيره³.

¹ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 13.

² - باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس العقد بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص. 129.

³ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 22.

⁴ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 12.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 799.

⁶ - سبق تخريجه.

وتبرز مسألة أخرى في حالة التخايير، وهي سكوت أحد المتعاقدين، وعدم إعلان موقفه رغم تخييره من قبل المتعاقد الآخر، فهل يعتبر ذلك قبولاً منه بالتخايير أم رفضاً؟ وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين:

– **القول الأول:** يرى عدم انقطاع خيار الساكت، وإليه ذهب فقهاء الشافعية⁴، وأغلب فقهاء الحنابلة⁵. ودليلهم على ذلك أن الساكت باق على خياره؛ لأنه لم يصدر منه ما يدل على إسقاط خياره؛ إذ لا يعد السكوت قرينة على الرضا⁶.

– **القول الثاني:** يقول بسقوط خيار الساكت، وهو وجه ضعيف في المذهب الشافعي. وقد استدلوا على ذلك بأن ما دام الخيار لا يتجزأ، فلا يمكن إثباته لأحد العاقدين دون الآخر، فكذلك سقوط الخيار، ليتساويا بذلك في انتهاء العقد، كما تساويا في إبرامه⁷.

ويبدو لنا، أن الرأي الأول القائل بعدم سقوط خيار الساكت هو الأولى بالترجيح والقبول، وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية "لا ينسب لساكت قول"؛ إذ لا يمكن نسب قبول إسقاط الخيار إلى الساكت؛ إذ إن إسقاط الخيار هو تصرف يترتب عنه أثر شرعي، مفاده لزوم العقد، وهو بهذا قد يعتبر تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً للساكت. لذا يجب أن يكون موقف التنازل بَيّن، لا يفيد عدة تأويلات. أما بالنسبة لخيار القائل، والذي قام بتخيير الساكت، فكذلك قد تم الاختلاف على سقوط خياره على قولين:

¹ ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق وتعليق: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص.26.

² سبق تخريجه.

³ عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.160.

⁴ النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.439. ابن حجر الهيتمي، تحفة المنهاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.337. الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.12.

⁵ ابن قدامة، المقنع، المرجع السابق، ص.159. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.373. البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.200. الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.85-86.

⁶ الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.08.

⁷ عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.162.

- **القول الأول:** يرى انقطاع خياره، وهو رأي الشافعية¹، وقول عند الحنابلة²؛ لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر"؛ إذ يفهم من هذا الحديث أن تخيير أحد العاقلين للآخر، يترتب عنه سقوط خيار القائل³.

- **القول الثاني:** وهو رأي عند الشافعية⁴، والحنابلة⁵، والذي يرى أن خيار القائل باق، ولا ينقطع بالتخيير؛ لأنه قد خير الطرف الآخر فسكت، وبالتالي لم يؤثر ذلك على خياره؛ لأن إقدامه على التخيير كان بقصد الاجتماع على رأي واحد لهما، كما لو جعل الخيار للزوجة فلم تختَر شيئاً، فإن ذلك لا يبطل حق الزوج في الطلاق بعد ذلك⁶. أما بالنسبة للحديث الذي استدل به الفريق الأول، فيحمل على اختيار الطرف الآخر، وليس على سكوته⁷.

ويظهر لنا وجهة الرأي الثاني؛ ذلك أن رغبة القائل في إسقاط الخيار كانت مرهونة بقبول الآخر، ولما قوبلت هذه الرغبة بسكوت من الطرف الآخر، فإن ذلك لا يؤثر على خياره أيضاً، وكما لا يجب اعتبار سكوت الطرف الآخر منتجا لآثر معين، والمتمثل في إسقاط الخيار، فكذلك يجب عدم الاعتداد به في مواجهة القائل بالتخيير.

3- التفرق: وينتهي خيار المجلس كذلك بتفرق المتعاقدين بأبدانهما. وقد كان سقوط الخيار بهذا الأمر محل اتفاق بين الفقهاء القائلين بخيار المجلس. وقد استدلوا على ذلك بحديث: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا..." السابق ذكره الخاص بخيار المجلس، حيث تطرق ذلك الحديث إلى جميع أحكام الخيار من ولادته إلى غاية انتهائه وزواله. وبهذا فإن الحديث قد جعل من التفرق نهاية للخيار⁸. ويقصد بتفرق المتعاقدين بأبدانهما، بأنه إذا كلم أحدهما الآخر لم يسمع كلامه، فيؤدي ذلك إلى انفضاض مجلس العقد، وسقوط

¹ - النووي، شرح صحيح مسلم، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص.248. الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.08. الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص.406.

² - البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، وللمؤلف نفسه: دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.200. ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.27.

³ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.12.

⁴ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص.212.

⁵ - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.372. ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.27.

⁶ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.799.

⁷ - باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس العقد بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص.132.

⁸ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.151.

الخيار¹. والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقا؛ نظرا لأن الشارع قد علق عليه حكما، دون أن يبين المقصود به². وقد قام الفقهاء بتطبيق هذا المعيار على أوضاع مختلفة، على غرار التفرق في المسجد الكبير والصحراء، كما تطرقوا إلى كيفية التفرق في حالة الدار الكبيرة ذات المجالس والدار الصغيرة، وفي السفينة الكبيرة والسفينة الصغيرة³. فإذا كانت الدار كبيرة، فيكفي لوقوع التفرق الخروج إلى صحنها، أو من الصحن إلى بيت، أما إذا كانت الدار صغيرة، فإن التفرق يكون بخروج أحد المتعاقدين منها، أو بصعوده إلى السطح. أما بالنسبة للسفن، فإن كانت كبيرة، فحصول التفرق يكون بصعود أحدهما إلى أعلاها، أو نزوله أسفلها إذا كان أعلاها، أما إذا كانت السفينة صغيرة، فيحصل التفرق بالخروج منها إلى اليابسة⁴. والتفرق هو عبارة عن عمل مادي، فلا يشترط فيه توافر النية عند القائم به، ولا إلى العلم بأثره في العقد، فلو تفرق المتعاقدان دون قصد منهما، ودون علم منهما بأثر التفرق على خيار المجلس، لزم العقد؛ لأن الدليل الشرعي قد جعل من التفرق حدا لإنهاء خيار المجلس. وهذا ما أخذ به فقهاء الشافعية، وكذا فقهاء الحنابلة؛ إذ جعلوا التفرق سببا لإنهاء الخيار، حتى لو كان التفرق قد وقع من صاحبه عن طريق النسيان، أو الجهل⁵.

وينبغي أن يكون التفرق تفرقا طبيعيا لا إكراه فيه، فإذا أكره أحد المتعاقدين على التفرق، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

– **القول الأول:** ذهب إلى عدم انقطاع خيار المكره؛ لأن الخيار معلق على التفرق، فلم يثبت مع الإكراه؛ ولأن المكره لم ير منه أكثر من السكوت، والسكوت لا يسقط الخيار. أما بالنسبة للمتعاقد الآخر فينقطع خياره؛ لأنه لم يكن مكرها على التفرق⁶.

¹ – الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 11. ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 26.

² – الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 408. الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 84-85. البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 201.

³ – ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 798.

⁴ – البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 36. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 368-369.

⁵ – عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 153 وما بعدها.

⁶ – الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 407. البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 200.

– **القول الثاني:** يقول بسقوط خيار المكره؛ لأنه إن كان لصاحبه أن يفارقه بدون رضاه، فكذلك يسقط خياره بمفارقه صاحبه، حتى ولو كان ذلك بدون رضاه¹.

– **القول الثالث:** يرى أنه يجب التفرقة بين حالتين، فإذا كان المكره قادراً على الكلام، فهنا يسقط خياره، أما إذا لم يكن قادراً على الكلام وقت الإكراه، فلا يسقط خياره، ويبقى متمتعاً به².
وقد رد الفقه على هذا الرأي، بالقول إن الإكراه قد حرم صاحبه من امتداد الخيار خلال فترة المجلس، لذلك فإن سكوته عن الفسخ لا يؤدي إلى سقوط الخيار³.

ويبدو أن الرأي الأول هو الأولى بالترجيح؛ باعتبار أن التفرق قد حصل للمكره بدون إرادة منه؛ لذلك وجب تعطيل أثر ذلك التفرق؛ لانتفاء الرضا في حصوله.

أما بالنسبة لخيار غير المكره فينقطع إن لم يتبع صاحبه بعد وقوع الإكراه⁴.
وقد يحدث ويفارق العاقد مجلس العقد خوفاً من الفسخ، فهل يعتد بهذا الفعل، ويعتبر ذلك موجبا لسقوط خيار المجلس؟ ولقد اختلف كذلك القائلون بخيار المجلس على ثلاثة أقوال:

– **القول الأول:** يرى أصحابه عدم جواز ذلك، وهو قول عند الحنابلة⁵. ودليلهم على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "... ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله"⁶.

ورد الفقه على هذا التوجه، بأن عبارة "لا يحل له" زيادة قد تفرد بها عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وكل من روى الأحاديث المتضمنة لخيار المجلس لم يذكر تلك الزيادة، كأحاديث البخاري ومسلم، وغيرها من الأحاديث التي تعتبر تشريعاً لخيار المجلس، وبالتالي فإن هذه الزيادة لم تثبت عن طريق أسانيد صحيحة⁷.

¹ – ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 798.

² – النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 215.

³ – عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 157.

⁴ – المرجع نفسه.

⁵ – البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 201.

⁶ – سبق تخريجه.

⁷ – دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 108.

كما يرى أصحاب هذا الرأي أيضا، أنه لا يجوز للشخص أن يفارق صاحبه خشية من استعماله لخيار المجلس؛ لأن هذا يعتبر تحايلا من أجل إسقاط حق الآخر، ولا يجوز التحايل من أجل إسقاط حق الغير. ويرجع سبب تحريم ذلك إلى عدم جواز إسقاط حق الغير دون مصلحة مرجوحة، وهذا موجود كثيرا في الشريعة الإسلامية؛ إذ لا يحل للشخص أن يمنع أخاه من الانتفاع بشيء وهو لا يضره¹، كما جرى لعمر بن الخطاب عندما جاءه شخص يشتكي من جاره الذي أبى أن يجري الماء من أرضه، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "والله، وليرمّن به ولو على بطنك"².

- القول الثاني: يرى كراهية فعل ذلك، وهو مذهب الشافعية³، وقد استدلوا على رأيهم هذا بالحديث السابق، إلا أنهم فسروا قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل له..."، بأن لفظ الحل ليس محمولا على التحريم؛ وإنما محمول على الإباحة بين الطرفين⁴.

- القول الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي جواز مفارقة المتعاقد مجلس العقد خشية فسخ العقد من المتعاقد الآخر، وهو القول الثاني عند الحنابلة⁵، ودليل هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه، هو فعل ابن عمر رضي الله عنهما الذي كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه⁶، كما أن الرضا لا يعدّ شرطا في الفرقة، مثلما لا يعدّ كذلك في فسخ العقد⁷.

غير أنه قد تم الرد على ذلك، بأن فعل ابن عمر لا يحتج به على حديث النبي صلى الله عليه وسلم، ويلتمس له العذر بأنه لم يبلغه هذا الحديث، ولو بلغه لما خالفه⁸. كما يمكن حمل تصرف ابن عمر على رغبته في إلزام نفسه؛ كي لا تراوده رغبة الفسخ، لا على حرمان غيره من الفسخ⁹.

¹ - محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام، المرجع السابق، ص.7.

² - رواه مالك في الموطأ، كتاب: الأفضية، باب: القضاء في المرفق، رقم: 33، ص.746.

³ - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.09. ابن حجر الهيتمي، تحفة المنهاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.338. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.48.

⁴ - الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.407.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.799.

⁶ - سبق تخريجه.

⁷ - ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.26.

⁸ - البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.202.

⁹ - الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.68.

ويبدو لنا أن الرأي الأول، والذي لا يجيز للمتعاقد مفارقة مجلس العقد خشية استعمال المتعاقد الآخر لخيار المجلس هو الرأي الراجح؛ ذلك أن خيار المجلس قد ثبت عند القائلين به بنص الحديث، وتمكين المتعاقد من التحايل لأجل إسقاط ذلك الحق هو تشجيع على سوء النية.

4- موت أحد المتعاقدين: كما يسقط خيار المجلس أيضا بموت أحد المتعاقدين، ولا ينتقل إلى الورثة¹. غير أن هذا السبب لسقوط خيار المجلس لم يكن محل اتفاق بين القائلين به؛ حيث اختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول: ذهب إليه فقهاء الشافعية²؛ إذ قالوا بأن موت المتعاقدين لا يعتبر سببا لسقوط خيار المجلس؛ سواء مات أحدهما، أم كليهما، بل إن الخيار في هذه الحالة ينتقل للورثة، فإن كان الوارث طفلا، أو مجنونا، أو محجورا عليه، نصب الحاكم من يقوم مقامه في أموره كالفسخ، والإجازة. أما إذا كان الوارث في مجلس العقد، فيثبت له الخيار مع المتعاقد الآخر في المجلس، ويلزم العقد بتفرقهما ببدنهما، أو بتخايرهما، وإن كان غائبا وبلغه خبر وفاة مورثه، فيلحق بمفارقة مجلس الخبر؛ لأنه خليفة مورثه فيثبت له ما يثبت لمورثه³؛ ولأنه لما كان خيار المجلس لا ينقطع بالإكراه على الراجح، فكذلك كان الأولى عدم انقطاعه بالموت؛ باعتباره أكثر إكراها⁴.

كما تم الاستدلال على عدم سقوط الخيار بقياس خيار المجلس على خيار الشرط⁵. ونرى أن هذا قياس مع الفارق؛ إذ إن من أحكام خيار الشرط أنه يستمر إلى ما بعد انقضاء مجلس العقد لأيام، فلا ضير من انتقاله لورثة الشخص حالة وفاته، بخلاف خيار المجلس الذي يسقط بمجرد انقضاء المجلس.

¹ - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 271.

² - النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 441. ابن حجر الهيتمي، تحفة المنهاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 340. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 49. الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 11.

³ - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 408.

⁴ - باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس العقد بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص. 135-136.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 22.

- **القول الثاني:** ذهب إليه الحنابلة¹؛ إذ يرون سقوط الخيار بالموت، ودليلهم في ذلك أن خيار المجلس يبطل بموت صاحبه؛ باعتباره إرادة ومشئمة تتصل بشخص العاقد، فلا يمكن تصور انتقال ذلك إلى الوارث². كما أن الخيار ينتهي بالتفرق، والموت أكبر تفرق، وبذلك فإن موت أحد المتعاقدين يترتب عنه لزوم العقد³.

5- هلاك المعقود عليه: إذا هلك المعقود عليه، فإن ذلك يؤدي إلى سقوط خيار المجلس؛ لأن هلاك الشيء يؤدي إلى انتهاء العقد في حد ذاته⁴.

6- التصرف: كما ينقطع خيار المجلس أيضا بالتصرف في المعقود عليه خلال مدة الخيار تصرفا ناقلا للملكية، كالبيع، والهبة، حيث أن التصرف في المعقود عليه يلزم البيع⁵. فإذا باع المشتري السلعة خلال فترة الخيار، أو تصرف البائع في الثمن، اعتبر ذلك التصرف إسقاطا من المتعاقدين لخيار المجلس، فيكون قطع الخيار في هذه الحالة بالتراضي كما لو كان هناك تخاير⁶.

وتجب الملاحظة، إلى أن سقوط الخيار في هذه الحالة متفرع على مسألة مدى انتقال الملكية خلال مدة الخيار، والتي اختلف القائلون بالخيار فيها على ثلاثة أقوال مثلما بينا سابقا، بين قائل بعدم انتقال الملكية، وآخر بوقف الآثار، وثالث بجواز انتقال الملكية خلال فترة الخيار. وبالتالي فإن سقوط الخيار بالتصرف في المعقود عليه جائز فقط في الرأي الأخير القائل بانتقال الملك خلال مدة الخيار.

7- الفسخ: كما ينتهي خيار المجلس أخيرا بفسخ العقد؛ وسواء حصل الفسخ من المتعاقدين معا، أم من المتعاقد الواحد. ويعد الفسخ مسقطا للخيار؛ لأن سقوطه يؤدي إلى سقوط العقد أصلا، وذلك تطبيقا للقاعدة القائلة: "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه"⁷. ويحصل الفسخ بكل لفظ دال عليه، كقول: فسخت البيع، واسترجعت المبيع، أو رددت المبيع، أو رددت الثمن، وغير ذلك من الألفاظ الدالة على

¹ ابن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ص. 894. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 370. البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 200.

² عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 171.

³ الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 86. البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 37.

⁴ البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 40.

⁵ محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 271.

⁶ باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس العقد بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص. 136.

⁷ عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 163.

فسخ العقد. وفي هذا يرى الفقهاء أن رفض البائع زمن الخيار البيع حتى يزيد الثمن مع رفض المشتري ذلك يعدّ فسخاً، وأيضاً رفض المشتري الشراء حتى يتم تخفيض الثمن مع عدم قبول البائع يعدّ فسخاً، وكذلك طلب البائع حلول الثمن المؤجل، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال، فكل هذه الحالات تعدّ فسخاً¹.

المطلب الثاني: مقارنة خيار الرؤية بفكرة العدول عن العقد

يعتبر خيار الرؤية من بين الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، والتي تقوم على نفس الفكرة التي تقوم عليها فكرة العدول. وبناء على ذلك فإن سننطرق في هذا المطلب إلى خيار الرؤية، سواء من حيث مدى مشروعيته في الفقه الإسلامي، أو من حيث بيان مختلف أحكامه؛ ليتسنى لنا بعد ذلك المقارنة بينه وبين حق العدول في العديد من الجوانب.

ويقصد بخيار الرؤية في الفقه الإسلامي: "أن يكون لأحد العاقدین الحق في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محل العقد الذي عقد عليه ولم يره"².

وبالتالي، فإن مضمون خيار الرؤية يكمن في شراء شيء معين غائب لم يسبق للعاقد رؤيته. وقول "شراء شيء معين"، يقصد به ما يتم التعاقد فيه على عينه، لا على مثله، أو على وصفه.

وتبعاً لذلك، تتبين علاقة خيار الرؤية بمسألة بيع الغائب، فالذين منعوا بيع الغائب يرون عدم ثبوت خيار الرؤية، أما الذين أجازوا بيع الغائب فيقولون بثبوت هذا الخيار، من أجل ذلك فإن القول بخيار الرؤية مرتبط إيجاباً ونفياً مع مسألة جواز بيع الغائب من عدمه³. وبناء عليه، فإن خيار الرؤية شأنه شأن خيار المجلس لم يكن محل قبول أو إجماع بين فقهاء الشريعة الإسلامية. وفيما يلي بيان الاتجاهات الفقهية في خيار الرؤية:

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية في خيار الرؤية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مشروعية خيار الرؤية على النحو التالي:

¹ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 240-241.

² - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 278.

³ - ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص. 332.

أولاً- الاتجاه القائل بمشروعية الخيار: ذهب فقهاء المذهب الحنفي¹، والشافعية في القديم²، والحنابلة في رواية³، إلى مشروعية خيار الرؤية، وقالوا بثبوته بحكم الشرع، ولا يحتاج إلى اشتراطه من قبل المتعاقدين، ويثبت بذلك للعائد فسخ العقد عند رؤيته المبيع⁴؛ سواء وجد المبيع على مطابقا للوصف، أم غير مطابق⁵. ودليلهم على ذلك ما يلي:

- قوله تعالى: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ..."⁶. فالآية في عمومها تدل على مشروعية بيع العين الغائبة، ولا يستثنى من ذلك إلا بيعا حرمه الكتاب، أو السنة⁷.

غير أن الفقه رد على هذا الاستدلال بأن الآية قد جاءت عامة، وقد تم تخصيصها بعدة أحاديث، كحديث النهي عن بيع الغرر⁸، الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم⁹.
وبيع الغائب هو غرر من ناحيتين؛ أولهما: أن العائد لا يعلم إن كان المبيع سالما، أم هالكا، وثانيهما: فيكمن في عدم علم العائد هل يصل إليه، أم لا¹⁰.

¹ - الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 09. الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 24. الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 292. ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 149. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 50. لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 57.

² - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 35.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 804. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 296.

⁴ - محمد بن حسين بن علي المعروف بابن نجيم الطوري القادري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص. 28.

⁵ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 137.

⁶ - سورة البقرة، الآية 275.

⁷ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1411، ص. 1194.

⁸ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 365. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 804.

⁹ - رواد مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، رقم الحديث: 1513، ص. 658-659. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في بيع الغرر، رقم الحديث: 3376، ص. 430. ورواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع الغرر، رقم الحديث: 1230، ص. 259. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: بيع الحصاة، رقم الحديث: 4518، ص. 612. ورواه ابن ماجه في السنن، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر، رقم الحديث: 2194، ص. 391. ورواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب: من قال لا يجوز بيع العين الغائبة، رقم الحديث: 10417، ص. 437. ورواه أحمد في المسند، رقم الحديث: 7411، ص. 515.

¹⁰ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 16.

- كما استدلووا أيضا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "من اشترى شيئا لم يره، فهو بالخيار إذا رآه"¹. ويرى فقهاء الحنفية أن هذا الحديث يستفاد منه أمران؛ أولهما: أن التصريح بإثبات هذا الخيار للمشتري يعتبر جوازا على بيع الغائب؛ لأن الخيار لا يرد إلا على عقد مشروع، وثبوت الخيار هنا دليل على صحة البيع، أما ثانيهما: فإن المبيع الغائب إذا كان معلوم العين مقدور التسليم جاز بيعه كالمُرئي². ويرد على هذا الاستدلال، بأن الحديث ضعيف، ومطعون في صحته، وقد اتفق الحفاظ على تضعيفه³، وأن عمر بن إبراهيم بن خالد الأهوازي هو من تفرد برواية الحديث، وقد عرف عنه اختراع الأحاديث ووضعها؛ لذلك وجب عدم الالتفات إلى روايته⁴.

- كما يرى فقهاء هذا الاتجاه، أنه يمكن الاستدلال على وجود الخيار وشرعيته من خلال أحاديث النهي عن الغرر؛ ذلك أن المتعاقد إذا لم يقف على حقيقة المعقود عليه، فإن هذا لا يخلو من الغرر؛ سواء كان يعلمه البائع، أم لا، وأيضا فلا بد من وقوع التراضي كشرط لصحة العقد، فإذا لم يرض المشتري بالمبيع عند رؤيته انعدم التراضي⁵.

- كما استدلووا أيضا بما جاء في الأثر، من أن طلحة بن عبيد الله قد اشترى من عثمان بن عفان مالا، وكان المال بالكوفة، فلما تم البيع بينهما ندما، فقال عثمان لي الخيار؛ لأنني بعت ما لم أر، فقال طلحة: لي الخيار؛ لأنني اشتريت ما لم أر، فحكم بينهما جبير بن مطعم، ف قضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان⁶. وقد كان هذا بمحضر من الصحابة، ولم ينكر أحدهم ذلك، فدل ذلك على شرعية خيار الرؤية⁷.

¹ - رواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب: من قال يجوز بيع العين الغائبة، رقم الحديث: 10426، ص. 439.

² - أحمد رباحي وإبراهيم عماري، مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، الجزائر، العدد 15، جانفي 2016، ص. 110.

³ - زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 18.

⁴ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 365. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 17.

⁵ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 516.

⁶ - رواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب: من قال يجوز بيع العين الغائبة، رقم: 10424، ص. 439.

⁷ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 577.

ونوقش هذا الدليل من ناحيتين؛ أولهما: أن قول الصحابة لا يعتبر حجة، ما لم ينتشر بينهم من غير مخالفة¹، أما ثانيهما: فيحتمل أنه تبايعا بالصفة².

- أما من القياس، فاستدل أنصار هذا الرأي على موقفهم هذا، بالقول إن البيع وباعثاره من عقود المعاوضة، فإن عدم رؤية المعقود عليه فيه لا ينال من صحة العقد، وذلك قياسا على عقد النكاح، والذي لا يشترط فيه رؤية الزوجة³.

إلا أنه أجيب عن ذلك، بأن المعقود عليه في النكاح هو استباحة الاستمتاع، والذي لا يمكن رؤيته، ولأن الحاجة قد تدعو لترك الرؤية في النكاح؛ لمشقتها غالبا⁴. لذا فإن هذا قياس مع الفارق؛ ذلك أن النكاح لا يقصد منه المعاوضة، ولا يفسد بفساد المعوض، كما لا يرد عليه الخيارات، وذلك بخلاف البيع، مما يجعل اشتراط الرؤية فيه مشقة، فضلا على أن الصفات التي تعلم عن طريق الرؤية ليست المقصودة بالنكاح، فلا ضير من الجهل بها⁵.

- أما من المعقول، فاستدل أصحاب هذا الاتجاه بقولهم أن تجويز التعاقد مع إثبات خيار الرؤية يحقق مصلحة للعاقدين على السواء، فالبائع قد يكون بحاجة إلى بيع ماله الغائب وقبض ثمنه، وكذلك المشتري الذي قد يكون بحاجة إلى شراء المبيع، فلذلك قيل بجواز البيع مع ثبوت الخيار للمشتري⁶.

- إضافة إلى أن الرؤية لو كانت شرطا لصحة العقد لما تم الاستغناء عنها برؤية تقدمت العقد، كالصفات في السلم، وذكر الثمن. فثبوت صحة العقد بمجرد الرؤية السابقة دليل على أنها لا ترقى أن تكون شرطا في صحة العقد⁷.

إلا أنه أجيب عن ذلك، بأن الرؤية قبل التعاقد تجعل من المبيع معلوما، أما وصف الشيء قبل العقد فلا يجعل المسلم فيه معلوما في حال العقد، من أجل ذلك وجب اقتران الصفة بالعقد، ولم يوجب اقتران الرؤية بالعقد⁸.

¹ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 365.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 804.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الخامس، ص. 15.

⁴ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 365.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 805.

⁶ - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 279.

⁷ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 15.

⁸ - المرجع نفسه، ص. 18.

- كما استدلل أنصار الحنفية على رأيهم هذا، بقولهم بأنه لا ضرر في تجويز البيع على هذا النحو؛ باعتبار أنه بيع مال مقدور التسليم¹.

- كما استدلل المثبتون لخيار الرؤية أيضا، بأن الجهالة التي نتجت عن عدم رؤية المبيع قد أحدثت خللا في الرضا، واختلال الرضا سببا لثبوت الخيار، وقد يندم العاقد عند رؤيته المبيع إذا لم يلق ذلك المبيع موافقا لرغبته، فتم تقرير الخيار لمصلحته؛ من أجل تدارك الأمر².

- وإن انعدام المعقود عليه يمنع العقد، أما الجهل بالمعقود عليه في بعض المواضع فلا يحول دون قيامه؛ لأن تأثير عدم أقوى من تأثير الجهل، وعدم رؤية المبيع لا يترتب عنها أكثر من مجرد الجهل بصفات المبيع، الذي لا يمنع من صحة العقد، وغاية ما في الأمر، أنه يثبت الخيار للمشتري بذلك، كالشيء المعيب، والمستور بقشره. وتبرير عدم تأثير الجهالة على صحة العقد، أن الجهالة لا تؤدي إلى فساد العقد إلا إذا كانت تفضي إلى المنازعة، فإذا لم تفض إلى المنازعة، فلا تعد سببا لفساد العقد، وجهالة الأوصاف لا تؤدي إلى المنازعة بين الطرفين بعدما صار معلوم العين³.

على أن الفقه رد على هذا الاستدلال، بالقول أن قياس الجهل بصفة المبيع على العيب والمستور بقشره هو قياس مع الفارق؛ إذ إن العيب والمستور بقشره قد جهل ببعض صفاته فقط، بخلاف الغائب الذي قد جهل بجميع صفاته، والجهل ببعض الصفات لا يساوي الجهل بكل الصفات⁴.

ثانيا- الاتجاه القائل بالتفصيل: يرى فقهاء المالكية⁵، أن بيع العين إذا كانت حاضرة مجلس العقد، ولم يكن في رؤيتها مشقة، وجب رؤيتها من قبل المشتري من أجل صحة العقد، فإذا اشتراها بعد رؤيتها صح البيع، ولا يكون للمشتري الخيار عندئذ، أما إذا لم ير المشتري العين المبيعة، فلا يصح البيع. وهذا الحكم أيضا في حالة ما إذا كانت العين قريبة من مجلس العقد؛ بحيث يتمكن من رؤيتها دون مشقة⁶.

¹ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 138.

² - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 292.

³ - أحمد رباحي وإبراهيم عماري، مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 110.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 17.

⁵ - ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص. 210. حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 24. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 553. الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 115. الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 55.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 166.

أما إذا لم تكن العين المبيعة حاضرة مجلس العقد، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن العين بعيدة جدا، فتوصف وصفا يميزها عن غيرها، فإذا انعقد البيع على هذا النحو انعقد صحيحا لازما، وليس للمشتري خيار الرؤية، ولكن له خيار الوصف إذا كانت العين المبيعة على غير ما وصفت. فإذا لم يسبق للمشتري رؤية المبيع، ولم توصف على النحو المتقدم، أو وصفت، ولكنها كانت بعيدة جدا، فلا يجوز البيع حينئذ إلا إذا اشترط المشتري الخيار عند رؤيته المبيع. أما إذا انعقد العقد مع إلزام المشتري بعدم الخيار، أو في حالة سكوت العاقدين عن شرط الخيار، فالعقد باطل¹.

وقد استند أنصار هذا الرأي على عدة أدلة منها:

- قوله تعالى: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ"². وهو الدليل نفسه الذي ساقه أنصار الرأي الأول، وقد تم الرد عن ذلك عند عرض أدلة الاتجاه الأول، فما يقال هناك يصدق هنا أيضا.

- كما استدلو أيضا بقوله تعالى: "وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِّنْ عِندِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِّمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِن قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا..."³. ويمكن استنتاج من هذه الآية جواز شراء الغائب على الصفة؛ ذلك أن اليهود كانوا بالمدينة النبوية يتوعدون الأوس والخزرج بقرب وقت بعثة النبي صلى الله عليه وسلم؛ ليقاتلوهم تحت قيادته، وذلك بعد إيمانهم به، واتباعهم له، ولم يكونوا يعرفونه إلا من خلال الوصف الثابت في التوراة والإنجيل، فدل ذلك على أن المعرفة بالوصف تقوم مقام المعرفة بالموصوف⁴.

- وأيضا استدلو بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تباشر المرأة المرأة فتنتعها لزوجها كأنه ينظر إليها"⁵. ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد شبه المبالغة في الصفة بالنظر، وأعطاهما حكمه من التحريم⁶.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 167.

² - سورة البقرة، الآية 275.

³ - سورة البقرة، الآية 89.

⁴ - ابن رشد، المقدمات الممهدة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 77.

⁵ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: النكاح، باب: لا تباشر المرأة المرأة فتنتعها لزوجها، رقم الحديث: 5240، ص. 1334.

⁶ - ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، المجلد 12، ص. 211.

- واستدلوا أيضا بما ثبت عن عثمان وطلحة، وقضاء جبير بن مطعم بإثبات الخيار لطلحة؛ إذ يستفاد منها أن الصحابة والسلف كانوا يتبايعون العين الغائبة، فدل ذلك على مشروعيتها، إلا أنهم قد حملوا الخيار على الشرط، بخلاف الأحناف اللذين حملوه على خيار الرؤية¹.
- كما استدلوا بما جاء في كتب المالكية: "لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض"². فإذا جاز بيع الحب في أكمامه وهو غير مرئي على صفة ما فرك منه إن كان حاضرا، جاز أن يشتري منه إذا كان غائبا على صفة؛ إذ لا فرق في حالة غياب المبيع بين بيعه على الصفة، أو على ما يريه إياه³.
- ونوقش هذا الدليل بأنه ضعيف، وما كان كذلك وجب عدم القياس عليه⁴.
- كما أن السلعة إذا بيعت بلا صفة ولا رؤية سابقة، لم يجز بيعها إلا بشرط الخيار؛ ذلك أن بيع السلعة بدون شرط الخيار يؤدي إلى الوقوع في الغرر⁵؛ إذ لا يجوز التعاقد في هذه الحالة مع البت، لذلك فإن اشتراط الخيار للمشتري قد يسقط الغرر والجهالة؛ إذ إن المشتري باشتراطه الخيار يكون قد احتاط لنفسه لما قد يلقيه لاحقا بعد رؤيته المبيع، وذلك عند الإطلاع عليه؛ لتعذر وقوع ذلك عند التعاقد⁶.
- أن إجازة بيع العين الغائبة كان من أجل ضرورة داعية إليه؛ نظرا لتعذر الرؤية في بعض الأحيان، وأن الصفة تقوم مقام الرؤية في حالة تعذر وقوع الرؤية⁷.

¹- ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، المجلد 12، ص.213.

²- رواه مالك في الموطأ، كتاب: البيوع، باب: جامع بيع الطعام، رقم: 54، ص.648.

³- ابن رشد، المقدمات، المهدات، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.78. الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء السادس، ص.115.

⁴- أحمد رباحي وإبراهيم عماري، مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.111.

⁵- دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص.349.

⁶- محمد سكحال المجاحي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص.138.

⁷- ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص.210.

ثالثاً- الاتجاه القائل بعدم مشروعية الخيار: يرى الشافعية في الجديد¹، والحنابلة في رواية أخرى²، عدم جواز بيع العين الغائبة، وبالتالي عدم ثبوت الخيار؛ ذلك أن الرؤية عندهم هي شرط لصحة العقد، وليس للزومه، فبيع الشيء دون رؤية سابقة هو بيع باطل، وقد استدلوا على ذلك بجملة من الأدلة منها:

- حديث نهي النبي صلى الله وسلم في النهي عن بيع الغرر³. ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن بيع الغائب بمجرد الوصف فقط فيه غرر، فأشبهه ببيع المعدوم، وهذا منهي عنه في الحديث السابق⁴.

وقد رد مشبئ خيار الرؤية على هذا بقولهم إن النهي عن بيع الغرر ينصرف معناه إلى المال مجهول العين، لا على الغائب⁵، وقد يجوز الغرر اليسير إذا اقتضت الضرورة ذلك، أما إذا لم تدع إليه فهو غير جائز⁶، كما أن الجهالة في المبيع ليست كلها مؤدية إلى بطلان البيع، فالجهالة هنا لا تفضي إلى النزاع؛ لأن المشتري قد ثبت له خيار الرؤية عند رؤيته المبيع، فإذا وجدته غير موافق لرغبته كان خيار الرد بذلك⁷.

وبناء عليه، وجب تحميل حديث النهي عن بيع الغرر على البيع البات، لا على البيع الجائز، والذي يمنح فيه الخيار للمشتري⁸.

¹ - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.415. الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.34. النووي،

المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص.364. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.14.

² - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.295. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.805. وللمؤلف نفسه:

الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.09. البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.12. الرحيباني، مطالب أولي النهى،

المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.36.

³ - سبق تخريجه.

⁴ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص.365.

⁵ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، النظريات الفقهية والعقود، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق،

سوريا، 1985، ص.579.

⁶ - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء السادس، ص.115.

⁷ - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.24. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص.28.

⁸ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.138.

- كما استدلل النافون لخيار الرؤية أيضا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تبع ما ليس عندك"¹. ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن بيع الغائب هو بيع شيء غير موجود لدى البائع عند التعاقد، فيعتبر بذلك داخلا في عموم النهي الوارد في هذا الحديث².

وأجيب على ذلك، بالقول إن المقصود بالبيع المنهي عنه في الحديث سالف الذكر، هو بيع الشخص ما ليس عنده، بخلاف بيع الغائب، والذي هو عند بائعه، لا مما ليس عنده³.

كما نوقش ذلك، بأن حكيم بن حزام -وهو راوي الحديث- كان يبيع شيئا لم يكن قد ملكه بعد، فقد يحصل عليه من السوق، وقد لا يحصل عليه. فالمسألة متعلقة بالقدرة على تسليم المبيع باعتباره من شروط البيع، بخلاف حالة بيع الغائب، حيث استقر المعقود عليه في ملك البائع. لذلك فإن هناك اختلاف في المسألتين؛ توجب التفرقة بينهما⁴.

- وأيضاً استدللوا بحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنازعة⁵. ويقصد ببيع الملامسة هو بيع السلعة بمجرد لمسها من طرف المشتري، دون حقه في رؤية السلعة أو تبينها⁶، حيث يشترط البائع على المشتري أن يقوم بلمس الثوب مقام النظر، ولا خيار للمشتري بعد ذلك إذا وجد المبيع غير موافق لرغبته⁷. أما المنازعة فهي نبذ الرجل إلى الرجل ثوبه، ونبذ الآخر ثوبه إليه، دون تأمل منهما في المعقود عليه، ويقول كل واحد منهما للآخر: هذا بهذا⁸.

وباعتبار أن النهي عن بيع الملامسة كان للجهل بالمبيع، وإن كان الثوب حاضراً، فلا يصح بيع الغائب من باب أولى⁹.

¹ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث: 1232، ص. 259. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث: 3503، ص. 443. ورواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب: من قال لا يجوز بيع العين الغائبة، رقم الحديث: 10422، ص. 438-439.

² - دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 350.

³ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1411، ص. 57.

⁴ - دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 350.

⁵ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: إبطال بيع الملامسة والمنازعة، رقم الحديث: 1511، ص. 658.

⁶ - ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص. 193. ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 12.

⁷ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2004، ص. 303.

⁸ - ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، المجلد 12، ص. 208. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 540.

⁹ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 16.

ويرد على هذا الاستدلال، بأن النهي عن بيع اللامسة والمناذرة لم يكن بسبب عدم رؤية المبيع؛ لأن المعقود عليه حاضرا مجلس العقد، ولا يعتبر بيع غائب، وإنما هذه البيوع كانت معروفة في الجاهلية، وكانت لازمة للمتعاقدين بمجرد اللمس والنبذ؛ إذ تعتبر نوعا من بيع القمار¹. كما أنه لا وجه لقياس الملامسة والمناذرة على بيع الغائب؛ باعتبار أن النهي وارد على بيع الحاضر الذي لا يتعذر رؤيته، بخلاف مسألة بيع الغائب التي تتعلق ببيع عين غائبة تتعذر رؤيتها، وقد تدعو الحاجة في الوقت نفسه المشتري للتعاقد عليها².

- كما استدلوا على منع بيع الغائب، بقولهم بعدم إمكانية قيام الوصف مقام الرؤية؛ ذلك أن الرؤية تفيد ما لا تفيد العبارة³، فإذا لم ير المشتري المبيع قبل التعاقد، ثم رآه بعد إبرام العقد فقد ينازع في العقد؛ لعدم إيجاده المعقود عليه موافقا لرغبته، فقد يقول إن هذا ليس هو المعقود عليه؛ بل هو شبيه له من جنسه⁴.

- كما يرى أصحاب هذا الرأي أيضا أن سبب القول بطلان البيع هو تخلف الرضا الذي يعتبر أساس قيامه؛ باعتبار أن تخلف الرؤية يؤدي بدوره إلى تخلف الرضا⁵.

رابعا- تقدير المسألة:

وبعد عرض جميع الآراء أو الاتجاهات الفقهية بخصوص مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، فإننا نلاحظ صعوبة الترجيح بينهما، لا سيما بين أصحاب الرأي الأول -والذين يثبتون خيار الرؤية بنص شرعي- وأصحاب الرأي الثاني -والذين لا يثبتون الخيار إلا باشتراط العقادين- أما بالنسبة للموقف الثالث -والذي يقول أصحابه بمنع بيع الغائب مطلقا- وعدم ثبوت خيار الرؤية، فإعمال ذلك الرأي سيؤدي بلا شك إلى تعطيل المعاملات؛ ذلك أن الرؤية وإن كانت لازمة لإبرام العقد أو للزومه على الأقل، إلا أنه لا يجب اعتبارها شرط انعقاد يترتب عن تخلفها بطلان التصرف برمته، مما يؤدي إلى بطلان العديد من العقود المعاصرة، والتي أصبحت تبرم دون حضور فعلي للمتعاقد لمجلس العقد، والذي اصطلح على تسميتها بالعقود الإلكترونية، أو التعاقد عن بعد، فوجب مراعاة ذلك، وتجويز بيع العين الغائبة تبعا لذلك، ثم بعد ذلك يتم البحث في مصدر الخيار؛ أهو نص الشرع، أم اتفاق المتعاقدين، وفي ذلك نلاحظ أن رأي

¹ ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 351.

² أحمد رباحي وإبراهيم عماري، مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 111.

³ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 18. الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 416.

⁴ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 439.

⁵ الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 37.

الحنفية -والقاضي بثبوت الخيار مطلقا بنص الشرع- يحقق مصلحة المشتري من جهة، كما يتفق مع التوجهات الحديثة، والتي تثبت حق العدول بقوة القانون، دون اشتراطه من قبل المتعاقدين مثلما بينا، إلا أن ما يؤخذ على هذا الرأي هو ضعف الدليل المستند عليه لإثبات الخيار؛ ذلك أنه وإن كان مصدر الخيار هو نص الشرع، وجب صحة ذلك النص، وعدم ضعفه، أو وضعه، اللهم إلا إذا تم الاستناد على حديث النهي عن بيع الغرر كمصدر للخيار. وبناء على ذلك، فإن الرأي الأول بالقبول هو الرأي الثاني الذي لا يجيز بيع الغائب إلا باشتراط الخيار من قبل المشتري، وإلا كان العقد باطلا؛ باعتبار أن اشتراط الخيار من قبل المشتري يؤدي إلى انتفاء صفة الغرر عن البيع، ويعطي الحق لصاحب الخيار بفسخ العقد عند الرؤية.

ومن خلال ما سبق، نلاحظ التشابه الموجود بين خيار الرؤية في الفقه الإسلامي من جهة وحق العدول في القانون الوضعي من جهة أخرى؛ إذ إن كليهما يهدف إلى تحقيق الغرض نفسه، والمتمثل في ضمان التروي، والحماية من التسرع، ومكافحة ما ينجم عن بعض العقود من غلط. كما تتشابه الآليتين أيضا من حيث صاحب الحق فيهما؛ إذ إن كلاهما تثبت لطرف معين في العقد، فإن كان حق العدول يثبت للمستهلك فقط، فإن خيار الرؤية كذلك يقتصر نطاقه على المشتري فقط -حسب الرأي الغالب- كما يشتركان أيضا في استمرارهما إلى ما بعد انفضاض مجلس العقد؛ سواء بالنسبة لحق العدول الذي يستمر لأيام يكون خلالها للمستهلك العدول، أم بالنسبة لخيار الرؤية الذي يستمر إلى غاية حصول الرؤية؛ أي إلى ما بعد تفرق المتعاقدين وانفضاض مجلس العقد، وأخيرا يتشابهان في أثرهما على التصرف، والمتمثل في النيل من لزومية العقد خلال فترة معينة.

إلا أن التشابه المذكور آنفا بين الآليتين، لا ينفي وجود اختلاف بينهما من حيث نطاق كل منهما، فإن كان نطاق خيار الرؤية، يشمل جميع أنواع البيوع التي يكون محلها غائبا عن مجلس العقد، فإن حق العدول لا يشمل إلا عقود الاستهلاك، أو العقود الإلكترونية.

الفرع الثاني: كيفية تحقق الرؤية

بعد أن بينا اختلاف فقهاء المذاهب الأربعة حول مشروعية خيار الرؤية، سنبين فيما يلي طرق أو وسائل تحقق الرؤية المعتبرة. والتي تتعدد بتعدد أنواع البيوع. والرؤية قد تكون لجميع المبيع، كما قد تكون لبعضه فقط، والضابط في ذلك مدى كفاية الرؤية للدلالة على المقصود، والمعرفة اليقينية به¹.

¹ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 583.

أما بالنسبة للمقصود بالرؤية في هذا المقام، هو العلم بالغرض الأصلي من المعقود عليه؛ سواء كان ذلك عن طريق الرؤية البصرية، أم عن طريق حاسة من الحواس الأخرى كالذوق، والسمع، والشم، واللمس؛ إذ يرجع ذلك إلى طبيعة المعقود عليه¹.

فشم المشمومات، وذوق الطعام، ولمس ما يمكن معرفته عن طريق اللمس، وحس مواطن سمن شاة الذبح إذا لم ينظر لونها، ومن ثم كان اطلاع الأعمى على هذه الأشياء التي تعرف بغير حاسة النظر بمثابة رؤية لها. أما ما يعرف بالنظر، فإن وصفه للأعمى يقوم مقام النظر فيه². فإن اشترى الأعمى ثمارا على رؤوس الشجر، فالعبرة حينئذ بالوصف لا غير، وإذا اشترى الأعمى دارا أو عقارا، فإنه يتم الاكتفاء بالوصف على الصحيح. وعند زوال العمى لا يعود له الحق في الخيار؛ ذلك أن الوصف في حقه قد قام مقام الرؤية لعجزه عن الأصل، والقدرة على الأصل بعد حصول البديل لا يبطل حكم البديل³. كما أن المقصود من الرؤية هو رفع الغبن عن الأعمى، وذلك يتحقق بمجرد الوصف، وإن كان بالرؤية أتم⁴. وإذا اشترى شخصا بصيرا ثم عمى قبل الرؤية، قام الوصف مقام الرؤية؛ لوجود العجز قبل علمه بالمبيع⁵. وفي النسيج الذي يكون ظاهره كباطنه تكفي رؤية ظاهره، أما إذا كان مخططا أو منقوشا، فيشترط حينئذ رؤية خطوطه أو نقوشه إضافة إلى لمسه، كل ذلك يعتبر رؤية كافية في هذه الأشياء محققة للمعرفة بالمعقود عليه⁶. ولا يشترط رؤية جميع المعقود عليه لتحقيق الرؤية، بل إن المقصود هو رؤية ما يتحقق به الغرض من التعاقد؛ إذ تكفي رؤية البعض إذا كانت هذه الرؤية تؤدي إلى معرفة الكل، كرؤية النموذج منه، ومثال ذلك بيع الحبوب، والزيت، وجميع المثليات. أما إذا كانت رؤية البعض لا تؤدي إلى معرفة الكل، كما في الحيوان والدور، فلا سبيل آنذاك إلا رؤية جميع المعقود عليه⁷.

كما يمكن للمشتري أيضا توكيل شخص ينوب عنه في الرؤية، فرؤية وكيل الشراء والقبض إذا قبض المبيع وهو يراه، تعتبر في حكم رؤية الأصل الموكل، وبالتالي فلا خيار بعد ذلك للأصيل⁸.

¹ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 521.

² - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 147.

³ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 298.

⁴ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 528.

⁵ - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 29.

⁶ - مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، 2012، ص. 65-66.

⁷ - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص. 533.

⁸ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 159.

أما بالنسبة للرسول، فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا أرسل المشتري رسولا بقبض المبيع، فرآه الرسول ورضي به، بقي المرسل على خياره. ويرجع السبب للتفرقة بين الوكيل والرسول في كون أن الوكيل أصل في عملية القبض، أما حكم العملية فيضاف إلى الموكل، فكان إتمام القبض إلى الوكيل، أما الرسول فهو لا يعدو أن يكون نائبا في القبض عن المرسل، فكان إتمام القبض إلى المرسل¹.

الفرع الثالث: نطاق خيار الرؤية

يتم تحديد نطاق أو مجال خيار الرؤية عن طريق بيان نطاق هذا الخيار من حيث الأشخاص، أو من حيث العقود.

أولاً- نطاق خيار الرؤية من حيث الأشخاص:

يقصد بالنطاق هنا، هو مجال تطبيق خيار الرؤية من حيث طرفا العقد؛ فهل يثبت للمتعاقدين على السواء، أم هو حق يقتصر على طرف فقط دون الآخر؟ وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين نبيينهما تباعا.

1- الرأي الأول: خيار الرؤية يثبت للمشتري فقط

لم يختلف أحد من القائلين بخيار الرؤية في ثبوته للمشتري². ودليلهم على ذلك:

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "من اشترى شيئا لم يره، فهو بالخيار إذا رآه"³. فيفهم من نص هذا الحديث ثبوت هذا الخيار للمشتري دون البائع الذي يكون العقد لازما من جهته، كما أن حجب الخيار عن البائع هو مقتضى الأصل في لزوم العقد، وعدم القول بالخيار⁴.

- كما استدلوا أيضا بما روي عن عثمان وطلحة، وقضاء جبير بإثبات الخيار لطلحة فقط، دون عثمان⁵.

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 296.

² - لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 58.

³ - سبق تخريجه.

⁴ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني ص. 538.

⁵ - سبق تخريجه.

ووجه الاستدلال من هذا الأثر، أن جبير بن مطعم قضى بالخيار لطلحة فقط، ولم يقض بذلك لعثمان، فيفهم منه وقوع العقد لازماً في جهة البائع، ولو اشترى ما لم ير، وكان هذا بمحض من الصحابة، دون اعتراض منهم، مما يعتبر إجماعاً منهم على اقتصار الخيار على المشتري فقط¹.

ورد الفقه على ذلك، بقولهم أن عثمان قد خالف هذا الرأي، وقوله أولى².

- ويرون أيضاً أن انتفاء صفة الشراء عن الشخص يؤدي إلى انتفاء الحكم؛ أي عدم ثبوت الخيار للبائع، كما أن قياس البائع على المشتري، هو قياس مع الفارق³؛ ذلك أن المشتري الذي يقوم بشراء شيء لم يره، مشتر على أنه خير مما ظن، فيكون بمنزلة الشيء الجيد، فإذا هو رديء، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد، وهو رديء، فهو بالخيار. أما بالنسبة للبائع، فهو إذا باع شيئاً على أنه أقل قيمة مما يعتقد، فكان بمنزلة بائع شيء رديء، فإذا هو جيد، ومن باع شيئاً على أنه رديء فإذا هو جيد، فلا خيار له، من أجل ذلك كان هناك فرق في الحكم بين البائع والمشتري بشأن ثبوت الخيار⁴. ويعلل الأستاذ عبد الرزاق السنهوري عدم ثبوت الخيار للبائع بقوله: "الفرق ما بين البائع والمشتري في هذا الصدد ليس في ظن كل منهما أن المبيع جيد أو رديء، ثم يتبين خطأ هذا الظن، ففي الحالتين وقع كل من المشتري والبائع في غلط يبرر فسخ العقد، وإنما الفرق هو أن البائع أكثر من المشتري تمكناً من رؤية المبيع؛ لأن المبيع يكون عادة في يده، وإن لم يكن عادة في يده، فمن اليسير عليه أن يراه قبل أن يبيعه، فإن لم يفعل كان مقصراً، وكان الغلط الذي عسى أن يقع فيه غلطاً غير مغتفر"⁵.

ورغم قول هذا الاتجاه بعدم ثبوت الخيار للبائع، إلا أنه إن كان العقد مقايضة، فإن خيار الرؤية في هذه الحالة يثبت للمتعاقدين على السواء؛ إذ إن كلا منهما يعتبر بائعاً ومشترياً في آن واحد⁶.

¹ - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 25. ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 154. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 30. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 52.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 805.

³ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 161.

⁴ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء 05، ص. 292. ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 140. الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 25.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 161.

⁶ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 140.

2- الرأي الثاني: خيار الرؤية يثبت للطرفين معا

خلافا للاتجاه الأول، والذي يري قصر خيار الرؤية على المشتري فقط دون البائع الذي يكون العقد لازما من جهته، يرى اتجاه ثان من الفقه ثبوت خيار الرؤية لطرفي العقد؛ سواء كان البائع، أم المشتري. ودليلهم على ذلك ما يلي:

- أن الغاية التي من أجلها تم منح الخيار للمشتري متوافرة في البائع، وهي بيع ما لم ير، وبالتالي فقد ثبتت حاجته للخيار أيضا، فتم القول بالخيار هنا دلالة¹.
- كما أن قياس خيار الرؤية على خياري الشرط والعيب، واللذان يثبتان للبائع والمشتري على السواء، يقتضي القول بثبوت الخيار للطرفين، وعدم التفرقة بينهما².
- غير أن هذا القياس على خياري الشرط والعيب غير مستساغ؛ لأنه معدول بهما عن القياس على لزوم العقد³.

ثانيا- نطاق خيار الرؤية من حيث العقود:

بعد أن بينا نطاق خيار الرؤية من حيث الأشخاص المخول لهم هذا الخيار، بقي لنا أن نبين مجال أو نطاق هذا الخيار من حيث العقود التي يرد عليها. ويقتضي هذا البيان دراسة ذلك عند كل من المذهبين الحنفي والمالكي اللذان أخذوا بهذا الخيار، دون المذاهب الأخرى التي لم تأخذ به -على الراجح عندها- ولم تتطرق لأحكامه تبعا لذلك.

1- النطاق الموضوعي للخيار في المذهب الحنفي:

نص فقهاء المذهب الحنفي على أن خيار الرؤية لا يختص بعقد البيع فقط؛ بل يسري على كل عقد يحتتمل الفسخ، كالإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوى المال على عين⁴. فحسب فقهاء الحنفية فإن خيار الرؤية يثبت في العقود التالية:

أ- عقد البيع: والمراد هنا المشتري، دون البائع الذي يبقى العقد لازما من جهته -على الراجح من قول المذهب الحنفي⁵-

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.292.

² - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.25. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.52.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.539-540.

⁴ - لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.58.

⁵ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.541.

ويثبت خيار المشتري هنا في إحدى الصور التالية¹:

- **الأولى:** أن يشتري شخص سلعة لم يرها.

- **الثانية:** أن يرى بعض ما اشتراه صفقة واحدة من عدة أشياء متفاوتة، فإن رأى بعض ما اشتراه من أشياء متماثلة لم يكن له الخيار؛ ذلك أن رؤية البعض هنا تغني عن رؤية الكل.

- **الثالثة:** أن يشتري الأعمى شيئاً لا يعرف بوصفه.

ب- عقد الإجارة: كما يثبت خيار الرؤية أيضاً في إجارة الأعيان²، كإجارة دار بعينها، أو سيارة بذاتها، إذا كان المستأجر قد أبرم الإجارة دون رؤيته للعين المؤجرة³.

ج- عقد القسمة: ويثبت أيضاً خيار الرؤية في قسمة غير المثليات؛ سواء كانت القسمة في أجناس مختلفة، أو كانت في نوع واحد، كالحيوانات. أما بالنسبة لقسمة المثليات، فلا يثبت فيها خيار الرؤية⁴.

د- عقد الصلح: ويثبت كذلك خيار الرؤية في الصلح عن دعوى المال على شيء بعينه⁵.

وتجدر الإشارة، إلى أن ثبوت الخيار في البيع هو إعمال للحديث الشريف، أما ما دون البيع من عقود، فقد تم إلحاقها بالبيع قياساً؛ فالإجارة بيع منافع، والقسمة مبادلة، والصلح عن دعوى المال على بدل معين عقد مبادلة، حيث أن كل هذه العقود تدخل في معنى البيع، من أجل ذلك كانت مشمولة بالخيار -عن الفقهاء القائلين به-⁶.

2- النطاق الموضوعي للخيار في المذهب المالكي:

لا يوجد في كتب المالكية نصوص خاصة بنطاق خيار الرؤية من حيث العقود؛ إذ إن فقهاء المذهب المالكي قد ذكروا خيار الرؤية في عقد البيع إذا بيع بلا وصف، ولا رؤية، وهم لا يأخذون بخيار الرؤية إلا في حالة اشتراطه من قبل المتعاقدين، وإذا كان الأمر كذلك فهو بمنزلة خيار الشرط، ولذلك فإنه

¹- ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص.335.

²- الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.292.

³- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.542.

⁴- ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.149.

⁵- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص.28.

⁶- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.543.

يمكن القول إن خيار الرؤية حكمه عند المالكية هو عين حكم خيار الشرط، فما يسري على خيار الشرط من حيث العقود يسري على خيار الرؤية¹.

الفرع الرابع: شروط خيار الرؤية

يشترط لثبوت خيار الرؤية توافر ما يلي:

أولاً- عدم رؤية المبيع: فإذا كان المشتري قد رأى المبيع عند التعاقد، فلا يثبت له الخيار؛ ذلك أن الأصل هو لزوم العقد، والخيار عارض². إلا أن المشتري إن كان قد رأى المبيع بدون نية الشراء، ثم اشتراه بعد ذلك دون رؤيته مرة أخرى، ثبت له الخيار على الراجح من قول الفقه الحنفي. وتعليل ذلك، أن الرؤية الأولى لم تكن بقصد الشراء، فلا تقوم مقام الرؤية عند التعاقد³. وكذلك الأمر في حالة رؤية الشيء قبل التعاقد، ثم تغير حالته بعد ذلك، فهنا أيضا يثبت الخيار للمشتري؛ لأنه يعتبر قد اشترى شيئا لم يره. أما إذا تنازعا البائع والمشتري على تغير المبيع من عدمه، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن الأصل هو عدم التغير، والتغير هو عارض، فوجب الإبقاء على الأصل⁴.

ثانياً- أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين: كما اشترط فقهاء الحنفية⁵ أيضا لثبوت خيار الرؤية، أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين. والمراد بالعين هو ما ينعقد العقد على عينه، لا على نوعه أو مثله، وهو مقابل للدين⁶.

وبناء على ذلك يثبت خيار الرؤية في المعقود عليه المعين بالذات الذي لم يره المشتري؛ سواء كان المبيع غائبا عن مجلس العقد حقيقة، أم كان حاضرا مستورا في حكم الغائب؛ لأنه في حكم الغائب؛ ذلك أن العبرة بالرؤية من عدمها. ولا يثبت خيار الرؤية في بيع المثليات؛ ذلك أن المثليات هي أشياء تقوم مقام

¹ - دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 337.

² - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 292.

³ - دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 339.

⁴ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 292-293. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 58.

⁵ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 292. لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 58.

⁶ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 149.

بعضها البعض في الوفاء، ويستطيع بذلك البائع أن يمنع المشتري من استعمال الخيار، وفسخ العقد عن طريق الوفاء بشيء مماثل لما تم الاتفاق عليه، مما يجرد الخيار من فائدته¹.

ثالثاً- أن يكون المعقود عليه مما يقبل الفسخ: فإذا كان المعقود عليه مما لا يقبل الفسخ، فلا يثبت فيه خيار الرؤية، كعقد الزواج والخلع، فلا يثبت في مثل هذه العقود ما يترتب عنه من مال².

الفرع الخامس: خيار الرؤية بين الفورية والتراخي

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية القائلين بخيار الرؤية في أمد خيار الرؤية، وفي مدى اشتراط الفورية فيه من عدمها. وبذلك ظهرت ثلاثة آراء، وهي:

أولاً- الاتجاه القائل بتأييد الخيار: يرى الحنفية³ على الراجح عندهم عدم سقوط خيار الرؤية؛ بل إنه يبقى قائماً إلى غاية وجود ما يسقطه؛ إذ ليس هناك فترة معينة يتوجب على المشتري خلالها استعمال خياره في الإمضاء أو الرد، وإلا سقط حقه، فما دام المشتري ساكناً، فإنه يبقى متمتعاً بالخيار إلى أن يوجد ما يبطل الخيار⁴. ودليلهم على ذلك ما يلي:

- قوله صلى الله عليه وسلم: "من اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه"⁵. ووجه الاستدلال من ذلك، أن نص الحديث قد جعل الخيار مطلقاً، ولم يقيده بمدة معينة⁶.

- كما استدلووا بأن الرد هو حق خالص للمشتري، فلا يسقط إلا بما يدل على إسقاطه؛ سواء كان ذلك بقول، أم بفعل يستفاد منه الإسقاط⁷.

- كما أن هذا الخيار قد تم تشريعه من طرف الشارع الحكيم من أجل التزوي والنظر، فلو اشترط على المشتري الرد فوراً وإلا لزم البيع، لكان في ذلك إضراراً به⁸.

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، المرجع السابق، ص.ص. 64-65.

² - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 532.

³ - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 29. لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 58. الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 25. الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 295.

⁴ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 141.

⁵ - سبق تخريجه.

⁶ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.ص. 152-153. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 29. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 51.

⁷ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 129.

⁸ - دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 368.

- وقالوا إن سبب تشريع خيار الرؤية هو اختلال الرضا، وما دام السبب قائما، فإن الحكم باق ما بقي سببه¹.

ثانيا- الاتجاه القائل بفورية الخيار: ذهب إلى هذا الرأي الحنفية في القول الثاني²، وهو قول عند الحنابلة³، إلى أن خيار الرؤية هو خيار فوري؛ فهو مؤقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، فإذا تمكن المشتري من الفسخ بعد الرؤية ولم يقم بذلك سقطه خياره، ولزمه العقد. وقد استندوا في ذلك على ما يلي:

- الأصل في البيع اللزوم، وأنه يجب المبادرة من طرف المشتري عند تمكنه من ذلك؛ لأن تأخره عن ذلك يعتبر تقصيرا منه، وعقوبة ذلك سقوط الخيار؛ لعدم وجود عذر عن ذلك التقصير. كما تم قياس خيار الرؤية على خيار الشفعة الذي يشترط فيه الفورية؛ لأنه خيار قد ثبت بنص الشرع؛ من أجل دفع الضرر عن المال⁴.

- كما استدلو أيضا بقولهم إن سبب ثبوت الخيار هو جهالة المشتري بأوصاف المبيع، بدليل أن رؤيته للمبيع عند التعاقد لا يثبت له الخيار، وزوال الجهالة يكون بالرؤية؛ إذ إن الخيار يسقط بزوال سببه، وذلك قياسا على خيار العيب، والذي يسقط بزوال العيب⁵.

- كما أن من المتفق عليه أن الإجازة تعتبر مسقطا للخيار، فإذا امتنع المشتري عن الفسخ بعد تمكنه من ذلك، اعتبر ذلك إجازة منه للبيع⁶.

ثالثا- الاتجاه القائل بارتباط الخيار بمجلس الرؤية: يمثل هذا الرأي الحنابلة في القول الثاني⁷؛ إذ يرون أن خيار الرؤية باق ما لم ينقض مجلس الرؤية، فإذا انقضى مجلس الرؤية سقط الخيار، ولزم العقد، قياسا

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.295.

² - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.152. الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.25. الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.295.

³ - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.297. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.805.

⁴ - ديان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص.369.

⁵ - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.25.

⁶ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.295.

⁷ - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.297. ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.09.

على خيار المجلس؛ إذ إن خيار المجلس مقيد بمجلس العقد، وباعتبار أن خيار الرؤية قد ثبت بمقتضى العقد دون اشتراطه، فوجب تقيده بمجلس العقد، على غرار خيار المجلس¹.

ويرجح البعض² الرأي الأخير؛ نظرا لاعتبار أن هذا القول يعتبر قولاً وسطاً بين الاتجاه الأول الذي يرى أن خيار الرؤية غير مؤقت، مما يؤدي إلى تضرر البائع من ذلك، وبين الاتجاه الثاني الذي يقول بفورية هذا الخيار، مما يؤدي إلى تضرر المشتري، فكان في اعتبار مجلس الرؤية تحقيقاً لمصلحة الطرفين على السواء.

ويبدو لنا أن الرأي الثاني، والذي يقول بفورية الخيار، هو الرأي الراجح؛ لأنه يحقق استقرار المعاملات من جهة، كما أن الغرض من تشريع خيار الرؤية هو تمكين المشتري من رد المبيع عند رؤيته له، فإذا سكت عن بيان موقفه من إمضاء العقد أو فسخه مع تمكنه من ذلك دون إكراه عليه، كان ذلك إقراراً ضمناً منه بالمبيع، ولا يمكن أن يفسر موقفه بغير ذلك؛ لأن القول بغير ذلك قد يؤدي إلى منح المشتري الفرصة من أجل التعسف في استعمال حقه، عن طريق الإفادة من المبيع بعض الوقت، ثم المطالبة بالرد.

الفرع السادس: أثر خيار الرؤية على العقد

يترتب عن تقرير خيار الرؤية آثار معينة على العقد؛ سواء بالنسبة للبائع، والذي لا يكون له إلزام المشتري بإمضاء البيع؛ باعتبار أن ذلك يتعارض مع مضمون الخيار، أما بالنسبة للمشتري فلا يكتسب العقد فاعليته أو قوة الملزمة في مواجهته.

ورغم جعل خيار الرؤية العقد غير لازم من جهة المشتري، إلا أن ذلك لا يترتب عنه أي أثر في حكم العقد. وبالتالي فإن ثبوت الخيار لا يقف حائلاً أمام ترتيب آثار العقد، من انتقال الملكية؛ لأن سبب العقد قد وجد حالياً من تعليق حكم العقد؛ لذلك فإن العقد في هذه الحالة يترتب آثاره كاملاً. وهذا هو مقتضى قول فقهاء المذهب الحنفي³.

ويترتب عن ذلك أن الفسخ؛ سواء كان قبل الرؤية، أم بعدها، فإن تقريره لا يتوقف على رضا الطرف الآخر، أو حكم القاضي، وإنما يشترط علم الطرف الآخر فقط، دفعا للغرر عنه بسبب اعتماده على شراء المشتري لتلك السلعة محل الخيار، وعدم تفاوضه مع مشتر آخر عليها⁴.

¹ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 805.

² - ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 370.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 549.

⁴ - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 536.

أما بالنسبة لفقهاء المذهب المالكي، فيرون أن خيار الرؤية يقف حائلا أمام انتقال الملكية؛ لأن العقد لم يستقر بعد ما دام هناك احتمال فسخه¹.

ويبدو لنا أن رأي فقهاء الحنفية هو الراجح؛ ذلك أن خيار الرؤية يجعل من العقد غير لازم فقط، فلا مانع من ترتيب آثاره، مع إعطاء مكنة الفسخ بالإرادة المنفردة لصاحب الخيار، وهذه هي الأحكام العامة للعقد غير لازم.

وتجدر الإشارة، أنه من الواجب على المشتري إذا أراد الرد أن يحمل العين المبيعة إلى محل إبرام العقد إذا كان قد حملها إلى مكان آخر؛ سواء كان من حملها هو، أم الممتلك؛ ذلك أن مصاريف الرد في خيار الرؤية تقع على عاتق المشتري، قياسا على خياري الشرط والعيب².

الفرع السابع: سقوط خيار الرؤية

يسقط خيار الرؤية عند القائلين به بأحد الأمور التالية:

أولاً- الإجازة الصحيحة من طرف صاحب الخيار بعد وقوع الرؤية، وذلك بقوله: أجزت العقد، أو ارتضيته، أو اخترته، فيكتسب العقد بذلك صفة اللزوم³.

ويرجع سبب اشتراط وقوع الإجازة بعد الرؤية لا قبلها، إلى كون النص جاء بثبوت الخيار بعد الرؤية عند رؤية المبيع لا قبل ذلك⁴، ولا وجود للمعلق قبل الشرط؛ أي لا يمكن إسقاط الخيار قبل ثبوته⁵.

وإن قيل إن الخيار هو حق ثبت للمشتري فله إسقاطه، فإنه يرد على ذلك بأن البيع بدون رؤية أو وصف، ودون ثبوت الخيار يتضمن غبنا أو غررا، ويبيع الغرر منهى عنه شرعا، فلا يجوز ذلك حتى لو اتفق عليه المتعاقدان⁶. وقد تكون الإجازة صريحة، أو ضمنية. ومن بين التصرفات التي تعد إجازة ضمنية من طرف المشتري، التصرف في المبيع تصرف الملاك، بأن كان ثوبا فقطعه، أو دابة فركبها، أو أرضا فبنى عليها؛ ذلك أن إقدام المشتري على مثل هذه التصرفات يعتبر دليلا على رضاه بالمبيع⁷.

¹ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 549.

² - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 536.

³ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 295.

⁴ - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 29.

⁵ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 152.

⁶ - ديبان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 361.

⁷ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 296.

ثانيا- ويسقط الخيار أيضا بموت المشتري قبل اختياره، فيصبح العقد لازما بذلك، ولا ينتقل الخيار إلى الورثة؛ لأن خيار الرؤية كخيار الشرط لا يورث¹.

ثالثا- ويسقط خيار الرؤية أيضا بتصرف المشتري في محل الخيار قبل الرؤية تصرفا موجبا حقا للغير، أو ناقلا للملكية، كبيع المشتري المبيع إلى الغير². وبالتالي فإن بيع المشتري المبيع قبل رؤيته للغير، أو رهنه، أو تأجير، كل ذلك يعد مانعا من استعمال خيار الرؤية؛ لأن طبيعة هذه التصرفات تقتضي نقل الملكية، وبعد نفاذها لا تقبل الفسخ والرفع، كما أن الضرورة تقتضي إبطال خيار الرؤية في هذه الحالة؛ لأن الإبقاء عليه فيه إهدار لحق الغير المتصرف إليه³. أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية لا يتصف بالزوم، فإن ذلك لا يعد سببا لسقوط خيار الرؤية، كأن يبيع مع اشتراط الخيار لنفسه، أو يهب الشيء المبيع للغير من دون تسليم، أو عرضه المبيع على الغير فقط دون الاتفاق على البيع، فإن الصحيح في المذهب الحنفي هو عدم ذلك سقوط خيار الرؤية؛ لأن هذه التصرفات لا تدل على صريح التراضي⁴.

رابعا- كما يسقط الخيار أيضا إذا تعذر رد المبيع بسبب هلاكه، أو تعيبه بفعل المشتري، فيمتنع الرد حينئذ⁵. فهنا يتعذر على المشتري إعادة المبيع في حالة استعمال الخيار، فينتهي الخيار بذلك⁶.

خامسا- ويسقط الخيار أيضا بفسخ البيع؛ ذلك أن الغرض من منح الخيار للمشتري هو إعطاؤه الحق في فسخ البيع. ويحصل الفسخ بعد الرؤية بكل لفظ دال عليه كقول المشتري: فسخت العقد، أو نقضته، أو رددته، أو غير ذلك من الألفاظ الدالة على الفسخ. ويشترط توافر ثلاثة شروط في الفسخ وهي: أولا: قيام الخيار؛ لأن الخيار إذا سقط بإحدى المسقطات السابقة لزم العقد، وثانيا: ألا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع، فإذا أراد المشتري الفسخ فعليه أن يفسخ كل المبيع، وثالثا: علم البائع بوقوع الفسخ من جانب المشتري. وعلى عكس الشرطين السابقين فقد كان الشرط الأخير محل اختلاف بين الفقهاء بين مثبت له وناف⁷.

¹ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 149.

² - مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 67.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 550-551.

⁴ - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 30.

⁵ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 296.

⁶ - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص. 282.

⁷ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 140.

**الباب الثاني: المعالم الإقصائية
الحديثة: تدخل تشريعي في مضمون
العقد للحد من آثاره**

الباب الثاني: المعالم الإقصائية الحديثة: تدخل تشريعي في مضمون العقد للحد من آثاره

بعد أن تناولنا في الباب الأول من هذه الدراسة المعالم الإنشائية، التي يكون الغرض من تشريعها هو الإنشاء أو الاستحداث في آثار العقد، فإننا سنتطرق في هذا الباب إلى المعالم الإقصائية، التي يكون الهدف من تقريرها هو إقصاء بعض البنود أو الاشتراطات التعاقدية كأصل عام، أو الحد من آثار العقد. ويكمن الفرق بين المعالم المندرجة في هذا الباب مع معالم الباب الأول، إلى كون أن تدخل المشرع في المعالم الأولى يكون إيجابياً؛ أي يهدف إلى تقوية العقد من خلال تدخله في تكوين الرضا التعاقدي وحمايته. أما بالنسبة للنوع الثاني، والتي يعنى هذا الباب بدراسته، فإن تدخل المشرع من خلاله يكون بصورة عكسية للتدخل السابق؛ حيث يهدف من تقريره إلى الحد من فعالية البنود التعاقدية، أو الحد من آثار العقد. ويرجع سبب إقرار هذه المعالم إلى ضرورة حماية مبدأ العدالة العقدية، ولو أدى ذلك إلى المساس بمبدأ قدسية الاتفاق الذي قد يترتب عن إعماله بشكل مطلق إخلالاً بالتوازن العقدي.

ولعل أهم تلك الآليات التي يتدخل فيها المشرع في مضمون العقد بهدف إعادة النظر فيه، نجد فكرة الشروط التعسفية التي تعتبر بحق إحدى أهم المعالم الإقصائية التي عنيت مختلف التشريعات بتنظيمها على اختلاف توجهاتها؛ سواء بموجب القواعد العامة، أم القواعد الخاصة (الفصل الأول)، كما أن فكرة الشروط التعسفية لا تعد الآلية الوحيدة التي يتدخل من خلالها المشرع لإعادة النظر في العقد، بل توجد إلى جانب ذلك فكري الاستغلال والظروف الطارئة، اللتان تم استحداثهما لمواجهة إشكالات معينة، يترتب عنها مساساً واضحاً بتوازن العقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول: إعادة النظر في مضمون العقد من خلال مواجهة شروطه التعسفية

الفصل الأول: إعادة النظر في مضمون العقد من خلال مواجهة شروطه التعسفية

تكمن الغاية من هذه الآلية في حماية المتعاقد الضعيف في مواجهة الطرف الآخر الذي يتمتع بالقوة، ويتفوق من كل النواحي؛ سواء من الناحية الاقتصادية، أم من الناحية الفنية، أم من الناحية القانونية، أم غير ذلك من النواحي. وهذا التفوق في الحقيقة يعطي الطرف القوي إمكانية السيطرة على كافة ظروف التعاقد؛ سواء في مرحلة تكوينه، أم في مرحلة تنفيذه. ولعل السبيل الأمثل لتحقيق تلك السيطرة يكون من خلال فرض شروط تعسفية على المتعاقد الآخر، بغض النظر على نوع العقد المبرم بينهما؛ سواء كان من عقود الإذعان، أم من عقود الاستهلاك.

إن الأفضلية التي يتمتع بها الطرف القوي، وتجعله يستأثر بتضمين الاتفاق شروطا تعسفية تثقل كاهل المتعاقد الآخر، تخرج العقد عن وظيفته الأساسية، والمتمثلة في تبادل المنافع الاقتصادية بين طرفيه، وتجعله أداة في يد طرف معين للحصول على العديد من المزايا المفرطة.

ولا شك أن القواعد التقليدية للقانون المدني فيها من الحلول ما يمكن من مواجهة ظاهرة الشروط التعسفية، غير أن قصورها الملحوظ في العديد من المواطن، جعلها غير كافية لتحقيق الحماية اللازمة للمتعاقد من هذه الشروط، ولذلك فقد جاءت تشريعات الاستهلاك من أجل سد هذا النقص، ومحاولة منح الحماية الفعالة للمتعاقد الضعيف من هذه الشروط، لا سيما مع استفحال هذه الظاهرة، استفحالا لم يكن ظاهرا عند وضع القوانين المدنية، بخلاف تشريعات الاستهلاك، والتي وضعت أساسا من أجل محاولة تحقيق التكامل بين القواعد العامة والخاصة في هذا المجال.

إن معالجة موضوع الشروط التعسفية في التشريعات الوضعية، وبيان مدى كفاية القواعد القانونية في حماية المتعاقد ضحية هذه الشروط، يستوجب الوقوف على نصوص القواعد العامة للقانون المدني، وكذا تشريعات الاستهلاك في هذا المجال (المبحث الأول). مع بيان موقف الفقه الإسلامي من هذه الشروط، رغم أنه لم يرد على لسان فقهاء مصطلحا خاصا بها لحدثه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مواجهة الشروط التعسفية في التشريعات الوضعية

يرتبط موضوع مكافحة الشروط التعسفية ارتباطا عكسيا بمبدأ سلطان الإرادة، فحسب هذا المبدأ فإن الإرادة لها مطلق الحرية في تكوين العقد، وفي تحديد آثاره¹، وهذا ما يسمى بمبدأ الحرية التعاقدية، الذي يقضي بحرية الأطراف في تضمين عقودهم ما يشاؤون من الشروط، ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 153.

العامة¹. كما يرتبط موضوع مكافحة الشروط التعسفية ارتباطا عكسيا أيضا بمبدأ سلطان الإرادة، من ناحية قاعدة القوة الملزمة للعقد؛ إذ إن هذا المبدأ يقتضي اعتبار العقد قانون المتعاقدين، وبالتالي فهو يلزمهما، ولا يكون لأي طرف منهما تعديله، أو إنهاؤه بإرادته المنفردة، كما يكتسب العقد قوة ملزمة أيضا بالنسبة للقاضي؛ حيث لا يجوز له التدخل بتعديله، أو المساس بمضمونه؛ لأنه ملزم باحترام اتفاق المتعاقدين كأصل عام، ولا يكون له بدعوى العدالة العقدية تغيير أو تعديل أحكام هذا الاتفاق².

ورغم منطقية هذا الرأي من الناحية النظرية، لا سيما عند وضع القوانين المدنية، إلا أنه سرعان ما اكتشف قصور المبادئ السالفة الذكر؛ حيث ظهر تفاوت معرفي واضح بين المستهلك والمحترف، من حيث العلم والدراية بكل ظروف التعاقد، وباعتبار أن هدف المحترف هو تحقيق أكبر قدر من الربح، فإنه عادة ما ينفرد بإعداد العقود ووضع شروطها، وهذا الوضع أدى في كثير من الأحيان إلى تضمين ثانيا العقد شروطا تعسفية، تخدم مصالح المحترف، دون مراعاة مصلحة المستهلك التي تعوزه الثقافة القانونية والخبرة العملية؛ إذ يكتفي بقبول تلك الشروط التعسفية، دون قدرة على مناقشتها؛ سواء كان عالما بطبيعتها التعسفية، أم غير عالم³.

هذا، وقد اختلفت المعالجة التشريعية لهذه الظاهرة، باختلاف الفلسفة التي تقوم عليها تلك التشريعات في حد ذاتها، فإذا تعلق الأمر بالقانون المدني، أو ما اصطلح على تسميته بالقواعد العامة، فإن الفلسفة الفردية التي يقوم عليها، تجعله حذرا عند معالجة هذه الظاهرة؛ لكي لا تكون تلك المعالجة بابا للخروج على العديد من المبادئ التي يقوم عليها، كمبدأ سلطان الإرادة، وما يتفرع عنه من نتائج؛ لذلك فقد تم ربط فكرة الشروط التعسفية بعقود الإذعان قصرا (المطلب الأول). وذلك بخلاف معظم تشريعات الاستهلاك التي لم تقف تلك المبادئ عائقا أمامها؛ لسبب بسيط، وهو انحسار تلك المبادئ إلى حد كبير، مع بروز تشريعات الاستهلاك (المطلب الثاني).

¹ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1960. ص. 264. إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 10. محمد بودالي، مكافحة الشروط

التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص. 07.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 374-375.

³ إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 12.

المطلب الأول: مواجهة الشروط التعسفية على ضوء القواعد العامة: في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة

على خلاف القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016)، الذي لم يكن ينص على عقود الإذعان في قواعده العامة، فإن المشرع الجزائري، ومعظم القوانين المدنية العربية، قد عاجلوا فكرة عقد الإذعان في ظل أحكام نظرية العقد. ويرجع سبب تأخر المشرع الفرنسي في الاعتراف بهذه العقود إلى اتسام القانون المدني الفرنسي بالنزعة الفردية، والتي تقُدس الإرادة، وتجعلها أساس التصرف القانوني، كما تمنع على أي طرف آخر، ولو كان القاضي، التدخل بتعديل العقد إذا رأى أنه غير عادل؛ ذلك أن كل ما اتجهت إليه الإرادة يفترض أنه عادل، وهذه نتيجة طبيعية من نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة.

وفي ظل هذا النظام المقدس للنزعة الفردية، فإن المعيار التي تقاس به العدالة والتوازن العقدي هو معيار شخصي لا موضوعي؛ ذلك أن الإرادة التي أقدمت على التعاقد تعتبر قد حققت العدالة بمجرد صدور التعبير عنها، غير مكرهة على ذلك، فمعيار العدالة هنا شخصي يقاس بإرادة الطرفين، ولا يمكن تقييمه موضوعيا عن طريق جهة أخرى؛ سواء تمثلت تلك الجهة في القضاء، أم حتى المشرع¹؛ إذ إن تبني النزعة الفردية المطلقة ينتج عنه منع السلطة القضائية من التدخل في العقد لتحقيق العدالة؛ لأن كل تدخل قد ينتج عنه تحريف أو تشويه أسس ومبادئ سلطان الإرادة، والذي لا يشمل مرحلة تكوين العقد فقط؛ بل يتعدى إلى مرحلة التنفيذ أيضا، كما أن الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الفردية، أدى إلى تكريس المساواة القانونية بين الطرفين، دون النظر إلى المساواة الفعلية، مما أسفر عن وجود مساواة ظاهرية عند إبرام العقد²، فوفق هذا المبدأ، فإن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، وهي وحدها من لها تحديد مضمونه، وكذا آثاره، وبالتالي فإن كل التزام نشأ في ذمة أحد الطرفين، فإن تلك الإرادة هي من اتجهت إلى إنشائه، وبالحدود والقدر الذي ارتضتاهما³.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلوأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص. 11.

² - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص. 31.

³ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 10.

إلا أن المبدأ سالف الذكر -والذي يمنع من تدخل القاضي لتعديل العقد- وإن كان يمكن التسليم به في ظل الظروف السائدة وقت إصدار القوانين المدنية، بحجة استقرار المعاملات، وعدم جواز إعطاء الشخص مكنة العدول عن إرادته، والتي صدرت منه عن بينة واختيار، فإن تطور ظروف التعاقد، والذي نتج عنه تباين العلاقة بين طرفي العقد، جعل أعمال هذا المبدأ على إطلاقه يؤدي إلى نتائج عكسية، كالمساس بالعدالة العقدية، والتوازن العقدي، فصار لزاما التحرك من أجل البحث عن الحلول العملية لتلك المشكلة.

وقد عبر البعض¹ عن هذه المشكلة بقوله: "غير أن التطورات الصناعية التي بدأت بالثورة الصناعية والتقلبات التي أصبحت سمة العصر الحاضر، قد أوضحت بجلاء التفاوت الصارخ بين الحل الذي يمليه هذا المبدأ -يقصد مبدأ سلطان الإرادة، وما ينتج عنه من مبادئ، كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين- وبين العدالة الفردية التي يحس بها كل فرد، وبدأ الشك في دعوى اتفاق هذا المبدأ مع العدالة، ومع استقرار المجتمع، بعد ما أدى إليه تطبيقه من إنزال أضرار جسيمة بالمتعاقدين الضعفاء، خاصة وقد شملت هذه الأضرار الجسيمة السواد الأعظم من الشعب من مستهلكين وعمال... ولم يعد هناك مجال للتردد في القول بأن الأخذ بمذهب الإرادة يؤدي في كثير من الحالات إلى إهدار العدالة".

أما بخصوص التشريعات العربية، فصحيح أنها أخذت بمبدأ سلطان الإرادة كأصل عام، إلا أن ذلك لم يمنعها من وضع بعض القيود على هذا المبدأ؛ لضرورات اقتصادية واجتماعية، سعيًا منها لتكريس العدالة العقدية، وعدم إهمالها على حساب تقديس الإرادة، ومن بين هذه القيود نجد عقد الإذعان، وما ينتج عنه من إعطاء القاضي سلطة تعديله، والذي يعتبر تعديلا واضحا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فخرجت بذلك هذه التشريعات عن القاعدة المتمثلة في مبدأ القوة الملزمة، القاضي بأن العقد شريعة أو قانون المتعاقدين؛ فلا يمكن تعديله إلا باتفاق طرفيه، وقد منحت بذلك للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان إذا ما تضمن شروطا تعسفية؛ سواء بتعديل الشرط التعسفي بما يزيل عنه التعسف، إذا ما تبين للقاضي إمكانية ذلك، أم بإلغائه إذا رأى القاضي أن الشرط التعسفي غير قابل للتعديل؛ إذ لا مناص من إلغاء الشرط برمته.

¹ - عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة التعاقد الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1981، ص.ص. 129-

ولمعرفة الآليات الحمائية للطرف المذعن في القواعد العامة للتشريعات العربية، فإننا سنتطرق إلى شروط استحقاق الحماية القانونية المقررة للطرف المذعن في القانون المدني الجزائري، والقوانين المدنية العربية (الفرع الأول)، وإلى سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي في عقد الإذعان (الفرع الثاني)، وأخيرا نبين موقف القضاء الفرنسي من فكرة عقود الإذعان، وما ينجم عنها من شروط تعسفية، لا سيما في ظل غياب النص العام المعالج لهذه الظاهرة إلى غاية تعديل القانون المدني الفرنسي 2016 (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شروط استحقاق الطرف المذعن للحماية القانونية من الشروط التعسفية

باعتبار أن عقود الإذعان، وما تضمنتها من أحكام، متمثلة في سلطة القاضي في تعديل العقد، قد جاءت بخلاف الأصل مثلما بينا، فإنه كان لزاما على التشريعات وضع العديد من الشروط والضوابط من أجل تدخل القاضي في هذه العقود. وتتنوع هذه الشروط، فمنها ما يتعلق بطبيعة العقد محل التعديل (أولا)، ومنها ما يتعلق بأثر الشرط في حد ذاته (ثانيا)، ومنها ما يتعلق أخيرا بالطرف المذعن (ثالثا).

أولا- نطاق الحماية من حيث العقود: عقد الإذعان محل للتعديل

مثلما أشرنا سابقا، فإن المشرع الجزائري، والتشريعات العربية، قد ربطت بين فكرة الشروط التعسفية، وعقود الإذعان، وبالتالي فإن الإحاطة بالأحكام الحمائية الموجهة للطرف المذعن، لا يتأتى إلا ببيان عقد الإذعان، وذلك من خلال التطرق لطبيعته القانونية، وخصائصه الفقهية.

1- طبيعة عقود الإذعان:

باعتبار أن عقود الإذعان ظهرت نتيجة ظروف اقتصادية معينة، لم تكن سائدة في ظل وضع المبادئ العامة للقانون المدني، فإن ذلك قد أدى إلى اختلاف نظرة الفقه إلى هذه العقود، أو بالأحرى في مدى انطباق صفة العقد عليها، حيث ذهب اتجاه، وأغلبهم من فقهاء القانون العام إلى إنكار الصفة التعاقدية على عقود الإذعان، واعتبروها مركزا قانونيا منظما، فيما ذهب غالبية فقهاء القانون المدني إلى إضفاء الصفة التعاقدية على عقود الإذعان، وقالوا إن طبيعتها الخاصة المتمثلة في عدم إمكانية مناقشة شروط العقد لا تحول دون اعتبارها عقودا بمفهوم القانون المدني.

وبناء على ذلك سنحاول عرض موقف كل اتجاه على حدة، ثم نبين الموقف الذي لاقى القبول في التشريعات.

أ- الاتجاه المنكر للصفة التعاقدية لعقود الإذعان:

رفض العديد من فقهاء القانون العام، والبعض من فقهاء القانون الخاص، كسالي إضفاء الصفة التعاقدية على الإذعان¹، وقد عبر أنصار هذا الرأي عن فكرة الإذعان بالعقد المزعوم²، فحسب هذا الاتجاه، فإن هذا النوع من التعاقد يعتبر مركزا قانونيا منظما³؛ ذلك أن العقد يفترض توافق إرادتين حرتين متعادلتين من حيث القوة، وهو ما لا يتوافر في عقود الإذعان⁴، حيث إن الأمر عكس ذلك؛ إذ إن إرادة الموجب المنفردة هي مصدر العلاقة التعاقدية، فمنها تنشأ، وبها تحدد وتضبط⁵؛ نظرا لانفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد، وإملائها على الطرف المذعن، الذي ليس له إلا القبول أو الرفض، كما أن التصرف القانوني لا يندرج ضمن طائفة العقود، إلا إذا كان يهدف إلى إنشاء التزامات بين الطرفين، أما إذا كان يهدف إلى خلق مركزا قابل للاستمرار، فإنه ينتسب إلى طائفة أخرى، وبذلك يرتقي ليصبح نظاما أو اتحادا⁶، كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن عملية الإذعان هي عملية معقدة تتكون على الأقل نظريا من عمليتين؛ أولهما: تتمثل في انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد، دون إمكانية مناقشتها من قبل الطرف المذعن، أما العملية الثانية: فتتمثل في توافق الإرادتين؛ إرادة الطرف القوي، وإرادة الطرف الضعيف أو المذعن، ولا يستطيع أحد أن ينازع في مدى وجود الإرادتين هنا. وباعتبار أن العملية الرئيسية والجوهرية هي العملية الأولى المتمثلة في استقلال وانفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد، فإنها لا يمكن بذلك أن تدخل ضمن نطاق العقد⁷. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن القبول في هذه العقود، هو إذعان ورضوح، وبالتالي فعقد الإذعان هنا أقرب إلى أن يكون قانونا أخذ به الطرف القوي⁸.

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 283. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 96.

² جاك غستان، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، تكوين العقد، ص. 243.

³ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 131. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 231.

⁴ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 39.

⁵ إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 42.

⁶ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 471.

⁷ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، هامش رقم 02، ص. 83.

⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 247.

وبناء على ما سبق، فإن أنصار هذا الاتجاه، يعتبرون أن عقد الإذعان هو بمثابة إهدار لمبدأ حرية التعاقد، الذي يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد؛ لذلك فإنه لا يمكن النظر إلى علاقة الإذعان على أنها عقد؛ بل إنها مركز قانوني تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب¹؛ باعتبار أن الضروريات الاجتماعية تحتم في بعض الأحيان إعطاء بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم، كما أن المستهلك لا يميز بين هذه الوثائق الصادرة من المحترفين، وبين النصوص التشريعية والتنظيمية؛ بجامع أن كليهما يفرض على المستهلك². وبذلك فإن عقود الإذعان ليس لها من العقود سوى الاسم؛ ذلك لأنها توجد فيها إرادة واحدة، تعمل كإرادة منفردة، وتفرض قانونها ليس على فرد معين فقط؛ بل على مجموعة غير محدودة من المتعاقدين، وبذلك تكون القيمة القانونية لما يزعم أنه عقد إذعان ليس مصدرها توافق الإرادتين؛ وإنما الإرادة المنفردة للموجب، والذي انفرد بوضع شروط العقد³.

كما يرى في السياق نفسه أنصار هذا الاتجاه، أن ما يسمى بعقد الإذعان يعتبر نظاماً أو تنظيمًا؛ ذلك أن العقد أمر سريع الزوال، كما أنه ينشأ علاقة تقتضي السرعة، بخلاف فكرة المشروع التي تقتضي فكرة الدوام والاستمرارية، وبالتالي فإن فكرة التنظيم تنطبق مع الإذعان أكثر من فكرة العقد⁴.

ويترتب على إنكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان، واعتباره مركزاً قانونياً، أن تفسير العقد لا ينبغي أن يخضع للقواعد العامة في تفسير العقود، وذلك بالبحث عن النية المشتركة للطرفين، بل يقتصر التفسير على إرادة الطرف القوي الذي يدعن له الطرف الضعيف⁵.

إلا أن الرأي القائل بإنكار الطبيعة العقدية لعقود الإذعان لم يسلم من الانتقادات الفقهية، والمتمثلة فيما يلي:

- أن عقد الإذعان لا يمثل إهداراً لمبدأ الحرية التعاقدية، غاية ما في الأمر أن العقد يتم بدون مفاوضة بين طرفيه حول الشروط؛ لأن الطرف القوي ينفرد بوضع شروطه غير القابلة للنقاش، وما على الطرف المذعن

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.26.

² - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.14.

³ - جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، رسالة دكتوراه تخصص: القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017-2018، ص.ص.210-211.

⁴ - المرجع نفسه، ص.211.

⁵ - عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.ص.471-472.

إلا القبول أو الرفض؛ لأنه طرف ضعيف، فالطرف المذعن لا يزال يتمتع بالحرية في قبول التعاقد من عدمه¹.

- كما أن العقد لا يكتسب قوته الملزمة في مواجهة الطرف المذعن، إلا ابتداء من الوقت الذي أعطى قبوله لإبرام العقد، أما قبل ذلك، فلا يعدو أن يكون مجرد مشروع، وبالتالي فإن النموذج المحرر من طرف الموجب لا يتمتع بأية قوة ملزمة، وليس من الضروري اقتراح مشروع مختلف على كل متعاقد؛ باعتبار أن الرضا المتميز يصنع العقود المتميزة².

- كما أنه يكفي لانعقاد العقد أن يكون الطرفان متساويان من الناحية القانونية، دون أن يكونا كذلك من الناحية الاقتصادية؛ لاستحالة تحقق ذلك عمليا؛ إذ إن عدم تساوي المتعاقدين اقتصاديا لا يحول دون إضفاء صفة العقد على عقود الإذعان، كما أن القانون نفسه يفترض أن يكون أحد الطرفين أضعف من الآخر، بدليل أنه قد أعطى الحماية لبعض الأطراف الضعيفة، كحق ناقص الأهلية في إبطال العقد، كما مكن الطرف المغبون من الحماية أيضا، وبذلك فإن عدم المساواة بين الطرفين التي تتسم بها عقود الإذعان لا تمنع من اعتبارها عقودا³.

أما كون أحد المتعاقدين ضعيفا مقارنة بالآخر، فتلك ظاهرة اقتصادية وليست قانونية، وعلاجها لا يكون بإنكار صفة العقد على عقود الإذعان⁴؛ وإنما يكون بإحدى وسيلتين؛ إما اقتصاديا، وذلك بتجميع المستهلكون في مواجهة الطرف القوي والكفاح على حقوقهم، أو تشريعا عن طريق تدخل المشرع لإبطال الشروط التعسفية⁵.

ب- الاتجاه المؤيد للطبيعة التعاقدية لعقود الإذعان:

خلافًا للرأي الأول الذي ينكر الصفة التعاقدية لعقود الإذعان، يرى غالبية فقهاء القانون المدني، أن عقد الإذعان هو عقد بالمعنى الحقيقي، ومهما بلغ الضغط الذي يتعرض له الطرف المذعن من قبل الطرف القوي، فإنه لا يصل إلى حد انعدام الرضا، أو على الأقل فساده؛ لذلك فإن القبول في عقود

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 27.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، تكوين العقد، ص. 243-244.

³ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 472.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 247.

⁵ - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 52.

الإذعان يؤدي إلى إبرام عقد حقيقي وصحيح وفقا لمبدأ سلطان الإرادة¹، مما يجعل هذا العقد خاضعا للقواعد العامة²، أما عدم التساوي بين المتعاقدين الذي يميز عقود الإذعان، فهو أقل ضررا من العقود الأخرى؛ لأنه يسري على جميع المتعاقدين³، كما أن الموجب يكون كذلك خاضعا للظروف الاقتصادية المحيطة به، والتي يتوجب عليه إعداد شروط العقد بناء عليها⁴. ويرى أصحاب هذا الرأي، أنه لكي نخرج هذه الفئة (عقود الإذعان) من نطاق التصرفات القانونية الخاضعة للقانون المدني، فإنه يشترط على الأقل تعريف هذه العقود، وكذا وضع معيار للتمييز بينها وبين العقود الأخرى، لذلك فإن حجج الفريق المنكر للصفة التعاقدية لعقود الإذعان غير مقنعة، وقليلة في نظرهم؛ لعدم وجود معيار دقيق للفرقة بين العقود الخاضعة لقانون العقود، وعقود الإذعان، مما يؤدي إلى تناقض الأحكام القضائية⁵. ورغم إقرار أنصار هذا الاتجاه بالطبيعة العقدية للإذعان؛ إلا أنهم انقسموا بعد ذلك إلى فريقين؛ أولهما: يرى عدم وجود فرق بين عقد الإذعان والعقود العادية، وثانيهما: يقول بالطابع الخاص لهذا العقد⁶، وهذا ما يقضي بوجوب وضع قواعد خاصة به عند انعقاده، وتفسيره، وتنفيذه⁷، وذلك في حالة استغلال الطرف القوي في عقد الإذعان لنفوذه وتضمينه شروطا مجحفة، أو تعسفية، وتمثل تلك القواعد في تحويل القضاء التدخل لحماية الطرف الضعيف، وإعادة التوازن العقدي المختل، وما يبرر هذا التدخل، هو استغلال الطرف القوي لضعف الطرف المذعن، وليس الضعف في حد ذاته⁸.

وبناء على رأي هذا الاتجاه، فإن الطبيعة الخاصة لعقد الإذعان، والتي قد ينجم عنها تعسف الموجب في وضع شروط جائرة تفقد العقد توازنه، تحتم على التشريعات التدخل لحماية الطرف المذعن. وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي الذي يضيف على عقد الإذعان صفته التعاقدية، معتبرا عقد الإذعان عقدا حقيقيا، حيث نص في المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في

¹ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.232.

² - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق ص.28.

³ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.283. جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.212.

⁴ - جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.212.

⁵ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.38.

⁶ - عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.473.

⁷ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.15.

⁸ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.28.

عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها¹، وبذلك قد اعتبر المشرع الجزائري أن التفاوت بين المتعاقدين، هو تفاوت اقتصادي لا يحول دون وجود التراضي، والذي يبقى خاضعا للقواعد العامة في العقود².

وقد عمد المشرع الجزائري -مسايرا في ذلك عدة تشريعات عربية- إلى وضع بعض الأحكام الخاصة بعقد الإذعان في القانون المدني، حماية للطرف الضعيف، ونص على جواز تعديل القاضي للعقد إذا ما تضمن شروطا تعسفية، حيث ورد بالمادة 110 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"³. فنلاحظ أن المشرع ورغم اعترافه بالصفة العقدية لعقد الإذعان؛ إلا أنه وضع في الحسبان إمكانية تضمين العقد شروطا تعسفية من قبل الطرف القوي، من أجل ذلك أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد. كما راعى أيضا طبيعة عقود الإذعان في النصوص المتعلقة بتفسير العقود، حيث خرج عن القاعدة العامة في التفسير، التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين، وقضى بأن الشك في عقود الإذعان لا بد أن يفسر لمصلحة الطرف المدعن؛ سواء كان دائنا، أم مدينا، حيث تنص المادة 2/112 من القانون المدني على أنه: "...غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن"⁴.

¹ - وتقابلها المادة 100 من القانون المدني لمصري، والمادة 101 من القانون المدني السوري، والمادة 89 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 100 من القانون المدني الليبي، والمادة 10/167 من القانون المدني العراقي، والمادة 104 من القانون المدني الأردني، والمادة 161 من القانون المدني اليمني، والمادة 57 من القانون المدني البحريني، والمادة 80 من القانون المدني الكويتي، والمادة 83 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 145 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 45 من قانون المعاملات المدنية السوداني.

² - جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 212.

³ - وتقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري، والمادة 150 من القانون المدني السوري، والمادة 149 من القانون المدني الليبي، والمادة 150 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 81 من القانون المدني الكويتي، والمادة 214 من القانون المدني اليمني، والمادة 58 من القانون المدني البحريني، والمادة 167 من القانون المدني العراقي، والمادة 118 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 248 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 158 من قانون المعاملات المدنية العماني.

⁴ - وتقابلها المادة 151 من القانون المدني المصري، والمادة 166 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 3/167 من القانون المدني العراقي، والمادة 3/153 من القانون المدني الليبي، والمادة 213 من القانون المدني اليمني، والمادة 59 من القانون المدني البحريني، والمادة 152 من القانون المدني السوري، والمادة 266 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. والمادة 166 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 102 من قانون المعاملات المدنية السوداني.

2- خصائص عقد الإذعان: بين المفهومين التقليدي والحديث

لقد كان تحديد الخصائص المكونة لعقد الإذعان محل اختلافات فقهية، فبينما يشترط الفقه التقليدي، وأغلبيتهم من فقهاء العرب، توافر ثلاث خصائص لاعتبار العقد تم بطريقة الإذعان، وهي: احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة محل التعاقد، وأن تكون هذه السلعة أو الخدمة من الضروريات، بحيث لا يمكن للطرف المذعن الاستغناء عنها، وأخيراً أن ينفرد الموجب بوضع شروط العقد التي تكون غير قابلة للمناقشة، ويصدر الإيجاب إلى عامة الناس وبصفة مستمرة، وهذا هو المفهوم الكلاسيكي، أو الاتجاه التقليدي المضيّق لعقود الإذعان. إلا أن الفقه الحديث يقصي الشرطين الأولين؛ حيث يرى الاكتفاء بانفراد شخص -وهو الطرف القوي أو الموجب- بوضع شروط العقد غير القابلة للنقاش؛ من أجل اعتبار العقد تم بطريقة الإذعان. وهذا البيان يظهر وجود مفهومين لعقد الإذعان. وفيما يلي سنتطرق لمضمون كل اتجاه وحججه.

أ- المفهوم التقليدي لعقد الإذعان:

يرى أنصار هذا الرأي، أن العقد لا يعتبر من عقود الإذعان، إلا إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر تتمثل في: تعلق العقد بسلعة تعتبر من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها أولاً، وثانياً، أن تكون هذه السلعة محل احتكار من الموجب؛ سواء كان الاحتكار قانونياً، أم فعلياً، وأن يصدر الإيجاب إلى عامة الناس، وبشروط غير قابلة للنقاش ثالثاً¹.

ويرى أنصار هذا المفهوم أن احتكار الموجب للسلعة قرينة على وقوع العقد بطريقة الإذعان²، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصده: "ولعل هذا المميز الوحيد (يقصد احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة) الذي ظفر باتفاق يكاد يكون عاماً بين الشراح الذين عاجلوا هذا الموضوع، وعلى العموم فلإني لا أذكر أن واحداً ممن عاجلوا الموضوع في العشرين سنة الأخيرة لم يعن بذكر هذا الطابع، فهذه الميزة في الحقيقة هي التي تمكن الطرف القوي في العقد من أن يعمل بنفسه شروط التزامه، وأن يفرضها دون تحفظ، إنه لا يخشى منافسة تحمله على مراجعة شروطه، أو تصرف الطرف الآخر إلى حيث يجد شروطاً أفضل،

¹ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 259. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني،

المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 123. بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 55.

² سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 42. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 342. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 84. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع

السابق، الجزء الأول، ص. 280. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 123.

وهذا الأخير لن يجد مكانا آخر يتوفر فيه طلبه، وإن وجد فلن يظفر بخير مما تركه، فليس له إذن أن يتساءل عما إذا كانت الشروط المفروضة عليه معقولة، وليس له تبعا لذلك إلا أن يرضخ، وأن يذعن لما أقدم عليه من شروط"¹.

والمقصود بالاحتكار حسب أنصار هذا الاتجاه، هو قدرة الموجب على فرض شروط التعاقد، مع تيقنه من عدم انصراف الطرف المذعن عن التعاقد، وذلك في ظل غياب البديل بالنسبة إليه، مما يجعله مهددا بعدم الحصول على الشيء محل الاحتكار في حالة عدم قبوله الشروط المعدة سلفا من قبل المحتكر²، فيصبح بذلك عاجزا عن التساؤل عن مدى عقلانية البنود المقترحة، فما له إلا أن يرضخ ويذعن لتلك الشروط³. والأمر نفسه في حالة ما إذا كانت المنافسة بين المحتكر وغيره بخصوص تقديم السلعة محدودة وضيقة النطاق⁴. ويسود عقد الإذعان أكثر في الاحتكار الناشئ من اتفاق المشروعات بعضها مع بعض؛ حيث تكون فيها الحرب ضد الزبون بدلا من الحرب من أجل الزبون. أما في ظل انعدام الاحتكار، ووجود منافسة حرة، فلا يمكن تصور قيام عقد الإذعان؛ لأن المستهلك سيجد دائما البديل الذي يقدم له شروطا أفضل؛ رغبة منه في جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن⁵.

ويتقسم الاحتكار إلى نوعين؛ قانوني، ويقصد به تلك الاحتكارات التي تنشأ بمقتضى القانون، ومثال ذلك تعاقد شخص من أشخاص القانون الخاص مع الدولة لتسيير مرفق النقل، أو حق صاحب براءة الاختراع في احتكار اختراعه، والاستئثار باستثماراته، أو تولي شخص تقديم سلعة مرفق اقتصادي عام؛ سواء تم ذلك بطريق مباشر، أم عن طريق عقود التزام المرافق العامة، كشركات الهاتف، والمياه،

¹ - عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص.59.

² - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.85.

³ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، الجزائر، 2008، ص.249.

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.207. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.73. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012، ص.158.

⁵ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.467. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 6-7 ديسمبر 1998، ص.10.

والكهرباء¹. كما قد يكون الاحتكار فعلياً؛ حيث ينشأ هذا النوع من الاحتكار نتيجة ظروف معينة خارجة عن نطاق القانون، ومثال ذلك تمكن صاحب مشروع معين من الهيمنة على السوق نتيجة سيطرته على المواد الأولية، أو حسن تسييره لأعماله، أو تواجد مشروع وحيد في منطقة منعزلة، مما يؤدي إلى انعدام المنافسة، ونشوء احتكار فعلي تبعاً لذلك²، كما قد يكون ناتجاً عن تجمع المحترفين لوضع شروط موحدة تعرض على المستهلكين، ويحدث ذلك في مجال التأمين، وبيع السيارات، وغيرها، مما يجعل هذه الشركات متفوقة اقتصادياً؛ نتيجة انفرادها بوضع شروط العقد³، ومثاله أيضاً عقد العمل مع الشركات الكبيرة⁴.

ويعود سبب اشتراط أنصار هذا الرأي احتكار السلعة من قبل الموجب لإضفاء صفة الإذعان على العقد، إلى أن سبب ظهور هذه العقود هو التطور الاقتصادي الذي اتجه إلى أسلوب الإنتاج الكبير، وما ترتب عنه من ظهور شركات ومؤسسات ضخمة تتمتع باحتكار لسلع أو خدمات، فأصبحت الفرصة مواتية أمام أصحاب الشركات والمؤسسات لتحديد مضمون العقد، والانفراد بوضع شروطه، وما على الراغب في التعاقد معهم إلا الإذعان لتلك الشروط، ويظهر بهذا، أن الحرية الاقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية، فأدى ذلك إلى ظهور عقد الإذعان⁵، وهذا يعني أن التنمية الاقتصادية، وحرية التملك، والاحتكار قد جعلت أصحاب الشركات، وأرباب العمل في مركز قوة مقارنة بالطرف المدعن، فالدافع لا يستطيع مناقشة شروط العمل الموضوعة من قبل صاحب العمل؛ لأن الأوضاع الجديدة مكنت صاحب العمل من إملاء شروطه على العمال، وما عليهم إلا الرضوخ والإذعان. وبناء على ذلك، فإن التحولات الاقتصادية هي التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي عقد الإذعان، مما يجعل عقد الإذعان عقداً مفروضاً بعوامل اقتصادية⁶.

وبعد تضيق نطاق عقود الإذعان نتيجة اشتراط احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة؛ سواء كان الاحتكار قانونياً، أم فعلياً، فقد حاول أنصار هذا الاتجاه التخفيف من حدة هذا الشرط، وذلك بإدخال

¹ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 47.

² - المرجع نفسه.

³ - فلة مكّي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 85.

⁴ - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 45.

⁵ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 250.

⁶ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص. 15.

حالات المنافسة المحدودة ضمن نطاق الاحتكار، وبالتالي وصف تلك العقود المبرمة مع هؤلاء المتنافسين وطائفة المستهلكين، بعقود إذعان¹.

كما يشترط أنصار التعريف التقليدي لعقد الإذعان، أن تكون السلعة أو الخدمة محل التعاقد من الضروريات، بحيث لا يمكن الاستغناء عنها²؛ لأن الموجب إذا كان في وضع يسمح له بفرض شروطه على الطرف المدعن، فذلك ليس راجعاً إلى قوته الاقتصادية فقط؛ بل أيضاً لأن الطرف المدعن في حاجة ماسة إلى التعاقد على تلك السلعة أو الخدمة محل الاحتكار، وبالتالي فأغلبية عقود الإذعان حسب هذا الاتجاه ضرورية، أو ذات فائدة كبيرة، مما أدى بهم إلى تسمية عقد الإذعان "بالعقد الضروري"³. والسلعة الضرورية هي التي لا يمكن للناس الاستغناء عنها، مما يجعلهم مضطرين للتعاقد عليها، حيث أن احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة لا يترتب عليه اعتبار العقد من عقود الإذعان، ما لم تكن السلعة أو الخدمة محل الاحتكار من الضروريات، وأولوية من الأولويات بالنسبة للمستهلك⁴. ومن أمثلة السلع الضرورية المياه، والكهرباء، والعمل، والنقل، والهاتف⁵.

وقد كان للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري الأثر البالغ في تكريس هذا الاتجاه المضيق لعقود الإذعان لدى الفقهاء العرب⁶.

¹ إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.48.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.245. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.467. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ص.264. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص.117. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.341. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.85. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.131. بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص.179. مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، المرجع السابق، ص.86.

³ عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص.64.

⁴ إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.51.

⁵ سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.42.

⁶ جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: "... وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع شخصات ثلاثة: أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المتنفعين، والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكار قانونياً، أو فعلياً، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط مماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها. وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء، والغاز، والمياه، والسكك الحديدية،

وهذا ما جنحت إليه محكمة النقض المصرية؛ حيث رفضت إضفاء صفة الإذعان على عقد شراء سيارة من شركة النصر للسيارات؛ باعتبار عدم توافر صفة الضرورة في السيارة محل التعاقد¹.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية السلع الضرورية بأنها تلك التي: "لا غنى للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها... كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة، أو الاتجار فيها لا يعد احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان، ما لم تكن تلك السلعة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم"².

ويرتبط معيار الضرورة هذا مع معيار الاحتكار؛ باعتبار أن الاحتكار لا يرد إلا على سلعة، أو خدمة ضرورية، فعنصر الضرورة إذن هو محدد للاحتكار؛ أي يمثل قيداً عليه³.

ويعتبر تقدير في ما إذا كانت السلعة من الضروريات أم لا مسألة واقع، تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا معقب للمحكمة العليا على ذلك⁴.

وأخيراً، يشترط أنصار هذا الرأي عمومية الإيجاب؛ أي صدور الإيجاب في عقد الإذعان عاماً، فلا يكون موجهاً إلى شخص معين؛ وإنما يكون موجهاً إلى عامة الجمهور، أو إلى فريق معين من الجمهور يشتركون مع بعض في صفات معينة، كما يتميز هذا الإيجاب بصفة الثبات⁵، مما يضفي عليه طابع الموضوعية؛ أي أن شخصية الطرف المدعى ليست محل اعتبار لدى الموجب؛ إذ ليس لهذا الأخير مصلحة في أن يتعاقد مع شخص دون الآخر، فشركة السكك الحديدية مثلاً لا تهتم بصفة مقتني التذكرة من المسافرين⁶، كما يتميز الإيجاب المعروض في عقد الإذعان بعدم قابليته للنقاش؛ حيث لا يكون للطرف

أو مع مصالح البريد والتليفونات والتليغرافات، أو مع شركات التأمين". مجموعة الأعمال التحضيرية 2، ص. 68-69. نقلاً عن عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 246.

¹ - نقض مدني مصري 13 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض رقم 80، ص. 492، مشار إليه لدى: محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، المرجع السابق، ص. 10.

² - نقض مدني مصري 12 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض، السنة 2، ص. 492، رقم 80، مشار إليه لدى: إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 51.

³ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 51.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 249.

محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ص. 158.

⁵ - عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 466. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 73. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 123.

⁶ - عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص. 66.

المذعن له إلا أن يقبل، أو يرفض؛ فليس له مناقشة الموجب بغية التعديل في شروط الإيجاب، وذلك نتيجة قوة وسيطرة الموجب التي يفرضها على الطرف المذعن¹، مما يسمح للطرف القوي، والذي يتمتع بتفوق علمي وفني مقارنة بالطرف المذعن بالتحريض الانفرادي لشروط العقد، بشكل يخدم مصالحه وأهدافه²، وغالبا ما يتخذ الإيجاب صورة عقود مطبوعة، وتكون أكثرها في خدمة مصلحة الموجب، فهي؛ إما تخفف من مسؤوليته التعاقدية، أو تشدد من مسؤولية الطرف الآخر، كما تتميز هذه الشروط بالتعقيد، مما يصعب على عوام الناس فهمها³.

وتحرير عقود الإذعان بهذه الطريقة تسهل من خضوع الطرف الضعيف؛ لأن الإعداد المسبق للعقد يكسبه نوعا من التقديس بالنسبة للطرف المذعن، كما أن إجراء الشركات الكبرى لتعاقداتها عن طريق الحاسب الآلي ترسي الاعتقاد في نفس الطرف المذعن أنه لا يجوز مناقشة شروط العقد⁴. ويتميز الإيجاب في عقود الإذعان بطابع الاستمرارية؛ أي أنه يصدر بصفة دائمة، غير محدد المدة، وهذا ما يميز الإيجاب في عقود الإذعان عن الإيجاب في عقود المساومة؛ حيث لا يشترط في هذه الأخيرة أن يكون الإيجاب مستمرا⁵.

وتجدر الإشارة، أن انعدام التفاوض بين طرفي العقد لا يعد كافيا لإضفاء صفة الإذعان على العقد؛ إذ من المتصور قبول شخص طوعا واختيارا جملة الإيجاب المعروض عليه. فالعقد قد يتم بلا مفاوضات سابقة، دون تمتعه بصفة الإذعان، وهو حال العقود البسيطة محدودة القيمة؛ إذ إن خصوصية عقد الإذعان لا تكمن في انعدام التفاوض؛ بل في منع الطرف المذعن من التفاوض على الشروط المعروضة من الموجب، وهذا الحظر في التفاوض هو ما يؤدي إلى قيام حالة الإذعان. وبالتالي فالإذعان ليس وليد

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 83. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 259.

² - عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص. 153.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 250. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 280. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 123-124. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، المرجع السابق، ص. 8.

⁴ - محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، المرجع السابق، ص. 8-9.

⁵ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 52-53. نصيرة خلوي، الحماية المدنية للمستهلك عبر الإنترنت المرجع السابق، ص. 99. فلة مكّي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 86.

انعدام التفاوض؛ وإنما يتحقق من منطلق حظر التفاوض، والذي يكون نتيجة التفاوت الاقتصادي، وأحيانا المعرفي بين طرفي العقد، مما يترتب عنه اختلالا في التوازن العقدي¹.

وبناء على ما سبق، فإنه وفقا لهذا الاتجاه يشترط لاعتبار العقد قد تم بطريقة الإذعان توافر الصفات الثلاث مجتمعة: انفراد الموجب بوضع شروط العقد التي تكون غير قابلة للنقاش، تعلق العقد بسلعة أو مرفق ضروري، واحتكار الموجب لهذه السلعة؛ سواء كان الاحتكار قانونيا، أم فعليا.

وسنعرض لبعض التعريفات التي سائرت هذا الاتجاه، وقامت بتعريف عقد الإذعان وفقا لهذه الخصائص:

حيث عرفه البعض² على أنه: "العقد الذي يسلم أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر، ولا يقبل بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها".

كما عرفه اتجاه آخر³ بأنه: "العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة".

نستخلص من هذين التعريفين، أن أنصار هذا الرأي قد أخذوا بالمعنى الضيق لعقود الإذعان؛ حيث أنهم ينظرون إليها نظرة موضوعية، وليست شخصية؛ أي أن العبرة عندهم لوصف العقد أنه عقد إذعان بمحله، فيما إذا كان من الضروريات، ومحل احتكار قانوني أم فعلي من الموجب، أما خاصية عدم مناقشة القابل لشروط العقد المفروضة عليه، فهي في الحقيقة حسبهم نتيجة حتمية لاحتكار الموجب بسلعة، أو مرفق من الضروريات، حيث أن تمتع الموجب بهذه الصفات هو من يجعله يضع شروط العقد بصفة انفرادية، ودون أن يقبل النقاش بشأنها، مع تيقنه بقبول الطرف المدعى؛ لأنه لن يجد بديلا عنه.

¹ - عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص.ص. 60-61.

² - عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص. 77.

³ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص. 31.

ب- المفهوم الحديث لعقد الإذعان:

خلافا للاتجاه السابق، والذي اشترط توافر ثلاث خصائص مجتمعة لاعتبار أن العقد قد تم بطريقة الإذعان، فإن الاتجاه الحديث يرى الاكتفاء بخاصية واحدة فقط، وهي إعداد الموجب لشروط العقد، دون قابلية مناقشة هذه الشروط؛ لأن ذلك من شأنه إعطاء ضمانات، وحماية أكبر للطرف المدعى. ويعمل أنصار هذا الرأي موقفهم، بقولهم إن اشتراط ثلاث خصائص محددة على سبيل الحصر، واشتراط اجتماعها أيضا؛ حيث أن تخلف أي شرط من هذه الشروط السالف ذكرها لا يؤدي إلى إضفاء صفة الإذعان، يؤدي لا محالة إلى تضيق نطاق عقود الإذعان¹، كما أنه ونتيجة للتطور التكنولوجي والاقتصادي، لم يعد الانفراد المسبق لشروط العقد ميزة خاصة يتمتع بها المحتكر فقط، بل إن هذا الأسلوب قد فرض نفسه على جميع المعاملات؛ بسبب ضخامة الإنتاج، وتزايد الطلب، والذي أدى بدوره إلى التوزيع السريع للسلع، والذي لا يتلاءم ومناقشة بنود العقد في كل مرة. وبدخول جهاز الحاسوب عالم الأعمال أصبح المهنيون يعولون عليه في إبرام عقودهم مع المستهلكين، وذلك بسبب التشابه بين طلباتهم؛ إذ يكفي المحترف بوضع نموذج واحد على عدة نسخ، بينما يقتصر دور المستهلك فيها على مجرد ملء بياناته الشخصية، والإمضاء على بنود العقد². كما أن التطور الحاصل في جميع مجالات الحياة، والانتشار الواسع والهائل للسلع، والخدمات المعروضة في السوق، أدى إلى انعدام الاحتكار، واحتدام المنافسة بين التجار، إلا أن غياب عنصر الاحتكار لم يخرج هذه العقود من نطاق الإذعان؛ حيث أصبح أي تاجر صغير بإمكانه إصدار فواتير وطلبات غير قابلة للمناقشة، وهذا ما يكسبها صفة الإذعان؛ باعتبار أن المستهلك ليس له إلا أن يذعن لها، وهو ليس على علم أو معرفة حقيقية بمضمونها³؛ إذ يمكن لدهان مثلا تعاقد مع مؤسسة كبيرة، اشتراط عدم مسؤوليته الناجمة عن عمله المتمثل في طلاء هذه المؤسسة، ولا يمكن تصور مناقشة هذا الشرط من قبل صاحب المؤسسة⁴.

كما يرى أنصار هذا الرأي، أنه ينبغي التوسع في مفهوم الإذعان، وذلك من أجل منح حماية كافية للطرف الضعيف⁵؛ ذلك أن القول بالمفهوم التقليدي يؤدي إلى حصر عقود الإذعان في حالات

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 54.

² - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 48.

³ - فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 86-87.

⁴ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 254.

⁵ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 498.

الاحتكار فقط، وهذا التصور مخالف للواقع العملي؛ إذ إن وجود عدة محترفين منافسين في السوق يمكن الوصول إليهم بسهولة، نتج عنه وضع شروط موحدة من طرف هؤلاء المحترفين؛ إذ ليس أمام المستهلك الراغب في السلعة أو الخدمة إلا الإذعان لهذه الشروط الموحدة الظالمة، دون التمكن من مناقشتها¹، إضافة إلى أنه بتطور المجتمع في جميع مجالات الحياة، لم تصبح حالات الاحتكار هي الوحيدة التي تجعل الموجب في مركز قوة، مما يجعله ينفرد بوضع شروط العقد، وما على الطرف الآخر إلا القبول أو الرفض، بل هناك حالات واعتبارات أخرى، كعدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية، والفنية بين المتعاقدين، وقد شملت هذه الظاهرة معظم المعاملات، مما أدى بالتشريعات الحديثة إلى وضع نصوص خاصة بحماية المستهلك الذي ليس له حق مناقشة، أو تعديل شروط العقد عن طريق التفاوض مع المحترف، حيث يلزم بالإذعان لإرادة الطرف القوي في العقد²، وبالتالي فإن اللامساواة لا تكون بالضرورة نتيجة احتكار؛ باعتبار أن كل محترف هو في الحقيقة في وضع يسمح له بفرض شروط تعسفية على الطرف المذعن، حيث أن التحرير الأحادي للعقد، وانعدام المناقشة فيما يخص شروط العقد، يجعل المحترف في وضع يسمح له بإساءة استعمال سلطته -والمتمثلة في تحرير العقد بصفة انفرادية- مما يسمح لهذا الأخير بفرض شروط تخل بالتوازن العقدي، كالشروط التي تنقص من التزاماته، أو تزيد من التزامات المتعاقد معه مثل انفراده بتحديد الثمن في عقد البيع، وكذا احتفاظه لنفسه بحق تعديل محل الالتزام، دون تخفيض في الثمن نظير ذلك، أو شرط إعفائه من ضمان العيوب الخفية، أو شروط تمديد ضمنية تربط الزبون معه مدة طويلة جدا³، وعلى ذلك فإن الاحتكار لا يعتبر شرطا في حد ذاته لقيام عقد الإذعان، فهو لا يعدو أن يكون قرينة على اقتصار القبول على مجرد التسليم بشروط العقد⁴.

ويدعم أنصار هذا الاتجاه موقفهم، بقولهم إن النصوص التشريعية العربية المنظمة لعقود الإذعان لم تشر لا من قريب، ولا من بعيد إلى فكرة الاحتكار، أو إلى شرط ضرورة السلعة، أو المرفق محل عقد الإذعان⁵. أما عن تمسك أنصار الاتجاه المضيق لعقود الإذعان بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني

¹ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 254.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 84.

³ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 99.

⁴ - محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المرجع السابق، ص. 65.

⁵ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 256.

المصري، كما تم الإشارة إليه آنفاً، فقد تم الرد عليه بالقول إن المذكرة الإيضاحية ليس لها أية قوة إلزامية؛ إذ لا يشترط الأخذ بتحليلها، وموقفها المضيق اتجاه عقود الإذعان¹.

كما أن التعريف التقليدي الذي حددته المذكرة الإيضاحية لعقود الإذعان جاء متأثراً بوجهة نظر بعض الفقه الفرنسي لعقود الإذعان، إلا أن الفقه الفرنسي لم يلبث أن قفز بفكرة الإذعان إلى أفق أرحب؛ حيث اعتبر أن ضعف المستهلك أمام هذه المؤسسات والشركات الكبرى سببه قيامه بعملية منفردة لم يعد نفسه لها مقدماً، بخلاف الطرف الآخر -وهو الموجب- والذي احترف القيام بمثل هذه العمليات التعاقدية، كما مكّنه احترافه من وضع شروط العقد وفقاً لمصلحته².

كما يضيف أصحاب هذا الرأي، أن الأخذ بالاتجاه الموسع لعقود الإذعان يكرس حماية أكبر للمستهلك؛ لأن خاصية الضرورة تختلف من شخص لآخر؛ حيث تعتبر السلعة أو الخدمة ضرورية لمن كان في حاجة ملحة إليها، ولا تعتبر كذلك لشخص آخر ليس في حاجة ملحة لتلك السلعة، مما يؤكد أن معيار الضرورة غير ثابت، ويختلف من شخص لآخر؛ لذلك لا يمكن اعتباره شرطاً من شروط عقد الإذعان³، كما أن خاصية الضرورة قد أدت إلى التضيق أكثر من مجال عقود الإذعان، مما يجعلها عاجزة عن استيعاب العديد من العقود المستوحاة من الواقع العملي⁴.

وتبعاً لذلك، يرى أنصار هذا الاتجاه، أن العقد يعدّ من عقود الإذعان كلما كان مضمونه -كله أو جزؤه- معدّاً سلفاً من قبل أحد المتعاقدين بشكل عام وبمجرد؛ فلا يكون أمام الطرف الآخر مناقشة هذا المضمون؛ سواء اتخذ هذا المضمون صورة شروط عامة، أم صورة عقد نموذجي، ولا يشترط بعد ذلك أن يتمتع الموجب باحتكار قانوني، أو فعلي، أو بمركز اقتصادي قوي نسبياً؛ إذ يكفي تمتعه بمركز متميز تتيحه له خبرته المكتسبة في مجال المعاملات، كما لا يشترط أيضاً أن تكون السلعة أو الخدمة محل عقد الإذعان ضرورية، ما دام طالبها لا يستطيع مقاومة سلطان إغرائها، فكل هذه الشروط المتطلبة حسب النظرية التقليدية، ليست لازمة للكشف عن عدم التكافؤ بين مركزي طرفي العقد، بل إن عدم تمكن أحد الطرفين من صياغة أو وضع شروط مسبقة للعقد، هو من يكشف عن التباين في مراكز المتعاقدين⁵.

¹ - محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، المرجع السابق، ص. 14.

² - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 103.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 256.

⁴ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 54.

⁵ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 103-104.

وبناء على ما سبق، فقد تم تعريف عقد الإذعان وفق هذا الاتجاه أنه: "العقد الذي يحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً، بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية"¹.

كما عرفه البعض² أيضاً بأنه: "انضمام لعقد نموذج يحرره أحد الطرفين بصورة أحادية الجانب، وينضم إليه الفريق الآخر، بدون إمكانية حقيقية لتعديله".

كما عرفه جانب آخر³ على أنه: "عقد يملئ فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، بل له أن يرفض العقد أو يقبله دون شرط أو قيد، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها".

ونلاحظ أن التعاريف الفقهية لعقد الإذعان وفق هذا الاتجاه هي -وعلى عكس الاتجاه الأول- ذات نظرة شخصية؛ أي أن العبرة عندها بأطراف العقد، ومدى تحقق المساواة الفعلية بينهم فيما يخص التفاوض، ومناقشة شروط العقد، بغض النظر عن ما إذا كان موضوع عقد الإذعان محل احتكار أم لا من الموجب، وما إذا كانت السلعة أو الخدمة من الضروريات أو العكس.

ج- تقدير المسألة:

قبل أن نبين موقفنا من الاتجاهين السابقين، نشير إل أن الفقه الجزائري قد اختلف حسب الرايين السابقين؛ حيث يرى البعض⁴ ضرورة الأخذ بالمفهوم التقليدي لعقود الإذعان، وبالتالي اشتراط احتكار الموجب لسلعة أو مرفق من الضروريات، حتى يضمن على العقد صفة الإذعان، بينما يرى البعض الآخر⁵ الاكتفاء بشرط انفراد الموجب بوضع شروط العقد، والتي تكون غير قابلة للمناقشة، لاعتبار العقد قد تم

¹ عبد السلام ذيب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.117. حسام الدين الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم في إطار ندوة: حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 7-6 ديسمبر، 1998.

² جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.97.

³ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.82.

⁴ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.31. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.258-259. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.123-124. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.151-152.

⁵ أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.245. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.84.

بطريقة الإذعان؛ لأن ذلك يتمشى مع التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي نتج عنه التباين في مراكز المتعاقدين، كما أنه يوفر حماية أكبر للطرف الضعيف.

ويبدو لنا أن الرأي الثاني هو الأولى بالقبول؛ للتبريرات المذكورة آنفا، لا سيما أن الأمر بالنسبة للقانون المدني الجزائري يختلف عن نظيره المصري؛ حيث لم ترد مذكرة إيضاحية للقانون المدني الجزائري تشترط توافر شرطي الاحتكار والضرورة في عقد الإذعان، كما لا يوجد اتجاهات قضائية تركز المفهوم التقليدي، على خلاف الأمر في مصر، وبالتالي لا يوجد أي سبب يجعلنا نتبنى المفهوم الضيق لعقود الإذعان، لا سيما وأنه قد تم هجر ذلك الاتجاه من طرف غالبية الفقه لقصوره، وعدم توفيره الحماية الكافية للطرف الضعيف.

ثانيا- نطاق الحماية القانونية من حيث الشروط:

إن ثاني شرط لا بد من تحقيقه لاستحقاق الحماية القانونية المقررة للطرف المدعى في القانون المدني الجزائري، والقوانين العربية، هو تضمن عقد الإذعان المبرم بين الطرفين لشروط تعسفية، وهذا ما جاء في المادة 110 من القانون المدني الجزائري: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وبالتالي نلاحظ من خلال هذه المادة استعمال المشرع عبارة "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية..."، وهو ما يفيد بمفهوم المخالفة أن العقد إذا لم يتضمن شروطا تعسفية، فإنه يبقى على قوته الملزمة، ولا يجوز للقاضي التدخل بتعديله، حتى ولو كان العقد قد تم بطريقة الإذعان، كما يفهم أيضا من باب المخالفة أنه لا يشترط التلازم بين عقد الإذعان، والشروط التعسفية؛ إذ يمكن أن لا يتضمن العقد شروطا تعسفية رغم أنه قد تم بطريقة الإذعان، فصحيح أن المجال الخصب للشروط التعسفية هو عقود الإذعان؛ باعتبار أن أفراد شخص بوضع بنود العقد يجعله يفضل مصلحته، ويتعسف في وضع شروط ضارة بالطرف الآخر في كثير من الأحيان، إلا أن وجود عقد إذعان لا يعني أن هناك قرينة قاطعة على تضمنه شروطا تعسفية، بل يمكن أن يتم العقد بطريقة الإذعان، دون تضمنه لشروط تعسفية.

ولم يتول المشرع الجزائري -ومثله التشريعات العربية- في القواعد العامة تعريف الشرط التعسفي، بل ترك سلطة تقدير الشرط التعسفي لقاضي الموضوع، الذي يحدد مدى تعسف الشرط بالنظر للظروف

الشخصية لأطراف التعاقد، كما يستطيع القاضي أن يقدر الشرط التعسفي من خلال الأثر الذي يترتب عليه هذا الشرط من ظلم وشدة على الطرف المذعن¹.

وبناء على ذلك، فإن الإحاطة بهذا العنصر -الشرط التعسفي- يقتضي التطرق إلى مفهومه، وبيان أثر علم الطرف المذعن به.

1- مفهوم الشرط التعسفي:

لقد حاول الفقه تعريف الشرط التعسفي، وبيان المقصود به كمحل سلطة القاضي بمقتضى المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد بالنسبة للتشريعات العربية. وفي هذا الصدد يرى البعض² أن الشروط تعتبر تعسفية "إذا جاءت متحافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل".

ونلاحظ أن هذا التعريف جاء عاما؛ حيث استند في تقديره للشرط التعسفي إلى روح الحق والعدل، وهما مفهومان واسعان وغامضان، يجعلان القاضي عاجزا عن تقدير الشرط التعسفي في حالة اتباعها.

كما عرف البعض³ الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة".

وقد تم انتقاد هذا التعريف على أساس أنه لم يأت بجديد؛ إذ يعتبر استعمال مصطلح العدالة في تعريف الشرط التعسفي بمثابة تكرار لمعيار العدالة التي استعملتها التشريعات، كالمادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية، لذلك اعتبر هذا التعريف كمن يفسر الماء بالماء⁴.

¹ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.159.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.212.

³ - عبد الحكم عبد البصير فوده، النظرية العامة في تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1983، ص.77.

⁴ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.77.

كما تم تعريف الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه، وقد أملى إرادته على الطرف الآخر تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة، منقضا من حقوق الطرف الآخر الذي رضخ له، وذلك لتسلط من فرض البند (الشرط) على العقد"¹.

كما عرفت محكمة النقض المصرية الشرط التعسفي بأنه: "ذلك الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام"².

ونلاحظ على هذا التعريف، أنه قد خلط بين الشرط التعسفي، والشرط غير المشروع؛ أي المخالف للنظام العام، فالشرط يكون تعسفيا بمجرد تسببه في اختلال الأداءات بين طرفي عقد الإذعان، دون الحاجة لمعرفة ما إذا كان مشروعاً أم لا، كما أن الشرط غير المشروع يتعلق بالصحة، أما الشرط التعسفي فيتعلق بالنفاذ؛ أي في مدى نفاذه في مواجهة الطرف المذعن.

ومن خلال ما سبق، فإننا نقترح تعريف الشرط التعسفي على ضوء القواعد العامة بما يلي: "ذلك الشرط الذي يفرض من الطرف الموجب في عقد الإذعان، ويؤدي إلى اختلال التوازن بين أداءات الطرفين".

وقد تم التركيز في هذا التعريف على نقطتين وهما؛ أولاً: أن مجال الشرط التعسفي هو عقود الإذعان، وهذا هو موقف المشرع الجزائري، والتشريعات العربية كما بينا سابقاً؛ إذ ربطت الشروط التعسفية بعقود الإذعان، وثانياً: على أثر هذا الشرط، والمتمثل في اختلال التوازن العقدي.

2- أثر علم الطرف المذعن بالشروط التعسفية من عدمه في تطبيق الحماية:

تجدر الإشارة إلى أن النصوص الحماية سالفه الذكر، تمتد لكل الشروط التعسفية المفروضة على الطرف المذعن؛ سواء كان عالماً بها وقت التعاقد، أم غير عالم بها³. وقد أصابت التشريعات العربية بهذا النص جوهر التعسف في عقود الإذعان؛ لأن الطرف المذعن لا يستطيع رفض الشرط التعسفي؛ سواء كان عالماً به، أم غير عالم به؛ لأن الإذعان يعني الخضوع والرضوخ، وعدم إمكانية مناقشة هذه الشروط

¹ - مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، المرجع السابق، ص.83.

² - نقض مدني مصري، 21 أبريل 1960، مجموعة أحكام النقض، السنة 11، رقم 50، ص.330. نقلاً عن: بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص.169.

³ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.267. إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.41. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.213.

التعسفية من قبل الطرف المذعن، حيث أن دوره في العقد يقتصر على الإذعان لجميع شروطه دون تمييز¹. وبالتالي وجب مدّ الحماية القانونية لكل أنواع الشروط التعسفية².

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 243. رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 209.

² - وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يقصر الحماية على الشروط التي لم ينتبه لها الطرف المذعن، حيث نصت المادة 217 من مشروع القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم ينتبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلاً للتقدير"، إلا أن لجنة المراجعة اقترحت تعديل النص على الشكل الآتي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل من هذه الشروط، أو أن يعني الطرف المذعن من تنفيذها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وأصبح المادة 135 من المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على هذه المادة، وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ اقترحت إضافة عبارة في آخر النص وهي كالآتي: "دون إخلال بحق الطرف المذعن في التعويض إن كان له محل"؛ لأن إعفاء الطرف المذعن من تنفيذ هذه العقود قد لا يحقق حماية كافية؛ بل يجب أيضاً تعويض الطرف المذعن عن الضرر الذي أصابه من جراء الشروط التعسفية. وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح، عدلت عن رأيها، وقامت بحذف الفقرة المضافة؛ لأن القواعد العامة كفيلة بتعويض الطرف المذعن. نقلاً عن عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، هامش رقم 01، ص. 249.

وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة 217 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "الأصل أن الحاجة لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة، ففي مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت فيها، بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الإذعان من الشروط الجائرة. فالالتجاء إلى التفسير يتعين بشأنها، ولو كانت واضحة العبارة بنية السياق. فمن واجب القاضي أن يتثبت في هذه الحالة مما إذا كان العاقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط، فإذا استوثق من تنبه هذا العاقد إليها، كما لو كان العاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد في عقد مطبوع، تحتم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات. أما إذا تبين أن العاقد المذعن لم ينتبه إلى الشروط الجائرة، فعليه أن يستبعدا وينزل على أحكام القواعد العامة - في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن الطرف المذعن قد أكره على قبله، متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه، فالإذعان لا يختلط بالإكراه. بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغي التعامل من أسباب الاستقرار. ثم إن ما يولى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستغلال - أو تشريعات خاصة...".

والمذكرة الإيضاحية للمادة 217 من المشروع التمهيدي هنا صريحة في أن مجال إعمال سلطة القاضي بتعديل الشروط التعسفية هو الشروط التي لم يعلم بها الطرف المذعن، إلا أن هذه العبارة قد جاءت أيضاً لنص آخر مختلف عن نص المادة 149 من القانون المدني المصري (المقابلة لنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري)، حيث أعطت هذه النصوص للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان؛ سواء علم بها الطرف المذعن، أم كان غير عالم بها، وفقاً لما تقضي به العدالة، وبالتالي لا يجب التقييد بما ورد في المذكرة الإيضاحية؛ لأنه جاء أيضاً لنص آخر. نقلاً عن عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 213-214.

ويلاحظ أن النص الذي ورد في القانون المدني المصري الجديد أفضل من النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدي من ناحيتين؛ أولهما: أن هذا النص لم يشترط علم الطرف المذعن بالشروط التعسفية لاستحقاق الحماية القانونية، وثانيهما: أنه جاء واضحاً على عكس النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدي الذي اتسم بالغموض، ولم يوضح الجزاء المترتب على وجود الشروط التعسفية، وهو جواز تعديل

إلا أن موقف المشرع الجزائري، والتشريعات العربية، والذي توجه إلى مد الحماية القانونية لكل الشروط التعسفية لم يلق إجماعاً فقهيًا؛ باعتبار أن ذلك لا ينسجم مع القواعد القانونية، والتي تقتضي بعدم الانحراف عن المعاني المستفادة من عبارات العقد في حالة وضوحها¹.

غير أنه قد تم الرد على هذا الموقف؛ حيث يرى البعض² عدم صحة الانتقاد السابق؛ لأن توسع المشرع في نطاق الشروط التعسفية يعتبر أمراً محموداً، مما يجعل هذه التشريعات مواكبة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية المرتبطة بالتقدم الصناعي.

وتجدر الإشارة إلى انفراد القانون المدني اليمني عن باقي التشريعات العربية، بعبارة في تخص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، والتي وردت بالمادة 214 منه: "إذا كان العقد قد تم بطريقة التسليم الإذعان" لشروط تعسفية **مرهقة** جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف الذي سلم بها منها وذلك وفقاً لما تقتضي به الشريعة والعدالة، وإذا وجد نص يدل على اعتبار الشروط التعسفية المرهقة كان باطلاً".

وبلاحظ انفراد المشرع اليمني عن باقي التشريعات العربية بزيادة عبارة **مرهقة** للشروط التعسفية، وقد كانت هذه الزيادة محل انتقاد فقهي من عدة نقاط، تتمثل فيما يلي³:

- أن اشتراط ضابط الإرهاق يعتبر قيداً جديداً يحول دون ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في تعديل العقد، مما يتيح للطرف القوي تضمين العقد العديد من الشروط التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، دون أن تبلغ مرتبة الإرهاق.
- القول بضرورة توافر عنصر الإرهاق سيؤدي إلى إفراغ النص من قيمته الحمائية؛ نظراً لصعوبة إثبات عنصر الإرهاق من قبل الطرف المذعن.

هذا العقد من قبل القاضي. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، هامش رقم 01، ص.249.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص.246.

² - المرجع نفسه، ص.247.

³ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1992، ص.ص.211-212.

هذا، ويقع عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط على عاتق الطرف المدعي "المدعى"؛ تطبيقاً لقاعدة "البينة على من ادعى"؛ ذلك أن الأصل هو صحة الشروط العقدية، وعلى من يدعي خلاف الأصل إثبات ذلك¹.

ثالثاً- طلب الطرف المدعى الحماية القانونية من الشروط التعسفية:

بعد ثبوت وجود شرط تعسفي بالعقد محل الإذعان، فإنه لا بد للطرف المدعى من طلب الحماية القانونية من تلك الشروط التعسفية، وذلك برفع دعوى قضائية للمطالبة بتعديل الشرط التعسفي، أو إلغائه، طبقاً لأحكام المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية. وبمفهوم المخالفة، فإنه لا يجوز للقاضي التدخل لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان من تلقاء نفسه؛ وإنما يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب الطرف المدعى؛ تطبيقاً لمبدأ حياد القاضي². ويجوز للطرف المدعى أن يطلب الحماية من الشروط التعسفية من قضاة الموضوع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، لكن لا يجوز له طلب ذلك لأول مرة أمام المحكمة العليا؛ لأن طلبه هذا يختلط فيه الواقع بالقانون³.

وبناءً على ذلك، فإنه لا يجوز للقاضي عند رفع النزاع إليه حول تنفيذ العقد أو فسخه، التدخل من تلقاء نفسه لتعديل العقد إذا رأى أنه يتضمن شروطاً تعسفية؛ إذ بذلك يعتبر قد قضى بأكثر مما طلب منه، وهذا ما يعرض حكمه للطعن بالنقض⁴.

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 291.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 214. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 76، محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 162. فايزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018-2019، ص. 224.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 291. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 163.

⁴ - تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الأربعة الآتية:

16....- الحكم بما لم يطلب أو أكثر مما طلب...".

ويرى البعض¹ ضرورة الحذو حذو التشريعات الأوروبية الحديثة، والاعتراف للقضاء بسلطة إثارة الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، عند بثه في دعاوى التنفيذ أو الفسخ؛ باعتبار أن ذلك من شأنه أن يعطي ضمانات كافية لتفعيل الرقابة القضائية على الشروط التعسفية.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

إن ثبوت شروط تدخل القضاء لمواجهة الشروط التعسفية كما بيّنا في الفرع الأول، يؤدي إلى شرعية تدخل القاضي عن طريق تعديل العقد. ومن أجل الإحاطة بهذه السلطة، يجب التطرق لحدود سلطة القاضي في تعديل العقد (أولا)، وموقف الفقه من هذا التدخل (ثانيا)، و ضمانات ممارسة تلك السلطة (ثالثا)، وأخيرا نبين المعيار الذي يستند عليه القضاء بصدد هذا التدخل (رابعا).

أولا- حدود سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان:

تقضي القواعد العامة للقانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يمكن تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري. ومن بين هذه الأسباب التي يقرر فيها القانون تعديل العقد، نجد عقود الإذعان التي تتسم، كما أشرنا سابقا، بانفراد شخص الموجب القوي فنيا واقتصاديا بوضع شروط العقد، مما يمكنه من فرض شروط تعسفية على الطرف الضعيف، لذلك كان من باب العدالة عدم التمسك بحرفية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والأخذ بيد الطرف المدّعن؛ باعتباره طرفا ضعيفا يستحق الحماية التشريعية، ووضع قواعد خاصة تراعي مثل هذه الأحوال.

وبناء على ما سبق، أعطت المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية، للقاضي سلطة تعديل العقد المتضمن شروطا تعسفية، بعد تأكده من توافر شروط الحماية القانونية.

وتجدر الإشارة، أن المقصود بالشروط التعسفية محل سلطة القاضي، هي الشروط الواضحة، وليس الغامضة؛ باعتبار أن الأمر هنا يتعلق بالتعسف ووضوح الشرط ودقته، أما بالنسبة لغموض الشرط فلا يعتبر شرطا لتدخل القاضي، بل على النقيض من ذلك، فإن وضوح العبارة هو مجال تطبيق المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية، أما الشرط الغامض فيفسر عند الشك

¹ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.76.

لمصلحة الطرف المذعن؛ سواء كان دائنا، أم مدينا، وذلك ما تقضي به المادة 02/112 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية¹.

وتتمثل حدود سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان؛ إما بتعديل الشرط التعسفي، بإزالة الطابع التعسفي عن ذلك الشرط مع الإبقاء عليه، أم بإلغائه كلية، وإعفاء الطرف المذعن منه، وذلك إذا رأى أن هذا الشرط التعسفي غير قابل للتعديل. وبناء على ذلك سنتطرق للسلطة الممنوحة للقاضي في الحالتين:

1- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية:

يقصد بتعديل الشرط التعسفي هو الإبقاء عليه مع إزالة طابع التعسف عنه²، وذلك بالوسيلة التي يراها القاضي ملائمة، وتحقق الحماية المرجوة للطرف المذعن³، مما يؤدي إلى تحقيق مقصد المشرع من وراء منح القاضي هذه السلطة، وإعادة التوازن العقدي بين الأداءات المتبادلة في العقد؛ باعتبار أن هناك بعض الشروط لا يمكن للقاضي إلغائها كلية؛ نظرا لأن ذلك من شأنه النيل من العقد برّمته، وذلك في حالة الأجرة مثلا في عقد الإيجار إذا كانت تشكل شرطا تعسفيا؛ إذ لا يمكن للقاضي إلغائها؛ وإنما يقتصر على تعديلها⁴. والأمثلة عن إمكانية تعديل الشرط التعسفي بما يزيل عنه طابع التعسف كثيرة، فمثلا إذا كان الشرط الوارد في لائحة المصنع يوقع غرامات مالية باهظة على العمال نتيجة قيامهم بأخطاء بسيطة فقط، فهنا يمكن لقاضي الموضوع تعديله إذا ما قدر أنه تعسفي، وذلك بتخفيض الغرامة إلى الحد الذي تتناسب فيه مع درجة الخطأ المرتكب من قبل العمال⁵، كما قد يرتبط الشرط التعسفي بالمقابل المفروض على الطرف المذعن كتحديد الموجب للثمن طبقا للتعريف السارية وقت التسليم، وليس وقت التعاقد، فيقوم القاضي هنا بتعديل التعريف؛ لإزالة صفة التعسف عن الشرط، ورفع الإجحاف عن الطرف المذعن⁶، كما قد تكون الشروط التعسفية متعلقة بتنفيذ الالتزامات العقدية، فيتم تعديلها؛ إما بزيادة التزامات الطرف القوي، أو بإنقاص الالتزامات المفروضة على الطرف المذعن، مما ينتج عنه إزالة الطابع التعسفي عن الشرط، وبالتالي تحقيق التوازن بين الأداءات المتقابلة، فمثلا في حالة ما إذا تضمن عقد توزيع الكهرباء

¹ - عبد الحكم فوده، النظرية العامة في تفسير العقد، المرجع السابق، ص. 531.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 250.

³ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 164.

⁴ - فايزة طيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، المرجع السابق، ص. 223.

⁵ - عبد الحكم فوده، النظرية العامة في تفسير العقد، المرجع السابق، ص. 531.

⁶ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 291.

شرطا يقضي بحق شركة الكهرباء بقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حالة عدم تسديدها من قبل المستهلك، فهنا يقوم القاضي بتعديل هذا الشرط التعسفي، وذلك بإعطائه للشركة حق قطع التيار بعد أسبوع من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة، وانقضاء المدة دون أن يدفع المستهلك ثمنها¹، وأيضا في حالة ما إذا كان الثمن في عقد الإذعان مبالغاً فيه، فإن للقاضي تخفيض الثمن؛ ليزيل عنه طابع التعسف²، وكذلك لو اشترط صاحب العمل على العامل عدم فتح محل منافس له بعد تركه العمل عنده طول حياته، فهنا يقوم القاضي بتعديل الشرط، واقتصار منع العامل من فتح محل منافس على فترة زمنية محدودة، كما قد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن، أو حالة من حالاته بمعناه الضيق، فيقوم القاضي بالزيادة، أو الإنقاص حسب الحالة، وذلك بغرض رفع الغبن، وبتقيد القاضي بالشرط أو القيود المطلوبة قانوناً لتعديل العقد بسبب الإذعان؛ إذ إن قيامه في هذه الحالة بتعديل العقد لا يكون على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال؛ بل على أساس تعسفية الشرط الذي تضمنه العقد، ومطالبة الطرف المذعن من القاضي تعديله بناء على أحكام المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية³.

2- سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية:

إذا رأى القاضي أن الشرط التعسفي غير قابل للتعديل، متى كان التعديل لا ينفي عنه صفة التعسف، فهنا لا مناص من إلغاء الشرط كلية، وإعفاء الطرف المذعن منه. وبخلاف الجزء الأول -والمتمثل في تعديل القاضي للشرط التعسفي مع الإبقاء عليه- فإن هذا الجزء يعتبر جزءاً مباشراً وواضحاً، حيث يهدف القاضي من وراء استعمال هذه الرخصة إلى إلغاء الشرط التعسفي كلية، واعتباره كأن لم يكن، وبالتالي إعفاء الطرف المذعن كلية منه⁴. ويعتبر هذا النوع من الجزاء، أشد خطورة من رقابة التعديل؛ إذ بموجبه يجوز للقاضي إلغاء الشرط التعسفي كلية، متى وجد أن تعديل الشرط غير كاف لنفي صفة التعسف عنه، وتحقيق العدالة. ويرجع

¹ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 165.

² - حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 18.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 292.

محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 165.

⁴ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 183.

سبب إقرار مثل هذا الجزاء من قبل المشرع، رغم خطورته، إلى سعيه لرفع الضرر عن الطرف الضعيف المضار من الشروط التعسفية، ولو كلفه ذلك الخروج عن القواعد العامة¹.

وكصورة عن هذه السلطة، لو اشترط صاحب العمل على العامل أن لا يمارس نشاطا نقابيا طوال فترة عمله لديه، فإن للقاضي في هذه الحالة إلغاء هذا الشرط؛ إذ لا يمكن تعديل هذا النوع من الشروط لإعادة التوازن العقدي، والأمر نفسه لو اشترطت شركة الكهرباء على عميل أن يتحمل متوسط استهلاكه الشهري طوال فترة غيابه عن المنزل، فالعدالة تقضي إعفاء الطرف المدعن كلية من هذا الشرط؛ نظرا لانعدام سبب التزام العميل في هذه الحالة²، وكذلك إذا تضمن عقد توزيع الكهرباء شرطا يعطي الحق لشركة الكهرباء في قطع التيار الكهربائي في أي وقت، ودون التزامها بإبداء أسباب ذلك، حتى لو قام المستهلك بدفع فواتير الكهرباء بصفة دورية، فهنا يكون للقاضي أيضا إلغاء الشرط كلية، وليس تعديله فحسب³.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن القاضي يجب أن يوازن بين المنافع التي يتحصل عليها الطرف القوي من الشرط التعسفي، وبين الأضرار التي تلحق الطرف المدعن من جراء إعمال الشرط التعسفي، كما أنه لا يجوز للقاضي إنهاء العقد؛ حيث تقتصر مهمته على تعديل العقد فقط دون إنجائه⁴، خاصة وأن ذلك يتوافق ورغبة التشريعات في المحافظة قدر المستطاع على استقرار العلاقات التعاقدية⁵.

وبعبارة أخرى، فإن وظيفة القاضي هي البحث عن تأمين نجاعة الجزاء، وقدرته على تحقيق مقصد المشرع وأهدافه، والتي تكمن في إقرار التوازن العقدي بين الطرفين، واعتماد مقاربة اقتصادية للعقد، وضمان مبدأ التناسب في الجزاء، مما ينتج عنه تكريس مبدأي التوازن العقدي واستقرار المعاملات⁶. وبالتالي فإن الأولى بالنسبة للقاضي أن يعمل على تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أما إذا كان الشرط التعسفي غير قابل للتعديل، فهنا يكون للقاضي إلغاء الشرط التعسفي كلية، وإعفاء الطرف المدعن منه⁷.

¹ - فائزة طبيب، سلط القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، المرجع السابق، ص. 223.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 292.

³ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 166.

⁴ - حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 18.

⁵ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 183.

⁶ - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص. 384.

⁷ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 183.

ثانيا- موقف الفقه من سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان: بين القبول والرفض

رغم ما تحققه الأحكام المتعلقة بعقد الإذعان من حماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية، وذلك بإعطاء القاضي سلطة التعديل، إلا أن ذلك لم يكن كافيا لاتفاق الفقه حول ضرورة منح هذه السلطة للقاضي؛ إذ انقسم إلى فريقين؛ أحدهما رافض لتلك السلطة، وآخر مؤيد لها.

1- الاتجاه القائل برفض السلطة الممنوحة للقاضي:

يرى البعض¹ أن منح القانون السلطة للقاضي في تعديل الشروط التعسفية بناء على طلب الطرف المذعن يمثل حكما خطيرا؛ لأن إعطاء القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان؛ سواء برفع صفة التعسف عن الشرط، أم بإعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي كلية، يؤدي إلى منحه سلطة تتجاوز سلطاته وفق القواعد العامة، حيث أن مهمة القاضي تقتصر على تفسير العقود؛ لمعرفة الحكم القانوني الخاص بها، دون أن يكون له سلطة التدخل في العقد، وإهدار شروطه، مما ينتج عنه مساسا بإرادة المتعاقدين. كما أن التشريعات العربية بإعطائها للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، قد خرجت عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية².

2- الاتجاه المؤيد لمنح القاضي سلطة التعديل:

رغم استناد أصحاب الاتجاه السابق إلى نصوص القواعد العامة، والتي تأبى مثل هذا التدخل للقاضي، إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولا لدى غالبية الفقه؛ حيث يرى البعض³ أنه لا يمكن نقد السلطة المعطاة للقاضي بخصوص عقود الإذعان؛ بدعوى أنها تمثل خروجاً عن القواعد العامة في التفسير؛ ذلك أن المشرع هو صاحب الحق في تقدير الضرورات التي يجب على ضوئها الخروج عن القواعد العامة، تمثيلاً مع المتغيرات والمستجدات الجديدة، ومما لا شك فيه أن الطابع الخاص لعقود الإذعان، والمتمثل في ضعف الطرف المذعن، وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد، يمثل سبباً كافياً للخروج عن القواعد العامة.

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 215.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 503. خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: القانون المدني بعد أربعين سنة، 24-25 أكتوبر 2016، جامعة الجزائر 01، ص. 327. حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 16-17. زاهية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المسيلة، الجزائر، العدد 18 جوان 2008، ص. 209.

³ - حسن عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 247.

ويضيف أنصار الرأي الثاني، بأن التوازن العقدي قد احتل قبل تدخل القاضي بتعديل عقد الإذعان، وما تدخله إلا وسيلة لإعادة التوازن العقدي¹، كما يبرر تدخل القضاء في تعديل العقد هو السعي لتحقيق العدالة العقدية، ورفع الضرر عن الطرف المذعن، من أجل ذلك كانت أحكام عقود الإذعان بمثابة استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين².

وغني عن البيان، أن هدف التشريعات من وراء منح القاضي هذه السلطة -والمتمثلة في تعديل العقد- هو تحقيق المصلحة العامة؛ من أجل الحفاظ على الأهداف السياسية والاقتصادية³؛ ذلك أن الحفاظ على مصالح المستهلكين باعتبارهم طرفا ضعيفا في العقد يعتبر مقصدا تشريعا أساسيا، كما أنه في الوقت نفسه هدف اقتصادي تسعى جل التشريعات للوصول إليه من خلال هذه الأحكام الاستثنائية.

ثالثا- ضمانات ممارسة سلطة القاضي:

حرصا من التشريعات العربية على ضمان ممارسة القاضي سلطته في تعديل الشروط التعسفية، فقد جعلت تلك السلطة من النظام العام؛ فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلبها من القاضي، وإن حدث اتفاق كهذا عدّ باطلا لا أثر له⁴، حيث تنبّهت هذه التشريعات إلى إمكانية لجوء الموجب، أو الطرف القوي في عقد الإذعان إلى وضع شرط في عقد الإذعان مفاده استبعاد تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في حالة طلب الطرف المذعن⁵، وبهذا ضمنت هذه التشريعات أن تكون حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية حماية جدية⁶؛ إذ لو كان من الجائز وضع شرط يمنع تدخل القاضي لثم فرضه على

¹ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 293. عبد الحكم فوده، النظرية العامة في تفسير العقد، المرجع السابق، ص. 532.

² - خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص. 326.

³ - جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 212.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 250. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 70. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 214. زاهية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 209.

⁵ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 78. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 154. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 214. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 39.

⁶ - عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 469.

المستهلكين¹، ولأصبح بذلك شرطاً مألوفاً²، وهذا يؤدي إلى بقاء الطرف المذعن بدون حماية³.

وبالنص على الطابع الأمر لهذا الحكم، يصبح نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية، أداة فعالة بيد القاضي، يحمي بها الطرف المذعن من الشروط التعسفية المفروضة عليه⁴؛ باعتبار أن هذا الحق يتعلق بالنظام العام⁵.

ويعتبر هذا الحكم أول تطبيق لمبدأ حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية؛ لأن قبول الطرف المذعن بمثل هذا الشرط، لا يعكس إلا رضوخه وإذعانه؛ بسبب ضعفه مقارنة بالمحترف، كما أن شرط عدم اللجوء إلى القضاء يعتبر أشد أنواع الشروط التعسفية⁶.

رابعاً- معيار سلطة القاضي:

لم يرقم المشرع الجزائري، والتشريعات العربية في القانون المدني، بتحديد المعايير التي يتم بناء عليها تقدير مدى تعسفية الشرط، مما يجعل تحديد الطابع التعسفي من عدمه، خاضعاً للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فهي إذن مسألة واقع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه. وقد انتقد الفقه عدم قيام المشرع بتحديد معايير الشرط التعسفي؛ باعتبار أن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى صعوبة في توحيد الشروط، كما أن عدم التحديد لا يضمن عدم انزلاق القضاء في تفسير الشروط التعسفية⁷.

وبالتالي فإن التشريعات العربية باتخاذها من العدالة معياراً لتدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية، لم ترسم حدوداً للقاضي يتدخل بناء عليها، بل إن القاضي له مطلق الحرية في تعديل عقد الإذعان بالوسيلة التي يراها مناسبة، وذلك وفق ما تقضي به العدالة⁸، والعدالة بما تحتويه من أفكار أخلاقية

¹ - جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.220.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.250.

³ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.469. جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.220.

⁴ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.155.

⁵ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.78.

⁶ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.290.

⁷ - الشريف بجماي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الجزائر، العدد 02، جوان، 2014، ص.106.

⁸ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.250. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.76.

هي مرجع القاضي في سبيل ممارسة مهمته المتمثلة في تعديل عقد الإذعان، إلا أن الإشكال المطروح هو المقصود بالعدالة التي وضعها المشرع الجزائري، والتشريعات العربية كمعيار لتدخل القاضي، حيث تعتبر من الأفكار المرنة التي ارتأى المشرع تركها دون تعريف أو تحديد؛ لجعلها قادرة على استيعاب كل الإشكالات التي يفرزها الواقع العملي¹.

إلا أن بعض الفقهاء قد تخوفوا من موقف هذه التشريعات -والمتمثل في الاعتماد على مبادئ العدالة كمعيار لتدخل القاضي- باعتبار أن هذا المعيار يتسم بالغموض، كما أن العدالة فكرة نسبية تختلف باختلاف الأشخاص، والأزمنة، والأمكنة²، إضافة إلى أن الاستناد إلى قواعدها قد يمس باستقرار المعاملات، وقد يتم التضحية في سبيل الوصول إليها بإرادة المتعاقدين، أو بنصوص القانون³.

غير أنه قد تم الرد على هذا الرأي، بالقول إن معيار العدالة قد تم وضعه من طرف المشرع خوفا من اتهام القاضي بالخروج عن مقتضياته؛ إذ يتوجب عليه الانطلاق في بحثه من اعتبارات موضوعية وليست ذاتية⁴، كما أن استعانة المشرع بالأفكار الأخلاقية المرنة، كالعدالة مثلا يجعل القانون قادرا على استيعاب المستجدات، والأحداث، والوقائع، والتي قد يصعب على القاضي إيجاد حلول لها في حالة ما إذا اقتصر على القواعد القانونية المنصوص عليها، فضلا على كون أن هذه الأفكار الأخلاقية هي قابلة للتحديد، وتستطيع التكيف مع مشاكل غير محدودة، لذلك فيمكن النظر إلى العدالة المقصودة كمعيار لتدخل القاضي في عقود الإذعان، على أنها العدالة العقدية⁵.

وفي الأخير، يتبين أن المشرع الجزائري والتشريعات العربية قد عاجلت فكرة الشروط التعسفية من منظور عقد الإذعان. ويعود سبب هذا الربط إلى فلسفة القانون المدني نفسه، حيث يسعى دائما عند التقاطه لظاهرة معينة، أن يتم ذلك عن طريق أداة من أدواته القانونية التي يمكن لها أن تستوعب هذه النظرية؛ لذلك فقد تم استيعاب عقود الإذعان عن طريق نظرية العقد، وهذا هو حال القانون المدني عند معالجته لظاهرة معينة جديدة؛ حيث يقوم بإدخال تلك الظاهرة في النظام القانوني، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وكذا التشريعات العربية في المواد المقابلة لنص هذه

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.43.

² - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.167.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.293.

⁴ - المرجع نفسه، ص.294.

⁵ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.ص. 43-44.

المادة. ومما لا شك فيه فإن ذلك يؤثر على مدى فاعلية هذه الحماية؛ ذلك أن الارتباط بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان، يجعل من غير الممكن تصور وجود شروط تعسفية خارج هذه العقود¹. إلا أن الواقع العملي يثبت خلاف ذلك، فوجود عقد الإذعان لا يعني ضرورة توافره على شروط تعسفية، بل قد تتوفر في العقد صفة الإذعان، ولكن دون أن يتضمن شروطا تعسفية²، ومثال ذلك العقد الذي توفر فيه جهة حكومية لسلعة أو خدمة بأقل تكلفة وأفضل جودة³. ومن جهة أخرى، فلا يمكن التسليم بأن الشروط التعسفية لا تجد مكانا لها في العقود التفاوضية، بل قد توجد فيها لكن بدرجة أقل مقارنة بعقود الإذعان؛ باعتبار أن الطرف القوي في عقد الإذعان يستطيع أن يفرض شروطه على الطرف الضعيف الذي ليس له إلا قبول تلك الشروط أو رفضها⁴، كما أن الواقع العملي يثبت أيضا حاجة بعض الأشخاص للحماية القانونية من الشروط التعسفية، دون أن تتوفر فيهم صفة الإذعان، وبالتالي فإن نظرية الإذعان لا توفر حماية كاملة للأطراف الضعيفة التي تفرض عليها طائفة المحترفين شروطا تعسفية⁵. وبناء على ذلك، فإن أحكام الحماية الموجودة في نظرية عقد الإذعان تبقى قاصرة لمكافحة كل الشروط التعسفية المفروضة على الأشخاص؛ باعتبار أنها موجهة لحماية الطرف المدعى فقط⁶، كما أن الغرض من تدخل المشرع هو مقاومة الشروط التعسفية، لا مقاومة عقود الإذعان، لذلك كان الأجدر هو تعميم هذه الحماية لتشمل كل الشروط بغض النظر عن طبيعة العقد مصدر الشرط، كما أن تبني هذا الرأي له ما يبرره؛ ذلك أن مواجهة اختلال التوازن العقدي عن طريق عقود الإذعان يعتبر محاولة غير كاملة؛ لأنه يخص طائفة معينة فقط بالحماية دون غيرها⁷.

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.ص. 62-63.

² - سامي بن حلة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 01، الجزائر، العدد 05، مارس، 2015، ص.96.

³ - حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص.103.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.314.

⁵ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.64.

⁶ - محي الدين عواطف، أحكام الشروط التعسفية حماية المستهلك وإعادة التوازن العقدي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة بلعباس، الجزائر، المجلد 04، العدد 01، جانفي، 2018، ص.20.

⁷ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.314.

الفرع الثالث: دور القضاء الفرنسي في مكافحة الشروط التعسفية (قبل تعديل 2016)

مثلما بيّنا سابقا، فإن القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016) لم ينظم عقود الإذعان، خلافا لما هو الحال في العديد من التشريعات العربية، مما أدى إلى غياب النص الصريح الذي يتيح للقاضي التدخل، وتعديل الشروط التعسفية بتلك العقود. إلا أن القضاء الفرنسي لم يبق مكتوف الأيدي أمام هذا القصور التشريعي، والذي يؤدي إلى الإضرار بمصالح المذعنين، الذين يجدون أنفسهم ملزمين بشروط تعسفية ضارة بمصالحهم. وبناء على ذلك، فقد تدخل القضاء الفرنسي عن طريق تطويع القواعد العامة، ومنحها دورا في مكافحة الشروط التعسفية.

ولعل أبرز تلك القواعد التقليدية التي اعتمد عليها القضاء الفرنسي لإبطال الشروط التعسفية، نجد فكرة سبب الالتزام (أولا)، ونظرية عيوب الإرادة (ثانيا).

أولا- مكافحة الشروط التعسفية من خلال الاستناد إلى نظرية سبب الالتزام:

من أجل الإمام بدور نظرية سبب الالتزام في مكافحة الشروط التعسفية، يجب التطرق إلى علاقة نظرية سبب الالتزام بمكافحة الشروط التعسفية، ثم تقدير دور هذه النظرية في مكافحة الشروط التعسفية.

1- علاقة نظرية سبب الالتزام بمكافحة الشروط التعسفية:

كانت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016) تنص على ما يلي: "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يبن على سبب موجود، أو كان مبني على سبب مغلو، أو على سبب غير مشروع"¹.

فحسب نظرية السبب التقليدية، فإن كل التزام يجب أن يكون له سبب، وأن تخلف السبب يؤدي إلى عدم قيام الالتزام. ولما كانت النظرية التقليدية للسبب تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين هو محل الالتزام المقابل، فإن تخلف محل الالتزام يؤدي بالضرورة إلى تخلف سبب التزام الطرف الآخر، مما يؤدي معه إلى البطلان².

وبناء على ذلك، فقد اعتمد الرأي الذي يؤسس حظر الشروط التعسفية على نظرية السبب، على النظرية التقليدية له؛ وهي سبب الالتزام؛ لأن هذه الأخيرة هي التي تهتم بوجود السبب³.

¹- art 1131 du code civil français dispose: "l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet"

²- Henri Capitant, De la cause des obligations, 3eme édition, paris, France, 1927. p.196. Omar Azziman, droit civil, op. cit. p.163.

³- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.ص. 449-450.

وتعتبر فكرة السبب من بين الآليات الأكثر أهمية وفعالية، والتي تم الاستناد عليها بموجب القواعد العامة؛ من أجل حماية العاقد من الشروط التعسفية¹.

ولأن المشرع الفرنسي -والتشريعات التي حذت حذوه- لم تأخذ بالغبن كقاعدة عامة في كل العقود، فقد اتجه بعض الفقه في فرنسا إلى الاعتماد على فكرة غياب السبب كأساس لإعادة النظر في الشروط الجائرة في العقود².

وفي محاولة لتحقيق التوازن العقدي عن طريق استعمال نظرية السبب، ظهر في فرنسا في سنوات السبعينيات اتجاه قضائي، بدعم من بعض الفقه، يستند إلى نظرية سبب الالتزام من أجل إبطال الشروط المخالفة لالتزام أساسي في العقد³.

ومن بين أشهر القرارات القضائية في هذا المجال، قضية Chronopost؛ إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الشرط المتضمن تحديد مسؤولية شركة البريد عن التأخير، يعد مخالفا لنص المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي؛ باعتباره يناقض التزامها الأساسي المتمثل في إيصال الطرود بسرعة كبيرة، مما يؤدي إلى اعتبار الشرط غير مكتوب⁴.

ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد خرجت عن القواعد العامة، والتي تقضي بأن انعدام السبب يؤدي إلى بطلان العقد برمته، وقد فضلت استبعاد الشرط التعسفي فقط؛ لأنه ينقص بصورة فادحة جزاء عدم تنفيذ الالتزام الرئيسي، فيلغى الشرط فقط، مع بقاء العقد صحيحا. وبذلك يلاحظ ابتداء القضاء الفرنسي لوظيفة جديدة متمثلة في معالجة اختلال التوازن العقدي⁵. ويعتبر هذا الحل هو الأنسب، والأكثر ملاءمة؛ فقد جمع بين حماية المتعاقد من بطلان العقد برمته، والذي كان سيضره لا

¹- Denis Mazeaud, La protection par le droit commun, colloque sur les clauses abusives entre professionnels, organise par L'université de Lille et l'université de paris, France, 23 mai 1997 p.41.

²- عبد المنعم فوج الصدة، في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.345.

³- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.256.

⁴- cass.com, 22 oct 1996, rtv, civ. 1997 نقلا عن: أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.225. الهامش رقم: 04.

⁵- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص.144.

محالة، والحفاظ على استقرار المعاملات؛ باعتبار مقصدا تشريعيا، تسعى من خلاله القوانين الحفاظ على العقود قدر الإمكان¹.

ويستنتج من قرار محكمة النقض، أن القضاة أرادوا الابتكار من خلال الاستناد على فكرة غياب السبب على ضوء المادة 1131، وهو غياب جزئي، مما ينتج عنه عدم التوازن العقدي بمفهوم الفائدة أو المصلحة المحققة للطرف الآخر من خلال شرط تحديد مسؤولية شركة البريد. وبمعنى آخر، فإن المتعاقد مع شركة البريد لم يتلق المصلحة المنتظرة من وراء إبرام العقد، والمتمثلة في إيصال الطرود بسرعة، وفي الوقت المحدد بصفة خاصة، وليس مجرد نقل الرسالة، مما يجعل الشركة محلة بالتزامها².

وبذلك فقد أصبح الاستناد إلى غياب السبب وسيلة لإبطال الشروط المفترضة، والتي يكون موضوعها إعطاء أحد الطرفين نفعا غير مشروع؛ باعتبار أن تلك المنفعة مجردة من المقابل³.

2- تقدير مدى إمكانية التعويل على سبب الالتزام في مواجهة الشروط التعسفية:

رغم سعي محكمة النقض إلى مواجهة ظاهرة الشروط التعسفية من خلال الاستناد على فكرة سبب الالتزام، إلا أن الحل الذي توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية لم يلق إجماعا فقهيًا؛ حيث رأى البعض عدم ملاءمته، وكان الأولى بمحكمة النقض الفرنسية الاستعانة بوسائل أخرى، تؤدي إلى نفس النتيجة، كالخطأ الجسيم، أو نظرية الفسخ، أو إعادة تكييف الشرط باعتباره شرطا جزائيا مبالغا فيه، وهو ما يؤدي إلى إرجاع الحل إلى القواعد العامة، دون الحاجة إلى الابتكار من خلال تأسيس الحكم على غياب السبب⁴. أما من الناحية التطبيقية، فإنه لا يمكن إعمال الجزاء التقليدي للسبب، والمتمثل في البطلان الكلي للعقد على تلك القضية؛ نظرا لأننا أمام تخلف جزئي للسبب، وليس كليًا، مما يؤدي إلى عدم إمكانية القول ببطلان العقد برمته⁵.

كما أن العقد تصرف مركب؛ فالبنود التي يتكون منها ليست متميزة عن بعضها البعض، وعلى ذلك فلا يمكن القول بأن البند الفلاني يضع على عاتق طرف ما التزاما له مقابل التزام معين يترتب في ذمة

¹ - بن عزوز درماش، التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013-2014، ص.189.

² - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص.ص. 145-146.

³ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، تكوين العقد، ص.995.

⁴ - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص.188.

⁵ - Abbas Karimi, Les clauses abusives et le théorie de l'abus de droit, L.G.D.J, France, 2001, p.183.

الطرف الآخر، وبالتالي فبتخلف الالتزام المقابل نكون أمام غياب للسبب؛ باعتبار أن ذلك يتعارض مع المبدأ العام الذي وضعته المادة 1161 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016)، والتي تقضي بأن بنود العقد تفسر بعضها ببعض¹. وبعبارة أخرى، فإنه لتقدير وجود السبب ينبغي أن يواجه العقد في مجموعه، وليس في أحد أجزائه فقط، بحيث يستساغ تقدير الموازنة بين أداءات الطرفين بعد ذلك². ويضيف أصحاب هذا الرأي، أنه لا يمكن الاستناد على فكرة السبب؛ نظرا لأن تقدير وجود السبب يكون عند تكوين العقد، وليس تنفيذه³.

كما يرى هذا الفقه أيضا أنه لا يمكن الاستناد على نظرية السبب من أجل إبطال الشروط التعسفية؛ باعتبار أن القانون وإن كان قد اشترط وجود السبب، فإنه لم يشترط تعادله مع السبب الآخر⁴؛ لذلك فإنه ينبغي عدم الخلط بين تخلف السبب وعدم التوازن بين الالتزامات؛ لأن السبب يعتبر قائما بمجرد وفاء الطرف الآخر بالتزامه، بغض النظر عن ما إذا كان هذا الالتزام يساوي أو يقل عن الالتزام المقابل⁵.

وفضلا عن ذلك، فإن اشتراط المقابل لكل التزام بشكل منفصل عن العقد، يعتبر أمرا مغيرا لمفهوم السبب⁶.

ثانيا- مكافحة الشروط التعسفية من خلال نظرية عيوب الإرادة:

تعد نظرية عيوب الإرادة من بين أكثر الوسائل الذي استند عليها القضاء في مواجهة القصور التشريعي المتعلق بالشروط التعسفية. وذلك من خلال الرجوع إلى عيوب الإرادة الثلاثة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، والتماس ما عسى أن يكون حكما يمكن الاستناد عليه في مواجهة الشروط التعسفية.

وتبعا لذلك، فإن دراسة دور عيوب الإرادة في حماية المتعاقد ضحية الشروط التعسفية يكون من خلال التطرق للعيوب الثلاثة على حدة.

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.450.

² - عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.354.

³ - Abbas Karimi, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit. p.183.

⁴ - عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.345-346.

⁵ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.225.

⁶ - Philippe Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, L.G.D.J, France, 2002, p.321.

1- دور نظرية الغلط¹ في مكافحة الشروط التعسفية:

قد يبدو من الطريقة التي يتم فيها صياغة الإيجاب، والذي غالبا ما يكون مطبوعا وعاما، ندرة وقوع الطرف المدعى في غلط²، إضافة إلى قيام الطرف المدعى في غالب الأحيان بالإمضاء على بند معين يقر فيه بقراءة جميع بنود العقد وقبولها³.

كما أنه من الصعب القول بأن الطرف المدعى قد كان هدفه الرئيسي من وراء تعاقدته هو تحقيق التوازن العقدي. وما يؤكد هذه النظرة أنه يشترط للتمسك بالغلط أن يكون جوهريا؛ أي متعلقا بصفة جوهرية كانت دافعا إلى التعاقد⁴. ولا شك أنه لا يمكن اعتبار أي شرط تعسفي دافعا إلى التعاقد، مما يؤدي إلى القول بجسامة الغلط الذي وقع فيه المستهلك⁵.

إلا أن إنكار أي دور لنظرية الغلط في مكافحة الشروط التعسفية هو قول مبالغ فيه؛ إذ يمكن تحقق الغلط بالنسبة للشروط المدرجة في عقود الإذعان؛ ذلك أن العقود عادة ما تحتوي على بنود معقدة، يصعب فهمها⁶، لذلك فإن الغلط في فهم أحد بنود العقد يؤدي إلى وقوع غلط في صفة جوهرية من أوصاف الشيء، إذا كان ذلك الشرط محددًا لأوصاف محل العقد⁷، كما أن المشتري يبحث عن حماية مصالحه من أي احتمال لفهم شروطه، بل إنه في بعض الأحيان قد يسعى متعمدا إلى جعل عقده غامضا قدر الإمكان، مع عدم تعريض فاعلية عقده لأي خطر في الوقت نفسه⁸.

غير أنه ومن جانب آخر، فإن إعمال نظرية الغلط على الشروط التعسفية يقتصر على وجود الشرط أو مفهومه؛ إذ لا يتسع ليشمل الغلط في جوهر الشيء⁹.

¹ - يراجع في مفهوم الغلط: الجزء الخاص بالالتزام بالإعلام من هذا البحث.

² - عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص. 349.

³ - Mona Jamel, Le contrat d'adhésion: étude compare des droits français et koweïtien, thèse de doctorat, spéciale: droit privé, université de Strasbourg, France, 2017, p.57.

⁴ - حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 64.

⁵ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 195.

⁶ - Abbas Karimi, les clause abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit. p.169.

⁷ - شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقها في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 102.

⁸ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 170.

⁹ - Abbas Karimi, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit, p.170.

وبناء على ذلك، فقد مارس القضاء الفرنسي رقابته على الوثائق التعاقدية، وقد تعامل معها بصرامة، لا سيما تلك المكتوبة بخط رفيع؛ إذ في ظل عقود الإذعان يمكن بكل سهوله اعتبار غلط الطرف المذعن مغتفرا¹.

ومن بين الحالات أيضا التي استعمل فيها القضاء الفرنسي نظرية الغلط لمكافحة الشروط التعسفية، ما قضت به الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية من أن: "قانون شركة التأمين التعاوني لا يسري على المذعن ما دام غير مفهوم إلا لرجال الشركة، وما دام هؤلاء لم يقوموا بتحديد معناه للمؤمن له. فالإذعان في هذه الحالة يعيبه الغلط؛ لأن التعامل كان في الحقيقة مع نقابة للضمان، في حين أن الطرف المذعن كان يعتقد أنه يتعامل مع شركة ذات جعل محدد، وبذلك تعرض للمطالبة بأقساط لم يكن في نيته أن يدفعها².

كما أن القضاء الفرنسي يشترط الالتزام بحسن النية، فإذا تضمن العقد شروطا معقدة، أو يصعب فهم مداها، خصوصا بالنسبة لغير المحترفين، فإن المشتري يلزم طبقا لمبدأ حسن النية بتقديم كافة المعلومات والبيانات التي تسهل العمل بهذه الشروط، مما يؤدي إلى تجنب وقوع غير المحترف في غلط³.

إلا أن فكرة الاستناد إلى الغلط لإبطال الشروط التعسفية لم تلق إجماعا فقهيًا؛ باعتبار أن الجزء الكلاسيكي على تعيب الإرادة هو قابلية العقد للإبطال، وليس استبعاد الشروط التعسفية، مع بقاء العقد قائما في باقي آثاره⁴.

ويظهر بناء على ذلك عدم جدوى نظرية الغلط في مكافحة الشروط التعسفية؛ ذلك أنه من مصلحة المتعاقد الضعيف إبطال الشرط، مع بقاء العقد صحيحا، وهذا يناقض القواعد العامة في الغلط التي ترتب الإبطال الكلي للعقد كجزاء على وقوع الغلط، فتظهر بذلك المناقضة بين الوسيلة والهدف المرجو من مكافحة الشروط التعسفية؛ فالوسيلة وإن كانت فعالة في بعض الأحيان، إلا أن اللجوء إليها لا يمكن أن يحقق الهدف المنشود، والمتمثل في إبطال الشرط، وبقاء العقد⁵.

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 170.

² - نقض فرنسي في 10 مارس 1919، جريدة التأمين، 1920، ص. 226. نقلا عن: عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان، المرجع السابق، الهامش رقم 01، ص. 350.

³ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 67.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 70.

⁵ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 173.

2- دور نظرية التدليس¹ في مكافحة الشروط التعسفية:

يرى العديد من الفقه أنه من السهل افتراض وقوع التدليس في عقود الإذعان²، وبذلك فإنه يعدّ من أكثر عيوب الإرادة المعول عليها لمكافحة الشروط التعسفية؛ لأن تطور المعاملات أدى إلى تطور طرق التدليس التي يستعملها المحترفون في عقودهم مع المستهلكين، فالمحترف غالبا ما يسعى إلى جذب المستهلك للتعاقد عن طريق استعمال مختلف المعلومات والطرق³.

كما أن تطور أحكام التدليس، واعتبار مجرد الكتمان تدليسا، قد أدى بدوره إلى سهولة اللجوء إلى فكرة التدليس، والربط بينها وبين مكافحة الشروط التعسفية. ويعتبر الكتمان تدليسا بصفة خاصة إذا تعلق الأمر بعقد إذعان يتضمن شروطا جائرة، أو بإنقاص مهم لحقوق الطرف المدعى⁴.

وفي هذا السياق، يرى بعض الفقه أن التدليس قد أصبح سهلا عن طريق استعمال الآليات الفنية التعاقدية الجديدة؛ لأن أحد المتعاقدين يمكن له بسهولة أن يخفي عن المتعاقد الآخر شروطا ثقيلة⁵.

وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن عدم التماثل بين شروط العقد مع تلك المذكورة في الإعلانات من شأنه إبطال التزام الطرف المدعى. وعلى ذلك، فالإخفاء العمدي لبعض التفاصيل الضرورية التي تساعد الطرف المدعى في معرفة حدود التزامه، يعتبر تدليسا إذا كان الفحص المادي للوثيقة قد بيّن أن مظهرها الخارجي وتحريرها قد عملا بطريقة تجعل من السهولة وقوع الطرف المدعى في غلط⁶.

كما أن المحاكم تفضل الحكم بعدم سريان الشرط الذي تم إغفاله، بدلا من الحكم ببطالان التصرف كله، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات⁷.

وقد أيد هذا الاتجاه العديد من الفقهاء الذين يرون أن هذا الحل لا يعتبر تعارضا مع المبادئ العامة للقانون المدني، فطالما أن مسؤولية المدلس قد قامت في مواجهة الطرف المدلس عليه، فقد نشأ في

¹ - يراجع في مفهوم التدليس: الجزء المتعلق بالالتزام بالإعلام من هذا البحث.

² - Abbas Karimi, les clause abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit. p.173.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.181.

⁴ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.606.

⁵ - عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.355.

⁶ - المرجع نفسه، ص.359.

⁷ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.182.

ذمة الأول التزام تجاه الثاني، متمثلاً في تعويضه عن الأضرار التي أصابته من جراء الفعل الضار، ولما كان خير تعويض هو التعويض العيني، فإن إزالة الضرر الناجم عن التدليس في هذه الحالة يكون عن طريق استبعاد الشرط التعسفي¹.

وعلى غرار نظرية الغلط، فإن الاستناد على عيب التدليس من أجل إبطال الشروط التعسفية لم يلق بدوره إجماعاً فقهيّاً؛ إذ يرى بعض الفقه عدم إمكانية اللجوء إلى التدليس في عقود الإذعان؛ نظراً لقدرة الطرف المذعن على استيلاء مشروع العقد قبل الالتزام النهائي له².

وفي هذا الصدد، يرى البعض³ أن عقود الإذعان، بصورتها الحالية، تقل فيها فرص التدليس أكثر من غيرها من العقود؛ ذلك أن طابع العمومية الذي تتسم به الشروط المطبوعة، والتي يتم عرضها على كل فرد دون تمييز، فيكون له يراجعها مقدماً، ففي هذه الظروف يستحيل القول إن هناك شرطاً ما قد أدخل بصفة خاصة لخداع متعاقد معين أو آخر، كذلك لا يمكن القول إن الموجب يعرض على جميع زبائنه شروطاً تدليسية لذاتها؛ لأنه بذلك قد يعرض جميع معاملاته للإبطال بسبب تلك الشروط التدليسية.

إلا أنه قد تم الرد على ذلك، بالقول إن اعتبار عدم جدوى نظرية التدليس في مكافحة الشروط التعسفية بصدد عقود الإذعان يعتبر قولاً مبالغاً فيه؛ ذلك أنه يجب الإقرار بأن حصول الموجب على قبول الطرف المذعن لا يتأتى في بعض الأحيان إلا عن طريق استعماله لطرق تدليسية⁴.

ورغم أن عيب التدليس يعد أكثر عيوب الإرادة حماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية، إلا أن تلك الحماية تبقى مقيدة بحالات استثنائية؛ باعتبار أن القضاء لا يحكم بالتدليس نتيجة الكتمان إلا بناء على تخلف الالتزام بالإعلام. وإن كان قيام هذا الواجب يخضع لتقدير القاضي، فإن ذلك يؤدي إلى المساس باستقرار المعاملات، بالإضافة إلى أنه لا يعدو أن يكون استثناء يطبق في حالات معينة، دون إمكانية تعميمه على جميع أنواع العقود⁵.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 77.

² - Mona Jamel, le contrat d'adhésion, op. cit, p.60.

³ - عبد المنعم فراج الصدة، في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص. 359.

⁴ - Mona Jamel, le contrat d'adhésion, op. cit, p.57.

⁵ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 83.

3- دور نظرية الإكراه في مواجهة الشرط التعسفية:

من أجل الإلمام بدور نظرية الإكراه في مواجهة الشروط التعسفية، فإننا سنتطرق إلى مفهوم الإكراه في القواعد العامة، ثم بيان دوره في مواجهة ظاهرة الشروط التعسفية.

أ- عرض عام لنظرية الإكراه في القواعد العامة:

تم تعريف الإكراه بأنه: "ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق، فيبعث في نفسه رهبة أو خوفاً، يحمله على إبرام عقد لم يكن ليقبله لو كانت إرادته حرة"¹. كما يعرف أيضاً بأنه: "ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة، فيولد في نفسه رهبة أو خوفاً يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه"². وتعييب الإرادة بالإكراه لا يكون بسبب الوسائل المادية المستعملة في الإكراه؛ بل بسبب الرهبة التي وقعت في نفس المتعاقد من وراء تلك الوسائل³.

وينبغي التمييز في هذا الصدد بين الإكراه المادي والإكراه المعنوي، فالإكراه المادي يؤدي إلى انعدام الإرادة أصلاً. ومثال ذلك، أن يسمك شخص عنوة بإهتام شخص آخر، ويطلع بصمته على عقد مكتوب، فالعقد هنا يقع باطلاً؛ لتخلف ركن التراضي. أما بالنسبة للإكراه المعنوي، والذي يدخل ضمن مجال عيوب الإرادة، فإن وقوعه يؤدي إلى فساد الإرادة فقط دون انعدامها، فالإرادة موجودة، بيد أنها جاءت نتيجة ضغط مورس عليها⁴، مما يؤدي إلى تعييبها؛ نظراً لفقدانها أحد عناصرها الأساسية؛ وهو عنصر الاختيار⁵.

ومثال الإكراه المقصود كعيب من عيوب الإرادة، أن يهدد شخص آخر بالقتل، أو بالضرب، أو الاعتداء على شرفه، أو إتلاف ماله، أو خطف ابنه، وذلك من أجل حمله على التعاقد⁶. ويشترط للتمسك بالإكراه توافر عنصرين هما: التعاقد تحت سلطان رهبة، وأن تكون تلك الرهبة دافعة إلى التعاقد¹.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 182.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 201.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 360. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 110.

⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 187.

⁵ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 442.

⁶ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 354.

وقد يصدر الإكراه من المتعاقد الآخر، أو من الغير، وفي هذه الحالة الأخيرة، فإنه لا يجوز للمكره المطالبة بإبطال العقد، إلا إذا أثبت المكره أن من صدر الإكراه لصالحه كان عالما، أو من المفروض حتما علمه بذلك الإكراه².

كما يمكن أن لا تكون وسيلة الإكراه من صنع الإنسان؛ بل من صنع ظروف خارجية تهيأت مصادفة، فقام المتعاقد باستغلالها من أجل الضغط على إرادة الطرف الآخر، ودفعه إلى التعاقد³. أي أن ظروف الإكراه قد تهيأت مصادفة، ولا دخل للمتعاقد في إحداثها، وإنما اقتصر دوره على الاستفادة من تلك الظروف؛ لحمل الشخص الآخر على التعاقد⁴، ومن ذلك استغلال الطبيب لحالة المريض الحرجة، والتي تجعله في حاجة عاجلة إلى تدخل جراحي، فيطلب الجراح أجرا مبالغيا فيه مقابل قيامه بالجراحة⁵، أو أن يكون الشخص مهددا بالغرق، فيطلب الإغاثة، فيشترط عليه شخص مبلغا باهظا مقابل إنقاذه، لا يتناسب البتة مع الخدمة المقدمة⁶.

ويقع عبء إثبات الإكراه على عاتق المدعي؛ لأن الأصل هو سلامة الإرادة، وعلى من يدعي خلاف الأصل إثباته. ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات؛ لتعلق الأمر بواقعة مادية، ويقوم القاضي بتقدير مدى وقوع الإكراه من عدمه؛ باعتبار أن ذلك مسألة موضوعية تدخل في رحاب سلطة القاضي التقديرية، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا⁷.

¹ - لتفصيل أكثر يراجع: مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 137 وما بعدها. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 173. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 156 وما بعدها.

² - تنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطالب بإبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

³ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 112. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 458. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 116-117.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 382.

⁵ - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص. 73. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 63. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 210.

⁶ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 210. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 194. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 117. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 378.

⁷ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 195-196.

وجزاء الإكراه في القانون المدني الفرنسي - والتشريعات التي حذوه - هو قابلية العقد لإبطال؛ أي أن المشرع قد أعطى الحق للمتعاقد المكره في المطالبة بإبطال العقد وفق شروط معينة، كما يكون للمتعاقد ضحية الإكراه المطالبة أيضاً بالتعويض عن الضرر اللاحق به؛ نظراً لاعتبار الإكراه عملاً غير مشروع¹. هذه هي أهم الأحكام المتعلقة بنظرية الإكراه في القانون الوضعي².

¹ - وتجدر الإشارة إلى أن قابلية العقد للإبطال كجزاء على تحقق الإكراه لم يلق إجماعاً لدى التشريعات العربية، فرغم اعتبار معظمها تصرفات المكره قابلية للإبطال، إلا أن البعض منها قد خرج عن هذا، واعتبر تصرفات المكره موقوفة النفاذ، على غرار القانون المدني العراقي في مادته 115، والقانون المدني الأردني في مادته 141، وكذا المشرع الإماراتي في المادة 183 من قانون المعاملات المدنية.

² - أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فقد أخذ الإكراه فيه نصيباً وافراً من الدراسة مقارنة بباقي عيوب الإرادة الأخرى؛ وذلك لما يتميز به من موضوعية بخلاف تلك العيوب الأخرى. يراجع: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 441. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 129. ويعرف الإكراه على أنه: "حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه". (وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 386-387). وينقسم الإكراه إلى نوعين: ملجئ، وغير ملجئ، فالإكراه الملجئ هو ما يكون التهديد فيه بإتلاف نفس، أو عضو، أو إتلاف كل المال، أما غير الملجئ، فهو ما دون ذلك من إكراه، مما يستطيع الإنسان الصبر عليه، مع تحمله الضرر والمشقة في سبيل ذلك، ويتم تقديره بالنظر لكل حالة على حدة، مع مراعاة الملابسات، والظروف الشخصية من صحة مرض، وقوة وضعف، وغير ذلك. (أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص. 101). كما يقسم الإكراه من حيث مصدره أيضاً إلى إكراه بحق، وإكراه بغير حق، ومثال النوع الأول هو إكراه الحاكم المدين على بيع أمواله من أجل الوفاء بديونه، فالعقد يقع صحيحاً في هذه الحالة، أما بالنسبة للنوع الثاني، فهو المعني بتطبيق أحكام الإكراه. (ديبان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 59 وما بعدها). وقد يكون الأمر المستكراه عليه إجبارياً أو سلبياً، ومثال النوع الأول هو الإكراه على إبرام عقد معين، أما بخصوص النوع الثاني، فمثاله إكراه شخص على عدم فسخ بيع مشروط فيه الخيار لمدة معينة، حتى تمضي تلك المدة. (مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 453). ولا يتحقق الإكراه إلا بتوافر أمرين وهما؛ أولهما: أن يكون المكره قادراً على تنفيذ تهديده، وثانيهما: أن يغلب على ظن المكره قدرة الطرف الآخر على تنفيذ تهديده. (محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 453). أما بالنسبة لجزاء الإكراه في الفقه الإسلامي، فإنه لم يلق اتفاقاً فقهاً بشأنه، فبينما يرى الشافعية، والحنابلة بطلان تصرفات المكره التي تتم بغير حق، ذهب المالكية إلى القول بعدم لزوم عقد المكره، أما بالنسبة للأحناف، فقد ذهب أبو حنيفة وصاحبه (أبو يوسف ومحمد) إلى القول بفساد عقد المكره، بينما يرى زفر وقف تصرفات المكره. (محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 146 وما بعدها). وبتفصيل الأقوال السابقة يتضح أن من قال بطلان تصرف المكره، فإن ذلك مرده إلى اعتبار الإكراه ظلماً، والظلم حرام، فلا يمكن تصحيح العقد بعد ذلك، أما من يقول بفساد العقد، فمستندهم في ذلك هو أن العقد موجود بين الطرفين، غير أنه فاسد لتخلف ركن الرضا، وبالتالي يمكن تصحيحه عن طريق إجازة من وقع الإكراه عليه، أما من ذهب إلى القول بوقف تصرف المكره، فذلك كون أن العقد صحيح، إلا أنه موقوف على إجازة المكره، وذلك قياساً على تصرف الفضولي. يراجع: علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002، ص. 460-461.

2- دور نظرية الإكراه في مكافحة الشروط التعسفية:

من المسلم به أن الطرف القوي قد يستغل الظروف الخارجية التي أدت إلى وقوع الطرف المضعف في موقف ضعف؛ من أجل أن يفرض عليه شروطا تعسفية، ما كان ليقبلها في حالة غياب تلك الظروف، أو لم يسيء المتعاقد القوي استغلال تلك الظروف لصالحه.

وقد رفض بعض الفقه في فرنسا إدخال حالات الضرورة ضمن مجالات الإكراه. ودليلهم على ذلك أن الرهبة التي كانت دافعا للمكره على التعاقد لا يمكن نسبها إلى أحد الناس؛ بل هي متولدة بفعل ظروف محيطية وحدها¹. وباعتبار أن الإكراه يشكل خطأ مدنيا، فإنه يشترط صدوره عن إرادة بشرية، أما الظروف الخارجية، فهي لا تعدو أن تكون بمثابة الإطار الذي يمارس فيه الإكراه، ولا يمكن أن تكون سببا لوجوده². كما استند أصحاب هذا الرأي إلى المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016)، والتي تشترط انتزاع الرضا، وبالتالي يتوجب تدخل المتعاقد المكره في الضغط. ويترتب عن هذا التصور عدم اعتبار حالات الضرورة إكراها؛ لأن المتعاقد لم ينتزع رضاء المتعاقد الآخر؛ بل اقتصر دوره في استغلال تلك الظروف؛ من أجل فرض شروطه على الطرف الآخر³.

إلا أن الرأي الغالب من الفقه يرى قبول فكرة الضرورة كمصدر للإكراه، وقالوا بأن التمييز بين انتزاع الرضا وغيره هو بقايا القانون الروماني، ولا معنى لبقائه، بعد أن زالت مقتضياته⁴.

كما يرى أنصار هذا الرأي أن مصدر العيب لا يهم؛ بل إن المهم هو ثبوت ذلك العيب؛ باعتبار أن العقد لا يكون صحيحا إلا بتوافق إرادتين حرتين واعيتين، فإذا ما ثبت أن إرادة أحد الطرفين قد جاءت نتيجة ضغط مورس عليها، فإن طلب الإبطال عندئذ يكون مستساغا⁵. ويستوي بعد ذلك أن تكون ظروف الإكراه قد هيأها المتعاقد، أم كانت ظروفًا خارجية تهيأت مصادفة، ودون تدخل منه⁶. كما

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 378.

² - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص. 148.

³ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 210.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 383.

⁵ - محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 157.

⁶ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 194. مأمون الكزبري، مصادر الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 117.

يضيف أنصار هذا الرأي أن هذا الاتجاه يتمشى مع موقف المشرع الذي يقر بقابلية العقد للإبطال للغلط، دون اشتراطه أن يكون ذلك الغلط مسببا من المتعاقد الآخر¹.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فيرى البعض² أن الاجتهاد القضائي قد أخذ بحالة الضرورة، إلا أن ذلك كان بحذر، وقد استشهد بحكم محكمة النقض الذي اشترطت فيه أن يكون المتعاقد قد قام بإساءة استعمال تلك الظروف الخارجية؛ من أجل الضغط على المتعاقد الذي يوجد في تلك الظروف. كما اشترط الاجتهاد القضائي للأخذ بحالة الضرورة أن تكون الشروط مكلفة بصورة غير طبيعية.

ويلاحظ بناء على ذلك، أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يميز بصدد حالة الضرورة بين المتعاقد حسن النية، والذي لم يستفد من تلك الظروف، وكانت شروط العقد عادية، وبين المتعاقد سيء النية، والذي يقوم باستغلال تلك الظروف، ودفع المتعاقد الآخر إلى قبول شروط محففة، ما كان ليقبلها في ظروف عادية³.

ولعل أبرز حكم لحالة الضرورة في الاجتهاد الفرنسي، ذلك الذي صدر عن غرفة العرائض بتاريخ 27-أفريل-1887⁴، والذي تتلخص وقائعه في جنوح سفينة دنماركية في خليج السين، وتعرضها لخسارة أكيدة، وقد تمكنت قاطرة من إنقاذها، غير أن ربانها قد اشترط مبلغ 18000 فرنك ذهبي مقابل تدخله، وقد وافق ربان السفينة الدنماركية على المبلغ بعد فشله في إقناعه تخفيض المبلغ، لكن ربان السفينة الدنماركية رفض تنفيذ التعهد بعد ذلك، وقد أبطلت محكمة النقض ذلك التعهد، واعتبرت دائرة العرائض أن ربان السفينة الدنماركية لم يكن ليقبل بذلك التعهد، لو لم تكن سفينته مهددة بالغرق، وتكبدها لخسائر كبيرة، وأن الربان كان مجبرا على قبول ذلك التعهد بعد أن باءت كل محاولاته بالفشل في الحصول على شروط أفضل. ولم تقبل محكمة النقض إلا بتقديم 4000 فرنك ذهبي كمقابل للإنقاذ⁵.

¹ - محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 157.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ص. 640-641.

³ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 211.

⁴ - S. 1887, 1, 372, D. 1888, 1, 263. نقلا عن: جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 641.

⁵ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، ص. 193.

وإن كان القضاء في مثل هذه الحالات قد عمد إلى الإبقاء على التعهد مع تخفيض المقابل، فإنه قد اختلف في أساس ذلك، بين فكرة الإكراه التي سيطرت على أحكامه، أو فكرة السبب غير المشروع، أو السبب الجزئي¹.

ورغم بعض الحلول التي تقدمها نظرية الإكراه في سبيل مقاومة الشروط التعسفية، إلا أنها لم تسلم من انتقاد الفقه، والذي أوضح قصورها، وعدم منحها الحماية الكافية للمتعاقد ضحية الشروط التعسفية. حيث يرى بعض الفقه أن عدم قدرة الطرف المدعى على مناقشة شروط العقد أو تعديلها يعتبر جزءا من طبيعة هاته العقود، ولا يفيد توافر عيب الإكراه، مما يمنع الطرف المدعى من الاستناد على فكرة الإكراه لأجل إبطال الشرط التعسفي².

وفي السياق نفسه، يرى جانب آخر³ أن عيب الإكراه يعتبر أقل عيوب الإرادة ملائمة لموضوع مكافحة الشروط التعسفية.

وبناء على ذلك، يرى البعض⁴ أن حالات الضرورة، والتي يمكن الاستناد عليها لمقاومة الشروط التعسفية، هي حالات ميؤوس منها، يكون الإنسان معرضا فيها لخطر حقيقي كالغرق أو الموت، أما حالات الضرورة في عقود الإذعان، فهي لا تعدو أن تكون ضغطا اقتصاديا لا يمس الشخص إلا في ذمته المالية.

وخلافا للرأي السابق، يرى جانب آخر أن إبطال الشروط التعسفية لا يمكن تفسيره إلا بغياب الحرية التعاقدية لدى المستهلك؛ حيث كان قبوله لذلك الشرط التعسفي تحت تأثير تبعيته الاقتصادية، وجهله القانوني. وبناء على ذلك، فإن الأحكام المتعلقة بحظر الشروط التعسفية في تشريعات الاستهلاك لا تعدو أن تكون تطبيقا لنظرية الإكراه في القانون المدني⁵.

وفي ذات التوجه، يرى اتجاه آخر⁶ أنه لا يمكن التنكر المطلق لدور حالة الضرورة في مقاومة الشروط التعسفية؛ لأن فكرتها لم يتم القبول بها، إلا بعد أن ظهر أثرها على العقد، باختلال توازنه، وذلك عن طريق فرض شروط تعسفية، ولا يمنع من الاستناد عليها لمكافحة الشروط التعسفية أن اللجوء إليها لا

¹ - عبد المنعم فراج الصدة، في عقود الإذعان، في عقود الإذعان، ص. 351.

² - Mona Jamel, le contrat d'adhésion, op. cit, p.58.

³ - Abbas Karimi, les clause abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit, p.175.

⁴ - عبد المنعم فراج الصدة، في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص. 353.

⁵ - Abbas Karimi, les clause abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit, p.175.

⁶ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 194.

يكون إلا في الحالات الميؤوس منها، بل إن ذلك مدعاة للتمسك بها بدلا من رفضها، والتنكر لها؛ لأنه في مثل تلك الحالات إن لم يوجد علاج للحفاظ على التوازن العقدي، فلا ضير من الاستناد عليها، وجعلها ضمانا ولو احتياطيا للمتعاقد الواقع تحت ضغط الشروط المجحفة. إلا أنه وبالمقابل لا يمكن إنكار عجز عيب الإكراه عن منح الحماية الكافية للمتعاقد ضحية الشروط التعسفية؛ ذلك أن الشروط الذي وضعت لهذا العيب لا يمكن الإفادة منها إلا في حالات نادرة، ورغم أنها في بعض الأحيان قد تتعلق بمكافحة الشروط التعسفية، إلا أن تطبيقها حينئذ لا يتصل بفكرة الشروط التعسفية؛ بل لتحقيق الإكراه بشروطه الكلاسيكية¹.

ونرى في السياق نفسه أن نظرية الإكراه -وبالرغم من تضمينها بعض الحلول في سبيل مكافحة الشروط التعسفية- إلا أنها تبقى قاصرة على معالجة ظاهرة الشروط التعسفية، فرغم ما توفره حالة الضرورة من حماية للمتعاقد من الشروط التعسفية، إلا أن الجزاء الكلاسيكي المعروف للإكراه -وهو الإبطال- يحول دون تحقيق الفعالية لهذه الوسيلة؛ ذلك أن من مصلحة المتعاقد إبطال الشرط وحده فقط، مع بقاء العقد قائما في باقي أجزائه؛ إذ لا غنى له عن السلعة أو الخدمة. أما بخصوص ابتداء القضاء الفرنسي لجزاء آخر غير الجزاء الكلاسيكي، والذي تمثل في إنقاص المقابل في حالة الضرورة، فإننا نلاحظ أن التخفيض ورد على ثمن الخدمة، ومن المعروف أن الشرط التعسفي قد لا يرد على الثمن فقط؛ بل إن تنوع العقود وتطورها أدى إلى ظهور أنواع جديدة من الشروط التعسفية لا ترد إطلاقا على ثمن السلعة أو الخدمة؛ وإنما تتعلق بمزايا مختلفة تمنح للطرف القوي، مما يؤدي إلى استحالة تعميم الحل المتعلق بالضرورة على تلك الحالات.

أما بخصوص حالات الإكراه الاقتصادي، فيرى بعض الفقه أن مثل هذه الضغوط الواقعية والعملية لا يمكن تكييفها على أنها إكراه معيب للإرادة؛ باعتبار أن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب السوق، وانحيار كافة العقود التي تتم على ذلك النحو. ومما لا شك أن الإبقاء على تلك العقود -بما فيها عقود الإذعان- يمثل ضرورة اقتصادية، تفرضها المعاملات اليومية والنمطية، كما هو الحال في شأن بيع الأدوات الكهرومنزلية، وغيرها من السلع الحديثة².

¹ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 194.

² - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 62-63.

المطلب الثاني: مواجهة الشروط التعسفية في تشريعات الاستهلاك

رأينا عند دراستنا لأساليب مكافحة الشروط التعسفية في القواعد العامة، أن هذه الأساليب قد تميزت بالقصور، وعدم منحها الحماية الكافية للطرف المذعن¹. ويظهر هذا القصور من عدة نواح، منها أن هذا الأسلوب تميز بعدم تعريفه للشرط التعسفي، وتحديد معيار يتم على أساسه تقدير مدى اعتبار تعسفيا. ومما لا شك فيه أن عدم تحديد معيار للشرط التعسفي، وإسناد الأمر لقواعد العدالة، يجعل مهمة القاضي صعبة، لا سيما أن قواعد العدالة تختلف من منظور قاض لآخر، مما يؤدي إلى تضارب في الأحكام الصادرة عن القضاء. كما يتجلى هذا القصور أيضا في كون أن التشريعات العربية قد جعلت من سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، سلطة جوازية وليست وجوبية، ومن الطبيعي أن القاضي يميل في كثير من الأحيان إلى الإبقاء على الأصل، والمتمثل في مبدأ القوة الملزمة للعقد، وعدم التدخل بتعديل عقد الإذعان؛ لأن ذلك يعتبر أسهل الحلول للقاضي. كما يظهر موطن القصور أيضا في القواعد العامة في كون أن الطرف المذعن مطالب برفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها بتعديل عقد الإذعان؛ إذ لا يمكن للقاضي أن يثير الشرط التعسفي من تلقاء نفسه، كما لا يمكن لجهات أخرى كجمعيات حماية المستهلكين مثلا التأسس كطرف مدني، وطلب تعديل عقد الإذعان في حالة تضمنه شروطا تعسفية، وبالتالي فلا سبيل أمام الطرف المذعن إلا رفع دعواه، غير أن ذلك يصطدم في كثير من الأحوال مع العراقيل العملية التي تحول دون هذه المطالبة القضائية. وتمثل تلك العراقيل في عزوف الطرف المذعن عن رفع الدعوى؛ إما لطول إجراءات التقاضي، أو لكثرة المصاريف، لا سيما إذا لم يكن عقد الإذعان ذو قيمة كبيرة، وإما لجهل الطرف المذعن أصلا أن القانون يعطي له الحق في طلب تعديل عقد الإذعان، وذلك راجع لنقص الثقافة القانونية لدى المتعاقد البسيط، لا سيما في البلدان النامية. وأخيرا فإن ربط فكرة الشروط التعسفية بعقود الإذعان يجعل الحماية قاصرة فقط على طائفة معينة تتوفر فيهم صفة الطرف المذعن، دون أشخاص آخرين هم في أمس الحاجة للحماية من هذه الشروط، شأنهم شأن الطرف المذعن.

وبناء على ذلك، نستنتج أن القواعد العامة، وإن كانت قد أعطت حماية معينة للطرف المذعن من الشروط التعسفية، إلا أنها أصبحت قاصرة، وعاجزة على منح الحماية الكافية للمتعاقد من الشروط التعسفية. وهذا القصور هو الذي تنطلق منه تشريعات الاستهلاك؛ إذ تسعى دائما إلى البدء من حيث

¹ - يراجع في قصور الحماية الواردة في القواعد العامة للطرف المذعن: أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق.

انتهت القواعد العامة، والأخذ بعين الاعتبار عقود الاستهلاك، وما تتميز به من خصوصيات في التعاقد، والانطلاق من قرينة عدم المساواة بين المستهلك البسيط والمحترف، والذي يعتبر طرفا قويا، يستطيع السيطرة على كل ظروف التعاقد، فعدم المساواة تفرض حماية خاصة وشاملة، عكس القواعد العامة التي تفترض المساواة القانونية بين طرفي العقد، بغض النظر عن المساواة الواقعية، لذلك فإن الاختلاف الفلسفي بين كل من القانون المدني وتشريعات الاستهلاك، أدى بدوره إلى اختلاف أساليب الحماية للموجهة للطرف الضعيف، ومن ذلك الشروط التعسفية، حيث تبنت تشريعات الاستهلاك أسلوبا آخر، مختلفا تماما عن القواعد العامة، حاولت فيه تجنب قصور القواعد العامة، ومنح حماية فعالة للمتعاقد ضحية الشروط التعسفية، وهو ما سنتطرق إليه في هذا المبحث.

وتبعاً لذلك، فإن دراسة القواعد الحمائية من الشروط التعسفية في تشريعات الاستهلاك، تقتضي بنا التطرق إلى مفهوم الشرط التعسفي في تشريعات الاستهلاك (الفرع الأول)، ثم بيان المجال الموضوعي لنصوص الحمائية من الشروط التعسفية (الفرع الثاني)، وأخيراً إلى تحديد الآليات القانونية الموجهة لمكافحة الشروط التعسفية في العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي في تشريعات الاستهلاك

مثلاً بينا سابقاً، فإن تشريعات الاستهلاك قد حاولت تجنب القصور الذي تميزت به القواعد العامة للقانون المدني، وقد رأينا أنه من بين مواطن القصور هو عدم تولي القواعد العامة تعريف الشرط التعسفي، وهذا خلاف التشريعات الخاصة التي قامت بتعريفه، وهذا مما لا شك فيه يسهل التمييز بينه وبين ما يشابهه من أنظمة قانونية (أولاً)، إضافة إلى أن القواعد العامة لم تقم أيضاً بتحديد معيار يتم على أساسه تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً، أم لا، (ثانياً). وهذه النقائص التي حاولت تشريعات الاستهلاك فضلاً عن الفقه تداركها.

أولاً- تعريف الشرط التعسفي:

لقد تعددت التعاريف الفقهية للشرط التعسفي المقصود في تشريعات الاستهلاك. ومن بين تلك التعاريف ما يلي: "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني؛ نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية؛ بغرض الحصول على ميزة محقة"¹.

¹ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.63.

ونلاحظ تأثر هذا التعريف بالاتجاه الذي يأخذ بالمفهوم الموسع للمشمولين بالحماية في تشريعات الاستهلاك؛ سواء أكانوا مستهلكين، أم غير مهنيين، إضافة أن هذا التعريف قد حصر تفوق المهني في المجال الاقتصادي فقط، دون غيره من المجالات التي قد تكون محل تفوق من المهني في مواجهة المستهلك. وعرف أيضا بأنه: "الشرط الذي يتم وضعه من الطرف المسيطر مقارنة بالطرف الآخر، والذي يتواجد في وضعية تبعية اقتصادية، وينتج عنه إخلال ظاهر في أداءات الطرفين"¹.

بينما عرفه البعض الآخر² بأنه: "البند الذي يضعه المحترف في العقد الموقع بينه وبين غير المهني والمستهلك، اعتمادا من المحترف على سلطته الاقتصادية من أجل الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق".

ولم يسلم هذا التعريف الأخير من النقد؛ حيث يرى البعض³ بأنه تم استخدام حرف (و) بدلا من حرف (أو)، وذلك في عبارة... بين غير المهني والمستهلك، مما يجعل قراءة هذا التعريف توحى بأن هناك ثلاثة أطراف في العلاقة العقدية وهم: المحترف، غير المهني، والمستهلك.

وإضافة إلى ذلك، فقد ركز هذين التعريفين الأخيرين على التفوق الاقتصادي للمهني، مهملين بذلك حالات التفوق الأخرى.

كما عرفه اتجاه آخر⁴ بأنه: "الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه على الطرف الآخر، بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقة لتعديله؛ بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى، فيشكل ذلك عبئا على الطرف الآخر دون مقتضى".

وفي مجال العقود الإلكترونية، عرف البعض⁵ الشروط التعسفية بأنها: "الشروط التي يدرجها التاجر أو مقدم الخدمة في العقد الإلكتروني المبرم مع المستهلك، والتي تؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، ضد مصلحة المستهلك".

¹- Torkia Hounki, la protection civile et pénale du consommateur dans le commerce électronique, op. cit, p.139.

²- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.453.

³- إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.64.

⁴- أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.27.

⁵- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.519.

ثانيا- معايير تقدير الشرط التعسفي:

لقد ظهرت عدة معايير تشريعية لتقدير الشرط التعسفي، وتنقسم تلك المعايير إلى شخصية؛ حيث ينظر فيها إلى سلوك المحترف؛ لتقدير الطابع التعسفي للشرط، ومعايير موضوعية، تكون العبرة حسبها بأثر هذا الشرط على التوازن العقدي. وبناء على ما سبق، سنتطرق لكل معيار من هذه المعايير على حدة.

1- المعيار الشخصي: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

عرفت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات الفرنسي، الشروط التعسفية بأنها: "تلك الشروط التي يفرضها المحترف على المستهلك أو غير المحترف وتقوم على التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي، وتؤدي إلى استفادة المحترف بمزايا مفرطة أو مبالغ فيها"¹.

ويتبين من خلال هذا التعريف، اعتداد المشرع الفرنسي بمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، والذي ينجم عنه الحصول على ميزة مفرطة².

وحسب هذا المعيار، فإن الشرط يعتبر تعسفيا عند استخدام المحترف، أو الطرف القوي في العقد قوته الاقتصادية، والتي تتجلى في حجم المشروع أو المؤسسة³.

إلا أن السؤال الذي يثور هنا، هو المقصود بالتعسف؛ أهو تعسف الموقف، أم التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة؟ وتبعاً لذلك، فقد اختلف الفقه بخصوص هذه المسألة، فبينما يرى البعض أن هناك عيب في إرادة المستهلك؛ أي أن المقصود بالتعسف هنا هو تعسف الموقف، والذي يتيح لأحد أطراف العقد فرض شروطه على الطرف الآخر، وهذا التعسف يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة⁴.

¹- art 35 du de la loi 1978 dispose: "apparaissent imposées aux non- professionnelles ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confèrent a cette dernière un avantage excessif".

²- Sinan al Shatinawi, les conditions générales de vente dans les contrats électronique, op. cit, p.136. Torkia Hounki, la protection civile et pénale du consommateur dans le commerce électronique, op. cit, p.p.138-139. Gilles Paisant, la protection par le droit de la consommation, colloque sur les clauses abusives entre professionnels, organise par L'université de Lille et l'université de paris, France, 23 mai 1997. p.19.

³- فلة مكّي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص.241.

⁴- رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.ص. 194-195.

وفي هذا الصدد، يرى بعض الفقه ضرورة التوسع في فكرة التدليس؛ إذ يجب عدم حصره في مجرد التكتّم لإيقاع المتعاقد الآخر في غلط، بل إن التدليس يقوم أيضا بتعسف المتعاقد، وفرضه لعقد مخالف لقواعد العدالة¹.

وخلافا للاتجاه السابق، يرى جانب آخر من الفقه أن المقصود بالتعسف هو التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة، حيث يرى أصحاب هذا الرأي، أن للقاضي الاسترشاد بنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات العربية، التي تنص على ثلاث أحوال على سبيل المثال يكون فيها استعمال الحق تعسفيا، وباعتبار أن الشرط في العقد حق، فهو يعتبر تعسفيا، في حالة ما إذا انطبق عليه حالة من الحالات المذكورة بهذه المادة².

إلا إن إعمال الحل السابق لم يلق قبولا فقهيًا؛ حيث يرى البعض أن التحرير الانفرادي للعقد هو ممارسة لسلطة واقع، وليست تعسفا في حق يمتلكه الشخص، مما يؤدي إلى استبعاد فكرة التعسف في استعمال الحق كأساس للشرط التعسفي³.

كما أنه بالنسبة للتشريع الجزائري، فلا يمكن إرجاع فكرة الشروط التعسفية إلى نظرية التعسف؛ إذ إنه على خلاف بعض التشريعات العربية التي وضعت نظرية التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني؛ نظرا لاتسامها بالعموم، مما يجعلها تشمل جميع نواحي القانون، ودون أن تكون تطبيقا لفكرة دون أخرى، فإن المشرع الجزائري قد وضع نظرية التعسف في استعمال الحق في باب المسؤولية عن الفعل الشخصي، وذلك حسب المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري⁴.

وأما بالنسبة للعنصر الثاني من هذا المعيار، والمتمثل في القوة الاقتصادية، فهي تلك المكانة الهامة التي يتمتع بها المهني في السوق، مما يجعله مهيمنًا عليه. وقد اعتبر العديد من الفقه أن هذا المعيار يتسم بالغموض؛ لأنه وإن كان من السهل إثبات معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في المشروعات المعروفة، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمشروعات الصغيرة، كما أن المستهلك وفق هذا المعيار هو

¹ - Abbas Karrimi, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit. p.214.

² - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.31.

³ - زيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مع إسقاطات على عقود الاستهلاك في ضوء أحدث تعديلات القانون الجزائري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2019، ص.115.

⁴ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.32-33.

من يتحمل عبء إثبات تعسف المهني في استعمال قوته الاقتصادية، مما يترتب عنه إرهاب الطرف الضعيف¹.

وأمام غموض هذا المعيار، فقد حاول أنصاره البحث عن العناصر التي تعتبر قرينة على استخدام المحترف لقوته الاقتصادية، حيث يرى اتجاه أن عدم التعادل الجسيم بين أداءات الطرفين يعتبر قرينة على تعسف المحترف في استخدام قوته الاقتصادية، وعدم التعادل هذا في نظرهم كاف لاعتبار الشرط غير فعال²، كما ذهب رأي ثان، إلى أن التعسف يتجلى بحصول المحترف على شروط مناسبة له بطريقة مبالغ فيها؛ باعتبار اتساع مجال التعسف في استعمال القوة الاقتصادية مقارنة بمجال الشروط العقدية المفروضة³. وفي تقدير هذا المعيار، فقد رأى بعض الفقه أنه كان على المشرع الفرنسي الاكتفاء بهذا العنصر الثاني فقط -وهو القوة الاقتصادية- لتقدير الطابع التعسفي، دون استلزام اقتران هذا العنصر الموضوعي بطابع شخصي، يوجب البحث عن سلوك المحترف، حيث يرى بعض الفقه أنه لا ضرورة لاستلزام اقتران التعسف الواضح في الشرط بمعيار شخصي⁴، كما يرى خصوم هذا المعيار أن المشرع الفرنسي لم يكن موفقا عند تبنيه هذا المعيار، وقد استندوا في سبيل تبرير ذلك على الأعمال التحضيرية لقانون 10 جانفي 1978، حيث دارت مناقشات واقتراحات بتبني بمعيار واحد فقط، وهو معيار موضوعي، يتمثل في اختلال التوازن العقدي، ودون الحاجة للبحث عن سلوك المحترف، إلا أن المشرع الفرنسي لم يأخذ هذا الاقتراح بعين الاعتبار؛ نظرا لأن أن فكرته تقترب من فكرة الغبن⁵، كما أن قوة السيطرة الفنية والتقنية هي التي تمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، وليست القوة الاقتصادية؛ ذلك أن المحترف قد تعود على إبرام العقد، وبالتالي فهو عالم بكل الحقوق والالتزامات التي يرتبها، كما أنه يملك الوسائل التي تمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، والشروط التي يفرضها على المتعاقدين معه⁶.

أما بخصوص عبء إثبات التعسف، فرغم أن القواعد العامة تقضي بأن البيئة على من ادعى، مما يجعل المستهلك هو المكلف بإثبات أن الشرط التعسفي كان نتيجة تعسف المحترف في استعمال قوته

¹ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 80.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 38.

³ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 128-129.

⁴ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 270.

⁵ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 107.

⁶ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 270-271.

الاقتصادية. إلا أن البعض¹، يرى أنه من الأفضل عدم تحميل المستهلك عبئا إضافيا، فالحل هو افتراض تعسف المحترف في استعمال قوته الاقتصادية، أو قدرته الفنية، وهذا من شأنه نقل عبء الإثبات، ويقع بذلك على المحترف نفي تعسفه في استعمال قوته الاقتصادية أو الفنية، إذا ما أراد الإبقاء على الشرط، وذلك بإثباته أنه قد منح المستهلك فرصة كافية للاختيار، من خلال عرضه عدة شروط على المستهلك، ليختار من بينها عن بينة وتبصر، إلا أنه قد اختار الشرط الذي يمنح للمحترف مزايا مفرطة، فلا يلام المحترف في هذه الحالة.

2- المعايير الموضوعية:

خلافًا للمعيار السابق، والذي يعتد بسلوك المحترف، فإن هناك معايير أخرى أخذت بها تشريعات الاستهلاك؛ لتقدير الشرط التعسفي، وقد تميزت هذه المعايير بالموضوعية؛ حيث تنظر إلى أثر هذا الشرط على التوازن العقدي، وتتمثل في معيارين وهما؛ معيار الميزة المفرطة، ومعيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

أ- معيار الميزة المفرطة:

تكون العبرة من خلال هذا المعيار بما يجنيه المحترف من وراء هذا الشرط؛ إذ لا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا إلا إذا منح للمحترف ميزة مفرطة². ويلاحظ الترابط بين هذا المعيار ومعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، ترابط النتيجة والسبب، حيث أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المحترف هي نتيجة تعسفه في استعمال قوته الاقتصادية، لذلك يعتبر هذا المعيار نتيجة للمعيار الأول³. وتقرب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن المعروفة في القواعد العامة في كونهما ترتبان ضررا مباشرا يلحق العدالة العقدية، مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي. إلا أنه ورغم هذا التشابه، فإنهما تختلفان حيث محل التعسف؛ حيث ينصب في الغبن على الثمن، أما في الشروط التعسفية فينصب على الشروط المقترنة بالعقد⁴.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 271-272.

² - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 129.

³ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 196. إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 82.

⁴ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 130.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام عن المقصود بالمزايا المفرطة، وهل يقتصر الأمر على المزايا النقدية فقط، أم أن المقصود كل المزايا؛ سواء كان نقدية أم لا؟

وللإجابة عن الإشكال السابق، يرى بعض الفقه أن لفظ المزايا ورد بصفة عامة، وبالتالي لا يجب الاقتصار على المزايا النقدية فقط لتقدير الطابع التعسفي للشرط؛ لأنه بالإضافة إلى الشروط التعسفية المتعلقة بالثمن وشروط التقسيط، فإن الشرط يمكن أن يرد على آثار العقد، أو كيفية فسخ العقد، أو تجديده، كما يرد الشرط أيضا على نظام تسليم الشيء¹؛ ذلك لأن المشرع الفرنسي في المادة 35 من قانون 10 يناير 1978 لم يحصر الميزة المفرطة في الجانب النقدي فقط؛ وهذا موقف حسن؛ لأن حصر المشرع من شأنه تقليص الحماية الممنوحة للمستهلك².

كما تساءل الفقه أيضا عن كيفية تقدير الميزة المفرطة، فهل ينظر إلى الشروط العقدية منعزلة، وبالتالي يعتبر كل شرط منح للمحترف ميزة فاحشة تعسفيا، أم يجب النظر إلى مجموع شروط العقد؛ لتقدير الطابع التعسفي للشرط؟

ويرى جانب من الفقه، أن تقدير الميزة المفرطة يكون بالنظر إلى كل بند على حدة؛ إذ لا علاقة للبنود ببعضها البعض؛ لذلك وجب النظر بصفة فردية إلى كل بند على حدة، وتقدير مدى تطابق المعيار عليه³، بينما يرى البعض الآخر، أن العقد بجميع شروطه يعتبر جملة واحدة؛ لذلك لا يجب النظر إلى شرط أو جزء فقط وإهمال البقية⁴؛ إذ يجب النظر إلى شروط العقد مجتمعة لتقدير الميزة المفرطة، فقد يبدو الشرط تعسفيا، ولكن إذا نظرنا إلى مجموع الشروط العقدية قد يظهر ذلك الشرط منطقيا، فقد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف مثلا تخفيضا في ثمن السلعة المعروضة على المستهلك، فهذا التخفيض قد أعاد التوازن للعقد، وبالتالي لا يعتبر شرط تحديد مسؤولية المحترف قد حقق ميزة مفرطة⁵. وبناء على ذلك، يجب

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 268-269.

² - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 83.

³ - Claire-Marie Peglion-Zika, La notion de clause abusive, thèse de doctorat, spécialité: droit privé, université Pantheon- Assas, France, 2013, p.302.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 41.

⁵ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 197. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 131.

عدم التسرع، واعتبار الشرط تعسفيا بمجرد إعطائه ميزة مفرطة للمحترف؛ باعتبار أنه من الممكن ورود شرط آخر أعاد التوازن للعقد في مجمله¹.

إلا أن البعض² يرى أنه ورغم وجهة هذا الرأي من الناحية النظرية، فإن تطبيقه يواجه صعوبات من الناحية العملية، حيث أنه يصعب حساب التوازن بين التزامات من طبيعة مختلفة، ومثال ذلك أن يتضمن العقد شرطا يقيد مسؤولية المحترف، وشرطا آخر يعطي الحق للمستهلك في فسخ العقد بالإرادة المنفردة، فكيف يتم حساب التوازن بين هذه الالتزامات؟

وعلى غرار المعيار السابق، فإن هذا المعيار لم يسلم بدوره من الانتقادات؛ إذ اعتبره بعض الفقه معيارا غامضا؛ لعدم وجود حد أقصى تعتبر على أساسه الميزة مفرطة أو مجحفة، مما يؤدي إلى تحكم القضاء في تقديره للشرط التعسفي³.

غير أن بعض الفقه ذهب إلى خلاف ذلك؛ إذ يرى أنه بإسناد الأمر إلى القضاء، يكون لقاضي الموضوع سلطة تقدير الميزة الفاحشة، مع مراعاة ظروف كل قضية، ويعتمد القاضي في سبيل ذلك على ظروف السوق، والوضع الخاص بالمشروع⁴.

ب- معيار الإخلال الظاهر في أداءات طرفي العقد:

يقصد بهذا المعيار أن يشمل العقد في مضمونه على شرط تعسفي يكون من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال الظاهر بين التزامات أطراف العقد، مما يؤدي إلى منح أحد المتعاقدين ميزة مفرطة⁵. وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا المعيار بموجب المادة ل.212-01 من قانون الاستهلاك 2021⁶. ويرى بعض الفقه أن عدول المشرع عن المعيار السابق -معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية- لا يفيد تغييرا في أهدافه؛ باعتبار أن النص السابق قد حرص بدوره على ضمان التوازن بين أدايات الطرفين. وما يؤكد ذلك هو اتفاق أغلب التعليقات الفقهية على قانون 1978 حول هذه المسألة، كما أن تغيير المشرع الفرنسي

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص.269.

² - المرجع نفسه.

³ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية لمستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.107-108.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.42.

⁵ - Sinan al Shatinawi, les conditions générales de vente dans les contrats électronique, op. cit, p.137.

⁶ - L.212-1 du code de consommation français dispose: "dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat"

للمعيار المتبع بشأن تقدير الشرط التعسفي لا يعدو أن يكون اتباعا فقط للتعليمة الأوروبية؛ من أجل توحيد المصطلحات¹.

وبخصوص العلاقة بين هذا المعيار ومعيار الميزة المفرطة، فقد اعتبر بعض الفقه أن هذا المعيار هو ترديد لمعيار الميزة المفرطة؛ ذلك أنهما يقومان على أساس واحد، مفاده تحقيق مصالح للمهني على حساب مصالح المستهلك²، إلا أن البعض الآخر يرى عكس ذلك؛ إذ إن معيار الميزة المفرطة لم يكن موضوعه تصحيح اختلال التوازن بين أداءات الطرفين، بل إلغاء الشروط التي لها قابلية لإيجاد حادث مهم على تنفيذ العقد، كما أن معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين التزامات الطرفين يعتبر معيارا أكثر دقة³. ويتيح هذا المعيار للقاضي استبعاد أي شرط يعكس اختلالا كبيرا جدا في التوازن بين أداءات الطرفين⁴.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المعيار لتقدير الشرط التعسفي صراحة، وذلك بمقتضى المادة 5/3 من قانون رقم 04-02، والتي جاء فيها: "شرط تعسفي: كل شرط أو بند بمفرده أو مشتركا مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

ويرى البعض⁵ أن تبني المشرع الجزائري لهذا المعيار يؤدي إلى تحقيق مصلحة المستهلك؛ ذلك أنه يوسع من مجال الحماية ضد كل المخترفين، حتى ولو لم تكن لهم قوة اقتصادية، كما أنه يتجنب الانتقادات الموجهة لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، والتي يصعب الكشف عنها في كثير من الحالات. بينما يرى جانب آخر⁶ عدم تجنب المشرع الجزائري الانتقادات الموجهة لنظيره الفرنسي، حيث جاء بمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، دون أن يذكر العناصر المحددة لهذا الإخلال، واكتفى ببيان أن تقدير الطابع التعسفي للشرط يمكن أن يقدر بمفرده، أو مشتركا مع شرط أو شروط أخرى، وهو موقف المشرع الفرنسي نفسه، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ ببعض ما أورده هذا المشرع من أمور بإمكانها تقدير الطابع التعسفي للشرط، كالاستناد إلى وقت إبرام العقد، وإلى جميع الظروف المحيطة بتكوينه، وهذا

¹ -Philippe Stoffel-Munck, l'abus dans le contrat, op. cit, p.307.

² - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.83-84. أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.214.

³ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.416.

⁴ - Sinan al Shatinawi, les conditions générales de vente dans les contrats électroniques, op. cit, p.132.

⁵ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.84.

⁶ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.61.

ما نصت عليه المادة ل.212-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي: "يقدر الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى وقت إبرام العقد، وإلى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه، وكذا جميع شروط العقد الأخرى، وكذلك يقدر بالنظر إلى الشروط التي تضمنها عقد آخر لما يكون تكوين أو تنفيذ هذين العقدين متوقفا قانونيا أحدهما بالآخر"¹.

ويلاحظ بعد استعراض معايير الشرط التعسفي في العديد من تشريعات الاستهلاك غياب معيار حسن النية، وذلك بخلاف القانون المدني الألماني في المادة 01/307، والقانون المدني الكيبيكي في المادة 1/1437، اللذان اعتبرا أن الشرط التعسفي هو ما كان مخالفا لمبدأ حسن النية.

وقد كانت فكرة الاستغناء عن مبدأ حسن النية كمعيار للشرط التعسفي محل اختلاف فقهي، فبينما يرى بعضهم، أن المعيار في تقدير الشرط التعسفي يكون موضوعيا وليس شخصيا، وبالتالي فإنه ينظر إلى أثر الشرط في حد ذاته². كما أن الأخذ بمعيار حسن النية قد لا يكون في لصالح المستهلك؛ نظرا لغياب معيار مضبوط يتم على أساسه تقدير مخالفة حسن النية من عدمه، وذلك راجع إلى عدم دقة مفهوم حسن النية في القانون³، هذا فضلا على أن قاعدة حسن النية تهتم بمعاقبة الخطأ الناجم عن سلوك المتعاقد، وعلى ذلك فإن تقدير الطابع التعسفي إذا ما استند إلى معيار حسن النية، يقتضي النظر إلى سلوك المتعاقد، وليس إلى توازن الأدعاءات بين الطرفين. وبعبارة أخرى فإن تكييف الشرط التعسفي لا بد أن يرجع إلى معيار موضوعي بالأساس؛ إذ ينصب النظر إلى مآل الشرط على التوازن العقدي، وليس إلى سلوك المتعاقد⁴.

كما يحتاج أنصار هذا الرأي أيضا، بكون أن حسن النية معيار فضفاض يجب ضبطه في صورة التزامات قانونية؛ من أجل سهولة الكشف عن مدى الالتزام به من قبل المتعاقد، زيادة على أن غياب

¹ -L.212- 01 du code de consommation français dispose: "...le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution".

² - جميلة نماني، الغش في العقود، أطروحة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018-2019، ص.247.

³ - Florian Maume, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse de doctorat, université d'evry-val-d'essonne, France, 2015, p.518.

⁴ - Philippe Stoffel-Munck, l'abus dans le contrat, op. cit, p.316.

الجزء على مخالفة هذا المبدأ يجعل من غير الممكن الاستناد عليه لإبطال الشروط التعسفية¹. وبالتالي لا يمكن اعتبار حسن النية تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها في مكافحة الشروط التعسفية².

ويستند أصحاب هذا الرأي في سبيل تأكيد موقفهم القاضي باستقلالية نظام الشروط التعسفية عن مبدأ حسن النية، على النصوص الخاصة المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية، والتي أكدت عدم اعتبار هذا المبدأ؛ على غرار التعليمات الأوروبية لسنة 1993، والتي أخذت بحسن النية كمعيار تكميلي لتقدير الطابع التعسفي للشروط، بينما استغنى المشرع الفرنسي -ومثله المشرع الجزائري- في قانون الاستهلاك تماما على هذا المبدأ³.

كما يرجع سبب استبعاد مبدأ حسن النية أيضا -حسب هذا الاتجاه- إلى اقتصار نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016)، والتي تقابلها المادة 01/107 من القانون المدني الجزائري، على اشتراط مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ، دون النص على ضرورة توافره خلال مرحلة التكوين⁴.

إلا أن هذا الرأي محل نظر، وذلك حتى في ضوء القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، والذي لم يكن ينص صراحة على وجوب توافر مبدأ حسن النية خلال مرحلة التكوين، إلا أن الرأي الراجح من الفقه رأى اشتراط حسن النية خلال مرحلة التكوين ضمينا.

وخلافا للرأي السابق، يرى البعض الآخر عدم إمكانية الاستغناء عن حسن النية كمعيار لتقدير الطابع التعسفي للشروط؛ ذلك أن إلغاء المشرع للشروط التعسفية يعتبر مظهرا من مظاهر حسن النية المشتركة خلال مرحلة تكوين العقد⁵؛ باعتبار أن فرض المحترف لشروط تعسفية راجع إلى سوء نيته؛ إذ يهدف من وراء ذلك إلى الحصول على ميزات معينة على حساب المستهلك⁶. وبالتالي فإن مبدأ حسن النية يخول التدخل للحد من البنود التعسفية، فيكون للقاضي القضاء ببطان الشرط فقط، أو بطلان

¹ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.198.

² - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.213.

³ - Philippe Stoffel-Munck, l'abus dans le contrat, op. cit, p.317.

⁴ - Abbas Karimi, les clause abusives el la théorie de l'abus de droit, op. cit, p.209.

⁵ - Philippe Stoffel-Munck, l'abus dans le contrat, op. cit, p.316.

⁶ - جميلة تخاني، الغش في العقود، المرجع السابق، ص.247.

العقد والشرط معا، كما أن رفض سوء النية، والغش، والتدليس، دليل على الأهمية الأخلاقية للنية، وأثرها الواضح على الالتزامات، سواء أثناء تكوينها، أم تنفيذها، أم انقضائها¹.

ورغم الحجج المقدمة من الاتجاه السابق، إلا أن غالبية الفقه ذهب إلى القول إن معيار حسن النية، هو معيار شخصي، بخلاف معيار التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وأن الأخذ بالمعيارين معا من شأنه أن يؤدي إلى غموض القاعدة القانونية، لذلك فضلت التشريعات الحديثة الاكتفاء بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي².

أما بالنسبة للمشروع الجزائري، فيرى البعض³ أن اعتماده على معيار الإخلال الظاهر في أداءات الطرفين لا يحول دون الاعتماد على مبدأ حسن النية، والذي نصت عليه المادة 01/107 من القانون المدني الجزائري، التي قضت بوجوب تنفيذ العقد بحسن النية.

بينما يرى اتجاه آخر⁴ أن الرأي القائل باستبعاد مبدأ حسن النية كأساس لحظر الشروط التعسفية هو الراجح؛ باعتبار أننا أمام نظام قانوني مستقل، لا يمكن تأصيله عن طريق إرجاعه إلى القواعد العامة. ويبدو لنا أن مسألة الأخذ بمبدأ حسن النية من عدمه تختلف باختلاف المعايير المتبعة من قبل التشريعات الحديثة، فبينما تبرز فكرة حسن النية عند الكلام على المعيار الشخصي، على غرار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، أو القوة الفنية، فإنها في المقابل قد لا يبدو لها أية أهمية في حالة المعايير الموضوعية؛ سواء كان معيار الميزة المفرطة، أم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين أداءات الطرفين. كما يظهر لنا أيضا أن أهمية حسن النية تكمن في حق المستهلك بطلب التعويض عن ما أصابه من ضرر نتيجة إعمال الشرط التعسفي، حيث أن تضمين المحترف لشرط تعسفي بسوء نية يلزمه بتعويض المستهلك عن الضرر الناشئ عن ذلك.

¹ - فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص.281.

² - جميلة تمانى، الغش في العقود، المرجع السابق، ص.247.

³ - فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص.284.

⁴ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.458.

الفرع الثاني: المجال الموضوعي لتطبيق أحكام الشروط التعسفية

بعد أن تطرقنا سابقا إلى تعريف الشرط التعسفي، ومعاييره، بقي أن نبين الآن نطاق الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية من حيث العقود، وذلك بغرض معرفة النطاق الموضوعي للنصوص الحمائية من الشروط التعسفية، سواء بالنسبة لطبيعة العقد (أولا)، أم موضوع العقد (ثانيا)، أم شكل الشرط (ثالثا).

أولا- طبيعة العقد محل الحماية:

لقد اختلفت مواقف التشريعات الحديثة في تحديد العقود المشمولة بالحماية، فبينما اشترط المشرع الجزائري أن يكون العقد قد تم بطريقة الإذعان، اكتفت بعض التشريعات بتحديد هذه العقود بعقود الاستهلاك كالتشريع الفرنسي. وسنعرض لموقف كل اتجاه على حدة.

1- في التشريع الجزائري:

حسب المادة 4/3 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على ما يلي: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حدد مجال الشروط التعسفية بدائرة عقود الإذعان فقط¹؛ لأن مثل هذه العقود تعتبر مجالا خصبا لاستغلال المهنين لوضعيتهم المسيطرة؛ من أجل فرض شروط تعسفية على المتعاقد الآخر، والذي لا يملك سوى الرضوخ لهذه الشروط². وقد خالف المشرع الجزائري بهذا الموقف نظيره الفرنسي، والدليل على تبني المشرع الجزائري لعقود الإذعان كمجال للحماية من الشروط التعسفية استعماله لمصطلح "إذعان"، فيتبين من خلال ذلك أن المشرع الجزائري لم يكتف باشتراط وجود عقد استهلاك فقط لتطبيق أحكام الشروط التعسفية، بل اشترط فوق ذلك توافر صفة الإذعان في العقد³.

¹ - حسينة شرون ونجاة حملاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 04، أبريل 2017، ص.54. عبير مزغيش ومحمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك الدولية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 04، أبريل 2017، ص.101.

² - زاهية حورية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.203.

³ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.396.

وقد وافق المشرع الجزائري هنا المشرع الألماني، والذي بدوره حصر مجال الحماية في عقود الإذعان، وذلك في إطار القانون المتعلق بالشروط العامة في العقود، الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1976، والذي بدأ العمل به في أبريل 1977؛ إذ تقضي المادة 01 منه على أن الشروط المعنية هي تلك الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر¹؛ أي أن تلك الشروط كانت نتيجة لاستغلال أحد المتعاقدين لموقعه القوي؛ من أجل فرضها على الطرف الآخر، والذي ما كان ليقبل بها لو تم إعلامه بها من طرف عارض هذه الشروط².

وقد تعرض موقف المشرع الجزائري إلى انتقادات عديدة؛ حيث يؤخذ عليه أنه حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط؛ إذ بالرغم من احتلال عقود الإذعان مساحة كبيرة في مجال المعاملات المالية؛ إلا أن ذلك لا يعني انحصار العلاقة التعاقدية أو مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان؛ ذلك أنه من الممكن تصور اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد رغم غياب صفة الإذعان على العقد³؛ باعتبار أن عدم كفاءة المستهلك؛ سواء فنيا، أم قانونيا تجعله غير قادر على مناقشة بنود العقد، كما أن عدم خبرته تحول دون تقديره لأثر هذه البنود التعسفية على مركزه القانوني أو المالي⁴. من أجل ذلك، يرى البعض⁵ أنه كان على المشرع الجزائري التوسعة من مجال العقود؛ ليشمل عقود المساومة؛ ذلك أنه وإن كانت فعلا عقود الإذعان هي المجال الخصب للشروط التعسفية، فإن هناك العديد من عقود الإذعان لا تتضمن شروطا تعسفية.

وفي السياق نفسه، يرى جانب آخر⁶ أن تحقيق العدالة العقدية هو مسعى يجب أن يستفيد منه كل شخص هو في حاجة إليه، بغض النظر عن صفة هذا الشخص؛ ذلك أن عدم المساواة بين المتعاقدين ليس أمرا جديدا؛ بل هي فكرة تضرب بجذورها في كل مراحل الفكر القانوني بأشكالها المتنوعة والمتجددة، وما الشروط التعسفية إلا شكل من هذه الأشكال، توجب تدخلا تشريعا حاسما بغرض مكافحتها، وليس مجرد حلول وقتية تقتصر على فئة معينة من الأشخاص أو الشروط، وبالتالي فإذا ما أريد الوصول إلى نظام

¹ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 18.

² - حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 295-296.

³ - سميرة زوية، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص. 110.

⁴ - فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص. 267.

⁵ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 112.

⁶ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 499.

حمائي من الشروط التعسفية، فلا مناص من توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية؛ لتشمل كل أنواع العقود، والتي تكون محلا لشروط تعسفية، واستفادة كل الأشخاص من هذه الحماية، بغض النظر عن صفاتهم.

وعلى خلاف هذا الرأي، يرى اتجاه آخر¹ أن حصر مجال الشروط التعسفية بعقود الإذعان لا يعتبر عيبا في التشريع الجزائري؛ ذلك أن المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الموسع في عقود الإذعان، والذي يشمل العديد من العقود الحديثة، كما أن الهدف من مكافحة الشروط التعسفية هو محاولة إعادة التوازن العقدي المختل نتيجة فرض أحد المتعاقدين لشروطه على الآخر، وبناء على ذلك، فإذا كانت الشروط العقدية محل تفاوض بين طرفي العقد، مثلما يحدث في عقود المساومة، فلا يوجد ما يبرر الحماية من الشروط التعسفية.

كما أن توسعة مجال الحماية لتشمل عقود المفاوضات أيضا قد ينجم عنه توسيعا من جانب المشرع الجزائري لمجال الحماية من ناحية الأشخاص والعقود في آن واحد، وهو موقف لم تتبناه التشريعات الأوروبية المقارنة، فهي؛ إما تقصر الحماية من حيث الأشخاص، وذلك باشتراطها أن يكون المتضرر مستهلكا، وإما تقيّد تلك الحماية من ناحية العقود، وذلك باشتراطها وجود عقد إذعان لاستحقاق الطرف المدّعى للحماية القانونية².

ويؤيد البعض³ فكرة قصر الحماية على عقود الإذعان؛ إذ يرى أن الهدف من التفاوض هو تقريب وجهات النظر، والتوصل إلى بنود تحقق مصلحة الطرفين، وبالتالي فإن إبرام العقد بعد تفاوض بين الطرفين يفيد التوصل إلى نقاط التفاهم، والتفاهم نقيض التضاد. فالمفاوضات هي مجموعة من العلاقات السابقة على التعاقد، والتي يكون هدفها تحديد المشاكل التي قد تعترض تنفيذ العقد، ووضع الحلول المناسبة لها. وبناء على ذلك، فإن الادعاء بالطابع التعسفي لشروط معين لا يمكن أن يثور إلا في عقود الإذعان؛ ذلك أن التعارض بين المصالح يسيطر على عقود الإذعان؛ لغياب التفاوض الذي يخرج العقد من حالة التعارض إلى حالة الوفاق والتعاون.

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 398.

² - شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في ضوء القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 01، العدد 02، 2009، ص. 163.

³ - حسام الدين كمال الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 22-23.

ويبدو لنا وجهة الرأي الأول؛ إذ إن اقتصار النصوص الحماية على عقود الإذعان يجعل منها قاصرة، وقد بينا ذلك في المبحث الأول من هذا البحث، كما أن الطرف الضعيف قد يقدم على التعاقد، ويترك له المحترف حرية التفاوض، لكنه مع ذلك قد يفاجئ عند التنفيذ بشرط لم يكن على علم بأثره عند إبرام العقد؛ ذلك أن انعدام الإذعان لا يعني علم المتعاقد الضعيف بكافة شروط العقد، بل قد يلجأ المحترف -بما يملكه من حيل وخبرة في التعامل- من تضمين العقد بشرط أو عدة شروط تعسفية أثناء تفاوضه مع الطرف الضعيف، مستغلا جهل هذا الأخير، وقلة خبرته، مما ينتج عنه جهله بأثر ذلك الشرط، والذي قد يبدو شرطا مألوفاً، لا يمكن للشخص العادي الانتباه إليه. وبناء على ذلك، فإن اقتصار مجال الحماية على عقود الإذعان قد يمنع طائفة كبيرة من هذه الحماية بسبب طبيعة العقد، بدلا من الأخذ بيدها، وحمايتها من الشروط الجائرة، لا سيما إذا اعتبرنا أن جهلها بأثر تلك الشروط يعتبر مشروعاً في ظل تطور المعاملات وتعقدها، مما يجعل الطرف الضعيف عاجزاً عن معرفة أثر تلك الشروط على حقوقه والتزاماته. كما أن اقتصار الحماية على عقود الإذعان يعتبر تشجيعاً من المحترفين لإجراء مفاوضات قد تكون في الحقيقة صورية، وذلك كله بغرض التحايل، والتهرب من تطبيق أحكام النصوص المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية. إضافة إلى أن مسألة التفاوض لا تتعلق بكافة بنود العقد؛ بل تقتصر -في الغالب- على بنود معينة، دون البعض الآخر المهم منها، وذلك عن طريق تحايل المحترف، والسماح بمناقشة البنود التي لا أهمية لها. ولا شك أن العقد أن العقد باعتباره كلاً لا يتجزأ، وجب بالتالي شمول التفاوض لكافة بنوده

2- في التشريع الفرنسي:

حسب غالبية الفقه الفرنسي، فإن نطاق تطبيق نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي، والمتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية يسري على كل العقود؛ سواء أكانت عقود إذعان، أم عقود مساومة؛ ذلك أن المشرع الفرنسي لم يميز بين عقد وآخر؛ من أجل توفير أكبر قدر من الحماية، وبالتالي فإن هذه النصوص تتسع لتشمل جميع عقود الاستهلاك¹.

وما يؤكد هذا التوجه هو نص المادة ل. 212-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وذلك بموجب الفقرة الرابعة من نص المادة، والتي نصت بأن الشروط التي كانت محل تفاوض ومناقشة بين طرفي العقد تدخل هي كذلك ضمن نطاق تطبيق هذه النصوص، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خالف نص التعليم الأوروبي لسنة 1993، والتي قصرت الحماية في المادة 2/3 على عقود الإذعان؛ أي على تلك

¹ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 317.

الشروط التي لم تكن محل تفاوض ومناقشة، وهو نفس اتجاه التعليلة الأوروبية المقترحة المؤرخة في 08 أكتوبر 2008¹.

ثانيا- موضوع العقد محل الحماية:

خلافًا للعديد من التشريعات المقارنة، والتي لم تهتم ببيان موضوع العقد محل الحماية من الشروط التعسفية، سواء كان بيعاً، أم وكالة، أم وديعة، فإن المشرع الجزائري قد اشترط بموجب المادة 4/3 تعلق موضوع العقد بعقد بيع سلعة، أو تأدية خدمة².

وقد تساءل الفقه تبعاً لذلك عن مدى اعتبار المعاملات العقارية مجالا للحماية من الشروط التعسفية؟

ويرى بعض الفقه، أن ظاهر نصوص القانون رقم: 04-02، وكذا نصوص التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك متفقة على استبعاد العقار من مجال الحماية، وذلك نتيجة لاقتصار النصوص على عبارتي السلع والخدمات، وكلاهما مال منقول، مما يؤدي إلى حصر مجال الحماية في الأموال المنقولة دون العقارية. ويستندون في تبرير موقفهم هذا، إلى أن التعامل في العقار يخضع إلى أحكام خاصة، كتلك المتعلقة بوجوب إفراغ الاتفاق في شكل رسمي، وكذا وجوب شهره في السجل العقاري، وفي ذلك حماية كافية للمتعاقدين³. إلا أن البعض الآخر من الفقه، يقول بأن الرأي القائل باستبعاد العقار غير منطقي، لسببين، وهما⁴؛ أولهما: أن ذلك يتنافى مع تعريف عقد الاستهلاك في حد ذاته، والذي يعرف بأنه العقد الذي يحصل بمقتضاه المستهلك من المحترف على مال لأغراض غير مهنية، ومن ثم يعتبر مستهلكاً من يحصل على عقار لغرض غير مهني، مما يؤدي إلى اعتبار العقد المبرم هو عقد استهلاك؛ لأنه ربط بين مستهلك تصرف في إطار عملية الاستهلاك، ومحترف يمارس نشاطه المهني، وعلى ذلك يمكن أن يكون محل العقد عقاراً، مثلما يكون منقولاً. ثانيهما: أن العمليات الواردة على العقار اليوم، خاصة البيع، والإجارة، أصبح يشرف عليها محترفون، مختصون في ذلك، وهم بلا ريب متفوقون على المتعاقد العادي أو المستهلك، الذي أصبح

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 400.

² - شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في ضوء القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 167.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 167-168.

يحتاج إلى حماية تشريعية، ومن ثم فإن القول بإقصاء العقار، فيه حرمان لطائفة كبيرة من المستهلكين من النصوص الحمائية.

ثالثا- شكل البند التعسفي:

لاستفادة المستهلك من النصوص الحمائية، والموجهة لمكافحة الشروط التعسفية، فإنه لا بد من ورود الشرط التعسفي في شكل معين؛ من أجل اعتباره تعسفيا بمفهوم تشريعات الاستهلاك. حيث اشترط المشرع الجزائري لتطبيق النظام الخاص بمكافحة الشروط التعسفية أن يرد الشرط في شكل مكتوب، ويستنتج ذلك من نص المادة 4/3، والتي جاء فيها: "...عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه". فيفهم من عبارة حرر مسبقا أن العقود المعنية هي العقود المكتوبة¹. وكنتيجه لذلك وجب أن يكون الشرط مكتوبا لاعتباره تعسفيا، ومن ثم تطبيق النصوص الخاصة بمكافحة الشروط التعسفية².

والكتابة المقصودة في هذا الصدد ليست الرسمية؛ بل مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق الرسمية الصادرة عن العون المحترف أو العون الاقتصادي كالفاتورة، وصل التسليم، سند الضمان³. وما يؤكد ذلك هو نص المادة 4/3، والتي جاء فيها: "...يمكن أن ينجر العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع المقررة سلفا".

الفرع الثالث: آليات مكافحة الشروط التعسفية على ضوء تشريعات الاستهلاك

سعيًا من تشريعات الاستهلاك للحد من ظاهرة الشروط التعسفية، فإنها لم تكتف بالآليات العلاجية فحسب، والتي تسعى إلى مكافحة الظاهرة بعد وقوعها، والحد من آثارها، بل نصت على جملة من الآليات الوقائية، والتي تؤدي بلا ريب إلى الحفاظ على استقرار المعاملات، وحل معضلة الشروط

¹ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 118.

² - محمد مالكي، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص. 75.

³ - الحاج مبطوش والعبد جباري، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية الاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد العاشر، جوان 2018، ص. 555. حسينة شرون ونجاة حملاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 55.

التعسفية ابتداء قبل وقوعها. وبناء على ذلك، فإننا سنتطرق إلى الآليات الوقائية (أولاً)، ثم الآليات العلاجية (ثانياً).

أولاً- الآليات الوقائية لمواجهة الشروط التعسفية:

نظراً لتنوع العقود في العصر الحديث، وما نجم عنه من تنوع في الشروط التعسفية، فقد حاولت تشريعات الاستهلاك تحديد الشروط التعسفية، والتي يعتبر إدراجها في العقود قرينة على طابعها التعسفي؛ سواء أكانت تلك القرينة بسيطة، أم قاطعة، وذلك في إطار ما يسمى نظام القوائم. كما أعطت هذه التشريعات الدور للجنة استشارية تدعى لجنة البنود التعسفية لفحص العقود، وإصدار توصيات بحذف أو تعديل بعض الشروط التعسفية، وهو ما سنتطرق إليه أيضاً.

1- نظام القوائم: تحديد تشريعي للشروط التعسفية:

يعتبر تحديد الشروط التعسفية عن طريق أسلوب القوائم، من بين أهم الأساليب التي انتهجها تشريعات الاستهلاك عند وضعها لآليات مكافحة الشروط التعسفية. ويقصد بهذه الآلية إعداد قوائم من قبل المشرع تضم تعداداً للشروط التعسفية، حيث يقوم هذا الأسلوب على افتراض الطابع التعسفي في الشروط الموجودة بتلك القائمة؛ أي أن هناك قرينة قانونية تقضي بالطابع التعسفي لتلك الشروط، وقد تكون هذه القرينة بسيطة؛ بمعنى أنه يجوز إثبات عكسها، تدعى القائمة الرمادية "la liste grise"، أو تكون قاطعة الدلالة على الطابع التعسفي لتلك الشروط، تدعى القائمة السوداء "la liste noire"¹.

ويتولى المشرع من خلال هذه الطريقة، إصدار قائمة حصرية لجملة من الشروط تعتبر تعسفية بقوة القانون، ويتم وضع هذا التصنيف من قبل جهات معينة مؤهلة، ويمتنع على القاضي بصدها ممارسة سلطته التقديرية، والخروج عنها؛ سواء بالزيادة، أم بالنقصان؛ باعتبار أن ذلك يعتبر مسألة قانون، كما يمتنع عن المحترف كذلك تضمين عقوده مثل تلك الشروط؛ لأن ذلك يعتبر مخالفاً للنظام العام الحمائي².

وفيما يلي بعض التشريعات التي انتهجت نظام القوائم، وكرسته في النصوص الحماية الموجهة

لمكافحة الشروط التعسفية:

¹- Torkia Hounki, la protection civile et pénale du consommateur dans le commerce électronique, op. cit, p.141.

²- عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص.306.

أ- نظام القوائم في التشريع الألماني:

استحدثت المشرع الألماني نظام القوائم كآلية لمكافحة الشروط التعسفية، بموجب قانون 06 ديسمبر 1976، والذي بدأ العمل به في 01 أبريل 1977، الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المدعى¹.

وقد عرف المشرع الألماني تلك الشروط بموجب المادة 01 من القانون السابق بأنها: تلك الشروط التي يتم صياغتها في العديد من العقود، والتي يفرض فيها أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر عند إبرام العقد؛ سواء وردت تلك الشروط في نصوص العقد، أم منفصلة عنه، وأيا كان موادها، والشكل الذي وردت فيه. وقد اشترط المشرع الألماني للاعتداد بتلك الشروط إعلام المستهلك بها، وذلك بلفت انتباهه، وعرضها بطريقة مرئية في المحل، أو في مكان إبرام العقد. وبناء على ذلك، فإنه لا تؤخذ بعين الاعتبار تلك الشروط غير المألوفة بالنظر إلى ظروف التعاقد، والتي يفترض على المستهلك أنه ما كان ليقبل بها².

كما قسم المشرع الألماني الشروط التعسفية الباطلة إلى نوعين، وذلك على أساس مدى قابلية هذه الشروط التعسفية للتقويم أم لا؛ أي أن المشرع الألماني باتباعه نظام القوائم في تحديد الشروط التعسفية ميز بين نوعين من البطلان، فجعل بعض الشروط باطلة بقوة القانون، ودون الاعتراف بأي سلطة تقديرية للقاضي إزائها، وذلك فيما يخص الشروط السوداء أو القائمة السوداء. أما البعض الآخر من الشروط - وهي الشروط الرمادية - فقد أعطى المشرع الألماني للقاضي سلطة رقابية عليها؛ حيث تبقى له السلطة التقديرية في تقدير مدى انطباق وصف التعسف على تلك الشروط، في حالة عدم ملاءمتها للمعايير القانونية، ومن ثم الحكم ببطلانها³.

وتكمن أهمية التمييز بين القائمتين من حيث الإثبات، فبخصوص الشروط الواردة في القائمة السوداء فهي باطلة بقوة القانون لمصلحة المستهلك⁴، أما الشروط الواردة في القائمة الرمادية فيفترض فيها الطابع التعسفي، ويقع على المحترف إثبات عدم تحقيقها لميزة مفرطة له، إذا ما أراد نفاذ تلك الشروط في مواجهة المستهلك⁵.

¹ - احمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.73.

² - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.228-229.

³ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.20-21.

⁴ - أرزقي بوعراب، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين، المرجع السابق، ص.276.

⁵ - سميرة زوية، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص.116.

أ-1- القائمة السوداء:

ضمّت القائمة السوداء ثمانية أصناف من الشروط المحظورة، وقد نصت عليها المادة 10 من قانون 1976، وتتعلق هذه الشروط بإطالة آجال تسليم المحترف للسلعة أو الخدمة، وحق المحترف في إبطال العقد أو تعديله دون وجود مبرر قانوني، وإعطاء المحترف لأجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحق المحترف في المطالبة بتعويضات مبالغ فيها في حال مطالبة المستهلك بإبطال أو فسخ العقد، وكذا الحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول، إذا لم يكن هناك مبرر لهذا الاختيار¹.

أ-2- القائمة الرمادية:

بخلاف القسم الأول من الشروط، فإن هذا النوع، والمندرج تحت القائمة الرمادية قد أعطى المشرع الألماني فيها للقضاء سلطة استبعادها، وذلك في حالة عدم ملاءمتها مع بعض المعايير القانونية، كمبدأ حسن النية. وقد نصت على هذا النوع من الشروط المادة 11 من قانون 1976، وقد شملت هذه القائمة 10 أصناف من الشروط التعسفية، تتعلق بحق المحترف الإرادي في رفع ثمن السلع والخدمات التي لم يسلمها للمستهلك، أو تلك التي لم يوف ثمنها خلال مدة أربعة أشهر، واستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة، والحق في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس، وحرمان المستهلك من اللجوء إلى المقاصة في دين له لدى المحترف خال من النزاع أو ثابت في سند نهائي، إعفاء المحترف من المسؤولية؛ سواء أكان الإعفاء كلياً، أم جزئياً، وذلك في حالة الخطأ الجسيم، أو الخطأ العمدي، أو الإهمال الجسيم الصادر من المحترف، أو من أحد تابعيه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة الناجمة عن التأخير².

ويعتبر البند المتعلق بالضمان من أهم هذه الشروط؛ إذ نصت المادة 11 من قانون 1976 على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني، حيث يعتبر باطلاً كل شرط يستبعد كلياً أو جزئياً حق المستهلك في إصلاح الشيء المباع أو استبداله، وخاصة في حالة ما إذا كان الشيء المباع مورداً من

¹ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.235. عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص.188.

² درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص.ص.215-216.

الغير، إلا أنه يجوز للبائع أن يفرض على المستهلك الرجوع على الغير، إذا كان البائع حاصلًا على ضمان من المنتج، مع شرط بقاء ضمان البائع بصفة احتياطية¹.

كما يعترف المشرع الألماني بحق المحترف في اشتراطه على المستهلك فرض تصليح الشيء المعيب، وهذا يقتضي استبعاد فسخ العقد أو إنقاص السعر، لكن بشرط أن يبقى حق المستهلك في المطالبة أو فسخ العقد محفوظًا في حال فشل عملية إصلاح العيب، كما يجب على البائع تحمل جميع المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المبّيع كمصاريف النقل، والتنقل، واليد العاملة، والأدوات الضرورية للصيانة، كما تعتبر باطلة كل الشروط التي يكون غرضها الحيلولة دون ممارسة المستهلك لحقوقه، مثلما هو الحال في الشرط الذي يربط ما بين إصلاح العيب والوفاء بكامل السعر أو بجزء كبير منه مقارنة بعيوب المبيع، ويعتبر باطلا كذلك الشرط الذي يفرض أجلا أقصر من أجل القانوني المتعلق بضمان العيوب الخفية، والمتمثل في ستة أشهر، تسري من وقت التسليم، وأخيرًا يعتبر باطلا كذلك الشرط الذي ينقص من مدة الضمان القانوني².

أما في حالة وجود شرط آخر غير منصوص عليه، لا في القائمة السوداء، ولا الرمادية، فإنه يتم تطبيق بصده نص المادة 9 من قانون 1976، والتي تقضي بالأخذ بمبدأ حسن النية كمعيار لتقدير الطابع التعسفي للشرط³.

ب- نظام القوائم في التشريع الجزائري:

لم يتأخر المشرع الجزائري بدوره في الأخذ بنظام القوائم كآلية مستحدثة لمواجهة الشروط التعسفية، حيث نصت المادة 29 من القانون رقم: 04-02 على ما يلي: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

¹ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.22.

² - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.236-237.

³ - حسن عبد الباسط جيجي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص.284.

4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7- التفرد بأجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ الخدمة،

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية غير متكافئة".

وتجب الملاحظة، أن هذه القائمة قد وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وذلك ما يستفاد من عبارة لا سيما، كما فوضت المادة 30 من القانون نفسه للتنظيم سلطة تحديد شروط تعسفية أخرى؛ إذ 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"¹.

ويلاحظ على هذه القائمة، تناولها لشروط تعسفية متعلقة بتكوين العقد ضمن الحالة الأولى والثانية، إلا أنه ما يؤخذ على الحالة الأولى، صعوبة تقدير هذه الحقوق والالتزامات؛ باعتبار أن المشرع لم يضع لها معيارا تقاس به. وقد ترجع نية المشرع من وراء النص على هذه الحالة إلى رغبته في إعادة التوازن العقدي للعقد. أما الحالة الثانية، فهي تحيل إلى المادة 203 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص: "يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه"، وبالتالي فإن المشرع لم ير مانعا من تعليق الالتزام على شرط واقف أو فاسخ، لكن بالمقابل قد اعتبر كل شرط تعسفيا، إذا كان من شأنه تحميل المستهلك التزامات فورية في حين أن تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المدخل تبقى متروكة لمحض تقديره. ويجد هذا الحكم سنده في القواعد العامة للقانون المدني؛ إذ تنص المادة 205 من القانون المدني الجزائري: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"². ويشترط لقيام هذه الصورة توافر أمرين وهما؛ أولهما: فرض التزامات فورية ونهائية من قبل البائع المحترف على المستهلك، أما ثانيهما: فيتعلق بتعاقد البائع وفق شروط يحققها وقت ما أراد³.

¹ إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 89.

² منال بوروح، النظام العام والعقد، المرجع السابق، ص. 352.

³ زكرياء بوعون، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016-2017. ص. 148.

أما الشروط الواردة في الحالات الثالثة والرابعة والخامسة والسابعة، فهي متعلقة بتنفيذ العقد، حيث تعد الحالة الثالثة تجسيدا لما جاء في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يجوز تعديله أو إنحائه إلا باتفاق المتعاقدين، وهذا يمنع المحترف من التفرد بحق تعديل العقد؛ لأن ذلك يعتبر مخالفا لمبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري¹.

إلا أن الفارق بين الفقرتين، هو أن اتفاق الأطراف على إعطاء الحق لأحدهما بالانفراد بتعديل العقد يعتبر جائزا وفق القواعد العامة؛ ذلك لأنه تكريس لمبدأ العقد الشريعة المتعاقدين، حيث أن للطرفين الاتفاق على أي شرط، ما لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة. أما بالنسبة للقانون رقم: 04-02، فإن المشرع قد راعى عدم التكافؤ بين المتعاقدين، وأثر ذلك على شروط العقد، فقضى ببطلان الشرط الذي يعطي للمحترف الحق في تعديل العقد؛ باعتبار أن هذا الشرط قد تم فرضه من قبل المحترف؛ بسبب قوته الاقتصادية، والفنية مقارنة بالمستهلك، ولم يكن محل تفاوض، من أجل ذلك اعتبره تعسفيا، ومن ثم قضى ببطلانه.

أما بالنسبة للحالة الرابعة فهي تعتبر مخالفة لمبدأين في تفسير العقد؛ أولهما: أن تفسير العقد يتولاه أصالة المتعاقدين، دون انفراد من أحدهما، أما ثانيهما: وهو متفرع عن الأول، نصت عليه المادة 111 من القانون المدني الجزائري، والتي تعطي للقاضي سلطة تفسير العقد.

وبالتالي فإن للقاضي وحده حق تفسير العقد، ولا يكون لأحد المتعاقدين الانفراد بذلك، كما أنه واستثناء عن الأصل، فإن تفسير الشك في عقود الإذعان يكون لمصلحة الطرف المدعى؛ سواء كان دائنا، أم مدينا²، فكيف يتولى المحترف تفسير العقد، وهو الطرف القوي المدعى له؟

أما بالنسبة للشرط الثاني من الفقرة نفسها، والتي تنص على عدم جواز انفراد البائع بحق اتخاذ قرار البت في مسألة مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية؛ ذلك أن إعطاء البائع هذا الحق من خلال أعمال مثل ذلك الشرط يعتبر خرقا صريحا لحق المستهلك في المطالبة بتنفيذ البائع لالتزاماته، في الوقت الذي يلزم فيه بتنفيذ التزاماته وفقا لتحقيق المطابقة، مما ينتج عنه مساسا خطيرا بالتوازن العقدي³.

¹ - منال بوروح، النظام العام والعقد، المرجع السابق، ص.ص. 352-353.

² - المرجع نفسه، ص.ص. 353-354.

³ - زكرياء بوعون، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 152.

أما بخصوص الحالة الخامسة، فهي تخص مبدأ التنفيذ التقابلي للالتزامات في العقود الملزمة للجانبين، وحق كل طرف في الامتناع عن التنفيذ في حالة امتناع الطرف الآخر عن التنفيذ، حيث يعد باطلا كل شرط من شأنه إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته، دون التزام المحترف بشيء في المقابل؛ باعتبار أن ذلك يتعارض مع فكرة تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين. أما بالنسبة للحالة السابعة فهي تعتبر تكرارا للحالة الثالثة؛ ذلك أن التفرد بتغيير أجل تسليم المنتج، أو تنفيذ الخدمة، يعتبر تعديلا للعقد من جانب واحد، وبالتالي فهي مشمولة بحكم الحالة الثالثة¹.

أما بخصوص انحلال العقد، فقد ورد بذلك الخصوص نوعان من الشروط؛ أولهما: متعلق بالفقرة السادسة، والتي حظرت كل شرط من شأنه عدم تمكين المستهلك من فسخ العقد، أما ثانيهما: فيتعلق بالفقرة الثامنة، والتي تقضي باعتبار الشرط تعسفيا متى أعطى الحق للمحترف بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة².

ويرجع سبب حظر شرط منع حق المستهلك من الفسخ حالة إخلال البائع المحترف بالتزاماته، إلى كون أن هذا الحق يعتبر أهم ضمان يتمتع به المستهلك في مواجهة البائع المحترف عند التعاقد، ولا شك أن السماح للبائع بسلب المستهلك هذا الحق، يعتبر مساسا مباشرا بحقوقه المكفولة له قانونا في حالة إخلال البائع بالتزاماته العقدية³.

أما بالنسبة للفقرة الثامنة، والتي تقضي بحظر كل شرط من شأنه إعطاء الحق للمحترف بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة. فيرى بعض الفقه أن هذا الشرط يرد غالبا في العقود طويلة المدى، لا في العقود الفورية. ويفهم عن طريق المخالفة أنه يجوز للبائع تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية حالة رفضه الخضوع لشروط جديدة متكافئة⁴.

ويبدو لنا أن حماية المستهلك تقتضي منع البائع من تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض الخضوع لشروط جديدة على إطلاقها؛ سواء كانت تلك الشروط متكافئة، أم غير متكافئة؛ باعتبار أن ذلك يتعارض مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما أن اعتبار الشرط متكافئا لا ينفي إمكانية إرهابه للمستهلك.

¹ - منال بورج، النظام العام والعقد، المرجع السابق، ص.354.

² - المرجع نفسه.

³ - زكرياء بوعون، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.153.

⁴ - المرجع نفسه، ص.155.

كما اتبع المشرع الجزائري أيضا نظام القوائم في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والتي نص فيها على بعض الشروط التي تعتبر تعسفية بقوة القانون، حيث جاء فيها: "تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه،
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،
- التحلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تحلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها وقت إبرام العقد،
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه
- دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تحلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد قام بفسخه،
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجمالي للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- يعني نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولياته".

ويلاحظ على هذه القائمة أيضا أنها -وعلى غرار القائمة السابقة- ورودها على سبيل المثال، وهو أمر منطقي؛ ذلك أنه لا يمكن تحديد أو حصر البنود التعسفية؛ لتنوعها بتنوع العقود، كما يمكن تغييرها في العقد الواحد تبعا لظروف التعاقد، وأهداف المحترف من وراء عملية التعاقد¹.

ويستنتج من خلال هاتين المادتين المنظميتين لقوائم البنود التعسفية ما يلي:

- أن المشرع الجزائري قد اتبع نظام القوائم كآلية لمكافحة الشروط التعسفية، وذلك أسوة بالتشريعات الأوروبية².

- أن هذه القائمة ذات صفة إلزامية للمحترف، مما يمنعه تبعا لذلك من إثبات عكسها. وبمفهوم آخر لا يجوز للمحترف إثبات عدم وجود الطابع التعسفي في شرط من الشروط الموجودة في القائمة، كما يلزم المحترف أيضا بعدم إدراج مثل هذه الشروط في عقودهم مع المستهلكين³.

- أن طبيعة هذه القائمة أنها أسود؛ حيث تعتبر الشروط الواردة فيها باطلة بقوة القانون، وبذلك يعفى المدعي من إثبات الطابع التعسفي للشرط عند النزاع⁴.

ومما لا شك فيه، أن تحديد الشروط التعسفية من قبل المشرع؛ سواء كان ذلك التحديد إلزاميا، أم غير إلزامي، يحقق حماية فعالة للمستهلك، لا سيما في مرحلة تكوين العقد؛ إذ إن معرفة المستهلك للشروط التعسفية يتيح له العلم والإحاطة بالصفة التعسفية للشروط المفروضة عليه، والذي يمكنه من الاعتراض عليها، مما ينتج عنه توازن بين طرفي العقد، كما أن هذه المعرفة تؤدي إلى رضا مستنير للمستهلك ناتج عن إحاطة تامة بالشروط التعسفية التي يمكن أن يتضمنها العقد، إضافة إلى أن هذه التقنية تجعل المحترف يفكر جديا قبل الإقدام على تضمين العقد شروطا تعسفية، وهذا من شأنه تقليل المنازعات القضائية؛ باعتبار أن عدم تحديد الشروط التعسفية يحتم على المستهلك اللجوء للقضاء؛ لمعرفة مدى انطباق الصفة التعسفية على شروط العقد المبرم بينه وبين المحترف⁵.

وبناء على ذلك، فإن لهذا النظام -والمتمثل في أسلوب القوائم كنظام لمكافحة الشروط التعسفية- دور مهم في حماية المستهلك؛ إذ يعتبر حماية مباشرة للمستهلك من الشروط التعسفية، وذلك عن طريق

¹ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.90.

² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.422.

³ - فلة مكي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص.264.

⁴ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.422.

⁵ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.155-156.

حظر بعض الشروط بصفة مسبقة، ففي هذه الحالة يلزم القاضي بإبطال كل بند تعاقدى يتطابق مضمونه مع نظام القوائم المنصوص عليها من قبل المشرع. وفي هذا تشترك تقنية تحديد الشروط التعسفية مسبقا عن طريق نظام القوائم، مع تقنية فرض العمل بالبند النموذجية في بعض العقود؛ إذ إن كليهما يهدف إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي قد تفرض عليهم من قبل المحترف، إلا أنهما يختلفان في طريقة التدخل، فالأولى تحدد مضمون العقد بطريقة سلبية، أما الثانية فتحدد مضمون العقد بطريقة إيجابية؛ أي أنها تنص على بعض البنود الواجب توافرها مسبقا في العقد¹.

وقد انتقد بعض الفقه الجزائري تبني المشرع الجزائري أسلوب القوائم السوداء كآلية لمكافحة الشروط التعسفية؛ ذلك أن هذا التوجه يتعارض مع المعيار المتخذ من قبل المشرع في تقدير الشرط التعسفي بموجب الفقرة 5 من المادة 3 من القانون 04-02. فحسب هذه الفقرة، فإنه يشترط لاعتبار الشرط تعسفيا الإخلال بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، حيث يتم تقدير هذا الإخلال -مثلما بينا سابقا- بالنظر إلى مجموع العقد ككل، لا إلى الشرط وحده. وبالتالي، فإن هذا المعيار يتعارض مع أسلوب القائمة السوداء، والذي يتم فيها تحديد الشروط التعسفية بصورة جامدة، حيث أن هذا الأسلوب لا يمكن تصوره إلا بالنسبة للشروط ذات الطابع التعسفي القوي إلى درجة المساس بالفائدة الاقتصادية للعقد².

ويضيف البعض، أنه من الصعوبة وضع قائمة سوداء للشروط التعسفية، في الوقت الذي يكون فيه تقدير الطابع التعسفي بالنظر لمجموع العقد ككل، لذلك فإن التقدير القضائي للشرط التعسفي هو ما يتوافق مع معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي³.

وحسب هذا الاتجاه، فإن هناك حلان لهذا التعارض؛ فأما أولهما: فيكمن في تبني المشرع الجزائري قائمة رمادية؛ أي تلك التي تضم شروطا يفترض أنها تعسفية، لكن على أساس أن يكون رمادها أشد من رماد القائمة المذكورة، وبذلك يعفى المدعي -أي المستهلك- من إثبات الطابع التعسفي للشرط؛ لأن المشرع قد وضع قرينة لصالحه مفادها افتراض الطابع التعسفي لمثل تلك الشروط، ويقع على عاتق المدعى عليه -أي المحترف- إثبات عكس ذلك، ويكون بإثباته أن هذا الشرط لم يحقق له أي ميزة مفرطة على

¹ - أرزقي بوعراب، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين، المرجع السابق، ص. 277.

² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 422.

³ - أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 217.

حساب المستهلك¹، أما الحل الثاني: فيكمن في إعادة تعريف الشرط التعسفي الوارد في نص الفقرة 5 من المادة 3 من القانون رقم: 04-02، بما يتناسب مع أسلوب القوائم السوداء².

ويرى البعض³ أن الحل الأول هو الأولى بالقبول والتطبيق؛ ذلك أنه الأكثر فعالية لمسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط؛ أي أن هذا الاتجاه يرى الإبقاء على معيار الإخلال الظاهر، وكيفية تقديره بالنظر إلى مجموع العقد؛ باعتبار أن الأخذ بهذا الرأي من شأنه منح حماية فعالة للمستهلك؛ سواء من حيث إعفاؤه من البند، أو الإبقاء على البند مع الاستفادة ببقية البنود الأخرى.

وبعد استعراض هذا الرأي المعارض لتبني المشرع الجزائري لأسلوب القوائم السوداء كآلية لمكافحة الشروط التعسفية، فإنه يبدو لنا أن القول بوجود تعارض بين تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي الوارد في الفقرة 5 من المادة 03 من القانون رقم: 04-02، وتبني أسلوب القوائم، مردود عليه؛ ذلك أن تبني أسلوب القائمة السوداء لا يشكل تعارضا، أو خروجاً عن المعيار المعتمد من قبل المشرع الجزائري، والمتمثل في معيار الإخلال الظاهر بحقوق والتزامات طرفي العقد، حيث يتم تقدير هذا الإخلال بالنظر إلى مجموع العقد ككل، لا إلى شروط العقد على حدة، وغاية ما في الأمر أن وضع هذه القائمة السوداء مفاده افتراض الطبيعة التعسفية لتلك الشروط افتراضاً قاطعاً لا يقبل إثبات العكس؛ ذلك أن المشرع افترض أن وجود تلك الشروط لا يمكن معه إلا تصور إخلال ظاهر بحقوق والتزامات الطرفين، ولا يمكن لشرط آخر إعادة التوازن العقدي المختل. أما ما دون تلك الشروط الواردة في القائمة السوداء المحددة من قبل المشرع، فإنها تبقى خاضعة للمعيار المعتمد من قبل المشرع الجزائري في تقدير الطابع التعسفي، والمتمثل في الإخلال الظاهر بحقوق والتزامات الطرفين. وبناء على ذلك، فإن الأمر في اعتقادنا لا يعدو أن يكون افتراضاً قاطعاً من المشرع الجزائري بالطابع التعسفي لمثل تلك الشروط.

2- دور الهيئات الإدارية في مكافحة الشروط التعسفية:

من بين الأساليب الحديثة في مواجهة الشروط التعسفية، هي إعطاء الإدارة دوراً في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وذلك عن طريق ما يسمى بلجنة البنود التعسفية، والتي تعتبر تقنية من

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 422-423.

² - أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 217.

³ - المرجع نفسه.

تقنيات تشريعات الاستهلاك، جاءت بها بغرض إعداد منظومة شاملة تحقق الفعالية المرجوة من قبل المشرع بصدد الشروط التعسفية.

وبغرض معرفة المقصود بلجنة البنود التعسفية، وكذا المهام المنوطة بها، سنتطرق إلى مفهوم لجنة البنود التعسفية، وإلى دورها في مكافحة الشروط التعسفية.

أ- مفهوم لجنة الشروط التعسفية:

تعرف لجنة البنود التعسفية على أنها: "عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي - بالإضافة إلى الأنظمة الأخرى- لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأوليين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان"¹.

ويؤخذ على هذا التعريف عدم بيانه لمهام لجنة البنود التعسفية؛ إذ اكتفى باعتبارها تنظيماً قانونياً يهدف إلى حماية المستهلك، دون الإشارة إلى كيفية تحقيق تلك الحماية المرجوة، وذلك من خلال بيان مختلف الجوانب المتعلقة بالإطار العام لممارسة اللجنة لمهامها؛ سواء من خلال الكيفية التي يتم بها ممارسة المهام، أم من خلال آثارها على حماية المستهلك.

ونعرف لجنة البنود التعسفية على أنها: "هيئة إدارية تنشأ بموجب نص قانوني من تشكيلة معينة تهدف إلى حماية المستهلك من ظاهرة الشروط التعسفية، وذلك من خلال قيامها بمهام معينة في هذا الصدد، أهمها إصدار توصيات غير ملزمة بالنسبة للبنود التعسفية، إضافة إلى مهام أخرى".

ولقد حاولنا في هذا التعريف، بيان كيفية مكافحة اللجنة لظاهرة الشروط التعسفية، وذلك من خلال إصدار توصيات غير ملزمة، فضلاً عن مهام أخرى منوطة بها لدى بعض التشريعات، على غرار الرد على استشارة القاضي بخصوص الطابع التعسفي لشرط معين في القانون الفرنسي، وهو ما سنبيّنه لاحقاً. وتعتبر لجنة البنود التعسفية جهة إدارية ذات طابع استشاري²، لها نصوص خاصة من منظمة لكيفية تكوينها، وعملها، والمهام المنوطة بها. وقد كان تنظيم هذه المسائل محل اختلاف بين التشريعات بناء على رؤية كل مشرع للطريقة الأنسب لحماية المستهلك³.

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.145.

² - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.132.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.345.

وقد نظم المشرع الفرنسي هذه اللجنة لأول مرة بموجب قانون 10 جانفي 1978، رغبة منه في تجنب إعطاء القضاء سلطة إبطال الشروط التعسفية، مفضلا أسلوب التشاور على أسلوب الإكراه، حيث تعتبر هذه اللجنة بمثابة جهاز استشاري فقط¹.

وبخصوص تشكيلة اللجنة في التشريع الجزائري، فقد نصت عليها المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306، وهي كالتالي:

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية رئيسا،
 - ممثل عن وزير العدل، مختص في قانون العقود،
 - عضو من مجلس المنافسة،
 - متعاملان اقتصاديان عضوان في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلان في قانون الأعمال والعقود،
 - ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة البنود التعسفية حسب الفقرة الأخيرة من المادة 8 أن تستعين بأي شخص بإمكانه مساعدتها في أعمالها.

إلا أن المشرع الجزائري قد أعاد ضبط تشكيلة البنود التعسفية، وذلك بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 06-306، بحيث أصبحت المادة 8 كما يلي:

- "تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين، وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:
- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية، رئيسا،
 - ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود،
 - ممثلان من مجلس المنافسة،
 - متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلان في قانون الأعمال والعقود،
 - ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها".

وقد جاء هذا التعديل بعد عامين فقط، ليؤكد أن المشرع الجزائري لم ينته من ضبط تشكيلة اللجنة من أجل مباشرة مهامها بدون مشاكل، حيث فضل المشرع التحضير الجيد لهذا الجهاز من خلال مضاعفته لعدد الممثلين عن كل هيئة؛ وذلك بجعل لكل عضو أساسي عضوا احتياطيا يستخلفه في حال غيابه؛ من

¹ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.36.

أجل ضمان استمرار نشاط اللجنة، كما قام المشرع بإلغاء الشرط الوارد على ممثلي جمعيات حماية المستهلك الذين كان يشترط فيهم الانتماء لجمعية وطنية، مما قد يؤدي إلى عدة مشاكل مستقبلا؛ لندرة هذه الجمعيات بالجزائر. وبالتالي فقد ارتأى المشرع عدم تعقيد إجراءات تكوين اللجنة؛ لضمان ممارستها لمهامها¹.

ويلاحظ بعد قراءة التشكيلة أن المشرع قد سعى إلى الحفاظ على جميع المصالح؛ حيث حمى مصلحة أطراف العلاقة العقدية على السواء، وذلك بتمثيله للمتدخلين بواسطة الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، وكذا المستهلكين عن طريق جمعيات حماية المستهلكين، كما أراد المشرع أيضا حماية مصلحة الإدارة باعتبارها الهيئة المنوطة بحماية المستهلك، وذلك عن طريق وزارة التجارة؛ حيث منح لهذه الأخيرة إمكانية التدخل في تشكيل اللجنة، وممارسة مهنتها، كما اشترط المشرع الجزائري أيضا اختصاص كل عضو في ميدانه؛ لضمان فعالية هذه اللجنة، وقيامها بمهامها على أكمل وجه².

وقد اشترط المشرع الجزائري على ممثلي أطراف العلاقة التعاقدية أن يكونوا منتسبين لجهاز معين، وذلك على خلاف التشريعات المقارنة؛ حيث لم يرد هذا الشرط في نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي. ويرجع موقف المشرع الجزائري إلى نقص الوعي القانوني والتقني لدى المحترفين والمستهلكين³. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد نص في المادة ر.822-18 من قانون الاستهلاك على تشكيل لجنة البنود التعسفية⁴.

وقد أراد المشرع التقريب بين المحترفين والمستهلكين، وحل نزاعاتهما بشكل ودي. إلا أن ما يصدر عن اللجنة لا يعني بالضرورة وجود توافق بين المحترفين والمستهلكين؛ باعتبار أن اللجنة تضم أيضا ممثلين عن

¹ - محمد صوالح اعمامرة ونورة جبارة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، أكتوبر 2021، ص.ص. 174-175.

² - نصيرة زوطاط، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة مستغانم، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، 2019، ص.ص. 31-32.

³ - المرجع نفسه، ص.32.

⁴ - art R.822-18 du code de la consommation français dispose: "la commission des clause abusives comprend treize membres repartis de la manière suivante:

- 1- un magistrat de l'ordre judiciaire, président;
- 2- deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du conseil d'état parmi lesquels est désigné le vice-président
- 3- deux personnalités qualifiées en matière de droit ou de technique des contrats, choisies après avis du conseil national de la consommation;
- 4- quatre représentants des professionnels;
- 5- quatre représentants des consommateurs".

وزارة العدل، ووزارة التجارة، كما أن توصياتها تصدر بنظام الأغلبية، وبالتالي فمن الممكن أن تصدر منها توصية لم تلق قبولا؛ سواء من طرف المحترفين، أم المستهلكين، كما يمكن للجنة الاجتماع واتخاذ القرار بحضور نصف أعضائها، بل ويجوز لها الاجتماع بعد ثمانية أيام بصفة صحيحة، حتى بدون اكتمال النصاب، مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، وذلك حسب المادة 04/13 من المرسوم رقم: 06-1306¹.

وبناء على ذلك، فإن هذه اللجنة لا تصدر قرارات ملزمة؛ بل يقتصر دورها على إصدار توصيات لجهة أخرى يكون لقراراتها صفة إلزامية. وقد سبق تشكيل هذه اللجنة في القانون الفرنسي تقديم مشروع من الحكومة يتضمن اقتراحا مفاده أن تكون هذه الجهة من المحاكم، إلا أن هذا الاقتراح قد تعرض لموجة انتقادات أثناء دراسة المشروع، مما نتج عنه إسناد مهمة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية للحكومة، على أن يساعدها في سبيل ذلك لجنة البنود التعسفية. وتقوم الحكومة وهي بصدد تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية باستشارة لجنة البنود التعسفية؛ نظرا لاختصاصها في البحث والتحري لمختلف الشروط التعسفية، ثم إصدار توصيات بتعديلها، أو منع إدراجها في العقود التي ستبرم مستقبلا، فضلا عن إلغائها في العقود القائمة. وهو الموقف الذي حافظ عليه قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 01 فيفري 1993².

ورغم توالي التعديلات على قانون الاستهلاك الفرنسي، إلا أن المشرع الفرنسي لم يتخل عن لجنة البنود التعسفية، مانحا الثقة بها من أجل بناء نظام متكامل لمكافحة الشروط التعسفية. وما يؤكد ذلك هو نص قانون الاستهلاك الفرنسي في آخر تعديلاته (2021) على لجنة البنود التعسفية، وتحديد الثقة بتلك الهيئة، وذلك بموجب المواد ر. 822-18 إلى غاية المادة ر. 822-32.

ب- دور اللجنة في مكافحة الشروط التعسفية:

يتمثل دور لجنة البنود التعسفية في مكافحة هذه الشروط عن طريق اجتماعها، وإصدارها توصيات بخصوصها

¹ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 348.

² - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 145-146.

ب-1- اجتماع لجنة البنود التعسفية:

تجتمع لجنة البنود التعسفية بصورة دورية؛ لبحث وتحليل الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العقد¹.

ويكون اجتماع اللجنة مرة على الأقل كل 03 أشهر في دورة عادية، كما يمكنها أن تجتمع في دورة استثنائية، وذلك بطلب من رئيسها، أو نصف أعضائها على الأقل. ويشترط لصحة الاجتماع إرسال استدعاءات فردية من الرئيس إلى الأعضاء، ويتم تحديد فيها تاريخ الاجتماع بدقة، ويشترط كذلك أن ترسل هذه الاستدعاءات قبل 15 يوما على الأقل من التاريخ المحدد للاجتماع كأصل عام، كما يمكن أن تنقص هذه المدة إلى ثمانية أيام، وذلك في الدورات الاستثنائية².

ويتم الاجتماع عن طريق الإخطار من الوزير المكلف بالتجارة، أو من طرف كل إدارة، أو جمعية معنية، أو جمعية لحماية المستهلكين، أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك، كما يمكن لها أن تنعقد أيضا من تلقاء نفسها، إذا ما رأت سببا لذلك³.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى حق الإخطار لانعقاد اجتماعات اللجنة للأشخاص المعنوية فقط، وبالتالي فقد استبعد إمكانية طلب الانعقاد من قبل أحد المستهلكين أو المحترفين. وقد يعود سبب ذلك إلى محاولة الحد من طلبات المستهلكين التي قد تتجاوز قدرات وإمكانيات اللجنة⁴.

ويلاحظ بالنسبة للمشرع الجزائري، أنه لم يقيم بحصر الهيئات التي يجوز لها الإخطار بانعقاد لجنة البنود التعسفية، مما يجعل المجال مفتوحا لأي مؤسسة لإخطار لجنة البنود التعسفية، وذلك حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306⁵.

ويرى البعض⁶ أنه بناء على النص السابق، فإنه يجوز للقضاء الإخطار باجتماع لجنة البنود التعسفية؛ باعتباره مؤسسة من مؤسسات الدولة، تكمن مهمته في إقامة العدل بين الناس عن طريق فض النزاعات الواقعة بينهم، كما يتحقق في القضاء أيضا شرط المصلحة المنصوص عليه من قبل المشرع

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.146.

² - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.137.

³ - ينظر: المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.349.

⁵ - نصيرة زوطاط، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.34.

⁶ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.349.

الجزائري؛ ذلك أن الهدف من وراء لجوء القاضي للجنة البنود التعسفية تحقيق مصلحة طرفي الخصومة والقاضي معا. وتكمن هذه المصلحة في عدم استئثار القاضي بتقدير الشرط التعسفي، وما قد ينتج عن هذا من تحكم، أو خطأ، أو نقص، بخلاف لو تم النظر إلى ذلك الشرط من قبل هيئة متخصصة، وبعد مشاور أعضائها، كما قد يكون لجوء القضاء إلى لجنة البنود التعسفية دافعا لتوحيد أحكام القضاء؛ باعتبار أن توصيات اللجنة يتم نشرها بكافة الطرق؛ لتسهيل عملية الاطلاع عليها.

كما تقوم لجنة البنود التعسفية بإعداد تقريرها السنوي؛ حيث يشمل هذا التقرير كل الآراء والتوصيات التي صدرت منها؛ أي أنه يشمل النشاط السنوي الذي بذلته اللجنة في سبيل ممارسة نشاطها، والمتمثل في مكافحة الشروط التعسفية، ويتم إرسال التقرير إلى الوزير المختص، كما يتم نشر هذا التقرير بكل الوسائل الممكنة؛ من أجل تسهيل الاطلاع عليه، وذلك طبقا للفقرة الثالثة من نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-1306¹.

ب-2- إصدار توصيات: دور وقائي غير إلزامي:

يتعين على لجنة البنود التعسفية إعداد تقرير سنوي تبين من خلاله حصيلة نشاطها، سواء تعلق الأمر بالطلبات الموجهة لها، أم الاجتماعات، أم الآراء التي أبدتها. وتشرف على وضع التقارير، وتدوين التوصيات الصادرة عنها خلال السنة وجمعها؛ من أجل إرسالها إلى الوزير المختص، كما تلتزم بنشر التقارير بكل الوسائل الممكنة؛ للاطلاع عليها، وذلك تحقيقا للغرض المنشئة من أجله².

وقد أصدرت لجنة البنود التعسفية الفرنسية منذ نشأتها العديد من التوصيات في مجال الشروط التعسفية، تتعلق بمجالات متعددة هدفها جميعا حماية الرابطة العقدية من تعسف المحترفين. وبالتالي فقد لعبت هذه اللجنة دورا هاما في مكافحة الشروط التعسفية، وفي توحيد قانونها، وكذا تطوير المبادئ التي تتضمنها العقود النموذجية التي يعرضها المحترفون على المستهلكين، كما أن ممارسة اللجنة لمهامها يفتح المجال لأصحاب الشأن بأن يضعوا لأنفسهم القواعد القانونية التي ستطبق عليهم مستقبلا³.

وكما بينا سابقا، فإن توصيات اللجنة لا تكتسب طابع الإلزام رغم نشرها؛ حيث يقتصر دورها على تشكيل ضغط نفسي على المحترفين رغم نشرها؛ إذ لا يتعرض المحترف لأي عقوبات في حالة

¹ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.353-354.

² - محمد اعمامة صوالح، نورة جبارة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، المرجع السابق، ص.177.

³ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.148.

مخالفتها¹، لذلك يعتبر دور هذه اللجنة دورا تحريضيًا بحتًا²، كما تعتبر جهازا ذا طابع استشاري يبقى له دور في توجيه السياسة التشريعية، وكذا مساعدة القضاء في تكييف الشرط إذا ما عرضت عليه قضية متعلقة بهذا المجال³.

ولعل هذا الطابع غير الإلزامي، والذي تكتسبه توصيات اللجنة هو من جعل بعض الفقه لا يتحمس لها، ولا ينتظر منها حماية فعالة للمستهلك⁴، مما يجعل عملها حسبهم مجرد حبر على ورق، إلا أن البعض الآخر من الفقه يرى عكس ذلك؛ إذ تلعب اللجنة حسبهم دورا مهما في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مما أدى ببعضهم إلى تشبيهها بالبوليس التعاقدي، كما يرى آخرون أن لجنة البنود التعسفية تعتبر ركيزة مهمة في قانون الاستهلاك الفرنسي⁵.

وقد أصدرت لجنة البنود التعسفية في فرنسا منذ نشأتها العديد من التوصيات تتضمن كل منها العديد من الشروط التي اعتبرت اللجنة تعسفية. ورغم اتسام هذه التوصيات بالطابع غير الإلزامي إلا أن المحاكم لم تتردد في الاسترشاد بها لتقدير الطابع التعسفي للشرط، كما يرجع لهذه اللجنة الفضل في تنظيم المشرع الفرنسي بعض الشروط في مجالات معينة⁶، حيث لعبت دورا مهما في تحديد الشروط التعسفية الواردة في القوائم المنصوص عليها في تقنين الاستهلاك الفرنسي؛ باعتبار أن هذا الأخير قد تبنى معظم التوصيات الصادرة عن اللجنة، والتي اعتبرت فيها بعض الشروط تعسفية، وذلك من باب عدم إهدار الجهد المبذول من قبل اللجنة في تكييف بعض الشروط، وبالتالي يفترض في تلك الشروط الطابع التعسفي إلى أن يقوم المحترف بإثبات العكس⁷. كما تلعب رقابة لجنة البنود التعسفية دورا مهما في إعلام المستهلك بالشروط التعسفية، مما يساهم في تنوير رضا المستهلك، وهو ما يعتبر نوعا من أنواع الرقابة الوقائية من الشروط التعسفية⁸. أما بالنسبة للمحترفين، فإن توصيات اللجنة وإن كانت لا تعتبر ملزمة بالنسبة لهم، إلا

¹ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.243.

² - محمد بودالي، مكافحة الشروط لتعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.37.

³ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.136.

⁴ - رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.220.

⁵ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.349-350.

⁶ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.244.

⁷ - Claire-Marie Peglion-zika, la notion de clause abusive, op. cit. p.294.

⁸ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.524.

أنها تساهم في الضغط عليهم معنويا، فيمتنعون عن تضمين عقودهم بمثل تلك الشروط مستقبلا¹، كما تم الاستناد إلى هذه التوصيات في المفاوضات التي جمعت بين جمعيات المحترفين وجمعيات الدفاع عن المستهلكين. وتكمن أهمية هذه التوصيات أيضا في التمسك بها من قبل المستهلكين أمام القضاء للمطالبة بإلغاء تلك الشروط ليس على أساس سند قانوني؛ وإنما على أساس سند معنوي يرجع إليها القضاء عند مباشرته لمهمته، المتمثلة في تقدير الطابع التعسفي².

وما يؤكد ذلك، أن اعتبار الشرط تعسفيا بموجب لجنة البنود التعسفية، يدفع القضاء إلى طلب من الطرف الذي يدعي خلاف ذلك نفي الطابع التعسفي للشرط. وفي هذا يتشابه دور توصيات لجنة البنود التعسفية مع نظام القوائم الرمادية³.

وأخيرا، فإنه بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أعطى للقضاء الحق في الاستعانة بلجنة البنود التعسفية؛ لأجل إبداء رأيها حول إحدى البنود، ويتعين على لجنة البنود التعسفية إبداء رأيها خلال أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغها، ويجوز للقاضي تخفيض المدة في حالة الاستعجال، ويلتزم القاضي بعدم الحكم في الموضوع إلا بعد حصوله على رأيها، أو انقضاء المدة المحددة لها، إلا أن القاضي يبقى غير ملزم بأخذ رأيها؛ إذ يجوز له القضاء بما يخالف رأي لجنة البنود التعسفية⁴.

وكخلاصة لما سبق، فإن لجنة البنود التعسفية تمارس ضغطا ملحوظا على المشرع، والقاضي، والمحترفين⁵.

¹ - فلة مكى، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 273-274. أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 224-225. سميرة زوية، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص. 118. محمد اعمامة صوالح، نورة جبارة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، المرجع السابق، ص. 177.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 351.

³ - Abbas Karimi, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit, p.347.

⁴ - art R.822-21 du code de la consommation français dispose: "le juge compétant demande a la commission, par décision non susceptible de recours, son avis sur le caractère abusif de cette clause tel que défini a l'article L.212-1 1 l'avis ne lie par le juge. la commission fait connaitre son avis dans un délai maximum de trois mois a compter de sa saisine.

il est sursis a toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'a réception de l'avis de la commission ou, a défaut jusqu'a l'expiration du délai de trois mois susmentionné. toutefois, les mesures urgents ou conservatoires nécessaires peuvent être prises".

⁵ - Claire-Marie Peglion-zika, la notion de clause abusive, op. cit p.295.

ورغم تلك الأدوار، إلا أن ذلك لا ينفي عدم اكتساب توصيات اللجنة صفة الإلزام¹، وبالتالي فإن مخالفتها لا يكون مدعاة للطعن بالنقض².

أما بالنسبة للجنة البنود التعسفية الجزائية، فإنه ونظرا لحداتها، فإنها لم تصدر توصيات في ميدان عملها لحد الآن، بخلاف نظيراتها في التشريعات المقارنة³.

وقد يعتقد البعض أن إنشاء لجنة البنود التعسفية قد ينتج عنه تقييد دور القضاء، أو التقليل من دور الرقابة القضائية على الشروط التعسفية، إلا أن الأمر على خلاف ذلك؛ ذلك أن إنشاء مثل هذه اللجان لا يعبر عن رغبة المشرع في تقييد دور القاضي؛ وإنما ينم عن رغبة تشريعية حقيقية في حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في الرابطة العقدية، لذلك فإن إنشاء مثل هذه اللجان يعتبر أداة من أدوات قانونية عديدة يستخدمها المشرع لغرض تحقيق أهداف حمائية للمستهلك. وهذه المنهجية التشريعية ليست بجديدة عن المشرع الفرنسي؛ حيث يستخدمها في كثير من العلاقات التعاقدية التي يكون أحد طرفيها ضعيفا يستحق الحماية التشريعية، ومثال ذلك استخدام المشرع الفرنسي لهذه المنهجية بخصوص علاقات العمل، وذلك بإنشاء رقابة إدارية سابقة على قرار إنهاء علاقات العمل، وتتجسد آلياتها في ضرورة الحصول على إذن سابق من لجنة إدارية، تحت طائلة اعتبار قرار إنهاء علاقة العمل مشوبا بطابع التعسف، كما أن وجود مثل هذه اللجان لم يؤثر على دور القضاء الفرنسي في الرقابة على قرار الإنهاء⁴.

وبناء على ذلك، يتضح أن وجود مثل هذه اللجان يعبر عن وجود سياسة تشريعية عامة تفسح المجال لهذه الهيئات الإدارية من أجل أن تلعب دورا هاما في التدخل في تكوين العقد، وكذا في ترتيب آثاره، وهذا التدخل يتزايد كلما تعلق الأمر بأطراف ضعيفة في رابطة تعاقدية. لذلك فإن إنشاء مثل هذه اللجان يعتبر جزءا من منظومة تتوافق كل عناصرها لتحقيق حماية فعالة ذات طبيعة وقائية من ظاهرة الشروط التعسفية⁵.

¹ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 524.

² - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 244.

³ - محمد اعمامة صوالح، نورة جبارة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، المرجع السابق، ص. 179.

⁴ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 163.

⁵ - المرجع نفسه، ص. 164.

ثانيا- الآليات العلاجية لمواجهة الشروط التعسفية:

رأينا سابقا كيف أن تشريعات الاستهلاك قد حاولت قدر الإمكان تجنب القصور، أو الانتقادات الموجهة للقواعد العامة، حيث قامت بوضع معيار للشرط التعسفي، كما قامت بتحديد بعض الشروط التعسفية بقوة القانون، دون الحاجة إلى إثبات الطابع التعسفي فيها؛ باعتبار أن وجود مثل هذه الشروط لا يمكن اعتباره إلا شرطا تعسفيا، وغيرها من الآليات الحديثة الموجهة لمكافحة الشروط التعسفية. إلا أن هذه الحماية، أو تجاوز قصور القواعد العامة -والتي سعت إليه تشريعات الاستهلاك- لا يكتمل إلا بترتيب جزاء عن وجود مثل هذه الشروط التعسفية، التي تضر بالمستهلك الضعيف؛ باعتبار أن عدم ترتيب جزاء عن ذلك قد يجعل من الحماية عديمة الجدوى، كما أن هذا الجزاء هو من يردع طائفة المخترفين، ويشبههم عن إدراج مثل هذه الشروط في عقودهم مع جمهور المستهلكين.

وبناء على ذلك، فقد نصت معظم تشريعات الاستهلاك على جزاء وجود الشروط التعسفية في العقود. ولم يقف هذا الجزاء على الطابع المدني فحسب، والذي تتميز به المعاملات المدنية؛ بل تعداه إلى جزاء جنائي يفرض على المخترف الذي ضمن عقده مع الطرف الضعيف شروطا تعسفية. وقد اختلفت تشريعات الاستهلاك في النص على الجزاءين، حيث نص البعض منها على الجزاء المدني فقط دون الجزاء الجنائي، بينما اكتفت الأخرى بالنص على الجزاء الجنائي فقط دون المدني. كما لم تكتف تلك التشريعات الحديثة بالجزاءين فقط من أجل مكافحة الشروط التعسفية، بل أعطت فوق ذلك الحق لجمعيات حماية المستهلك الحق في التأسيس كطرف مدني، والمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية. وتبعاً لذلك، فإننا سنعرض للجزاء الجنائي، ثم نتطرق إلى الجزاء المدني المترتب عن وجود الشرط التعسفي بالعقد، إضافة إلى دور جمعيات حماية المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية.

1- الجزاء الجنائي:

نص المشرع الجزائري على هذا الجزاء بموجب نص المادة 38 من القانون رقم: 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي جاء فيها: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50 000 دج) إلى خمسة ملايين (5000 000 دج)".

ويرى اتجاه فقهي¹، أن المشرع الجزائري قد يكون أخذ هذا الجزاء الجنائي، والمترب عن وجود الشروط التعسفية في العقود، عن نظيره الفرنسي، وذلك بموجب المرسوم رقم: 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978، والذي كان يعاقب بالغرامة كل من يقوم بالإخلال بالالتزام بذكر وجود ضمان قانوني للعبء الخفي، وذلك في حالة وجود اتفاق تعاقدى على ضمانها.

2- الجزاء المدني:

على خلاف الجزاء الجنائي، الذي لا يهدف إلى حماية المستهلك بقدر ما يسعى إلى معاقبة المخترف عن مخالفته القواعد القانونية المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية، فإن الجزاء المدني للشروط التعسفية، يعكس الحماية التشريعية الفعالة من هذه الشروط. وتبعاً لذلك، فقد نصت معظم التشريعات المقارنة على هذا الجزاء المدني بنص صريح وواضح. وبالمقابل لم يكن موقف المشرع الجزائري بالصراحة نفسها، وهذا ما أدى إلى انقسام الفقه بهذا الخصوص بين بوجود جزاء مدني، وآخر يرى عكس ذلك.

أ- الجزاء المدني في التشريعات المقارنة:

لقد نصت العديد من التشريعات الحديثة، ومن بينها التشريع الألماني بموجب المادة 6 من قانون 1976 سالف الذكر على جزاء وجود الشروط التعسفية، والمتمثل في بطلان الشرط مع بقاء العقد صحيحاً².

ونجد أيضاً من بين التشريعات التي نصت على الجزاء المدني المادة ل. 241-01 الفقرة 01 من قانون الاستهلاك الفرنسي 2021، والتي جاء فيها: "الشروط التعسفية تعتبر كأن لم تكن"³، ثم بينت الفقرة 02 من المادة نفسها أن الجزاء يلحق الشروط التعسفية فقط مع بقاء العقد قائماً، حيث جاء فيها: "يبقى العقد سارياً بالنسبة لكل أحكامه إلا التي حكم بأنها تعسفية، إذا كان من الممكن استمرار العقد بدونها"⁴. ويتبين من خلال هذه المادة، نص المشرع الفرنسي - ومن هذا حذوه من التشريعات المقارنة - على بطلان كل شرط من شأنه إحداث إخلال ظاهر في أداءات طرفي العقد⁵، مع الإبقاء على العقد في باقي أجزائه، متى كان ذلك ممكناً⁶. ومن شأن أعمال هذا الجزاء تحقيق ميزتين اثنتين وهما؛ أولاً: معاقبة

¹ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 141.

² - حسن عبد الباسط جبري، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 284.

³ - L.241-1/1dispose: "les clause abusives sont réputées non écrites".

⁴ - L.241-1/2dispose: "le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses".

⁵ - Mona Jamal, le contrat d'adhésion, op. cit, p.p.348-349.

⁶ - Jean Beauchard, droit de la distribution et de la consommation, op. cit, p.350.

المحترف على تضمين العقد شروط تعسفية، وثانيا: إنقاذ العقد عن طريق إبطال الشرط فقط. ويتسم هذا الحل بوضوحه؛ ذلك أن مبدأ هذا الجزاء هو المساس بالعقد فقط من خلال الشرط التعسفي، دون بقية الشروط¹. ولا شك أن تبني هذا الجزاء يتمشى ومصلحة المستهلك؛ باعتبار بقاء العقد -والذي يكون محله سلعة أو خدمة- لا غنى للمستهلك عنها². وبالتالي فإنه باستبعاد الشرط التعسفي مع بقاء العقد، يصبح العقد محققا لطموحات ورغبات المستهلك التي توقعها من وراء إبرامه؛ فهو يريد الاستمرار في العقد، مع عدم سريان الشرط التعسفي عليه. أما بالنسبة للمحترف فإنه بإلغاء الشرط التعسفي يصبح العقد عبئا عليه، ويرغب في التملص أو النكوص عنه، لذلك فإن تبني مثل هذا الجزاء يتعارض مع مصلحة المحترف، والذي يعتبر طرفا قويا يريد استغلال تفوقه على المستهلك، وفرض شروط تعسفية عليه، وهذه الشروط التي من دون شك تكون في خدمة مصالح المحترف، إلا أن هذه المصالح قد تكون مهددة بالضياع في حالة إبطال تلك البنود التعسفية، لذلك يسعى المحترف إلى إبطال العقد برمته في حالة عدم نفاذ الشرط التعسفي في مواجهة المستهلك. وبناء على ذلك، فإن إقرار هذا الجزاء الخاص، والمتمثل في استبعاد الشرط مع بقاء العقد يعتبر بمثابة وسيلة حمائية للمستهلك؛ لأنها تمنع المحترف من التخلص من التزاماته العقدية عن طريق إبطال العقد برمته، كما يعتبر هذا الجزاء من بين النتائج المترتبة عن التعامل المباشر مع فكرة الشروط التعسفية من خلال منظور خاص يركز على الفكرة نفسها؛ بتحليل عناصرها الأساسية برؤية موضوعية³، كما أن إبطال الشرط فقط دون العقد يجد مبرره في كون إبطال العقد برمته قد تترتب عنه نتائج خطيرة، تتمثل في المساس باستقرار المعاملات، وزعزعة المراكز القانونية المبنية على الثقة، وحسن النية⁴. ونظرا للنتائج الفعالة المترتبة عن أعمال هذا الجزاء، فقد أصبح يحتل مكانة بارزة ضمن الجزاءات الموجهة لمكافحة احتلال التوازن العقدي⁵.

¹- Florian Maume, essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, op. cit, p.p.530-531.

²- مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، المرجع السابق، ص.98. أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.229.

³- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.ص.158-159.

⁴- سميرة زوية، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص.139.

⁵- Faustine Jacomino, le contrôle objectif de l'équilibre contractuelle, entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, thèse de doctorat, université cote d'azur, France, 2018. p.376.

وإن كان الفقه قد اتفق على أن المقصود بعبارة غير مكتوب هو البطلان، إلا أن الاختلاف كان حول طبيعة البطلان؛ أهو مطلق، أم نسبي؟

حيث ذهب البعض إلى أن المقصود بالبطلان هنا، هو البطلان المطلق؛ باعتبار أن ذلك يحقق جزاء فعالا للمستهلك؛ ذلك أنه لو اشترط على المستهلكين رفع دعواهم بمفردهم لتقاعسوا في العديد من المرات عن رفعها؛ بسبب جهل المستهلكين بهذه النصوص التي تعطيهم الحق في رفع الدعوى، وأيضاً لترددهم عن رفعها؛ نظراً لكثرة المصاريف، وطول الإجراءات، لا سيما إذا كانت السلعة أو الخدمة غير ذات قيمة كبيرة¹. وبالتالي فإن تكيف البطلان على أنه مطلق، يعطي الحق لأي صاحب مصلحة في التمسك به، على غرار جمعية حماية المستهلكين، التي يكون لها رفع دعوى حذف الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك، مما يؤدي إلى إيجاد إمكانية حقيقة للحد من البنود التعسفية².

ويستند هذا الرأي أيضاً في تبرير موقفه على أن الأحكام المتعلقة بالمادة ل.212-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي من النظام العام؛ لذلك يمكن للقاضي على ضوءها إثارة البند التعسفي من تلقاء نفسه³.

وعلى خلاف الاتجاه الأول، يرى بعض الفقه الفرنسي أن المقصود بعبارة "غير مكتوب" هو البطلان الجزئي للشرط فقط، دون العقد، الذي يبقى قائماً في باقي شروطه⁴؛ باعتبار أن المعيار الحديث للفرقة بين نوعي البطلان هو معيار المصلحة، ولأن الشرط التعسفي خلل يمس المصلحة الخاصة للمستهلكين، فإنه يترتب عن ذلك البطلان النسبي⁵. وينطلق أنصار هذا الاتجاه من التمييز بين النظام العام التوجيهي، والذي يسعى إلى توجيه الاقتصاد الوطني، وذلك عن طريق ما يتعارض مع هذا التوجيه من العقود الخاصة، كالتشريعات المتعلقة بالسياسة النقدية، وكذا بعض العمليات الاقتصادية التي تتولى الدولة تنظيمها. فهذا النظام يسعى للحفاظ على المصالح العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد. والنظام العام الحمائي، والذي يسعى للحفاظ على المصالح الخاصة للمتعاقد الضعيف أو المستهلك⁶. فإن كانت الطبيعة

¹ - سميرة زوية، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص.140.

² - إسماء حضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.212.

³ - Abbas Karimi, les clause abusives et la théorie de l'abus de droit, op. cit. p.318.

⁴ - Nathali Douche-Doyette, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat, université de Lorraine, France, 2018, p.188.

⁵ - يسن سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص.204.

⁶ - فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص.305.

القانونية للنصوص المتعلقة بالشروط التعسفية ذات طابع توجيهي، فإن البطلان سيكون مطلقا، أما إذا كانت ذات طابع حمائي، فإن البطلان سيكون نسبيا¹. ولا شك أن تضمين المحترفين لشروط تعسفية بعقودهم يعتبر خرقا لقواعد النظام العام الحمائي، وليس النظام العام التوجيهي، وجزاء خرق قواعد النظام العام الحمائي، هو البطلان النسبي وليس المطلق، كما أن المشرع لم يرد سوى حماية المستهلك، وهذا ما يتمشى مع منطق البطلان النسبي الذي يهدف لحماية المصالح الخاصة للأفراد. ويترب على ذلك عدم جواز مباشرة الدعوى إلا من طرف الشخص الذي أراد المشرع حمايته، كما أن الإبطال يمس الشرط فقط، دون سريانه على مجموع العقد².

كما يرى جانب آخر من الفقه، أن هناك قواعد قانونية تتوسط القواعد المتعلقة بالنظام العام التوجيهي والحمائي، وتتمثل في القواعد المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي الحمائي للمصلحة الجماعية، والتي تهتم بفئة معينة من المتعاقدين كالمستهلكين مثلا، فحسب هذا الاتجاه، فإن هناك نظام عام حمائي يسعى إلى حماية المصالح الجماعية مثل الدعاوى التي تقيمها النقابات، أو جمعيات حماية المستهلك³.

ويترب على مفهوم المصلحة الجماعية نتائج تقنية خاصة فيما يتعلق بالبطلان؛ إذ يجوز إثارته من طرف أشخاص آخرين غير المستهلك لهم مصلحة في ذلك، كجمعيات حماية المستهلكين؛ فالقواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي هي قواعد تفرض على الأفراد، وذلك بخلاف القواعد الحمائية للمصلحة الفردية، والتي لا تلزم هؤلاء الأفراد المشمولين بالحماية بموجبها التقيد بها. ومن ثم فإنه في حال ما إذا تضمن عقد من العقود شروطا تعسفية، ومتى توفرت المصلحة الجماعية في الدعوى المقامة، جاز للقاضي إثارة الشرط التعسفي من تلقاء نفسه؛ لتعلق الأمر بحماية المصالح الجماعية⁴.

هذا، وقد انقسم أيضا الفقه بخصوص أي الرأيين محققا لمصلحة للمستهلك، فبينما يرى بعضهم أن الرأي الثاني يتوافق ومصلحة المستهلك؛ باعتبار أن القول بالبطلان المطلق يؤدي إلى حرمان المستهلك من السلعة أو الخدمة، والتي لا يمكنه الاستغناء عنها⁵، ذهب البعض الآخر إلى القول بأن الرأي الثاني رغم

¹ - سميرة زوية، الأحكام القانونية لحماية المستهلك المتعاقد، المرجع السابق، ص. 140.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 386.

³ - فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص. 306.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - بن عزوز درماش، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص. 233-234. فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع

السابق، ص. 304.

أنه منطقي، إلا أنه قد يتعارض مع الواقع العملي، والذي يحول دون رفع دعوى إلغاء الشروط التعسفية من قبل المستهلكين؛ إما لطول إجراءاتها، أو كثرة مصاريفها، والتي قد لا تتناسب مع قيمة السلعة أو الخدمة، فمن هذا الباب، يكون الرأي الأول هو الأولي بالقبول، لا سيما أن الأخذ به يحقق حماية لمصالح المستهلك؛ باعتبار أن إعماله ينتج عنه تمكين جمعية حماية المستهلكين من مباشرة دعوى إلغاء الشروط التعسفية، والمطالبة بالتعويض عن تضمين المحترف لشروط تعسفية بالعقد. إلا أن هذا الحق لا يجوز للمحترف الاستفادة منه في مواجهه المستهلك؛ باعتبار أن هذه الدعوى موجهة أساسا لحماية الطرف الضعيف في العقد¹.

ب- الجزء المدني في التشريع الجزائري:

على عكس المشرع الفرنسي، والتشريعات المقارنة، التي نصت على الجزء المدني للشروط التعسفية، والمتمثل في إبطال الشرط، مع بقاء العقد متى أمكن ذلك، مثلما بينا سابقا، فإن المشرع الجزائري في القانون رقم: 04-02 سالف الذكر، والذي تضمن مكافحة الشروط التعسفية لم يتطرق بنص صريح إلى مثل هذا الجزء. وبناء على ذلك، فقد أدى غياب مثل هذا النص إلى اختلاف فقهي حول إمكانية تطبيق الجزء المدني في ظل خلو النصوص التشريعية من هذا الحكم صراحة، مما أدى إلى ظهور اتجاهين فقهيين حاول كل منهما تفسير هذا الغموض الذي اكتنف النصوص الجزائية.

حيث يرى البعض²، أنه لا دور للقضاء المدني في ظل غياب نص يشير إلى الجزء المدني لوجود الشروط التعسفية في العقود، كما أنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة الموجودة في القانون المدني، والمتمثلة في نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري؛ لأن هذا التفسير يتعارض مع نص المادة 29 من القانون رقم: 04-02، والتي أوردت قائمة سوداء للشروط التعسفية، لا تثبت فيها أية سلطة تقديرية للقاضي، على عكس المادة 110 من القانون المدني الجزائري، والتي يتمتع على ضوءها القاضي بسلطة تقديرية واسعة بخصوص الشروط التعسفية، إما بتعديلها، أو إلغاؤها، أو الإبقاء عليها. كما أن سلطة القاضي هنا هي سلطة جوازية، وليست وجوبية؛ حيث يجوز لقاضي الموضوع عدم استعمال هذه الرخصة القانونية، والإبقاء على الأصل، والمتمثل في القوة الملزمة للعقد. وبالتالي فإن غياب النص على الجزء المدني لا يمكن اعتباره إلا سهوا من واضعي القانون الجزائري، من أجل ذلك وجب عليهم تدارك هذا النقص، وذلك

¹ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 387.

² - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 141-142.

بالنص على بطلان الشروط التعسفية مع بقاء العقد صحيحا، متى أمكن بقاءه صحيحا دون تلك الشروط التعسفية.

وفي السياق نفسه يرى اتجاه آخر¹، أنه على المشرع الجزائري النص على الجزاء المدني؛ باعتباره الجزاء الأصلي للعلاقات التعاقدية، كما أن إبطال الشرط فقط دون العقد، هو إحدى الاتجاهات الحديثة الهادفة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية؛ لأنه يساهم في المحافظة على استقرار المعاملات، وذلك من خلال منع العلاقة العقدية من الزوال عن طريق الإبقاء على العقد محل الشرط التعسفي، كما يساهم تكريس الجزاء المدني، بالإضافة إلى معيار الإخلال الظاهر في أدعاءات الطرفين، في تعميم حلول مواجهة الشروط التعسفية ضمن النظرية العامة للعقد.

وبالتالي فإن سكوت المشرع الجزائري عن هذا الجزاء، القاضي ببطلان الشروط التعسفية يجعل من الحماية من الشروط التعسفية غير كافية².

وخلافا للرأي السابق، ذهب اتجاه آخر إلى أن عدم نص المشرع على الجزاء المدني لا يعني انعدامه، حيث يرى البعض³ إمكانية استخلاص هذا الجزاء ضمينا من نصوص القانون رقم: 04-02؛ إذ تنص مادته الأولى على ما يلي: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ وشفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه". إذ يتضح من هذا النص، أن هدف المشرع الجزائري من سن نصوص هذا القانون هو حماية المستهلك من جميع أشكال الممارسات، سواء كانت غير شفافة، أم غير نزيهة، أم تعسفية، مما يضيف عليها طابع القواعد الآمرة، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وما يؤكد هذا الفرض هو نص المشرع الجزائري على عقوبات جزائية في حالة مخالفة أحكام هذا القانون، ولا يمكن ترتيب عقوبة جزائية تمس بمصلحة الأفراد دون وجود جزاء مدني. وما يثبت وجود الجزاء المدني أيضا هو تولي المشرع الجزائري تعريف الشرط التعسفي، وكذا تحديد معياره، ولا يمكن تصور تعريف الشرط التعسفي، وتحديد معياره، ثم ينزع من القاضي المدني سلطته تقدير الطابع التعسفي للشرط، وكذا تقدير الجزاء المترتب عنه؛ ذلك أن القاضي الجنائي ليس من صلاحيته تقدير الطابع التعسفي، والحكم ببطلانه أو إلغائه، كما يمكن استخلاص الجزاء المدني أيضا من نص المادة

¹ - أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 229.

² - خديجة فاضل، عيممة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص. 223.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 390-391.

30 من القانون رقم: 04-02، والتي تنص على 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". فقد استعمل المشرع عبارة "المنع"، والتي تعني حسب القواعد العامة البطلان. وفي التوجه ذاته، يرى اتجاه آخر¹ أن هذا الفراغ القانوني - والمتمثل في عدم إيراد جزاء مدني للشروط التعسفية على ضوء القانون رقم: 04-02 - لا يحول دون حكم القاضي ببطلان الشرط؛ لأنه حسب الفقه الحديث يجوز القضاء بالبطلان حتى في غياب النص، إذا كانت المصلحة التي يسعى القانون للحفاظ عليها مهمة تصلح لتبرير هذا الجزاء، ومما لا شك فيه، فإن حماية المستهلك، عن طريق إعادة التوازن العقدي، فيها مصلحة تكتسي طابع الأهمية، مما يّعِد مبررا لبطلان الشرط التعسفي. والدليل على ذلك أن المشرع الجزائري، وبمقتضى المادة 65 من القانون رقم: 04-02 قد أجاز لجمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية المنشأة طبقا للقانون، ولكل شخص طبيعي، أو معنوي ذي مصلحة رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام قانون الممارسات التجارية.

وفي السياق نفسه، يرى اتجاه آخر² أن المشرع الجزائري بعدم إيراده للجزاء المدني للشروط التعسفية على ضوء القانون رقم: 04-02، يكون قد فضل إحداث تكامل بين قواعد هذا القانون وقواعد القانون المدني، وذلك عن طريق إضفاء صفة الإذعان على عقود الاستهلاك، مما يؤدي إلى تحقيق نوعا من الحماية للمستهلك، عن طريق أحكام المادة 110 من القانون المدني، والتي تعطي سلطة تعديل الشروط التعسفية؛ سواء بالتعديل، أم بالإلغاء. كما يمكن للمستهلك أيضا الاستفادة من أحكام المادتين 184 و185 من القانون المدني، والتي تعطي للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، إذا تعلق الأمر بالشروط الجزائية التعسفية.

كما يضيف جانب آخر³ أن الرأي الثاني، والقاضي بتطبيق الجزاء المدني على الشروط التعسفية، هو الأولى بالترجيح، لا سيما في ظل الفراغ القانوني الذي يتميز به القانون رقم: 04-02، وبالتالي فإنه إذا عرض على القاضي قضية بخصوص شرط تعسفي لم يرد ضمن الشروط المذكورة في القوائم المنصوص عليها، يكون له سلطة تقدير الجزاء وفقا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما يؤدي إلى

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص. 439-440.

² - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 176-177.

³ - عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 312-313.

النتيجة نفسها التي كان من المفروض النص عليها في القانون رقم: 02-04 -وهي بطلان الشروط التعسفية مع بقاء العقد صحيحا- وأن هذا التفسير هو الأول بالقبول، اللهم إذا كان المشرع الجزائري قد قصد من وراء سكوته عن الجزء المدني المترتب عن تضمين العقد شروطا تعسفية، والاكتفاء فقط بالتعويض على الضرر اللاحق بالمستهلك من جراء الشروط التعسفية عن طريق دعوى مدنية بالتبعية أن التعسف ليس سوى صورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية فقط، مما يتعذر معه إعمال البطلان في هذه الحالة. وما يؤكد هذا الطرح هو تعديل المشرع الجزائري للقانون المدني في 2005، ونصه على اعتبار التعسف صورة من صور الخطأ، وذلك بمقتضى المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

ونرجح من جانبنا الرأي الثاني؛ باعتبار أن الأخذ به يؤدي إلى تحقيق غاية تشريعات الاستهلاك، وهي تكريس حماية حقيقية للمستهلك عن طريق النص على جزاء فعال يترتب على اعتبار الشرط تعسفيا، كما أنه من المعروف أن تشريعات الاستهلاك قد جاءت لسد القصور الذي اعتري القواعد العامة، وبالتالي فلا يمكن تصور غياب الجزء المدني للشروط التعسفية في القانون رقم: 02-04، رغم وجوده في القواعد العامة، وذلك بمقتضى المادة 110 من القانون المدني الجزائري. إلا أننا رغم ذلك نقر بأنه من الأفضل على المشرع الجزائري النص على الجزء المدني بنص صريح، وذلك تفاديا لأي لبس، أو تردد قضائي في الحكم بإلغاء الشروط التعسفية.

3- دور جمعيات حماية المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية:

نظرا للضعف الذي تتميز به طائفة المستهلكين، والذي يجعلهم عاجزين عن الوقوف أمام المحترفين، والمطالبة بحقوقهم، وذلك مقارنة بالمحترف، والذي يعلم جيدا ظروف التعاقد، ولديه خبرة كافية بخصوص إجراءات التقاضي، وسير الدعاوى. وبالتالي فإن جعل الأمر بين المستهلك والمحترف فقط، من شأنه خلق عدم التوازن بين الطرفين.

وبناء على ذلك، فقد أعطت التشريعات الحديثة لجمعيات حماية المستهلكين الحق في التأسيس كطرف مدني، وذلك من خلال رفع دعوى قضائية للمطالبة من القضاء المدني الأمر تحت التهديد بالغرامة التهديدية بإلغاء الشروط التعسفية في نماذج العقود المقترحة من طرف المحترفين على طائفة المستهلكين¹.

وقد جاء ذلك الإقرار بعد فشل توصيات لجنة البنود التعسفية في منع وردع المحترفين عن تضمين عقودهم المبرمة مع طائفة المستهلكين لشروط تعسفية، حيث لم تنجح هذه اللجنة في حذف أو إزالة هذه

¹ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 536.

الشروط التعسفية إلا نادرا؛ نظرا لعدم اقتراحها بجزاء، وهو ما أوجب على المشرع الفرنسي أن يصدر قانون 78 جانفي 1988، أقر من خلاله دعوى مستقلة، تسمى دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية¹، كما تم النص على هذه الدعوى أيضا في المادة 421-6 المعدلة بموجب الأمر رقم: 01-741 المؤرخ في 23 أوت 2001. وحسب الفقرة الأولى من هذه المادة، فإن للجمعيات المذكورة، والهيئات التي تبرر تسجيلها في القائمة المنشورة في الجريدة الرسمية للاتحادات الأوروبية، الحق في رفع دعوى أمام القضاء المدني؛ وذلك من أجل المطالبة بوقف كل التصرفات السيئة التي تثبت مخالفتها للنصوص المستقاة من التعليمات الأوروبية، منها تعليمة 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية².

ويرى بعض الفقه أن جمعيات حماية المستهلكين تعتبر فاعلا في مقاومة الشروط التعسفية، وبناء عليه يكون لها أخذ المبادرة من أجل إلغاء الشروط التعسفية. كما تلعب هذه الدعوى دورا وقائيا؛ إذ تسعى إلى إلغاء الشروط التعسفية بطريقة عامة ووقائية، وذلك في العقود المبرمة بين طرفي عقد الاستهلاك³.

وبناء على ذلك، فإنه لا يكون لجمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا الاقتصار على المطالبة ببطالان الشروط التعسفية في العقود التي قد تم إبرامها مسبقا بين المحترفين والمستهلكين، بل يكون لهذه الجمعيات المطالبة أيضا بالحذف المادي لمثل هذه الشروط التعسفية من نماذج العقود قبل إبرامها؛ باعتبار أن مثل هذه العقود غالبا ما تنطوي على شروط تعسفية وضارة بمصلحة المستهلك الضعيف. ويشترط لقبول ممارسة هذه الدعوى وجود عقد قائم بين المحترف والمستهلك⁴.

وقد أكدت محكمة العدل الأوروبية الطابع الوقائي والهدف الردعي لهذه الدعوى؛ إذ إنها أجازت رفع هذه الدعوى، حتى لو كانت الشروط المراد إلغاؤها لم تستعمل في عقود محددة؛ باعتبار أن دعوى إلغاء هذه الشروط مستقلة عن أي نزاع⁵.

وبناء على ذلك، فقد قضت محكمة العدل الأوروبية بأن: "الدعوى القضائية الوقائية المرفوعة بواسطة جمعية حماية المستهلكين بغرض العمل على منع استعمال التاجر للشروط التي تقرر أنها تعسفية في

¹ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.40.

² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.441.

³ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.533.

⁴ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.245.

⁵ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.533.

العقود مع الأفراد تكون ذات طبيعة تقصيرية أو شبه تقصيرية طبقا لحكم المادة 3/5 من اتفاقية بروكسل¹.

وترفع الدعوى في مواجهة المهني أو مجموع المهنيين الذين يقترحون نماذج العقود على طائفة المستهلكين، ومن ثم يقوم القضاء بالبحث عن أثر الشرط محل النزاع في الإخلال بالتوازن بين أداءات الطرفين، وفي حالة ما إذا تبين للمحكمة الطابع التعسفي للشرط محل النزاع، فإنها تقضي بإلغائه، وربما تحت الحكم بالغرامة التهديدية، ويلتزم المهني أو المنظمات المهنية بتعديل نماذج الاتفاقات بناء على ذلك². كما يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم على نفقة المحترف³.

وسعيا من جمعيات حماية المستهلكين لشمول الحكم أكبر عدد ممكن من طائفة المحترفين، فإنها غالبا ما تختصم أكبر عدد ممكن من المحترفين؛ وذلك نظرا لاقتصار حجية الحكم القضائي على طرفيه فقط، لذلك فقد سعت هذه الجمعيات إلى جعل هذه الأحكام تتصف بالوقاية والشمولية⁴.

ويرجع سبب إقرار مثل هذه الدعوى، إلى أن الحكم قضائيا بالطابع التعسفي لشرط معين، لا يحول دون وجوده في عقد آخر من العقود التي يقترحها المحترف على طائفة المستهلكين، كما أن كثيرا من هؤلاء قد لا يلجأ إلى القضاء للمطالبة بإبطال هذه الشروط التعسفية⁵.

ويتم تقدير الطابع التعسفي للشرط في هذه الدعاوى بالاعتماد على المعيار المجرد؛ أي أن القاضي ملزم بالبحث عن ما إذا كان من شأن هذا الشرط أن يحدث اختلالا ظاهرا في أداءات الطرفين. وتمارس هذه الدعوى بصورة مستقلة أمام القضاء المدني، ولا يشترط وجود ضرر للمستهلك من أجل ممارستها، كما لا يشترط وجود ضرر جماعي قد مس بطائفة المستهلكين. وترتكز هذه الدعوى على فكرة عامة مفادها حذف الشرط المتنازع عليه، مما يجعل من الإمكان عدم نجاح هذه الدعوى إذا لم يتم إثبات العقد أو الشروط المتنازع عليها، أو لم يكن العقد محل النزاع من قبيل العقود الاستهلاكية⁶.

¹ - تراجع: كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.533. الهامش رقم.03.

² - المرجع نفسه، ص.537.

³ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.42.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.441.

⁶ - المرجع نفسه، ص.ص.441-442.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أقر هذه الدعوى كآلية لحماية مصالح المستهلكين بموجب المادة 65 من القانون رقم: 04-02؛ إذ جاء في نص المادة ما يلي: "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أما العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم". ويستخلص من هذه المادة، أن المشرع الجزائري قد منح القضاء الجزائي اختصاص النظر في مثل هذه الدعاوى، ويرجع ذلك إلى طبيعة القانون رقم: 04-02 ذا الطابع الجزائي. ويكون لجمعيات حماية المستهلكين التأسيس كطرف مدني؛ إما على مستوى قاضي التحقيق عن طريق عريضة ادعاء مدني حسب المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية، أو بتقديم المدعي المدني -أي جمعية حماية المستهلكين- تقريراً أمام كتابة ضبط القسم الجزائي قبل الجلسة، أو أثناء الجلسة. ويشترط التأسيس هنا قبل إبداء النيابة العامة طلباتها في الموضوع تحت طائلة عدم القبول¹.

وبناء على ذلك، فإن جمعيات حماية المستهلكين لها القدرة على تحريك الدعوى العمومية لأول مرة، كما يمكنها الاكتفاء بالتأسيس كطرف مدني بعد تحريك الدعوى من قبل وكيل الجمهورية².

ويلاحظ أن المشرع الجزائري في ظل القانون رقم: 04-02 لم يعالج مسألة تقاضي جمعيات حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية بصفة مستقلة؛ بل اكتفى بنص عام، والذي يعتبر غير كاف لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية، كما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يتطرق إلى حق هذه الجمعيات في المطالبة بإلغاء الشروط التعسفية؛ تفادياً لاحتمال إدراجها من قبل المحترفين مستقبلاً في عقودهم مع المستهلكين، إضافة إلى عدم نصه على إمكانية المطالبة بالحكم بالغرامة التهديدية ضد المحترف في حال عدم امتثاله للحكم القضائي؛ ذلك أن الحكم بغرامة تهديدية من شأنه ردع المحترفين عن القيام بمثل تلك التصرفات؛ لمساس هذا الحكم بدمته المالية. كما فوت المشرع الجزائري وسيلة أخرى من شأنها تقوية دور هذه الجمعيات، وهي حق هذه الأخيرة في المطالبة بنشر الأحكام القضائية الصادرة ضد المحترفين

¹ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 153.

² - المرجع نفسه.

المضمنين لعقودهم شروطا تعسفية؛ لتمكين عامة الناس من الاطلاع عليها، وأيضاً ردع المحترفين عن مثل تلك المحالفات تفادياً لتشويه سمعتهم، وكذا التشهير بهم¹.

كما أن المشرع الجزائري لم يشر من جهة أخرى إلى رفع الدعوى أمام القضاء المدني؛ حيث اكتفى حسب النص السابق بمنح جمعيات حماية المستهلكين التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها. مما يجعل القضاء المقصود بمقتضى هذه المادة هو القضاء الجزائي².

وأخيراً، فإن سبب إقرار التشريعات لمثل هذه الدعاوى يعود إلى أن جمعيات حماية المستهلكين هي الوحيدة الأكثر تأهيلاً للدفاع عن مصالح المستهلكين؛ وذلك بسبب عجز المستهلكين عن الدفاع عن أنفسهم، وكذا انشغال النيابة العامة بالقضايا الكبرى، وسواء كان ذلك بتأسيسها كطرف مدني في دعوى عمومية مرفوعة من قبل النيابة العامة، أم بتقديم ادعاء مدني أمام قاضي التحقيق، أم بتقديم شكوى أمام وكيل الجمهورية³.

إلا أن ما يعيق جمعيات حماية المستهلكين من التأسيس أمام قاضي التحقيق، هو وجوب إيداع مبلغ الكفالة، مما يؤدي إلى إرهاق كاهل هذه الجمعيات؛ نظراً لإمكاناتها الضئيلة. ولحل ذلك الإشكال لا بد من استفادتها من المساعدة القضائية، ويكون ذلك في حالة الاعتراف لها بالمنفعة العمومية⁴.

المبحث الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في ظل أحكام الفقه الإسلامي

باعتبار أن مصطلح الشروط التعسفية هو مصطلح حديث نسبياً، فإنه لم يرد له ذكر عند فقهاء الشريعة الإسلامية عند دراستهم لأنواع الشروط العقدية، ومدى مشروعيتها. إلا أن ذلك لا يعني أن الفقه الإسلامي، وهو يقوم على مبادئ العدالة، والتضامن، والنزاهة، والأمانة في المعاملات، أن يسمح بوجود مثل هذه الشروط الضارة بالمتعاقدين، أو أن يترك هؤلاء المتعاقدين دون إقرار حماية خاصة بهم في مواجهة مثل هذه الشروط. لذلك فإن المتتبع لنصوص الفقه الإسلامي، والموجودة في باب العقود أو المعاملات المالية، فإنه يجد العديد من الوسائل الموجهة لحماية المتعاقدين من هذه الشروط، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تناولوا بالدراسة الشروط العقدية، أو ما يسمى عندهم بالشروط الجعلية، سواء من حيث

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.370-371.

² - شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.442.

³ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.677-678.

⁴ - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.154.

مصدرها، أم مدى مشروعيتها، أم من ناحية نفاذها في مواجهة المتعاقدين. وباعتبار أن الشروط التعسفية مصدرها أحد المتعاقدين مثلما بينا سابقا، فإن دراسة أسلوب مكافحتها على ضوء الفقه الإسلامي، يقتضي بنا أولا التطرق إلى موقف فقهاء المذاهب الفقهية من حرية الأطراف في إنشاء الاشتراطات العقدية، ومدى إمكانية التعويل على نظرية الاشتراط من أجل مكافحة الشروط التعسفية (المطلب الأول)، ثم إلى الوسائل أو الأساليب المباشرة التي يقرها الفقه الإسلامي لحماية للمتعاقد ضحية مثل هذه الشروط، وذلك عن طريق حظر الاحتكار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مكافحة الشروط التعسفية من خلال نظرية الاشتراط: حماية غير مباشرة

يتسم موضوع دراسة مدى حدود الأشخاص في ترتيب آثار العقد، بأهمية كبرى لدى فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف توجهاتهم؛ ذلك أن الأخذ بموقف دون الآخر، ينتج عنه الاختلاف في النظر إلى مشروعية مثل هذه الشروط، وبالتالي في نفاذها في مواجهة المتعاقدين، وفي إمكانية إجبار المتعاقد المخل بها على تنفيذها. ولذلك فقد حظي هذا الموضوع بدراسة واسعة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم، وقد أدى ذلك إلى اختلاف وجهات النظر بين فقهاء هؤلاء المذاهب حول مدى مشروعية هذه الشروط، وذلك تأسيسا على حرية الأفراد في إنشائها.

وبناء على ما سبق، فإننا سنعرض الاتجاهات الفقهية بخصوص هذه المسألة، مع الأدلة التي ساقها كل اتجاه تدعيما لموقفه، ومن ثم تقدير ذلك الموقف (الفرع الأول)، وبعد بيان موقف مختلف المذاهب الفقهية من نظرية الاشتراط، نستعرض أنواع الشروط العقدية عند مختلف المذاهب، من حيث صحتها؛ سواء تلك التي ضيقت من مجال تلك الشروط، أو التي وسعت من مجال هذه الشروط، فاسحة المجال للإرادة، بضوابط شرعية موضوعية (الفرع الثاني). وأخيرا وبعد استعراض مختلف أحكام نظرية الاشتراط لدى المذاهب الفقهية، نبين مدى إمكانية الاستناد على نظرية الاشتراط للحماية من الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من حرية الاشتراط

إن المتتبع لهذه المسألة يرى اختلاف المذاهب الإسلامية بخصوص حرية الإرادة في ترتيب آثار العقد، وقد أدى ذلك إلى ظهور عدة اتجاهات، اختلف موقفها من الشروط العقدية الإرادية تضييقا وتوسيعا، فبينما يرى اتجاه أن الأصل في العقود والشروط هو المنع، ما لم يرد الدليل على مشروعيتها، وهذا هو مقتضى رأي الظاهرية (أولا)، وأيضا هو موقف الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، مع

تصحیحهم لبعض الشروط وفق ضوابط معينة (ثانياً)، وفي المقابل هناك رأي تبناه الحنابلة، وهو يعتبر الأكثر توسيعاً لهذه الشروط؛ حيث يرى أنصار هذا المذهب أن الأصل في الشروط هو الصحة والجواز، ما لم يَقم دليل شرعي على تحريمها، مما يفسح المجال حسب هذا الاتجاه للإرادة، ويطلق لها العنان لإنشاء ما تراه من الشروط، مع مراعاة عدم مخالفتها للضوابط الشرعية الموضوعية (ثالثاً). وفيما يلي عرض لموقف كل اتجاه من الاتجاهات المذكورة.

أولاً- موقف الظاهرية: الاتجاه القائل بالمنع والتشديد

يعتبر رأي الظاهرية في هذه المسألة هو أشد الآراء تضيقاً مثلما بينا، ويرجع ذلك إلى الفلسفة التي يقوم عليها هذا المذهب، والذي يتمسك بظاهر النص، دون النظر إلى العلل، فكان نتيجة ذلك تقييدهم للإرادة في هذا الباب. وقد أدى ذلك إلى عدّ الشروط الجائزة، وذكرها على سبيل الحصر، دون إمكانية تجاوزها لشروط أخرى، أو إعطاء المتعاقدين الحق في إثارة غيرها بما يوافق مصالحهم. ومن أجل الوقوف على رأي الظاهرية، وما ذكر فيه من حجج وانتقادات، يجب التطرق لمضمون هذا الرأي، ثم تقديره.

1- مضمون رأي الظاهرية:

مثلما قدمنا، فباعتبار الظاهرية أشدّ المذاهب تقييداً للإرادة، فكان نتيجة لذلك القول بحظر الاشتراط عندهم، إلا إذا دل الدليل الشرعي على خلاف ذلك.

وبناء عليه، فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون بطلان جميع الشروط المقترنة بالعقد، ما عدا سبعة شروط فقط يجوز إثارتها من قبل المتعاقدين، ويصح البيع معها. وتتمثل هذه الشروط فيما يلي¹:

- اشتراط الرهن في البيع إلى أجل مسمى.
- اشتراط تأخير الثمن إلى أجل معلوم.
- اشتراط إرجاء دفع الثمن إلى حين ميسرة المدين.
- اشتراط صفات معينة يجب توفرها في المبيع.
- اشتراط لا خلافة في البيع.
- بيع العبد، أو الأمة، فيشترط المشتري مالهما، أو بعضه مسمى معيناً، أو جزء منسوباً مشاعاً في جميعه، سواء كان المال مجهولاً كله، أم معلوماً بالكامل، أم معلوماً في بعضه، أم مجهولاً في بعضه.

¹ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1446، ص.ص. 1235-1236.

- بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت؛ سواء قبل الطيب، أم بعده، واشترط المشتري الثمرة لنفسه، أو جزء معيناً منها، أو مسمى مشاعاً في جميعها.

ويعلّل الظاهرية صحة الشروط سالفه الذكر فقط، وعلى سبيل الحصر؛ باعتبار ثبوت مشروعيتها في نصوص خاصة، ولو وجدوا خبراً يصح في غير تلك الشروط باقياً غير منسوخ، لأخذوا به، وقالوا بمشروعية ما تضمنه من شروط تبعاً لذلك¹.

وبناء على ذلك، يرى هذا الاتجاه أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد هو الحظر، وبالتالي لا يجوز للمتعاقدين تضمين العقد بشروط لم ينص الشارع على جوازها، أو قام الإجماع عليها²، فالأصل في المعاملات بين الناس عندهم هو الحظر والمنع.

وتجب الإشارة أن أصحاب هذا الرأي، قد توسعوا في موقفهم لدرجة اشتراطهم صدور الإيجاب والقبول في ألفاظ وردت في النصوص، واعتبروا أن أي لفظ في الإيجاب والقبول، لم يرد نص شرعي في استعماله لا يعتد به، ولا ينعقد به البيع؛ ذلك أن ما حرم الله - سبحانه وتعالى - فهو حرام، وما أحل فهو حلال، وتغيير اسم المعاملة الجائزة التي نص عليها الله سبحانه، يعتبر أخذاً لمال بغير الاسم المباح به، ومن ثم اعتبر باطلاً؛ إذ إن صفة البيع والربا واحدة، والعمل فيهما واحد؛ فهما معاوضة مال بمال، إلا أن أحدهما طيب، والآخر كبيرة من الكبائر³.

وقد استندوا في رأيهم هذا على قوله تعالى: "وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا"⁴، فدل ذلك على أن الأسماء كلها توقيف من الله تعالى، ولا يجوز إحداث فيها، ما لم ينزل الله به من سلطان⁵.

وقد نتج عن هذا الرأي، أنه لا سلطان للإرادة في إنشاء العقود، وكذا في تحديد آثارها؛ إذ لا يمكنها أن تنشئ عقداً، أو تشترط شرطاً لم يرد نص بخصوصه. وبالتالي فإن الإرادة حسب هذا الرأي مقيدة بجملة الشروط التي نص عليها الشارع⁶. وقد تم حصر هذه الأدلة في النص والإجماع، وأما القياس،

¹ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1446، ص. 1236.

² - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 253.

³ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1415، ص. 1199-2000.

⁴ - سورة البقرة، الآية 31.

⁵ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1415، ص. 1200.

⁶ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 121.

والعرف، وغيرهما من الأدلة، فلا تأخذ بعين الاعتبار عند أصحاب هذا الاتجاه في تشريع الأحكام، ومنها الأحكام الخاصة بالتعاقد والاشتراط¹. وفيما يلي عرض لأدلتهم التي اعتمدوا عليها في سبيل تقوية موقفهم:

أ- من القرآن:

قوله تعالى: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ"²، وقوله تعالى: "وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"³، وقوله تعالى: "وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا"⁴.

فهذه الآيات براهين قاطعة على إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد، لم ينص الشارع على إباحته بعينه؛ ذلك أن العقود، والعهود، والوعود، شروط، واسم الشرط ينطبق على جميع ما ذكر⁵.

ب- من السنة:

- قوله صلى الله عليه وسلم: "...ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن اعتق"⁶.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أمران هما⁷:

أولهما: أن قول النبي صلى الله عليه وسلم ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، يترتب عنه أن كل شرط لم يذكر في القرآن، ولا في الحديث، ولا في الإجماع، فلا يعد من كتاب الله. أما إذا كان ذلك الشرط في السنة أو الإجماع، فوجب القول بمشروعيته؛ لوجود الأمر باتباعهما في كتاب الله.

ثانيهما: أنه تم قياس جميع الشروط التي تنافي مقتضى العقد على شرط الولاء؛ ذلك أن العلة من إبطال شرط الولاء هو مخالفته مقتضى العقد، وباعتبار أن العقود توجب مقتضياتها بالشرع، فلا يجوز لأي إرادة

¹ - بدران أبو العنين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 412.

² - سورة المائدة، الآية 03.

³ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴ - سورة النساء، الآية 14.

⁵ - ابن حزم، الإحكام، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 13.

⁶ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الشروط، باب: الشروط في الولاء، رقم الحديث: 2729، ص. 668-669.

⁷ - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام المعروف بابن تيمية الحراني، الفتاوى الكبرى، المجلد الرابع، تحقيق وتعليق وتقديم: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1987، ص. 78-79.

تغيير ما أوجبه الشرع. وبعبارة أخرى، فإن العقود عندهم مشروعة على وجه معين، فلا يجوز اشتراط ما يخالفها.

- استدلووا كذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"¹. وفي رواية أخرى: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"².

حيث استنتجوا من هذا الحديث، بطلان كل عقد أبرمه الشخص، والتزم به، إلا إذا جاء النص أو الإجماع على جوازه؛ سواء باسمه، أم بعينه³، ويتبين من هذا أن كل شرط اشترطه العاقدان لم يرد في الكتاب والسنة يعتبر عملا غير مشروع⁴.

ويظهر من عموم هذه الأدلة النقلية عند هذا الاتجاه بطلان كل شرط لم ينص عليه الشارع بعينه⁵؛ إذ إن الله سبحانه وتعالى -وقد أكمل لنا ديننا- لم يفرض في الكتاب من شيء يحتاجه المسلمون في حياتهم اليومية، مما يعد دليلا على أن الشروط التي يحتاجها المسلمون هي الشروط التي تم النص على جوازها، فإذا ورد شرط لم يرد النص على إباحته بعينه يكون حكمه البطلان⁶. وبالتالي فمن الباطل أن تنزل نازلة في الدين لا حكم لها في القرآن والسنة، وليس لأحد بمقتضى ذلك تحريم ما لم يحرمه الله تعالى، ولا أن يوجب ما لم يوجبه الله تعالى؛ لأن ذلك يعتبر من قبيل التعدي على حدود الله، والعقود والشروط هي من شرع الله للناس؛ حيث بين أحكامها، وقواعدها، فيآيتين شخص لعقد، أو اشتراط شرط لم يكن في كتاب الله، أو في السنة النبوية، يكون قد تجاوز حدود الله، وهو ما يستوجب توقيع الجزاء عليه⁷. وأيضا فإن وجوب الوفاء يكون من الشارع الحكيم، ولا يصح أن نحكم في أمر، وننسبه إلى الشارع الحكيم، إلا إذا ورد في مصادر الشريعة وأصولها نص يدل على وجوب الوفاء به. وبذلك يكون من ألزم الوفاء بشيء لم

¹ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، رقم الحديث: 2697، ص. 659.

² - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة، وزد محدثات الأمور، رقم الحديث: 1718، ص. 762.

³ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد المعروف بابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد الثاني، تحقيق: أحمد محمد شاكر، تقدم: إحسان عباس، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص. 32.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 123.

⁵ - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقہ المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 259.

⁶ - ديان بن محمد الديان، المعاملات المالية في الفقہ الإسلامي أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص. 224.

⁷ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 122.

تنص الشريعة الإسلامية عليه قد حرّم حلالاً، أو أحل حراماً، وذلك افتراءً على الله بالكذب، وهو بالذات فعل أهل الجاهلية الذين كانوا يخللون ويحرمون من غير علم، ولا سلطان مبين¹.

ج- من المعقول:

- يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن اشتراط شرط في البيع لا يخلو من ثلاثة أوجه²: إما إباحة مال لم يجب في العقد، وإما الالتزام بعمل، أو الامتناع عن عمل، والعمل يكون بالبشرة، أو بالمال فقط، وكل ذلك محرم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن دماءكم وأموالكم، وأبشاركم عليكم حرام"³، وأما المنع من العمل، فدليلهم هو قوله تعالى: "لَمْ تُحَرِّمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ"⁴، فدل ذلك على إبطال كل شرط لم يأت به القرآن أو السنة⁵.

- كما أن الشريعة الإسلامية قد جاءت شاملة لكل شيء، وبينت ما فيه مصلحة للأمة، ومن ذلك العقود، على أساس من العدل، ومن غير العدل أن يترك للأفراد مطلق الحرية في إبرام واشتراط ما يشاؤون؛ باعتبار أن ذلك يؤدي إلى هدم أسس الشريعة⁶.

- كما أن الالتزامات الشرعية لا تكسب قوتها الإلزامية من أقوال المتعاقدين؛ وإنما مما يرتبه الشارع على أقوالهم⁷.

وبذلك، فإن كل عقد، أو شرط، أو عهد، أو نذر التزمه الشخص، وجب القول برده وببطلانه، وبعدم جواز إجبار المدين به على تنفيذه؛ إذ إن الأصل هو براءة الذمة من لزوم جميع الأشياء، إلا ما نص الكتاب، أو السنة، أو الإجماع على لزوميته، ووجب بذلك فسخ كل بيع انعقد على ما لا يجوز⁸.

- أما بالنسبة لأثر ذلك الشرط، فيرى الظاهرية أنه لا يخلو من الحالات الأربع التالية⁹:

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 260.

² - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1446، ص. 1237-1238.

³ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الفتن، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض"، رقم الحديث: 7078، ص. 1751.

⁴ - سورة التحريم، الآية 01.

⁵ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1446، ص. 1238.

⁶ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 198.

⁷ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 235.

⁸ - ابن حزم، الإحكام، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 43-44.

⁹ - المرجع نفسه، ص. 13-14.

الأول: إما أن يتضمن إباحة ما حرم الله تعالى في القرآن، أو على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم، كبيع الخنزير، وقتل النفس. ولا يخفى على أحد أن إباحة ذلك كفر، وإن التفرقة بين شيء من ذلك يعتبر تناقضا، وتحكما في الدين بالباطل.

الثاني: إما أن يكون الغرض من الشرط الالتزام بتحريم ما أباحه الله تعالى في القرآن، أو على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم، وذلك إثم عظيم، كمن حرم الماء، والخبز، والزواج، وسائر المباحات. ومن المتفق عليه أنه لا فرق بين محرم الحلال، ومحلل الحرام.

الثالث: إما أن يكون الغرض من الشرط إسقاط ما أوجبه الله تعالى في القرآن، أو رسوله صلى الله عليه وسلم، كمن يلتزم بإسقاط الصلوات، أو صوم رمضان، وذلك كفر بَيِّن.

الرابع: وأخيرا قد يكون الغرض من الشرط أن يوجب الشخص على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه، وهذا عظيم لا يحل، وحكم ذلك كمن التزم بصلاة سادسة، أو حجا في غير أشهر الحج، وكل ذلك يعتبر تعد لحدود الله، وخروجاً عن الدين.

2- مناقشة رأي الظاهرية:

نظرا للموقف المتشدد للظاهرية من الشروط العقدية، والذي يترتب عن إعماله تعطيل الكثير من المعاملات الجائزة بلا شك، وتقييد حرية الأطراف فيما هو مباح لهم في الأصل، فقد ردّ الكثير من الفقهاء قديما وحديثا على هذا الرأي، وبينوا فسادَه؛ سواء عن طريق رد حجج الظاهرية النقلية، أم العقلية:

فبالنسبة للحجج النقلية، فقد رأينا عند عرضنا لموقف الظاهرية استنادهم على قوله تعالى: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ"¹، فجعل بذلك كل شرط لم يأت به الشرع متعارضا ومبدأ كمال الدين. ويجاب عن ذلك بأن: القول بحرية الاشتراط لا يتعارض البتة مع الآية سالفة الذكر؛ إذ المقصود بكمال الدين وإتمام النعمة، هو توضيح القواعد العامة، والتي ينبني عنها فروعا كثيرة، ومنها مبدأ حل العقود والشروط، غير المنصوص عليها في الشرع².

كما اعتبر الظاهرية أن حرية الاشتراط يعدّ تعديا لحدود الله، مستنديين في سبيل ذلك على الآيات التي تنهى عن تعد حدود الله. ويردّ على ذلك أن تعدي حدود الله إنما يكون في تحريم ما أحله، أو

¹ - سورة المائدة، الآية 03.

² - دبيان بن محمد الدبنيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص. 225.

في إباحة ما حرمه، أو في إسقاط ما أوجبه، أما إباحة ما دون ذلك؛ وهو المسكوت عنه، فلا يعدّ تعدياً لحدود الله، بل إنّ تحريم ذلك المسكوت عنه هو عين التعدي على حدوده¹.

أما بالنسبة للأدلة العقلية، فقد اعتبر الظاهرية بأن اشتراط شيء ليس في كتاب لا ينفك عن أربع حالات، وهي: إما الالتزام بإباحة ما حرمه الله تعالى، أو الالتزام بتحريم ما أباحه الله تعالى، أو الالتزام بإسقاط ما أوجبه الله تعالى، أو الالتزام بما لم يوجبه الله تعالى، وكل ذلك يعدّ تعدياً على حدود الله، إلا أن ابن تيمية قد رد على هذا القول مبيناً عدم صحته؛ حيث قال: "فإن المشتراط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه يكون حينئذٍ إبطالاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشتراط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب؛ حتى يكون المشتراط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح، فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً، ويبيح أيضاً لكل منهما ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً، وكذلك كل من المتأخرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفة في البيع، أو رهناً، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها، فإنه يجب، ويحرم، ويباح بهذه الشروط ما لم يكن كذلك، وهذا المعنى الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط"².

ورد ابن القيم على الموقف المانع للشروط بقوله: "والمقصود أن للشروط عند الشارع شأنًا ليس عند كثير من الفقهاء، فإنهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فسادها"³.

وبذلك يتبين عدم صحة رأي الظاهرية، والذي يترتب عنه تضيق حرية الاشتراط من غير مقتضى، ولا داع. وفي هذا الشأن يرى الأستاذ فتحي الدريني بأنه: "لا ريب أن هذا الموقف -يقصد اتجاه الظاهرية- من مبدأ الإرادة العقدية، أو حرية التعاقد والاشتراط، يضيق على الناس في معاملاتهم تضيقاً شديداً، بل يوقعهم في الحرج، ومعلوم أن أصل مشروعية التعامل لرفع الحرج؛ لتستقيم أمور الناس، وتحقق

¹ - ديبان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص. 225.

² - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 89.

³ - شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، 1423هـ، ص. 378.

مصالحهم المشروعة في نشاطهم الاقتصادي والاجتماعي، فكان هذا الموقف عائداً على أصل مشروعية المعاملات بالنقض، وهو ما لا يصح التسليم به¹.

ثانياً- موقف الجمهور: الاتجاه القائل بالمنع المخفف

على غرار الموقف السابق المضيق لحرية الاشتراط، يقول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، بحظر حرية الاشتراط كأصل عام، إلا ما دل الشرع على جوازه، وهم بهذا التصور يتفقون مع موقف الظاهرية من حيث المبدأ، إلا أنهم قاموا بتصحيح بعض الشروط غير المنصوص عليها، على اختلاف بين تلك المذاهب، وبذلك فقد أبدى هذا الاتجاه بعض المرونة في التعامل مع الاشتراطات العقدية أخرجت نظرية الاشتراط من الجمود المقيد، وأعطى للإرادة بعض المتنفس لم يقرر لها عند أهل الظاهر. وقد استدل أنصار هذا الرأي بالعديد من الأدلة منها:

1- من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"².

ويستفاد من عموم هذه الآية، إلزام الشخص الوفاء بكل شرط يشترطه على نفسه، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك³.

إلا أن الالتزام بجميع العقود والشروط قد يؤدي إلى إحلال حرام، أو تحريم حلال، وذلك في حالة عدم ثبوت مشروعيته بدليل⁴.

2- من السنة النبوية:

أ- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"¹. ويستنتج من هذا الحديث وجود شروط ممنوعة شرعاً، يؤدي إعمالها إلى المساس بأحكام الشريعة الإسلامية؛ ولذلك نهي الشارع عنها².

¹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق- بيروت، 2008، ص.377.

² - سورة المائدة، الآية 01.

³ - الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.286-287. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء السابع، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2006، ص.248.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.138-139.

ب- استدل كذلك فقهاء هذا الاتجاه بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة³.

وفي لفظ آخر أنه صلى الله عليه وسلم قال: "من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا"⁴، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن"⁵. ولا شك أن الشرط التقييدي يعتبر داخلاً في عموم النهي، فدل ذلك على أن الأصل في الشروط هو الحظر، ما لم يثبت دليل الإباحة من الشارع نفسه كاستثناء. والقول بهذا الرأي يؤدي إلى منع الشطط والتعدي على حدود الله تعالى، وأحكامه المحددة في مقتضى العقد⁶.

3- من المعقول:

أ- يرى أصحاب هذا الاتجاه بأنه لا يمكن حصر حاجة الناس، ورغباتهم في التعاقد، من أجل ذلك رأى الشارع عدم ترك الأمر لإرادتهم في إنشاء الشروط، فنظم آثار العقد، ووضع حدوداً لها لا يمكن تجاوزها، وإلا ترتب عن ذلك البطلان؛ سواء بطلان الشرط فقط، أم بطلان التصرف برمته. ويهدف ذلك كله إلى حماية الناس من اندفاعهم في شروطهم بدافع أهوائهم إلى ما حرمه الله تعالى، من غرر، أو غش، أو أكل لأموال الناس بالباطل، وغير ذلك من الأمور المحرمة شرعاً⁷، فتصبح بذلك حرية الاشتراط راجعة على أصل تشريع الناس بالنقص، فلا مناص حينئذ من القول بالمنع والتقييد، ما لم يرد دليل شرعي على الجواز⁸.

¹ - سبق تخرجه.

² - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 181.

³ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم الحديث: 1231، ص. 259. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: بيعتين في بيعة؛ وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً، ومائتي درهم نسيئة، رقم الحديث: 4632، ص. 624. ورواه مالك في الموطأ، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيعتين في بيعة، رقم الحديث: 72، ص. 663. ورواه أحمد في المسند، رقم الحديث: 9584، ص. 649.

⁴ - رواه أبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: فيمن باع بيعتين في بيعة، رقم الحديث: 3461، ص. 439.

⁵ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث: 1243، ص. 259. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: شرطان في بيع؛ وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا، وإلى شهرين بكذا، رقم الحديث: 3630، ص. 624. ورواه أحمد في المسند، رقم الحديث: 6628، ص. 460.

⁶ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 401.

⁷ - على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 228.

⁸ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 403.

ب- أن التراضي وحده غير كاف للقول بمشروعية العقود والشروط وإلزاميتها؛ إذ لا بد من موافقته الشرع أيضاً، والقول بهذا الرأي من شأنه منع العاقدین من الاتفاق على مخالفة النظام الشرعي للعقد، أو النظام الشرعي العام¹.

ج- أنه لا يجوز الاستناد على قاعدة الأصل في الأشياء هو الإباحة؛ من أجل إثبات مشروعية الاشتراط؛ ذلك أن تلك القاعدة لا تعدو أن تكون دليلاً عقلياً سلبياً، لا شرعياً إيجابياً؛ إذ القول بها يعتبر رجوعاً على ما كان عليه الأمر قبل نزول الشريعة، والتي أصبحت مصدراً لكل حق².

وبناء على ذلك، فقد تمسك فقهاء هذا الاتجاه بنظرية مقتضى العقد؛ حيث يرون أن لكل عقد أحكاماً شرعية معينة، تسمى: "مقتضى العقد"؛ سواء تم النص عليها مباشرة في الشرع، أم تم استنباطها اجتهاداً؛ حفظاً لحقوق الأطراف، وتوازن العقد؛ إذ لا يجوز للعاقدین اشتراط ما يخالف هذا المقتضى، والذي لا يثبت إلا بدليل شرعي في نظر فقهاء هذا الاتجاه³. وقد اعتبر أصحاب هذا الرأي أن كل منفعة زائدة عن مقتضى العقد شرطاً مخالفاً ومفسداً لعقود المعاوضات المالية، كأن يشترط إقراض أحد المتبايعين للآخر قرضاً، أما في حالة وجود مثل ذلك الشرط في غير عقود المعاوضات المالية، كالزواج مثلاً، فيبطل الشرط، ويصح العقد دون ذلك الشرط⁴.

وبعد عرضنا لموقف الجمهور من الاشتراطات العقدية، والذي وافق الظاهرية من حيث المبدأ - وإن خالفه في التفصيل - فإنه يظهر لنا أن قول الجمهور بالخطر قد تم الاستناد فيه على مبررات معينة، كالقول بعدم جواز حرية الاشتراط؛ كي لا يكون ذلك باباً لمخالفة الشرع، إلا أن هذا الموقف محل نظر؛ ذلك أن القول بحرية الاشتراط لا يعني إعطاء الإرادة الحق في مخالفة النصوص الشرعية، غاية ما في الأمر أنه يتوجب تقييدها بضوابط شرعية موضوعية؛ كي لا تحيد عن المقصد الأساسي من تشريع العقود. وهذا ما تنبأه الاتجاه الثالث مثلما سنبينه.

ثالثاً- موقف الحنابلة: الاتجاه القائل بالجواز والإطلاق

خلافاً للاتجاهات السابقة، التي تقول بضرورة تقييد الإرادة، وعدم فتح المجال أمامها لاشتراط ما تريد، يرى فقهاء المذهب الحنبلي أن الأصل في الشروط الصحة والجواز، ما لم يرقم دليل على خلاف

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 140.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 402.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، سوريا، 2004، ص. 549-550.

⁴ - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقہ الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 414.

ذلك. ولم يستقر المبدأ سالف الذكر إلا بعد مخاض عسير، وتردد طويل من فقهاء الشريعة الإسلامية. ويعود الفضل في تقريره إلى ابن تيمية، ومن بعده تلميذه ابن القيم، واللذان لم يدخرا جهدا في سبيل الانتصار لموقفهم، وبيان فساد الاتجاه الآخر، مستندين في ذلك على العديد من الأدلة؛ سواء كانت نقلية، أم عقلية. وفيما يلي بعض الأدلة التي ساقها أنصار هذا الاتجاه تدعيها لموقفهم:

1- من القرآن الكريم:

أ- قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"¹. فقد أمر الله تعالى في هذه الآية بالوفاء بالعقود، وقد ورد الأمر هنا بصفة عامة يشمل جميع أنواع الشروط الواردة في العقد²، وبالتالي فإن كل عقد هو واجب الوفاء بنص القرآن³. وفي هذا الصدد يقول الجصاص: "فمضى اختلافنا في جواز عقد أو فساد، وفي صحة نذر ولزومه، صح الاحتجاج بقوله تعالى: "أوفوا بالعقود"؛ لاقتضاء عمومته جواز جميعها من الكفالات، والإيجارات، والبيوع، وغيرها، ويجوز الاحتجاج به في جواز الكفالة بالنفس، وبالمال، وجواز تعلقها على الأخطار؛ لأن الآية لم تفرق بين شيء"⁴.

ب- قوله تعالى: "...وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا..."⁵، وكذا قوله تعالى: "...وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا"⁶، وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ"⁷. وقد استدل أنصار هذا الاتجاه بهذه الآيات التي ورد فيها الأمر بالوفاء بالعهود، ويدخل في ذلك كل ما يعقده المرء على نفسه، وأن عهد الله يدخل فيه ما عقده الشخص على نفسه، وقد أمر الله تعالى بالوفاء به⁸.

¹ - سورة المائدة، الآية 01.

² - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 259.

³ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 260.

⁴ - الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 286.

⁵ - سورة الأنعام، الآية 152.

⁶ - سورة الإسراء، الآية 34.

⁷ - سورة الصف، الآيتان 2، 3.

⁸ - عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي تكشف تفصيلا عن تفوق التشريع الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1993، ص. 74-75.

ج- وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"¹. ووجه الاستدلال من هذه الآية أن الله تعالى لم يشترط في حل التجارة إلا التراضي، مما يقتضي

كفايته كأصل عام لإباحتها، ما لم يتضمن شيئاً قد حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر، أو غير ذلك².

د- قوله تعالى: "خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا..."³. فالهدف من هذا الخلق هو تمكن العبد من الانتفاع به، وإلا ما كان للامتنان بما خلق الله في الأرض من معنى، وبما أنه قد ثبت حل الانتفاع بالإذن العام في هذه الآية الكريمة، فإن الاشتراط مباحا في الأصل؛ باعتباره تعاملًا يسعى إلى الانتفاع بمال الغير شرعا، فيما لم يرد دليل على تحريمه. وبناء على ذلك فإن الأصل في الشروط هو الجواز بمقتضى الآية الكريمة؛ إذ من المقرر أن النص الدال على الملزوم دالا على لازمه، وبذلك فقد ثبت أن الأصل حرية الاشتراط بمقتضى النص⁴.

هـ- قوله تعالى: "...وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ..."⁵، وقوله تعالى: "وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ دُلْكُمُ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ"⁶. فقد وردت هذه الآيات بصفة مطلقة، ومن المعلوم أن إزالة الحكم المطلق من اختصاص الشارع الذي وضعه⁷. وبذلك تجري تلك الآيات على إطلاقها، ما لم يتم تخصيصها.

2- من السنة النبوية:

أ- استدلوا بالحديث القدسي المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: "قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا، فاستوفى منه، ولم يعطه أجره"⁸. ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن الله سبحانه وتعالى قد ذم الغادر، وبذلك يعد الإخلال بالشرط من قبيل الغدر المذموم في الحديث⁹.

¹ - سورة النساء، الآية 29.

² - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 93.

³ - سورة البقرة، الآية 29.

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 410-411.

⁵ - سورة البقرة، الآية 275.

⁶ - سورة النساء، الآية 24.

⁷ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 92.

⁸ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير، رقم الحديث: 2270، ص. 541.

⁹ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 88.

ب- عن عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر"¹. فإن كان من علامات النفاق إخلاف الوعد، وهو ليس بمشروط، فمن باب أولى ينصرف ذلك الحكم إلى الوعد المؤكد شرطا؛ إذ إن الإخلال بالشرط يعد من قبيل الكذب، والحلف، والخيانة، والغدر².

ج- ما روي عن جابر بن عبد الله: "أنه كان يسير على جمل له قد أعيأ، فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه، فدعا له فصار يسير ليس يسير مثله، ثم قال: بعنيه بأوقية. قلت: لا. قال: بعنيه بأوقية. قال جابر: فبعته واشترطت حملانه إلى أهلي"³. فهذا الحديث يدل على جواز الاشتراط من قبل طرفي العقد⁴.

د- قوله صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج"⁵. فدل هذا الحديث على إلزامية الوفاء بشروط النكاح، وأنها الأحق بالوفاء من غيرها⁶، وإن كان يجوز الاشتراط في عقد الزواج رغم قدسيته وطابعه الديني، فمن باب أولى يجوز ذلك في ما دونه من عقود المعاوضات المالية.

هـ- كما استدلل أنصار هذا الرأي أيضا بحديث بريرة⁷؛ حيث رأوا أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة باشتراط الولاء لها، دليل على جواز الاشتراط بصفة عامة، ما لم يكن مخالفا لكتاب الله، وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم⁸.

3- من المعقول:

- ينطلق أصحاب هذا الاتجاه من التفرقة بين العبادات والعادات أو المعاملات؛ إذ إن التمييز بين هذين النوعين من الأمور ينبني عليه تفرقة في الحكم. وفي هذا السياق يقول ابن تيمية: "إن تصرفات العباد من

¹ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الإيمان، باب: علامة النفاق، رقم الحديث: 34، ص. 17.

² - ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 379.

³ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الشروط، باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم الحديث: 2718، ص. 443.

⁴ - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 260.

⁵ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الشروط، باب: الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم الحديث: 2721، ص. 444.

⁶ - ابن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، المجلد التاسع والعشرون، الجزء الرابع، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ومحمد عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، 2004، ص. 87.

⁷ - سبق تخرجه.

⁸ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 147.

الأقوال والأفعال نوعان: عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم. فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله، أو أحبها، لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع. وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيها عدم الحظر، فلا يحظر منه إلا ما حظه الله سبحانه وتعالى... وهذه قاعدة عظيمة نافعة، وإذا كان كذلك، فنقول: البيع، والهبة، والإجارة، وغيرها من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم - كالأكل، والشرب، واللباس - فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لا بد منه، وكرّهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات، مقاديرها، وصفاتها.

وإذا كان كذلك: فالناس يتبايعون، ويستأجرون كيف شاءوا، ما لم تحرم الشريعة. وإن كان بعض ذلك قد يستحب، أو يكون مكروهاً، وما لم تحد الشريعة في ذلك حداً، فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي¹.

كما يرى في موضع آخر أن: "أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم"².

- كما ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن العادات ينظر فيها إلى عللها ومعانيها، لا إلى النصوص والآثار، وأحكام العادات معللة بمصالح الناس، وإقامة العدل بينهم، ودفع الفساد عنهم، من أجل ذلك وجب على المتكلف عدم الوقوف عند النص، بل إن الحكم يتعدى إلى كل ما تتحقق به العلة، وقد ناط الشارع الحكيم نقل الحقوق وإسقاطها بالرضا؛ لذلك فإن كل عقد تم عن تراض بين الطرفين، وتضمن نقل حق، أو إسقاط له، فهو واجب الوفاء، حتى لو لم يرد فيه نص صريح يبيحه؛ لتحقيق العلة فيه، وبالتالي فلا يشترط قيام الدليل على إباحة شرط بعينه؛ إذ يكفي التحقق من موافقة ذلك الشرط البحث عن الدليل المانع، لا الدليل المبيح³.

- كما أن الاختصار على شروط معينة محددة في القرآن الكريم والسنة من شأنه إيقاع الناس في الحرج، وتقييد حركة التعامل المتجددة التي لا تنهاى، وذلك ما يتنافى مع مقاصد التشريع نفسه؛ إذ إن سبب تشريع المعاملات هو تحقيق مصالح الناس، ورفع الحرج عنهم، وجعل قواعد النشاط الاقتصادي تتميز

¹ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، المجلد 29، ص. 16 وما بعدها.

² - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 90.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 150.

بالبسر لا بالعسر؛ باعتبار أنها طرق معاش الإنسان، وإحدى الوسائل التي يسعى من خلالها الشخص إلى كسب المال والتبادل بينه وبين غيره، وهذا أصل معنوي عام ثابت قطعاً عن طريق العديد من الأدلة التي تؤكد في مضمونها ذلك¹، منها قوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"²، وكذا قوله تعالى: "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ..."³.

- كما أن الشارع الحكيم لم يذكر دليلاً على تحريم العقود والاشتراط، إلا ما نص على حرمتها بعينها، وبالتالي فإن انتفاء دليل التحريم دليل على الجواز⁴، وذلك أن القرآن الكريم ناطق بأن الحرام هو الذي فصلت أحكامه، بخلاف المباح أو المشروع⁵، وهو ما يستفاد من قوله تعالى: "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ..."⁶؛ إذ لا يمكن حصر المباح، فالقول بأن الأصل في المعاملات هو النهي والتحريم مناقضاً للآية الكريمة، بل وأصول التشريع العامة⁷.

- كما استدلل القائلون بهذا الرأي أيضاً بأن كثرة الفقهاء، وأصحاب المذاهب المشهورة يرون أن الأصل في المعاملات الإباحة لا التحريم، ولا ريب أن العقود واشتراطاتها تعد من قبيل ذلك الصنف، فكان الأصل فيها الإباحة، وبالتالي يجوز للشخص بناء على ذلك أن يباشر ما يشاء من العقود، التي يرى فيها مصلحة له، وتحقيقاً لرغبته. وإذا كانت العقود كلها مباحة، ولو لم يتم النص عليها، ولم ترد في المصادر الفقهية، فالوفاء بشروطها وعهودها لازم⁸.

- وأخيراً يؤكد أصحاب هذا الرأي، أن الأخذ به يؤدي إلى إظهار خاصية هامة من خصائص الشريعة الإسلامية، وهي صلاحيتها لكل زمان ومكان، وهو ما يعطي للمجتهدين بعد ذلك القدرة على استنباط حكم الشارع في العقود المستحدثة، وكذا العقود التقليدية، والتي تتضمن شروطاً جديدة فرضتها ظروف

¹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 412.

² - سورة الحج، الآية 78.

³ - سورة البقرة، الآية 185.

⁴ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 179.

⁵ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 410.

⁶ - سورة الأنعام، الآية 119.

⁷ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 410.

⁸ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 263-264.

التطور الحاصلة في مجال العقود لم تكن مألوفة من قبل، حيث يكمن دور الفقهاء هنا بتقرير ما يوافق قواعد الشريعة الإسلامية، ومن ثم الحكم بجوازه، والحكم بتحريم ما دون ذلك¹.

وبذلك، فإن الأصل في الشروط حسب فقهاء هذا المذهب هو الصحة؛ سواء أكان ذلك في المعاوضات، أم في التبرعات، ففي المعاوضات يجوز للبائع اشتراط الانتفاع بالمبيع مدة معينة، كأن يطلب سكن الدار المبيعة شهراً، أو أن ينتفع بزراعة الأرض سنة، كما يجوز للمشتري أن يشترط على بائع الثوب خياطته، أو أن يحمل المبيع إلى داره، أو أن يقوم بحصاد الزرع. أما في التبرعات فيجوز للواهب أو الواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما يهبه، أو يقفه مدة معينة، أو طول حياته، بل ويجوز أن تكون المنفعة التي اشترطها المتبرع غير معلومة بخلاف عقود المعاوضات، وذلك استناداً للقاعدة القائلة: "يغتفر في باب التبرعات ما لا يغتفر في باب المعاوضات"².

فحسب هذا الاتجاه، فإن الأصل الشرعي بمقتضى دلالة نصوص الشريعة الإسلامية، هو حرية التعاقد والاشتراط، وإنشاء عقود وشروط جديدة توافق التطور الاقتصادي والاجتماعي للحياة، وبالتالي فإنه يجب الوفاء بكل ما يلتزم به المتعاقدان، ما لم يكن ذلك مخالفاً لقواعد الشريعة الإسلامية³.

وكخلاصة لما سبق يقول ابن القيم تحت عنوان: الشرط الباطل والشرط الحق، ما يلي: "وههنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله سبحانه به رسوله:

إحدهما: أن كل شرط خالف حكم الله، وناقض كتابه فهو باطل، كائناً من كان.

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه، ولا يناقض كتابه -وهو ما يجوز بذله وفعله بدون الشرط- فهو لازم بالشرط، ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليهما كتاب الله، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، واتفاق الصحابة رضي الله عنهم، ولا تعباً بالمسائل المذهبية، والأقوال الآرائية، فإنها لا تخدم قاعدة من قواعد الشرع؛ فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمّت بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط، فمقاطع الحقوق عند الشروط"⁴.

¹ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 182.

² - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 120.

³ - حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 16.

⁴ - ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 379.

وبناء على ما سبق، فإن أصحاب هذا الرأي، يرون كمبدأ عام صحة جميع الشروط، إلا استثناء في موضعين؛ أولهما: إذا كان ذلك الشرط ينافي مقصود العقد، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه، أو لا يؤجره، وثانيهما: أن يكون ذلك الشرط مخالفاً لنصوص الشريعة الإسلامية، كتحويل الحرام¹. وفي بيان المقصود بالمبدأ سالف الذكر، وطبيعة ما يرد عنه من استثناءات، يقول ابن تيمية: "إذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان العقد لغواً، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله، فإذا لم يشتمل على واحد منهما؛ إذا لم يكن لغواً، ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله، فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه؛ إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه، فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج"².

وبعد استعراض مختلف الآراء المتعلقة بمدى حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي، يتبين لنا أن الرأي الثالث -والذي يجيز الاشتراط كأصل عام- هو الأولى بالترجيح؛ نظراً لقوة أدلته من جهة، ودحضه لأدلة الاتجاهات الأخرى من جهة ثانية؛ إذ من المستقر عليه أن هناك فرق بين العبادات والمعاملات؛ حيث أن الأصل في العبادات التوقف عند الدليل، وعدم تجاوزه، والاتباع لا الابتداء، لذلك فلا خلاف في انطباق آيات إكمال الدين، وتمام النعمة عليها. أما بالنسبة للمعاملات، فتتعلق بالأمور الدنيوية، والتي يحكمها قوله صلى الله عليه وسلم: "...أنتم أعلم بأمر دنياكم"³. فضلاً على أن الأخذ برأي الاتجاه الموسع يتمشى ومبدأ مرونة الفقه الإسلامي، والذي يجعله يتكيف مع ظروف معاملات كل بلد؛ إذ قد يكون من البلدان ما هو متطور، تطوراً ينتج عنه عقوداً لم يعهدها الناس؛ سواء من حيث تنوعها، أم من حيث طريقة إبرامها، فلا يعقل أن يتم توحيد أحكام المعاملات بين مختلف البلاد، ولكل عاداته وأعرافه، وبذلك فالأولى هو إعطاء الحرية للإرادة، مع تقييدها بضابطي؛ عدم مخالفة الشرع، ومقتضى العقد؛ لأن التمسك بهما يحول دون تعارض إرادة الفرد مع إرادة الشارع.

الفرع الثاني: تقسيمات الشروط التقييدية في الفقه الإسلامي

مثلاً قدمنا سابقاً، فقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بنظرية الاشتراط أيما اهتمام، وبينوا أحكامها تأصيلاً وتفصيلاً، ونتيجة لذلك فقد عنوا بتقسيمات الشروط التقييدية على اختلاف توجهاتهم

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 120-121.

² - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 94.

³ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: الفضائل، باب: وجوب امتثال ما قاله شرعاً، دون ما ذكره صلى الله عليه وسلم من معاش الدنيا، رقم الحديث: 2363، ص. 1039.

وآرائهم. وتنقسم هذه الشروط إلى ثلاثة أنواع، شروط متفق على صحتها (أولاً)، وأخرى متفق على بطلانها (ثانياً)، فيما اختلفوا في حكم النوع الثالث بين الصحة، والجواز، والسكوت (ثالثاً). وسنعرض لكل نوع من هذه الشروط، مع بيان مختلف حالاته على حدة.

أولاً- الشروط المتفق على صحتها:

سبق وأن بيّنا اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في باب الاشتراطات العقدية تضييقاً وتوسعة، ومن البدهي أن ينتج عن ذلك اختلاف نظرهم إلى الشروط الصحيحة، على حسب الفلسفة التي يقوم عليها كل اتجاه، فبينما تضييق دائرة تلك الشروط عند الاتجاه القائل بالخطر، فإنها تتسع عند الاتجاه المقابل القائل بحرية الاشتراط. وبناء على ذلك، فإننا سنعرض للشروط التي كانت محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف توجهاتهم.

1- اشتراط ما يقتضيه العقد:

ويقصد بهذا النوع من الشروط، تلك التي تستحق بمجرد التعاقد؛ سواء تم ذكرها في العقد، أم لم تذكر، وبالتالي فإن ذكرها يكون من باب التوكيد والبيان ليس إلا¹. وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية من الحنفية²، والمالكية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵، على شرعية مثل هذا الشرط؛ لأن البيع يقتضي مثل تلك الأحكام، فوجوده كعدمه؛ إذ إن ذكره لا يعدو أن يكون تقريراً لمقتضى العقد⁶.

ومن صور هذا النوع، أن يشترط البائع على المشتري تملك الثمن، أو اشتراط المشتري تملك المبيع، أو اشترى ثوباً بشرط أن يلبسه، أو دابة بشرط أن يركبها⁷، أو اشتراطه رد المبيع في حال اكتشاف عيب

¹ - ديبان بن محمد الدينبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المجلد الخامس، المرجع السابق، ص. 235-236.

² - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 57.

³ - الخرشني، مختصر خليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 80.

⁴ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 447.

⁵ - البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 27-28.

⁶ - الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 77.

⁷ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 171.

قديم به¹، أو اشتراط العاقدين ثبوت خيار المجلس -عند القائلين به-². أما عن أمثلة هذا الشرط في عقد الزواج، فاشتراط المرأة على زوجها الإنفاق عليها، أو اشتراط القسم مع سائر الزوجات³.

2- الشرط المتضمن مصلحة العقد:

ويقصد بهذا النوع من الشرط هو ذلك الذي لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه؛ فهو يعتبر ملائماً لمقتضى العقد، لا مخالفاً له. ويعد هذا النوع الصورة الثانية من الشروط المتفق على صحتها بين فقهاء الشريعة الإسلامية؛ حيث أجمع الحنفية⁴، والمالكية⁵، والشافعية⁶، والحنابلة⁷، على جوازه. ومثال ذلك اشتراط المتعاقد الخيار لنفسه ثلاثة أيام، أو اشتراط البائع على المشتري تقديم رهن لضمان استيفاء حقه، وكذا اشتراط المشتري على البائع تقديم شخص لكفالة المبيع، كما يعتبر من قبيل الشروط الملائمة، الإشهاد، أو اشتراط المشتري أجلاً مسمى لدفع الثمن⁸، ويشترط في الأجل أن يكون معلوماً إلى تاريخ معين، وليس مجهولاً⁹، وقد استدلو بجواز الأجل المعلوم بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ..."¹⁰.

ويلاحظ أن مثل هذه الشروط، وإن كانت لا يقتضيها العقد، إلا أنه لا ينافيها؛ لذلك وجب إثارة هذا الشرط من قبل أحد المتعاقدين حتى يقتضيه العقد، أما إذا لم يتم ذكره في العقد فلا يمكن المطالبة به؛ إذ إن العقد يقتضي الإطلاق في التصرف والتخير، وذلك على خلاف هذه الشروط التي تقتضي الإلزام والتقييد¹¹، فالضابط عند الفقهاء في صحة هذا النوع من الشروط هو كونه غير مخالف لمقتضى

¹ - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.459.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.909.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.400.

⁴ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.171.

⁵ - حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.65.

⁶ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص.447.

⁷ - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.340.

⁸ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.51.

⁹ - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.452.

¹⁰ - سورة البقرة، الآية 282.

¹¹ - ديبان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق المجلد الخامس، ص.247.

العقد من جهة، كما يكون ملائماً له من جهة أخرى، حيث تترتب عليه مصلحة للعائد، كما تدعو إليه الحاجة في التعاملات¹.

وإن أجاز فقهاء الحنفية الشروط التي تلائم العقد، فإن ذلك -وعلى خلاف الجمهور- كان استثناء على سبيل الاستحسان؛ إذ ألحقوا هذا الشرط بالشروط التي يقتضيها العقد، وإلا فإن الشرط باطل عندهم، ولو كان ملائماً للعقد عند فقهاء هذا الاتجاه؛ ذلك أن العقد لا يقتضيه، فلا يجوز في هذه الحالة عند الحنفية؛ باعتبار أن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد، فيكون بذلك عقداً في عقد، وهذا لا يجوز، وبالتالي فإن صحة هذا الشرط عندهم كان على سبيل الاستحسان؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى، ومؤكداً إياه؛ إذ في اشتراط الرهن والكفالة بالثمن تأكيداً لوجوب استيفائه، ولما كان الثمن مقتضى عقد البيع جاز هذا الشرط، ومثل هذا الشرط يعتبر بمثابة اشتراط صفة الجودة في الثمن. وما يؤكد ذلك، هو أن إجازة الحنفية لمثل هذه الشروط قد كان وفقاً لضوابط معينة، فبخصوص الرهن، فقد اشترط فقهاء الحنفية أن يكون معلوماً، وكذا بالنسبة للكفيل الذي يشترط تعيينه، أو قبوله إذا كان حاضراً مجلس العقد. وبمفهوم المخالفة فإذا كان الرهن الذي يتوثق الثمن به مجهولاً، أو كان الكفيل مجهولاً، أو كان غائباً عن مجلس العقد، فإن حكم الشرط في هذه الحالة هو الفساد، مع فساد البيع كذلك؛ ذلك أن جواز شرط الرهن؛ لكونه ملائماً للعقد مقررًا لمقتضاه؛ لحصول معنى التوثيق والتأكد للثمن، وذلك لا يتصور إلا في حالة التسليم، ولا يمكن تحقق ذلك بالمجهول، أما في الكفالة فإن جواز هذا الشرط كان بغرض التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير الالتزام العقدي، فإذا كان الكفيل غائباً، أو حاضراً ولم يقبل الكفالة، بطلت بذلك؛ باعتبار أن معنى التوثيق لم يحصل، وكذلك الحكم إذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسد؛ لأن كفالة المجهول لا تصح. وبناءً على ذلك، يشترط لصحة الشروط الملائمة للعقد في الفقه الحنفي أن يكون نافذاً مرتباً لآثاره عند إبرام العقد، فيقبل الكفيل الكفالة بالثمن، ويسلم المشتري الرهن للبائع، وذلك كله قبل انفضاض مجلس العقد، وتفرق المتعاقدين. إلا أنه وبخلاف الكفالة فإنه يجوز في الرهن أن يكون محله غائباً عن مجلس العقد، بشرطه تعيينه إذا كان عيناً معينة، أو يمكن ضبطه عن طريق الوصف إذا كان معيناً بنوعه، فيصح الشرط في هذه الحالة، ويرمى العقد صحيحاً بين البائع والمشتري، ويلتزم المشتري تسليم الرهن أو قيمته إلى البائع بعد العقد، وفي حالة إخلال المشتري بالتزامه ولم ينفذ البيع كان البائع بالخيار؛ إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه. أما مسألة إجبار المشتري على تسليم الرهن، فقد انقسم فقهاء الحنفية

¹ - الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 51.

بخصوصها إلى قولين؛ فبينما يرى الرأي الغالب أنه لا يجوز إجبار المشتري على تسليم الرهن، يرى اتجاه آخر أن الرهن بعد أن صار شرطاً في العقد، فقد صار حقاً من حقوق البائع، وجب إجبار المشتري على تنفيذه¹.

3- شرط العتق:

يرى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من المالكية²، والشافعية³، والحنابلة⁴، وبعض الحنفية⁵، صحة هذا الشرط، ويرجع سبب القول بالجواز إلى تشوف الشارع للعتق، ولما يترتب عن ذلك من منفعة للمشتري؛ سواء في الدنيا بثبوت حق ولاء العبد المعتوق له، أم في الآخرة بتحصيله الثواب⁶. وقد استدلل فقهاء هذا الاتجاه على صحة هذا الشرط بحديث بريرة⁷.

غير أن الفقهاء وإن اتفقوا على جواز شرط العتق على هذا النحو، إلا أنهم قد اختلفوا بعد ذلك في مدى جواز إجبار الملتزم بالشرط في حالة الإخلال به. فقال بعض الفقهاء بإجبار المدين بتنفيذ الشرط قضاء؛ ذلك أن العتق هو حق لله تعالى كالنذر⁸.

ويرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في مدى جواز إجبار الملتزم بشرط العتق على تنفيذه إلى تفسير هذا الشرط؛ أهو حق للبائع، أم حق لله تعالى؟ فإن كان شرط العتق هو حق للبائع، فإنه يجوز له مطالبة المشتري به، أما إن كان العتق هو حق لله تعالى، فللبائع المطالبة به أيضاً على أصح الآراء، أما إن امتنع المشتري عن الإعتاق بعد البيع، فإن كان حق العتق لله تعالى تم إجباره على العتق، وأما إذا كان حق للبائع فلا يمكن إجبار المشتري عليه؛ وإنما يثبت للبائع حق الفسخ، وأما إذا أسقط البائع شرط العتق، فإن كان الحق لله تعالى لم يجز التنازل عنه، وإن كان حق للبائع فيجوز له إسقاطه على غرار حقه في إسقاط الرهن⁹.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 81 وما بعدها.

² - الخرشبي، مختصر خليل، المرجع السابق، الخامس، ص. 80.

³ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 448.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 910.

⁵ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 283.

⁶ - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 456.

⁷ - سبق تخريجه.

⁸ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 910. الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 51.

⁹ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 447-448.

ويشترط فقهاء المالكية لصحة هذا الشرط تنجيز العتق، ويكون ذلك في أربعة صور، أولهما: أن يبيعه على أنه حر بالشراء، وثانيهما: أن يبيعه بشرط أن يعتقه، وثالثهما: أن يبيعه على أن للمشتري الخيار بين أن يعتقه أم لا، وأخيرا: أن يكون الأمر مبهما، كأن يقول البائع: أبيعك بشرط أن تعتقه، ولم يفد ذلك؛ سواء بإيجاب، أم بخيار¹.

ثانيا- الشروط المتفق على بطلانها:

يمثل هذا النوع من الشروط، تلك التي أقر فقهاء الشريعة الإسلامية بعدم صحتها، فهي بخلاف الشروط السابقة، فقد اتفق فقهاء الشروط الإسلامية على بطلانها، وعدم صحة اشتراطها؛ سواء أثر ذلك الشرط الباطل على العقد المقتزن به، أم اقتصر البطلان عليه فقط.

1- الشروط المخالفة لمقتضى العقد:

أجمع فقهاء الحنفية²، والمالكية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵، على بطلان كل شرط من شأنه مخالفة مقتضى العقد. ومثال ذلك اشتراط البائع على المشتري عدم بيع ما اشتراه، أو أن لا يهبه، أو لا يقفه، وكذا اشتراط الولاء لغير المعتق⁶، واشتراط المشتري الرجوع على البائع بالثمن إذا تعدى على ملكيته أجنبيا⁷. وفي عقد الزواج اشتراط الرجل على المرأة ألا مهر لها، أو عدم الإنفاق عليها، أو اشتراط أن تنفق عليه، أو أن تشتترط المرأة على الرجل ألا يطأها، أو يعزل عنها. أو أن لا يأتيها إلا نهارا، أو أن يقسم لها أكثر من ضرتها، أو اشتترطت عليه أن يسافر بها ولو حج، أو إسكانها حيث شاءت، أو شاء أبوها⁸.

وحكم هذا النوع من الشروط هو البطلان، ولا خلاف بين الفقهاء حول هذا الحكم، إلا أن الخلاف كان حول حكم العقد الذي اقتزن به الشرط، فأدى ذلك إلى ظهور اتجاهين؛ أولهما -وهو الغالب- يرى أن البطلان يلحق الشرط فقط، دون العقد الذي يبقى صحيحا، أما ثانيهما

¹ - عlish، منح الجليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.55.

² - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.282.

³ - حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.65.

⁴ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.52.

⁵ - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.350.

⁶ - البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.31. الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.74.

⁷ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.910.

⁸ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.445.

فيرى أن الشرط الفاسد يؤدي إلى فساد العقد المقترن به؛ ذلك أن الشرط الفاسد ينتج عنه الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن، وذلك مجهول فيصير المبيع مجهولا، ولأن صاحب الشرط لم يرض بالبيع إلا به، وبالتالي فإن القول بصحة العقد بدون الشرط يترتب عنه إبرام العقد دون رضاه، ومن المسلم به أن التراضي شرط للبيع¹.

2- اشتراط عقد في عقد:

اتفق الفقهاء² أيضا على بطلان ما ينتج عنه اشتراط عقد في عقد. ومن صور هذا النوع اشتراط البائع على المشتري بيع فرسه، أو إجارته منزله، أو إقراضه مبلغا من المال³. ولا يقتصر البطلان على الشرط فقط؛ بل يتجاوز ذلك إلى العقد المقترن به؛ لنهييه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط⁴، وعن بيعتين في بيعة⁵، كما تم قياس بطلان العقد على نكاح الشغار؛ بجامع أن كليهما يتضمن اشتراط عقد في عقد، ونكاح الشغار غير صحيح، فيكون العقد هنا غير صحيح أيضا⁶. كما يرجع سبب البطلان إلى أن إضافة شرط في عقد البيع يبقى علاقة بعد البيع، مما قد ينتج عنه نزاعا بين المتعاقدين، فكان الصحيح هو القول ببطلان الشرط والعقد معا؛ منعا لهذا النزاع المحتمل بين الطرفين⁷.

ثالثا- الشروط المختلف حول حكمها:

خلافًا للشروط السابقة، والتي أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على صحتها أو بطلانها، فإن الشروط التالية لم تكن محل اتفاق بين فقهاء المذاهب حول مدى مشروعيتها، بين قائل بصحتها، وتجاه آخر يرى بطلانها، بينما سكت البعض الآخر عن بيان حكمها، مما يؤدي إلى اعتبارها باطلة، لا سيما عند الاتجاه القائل بحظر الاشتراط كأصل عام. وفيما يلي بيان مختلف الشروط المدرجة تحت هذا العنوان:

¹ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 910.

² - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 459-460.

³ - البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 31.

⁴ - سبق تخريجه.

⁵ - سبق تخريجه.

⁶ - الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 73.

⁷ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 404.

1- الشروط التي يجري بها العرف المعتبر شرعا:

وهو ذلك الشرط الذي لا يكون من مقتضى العقد، ولا يلائمه أيضا، لكن الناس قد تعودوا على التعامل به¹، حيث أن العرف يعتبر لدى الفقه الحنفي مصححا للشروط المفسدة للعقد²، كأن يتعارف الناس على أن نقل البضاعة يكون على حساب البائع³، فإذا تضمن العقد شرطا متعارفا جاز استحسانا؛ باعتبار أن هذا الشرط رغم كونه لا يقتضيه العقد، إلا أنه يتضمن منفعة لأحد المتعاقدين، وكل شرط يكون كذلك لا يفسد العقد⁴.

ويلاحظ أن فقهاء الحنفية قد توسعوا في الأخذ بالشروط المعتبرة عرفا؛ إذ إن العرف وإن خالف ظاهر النص، إلا أنه يتفق مع العلة من النص، من أجل ذلك قام فقهاء هذا الاتجاه بإجازة عقود وشروط لم ينص الشارع عليها، وذلك رغم أخذهم بحديث بيع وشرط، ومن ذلك تجويزهم لعقد الاستصناع رغم كونه بيع لمعدوم، ومثل هذه البيوع باطلة عندهم، إلا أنهم قد صححوه استحسانا؛ لتعامل الناس به، وأيضا شراء قلنسوة على أن يجعل لها البائع بطانة من عنده، فجميع هذه الشروط تعتبر شروطا صحيحة؛ لتعارف الناس عليها، مع أن القياس منع هذه الشروط؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهي عن بيع وشرط، وقد يفهم خطأ أن الحنفية يقدمون العرف على النص، إلا أن الأمر على خلاف ذلك؛ فالعرف حسبهم لا يقدم على النص؛ وإنما يقدم على القياس. وقد علل فقهاء الحنفية حديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم، بأن العلة من هذا النهي هي وقوع النزاع الذي قد يخرج العقد من مقصوده، ولما كان العرف ينفي النزاع مستقبلا؛ حيث لا يمكن أن تستقر عادة بين الناس مع وجود المنازعة، فإنه يكون موافقا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم غير متعارض معه، وبالتالي لم يبق من الموانع إلا القياس، والعرف مقدم عليه⁵.

وبناء على ذلك، يرى فقهاء المذهب الحنفي أن الشرط المنهي عنه في حديث النبي صلى الله عليه وسلم ليس لذاته؛ وإنما لما قد يترتب عليه من نزاع، ولا تعارض للحديث مع هذا الحكم؛ ذلك أن عموم

¹ - محمد سلامة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، المرجع السابق، ص. 467.

² - مصطفى أحمد الرزقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 551.

³ - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 57.

⁴ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 2009، ص. 219.

⁵ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 286-287.

اللفظ في الحديث مخصص بالعرف، وهذا ما فتح أمام الحنفية بابا واسعا جعلهم يبتعدون عن مذهب الظاهرية المتشدد في باب الاشتراطات العقدية، كما لم يكتف فقهاء الحنفية بالعرف العام؛ بل أخذوا كذلك بالعرف الخاص الذي اعتاده أهل إقليم واحد فقط من بلاد المسلمين، كتعارف أهل مصر على أن الزوجة هي من تقوم بتجهيز المنزل¹.

وبناء على ما سبق، فإنه ينبغي تحكيم العرف في عقود المعاوضات؛ لمعرفة المقصود من ألفاظ المتعاقدين، وهذا إعمالا لقاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، حيث أن الله تعالى لم يقدر بعض الحقوق؛ بل جعل تقديرها لعرف الناس، كما أن عامة الناس ممن يمتنع التجارة قد لا يكون عالما بالحقائق اللغوية والشرعية للألفاظ، بخلاف الحقائق العرفية التي يعلمها عامة التجار².

وقد نصت المادة 44 من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، كما جاء أيضا في نص المادة 45 منها: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص". ولا يخفى أن مجلة الأحكام العدلية تعتبر تشريعا للفقهاء الحنفي، فدل ذلك على اعتبار العرف في هذا الفقه.

2- اشتراط صفة لازمة مباحة في المعقود عليه:

كما يعتبر من قبيل الشروط الصحيحة لدى المذهب الشافعي، اشتراط صفة معينة في المعقود عليه. ومثال ذلك اشتراط كون العبد المبيع خياطا، أو كاتباً، أو غير ذلك من الصفات³، وكذلك اشتراط كون الدابة لبونة؛ أي ذات لبن. ودليلهم على صحة هذا النوع، أن اشتراط هذه الصفات متعلق بمصلحة العقد؛ وهو العلم بصفات المبيع، والتي غالبا ما تكون محل اختلاف بين طرفي العقد، كما أن اشتراطها لا يعدو أن يكون التزاما بأمر موجود عند العقد، ولا يتوقف على إنشاء أمر في المستقبل، من أجل ذلك وجب الاعتداد بمثل هذه الشروط⁴.

3- الشرط المتضمن مصلحة لأحد المتعاقدين:

ويعتبر من قبيل الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي، الشرط المتضمن منفعة لأحد العاقدين، ويتمثل ذلك في صورتين؛ أولهما اشتراط العاقد استثناء بعض منافع العقد، وصورته اشتراط البائع الانتفاع بالمبيع مدة معينة، كأن يبيع دارا ويشترط أن يسكنها مدة معلومة. وقد نص العديد من فقهاء المذهب

¹ - عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 66-67.

² - ديبان بن محمد الدينيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المجلد السادس، المرجع السابق، ص.ص. 233-234.

³ - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 447.

⁴ - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 460.

الحنبلي على صحة هذا النوع من الشروط¹، واستدل فقهاء هذا الاتجاه على جواز استثناء المنفعة لأحد المتعاقدين بحديث جابر لما باع الرسول صلى الله عليه وسلم الجمل واشترط ظهره إلى المدينة²، وكذا نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم³، والمنفعة كانت معلومة حين اشتراطها، كما أن المنفعة مثلما قد تكون مستثناة بحكم الشرع في حالة شراء نخلة مؤبرة، أو أرض مزروعة، أو دار مؤجرة، فجاز كذلك استثناء المنفعة بالشرط، والمشتري باشرطه لخدمة معينة عند إبرام العقد يكون قد اشترط عوضاً معلوماً⁴.

أما النوع الثاني من هذا الشرط، فصورته قيام المشتري عليه بعمل معين في المعقود عليه، كأن يشترط مشتري الثوب على بائعه خياطته، أو يشترط مشتري الخطب كسره، أو حمله إلى مكان معين⁵. ويشترط لصحة هذه الشروط أمران؛ أولهما: أن تكون المصلحة الذي يستهدفها المتعاقد مشروعة ومباحة؛ أي غير مخالفة للنصوص الشرعية، ولا تناقض مقتضى العقد، وثانيهما: أن تكون المصلحة المستثناة معلومة المدة إن كان العقد من عقود المعاوضات المالية، بخلاف ما إذا ما كان العقد من عقود التبرعات، فلا يشترط ذلك، فإذا ما تحقق ذلك كان هذا الشرط صحيحاً وجب الوفاء به⁶. ويلاحظ أن فقهاء الحنابلة -وعلى خلاف الجمهور- يرون صحة هذا النوع من الشرط، والمتضمن مصلحة مشروعة لأحد العاقدين، وهذا ما جعل هذا الاتجاه يصحح الكثير من الشروط العقدية.

4- شرط البيع بما ينقطع به السعر:

ومن تطبيقات هذا الشرط اتفاق المتعاقدين على البيع بما ينقطع به السعر بدون تحديد الثمن عند إبرام العقد، ومثال ذلك البيع الذي يقع مع الخباز، أو البقال، أو السمان، أو غيرهم، بصورة مستمرة على مر الأيام والشهور؛ إذ يقوم المشتري بأخذ بعض الأشياء المعلومة، ثم يتم تسديد كل ذلك عند رأس الشهر، أو السنة. وقد رأى بعض فقهاء الحنابلة جواز مثل هذا الشرط؛ لحاجة الناس إليه، وتوفير من

¹ - البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 29.

² - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الشروط، باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم الحديث: 2718، ص. 443.

³ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في النهي عن الثنيا، رقم الحديث: 1290، ص. 270. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في المخابرة، رقم الحديث: 3405، ص. 433.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 436.

⁵ - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 345.

⁶ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 317.

التساوم عند كل عقد يأتيه الشخص، كما يرون أن البيع بهذه الصورة يكون أطيب لقلب المشتري من المساومة، ولا يوجد نص في كتاب الله، وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، ولا في إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح يحرم ذلك. وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز النكاح بمهر المثل، والمهدف من وراء البيع بما ينقطع به السعر، هو أن يكون البيع بثمن المثل؛ لذلك فهو جائز، كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصورة وغيرها؛ إذ يعتبر هذا قياس صحيح، ولا تقوم مصالح الناس بدونه¹.

5- اشتراط البائع منع المشتري من تصرف يسير في المعقود عليه:

بالرغم من كون هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد، إلا أن فقهاء المالكية قد أوردوا هذا النوع ضمن طائفة الشروط الصحيحة. ومثال ذلك بيع الشخص مع قوله للمشتري: بع لمن شئت إلا فلان². ويرجع سبب قول هذا الاتجاه بصحة هذه الشروط، إلى كون أن إعمالها لا يؤدي إلى منافاة مقتضى العقد منافاة تامة؛ ذلك أنه لا يمنع المشتري من التصرف من التصرف في ملكه منعاً تاماً، بل يمنعه منعاً جزئياً يسيراً، فلا يترتب عليه تحجير السلعة، ولا يؤثر هذا الشرط كذلك في الثمن، مما يجعله شرطاً صحيحاً. ومما لا شك فيه أن القول بصحة مثل هذه الشروط من قبل فقهاء المذهب المالكي، هدفه تدعيم الرغبة الجادة من قبل المتعاقدين في جلب النفع لهم، ودفع الضرر عنهم، كما أن القول بصحة هذه الشروط، هو اعتداد بالإرادة التعاقدية لطرفي العقد، وتمكينهم من الانتفاع بأموالهم على الوجه الذي يرونه محققاً لرغباتهم ومصالحهم المشروعة³.

6- الشرط المتضمن غرراً أو شيئاً محرماً:

كما يعتبر من قبيل الشروط الفاسدة لدى المذهب الحنفي، ذلك الذي ينطوي على غرر، أو تضمن معنى جعله محرماً يؤدي إلى فساد العقد، ويقصد بشرط الغرر، هو ذلك الذي لا يمكن التحقق من وجوده عند إبرام العقد، أما الشرط المحرم فيمكن التحقق من وجوده عند التعاقد⁴.

ومن صور الشروط التي تنطوي على غرر ينتج عنه فساد البيع، شراء شخص ناقة على أنها تحلب كذا من رطل، أو على شرط حملها؛ ذلك أن المشروط -وهي صفة الحمل- تحتل الوجود والعدم، ولا

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقهاء الإسلامي، المرجع الإسلامي، ص.ص. 438-439.

² - المرجع نفسه، ص. 425.

³ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 259-260.

⁴ - المرجع نفسه.

يمكن الجزم بتحققها عند إبرام العقد، أو اشترى بقرّة على أنّها حلوبة، مما ينتج عن هذه الشروط فساد البيع؛ لتعذر التحقق منها قبل العمل بالعقد، وعجز البائع عن الوفاء بها. أما بالنسبة للشرط المحرّم، فهو ذلك الشرط التي يشتمل على محظور شرعي، ومثاله شراء جارية على أنّها تغني، أو كبش على أنّه نطاح، أو ديك على أنّه مقاتل، فتعتبر هذه الشروط باطلة؛ لاحتوائها على غرر من جهة، كما لا يمكن المطالبة بها. ويرجع سبب فساد هذه الشروط إلى كونها شروطا يتلهى بها عادة، والتلهى محظور، بخلاف ما إذا اشترى دابة على أنّها سريعة السير، فهنا يعتد بمثل هذا الشرط، ويعتبر العقد صحيحا في هذه الحالة؛ لأن المتعاقد قد اشترط صفة مشروعة¹.

7- شرط حق البائع في الرد بالثمن الأول:

وذلك أن يتم الاشتراط في عقد البيع أن للبائع الحق في رد المبيع إن أراد المشتري بيعه، بالثمن الأول الذي أبرم البيع عليه². ويرى فقهاء الحنابلة بطلان هذا الشرط استنادا على حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا شرطان في بيع"³؛ ذلك أن البيع قد تضمن شرطان؛ شرط أن يبيعه، وشرط أن يعطيه إياه بالثمن الأول، ولأن ذلك ينافي مقصود العقد؛ باعتبار أن البائع قد اشترط على المشتري ألا يبيعه لغيره إن قام البائع بعرض نفس ثمن البيع الأول، وذلك أشبه باشتراط عدم بيع الشيء إلا لفلان، أو عدم بيع الشيء أصلا⁴، كما أن إعمال هذا الشرط من شأنه تقييد حرية المشتري في التصرف في المبيع أنى يشاء⁵. وحكم هذا الشرط عند الحنابلة في هذه الحالة هو الفساد، مع بقاء العقد صحيحا⁶.

8- شرط يتضمن جهالة في الثمن أو المثل:

يرى فقهاء الشافعية بطلان الشرط المتضمن جهالة في الثمن. ويقصد بهذا النوع هو الشرط الذي يترتب عن إعماله البيع بثمن مطلق، فهذا يؤدي إلى بطلان البيع؛ نظرا لجهالة العوض. ومثال ذلك بيع الشخص لسلعته بما باع به فلان، وهما -أي العاقدين- لا يعلمان بذلك الثمن، كما يعتبر من قبيل الشروط التي تؤدي إلى جهالة في الثمن، البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول. ويعلل الشافعية بطلان البيع في

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 172.

² - البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 32.

³ - سبق تخرجه.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 444.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 116.

⁶ - البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 32.

هذه الصور بكون الثمن عوض في البيع، مما يجعله عنصرا جوهريا، يترتب عن تخلفه أو جهالته بطلان العقد برمته¹.

وسبب القول كذلك ببطلان هذا الشرط، أنه يؤدي إلى الغرر في التعاقد؛ سواء كانت الجهالة في الثمن، أم المثلن، وبطلان الغرر متفق عليه، وبالتالي يجب القول ببطلان كل شرط ينتمي إلى هذا الضرب من الاشتراط. ومن أمثلة هذا الشرط بيع الشخص لعين مع اشتراط البراءة من العيب؛ حيث يرى بعض الفقهاء من الشافعية بطلان الشرط هنا، وكذا العقد المقترن به؛ ذلك أن الشرط يقتضي جزءا من الثمن؛ أي أن البائع قد تنازل عن بعض من الثمن لقبول المشتري بذلك الثمن، وبالتالي ففي حالة سقوط الشرط وجب رد الجزء من الثمن الذي تركه بسبب الشرط، ولما كان ذلك الجزء المتنازل عنه من طرف البائع مجهولا، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا، فيصير الثمن مجهولا فيفسد بذلك العقد².

9- الشرط المتضمن ضررا لأحد المتعاقدين:

ويقصد بهذا النوع من الشروط، هو اشتراط ما من شأنه إلحاق ضرر بأحد العاقدين. وقد نص فقهاء الحنفية على بطلان هذه الشروط، ومن أمثلتها بيع ثوب مع اشتراط البائع على المشتري إحراقه، وكذا بيع دار بشرط أن يقوم المشتري بخرابها، وحكم الشرط في هذه الحالة هو البطلان، مع بقاء العقد صحيحا³. وتعتبر هذه الشروط منافية لمقتضى العقد، وغير ملائمة له، ولم يرد الشرع بجوازها، ولم يجر العرف على اعتبارها. ولا يخفى ما يترتب عن أعمال مثل هذه الشروط من ضرر للمشتري؛ ذلك أن اشتراط البائع على المشتري إهلاك المبيع كليا يترتب عنه ضرر واضح⁴، كما أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن إضاعة المال؛ حيث ثبت عنه أنه قال: "إن الله كره لكم ثلاثا: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال"⁵.

¹ - الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.ص. 44-45.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 406.

³ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 284.

⁴ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 238-239.

⁵ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الزكاة، باب: قوله تعالى: "لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِحْثَافًا"، وكلم الغنى، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ولا يجد غني يغنيه"، "لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُخْضِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ..."، رقم الحديث: 1477، ص. 360.

10- اشتراط ما لا غرض فيه لأحد المتعاقدين:

قال فقهاء الشافعية¹ بطلان الشرط الذي لا يترتب عن إعماله أي نفع؛ فلو اشترط العاقد ما لا يتعلق به غرض، كبيع عبد مع شرط أن لا يأكل إلا الهريسة، أو أن لا يلبس إلا الخنز أو الكتان، فإن حكم هذه الشروط في المذهب هو البطلان، مع القول بصحة العقد؛ ذلك أن تلك الشروط لا تورث غالبا أي نزاع في حالة الإخلال بها².

11- الشرط المتضمن مصلحة لغير المتعاقدين:

ويعتبر من قبيل الشروط الباطلة في المذهب الحنفي، الشرط الذي تترتب عنه منفعة لشخص أجنبي عن طرفي العقد؛ سواء كان هذا الأجنبي معيناً، كأن يشترط البائع على المشتري إقراض فلان، أم غير معين، ومثاله بيع شخص لساحة مع اشتراطه أن يبنى عليها مسجداً، أو بيع طعام بشرط أن يتصدق به³. ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن منع فقهاء الحنفية الشرط المتضمن مصلحة لغير المتعاقدين على هذا النحو، يؤدي إلى حظر مجال الاشتراط لمصلحة الغير لدى هذا المذهب، وفي هذا الصدد يقول: "ويلاحظ أن هذه الصورة في الفقه الإسلامي تعدل في الفقه الغربي صورة الاشتراط لمصلحة الغير، ولما كان الشرط فاسداً في هذه الحالة، فقد أقفل باب الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الحنفي"⁴.

على أننا نرى أن التقريب بين النظامين (اشتراط منفعة للغير الأجنبي، والاشتراط لمصلحة الغير) لا ينفي وجود فروق بينهما؛ إذ إن الشروط التي أبطلها الأحناف متعلقة بالمعقود عليه؛ باعتبارها تحول دون انتفاع المتعاقد به على أكمل وجه، وذلك في مثال الاشتراط على مشتري الأرض إقامة مسجداً عليها، أو مشتري الطعام التصديق به على الفقراء والمساكين، أما الاشتراط لمصلحة الغير فإنه لا يؤدي إلى المساس بحق المتعاقد بالانتفاع بالمعقود عليه، غاية ما في الأمر أن الشخص يتنازل بمحض إرادته عن الانتفاع به إلى شخص أجنبي، وذلك في حالة اشتراط البائع على المشتري تأدية الثمن إلى طرف آخر مثلاً. وبالتالي فإن الفرق بينهما يكمن في أن أثر الشرط في الاشتراط لمصلحة الغير يمس بالمشتري وليس المشتري عليه، وهو أدرى بمصلحته. أما في الشروط الباطلة لدى الفقه الحنفي فإن أثر الشرط يمس مصلحة المشتري عليه،

¹ - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 385.

² - النووي، المجموع، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص. 447.

³ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 285.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 91.

ويؤدي إلى مخالفة مقتضى العقد، بما ينتج عنه من تحجير على المتعاقد في الانتفاع بالمعقود عليه؛ من أجل ذلك وجب التفرقة بين المسألتين.

وقد انقسم فقهاء الحنفية بخصوص حكم هذا الشرط إلى قولين؛ أولهما: يرى بطلان الشرط فقط، دون أن يتعدى ذلك إلى العقد الذي يبقى صحيحا دون ذلك الشرط، والعلة من بطلان مثل هذه الشروط يكمن في كونها ليست من مقتضى العقد، وغير ملائمة له، ولم يجر بها العرف بين الناس، كما لم يرد نص من الشارع بجوازها. أما القول الثاني: فيقضي بفساد العقد المقتزن بهذا الشرط؛ باعتبار أنه لو صح مثل هذا الشرط لترتب عنه منفعة لأجنبي، مما يؤدي إلى فساد العقد، وذلك قياسا على حكم الشرط الذي يحقق منفعة لصالح أحد المتعاقدين¹.

ويبدو أن الرأي الأول هو الأولى بالقبول؛ ذلك أن القول بفساد العقد المقتزن بهذا النوع من شأنه إبطال العديد من العقود، مما يؤدي إلى المساس باستقرار المعاملات؛ كما أنه لا يمكن قياس هذا النوع من الشروط على الشروط التي تحقق منفعة لصالح أحد المتعاقدين؛ باعتبار أن الشرط في الحالة الثانية كان محل تراض بين طرفي العقد؛ إذ إن المشتراط ما كان ليبرم العقد لولا تلك المصلحة التي ارتأها من وراء ذلك الشرط، وبالتالي فإن غياب الشرط يؤدي إلى تخلف التراضي، مما ينتج عنه بطلان العقد. أما في الحالة الأولى فالمستفيد من الشرط شخص أجنبي، ولم يكن طرفا في العقد، ولا يورث عادة منازعة، وبالتالي فإن عدم تحقق الشرط لا ينتج عنه المساس بمصلحة أحد المتعاقدين، مما يؤدي إلى القول بفساد الشرط مع بقاء العقد صحيحا.

12- شرط الفسخ إذا لم يوف المشتري بالثمن خلال مدة معينة:

وصورة هذا الشرط في بيع شخص لشيء مع اشتراطه على المشتري دفع الثمن خلال ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع بينهما، فحكم الشرط في هذه الحالة هو البطلان، مع بقاء العقد صحيحا². وقد أبطل فقهاء المالكية هذا الشرط؛ لما قد ينتج عنه من غرر ومخاطرة؛ وذلك لأن البائع كأنه قد زاد في الثمن على أنه إذا دفع ذلك الثمن خلال تلك المدة فالمبيع للمشتري، وإلا فلا شيء له. ويفرق

¹ - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 285.

² - حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 175-176.

فقهاء المالكية في هذا الصدد بين حالتين؛ حالة عدم وقوع البيع، وحالة وقوعه، فإذا لم يتم البيع بين المتعاقدين فلا بيع بينهما، وأما إذا تم البيع بطل الشرط، وجاز البيع¹.

الفرع الثالث: مدى إمكانية التعويل على نظرية الاشتراط لمواجهة الشروط التعسفية

بعد عرضنا لمختلف الآراء الفقهية بخصوص مدى حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي، وكذا إلى تقسيمات الشروط التقييدية لدى مختلف المذاهب، فإننا سنبين في هذا المطلب مدى إمكانية التعويل على نظرية الاشتراط من أجل حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، وذلك لا يتأتى إلا ببيان نتائج دراسة نظرية الاشتراط في الفقه الإسلامي (أولاً)، ودورها في مكافحة الشروط التعسفية (ثانياً).

أولاً- نتائج دراسة نظرية الاشتراط في الفقه الإسلامي:

بعد أن قمنا باستعراض تقسيمات الشروط التقييدية في الفقه الإسلامي، وذلك وفق كل مذهب من المذاهب، فإنه يستخلص من ذلك النتائج التالية:

1- أن الفقه الإسلامي قد تميز وانفرد بنظرية متكاملة خاصة بالشروط العقدية لم يصل إليها القانون الوضعي في أوج تطوره، كما اتسمت تلك النظرية بالعموم، والمرونة، ما يجعلها قابلة للتطبيق على كافة المعاملات حتى الحديثة منها، وذلك نظراً لقيامها على أسس متينة وقوية من أصول عامة وقواعد كلية، إضافة لارتكازها على قواعد نبيلة، كالعدالة، والإنصاف، وإزالة الضرر، والمساواة في أداءات الطرفين².

2- أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد انقسموا إلى قسمين؛ قسم يضيق من مجال تصحيح الشروط ويلتزم بمبدأ وحدة الصفقة، فلا يجوز إلا شرطاً اقتضاه العقد، أو لاءمه، أو جرى العرف على اعتباره. ويمثل هذا القسم فقهاء الحنفية، والشافعية. أما القسم الثاني فيتوسع في تصحيح الشروط، ولا يلتزم بمبدأ وحدة الصفقة، وبالتالي يرى إباحة جميع الشروط، ما لم تكن مخالفة لمقتضى العقد، أو نص شرعي، ويمثل هذا القسم فقهاء المالكية، وبدرجة أكبر الحنابلة³.

3- أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا حذيرين من إعطاء الحرية للمتعاقدين فيما يخص الاشتراطات التعاقدية؛ إذ لم يصبح مبدأ حرية الاشتراط مكرساً إلا بعد الاجتهادات التي قام بها فقهاء الحنابلة، ولا سيما ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم. ويرجع هذا الحذر في اعتقادنا إلى الخشية من أن يتخذ الناس حرية

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 433.

² - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 265-266.

³ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 122.

الاشتراط ذريعة لتضمين العقود شروطا مخالفة للشرع، وبالتالي تغيير مقاصد العقود، كما يرجع ذلك أيضا إلى صعوبة وضع معيار لمشروعية الشرط، فكان الأحوط هو تقييد تلك الإرادة، إلى أن تم الاهتداء إلى معيار مشروعية الشرط؛ وهو عدم مخالفته للشرع، أو لمقتضى العقد، وبالتالي فكل شرط لم يخالف الأمرين كان صحيحا، مرتبا لآثاره الشرعية، يلزم الوفاء به.

4- أن الظاهرية، وجمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، قد اعتبروا أن الأصل في الشروط هو الحظر والمنع؛ فلا يكون لطرفي العقد حسب هذا الاتجاه تضمين العقد بما يشاؤون من الشروط. إلا أن المذاهب سالفة الذكر وإن كانت اتفقت في المبدأ إلا أنها قد اختلفت في التفصيل؛ إذ يعتبر الظاهرية أقوى المذاهب تشددا وتقييدا للإرادة، وأقربهم إلى ذلك الشافعية، ثم الحنفية. أما المالكية فيعتبرون أقرب مذاهب الجمهور تصحيحا للشروط، واقتربا من رأي المجيزين للشروط كقاعدة عامة -وهم الحنابلة-. وبالتالي يلاحظ المقاربة بين المذهبين في تصحيح الشروط. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: "ولا شك أن الفقه المالكي فيما يتعلق باقتزان العقد بالشرط، قد تطور تطورا ملحوظا نحو الإباحة، فالمذهب المالكي -خلافًا للمذهبين الحنفي والشافعي- يجيز الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة فيتخطى بهذه الإباحة العقبة التي ترجع في المذهبين الآخرين إلى مبدأ وحدة الصفقة"¹.

وقد يرجع سبب تميز المذهب الحنبلي عن المذهب المالكي، إلى التجديد الذي قام ابن تيمية؛ إذ كان من شأن هذا التجديد نبذ مبدأ وحدة الصفقة، والذي أدى بدوره إلى التضييق من مجال الشروط الفاسدة، فلا يكون الشرط فاسدا، إلا إذا كان منافيا لمقتضى العقد، أو مخالفا للشرع².

وبناء على ذلك، فإن فقهاء الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية، قد كانوا السابقين إلى إقرار مبدأ صحة الشروط، إلا ما كان منها مخالفا لمقتضى العقد، أو لنص شرعي. وفي هذا يقترب المذهب الحنبلي كثيرا من القانون الوضعي، والذي استقر فيه الرأي أيضا على صحة كل شرط عقدي، ما لم يكن مستحيلا، أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فيلغو الشرط ويصح العقد، ما لم يكن ذلك الشرط هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد بذلك أيضا³.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 113.

² - المرجع نفسه، ص. 124.

³ - المرجع نفسه.

وعليه نلاحظ أن تطور القانون الوضعي في باب سلطان الإرادة والاشتراطات العقدية، لا يعدو أن يكون تقريراً لما سبق وأن تبناه فقهاء الحنابلة، لا سيما ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم.

وفي هذا الصدد، يقول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا: "إن مبدأ سلطان الإرادة الذي قرره الاجتهاد الحنبلي منذ اثني عشر قرناً، استنباطاً من نصوص الشريعة الإسلامية الخصية، وأصولها الحكيمة الواضحة، لم تكن لتعرفه أو تفهمه الشرائع العالمية والفقهاء الروماني، ولم تنتبه إليه الأفكار التشريعية والاجتماعية في أوروبا إلا منذ قرنين..."¹.

كما تكمن ميزة الفقه الحنبلي في عدم تمييزه بين عقود المعاوضات وعقود النكاح في حرية الشروط وقوتها الإلزامية، بشرط عدم مخالفة الحدود العامة الموضوعة، متمثلة في النصوص الشرعية، ومقتضى العقد². وعلى ذلك يجوز في عقد النكاح حسب هذا الاتجاه أن تشترط الزوجة على الزوج ألا يسافر بها، أو أن يسكن معها في دارها، أو يشترط أحد الزوجين أن يكون الآخر موسراً، أو غير ذلك من الشروط³. وبناء على ذلك تعتبر هذه الشروط صحيحة واجبة الوفاء لدى الحنابلة؛ إذ يجوز للمشتترط فسخ النكاح إذا لم يوف الطرف الآخر بالشرط⁴.

5- أن المذاهب الأربعة قد اتفقوا على أن كل شرط يقتضيه العقد يعتبر شرطاً صحيحاً، لازماً، تترتب عنه أحكامه الشرعية⁵.

غير أن فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا بعدها في التفصيل⁶؛ لاختلافهم في تحديد ضابط مقتضى العقد. فبينما يرى فقهاء الظاهرية، والحنفية، والمالكية، والشافعية، أن الأصل في الشروط الحظر؛ ذلك أن لكل عقد أحكاماً أساسية تسمى: "مقتضى العقد"، وقد ثبتت هذه الأحكام؛ إما بنص الشارع مباشرة، أو تم استنباطها من قبل المجتهدين، فقاموا بإثباتها، وذلك حفاظاً على استقرار التوازن العقدي، فلا يكون للمتعاقدین حسب هذا الاتجاه مخالفة مقتضى العقد، وإلا نتج عن ذلك بطلان الشرط والعقد معاً، وأشد

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 558.

² - المرجع نفسه، ص. 559.

³ - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 209.

⁴ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 559. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 123. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 210.

⁵ - ديان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص. 236.

⁶ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 550.

هذه المذاهب تضييقا هما الظاهرية، والشافعية، والحنفية، أما المذهب المالكي فقد بدا أكثر المذاهب رحابة فيما يخص فكرة مقتضى العقد¹.

وبالنسبة لفقهاء الحنابلة، فقد كانوا أوسع المذاهب الفقهية نظرا في تفسير مقتضى العقد وحدوده، حيث أنهم، وبخلاف المذاهب السابقة، لا يعتبرون كل مصلحة يشترطها أحد العاقدین لنفسه لا يوجبها العقد بذاته، تكون منافية لمقتضاه، بل يرون أن مصلحة العاقد من مصلحة العقد، ما دامت تلك المصلحة مشروعة².

6- أما النوع الثاني من الشروط التي تم الاتفاق على صحتها من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية، فهو الشرط المتضمن مصلحة للعقد³، أو ما يسمى بالشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينفيه. ورغم اختلاف تسمية هذا الشرط لدى فقهاء المذاهب الأربعة، فقد تم تسميته في الفقه الحنفي بالشرط الملائم للعقد، أما المالكية، والشافعية، والحنابلة، فقد أطلقوا عليه تسمية الشرط المتضمن مصلحة للعقد⁴. ومن أمثلة ذلك الشرط، اشتراط البائع التزام المشتري بتقدم كفيل، أو رهن بالثمن المؤجل⁵. وقد استند فقهاء الشريعة الإسلامية على جوازه إلى الملازمة القائمة بين هذا النوع من الشرط من جهة، وبين العقد من جهة أخرى⁶.

إلا أنه وإن كان هناك اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة على جواز هذا النوع من الشروط، لكنهم اختلفوا بعد ذلك في أساس جوازه، فبينما يرى فقهاء الحنفية أن هذا الشرط يصح استثناء على سبيل الاستحسان؛ إذ يلحقونه بالشرط الموافق لمقتضى العقد، فإن جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، قد أجازوه أصلا لا استثناء؛ ذلك أن هذا الشرط حسبهم وإن كان لا يوافق مقتضى العقد، فإنه كذلك لا ينافي هذا المقتضى، فهو شرط صحيح، ما دام فيه مصلحة للعقد والمتعاقدين⁷.

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 449.

² - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 555.

³ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 494.

⁴ - ديبان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص. 247-248.

⁵ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 550.

⁶ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 495.

⁷ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 83.

- 7- اتفق جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وبعض الأحناف، على جواز الشرط المتضمن معنى من معاني البر، كبيع العبد مع شرط العتق. وقد استدلوا على ذلك بجملة من الحجج، منها: عموم الآيات والأحاديث التي توجب الوفاء، وكذا تشوف الشارع إلى الحرية، ورغبته في انتشار الخير في المجتمع¹.
- 8- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على بطلان الشرط المخالف لنص شرعي؛ لمخالفته ما ثبت بالشرع، والأصل "أن ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط". وتعليل ذلك أن الشرط هو أمر إرادي، فإذا كان من شأن أعماله مخالفة نص شرعي، فإنه يعتبر قد خالف إرادة الشارع، مما ينتج عنه تعارضا بين الشرع الملزم، والتصرف الإرادي، فوجب تقديم إرادة الشارع على إرادة المتصرف بإبطال شرطه. وبمفهوم المخالفة إن جاء الشرط موافقا للشرع اعتبر صحيحا، وملزما لطرفي العقد².
- 9- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على بطلان الشرط الذي يؤدي إلى الالتزام بغرض مشروع ليس برا، ومثال ذلك اشتراط البائع على المشتري إقراضه، أو بيعه كذا، أو أن يؤجره كذا، أو أن يهبه كذا؛ ذلك أن هذا الشرط يتضمن صفتين في صفقة، أو بيع وشرط³.
- 10- أن الفقه الحنبلي صحح طريقة البيع بما ينقطع به السعر؛ أي بما يستقر عليه سعر السوق في يوم البيع، دون أن يتم تحديد الثمن عند إبرام العقد، وهذا بخلاف مذاهب الجمهور المتبقية التي لم تر جواز هذا الشرط؛ باعتبار أن ذلك يترتب عنه جهالة الثمن عند إبرام العقد، أما الحنابلة فقد رأوا أن الاتفاق يضع أساسا صالحا لتحديد الثمن، مما ينتج عنه نفي الجهالة وحسم النزاع⁴.
- ولم يتم التسليم بهذه الطريقة في التعاقد في القانون الوضعي إلا حديثا⁵، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري، والتي استمدتها المشرع الجزائري، والتشريعات العربية من القانون المدني البولوني في مادته 02/61⁶.

¹ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 542-544.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 450.

³ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 551-552.

⁴ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 563.

⁵ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 453.

⁶ - لمزيد من التفصيل يراجع: الجزء الخاص بمنح القاضي سلطة تكميل العقد من هذا البحث.

ثانيا- دور نظرية الاشتراط في مكافحة الشروط التعسفية:

بعد أن بيّنا تقسيمات الشروط التقييدية أو العقدية في كل مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي، والنتائج المترتبة عن هذا التقسيم، بقي لنا أن نبين الآن دور هذا التقسيم في مكافحة الشروط التعسفية، ويكون ذلك بدراسة أثر الشروط المحظورة في الفقه الإسلامي في الحد من الشروط التعسفية. ويمكن أن نلخص هذا في النقاط التالية:

1- لاحظنا عند دراستنا للشروط التقييدية أن فقهاء الشريعة الإسلامية، قد تعرضوا عند تقسيماتهم إلى العديد من الشروط التي تعتبر تعسفية في مفهوم التشريعات الحديثة، كالشرط الذي يترتب عنه مصلحة لأحد المتعاقدين، أو الشرط الذي لا يقابله التزام. وعلى هذا يمكن القول بأن فقهاء المذاهب قد تعرضوا للشروط التعسفية - وإن لم يسموها بذلك الاسم - إلا أنهم درسوا ذلك النوع من الشروط من خلال تناولهم لأنواع الشروط التقييدية، واعتبروا أن كل شرط من شأنه أن يترتب مصلحة لأحد المتعاقدين دون وجود ما يقابله، أو لا يقابله التزام، شرط باطل؛ ذلك أن قواعد الفقه الإسلامي - وهو يقوم على مبادئ العدالة - تأبى أعمال مثل هذه الشروط التي قد تؤدي إلى جعل العقد خادما لمصلحة أحد الطرفين دون الآخر، مما ينتج عنه اختلالا في التوازن العقدي. وهذه هي عين المبادئ التي تقوم عليها القوانين الحديثة في مكافحة الشروط التعسفية.

2- كما لاحظنا أن جزاء الشروط الباطلة ينقسم إلى نوعين؛ إما بطلان الشرط والعقد معا، وإما بطلان الشرط مع بقاء العقد صحيحا، وهذا النوع الثاني هو الذي يعنينا؛ إذ نلاحظ كذلك سبق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تقرير هذا الجزاء، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات، وعدم إبطال العقود لأي سبب، كما أن إقرار مثل هذا الجزاء يخدم المشترط عليه؛ إذ يمكنه من الإفادة من العقد دون أن يكون ذلك الشرط نافذا في مواجهته، أو ملزما به، ومن شأنه أيضا ردع الطرف الآخر على اشتراط مثل تلك الشروط، لا سيما إذا ما علم أن مآلها الإلغاء مع بقاء العقد صحيحا، وذلك هو عين جزاء الشرط التعسفي في تشريعات الاستهلاك مثلما رأينا؛ إذ نصت معظمها على بطلان الشرط، مع بقاء العقد صحيحا، ما لم يكن ذلك الشرط هو الدافع إلى التعاقد. ومن هنا نلاحظ أيضا سبق فقهاء الشريعة الإسلامية، التشريعات الحديثة في الفصل بين الشرط والعقد، والإبقاء على العقد دون ذلك الشرط الفاسد، متى أمكن ذلك.

3- أن المرونة التي اتصفت بها نظرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي، يجعلها قابلة للتطبيق على كل العقود مهما كانت طبيعتها، بخلاف القوانين الوضعية التي ربطت فكرة الشروط التعسفية بنوع معين من العقود، جعلته مجالا موضوعيا للحماية من الشروط التعسفية¹.

4- إن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق وفق الرأي القائل بحرية الاشتراط -وهم فقهاء الحنابلة- لا يكون إلا في مجال الشروط الصحيحة؛ ذلك أن الشرط الباطل في هذا الاتجاه أساسه؛ إما مخالفة الشرع، أو مقتضى العقد. وفي هذه الأحوال فإن صاحب الشرط الباطل لا يستند إلى حق أو رخصة كي يتصف الشرط بالتعسف؛ إذ لا تعسف إلا في استعمال حق أو إباحة، وهما معدومان في هذا المجال، فكان من أثر ذلك انعدام الحكم بالتعسف. فيبقى الشرط الصحيح وحده هو من يستجيب لنظرية التعسف بحدودها وأحكامها؛ ذلك أنه يستند إلى الإباحة، وهي مجال التعسف. وبناء على ذلك يعتبر تعسفا كل شرط من شأنه الإضرار بالمتعاقد الآخر، أو ترتب عنه اختلال فادح في الأداءات بين المتعاقدين، ومن شأن أعمال هذا الحكم توفير ضمانات كافية للقول بصحة الشروط كقاعدة عامة؛ باعتبار أن جزاء البطلان يمنع مخالفة الشرط للنص أو مقتضى العقد، والحكم بالتعسف على الشرط، من شأنه منع إدراجه في العقد ابتداء، وإسقاطه انتهاء، مع حق الطرف المتضرر في طلب التعويض عن آثار الشرط التعسفي في حالة استحالة أعمال الحكيم السابقين².

المطلب الثاني: مكافحة الشروط التعسفية من خلال حظر الاحتكار

بعد أن بينا مدى الحماية المقررة للمتعاقد من البنود التعسفية من خلال نظرية الشروط التقييدية في الفقه الإسلامي، فإننا سنتطرق لآليات مواجهة الشروط التعسفية من جانب آخر؛ أي من جانب بعض الحالات أو الأوضاع التي قد تتضمن بطبيعتها شروطا تعسفية؛ إذ إن قيام تلك الحالات يفترض معه تعسف أحد طرفي العقد؛ فيضع شروطا تعسفية من أجل الإضرار بالآخر. وتتمثل تلك الحالات في احتكار الشخص لسلعة معينة، مما يجعله في وضع يسمح له بفرض شروطه، وما على الآخر إلا قبولها؛ لمعرفته مسبقا باستحالة حصوله على تلك السلعة أو الخدمة من جهة أخرى.

¹ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 268.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 456.

ومن أجل بيان مدى إمكانية التعويل على حظر الاحتكار لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية، وجب التطرق إلى مفهومه (الفرع الأول)، ثم الحديث عن موقف الشريعة الإسلامية منه (الفرع الثاني)، وتحديد نطاقه (الفرع الثالث)، فآليات مكافحته (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مفهوم الاحتكار

لم يكن تعريف الاحتكار محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة؛ إذ إن المتتبع لنصوصهم يلاحظ اختلافهم في تعريفه على النحو التالي:

فعرّف الأحناف¹ الاحتكار: "بأن يشتري طعاما في مصر، ويمتنع من بيعه، وذلك يضر بالناس".

وعرّفه المالكية² بأنه: "الادخار للمبيع، وطلب الربح بتقلب الأسواق".

أما في المذهب الشافعي فقد عرفه البعض³ بأنه: "إمساك ما اشتراه وقت الغلاء؛ ليعه بأكثر مما اشتراه، عند اشتداد الحاجة".

بينما عرفه البعض الآخر⁴: "بأن يشتريه وقت الغلاء؛ أي عرفا ليمسكه، ويبيعه بعد ذلك بأكثر من ثمنه للتضييق حينئذ".

أما بالنسبة للحنابلة⁵ فقد تمّ تعريف الاحتكار عندهم بأنه: "الاحتكار (شراؤه)؛ أي القوات (لتجارة ليحبسه) طلبا للغلاء، مع حاجة الناس إليه".

وبناء على ما سبق، يتضح أن مفهوم الاحتكار لم يلق اتفاقا بين فقهاء مختلف المذاهب الأربعة، ولم يأت ذلك الاختلاف من العدم؛ إذ إن التباين في تعريفات المذاهب مرده اختلافهم في العديد من الأحكام المتعلقة بالاحتكار كما سنرى، مما نتج عنه اختلاف في مفهومه لدى كل اتجاه تبعا لذلك.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الاحتكار: بين التحريم والكراهية

بعد أن قمنا ببيان مفهوم الاحتكار لدى المذاهب الأربعة، فإننا سنتطرق إلى حكم الاحتكار في الشريعة الإسلامية، أو مدى مشروعيته. ولم يكن هذا الحكم محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، بل انقسم فقهاء المذاهب إلى اتجاهين؛ أولهما يقول بتحريم الاحتكار، وثانيهما يقول بكراهيته.

¹ - لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 213.

² - ابن عبر البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 20، ص. 69. الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 15.

³ - الشريفي، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 392.

⁴ - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 473.

⁵ - الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 63.

وبناء على ما سبق سنعرض لموقف كل اتجاه، والحجج التي استند إليها لتبرير موقفه على حدة.

أولاً- الاتجاه القائل بتحريم الاحتكار:

يرى جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، تحريم الاحتكار، وقد استندوا في ذلك على

عدة أدلة، تتمثل فيما يلي:

1- من القرآن:

لقد استند بعض العلماء على قوله تعالى: "وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ"¹. وقد تم تفسير كلمة الإلحاد من قبل بعض المفسرين باحتكار الطعام بمكة، وهذا من قبيل التفسير بالمثال، والظلم أعم من ذلك².

2- من السنة:

- حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "من احتكر فهو خاطئ"³، ووفي رواية أخرى: "من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ"⁴. والمقصود الخاطئ بالهمزة هو العاص والآثم⁵، فدل ذلك الحديث على أن المحتكر الذي يعتمد إلى شراء ما يحتاجه الناس من طعام ويقوم بحبسه؛ من أجل إغلائه عليهم، يتعد ظالماً لعامة الناس⁶.

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "من احتكر طعاماً أربعين ليلة، فقد برىء من الله تعالى، وبرىء الله تعالى منه"⁷. ومما لا شك فيه أن مثل هذا الجزاء لا يلحق إلا بارتكاب الحرام؛ ذلك أن احتكار الطعام من

¹ - سورة الحج، الآية 25.

² - دبيان بن محمد الدبنيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 411-413.

³ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساقاة والمزارعة، باب: تحريم الاحتكار في الأقوات، رقم الحديث: 1605، ص. 702. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في النهي عن الحكرة، رقم الحديث: 3447، ص. 438.

⁴ - رواه أحمد في المسند، رقم الحديث: 8617، ص. 589.

⁵ - أبو الطيب محمد آبادي، عون المعبود على شرح سنن أبي داود، المرجع السابق، ص. 314.

⁶ - شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تقديم: محمد الزحيلي، تحقيق وتخریج أحاديث وتعليق: بشير محمد عيون، الطبعة الأولى، مكتبة المؤيد، بيروت-لبنان، 1989، ص. 205.

⁷ - رواه أحمد في المسند، رقم الحديث: 4880، ص. 358.

باب الظلم؛ إذ إن ما يباع في المصر قد تعلق به حق العامة، ومنع الحق عن المستحق ظلم¹، والظلم محرم قطعاً، وبالتالي فقد تحقق سبب التحريم².

- قوله صلى الله عليه وسلم: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"³. فالحديث السابق يفرق بين صنفين من الأشخاص من حيث الفعل والجزاء؛ أولهما: هو الجالب الذي يشتري الطعام لبيعه في بلده فهو مرزوق؛ لأنه لا يضيق على أحد، ولا يضر به، بل ينفع، فإن الناس إذا علموا أن معه طعاماً معداً للبيع طابت قلوبهم واطمأنت، وأما الثاني: فهو المحتكر الذي يشتري الطعام للمنع، ويقصد الإضرار بالناس، فإن ذلك لا يجوز؛ لكونه فيه تضيقاً على المسلمين، بل إنه فوق ذلك ينال لعنة الله تعالى، وليس المقصود باللعنة الطرد من رحمة الله تعالى؛ لأن ذلك لا يكون إلا للكافر؛ إذ من المقرر في عقيدة أهل السنة والجماعة أن المسلم لا يكفر بالكبيرة، وإنما المقصود بذلك هو الإلقاء عن درجة الأبرار والصالحين⁴. ومما لا شك فيه فإن اللعن لا يكون إلا بمباشرة المحرم، مما يؤكد حرمة الاحتكار⁵.

3- من الآثار:

- عن عمر بن الخطاب أنه قال: "لا حكرة في سوقنا، لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهب، إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا، فيحتكرونه علينا. ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف، فذلك ضيف عمر. فليبع كيف شاء الله، وليمسك كيف شاء الله"⁶.

- وأيضاً، عن مالك، أنه بلغه أن عثمان بن عفان ينهي عن الحكرة⁷.
ويظهر من كل النصوص السابقة أنها تدل على تحريم الاحتكار؛ لما فيه من ضرر على الناس والتضييق عليهم، وقد نهى الإسلام عن إيقاع الضرر بالناس، والحكمة من تحريم الاحتكار هي منع الضرر عنهم، وذلك إعمالاً وتطبيقاً لقواعد الشريعة الإسلامية⁸.

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 129.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 423.

³ - رواه ابن ماجة في السنن، كتاب: التجارات، باب: الحكرة والجلب، رقم الحديث: 2153، ص. 385.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 461-462.

⁵ - الكاساني، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 129.

⁶ - رواه مالك في الموطأ، كتاب: البيوع، باب: الحكرة والتربص، رقم: 56، ص. 651.

⁷ - رواه مالك في الموطأ، كتاب: البيوع، باب: الحكرة والتربص، رقم: 58، ص. 651.

⁸ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 199.

4- من المعقول:

- الاحتكار فيه ظلم للناس، والتجار، والسوق. أما كونه ظلم للناس، فذلك لما ينتج عنه من التضيق عليهم في أرزاقهم، ورفع الأسعار عليهم، وأما كونه يضر بالتجار فلأن السلعة تكون في يد المحتكر فقط دون بقية التجار، مما ينتج عنه إهدارا لحرية المنافسة والتجارة، وأما كونه ظلم للسوق، فذلك بسبب ما ينتج عن الاحتكار من عدم توافر السلع في السوق¹.

ومن المسلم به أنه ليس من سمات الشريعة الإسلامية التخالف أو التناقض؛ إذ يجب أن يفهم الجزئي في ضوء الكلي، والاحتكار تصرف في حق الملك، وهو في الأصل مشروع، وهذا حكم جزئي، ولكن قد نشأت عن هذا الحكم الجزئي أزمة جديدة أدت إلى وقوع ضرر عام، فنهض على هذا الأساس دليل تكليفي كلي جديد، إعمالا لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تقف مكتوفة الأيدي أمام الظروف الاجتماعية المستجدة؛ باعتبارها حقائق موجودة وجب التعامل معها، مما أدى إلى تعارض حكمان؛ حرية الملكية والضرر العام؛ إذ إن الدليل التكليفي الكلي يستوجب دفع الضرر عن العامة، ومنع التسبب فيه، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة، وحفظ حقوقهم، وصيانتها، وهذا أمر مسلم به شرعا².

يتبين من خلال ما سبق عرضه، أن القائلين بتحريم الاحتكار استندوا على نوعين من الأدلة؛ أدلة نقلية وأدلة عقلية، فأما الدليل النقلية فقوامه الأحاديث التي وردت بخصوص حكم الاحتكار؛ إذ يجب فهم الوعيد الشديد بالنار، واللعن، والبراءة من ذمة الله تعالى بالنسبة للمحتكر، أن فعله حرام. أما الدليل العقلي فقد تم الحكم على تحريم الاحتكار بالنظر للنتيجة التي يسببها من ضرر للعامة، وذلك بمنعهم³.

¹ - دبيان بن محمد الديناني، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد السادس، ص. 423.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 424-425.

³ - المرجع نفسه، ص. 415.

ثانيا- الاتجاه القائل بكراهية الاحتكار:

خلافًا للاتجاه السابق، والذي يقول بتحريم الاحتكار، يذهب أنصار هذا الاتجاه، وهم أغلب فقهاء الحنفية، وبعض فقهاء الشافعية، إلى القول بكراهية الاحتكار إذا كان ذلك من شأنه الإضرار بأهل البلد، فإذا لم يكن من شأن ذلك الاحتكار الإضرار بأهل البلد فلا بأس به¹.

وقد استند القائلون بهذا الرأي، بكون راوي حديث: "لا يحتكر إلا خاطئ" -وهو سعيد بن المسيب- كان يحتكر، ويدل على ذلك ما جاء في الروايات من أن سعيد بن المسيب كان يحتكر، فلما سئل عن ذلك، قال: "إن معمر الذي كان يحدث هذا الحديث كان يحتكر"²، وذكر في رواية أخرى أن سعيدا كان يحتكر الزيت³، وراوي الحديث إذا خالفه مع علمه به، فذلك يدل على نسخه أو ضعفه⁴.

ويرى الأستاذ فتحي الدريني أن سبب القول بكراهية الاحتكار دون تحريمه في هذا الاتجاه هو أصلا⁵؛ أولهما: هو حرية التجارة بناء على أصل الحل العام، أو الإباحة الأصلية، وثانيهما: هو ما جاء في النهي عن الإضرار بالغير، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

إلا أن النهي هنا لا لذات الفعل (الاحتكار)؛ بل لعارض مجاور منفك، وهو الضرر الناشئ عن هذا الاحتكار، وذلك ليس شرطا متوفرا في جميع حالات الاحتكار؛ إذ يمكن أن يتم البيع والشراء على نحو لا يتحقق معه ضرر للغير رغم وجود الاحتكار، ومن ثم لا يتسرب النهي إلى أصل الفعل المتمثل في الاحتكار، وتأسيسا على ذلك قال فقهاء هذا الاتجاه بكراهية الاحتكار.

ويذهب الأستاذ الدريني إلى أن قول هذا الاتجاه بكراهية الاحتكار مردود عليه من عدة نقاط، وهي⁶:

- أن الحنفية هم وحدهم من احتجوا بأن النهي إذا كان لأمر مجاور منفك لا يفيد التحريم، وبخلاف الحنفية فإن هذا المبدأ لم يلق قبولا لدى جمهور الفقهاء، فلا يصح الاحتجاج به عليهم.

¹ - لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.213.

² - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساقاة والمزارعة، باب: تحريم الاحتكار في الأقوات، رقم الحديث: 1605، ص.702. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في النهي عن الحكرة، رقم الحديث: 3447، ص.438.

³ - رواه البيهقي في السنن، الجزء السادس، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في الاحتكار، رقم الحديث: 11148، ص.49.

⁴ - دبيان بن محمد الدنبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص.424-425.

⁵ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.421.

⁶ - المرجع نفسه، ص.426-427.

- أن تحريم الاحتكار تقتضيه قاعدة سد الذرائع، وهو أصل؛ ذلك أن جميع الأئمة متفقون على عدم جواز التذرع إلى المحرم.

- لا يمكن الاحتجاج بقاعدة أن الناس أحرار في أموالهم يتصرفون فيها أنى شأؤوا، وأن مبدأ التراضي في العقود هو أساس حل انتفاع كل المتعاقدين بمال الآخر؛ لأن ذلك مقيد بأدلة الشرع الأخرى، والتي توجب مراعاة حق الغير عند التصرف في الحق، على نحو لا يلحق ضررا بالغير، ولا سيما بعمامة المسلمين، وهو ما يطلق عليه درء التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثالث: نطاق الاحتكار

بعد بيان تعريف الاحتكار، وكذا حكمه الشرعي، سنتطرق إلى محل الاحتكار، أو ما يجري فيه الاحتكار، فهل كل الأشياء التي يقوم الشخص بادخالها تعد محلا لتطبيق أحكام الاحتكار؟ أم هناك مواد معينة تسري عليها أحكام الاحتكار دون الأخرى؛ نظرا لأهميتها، وعدم إمكانية الاستغناء عنها مقارنة بالمواد الأخرى؟

إن هذا التساؤل هو محل اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، مما أدى إلى ظهور ثلاثة آراء حول طبيعة المواد القابلة لتطبيق حكم الاحتكار، وفيما يلي بيان مضمون رأي كل اتجاه وحججه على حدة (أولا). كما لم يقف الاختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية عند هذا الحد، بل تعدى أيضا إلى مصدر الاحتكار؛ أيقصر على سلع البلد، أم يثبت في كل سلعة مهما كان مصدرها. وهذا ما سنبينه (ثانيا).

أولا- نطاق الاحتكار من حيث طبيعة السلع: بين التضييق والتوسعة

لم يلق نطاق الاحتكار من حيث طبيعة السلع اتفاقا بين فقهاء الشريعة الإسلامية؛ إذ انقسموا في هذا الصدد إلى ثلاثة توجهات، أولهما يرى قصر أحكام الاحتكار على قوت الآدمي فقط، بينما يضيف ثانيهما قوت الحيوان، فيما ذهب اتجاه ثالث إلى توسعة مجال الاحتكار مخالفا بذلك الاتجاه السابقين. وفيما يلي نعرض لرأي كل اتجاه تباعا.

1- الاتجاه القائل باقتصار الاحتكار على قوت الآدمي:

يرى أنصار هذا الاتجاه، وهم بعض فقهاء الشافعية، والحنابلة، أن الاحتكار لا يجري إلا في قوت الآدمي فقط، وبالتالي فإن هذا الاتجاه يخرج ما دون ذلك من مواد أو سلع من نطاق الاحتكار. وقد استدلووا على ذلك بالعديد من الحجج منها:

أ- من السنة النبوية:

- قوله صلى الله عليه وسلم: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس"¹.
- وقوله النبي صلى الله عليه وسلم: "من احتكر طعاما أربعين ليلة، فقد برىء من الله تعالى، وبرىء الله تعالى منه"².
- وكذا حديث: "نهى الرسول صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام"³. فدل ذلك على جواز الاحتكار في غير الأقوات؛ إذ إن لا ضرر في احتكار غير الأقوات، وبالتالي لا وجه للقول بعدم مشروعيته⁴.
- كما جاء في مغني المحتاج ما يؤكد ذلك: "ويختص تحريم الاحتكار بالأقوات، ومنها الذرة، والأرز، والتمر، والزبيب"⁵. وإلى المعنى نفسه أشار صاحب نهاية المحتاج: "...وعلم مما تقرر اختصاص تحريم الاحتكار بالأقوات وغيرها، ولو تمرا، وزيبيا"⁶. كما ذكر هذا الحكم ابن قدامة عند عرضه لشروط الاحتكار... "الثاني: أن يكون المشتري قوتا، فأما الإدام، والحلواء، والعسل، والزيت، وأعلاف البهائم، فليس فيها احتكار محرم. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل، عن أي شيء الاحتكار؟ قال إن كان من قوت الناس فهو الذي يكره. وهذا قول عبد الله بن عمرو. وكان سعيد بن المسيب -وهو راوي حديث الاحتكار- يحتكر الزيت"⁷.
- أما بخصوص الأحاديث التي وردت بصفة عامة، والتي قد تفيد جريان الاحتكار في كل المواد، كحديث "من احتكر فهو خاطئ"⁸، فإن فقهاء هذا الاتجاه يرون أنه من المقرر أصوليا أن المطلق يحمل على المقيد في حالة اتحاد الحكم، والموضوع، والسبب⁹، وبالتالي فإن هذه الأحاديث العامة مقيدة بالأحاديث الخاصة التي وردت بخصوص احتكار الطعام، والمطلق يحمل على المقيد¹⁰.

¹ - رواه ابن ماجه في السنن، كتاب: التجارات، باب: الحكرة والجلب، رقم الحديث: 2155، ص. 385.

² - رواه أحمد في المسند، رقم الحديث: 4880، ص. 358.

³ - رواه البيهقي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في الاحتكار، رقم الحديث: 11148، الجزء السادس، ص. 49.

⁴ - الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 147.

⁵ - الشريفي، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 392.

⁶ - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ص. 472-473.

⁷ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 907.

⁸ - سبق تخريجه.

⁹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 434.

¹⁰ - ديبان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 437.

ويرد على ذلك، بأن تلك الأحاديث الواردة بخصوص احتكار الطعام لم تقيد الاحتكار بالطعام فقط؛ ذلك أن ذكر فرد من أفراد الخاص أو المقيد بحكم يوافق المطلق، لا يقتضي تخصيصاً، ولا تقييداً، فلو قيل مثلاً: أكرم الطلبة، ثم قيل أكرم زيدا، وهو من الطلبة، فإن ذكر زيد لا يعني تقييداً للمطلق؛ باعتبار أن ذكر زيد بالحكم موافق للحكم المطلق¹. ومثال ذلك قوله تعالى: "حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى..."²، فتخصيص الصلاة الوسطى بالذكر لا يقيد بقية الصلوات، وهكذا³.

ب- من المعقول:

- إن سلطة المالك، وولايته في التصرف في ملكه كيف شاء، ثابتة بأدلة قاطعة، ولا يتم سلب هذه السلطة إلا عند الضرورة أو الحاجة، وذلك لا يكون إلا في حالة احتكار الطعام⁴. وبعبارة أخرى فإن فقهاء هذا الاتجاه يرون أن للمالك حرية التصرف في ملكه كقاعدة عامة، إلا أن الاحتكار يعتبر استثناء عن هذه القاعدة؛ لذا وجب عدم التوسع في تفسيره.

2- الاتجاه القائل بورود الاحتكار في قوت الآدمي وعلف الحيوان:

يرى فقهاء هذا الاتجاه، وهم بعض فقهاء الشافعية، والحنفية أن الاحتكار لا يكون إلا في الطعام، وعلف الحيوان، فهم بذلك يضيفون على الرأي الأول علف الحيوان كمواد قابلة لتطبيق أحكام الاحتكار. ويبرر أصحاب هذا الاتجاه موقفهم هذا، بقولهم أن الضرر لا يلحق العامة عادة إلا بجس أقوات الإنسان، وعلف الحيوان؛ لذلك وجب عدم تطبيق أحكام الاحتكار فيما دون تلك المواد⁵. وفي تعليلهم لزيادة علف الحيوان أيضاً، واعتباره محلاً للاحتكار، قالوا بأن الشريعة الإسلامية قد حرمت الإضرار بالحيوان، وجعلت المحافظة على حياته حقاً من حقوق الله تعالى، فأوجب على مالكة الإنفاق عليه، وفي حالة عجز المالك عن الإنفاق ألزم بذلك عامة المسلمين، وفي ذلك مصلحة غير مباشرة للإنسان؛ نظراً لانتفاعه من الحيوان في العديد من المجالات، كما يعتبر الحيوان مالا، فلا يجوز إهماله؛ لنهي الشريعة الإسلامية عن إضاعة المال⁶.

¹ - ديان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 438.

² - سورة البقرة، الآية 238.

³ - ديان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 438.

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 434.

⁵ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 129.

⁶ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 436.

3- الاتجاه القائل بتعميم الاحتكار:

خلافًا للآراء السابقة، والذين يقيّدون الاحتكار في مواد معينة، يرى بعض فقهاء الحنفية، والمالكية، أن الاحتكار يرد على كل شيء ضروري، وقد استدلوا بالعديد من الأحاديث النبوية التي نبذت الاحتكار بوجه عام، دون تخصيص لمواد دون أخرى، وتمثل هذه الأحاديث فيما يلي:

- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحتكر إلا خاطئ"¹، وقوله صلى الله عليه وسلم: "الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون"². فظاهر هذه الأحاديث من حيث عمومها تدل على حظر الاحتكار في كل شيء³.

وقد اختار هذا القول أبو يوسف من الحنفية؛ حيث جاء في شرح فتح القدير، أن: "كل ما أضر بالعامّة حبسه فهو احتكار، وإن كان ذهباً، أو فضة، أو ثوباً"⁴. ووجه هذا القول إن الحكمة من النهي عن الاحتكار هو منع الإضرار بالعامّة، وذلك لا يختص بالقوت والعلف فقط⁵؛ إذ العبرة حسب أصحاب هذا الرأي بحقيقة الضرر؛ نظراً لكونه سبب القول بكرهية الاحتكار عندهم⁶.

كما جاء في مواهب الجليل ما يفيد الحكم نفسه: "قال مالك: والحكمة في كل شيء من طعام، أو إدام، أو كتان، أو صوف، أو عصفر، أو غيره، فما كان احتكاره يضر بالناس منع محتكره من الحكمة"⁷.

وهذا الرأي جنح إليه الظاهرية؛ حيث جاء في المحلى ما يلي: "والحكمة المضرة بالناس حرام - سواء في الابتاع أو في إمساك ما ابتاع - ويمنع من ذلك"⁸. كما أن تخصيص الطعام بالذكر في بعض الأحاديث قد كان بسبب غالبية وقوع الاحتكار فيها، لا لتقييد الحكم به⁹، ومن القواعد المقررة أن

¹ - سبق تخريجه.

² - سبق تخريجه.

³ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ص.140.

⁴ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص.69.

⁵ - لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.214.

⁶ - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص.370.

⁷ - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء السادس، ص.12.

⁸ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1567، ص.1340.

⁹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.437.

تخصيص حال بالنص لا يعني انفراده بالحكم، وتطبيق هذه القاعدة على المسألة محل البحث من شأنه تعميم الاحتكار على جميع المواد، ما دام قد نتج عنه ضرر عاما¹.

- أن النهي عن الاحتكار قد جاء لمنع الإضرار بالعامّة، وذلك لا يختص بمواد معينة فقط، بل كل ما يضر بالعامّة حبسه، اعتبر احتكارا²؛ إذ لا سبب للتفرقة بين الطعام وغيره، ما دام الضرر محققا في كل الأحوال³.

- أن دفع الضرر العام، والتنسيق بين المصلحة العامة والخاصة هو الحكمة التشريعية من تحريم الاحتكار، لذلك وجب تحريم التسبب في ذلك الضرر الناجم عن الاحتكار، في كل صورة من صورته، لا في احتكار الطعام خاصة، وذلك منعا من التناقض في التشريع، فكلما توفرت العلة من تحريم الاحتكار -وهي دفع الضرر عن العامة- وجب منع التسبب في ذلك الضرر؛ لوحدة الأثر أو المآل، وهو دفع الضرر عن العامة⁴. وما يؤكد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"⁵، وفي موضع آخر: "من ضار ضار الله به، ومن شاق شاق الله عليه"⁶. فيستنتج من هذا قاعدة مهمة مفادها ضرورة القول بحظر كل احتكار من شأنه الإضرار بالناس مهما كان نوعه⁷.

ويرجح البعض⁸ الرأي الثالث؛ ذلك أن ورود التحريم قد جاء من باب دفع الضرر عن السوق والمستهلك، وبالتالي فكل احتكار من شأنه إلحاق الضرر بالسوق، أو بالمستهلكين وجب تحريمه.

ويرى الأستاذ فتحي الدريني في السياق نفسه، أن الرأي الثالث هو الأول بالترجيح، وذلك من خلال مناقشته قول الاتجاه الذي يرى بتقييد الاحتكار، وفي هذا الصدد يقول: "على أننا نود أن نناقش من قال بالتقييد... ما قولهم أيضا في جواز احتكار الثياب مثلا والناس في عوز؛ لشدة البرد، ولا سيما في

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 468.

² - ديبان بن محمد الدينيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 440.

³ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 202.

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول ص. 436-437.

⁵ - رواه مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم الحديث: 31، ص. 745.

⁶ - رواه الترمذي في السنن، كتاب: البر والصلة، باب: ما جاء في الخيانة والغش، رقم الحديث: 1940، ص. 393. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: القضاء، باب: في القضاء، رقم الحديث: 3635، ص. 458. ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، رقم الحديث: 11386، الجزء السادس، ص. 115.

⁷ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 140.

⁸ - ديبان بن محمد الدينيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 441.

المناطق الباردة؟ وهل يقولون بجواز احتكار العقاقير والأدوية، استغلالاً لحاجة المرضى، وقد تكون حاجة هؤلاء إلى الدواء أمس وأشد من حاجتهم إلى الطعام، ونسبة المرضى في المجتمع قد تبلغ الثلث على أقل تقدير بالإحصاء؟ وهل يقولون بجواز احتكار منافع الدور والمساكن والناس في العراء بلا مأوى؟...¹.

وبناء على ذلك، فإن الاحتكار في الشريعة الإسلامية يتحقق في أية سلعة، وبأية وسيلة، وأن المعيار في ذلك هو الضرر الذي يلحق الناس من جراء حبس السلعة أو الاستئثار بها، أو يصيب الناس حين تحصيلهم لتلك السلع بعد خضوعهم للشروط التعسفية المفروضة من قبل المخترع، وهذه الرؤية يملئها الضمير الإسلامي، والذي يهدف دائماً إلى دفع الضرر. وتعتبر هذه الرؤية أكثر شمولا من رؤية القانون الوضعي، فحتى لو كان هذا الأخير يلجأ إلى تسعير بعض السلع لدفع الضرر عن الناس، إلا أن ذلك يبقى قاصراً؛ بسبب وجود بعض السلع مستثناة من التسعير، رغم ضرورتها بالنسبة للناس من جهة، كما أن هناك وسائل عديدة يلجأ إليها البعض للتحكم في السوق، والبيع بالسعر الذي يريدون من جهة أخرى².

ثانياً- نطاق الاحتكار من حيث مصدر السلع:

لم تكن طبيعة السلع المسألة الوحيدة التي اختلف بشأنها فقهاء الشريعة الإسلامية، بل إن اختلافهم طال أيضاً مصدر محل الاحتكار، فهل يقتصر على السلع المشتراة من سوق البلد، أو يشمل كذلك ما تنتجه الضيعة أو المصنع، وكذا السلع المشتراة من سوق أجنبية؟ وقد ظهر اتجاهان في هذه المسألة، هما:

1- الاتجاه لأول: يرى جمهور الفقهاء من حنفية، ومالكية، وشافعية، وحنابلة، أنه لا احتكار إلا في المادة المشتراة من سوق البلد.

فبالنسبة لموقف الحنفية، فقد جاء في البدائع: "ولأن حرمة الاحتكار بحبس المشتري في المصر لتعلق حق العامة به، فيصير ظالماً بمنع حقهم على ما نذكر، ولم يوجد ذلك في المشتري خارج المصر من مكان بعيد؛ لأنه متى اشتراه، ومتى تعلق به أهل المصر، فلا يتحقق الظلم... وكذلك ما حصل له من ضياعه، بأن زرع أرضه، فأمسك طعامه، فليس ذلك باحتكار؛ لأنه لم يتعلق به أهل المصر، فلا يتحقق الظلم"³.

¹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 438.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 469.

³ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 129.

أما بالنسبة للمالكية، فقد ورد في المنتقى ما يلي: "أما ما يمنع من الاحتكار، فإن الناس في ذلك على ضربين؛ ضرب صار إليه بزراعته أو جلابه، فهذا لا يمنع من احتكاره، ولا من استدامة إمساكه ما شاء، كان ذلك ضرورة، أو غيرها..."¹.

ويمكن استنتاج موقف الشافعية من خلال ما جاء في المهذب: "...فأما إذا ابتاع في وقت الرخص، أو جاءه من ضيعته، طعام، فأمسكه، لبيعته إذا غلا، فلا يحرم ذلك؛ لأنه في معنى الجالب"²، وما جاء أيضا في مغني المحتاج: "ويحرم الاحتكار للتضييق على الناس؛ وهو إمساك ما اشتراه وقت الغلاء؛ لبيعته بأكثر مما اشتراه عن اشتداد الحاجة، بخلاف إمساك ما اشتراه وقت الرخص لا يحرم مطلقا، ولا إمساك غلة ضيعته..."³.

ولم يشذ فقهاء الحنابلة عن هذا الرأي؛ حيث جاء في المغني: "...فلو جلب شيئا، أو أدخل من غلته شيئا، فادخره، لم يكن محتكرا"⁴.

ويعلل فقهاء هذا الاتجاه حرية صاحب المزرعة في البيع أو الرفض، إلى كونه يتصرف في خالص حقه، ولم يتعلق به حق العامة، فكما له أن لا يزرع، فكذلك له الامتناع عن البيع. وأما حق الجالب فليس فيه ظلم؛ لعدم تعلق حق العامة به، فلا يعتبر محتكرا؛ ذلك أن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في البلد، وجلب إلى فنائها⁵، كما يرجع السبب في عدم اعتبار الجالب محتكرا، أن الجلب مباح في الأصل، فإذا كان للجالب الامتناع عن ذلك، كان له الامتناع عن البيع⁶.

2- الاتجاه الثاني: يرى بعض فقهاء الحنفية أن الشخص متى اشترى سلعة وحبسها اعتبر محتكرا، بغض النظر عن مكان شرائه السلعة؛ سواء من مكان قريب، أم من مكان بعيد.

حيث جاء في البدائع: "...وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يكون احتكارا -أي جلب الطعام- ذلك أن كراهة الاحتكار بالشراء في المصر، والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعامة، وقد وجد ههنا"⁷.

¹ - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 16.

² - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 146.

³ - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 392.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 907.

⁵ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص. 69-70.

⁶ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 442.

⁷ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 129.

ووجه هذا القول، إن الحكمة من تحريم الاحتكار هي منع الإضرار بالعامّة، وهو متحقق هنا، فمتى قام الشخص بحبس المبيع عن الناس، فإن ذلك يؤدي إلى ارتفاع ثمنه، وإذا كان العلة من منع الاحتكار هي مكافحة ارتفاع الأسعار، لم يكن هناك فرق بين ما اشتراه من مكان قريب، وما اشتراه من مكان بعيد¹. وبناء على ذلك، يرى هذا الاتجاه أن الجالب إذا ما قام باحتكار ما جلبه، وأدى ذلك إلى الإضرار بالناس اعتبر محتكراً، وذلك بالنظر إلى أثر تصرفه فيما يملك؛ أي أن الجالب إذا أضر بالناس كان شأنه شأن المحتكر، تصرفاً وأثراً².

ويبدو لنا أن الرأي الثاني هو الأول بالترجيح؛ ذلك أن العلة من تحريم الاحتكار هي منع الإضرار بالناس، بغض النظر عن مصدر المادة المحتكرة، سواء كانت مشتراً من سوق البلد، أم من سوق بعيد، أم مزروعة، كما أن تبني القول الأول قد يؤدي إلى العديد من التناقض؛ ذلك أن إعمال هذا الرأي قد يجعلنا نأخذ بالاحتكار في ضرر أقل، ولا نأخذ به في ضرر أكبر، وسلعة أكثر ضرورة للناس، لا لشيء سوى أن مصدر الاحتكار في المادة الثانية كان من سوق أجنبي، فضلاً عن أن الأخذ بالرأي الأول قد يؤدي إلى تراجع السوق الوطنية، والزراعة لصالح المواد المستوردة، وذلك لمعرفة التجار مسبقاً بحريتهم في السلع المستوردة أكثر من غيرها، مما يؤدي بالضرورة إلى تراجع وركود التجارة والسلع الوطنية.

وفي السياق نفسه يرى اتجاه³ أن الرأي الثاني هو الأول بالقبول، في ظل متغيرات السوق العالمية اليوم، وحاجة كل الدول للتبادل مع بعضها البعض، فهل يتسنى القول حينئذ بأن المورد إن أمسك السلعة، وفرض شروطاً تعسفية عن الناس، لا يعد محتكراً، وهل يجب التفرقة بين الجالب من مكان قريب، والجالب من مكان بعيد، والعالم اليوم أصبح لا يبعد شرقه عن غربه إلا بضع ساعات من الزمن. وبناء على ذلك فإن تحريم الاحتكار لا ينطلق من مصدر اكتساب المادة المحتكرة؛ بل ينطلق من الضرر الواقع عن الناس نتيجة ذلك الحبس، فمتى استغل الجالب حاجة الناس، وفرض عليهم شروطاً تعسفية ضارة اعتبر فعله محرماً، وواجب دفعه ما أمكن.

كما يرى البعض⁴ أن التفرقة بين الجالب والمحتكر في الحديث الشريف معقولة المعنى، مفهوم العلة؛ ذلك أن الجالب المستورد، إنما كان ميسراً له رزقه، ومباركاً له، إنما يرجع ذلك إلى مخالفته للمحتكر في

¹ - ديبان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 430.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 443.

³ - أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 472.

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 444-445.

القصد والفعل، فاختلف عنه مفهوماً وحكماً؛ حيث أن قصده هو التوسعة على الناس، أما فعله فهو بذل ما جلب، لا حبسه، وإلا كان التناقض في منطق الحديث الشريف؛ إذ يصبح معناه: "الجالب المحتكر مرزوق، والمحتكر ملعون"، وهو تناقض ينبغي أن يسان عنه كلام الرسول صلى الله عليه وسلم؛ إذ يجب تحميل الحديث على معنى يحقق التناسق بين الأحكام، كما رد صاحب هذا الرأي على قول إن الجالب له ألا يجلب، فله ألا يبيع تبعاً لذلك، أن الناس توقعوا هذا الجلب، والتوقع كاف لتحقيق الضرر عند حبسه؛ باعتبار أن امتناعه عن الجلب كان سيدفع بعض التجار الآخرين إلى الجلب، أو انطلق الناس للجلب بأنفسهم، فكان حبسه للسلعة المجلوبة تغيراً للناس، ومنعاً للوصول الحق إلى مستحقه، وهو بهذا ظلم يستوجب دفعه.

الفرع الرابع: آليات مكافحة الاحتكار في الفقه الإسلامي

بعد أن تطرقنا لمفهوم الاحتكار، وكل الأحكام الشرعية المتعلقة به، بقي لنا الآن أن نبين الوسائل، أو الآليات التي تبناها الفقه الإسلامي من أجل محاربة الاحتكار. وقد تعددت هذه الوسائل والطرق وتنوعت إلى أساليب وقائية، وأخرى علاجية، تبعاً لتعدد الأهداف من وراء تقريرها.

أولاً- الآليات الوقائية لمكافحة الاحتكار:

تسعى هذه الآليات إلى منع وقوع الضرر ابتداءً؛ أي مكافحة الاحتكار قبل وقوعه، عن طريق اتخاذ العديد من الإجراءات. وتتمثل فيما يلي:

1- مكافحة الاحتكار عن طريق التسعير الجبري للسلع:

يعد التسعير من إحدى طرق مكافحة الاحتكار؛ حيث تلجأ إليه الدولة للحفاظ على ثبات أسعار المواد، لا سيما المهمة منها؛ وذلك منعا لتحقيق غاية المحتكرين، والمتمثلة في احتكار السلعة كي يرتفع سعرها، ثم يتم بيعها بالثمن الذي يريدون. وبناء على ذلك فإن التسعير الجبري من شأنه أن يبطئ محاولات المحتكرين في المضاربة بالأسعار، وهذا فيه منع للضرر الذي كان سيلحق بالعامّة من وراء الاحتكار.

وقد عرف البعض¹ التسعير الجبري: "أن يصدر موظف عام مختص بالوجه الشرعي، أمراً، بأن تباع السلع، أو تبذل الأعمال، أو المنافع التي تقبض من حاجة أربابها، وهي محتسبة، أو مغالى في ثمنها، أو

¹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 498.

أجرها، على غير الوجه المعتاد، والناس أو الحيوان في حاجة ماسة إليها، بثمن أو أجر معين عادل بمشورة أهل الخبرة." ¹

أما بالنسبة لحكم التسعير في الشريعة الإسلامية، فإن الأصل فيه هو عدم الجواز، خاصة إذا كان أهل السوق يبيعون سلعهم على الوجه المعروف، دون تعد منهم أو ظلم، بل يعد ذلك من قبيل الإكراه بغير حق ¹.

ويرجع سبب ذلك الحكم، إلى اعتبار أن الطبيعة الحرة للسوق الإسلامية، ليس فيها احتكار؛ سواء في السلع، أم في الخدمات، مما ينتج عنه توفير جو من المنافسة تتحدد فيه الأسعار من خلال آليات العرض والطلب، ومن خلال توافر شروط أطراف التداول دون تدخل مسبق للدولة من أجل تحديد الأسعار. وبناء على ذلك قال فقهاء الشريعة الإسلامية بعدم جواز التسعير، أما الحنفية فقد قالوا بكراهيته كراهية تحريم ².

وإن كان لا يجوز التسعير الجبري في الحالات العادية للسوق، قولاً واحداً عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فإنهم قد اختلفوا على مدى جواز التسعير الجبري في حالات الضرورة، وانقسموا بذلك إلى اتجاهين:

أ- **الاتجاه الأول:** يرى عدم جواز التسعير الجبري مطلقاً؛ سواء في حالات الضرورة، أم في غيرها، وقد تم قياس ذلك على إكراه الناس على البيع، والذي تم الاتفاق بالإجماع على عدم جوازه، فكان إكراه الناس على تقدير السعر غير جائز أيضاً؛ باعتبار أن الثمن حق للبائع، وترجع سلطة تقديره له وحده، فلا ينبغي لآخر أن يتعرض حقه ³.

وأهم دليل ارتكز عليه أنصار هذا الرأي، هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم، لما سأل بعض أصحابه التسعير الجبري؛ لأن السعر قد غلا عليهم، فأجابهم صلى الله عليه وسلم: "إن الله هو الخالق القابض الباسط الرزاق المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله، ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا

¹ - ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص. 206.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 479.

³ - دبيان بن محمد الدبنيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 470.

مال¹. ووجه الدلالة من هذا الحديث أمران؛ أولهما: رفض النبي صلى الله عليه وسلم التسعير حين سألته الصحابة ذلك، ولو جاز ذلك لأجابهم إليه، أما ثانيهما: فيكمن في تعليل النبي صلى الله عليه وسلم الامتناع عن التسعير بكونه مظلمة، والظلم حرام².

وبهذا الرأي أيضا أخذ الشيرازي مستندا على الحديث نفسه في قوله: "ولا يحل للسلطان التسعير"³.

ولم يكتف الفقهاء بتحريم التسعير فحسب؛ بل كرهوا على الشخص الشراء بالثمن المسعر من قبل السلطان، حيث جاء في مطالب أولي النهى ما يفيد ذلك: "...وهو أي: التسعير تقدير السلطان أو نائبه للناس سعرا، ويجبرهم على التبايع به؛ أي بما قدره، ويكره الشراء به؛ أي بما قدره، وإن هدد من خالفه؛ أي التسعير؛ حرم البيع، وبطل في الأصح؛ لأن الوعيد إكراه"⁴.

ويرد على هذا الاحتجاج، بأن التسعير قد يكون محرما، وقد يكون جائزا، فإذا نتج عن التسعير ظلما للناس، وإكراههم على البيع بثمان لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله، فكان ذلك حراما، أما إذا تضمن العدل بين الناس، كأن يمتنع التجار عن بيع السلعة، مع حاجة الناس إليها، فيتم إكراههم على ما يجب عليهم، كبيعهم بثمان المثل مثلا، ومنعهم من أخذ الزيادة الفاحشة. فالتسعير في هذه الحالة إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به، أو منعهم من المحرم عليهم، كأخذ الزيادة الفاحشة، فهو جائز، بل واجب⁵.

- كما قال مانعو التسعير الجبري للسلع بتعارضه مع مبدأ الرضاوية في العقود⁶، وهو المبدأ الذي أقره القرآن الكريم في قوله تعالى: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"⁷، إذن فالتراضي الحر بين المتعاقدين هو الأصل في إباحة انتفاع كل منهما بمال الآخر⁸، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ إلا عن

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: في التسعير، رقم الحديث: 3450، ص. 438. ورواه ابن ماجة في السنن، كتاب: التجارات، باب: من كره أن يسعر، رقم الحديث: 2200، ص. 392. ورواه أحمد في المسند، رقم الحديث: 14057، ص. 938.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 906.

³ - الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 154.

⁴ - الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 63.

⁵ - ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص. 206.

⁶ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 505.

⁷ - سورة النساء، الآية 29.

⁸ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 505.

طيبة من نفسه"¹؛ فغياب التراضي يؤدي إلى انتفاء إباحة أكل أموال الناس بعضها بعض². ووجه ذلك أن الثمن هو حق للبائع، فله تقديره أنى شاء³.

- كما أن التسعير سبب الغلاء؛ لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك -أي التسعير- لم يقدموا بسلعتهم على تلك البلد التي يتم فيها التسعير الجبري، مما ينتج عنه قلة في الأسعار أو انعدامها، ومن عنده البضاعة يمتنع عن بيعها إلا قليلا، فيكون ذلك سببا لغلاء الأسعار، ويحصل الضرر بالجانبين؛ فمن جانب التجار في منعهم من بيع أملاكهم، ومن جانب المشتري في منعه من الوصول إلى السلعة، وكل ذلك يعدّ حراما⁴.

ب- الاتجاه الثاني: خلافا للاتجاه السابق، ذهب بعض الفقهاء إلى جواز التسعير إذا اقتضته الضرورة، وقد انطلق أصحاب هذا الرأي من فكرة رفع الظلم عن الناس، وذلك قياسا على منع الاحتكار؛ ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى عن الاحتكار؛ لما فيه من ظلم للناس بمنعهم ما يحتاجونه من أقوات أو غيرها، وبالتالي يقاس جواز التسعير على منع الاحتكار لاتحاد العلة؛ وهي رفع الأسعار من غير سبب وجيه⁵.

وجاء في الفتاوى الهندية: "فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدّيّا فاحشا، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصر"⁶.

أما بالنسبة لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله هو الخالق القابض الباسط الرزاق المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله، ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال"⁷، والذي احتج به رافضو التسعير، فيرى أصحاب هذا الاتجاه أنه محمول على الحالة العادية، والتي يتم فيها البيع بين الناس على الوجه المألوف من غير أن يظلم بعضهم بعضا. وقد تعدد أسباب غلاء السعر، فقد يكون سببه العرض، أو ازدياد السكان، أو زيادة تكاليف النقل، أو غير ذلك من الظروف الأجنبية التي لا يكون للتجار دخلا

¹ - رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الغصب، باب: من غصب جارية فباعها ثم جاء رب الجارية، رقم الحديث: 11545، ص. 166.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 505.

³ - قحطان عبد الرحمان الدوري، الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الكتاب ناشرون، لبنان، 2011، ص. 225.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 906.

⁵ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 480.

⁶ - لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 214.

⁷ - سبق تخريجه.

في وقوعها، فهذا أمره إلى الله تعالى، ومن ثم كان التسعير عليهم، وإلزامهم بسعر معين إكراها لهم بغير حق، فتصبح بهذه الصورة الحكمة من تحريم التسعير في الحديث الشريف واضحة، وهي دفع الضرر عن التجار؛ لأن التسعير في هذه الحالة بمثابة ظلم لهم، ولا مسوغ له شرعاً؛ لذلك قد امتنع النبي صلى الله عليه وسلم عنه¹.

أما إذا وقع الظلم من قبل التجار، إما عن طريق غلاء الأسعار تعمداً منهم، أو عن طريق الاحتكار، أو غير ذلك من الوسائل، وجب دفع ذلك الظلم أيضاً، وذلك إعمالاً لحكمة تشريع الحديث، والمتمثلة في "دفع الظلم"، بغض النظر عن مصدره؛ سواء كان من التجار، أم العامة؛ إذ إن العدل لا يتجزأ في شرع الإسلام، فإذا كان الظلم واجب الدفع، ولا يتم ذلك إلا بالتسعير، وجب التسعير حينئذ، عملاً بمقدمة الواجب "ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب". كما أن علة امتناع الرسول صلى الله عليه وسلم عن التسعير هي دفع الظلم عن التجار، وهم طائفة، فإن دفع الضرر عن عامة المسلمين، كان واجباً من باب أولى، حيث أن الضرر في هذه الحالة الأخيرة أكبر مدى وأثراً من الحالة الأولى، وهذا عملاً بروح الحديث ومعقوله، لا بمنطوقه، وإلا كان هناك تناقضاً في التشريع، وذلك بتحريم الظلم في موقع، وإباحته في موقع آخر هو أولى بالتحريم من سابقه؛ لأن الضرر فيه أشد، وهذا لا يتصور وقوعه في شرع الله تعالى². وبناء على ذلك، فإن الامتناع عن التسعير رغم ثبوت تعسف التجار في إمساك السلع عن الناس، يعدّ من قبيل إعانة هؤلاء المتعسفين على جمهور المستهلكين، وتشجيعاً لهم على أكل أموال الناس بالباطل، وذلك حرام، ومنكر عظيم وجب عدم إقراره، ودفعه قدر المستطاع، نصرة للمستهلكين، وعقوبة للتجار في الوقت ذاته، فالتسعير في هذه الحالة هو إعمال للآية، وليس خروجاً عنها³، لقوله تعالى: "وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ..."⁴.

أما بالنسبة للقول بأن التسعير سبب للغلاء، واختفاء السلع، فقد رد عليه بأن ذلك يكون في حالة لم يبين التسعير على أسس علمية، أما إذا تم التسعير بمشاورة أهل الخبرة، وترتيب جزاءات رادعة على

¹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.ص. 512-513.

² - المرجع نفسه، ص.ص. 513-514.

³ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 152.

⁴ - سورة البقرة، الآية 188.

مخالفة التسعير بعد التأكد من عدالة التسعير، وتوفير السلع، فإن ذلك من شأنه تفادي تلك السلبات المحتج به¹.

كما تم الرد على الاتجاه القائل بأن إجازة التسعير هو نسخ للحديث السابق، بأن الحديث باق بحكمه، وأن المتأمل في الحديث لا يجد فيه حكماً بتحريم التسعير صراحة أو ضمناً، غاية ما في الأمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قد فوض الأمر لله؛ لأنه القابض الباسط²، كما أن علة الامتناع عن التسعير هي تحقيق مصلحة التجار؛ لأن ارتفاع الأسعار لم يكن بفعلهم؛ بل كان نتيجة عوامل أخرى لا دخل لهم فيها³.

أما بخصوص احتجاج أصحاب الاتجاه الأول بقاعدة الرضائية في العقود من أجل رفض التسعير، فإن ذلك مقيد بعدم الإضرار بالغير⁴؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"⁵. وبناء على ذلك، أعطت الشريعة الإسلامية لولي الأمر الحق في التسعير الجبري لبعض السلع، وذلك بمشورة أهل الخبرة؛ من أجل ضمان عدم التعسف، والموازنة بين حقوق التجار وحقوق المستهلكين على السواء⁶.

وبالنسبة للحالات أو الشروط الواجب توافرها من أجل مشروعية التعسير، فهي أن يتعدى أصحاب السوق على قيم السلع، وأن يكون الإمام عادلاً، وأن يتم احتكار السلعة من قبل التجار، وأن تكون تلك السلعة من الضروريات، بحيث لا يمكن الاستغناء عنها، وأن يتم التواطء بين البائعين ضد المشترين أو العكس⁷.

2- تنظيم عملية الاستهلاك:

وتتمثل هذه الآلية في قيام الدولة عند الغلاء من منع عامة الأشخاص من شراء أكثر من قوت أيام أو شهر؛ لكي لا يضيق على المسلمين عند الغلاء⁸، وحرصاً في تنظيم الاستهلاك فإنه يستحسن

¹ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 155.

² - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 480.

³ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 206-207.

⁴ - محمد محمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 155.

⁵ - سبق تخرجه.

⁶ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 487.

⁷ - ديان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 479.

⁸ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 459.

للشخص إخراج الفائض من حاجته إلى الناس، لرفع حاجتهم؛ ذلك أنه قد تم إباحته مسبقا للضرورة، فإذا تحققت الضرورة وجب إخراجها، وذلك تحقيقا للتكافل الاجتماعي¹.

أما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم من أنه كان يدخر لعياله قوت سنة، فذلك محمول على وقت وفرة السلع، وليس وقت الغلاء والعسر².

وبناء على ذلك، يتضح أن الشريعة الإسلامية قد عملت على حفظ حقوق الناس كافة إذا دعت الحاجة لذلك، لا سيما حقوق الضعفاء والفقراء، والذين لا تسعفهم إمكاناتهم المادية من حبس قوت سنة، أو لم يكن من الوفرة بحيث يستطيع الناس القيام بذلك. إلا أن تنظيم عملية الاستهلاك يبقى مرهونا بفاعلية دور القائمين على السوق، ومن ذلك جهاز الحسبة، والذي يكلف بمعرفة نسبة الاستهلاك للمجتمع والفرد؛ حتى يتمكن من أخذ التدابير اللازمة لإنجاح الآلية. ويساهم هذا الدور في إعادة هيكلة السوق، وتحقيق مصلحة المجتمع³.

3- الاختزان الاحتياطي للسلع الضرورية:

وتتمثل هذه الوسيلة في قيام الدولة بادخار بعض السلع الضرورية، والتي لا يمكن للناس الاستغناء عنها، وذلك تحسبا لوقت الضرورة، ومنعا لإمكانية احتكارها مستقبلا من طرف التجار، فإذا حدث وتحققت الضرورة، ووقع الناس في ضيق، لا سيما في وقت غلاء الأسعار، أو ندرة السلع، توجب على الدولة فتح المخازن، وإخراج تلك السلع، والبيع بأقل مما يبيع الناس، ومن شأن ذلك منع المحتكرين من المغالاة في الأسعار، وتستمر الدولة في تخفيض الأسعار، حتى يرجع السعر لعهد الأول قبل وقوع الأزمة، أو على الأقل إلى القدر المعقول بالنسبة لعامة الناس، حتى يغلب الجالب والمحتكر بهذا العمل، ولم يفرق القائلون بهذه الآلية بين الجالب والمحتكر؛ ذلك أنهما يشتركان في مغالاة الأسعار⁴.

4- استيراد الدولة للسلع منعا لاحتكارها من قبل التجار:

قد تلجأ الدولة إلى القيام بعملية استيراد للمواد الضرورية مقاومة للاحتكار؛ إذ إن إغراق السوق بالسلع بما يكفي المستهلكين من شأنه خفض الثمن، وقد يؤدي غالبا إلى إفشال مخططات المحتكرين

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.475.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.459.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.475-476.

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.461.

بالسيطرة على السوق، كما ينتج عن ذلك التوسيع على الناس في معاشهم¹؛ ذلك أن في الجلب زيادة في السلعة المطلوبة من حيث الكمية، وإذا كثر العرض انعدمت الأزمة؛ لأن سبب الأزمة هو قلة العرض، وزيادة الطلب².

ويعتبر هذا الأمر من الواجبات المنوطة بالدولة؛ حيث لا يمكنها ترك الناس بدون حماية أمام المحتكرين، إلا أنه لا ينبغي على الدولة القيام بذلك بصفة مستمرة؛ باعتبار أن ذلك من شأنه إضعاف قوتها، وكذا تشييط همم الناس من أجل تحصيل معاشهم³.

5- منع التصدير المضر بالناس:

وتتمثل هذه الآلية في منع تصدير أي مادة أولية ضرورية تتعلق بحاجة الناس إليها، ولا سيما إذا تعلق الأمر بالمواد الغذائية والألبسة؛ ذلك أن التصدير إذا كان من شأنه الإضرار بالعامّة كان في معنى الاحتكار من حيث الأثر، فإذا كان النقل من بلد إلى آخر في حدود الدولة داخلا في معنى الاحتكار، فإن ذلك يتحقق من باب أولى في حالة التصدير إلى خارج البلد⁴.

6- مكافحة المنافسة غير المشروعة:

لا تقتصر وظيفة أجهزة الدولة في مراقبة المكايل، والموازن، وجودة السلع، وإلزام التجار بعدم الغش، بل تلتزم أيضا بمراقبة كميات السلع المعروضة داخل السوق، ومدى احترام قانون العرض والطلب من قبل التجار⁵.

وبناء على ذلك، تلجأ الدولة من خلال هذه الآلية إلى منع التجار ذوو المركز الاقتصادي القوي من التخفيض التعسفي للثمن عن سعر السوق الذي يتم تحديده بناء على قانون العرض والطلب، فهذه الآلية من شأنها دفع ضرر متوقع عن عامة المسلمين؛ ذلك أن هدف التجار من التخفيض التعسفي للسعر يكمن في السعي إلى تهجير باقي التجار؛ من أجل الانفراد بالسوق، والتحكم بالأسعار بعد ذلك⁶.

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 476.

² - ميلود ميهوبي، الاحتكار وآثاره في الفقہ الإسلامي وآثاره على حماية المستهلك، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 13، السنة 09، 2012، ص. 72.

³ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 477.

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 462.

⁵ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 478.

⁶ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 464.

ويكتسي تدخل الدولة عن طريق التحكم في الأسعار أهمية كبيرة في أوقات الضرورة، ويجوز للدولة بعد التأكد من أن مزاولة الأعمال التجارية المشروعة قد اتخذت ذريعة إلى سبب غير مشروع، وأن التجار قد تعسفوا في استعمال حقوقهم إضراراً بالناس، ومن أجل التحكم في الأسعار وأرزاق الناس بعد ذلك، أن تمنع التجار من القيام بتلك الممارسات، سدا للذريعة¹.

ثانياً- الآليات العلاجية للاحتكار:

لم تكتف الشريعة الإسلامية بوضع آليات وقائية فحسب من أجل منع الاحتكار، بل إنها قد وضعت العديد من الآليات العلاجية أيضاً، وذلك من أجل ضمان نجاعة أسلوب مكافحة الاحتكار، وسد ما عسى أن تعجز عنه الآليات الوقائية في كف المحتكرين. وفيما يلي نبرز أهم هذه الآليات:

1- إلزام المحتكر ببيع السلع محل الاحتكار:

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بعدم جواز إلزام المحتكر بالبيع؛ باعتباره من قبيل الحجر على الحر، وهذا محرم².

غير أن جمهور فقهاء المذاهب يقولون بأنه للحاكم أمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله للناس³، وذلك بإخراج ما تحت يده من طعام؛ ليتم تداوله في السوق، في حالة وجود ضائقة مست العامة من الناس⁴.

حيث جاء في كتب الحنفية ما يلي: "وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل قوته وقوت أهله، على اعتبار السعة في ذلك، وينهاه عن الاحتكار، فإن انتهى فيها ونعمت، وإن لم ينته، ورفع الأمر إلى القاضي مرة أخرى، وهو مصرّ على عادته، وعظه، وهدده، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه، وعزره على ما يرى"⁵.

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 478.

² - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 129.

³ - ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 484.

⁴ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 484.

⁵ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص. 70. لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 214.

كما جاء في الطرق الحكمية ما يفيد جواز مثل هذا الإجراء: "...ولهذا كان لولي الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل، عند ضرورة الناس إليه، مثل من عنده طعام لا يحتاج إليه، والناس في محمصة"¹.

وقد استدلل فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية هذه الآلية بما يترتب عن الاحتكار من الإضرار بعامة الناس، وبالتالي فإن إلزام المحتكر بالبيع هو من قبيل دفع الضرر العام².

وإذا قلنا بصحة قول الجمهور، فإن المحتكر قد يرضخ لأمر الحاكم، ويخرج السلعة المحتكرة، كما قد لا يرضخ للأمر، ويستمر في احتكارها. فهل يجبر على ذلك في حالة امتناعه؟

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية جواز جبر المحتكر على بيع ماله في حالة امتناعه عن البيع بالسعر التلقائي في السوق الذي يحدده قانون العرض والطلب، وفي هذه الحالة يتولى الحاكم أو نوابه بيع السلعة نيابة عن المحتكر، وبالسعر الذي كان ساريا قبل الاحتكار عدلا، وذلك لكي لا يضار أحدا من الجانبين؛ المحتكر، وعامة الناس³.

وبناء على ذلك، فقد اتفق الفقهاء على جواز إجبار المحتكر على البيع في حالة وجود ضرر يهدد العامة من جراء الاحتكار، أما إذا لم يكن الضرر محقق الوقوع، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز إجبار المحتكر على بيع ماله على قولين؛ أولهما: يرى عدم حق الحاكم في إجبار الشخص على بيع ماله؛ باعتبار أن ذلك يعتبر مساسا بمبدأ الرضاية في العقود وهو رأي الحنفية، أما ثانيهما: فيرى جواز إجبار الحاكم المحتكر على بيع ماله في هذه الحالة، وهو رأي جمهور الفقهاء من مالكية، وشافعية، وحنابلة؛ إذ يرون أن الإكراه نوعان؛ إكراه بحق، وإكراه بغير حق، والحالة التي أمامنا هي من قبيل الإكراه بحق الذي يمارسه الحاكم على المحتكرين⁴.

ويبدو لنا أن رأي جمهور الفقهاء، الذي يجيز للحاكم جبر المحتكر على بيع ماله هو الرأي الراجح؛ ذلك أن هذا الحل يعتبر إجراء وقائيا، يحول دون وقوع الضرر على العامة، فإذا تبين للحاكم أن احتكار تلك السلع من شأنه أن يوقع البلاد في أزمة مستقبلا، كان له أن يعمل تلك الآلية من أجل منع وقوعها. أما بخصوص احتجاج أنصار الرأي الأول بمبدأ الرضاية، والقول بأن إجبار الشخص فيه مساس به، فيرد

¹ - ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص. 205.

² - قحطان عبد الرحمان الدوري، الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 203.

³ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 457.

⁴ - دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 445-450.

عليه بأن المبدأ ليس على إطلاقه، بل لا بد له من قيود تفرضها قواعد العدالة؛ إذ إن إعماله في هذه الحالة على إطلاقه سيؤدي إلى المساس بحقوق الناس؛ لتعارض مصلحتهم مع مصلحة المحتكرين، فوجب التوفيق بينهما، ولا شك أن في إجبار المثل فيه توفيق بين المصلحتين، على أن هذا التوجه لا يكون إلا بناء على أسباب قوية، كخشية وقوع أو تحقق الضرر مستقبلاً، أو غير ذلك؛ وذلك حتى لا يتم التعسف في حق محتكري السلع، وإجبارهم على بيع سلعهم بغير وجه مسوغ.

2- حرمان المحتكر من الربح الناتج عن الاحتكار:

قال بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، لا سيما المالكية منهم، إن لولي الأمر الحق في بيع المادة المحتكرة، ورد رأس المال فقط للمحتكر، وحرمانه من الربح. حيث جاء في المنتقى: "...ويخرجه من السوق، ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه لا يزداد فيه شيئاً"¹.

كما جاء في مواهب الجليل ما يفيد الحكم نفسه: "وأما إن كان اشتراه من الأسواق، واحتكر وأضر بالناس، فيشترك فيه الناس بالسعر الذي اشتراه به"².

وترجع سبب هذه المعاملة القاسية للمحتكر إلى نيته السيئة في الاستغلال، وأنانيته المفرطة في تحقيق الربح، وقد تم تقرير هذه العقوبة من قبل بعض الفقهاء سياسة؛ حيث لم يقض بها نص خاص، وذلك منعاً للاستغلال المحرم؛ لأنه من الكبائر، فهو كالربا كسب خبيث بالانتظار والترصص³.

3- السيطرة على المال المحتكر:

تلجأ الدولة إلى هذا الإجراء إذا خيف الهلاك على أهل البلد؛ حيث يقوم الحاكم بأخذ السلعة محل الاحتكار، وتفريقها بعد ذلك على عامة الناس للضرورة⁴.

جاء في البدائع: "...إذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر، أخذ الطعام من المحتكرين، وفرقه عليهم، فإذا وجدوا ردوا عليهم مثلهم؛ لأنهم اضطروا إليه، ومن اضطر إلى مال الغير في مخرصة، كان له أن يتناوله بالضمان"⁵.

¹ - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 17.

² - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 12.

³ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 458-459.

⁴ - قحطان عبد الرحمن الدوري، الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 205.

⁵ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 129.

وهو الرأي نفسه الذي ورد في مطالب أولي النهى: "فإن أبي أن يبيع ما احتكره من الطعام، وخيف التلف لحبسه عن الناس، فرقه السلطان على المحتاجين إليه، ويردون بدله عند زوال الحاجة"¹.
وتعتبر هذه الآلية بمثابة استثناء في الشريعة الإسلامية على مبادئ حرية الشخص في ملكه. ويرجع تبرير إقرار مثل هذا الحكم إلى مواقع الضرورة، والتي تعتبر بمثابة استثناء من القواعد العامة للشريعة الإسلامية²، لقوله تعالى: "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ"³، وقوله تعالى: "فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"⁴. ومن المقرر شرعا أنه يجوز للمضطر أن يأخذ من مال الغير جبوا من أجل سد الرمق بضمن الثمن، وذلك باتفاق أئمة المذاهب إذا بلغت الحال بالناس حد الضرورة، وبالتالي فإن المجاعة والاحتياج تعتبران في حكم الضرورة، وتسري عليهما حكمهما⁵.

4- حرق المادة محل الاحتكار:

وتعتبر هذه الوسيلة الأكثر شدة في تعامل الدولة مع المحتكرين، حيث تلجأ إليها الدولة عند فشل الآليات الأخرى في ثني المحتكرين عن فعلهم.
وأهم دليل يستند عليه لإثبات مشروعية هذه الآلية، ما ثبت عن علي رضي الله عنه أنه قام بإحراق طعام كان محتكرا⁶.

ويرى البعض⁷ أن مثل هذا الإجراء يعتبر في الأصل مناف لمقتضى الأصول العامة، والتي تقضي بتحريم إضاعة المال في غير مقصد شرعي، لا سيما إذا كان ذلك في وقت الأزمات والغلاء؛ لتحريم إضاعة المال، وهو من حق الله تعالى، فكان الأجدر أن يتم توزيع ذلك المال المحتكر على الناس؛ من أجل سد حاجاتهم الضرورية، كما أنه من الثابت شرعا أن المحافظة على المال من المقاصد الضرورية الخمسة القاطعة. إلا أن صاحب هذا الرأي يرى أنه يمكن أن يعتبر تصرف علي رضي الله عنه قد حقق مقصدا شرعيا في اجتهاده، والمتمثل في ردع وزجر المحتكرين عن القيام بذلك مستقبلا، حيث أن أعمال مثل هذه العقوبة من

¹ - الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 64.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 459.

³ - سورة الأنعام، الآية 119.

⁴ - سورة المائدة، الآية 03.

⁵ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 459.

⁶ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1567، ص. 1341.

⁷ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 463.

شأنه أن يترك أثره البالغ في نفوس المحتكرين بردعهم، وهي مصلحة تسمو على مصلحة المحافظة على المال المحتكر من الحرق، كما أن سياسة التشريع تقوم على الموازنة بين المصالح المتضاربة، فيتم اتخاذ الوسائل اللازمة لكل حالة، مما يؤدي إلى تحقيق مقاصد التشريع في النهاية.

كما يرى اتجاه آخر¹ أن تصرف علي رضي الله عنه، والمتمثل في مخالفة مقتضى حرمة إضاعة المال، قد كان يهدف من ورائه إلى التنبيه على خطورة الاحتكار، وكذا الجزاء المشدد المترتب عنه؛ إذ إن حكمه بإحراق المادة المحتكر لم يكن بغرض بيان عقوبة الاحتكار؛ وإنما كان للتدليل على أن الفعل أعظم من أن تساويه البيادر المحرقة. ومهما يكن من أمر هذا الإجراء، فإن الوسائل المذكورة سابقا، وما تحققه من نجاعة في محاربة الاحتكار من شأنها أن تغني عن اللجوء لهذه الوسيلة، وذلك كمصادرة المال المحتكر من قبل الدولة، ثم إعادة توزيعه على عامة الناس، على أن يردوا قيمته بلا ربح، دون إضرار بالمحتكر في أصل ماله.

ومن خلال ما سبق، يتبين أن محاربة الاحتكار يجد أساسه في الشريعة الإسلامية؛ باعتبار أن الظروف التي نشأ فيها الاحتكار قد تجعل المعاوضة العادلة مستحيلة؛ وذلك أن الاحتكار يضر بأحد طرفي العقد، كما أنه يخل بالمبادلة ذاتها، ومن أجل ذلك ورد النهي عن الاحتكار في الشريعة الإسلامية وتحريمه². ويتبين بعد عرض مختلف الأحكام المتعلقة بالاحتكار في الشريعة الإسلامية، أن الفقه الإسلامي قد منح حماية فعالة للمستهلكين من الشروط التعسفية، وذلك من خلال القول بتحريم الاحتكار -على الصحيح من مذاهب الفقهاء- مما يؤدي إلى فاعلية مختلف الجزاءات التي تبناها فقهاء الشريعة الإسلامية؛ لمواجهة هذه الوضعية، وما ينجم عنها من شروط تعسفية تثقل كاهل المتعاقدين. كما نستنتج أن الشريعة الإسلامية كانت السبابة إلى مكافحة الاحتكار؛ نظرا لاستناد فقهاء على آيات، وأحاديث صحيحة مثلما رأينا تحظر وتمنع الاحتكار، بل وتعدّه من كبائر الذنوب التي قد يقتربها المسلم؛ لتنوع الوعيد الخاص بالمحتكرين بين دنيوي، كالجلد، والإفلاس، وآخروي، كاللعن. وباعتبار سبق الشريعة الإسلامية لحظر الاحتكار، فقد ترتب عن ذلك تنوع الآليات الموجهة لمكافحته، بين جزاءات وقائية تمنع وقوع الضرر،

¹ - أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 488.

² - حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1986، ص. 231.

وأخرى علاجية تسعى إلى مواجهة الضرر، ونصرة المستهلكين من المحتكرين، مما أدى إلى بناء نظام متكامل لمكافحة الاحتكار، صالح لكل زمان ومكان.

الفصل الثاني: إعادة النظر في العقد من خلال استحداث نظريتي الاستغلال والظروف الطارئة

الفصل الثاني: إعادة النظر في العقد من خلال استحداث نظريتي الاستغلال والظروف الطارئة

نظرا لقيام التصور التقليدي للعقد على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن التشريعات التقليدية، كقانون نابليون -ومن هذا حذوه من تشريعات- لم تعر اهتماما كبيرا إلى عديد الإشكالات العلمية التي قد تقتضي التدخل وإعادة النظر في العقد؛ ذلك أن تبني مذهب الإرادة على إطلاقه يجعل من التسليم بفكرة إعادة النظر في العقد خروجاً عن الفلسفة القائم عليها العقد في حد ذاته. وهذا ما أدى إلى عدم قبول عديد النظريات في تلك التشريعات؛ نظرا لتعارضها مع منطقها. إلا أن هذا التوجه لا ينم إلا عن تعصب فكري لا يمت للواقع بصلة، كما أن إعماله قد يؤدي إلى نتائج عكسية لما ابتغاه واضعوا القانون المدني في تلك التشريعات.

وبناء على ذلك، فقد وسعت التشريعات الوضعية من مجال إعادة النظر في العقد، ولم يقف مبدأ القوة الملزمة للعقد عائقا أمامها. ولعل أبرز تلك الحالات المعنية بإعادة النظر في العقد، وتعديله، أو الحد من آثاره، نجد فكرة الغبن الاستغلالي (المبحث الأول)، وكذا فكرة الظروف الطارئة (المبحث الثاني). المبحث الأول: إقرار الغبن الاستغلالي: انتقال بفكرة الغبن من الجانب المادي إلى الجانب النفسي

تعتبر مسألة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الغبن الفاحش، من بين المسائل التي كانت ولا زالت محل دراسة من قبل الفقه على اختلاف توجهاتهم ومذاهبهم. ويرجع سبب ذلك إلى اتصال المسألة بأهم مقصد من مقاصد العقود؛ وهو تساوي أو تقارب أداءات طرفي العقد. وإن كانت هذه المشكلة قديمة بقدم النظم القانونية، فإن التشريعات الوضعية قد اختلفت في معالجة الظاهرة، اختلفا يرجع إلى فلسفة كل تشريع من تلك التشريعات. فالقانون الروماني، لم يأخذ بفكرة الغبن على إطلاقها، وجعلها سببا عاما للطعن في العقود إلا في أحوال معينة، كحماية القصر من التصرفات الضارة، وحق بائع العقار بغبن فاحش في إبطال العقد¹.

¹ - يراجع: جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 860.

ثم صدر القانون المدني الفرنسي في 1804، وجاءت أحكامه متشعبة بالمذهب الفردي، فكان نتيجة ذلك أن ضيق من مجال الغبن، ولم يعتد به كسبب لإبطال العقد إلا في حالات معينة، وهذا ما قضت به المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016).

واستمر الحال على هذا النحو، إلى أن طورت التشريعات الحديثة فكرة الغبن من النظرة المادية إلى النظرة الشخصية، فالنظرية الحديثة لا تعتد بالواقع الموضوعي لتقدير الغبن، كما هو الحال بالنسبة للنظرية التقليدية؛ وإنما يكون تقدير الغبن على ضوءها من خلال معيار شخصي¹.

ويمكن تحديد الفرق بين النظرتين من خلال ما يلي:

- **من حيث قيمة الشيء:** فالعبرة بالنسبة للنظرية المادية بقيمة الشيء في حد ذاته، والتي يتم تحديدها طبقاً للقوانين الاقتصادية، وأهمها قانون العرض والطلب، فيجب حسب هذه النظرية الوقوف عند القيمة المادية، دون تجاوزها إلى القيمة الشخصية؛ وهي قيمة الشيء في اعتبار المغبون. أما بالنسبة للنظرية الحديثة، فالعبرة فيها بالقيمة الشخصية للشيء في نظر المتعاقد؛ إذ قد يكون الشيء تافهاً في ذاته، كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه؛ لاعتبارات شخصية متعلقة به، فيبذل في سبيل ذلك المال طائعاً مختاراً؛ ذلك لأن قيمة الشيء في اعتباره معادلة للثمن الذي دفعه، ولا يقال بأنه غبن في هذه الحالة؛ لأن العبرة بالقيمة الشخصية لا القيمة المادية. وعلى ذلك، لا يمكن الحديث عن الغبن طبقاً للنظرية الشخصية، إلا إذا رضي المتعاقد ثماً أكبر من قيمة الشيء الشخصية؛ بسبب توهم لديه في قيمته، أو كان مخدوعاً، أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش، أو رعونة، أو عدم تجربة، أو عوز، أو حاجة. فحسب النظرية الشخصية، فإن الغبن لا يقوم إلا باقترانه بعيب في الإرادة، من غلط، أو تدليس، أو إكراه؛ إذ لا يعتبر الغبن على ضوء هذه النظرية فكرة قائمة بذاتها، وعيباً مستقلاً عن العيوب الأخرى، بل إنه لا يعدو أن يكون مظهرًا من مظاهر عيوب الإرادة الثلاثة المعروفة².

- **من حيث تقدير الغبن:** يتم تقدير درجة الاختلال على ضوء النظرية الأولى بمعیار مادي مجرد، عن طريق رقم مرصود، سواء كان ذلك الخمس، أم الربع، أم النصف، أم سبعة أجزاء من اثني عشر، يعتبر موجبا للجزاء القانوني المترتب عن تلك الحالة؛ سواء بإبطال العقد، أم بتعديله. أما في النظرية الشخصية،

¹ - علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 218.

² - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 449 وما بعدها.

فيتم تقدير الغبن تقديرا شخصيا، عن طريق اتباع معيار مرن؛ فهي لا تحدد رقما معيناً، فاصلا بين الغبن وانعدامه؛ وإنما تترك ذلك لظروف كل حالة؛ إذ يكفي أن يصل عدم التعادل بين القيمتين إلى حد باهظ¹. ورغم أن تقدير الغبن على ضوء النظرتين على النحو السابق، قد يظهر لأول وهلة اتسام النظرية المادية بمزية التحديد، وفي هذا ضمانا لاستقرار التعامل؛ إذ يمكن بعملية حسابية بسيطة تقدير مدى تعلق العقد بالغبن من عدمه، فإذا وصل الغبن إلى الرقم المحدد سلفا اعتد به، أما إذا لم يرق الغبن إلى ذلك الرقم، فلا يمكن إعمال الأحكام القانونية الخاصة بالغبن. إلا أن الميزة السابقة للنظرية المادية لا تنفي عدم مرونتها، وعجزها عن مواجهة المشاكل العملية، وبالتالي عدم قدرتها عن تقديم حل عادل لمسائل اجتماعية يغلب فيها الطابع النفسي، وتختلف ظروفها، مما يؤدي بالضرورة إلى اختلاف الحلول الموجهة لها، دون الوقوف عند قاعدة جامدة تطبق تطبيقا حسابيا على جميع الحالات، دون الأخذ بعين الاعتبار الفروق ما بين مسألة وأخرى، مما يجعلها قاعدة ظالمة، بالرغم من مظهر خداع للعدالة فيها².

وعلى ضوء القصور الناجم عن الاقتصار عن النظرية المادية فقط في تقدير الغبن مثلما تم بيانه، فقد اتجه الفقه الحديث إلى البحث عن مشكلة الغبن في إطار مذهب الإرادة نفسه، عن طريق الكشف عن السبب الذي أدى بالمتعاقد إلى إبرام عقد لا تتناسب فيه التزاماته مع المنفعة التي يحصل عليها، والاهتداء إلى أن هذا السبب مرجعه تعيب إرادة الطرف المغبون؛ ذلك أن الشخص العادي لا يتصور قبوله لهذا الغبن عن بينة واختيار، ومن ثم تم الربط بين الغبن والإرادة، وذلك عن طريق اعتبار الغبن قرينة على تعيب الإرادة. وقد كان هذا التوجه محل قبول من طرف معظم التشريعات الحديثة، فتطورت بذلك فكرة الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية، قوامها حماية الطرف الضعيف، الذي غبن في العقد؛ نتيجة عدم خبرته، أو نظرا لحاجته، أو لطيشه، أو لهواه، بشرط استغلال الطرف المقابل الغابن لتلك الظروف المحيطة بالمغبون، فتعاقد معه بشروط ما كان ليقبلها، لو كانت إرادته سليمة عند إبرام العقد³.

وبدوره، لم يتأخر المشرع الجزائري في الأخذ بنظرية الاستغلال كعيب مستقل عن باقي عيوب الإرادة، مسائرا في ذلك العديد من التشريعات الحديثة، حيث قضى في المادة 90 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، ص. 139.

² - محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص. 112.

³ - عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص. 130-131.

من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد الآخر لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن¹.

وبناء على ما سبق، فإننا سنتطرق إلى عيب الاستغلال في التشريعات الوضعية، ومختلف المسائل والإشكالات المتعلقة به (المطلب الأول).

وبعد بيان مختلف أحكام النظرية في التشريعات الوضعية، فإننا سنتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من فكرة الاستغلال؛ سواء من حيث أحكام الغبن الفاحش، أم من خلال بعض الحالات التي تتصل اتصالا وثيقا بحالات الضعف النفسي المعروفة في القانون الوضعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظرية الاستغلال في القانون الوضعي

مثلما بينا سابقا، فإن التشريعات الوضعية - وأمام تزايد حالات الغبن الفاحش - لم تجد بدا من معالجة هذه الظاهرة من خلال إرجاعها إلى فكرة عيوب الإرادة، واستحداث نظرية الاستغلال؛ لمكافحة ظاهرة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الغبن الفاحش بين طرفي العقد. إلا أن التشريعات الوضعية، وإن أخذت بعيب الاستغلال كعيب رابع للإرادة، إلا أن ذلك كان وفق ضوابط معينة؛ سعيا منها للحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات، وعدم إهماله كلياً على حساب مصلحة الطرف المغبون.

وبناء على ما تقدم، فإن دراسة فكرة الغبن الاستغلالي لا يتأتى إلا ببيان عناصر قيام هذا العيب (الفرع الأول)، ثم تحديد نطاقه من حيث العقود (الفرع الثاني)، وأخيراً جزاء هذا العيب في التشريعات الوضعية (الفرع الثالث).

¹ - ويقابل النص المتعلق بالاستغلال في التشريعات العربية: المادة 129 من القانون المدني المصري والقانون المدني الليبي، والمادة 130 من القانون المدني السوري، والمادة 125 من القانون المدني العراقي، والمادة 128 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 159 من القانون المدني الكويتي، والمادة 140 من القانون المدني القطري، والمادة 96 من القانون المدني البحريني، والمادة 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. وفي التشريعات الغربية: المادة 138 من القانون المدني الألماني، والمادة 42 من القانون المدني البولوني، والمادة 21 من قانون الالتزامات السويسري، والمادة 1448 من القانون المدني الإيطالي.

الفرع الأول: عناصر الاستغلال

مثلما قدّمنا سابقاً، فإن الفارق الجوهرى والأساسى بين الغبن المجرد والغبن الاستغلالى، هو اقتران هذا الأخير بعنصر نفسى، وبالتالي فإن قيام شروط الاستغلال، وثبوت أحكام هذه النظرية، لا يتأتى إلا باجتماع عنصرين معاً؛ أحدهما موضوعى، وآخر نفسى. وإن كان العنصر الأول لم يلق اختلافًا تشريعياً؛ سواء من حيث إقراره، أم من حيث نطاقه، فإن العنصر الثانى -وختلافًا لذلك- لم يكن محل اتفاق تشريعى من حيث مجاله؛ إذ تعددت مواقف هذه التشريعات بين مضيق لنطاقه، وآخر موسع لدائرته، يجعل العديد من حالات الضعف النفسى تنطوي تحته.

وبناء على ما سبق، فإننا سنتطرق للعنصر الموضوعى فى دعوى الاستغلال (أولاً)، وبيان مدى كفايته للطعن فى العقود (ثانياً)، ثم إلى العنصر الشخصى الذى يلزم اقترانه بالعنصر الموضوعى (ثالثاً)، وأخيراً إلى علم المدعى عليه بالضعف النفسى لدى المتعاقد المغبون (رابعاً).

أولاً- العنصر الموضوعى: الغبن الفاحش:

يشترط كأول أمر لقيام دعوى الاستغلال، اختلال فادح فى أداءات الطرفين، أو بما يسمى بالغبن الفاحش. والحكمة من اشتراط التفاوت الفاحش، أو الاختلال الفادح بين الأداءات، واضحة؛ ذلك أن مبدأ استقرار المعاملات يقتضى عدم الاعتداد بالغبن اليسير؛ إذ لا يمكن تصور التعادل التام أو المساواة المطلقة بين ما يأخذه المتعاقد، وبين ما يعطيه، كما أن ذلك لا تقتضيه العقود، ولا يعد شرطاً لصحتها¹. وقد نصت على هذا الشرط كل التشريعات المتبنية لنظرية الاستغلال، وإن كان بصياغة مختلفة، فبالنسبة للمشرع الجزائرى، فقد جاء فى المادة 90 من القانون المدنى الجزائرى ما يلى: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً...".

وقد عبرت بعض التشريعات العربية على هذا الشرط بعبارة: عدم التعادل البتة²، فيما استعملت تشريعات أخرى عبارة عدم التناسب البتة³، بينما استعمل البعض الآخر مصطلح: الغبن الفاحش⁴، أو

¹ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 195.

² - ينظر: المادة 129 من القانون المدنى المصرى، المادة 129 من القانون المدنى الليبى، والمادة 130 من القانون المدنى السورى.

³ - ينظر: المادة 96 من القانون المدنى البحرينى.

⁴ - ينظر: المادة 125 من القانون المدنى العراقى.

فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة¹، فيما فضلت بعض التشريعات استعمال مصطلح عدم التناسب الباهظ².

أما بالنسبة للتشريعات الغربية فقد استعمل القانون المدني الألماني عبارة: عدم التناسب الصارخ، في حين استعمل قانون الالتزامات السويسري مصطلح: عدم التناسب الظاهر، بينما ذكر مشروع القانون الفرنسي الإيطالي عبارة: بعيدة عن كل تناسب³.

وإن كان العنصر الموضوعي محل اتفاق فقهي حول ضرورته وأهميته في قيام دعوى الاستغلال، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا بعد ذلك في معيار تقدير هذا الاختلال الفادح، فذهب بعضهم إلى القول بأن العبرة في تقدير الشيء بقيمته الشخصية لدى المتعاقد، بينما يرى البعض الآخر، خلافا لذلك، ضرورة الأخذ بالتقدير الموضوعي معيارا لتحديد الاختلال الفاحش في الأدعاءات، وهذا ما سنتطرق إليه.

1- المعيار الشخصي لتقدير الغبن الفاحش:

إذا كانت التشريعات قد أجمعت على ضرورة وجود العنصر المادي في دعوى الاستغلال؛ إلا أنها بالمقابل لم تحدد رقما ثابتا يتم تقدير هذا العنصر على أساسه، بل تركت ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يقوم بتقدير مدى توافر العنصر المادي، ناظرا في ذلك إلى ظروف وملابسات كل قضية على حدة، فالمسألة إذن خاضعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا، ما لم يكن هناك قصورا في التسييب، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر هذا العنصر المادي، وكان يباها كافيا، فلا تعقيب للمحكمة العليا عليها في ذلك⁴.

ورغم ما يؤخذ عن هذه الكيفية في تقدير العنصر المادي؛ إذ قد ينجم عنها تعسف القاضي في سبيل تقديره للعنصر المادي للاستغلال، إلا أنها تبقى مع ذلك الأكثر انسجاما مع مفهوم الاستغلال⁵.

¹ - ينظر: المادة 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

² - ينظر: المادة 159 من القانون المدني الكويتي، والمادة 128 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 140 من القانون المدني القطري.

³ - ينظر: عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.395، الهامش رقم: 01.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.ص.394-395. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.199. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.ص.470-471.

⁵ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.219.

وقد ذهب أغلب الفقه العربي¹ إلى القول بأن العبرة في تقدير قيمة الشيء تكون بالنظر إلى قيمته الشخصية في نفس المتعاقد، لا بقيمته المادية في ذاته؛ أي أن العبرة بما يساويه ذلك الشيء في اعتبار الطرف المغبون.

ومن الحالات الشائعة التي ضربها الفقه في هذا المجال، ذلك المثال المتعلق بشراء طابع بريدي تبلغ قيمته في السوق مائة دينار، إلا أنه بالنسبة لمن يملك مجموعة من الطوابع لا ينقصها سوى الطابع السابق، فإن قيمته قد ترتفع، وتبلغ ألف دينار. ففي هذه الحالة إذا اشترى صاحب المجموعة هذا الطابع بألف دينار بالنسبة إليه، أو ربما يزيد قليلاً، فلا يعتبر مغبوناً؛ ذلك لأنه قد قام بدفع ألف دينار في طابع قيمته ألف دينار. أما إذا اشترى الطابع بخمسة آلاف، فإنه يعد مغبوناً في هذه الحالة؛ نظراً لوجود تفاوت فاحش بين القيمتين (قيمة الشيء في نفس المغبون، والقيمة المدفوعة)².

والمقصود بالقيمة الشخصية للشيء، تلك المنفعة التي يتحصل عليها الطرف المغبون مقابل التزامه، ولا يقصد بها القيمة التي قبلها المغبون فعلاً؛ لأن الاعتداد بها يؤدي إلى القول بعدم وجود غبن³.

2- المعيار الموضوعي في تحديد الغبن الفاحش:

رغم إقرار غالبية الفقه بضرورة التقدير الشخصي للغبن الفاحش في إطار الغبن الاستغلالي، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات الفقهية؛ حيث يرى البعض⁴ عدم صحته، ومجانته للصواب، وذلك للأسباب التالية:

- أن القول بالتقدير الشخصي يؤدي إلى نتائج تتصادم مع العدالة، التي تقوم عليها سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي، كما تتنافى ومقصد التشريع؛ ذلك أن مهمة العدالة في مجال

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 394. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 396. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 117. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 97. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 166. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 197. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 315. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 1957، ص. 229.

² محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 180-181.

³ المرجع نفسه، ص. 180.

⁴ محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 178 وما بعدها.

المعاملات المالية، هي توحي التساوي، أو على الأقل التناسب بين أداءات الطرفين، وهو ما لا يمكن تحقيقه حالة الأخذ برأي الاتجاه السابق.

- افتقار الرأي السابق إلى الأساس القانوني الذي يمكن أن يقوم عليه؛ نظرا لغياب ما يسانده في النصوص المنظمة للغبن الاستغلالي لدى مختلف التشريعات. فعلى سبيل المثال، فإن المادة 129 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 90 من القانون المدني الجزائري، قد ربطت عدم التعادل بعنصرين، وهما؛ ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أولا، والتزامات الطرف الثاني ثانيا. ولا شك أن غرض المشرع من تقدير تلك الحالات لا يتأتى إلا عن طريق نظرة مادية. فالفائدة لا بد أن يكون معيارها ماديًا حقيقيًا، لا وهميًا، وكذا عدم التعادل بين الالتزامات، والذي يجب النظر إليه نظرة مادية أيضًا. فمن شأن الأخذ بهذا التصور الفهم الصحيح للنص.

- أن القول بالمعيار الشخصي يؤدي إلى نتائج مخالفة للهدف المبتغى من تنظيم الاستغلال؛ وهو اعتباره مخالفًا للنظام العام عند من يقول بذلك، على غرار التشريع الألماني، أو إخلالا لشرف التعامل، وحسن النية من جانب الغابن بالنسبة للقانون المصري -والتشريعات التي حذت حذوه- إذ يصعب تحقق ذلك الهدف من الناحية العملية، مما يؤدي بالضرورة إلى عدم جدوى الحماية التي أقرها المشرع للطرف المغبون.

- أنه باستقراء الحالات التي ضربها فقه الاتجاه السابق، كأمثلة لتوضيح كيفية تقدير القيمة الشخصية، ومنها قيام هاو بشراء طابع بريدي قدس بأضعاف قيمته في السوق؛ من أجل تكملة مجموعته، وغيرها من الأمثلة، يتبين أن سلوك البائع يمثل أبلغ صورة للاستغلال؛ وهي استغلال الهوى الجامح للشخص المغبون. فهذا السلوك يمثل خطورة اجتماعية تعارض مع النظام العام، لذلك فإن السعي إلى مكافحته، والحد منه يعتبر مقصدا تشريعيًا من مقاصد القوانين الحديثة، تحقيقًا للعدالة الاجتماعية، والتضامن الاجتماعي.

- أن من شأن تبني الرأي الأول -والقائل بالتقدير الشخصي للاختلال في الأداءات- التعارض مع القول بأن الاختلال الفادح يمثل العنصر المادي في الاستغلال فهو؛ إما أن يعتبر ماديًا، يتم تقديره بمعيار مادي، أو شخصيًا محضًا كما قال أصحاب الرأي الأول. وبالتالي فلا مبرر للقول بعد ذلك بقيام نظرية الاستغلال على عنصرين؛ أحدهما ماديًا، وآخر شخصيًا، فأين المادية، وأين الشخصية؟

- أن التقدير الشخصي للاختلال الفادح وقت التعاقد مهما زاد أو تجاوز قيمة الشيء المادية في السوق، قد يؤدي إلى التعارض مع أهم المبادئ القانونية. فالعامل قد تدفعه الضرورة أو الحاجة إلى قبول عمل يبذل من خلاله جهدًا شاقًا، وبمقابل بخس قد يقتصر على كفايته من الطعام. وحاجة العامل هذه لا شك

أنها ومع حالة الفقر، والعوز، والجوع، تبلغ عشرة أضعاف قيمتها في السوق، وكذلك بالنسبة للمريض الذي يقبل شراء دواء ضروري لحالته بعشرات أضعاف قيمته المادية في السوق؛ باعتبار أن قيمة العلاج لديه تساوي أضعافا مضاعفة لثمن الدواء في السوق؛ لأن من شأن ذلك الدواء الحفاظ على أغلى شيء لدى الإنسان؛ وهو حياته.

- وأخيرا فإن إرادة المشرع لو انصرفت إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، لما تدخل في أحوال أخرى مشابهة، كفرض تسعيرة جبرية على بعض السلع حماية للمستهلكين من استغلال التجار. فالقانون يحارب الاستغلال في حد ذاته، وذلك عن طريق مكافحة الغبن في صورة الاختلال الفادح بين الأداءات، ناظرا إليها نظرة مادية بحتة. وما يؤكد هذا الطرح، هو قيامه بتنظيم العديد من الأحكام الموجهة لخدمة هذا الغرض، كتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، أو تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، أو إعفاء الطرف المذعن منها، وتعديل الشرط الجزائي؛ سواء بالخفض، أم بالزيادة، وغير ذلك من النظريات في هذا المجال، بهدف الوصول إلى تحقيق التناسب في الأداءات، أو على الأقل تحقيق مبدأ الغرم بالغرم. فالهدف التشريعي من كل تلك الأحكام هو ضمان العدالة العقدية بين طرفي العقد.

ويظهر لنا أن الرأي الثاني هو الراجح؛ نظرا لأن التقدير المادي للغبن الفاحش من شأنه تسهيل مهمة القاضي؛ إذ يكفي النظر في قيمة الشيء المادية؛ لتقدير مدى قيام العنصر الموضوعي في دعوى الاستغلال، ثم بعد ذلك يتم النظر عن سبب هذا الغبن الفاحش؛ أهو ضعف نفسي للمتعاقد، أم لا؟ أما بخصوص سبب قول الاتجاه الأول بالتقدير الشخصي، فذلك في اعتقادنا يرجع إلى انطلاق هذا الاتجاه من مبدأ معين؛ وهو مبدأ الذاتية في عيوب الإرادة؛ أي أن المعيار في عيوب الإرادة هو ذاتي، ينظر فيه إلى من تعيبت إرادته، إلا أن القول بالرأي الثاني لا يعني خروجنا عن ذلك المبدأ، بل يبقى العنصر المعنوي مشروطا، لا غنى عنه في دعوى الاستغلال. وما يؤكد صحة الرأي الثاني، هو انفراد الاستغلال بأحكام خاصة عن باقي عيوب الإرادة، لا سيما من حيث الجزاء؛ إذ جعلت التشريعات للاستغلال إلى جانب قابلية العقد للإبطال، والذي يشترك فيه مع باقي عيوب الإرادة، جزاء آخر متمثلا في إنقاص التزامات الطرف المغبون، بل حتى الزيادة في التزامات المدعى عليه عند بعض التشريعات على النحو الذي سنبينه في موضعه. وبالتالي يلاحظ خصوصية عيب الاستغلال عن باقي العيوب التقليدية، مما يجعله يستقل ببعض الأحكام عنها، ومن ذلك ازدواجية معيار تقديره، بين معيار موضوعي في تحديد عنصره المادي، ومعيار شخصي في تقدير عنصره المعنوي.

ثانيا- فكرة تعميم المجال الموضوعي للغبن المجرد: بين الرفض والقبول

بعد أن بيّنا ضرورة قيام الاستغلال على عنصره المادي، المتمثل في الغبن الفاحش، فإن التساؤل الذي يثور في هذا المقام، هو مدى كفاية الغبن المجرد كسبب للطعن في العقد، أو لإعادة النظر فيه؟ ذلك أنه وإن كان مسلم به أنه لا يقتصر الأمر في الاستغلال على الغبن الفاحش؛ بل يشترط فوق ذلك إثبات الطرف المغبون لضعفه النفسي، وهو ما سنبينه لاحقا، فإن الأمر في غير ذلك محل اختلاف فقهي بين قائل باقتصار فكرة الغبن الفاحش على الحالات المذكورة قانونا، وآخر يقول بتعميم فكرة الغبن على باقي الحالات.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالغبن المجرد، وجعله سببا لإعادة النظر في العقد؛ سواء بالتعديل، أم الفسخ في نصوص معينة ومحددة، تتمثل فيما بالمادة 358 من القانون المدني الجزائري: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس (5/1) فللبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة (5/4) أخماس ثمن المثل...". وكذلك ما نصت عليه المادة 286 من القانون المدني الجزائري: "تسري أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين، وبضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بالمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابل الدين". وكذا ما قضت به المادة 415 من القانون المدني الجزائري بقولها: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قابض عليه".

ويلاحظ من خلال هاتين المادتين، عدم نص المشرع على الغبن بنص صريح، إلا أن البعض¹ يرى عدم وجود مانع من تطبيق أحكام الغبن في تلك الحالتين؛ باعتبار أن المشرع قد أحال في أحكام المقايضة والوفاء بالمقابل إلى أحكام البيع، فتسري أحكام البيع (بما فيها الغبن) على الحالتين.

ومن بين النصوص القاضية بالغبن المجرد، نجد المادة 01/732، والتي نصت على ما يلي: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (5/1)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة...".

ومن صور الغبن المجرد، ما تقرر في المادة 02/581 من القانون المدني الجزائري: "...فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة".

¹ - علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، المرجع السابق، 186.

فيستنتج من خلال المادة، جواز تعديل القاضي لأجر الوكيل -إذا كانت الوكالة بأجر- وهو ما يعتبر تكريسا لمبدأ مكافحة الغبن المجرد في العقد، وذلك ما لم يكن أجر الوكيل قد تم دفعه طواعية من قبل الموكل بعد تنفيذ الوكالة¹.

وأخيرا ما جاء في المادة 66 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري، والتي تقضي بما يلي: "يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه، وإن لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب. ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

وبناء على ما سبق، يتبن أن المشرع الجزائري -وغيره من التشريعات العربية- قد أخذ بالغبن المجرد في حالات استثنائية معينة. وإن كان لا أحد ينازع في وجود الغبن، وشرعية التمسك به في تلك الحالات. فإن الخلاف بين الفقه كان في ما دون تلك الحالات، أو الحالات المسكوت عنها، وأدى ذلك إلى ظهور رأيين في هذا الصدد؛ أولهما: يرى التمسك بحرفية تلك النصوص، وعدم تجاوزها إلى غيرها من الأحوال، وثانيهما: يقول بضرورة مد فكرة الغبن إلى جميع التصرفات؛ تحقيقا لمبدأ العدالة العقدية في أرقى صورها. وتجدد الإشارة إلى أن الخلاف حول مدى إمكانية تعميم فكرة الغبن، هو خلاف في الحقيقة بين أصليين متعارضين؛ هما المذهب الفردي، والمذهب الاجتماعي، وما فكرة الغبن إلا جزءا من ذلك الخلاف، أو بالأحرى نتيجة متفرعة عنه. وفيما يلي عرض لموقف كل رأي على حدة:

1- الاتجاه الرافض لفكرة تعميم الغبن:

يرى أصحاب هذا الرأي التضييق من مجال الغبن، وبالتالي قصره على تلك الحالات المنصوص عليها، فالغبن المجرد غير المقترن بعيب من عيوب الإرادة من غلط، أو تدليس، أو إكراه، أو استغلال، لا يعتبر سببا عاما للطعن في العقود². ويستند أصحاب هذا الرأي في بناء موقفهم على العديد من الاعتبارات منها:

- من غير الممكن تقرير المشرع لقاعدة عامة في الغبن، تطبق على جميع العقود؛ باعتبار أن الغبن بمعناه الواسع لا يكاد تخلو منه المعاملات³.

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.405.

² - المرجع نفسه، ص.ص.404-405.

³ - أحمد رباحي، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، الجزائر، المجلد 03، 2010، ص.23.

- كما أن القول بتعميم فكرة الغبن من شأنه المساس باستقرار المعاملات، وإغراق ساحة القضاء بالمنازعات المتعلقة به¹.

- كما أن مهمة القانون تقتصر على إقامة مساواة قانونية بين المتعاقدين، عن طريق اشتراط أن يكون كل واحد منهما كامل الأهلية، وسليم الإرادة. أما ما دون ذلك، فإن المتعاقدين أولى بالدفاع عن مصالحهم الشخصية، مما يؤدي إلى تحقيق التوازن بينهما بصورة أفضل من تدخل المشرع في علاقتهما العقدية².

2- الاتجاه المؤيد لفكرة تعميم الغبن:

خلافا للاتجاه السابق، يرى أنصار هذا الرأي ضرورة مد نظرية الغبن إلى جميع العقود؛ باعتبار أن ذلك من شأنه تحقيق مقصد التشريعات، وضمان مبدأ العدالة العقدية. وقد استند هذا الاتجاه على العديد من المبررات المنطقية والقانونية. ولم يكن ذلك عن طريق إيراد الأدلة المؤكدة لموقفهم فحسب، بل عن طريق الطعن في الرأي الآخر، وبيان عدم سلامته من الناحية النظرية والتطبيقية. وفيما يلي بعض مبررات هذا الاتجاه:

- ينطلق أصحاب هذا التوجه من خلال نقد التفرقة التشريعية في مجال بيع العقار والمنقول؛ سواء من حيث الموضوع، أم من حيث الأشخاص. فبالنسبة للموضوع فيرى هؤلاء الفقهاء أنه ينبغي هجر هذه الفلسفة القائمة على تقديس العقار، وإعطائه أحكاما خاصة، والتي يرجع أساسها إلى قانون نابليون، حيث كان واضعوا القانون المدني الفرنسي يرون في الأرض الأساس الأول لكل نظام اجتماعي؛ لذلك فإن حماية مصالح الجماعة لا يتأتى إلا من خلال حماية المصالح الخاصة التي تمس هذا النظام³. فبتطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية لم تبق الثروة مقتصرة على العقار فقط؛ إذ إن تلك النظرة تجاوزها الزمن، وأصبحت الثروة تشمل مجالات أخرى، كالقيم المنقولة وغيرها⁴.

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه أن التمسك بحرفية المادة المتعلقة ببيع العقار قد يؤدي عمليا إلى نتائج غير منطقية؛ إذ يكون للقاضي بموجب تلك المادة إعادة النظر في بيع عقار معين، في حين يتمتع عنه ذلك إذا تعلق الأمر بمنقول قد تبلغ قيمته أضعاف ذلك العقار⁵.

¹ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني المصري واليمن والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 156.

² - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 127.

³ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 117.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 230.

⁵ - رياض حسين أبو سعيدة، القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن، المرجع السابق، ص. 70.

أما من حيث الأشخاص، فقد ردّ بعض الفقه على اشتراط المشرع مثلما بيّنا في بيع العقار في أن يكون المتمسك بالغبن هو البائع، دون المشتري الذي يبقى ملزما بالعقد، بالقول إن الغبن يقع على المشتري مثلما يقع على البائع؛ باعتبار أن العلة من تقريره هي رفع الضرر عن المتضرر، وبالتالي وجب عدم التمييز بين طرفي العقد من حيث جواز إعادة النظر في البيع بدعوى الغبن¹.

كما يضيف هؤلاء الفقهاء أن حصر المشرع للغبن في جهة البائع فقط، يعتبر تجاهلا منه بالمستجدات التي طرأت على المجتمع، لا سيما ما تعلق منها بالأزمة الحادة للعقار في عدة جوانب، وما نتج عنها من اختلال التوازن بين طرفي العقد (البائع والمشتري)؛ إذ إن المشتري هو من أصبح طرفا ضعيفا في عقد بيع العقارات؛ بحيث أصبح البائع هو من يقوم بفرض ثمن العقار على المشتري².

- كما يرى البعض³ أن إقرار نصا عاما في الغبن من شأنه توسيع سلطات القاضي بالنسبة للشروط التعسفية أو الجائرة.

- ويرى في السياق نفسه اتجاه آخر⁴ أن سبب مناداة بعض الفقه الفرنسي بالمتمسك بحرفية النص المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016) له ما يبرره؛ لأن الوضع عندهم تحكمه قاعدة خطيرة؛ وهي قاعدة لا حكم بدون نص. إلا أن الوضع مختلف لدى التشريعات العربية الإسلامية، فالذين تمسكوا بفكرة تضيق مجال الغبن في تلك التشريعات، أهملوا بذلك نصوص هذه القوانين التي تعتمد على الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون، تؤخذ منه الأحكام حالة لم يوجد نص تشريعي، على غرار المشرع الجزائري بموجب المادة 02/01 من القانون المدني. وعلى ضوء ذلك لا يوجد مانع من تعميم حالات الغبن في التشريعات التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادرها. ومن المعلوم أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يفرقوا في أحكام الغبن بين عقار ومنقول؛ إذ عمموا تلك الفكرة على كل عقود المعاوضات، مهما كانت طبيعة المعقود عليه. وبالتالي وجب إعمال قواعد الفقه الإسلامي في هذا المجال، وعدم إهمالها، وإلا كان النص على مصدريتها من قبيل التزيد واللغو، وهو ما لا يمكن افتراضه بأي حال.

- أما بالنسبة لاحتجاج أصحاب الرأي السابق بمنع التوسع في الغبن بقولهم إن ذلك من شأنه إغراق ساحة القضاء بالعديد من المنازعات المتعلقة به، فقد رد أنصار هذا الرأي على ذلك، بقولهم إن الواقع

¹ - أحمد رباحي، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، المرجع السابق، ص. 26.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 230.

³ - عبد المنعم فراج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص. 407.

⁴ - أحمد رباحي، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، المرجع السابق، ص. 26.

العملي قد أثبت عدم صحة ذلك الرأي؛ ذلك أن القاضي -وبما له من سلطة تقديرية في هذا المجال- يجعل من النص على هذا الحكم ذا طابع وقائي؛ إذ يلزم المتعاقدين بمقتضى تلك النصوص الأخذ في الاعتبار ما عسى أن يكون محلا لإعادة نظر من قبل القضاء بدعوى الغبن، مما قد يلحق بالمتعاقدين أضرارا جسيمة، فيحرص المتعاقدين بذلك ابتداء على ضمان استقرار التعاقد عن طريق التزام الحدود المسموح بها، وتفادي ما قد يكون سببا لإعادة النظر في العقد. مما يجعل لهذه الحماية أثرا مسبقا، تتمثل في حماية الطرف الضعيف في العقد¹.

- كما يرون أيضا أنه لا يمكن القول بكفاية نظرية الاستغلال للإلمام بجميع الحالات، مما يستغنى معه عن فكرة الغبن؛ إذ إن التمعن في ذلك الرأي يظهر قصوره وعدم إمكانية تطبيقه عمليا من ناحيتين؛ أولهما: ضرورة اقتران الغبن الفاحش في دعوى الاستغلال بالعنصر المعنوي؛ فالعبرة إذن هنا بذلك الضعف النفسي، ولا شك أن أمر إثباته من الصعوبة بما كان، بدليل أن المشرع الجزائري قد أعطى للطرف المغبون مدة سنة فقط كأجل لرفع دعواه، تحت طائلة عدم قبولها، أما ثانيهما: فيتمثل في حصر المشرع الجزائري - وبعض التشريعات العربية - الضعف النفسي في حالتين هما؛ الطيش البين، والهوى الجامح، مع إقصائه العديد من الحالات الأخرى، والتي لا تقل أهمية عمليا عن الحالات المنصوص عليها، كالحاجة، وعدم الخبرة، وضعف الإدراك².

ويبدو لنا أن الرأي الثاني الموسع لدائرة الغبن هو الأول بالقبول، ولا شك في سلامة منطقته من الناحية النظرية، وإمكانية تطبيقه من الناحية العملية. إلا أنه ومن جهة أخرى، يبقى أكبر عائق أمام القضاء لمد نظرية الغبن على كافة التصرفات، هو اصطدامه بقاعدة مهمة، مفادها: العقد شريعة المتعاقدين؛ فلا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب القانونية التي يقررها القانون. وقد نصت على هذا المبدأ المادة 106 من القانون المدني الجزائري. ولا ريب أن التدخل القضائي من خلال نظرية الغبن المجرد يعتبر خروجاً عن المبدأ المذكور. وبالتالي فإنه لا مناص من تبني التشريعات للاتجاه الثاني صراحة في نصوصها، لا سيما مع سداد رأيه، وقوة حجته.

¹ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 156-157.

² - أحمد رباحي، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، المرجع السابق، ص. 26.

ثالثا- العنصر النفسي:

نظرا لاعتبار المشرع الجزائري، ومعظم التشريعات الاستغلال عيبا في الإرادة، فإنه لم يكتف بذلك بتوافر العنصر الموضوعي، المتمثل في الغبن الفاحش؛ لأجل تمكين الطرف المغبون من الطعن في العقد بدعوى الاستغلال، بل إن المشرع اشترط أن يكون ذلك الغبن الفاحش، أو الاختلال الفاحش بين الأداءات، ناتجا عن ضعف نفسي قد استغله الطرف الغابن. ويستنتج ذلك من خلال المادة 90 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "...وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا...". فيتبين من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد ربط فكرة الغبن بجانب نفسي، والمتمثل في حالتين، وهما؛ الطيش البين، والهوى الجامح. ويلاحظ بذلك إهمال المشرع للعديد من الحالات التي يقوم بها هذا العنصر النفسي، مكتفيا بهاتين الحالتين فقط.

وبناء على ذلك فإن دراسة هذا العنصر، وإحاطة به علما، لا يتأتى إلا بالتطرق للحالتين المنصوص عليهما في القانون المدني الجزائري، ومن ثم تقدير هذا الموقف المضيق للمشرع الجزائري مقارنة بتشريعات أخرى.

1- المقصود بالطيش البين والهوى الجامح:

لقد تعددت التعاريف الفقهية لهاتين الحالتين، فبالنسبة للطيش البين، فقد عرفه بعض الفقه بأنه: "عدم الخبرة بالأمر التعاقد، والاستهانة الشديدة بعواقبها"¹.

كما تم تعريفه أيضا بأنه: "النزق الواضح، أو الخفة الزائدة؛ أي التسرع في الحكم على الأمور، وقبول التعاقد دون ترو، أو تدبر في النتائج المترتبة على العقد"².

فهو إذن الإقدام على عمل دون مبالاة، أو اكتراث بالنتائج المترتبة عنه. فيشمل الخفة والتسرع المؤديين إلى سوء التقدير، كما يشمل أيضا الإقدام على التعاقد في حالة تحمس واستفزاز، كما يشمل أخيرا حالة من لا يعبأ بنتائج تصرفه، أو الأضرار المستقبلية³. ومن أمثلة الطيش البين، وقوع شاب ورث مالا كثيرا

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.200. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.139. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المفردة، المرجع السابق، ص.393.

² محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.182.

³ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.198.

في أيدي المستغلين الذين يقومون باستكتابه عقودا تجرده الكثير من ماله، مستغلين في ذلك نزقه الشديد، وطيّشه البين¹.

وإن كان الغالب في الطيش وقوعه في جانب الشباب، إلا أن ذلك لا ينفي وقوعه في جانب الشيوخ أيضا². ولا يشترط في الطيش البين أن يكون مستمرا؛ بل يكفي وجوده في فترة التعاقد لدى الطرف المغبون³.

أما بالنسبة للهوى الجامح، فقد عرفه الفقه بأنه: "الميل الشديد أو الشعور العنيف تجاه شخص أو شيء، حيث يؤدي هذا الميل أو الشعور إلى فقدان الشخص ملكة التدبير؛ بأن يفقد سلامة الحكم على ما يتصل بموضوع ميله أو تعلقه"⁴.

كما تم تعريفه أيضا بأنه: "الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد، فتنال من سلامة القرارات التي يتخذها، فميول النفس واشتهاؤها شيئا ما، أو شخصا معيناً، يندفع معه المتعاقد المغبون، ويسعى لتحقيق رغباته دون تبصر، ومهما كان الثمن، غير مبال بالأضرار التي تلحقه"⁵.

ومثال الهوى الجامح نحو شخص، قيام رجل عجوز بالزواج من امرأة شابة؛ فتقوم باستغلال هوى زوجها نحوها، وتستكتبه من العقود ما تشاء؛ سواء لمصلحتها، أم لمصلحة أولادها⁶. أو قيام امرأة غنية بالزواج من شاب عن ميل وهوى؛ فيعتمد هذا الأخير إلى استغلالها عن طريق عقود يغبنها فيها⁷.

أما بالنسبة للهوى الجامح نحو شيء، فمثاله أن يقوم شخص باستغلال هوى شخص آخر غاو للتحف نحو قطعة فنية⁸.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.398.

² - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.177. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص.289.

³ - محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.171. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص.287.

⁴ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.140.

⁵ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.223.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.398. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.66.

⁷ - محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.170. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.177-178.

⁸ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.393.

ويقترّب الهوى الجامح بهذا التصور من حالة الإكراه، غير أن الفرق بين حالة الهوى الجامح والإكراه يكمن في مصدر كل منهما، فإن كان مصدر الإكراه هو المتعاقد معه أو الغير، فإن مصدر الهوى الجامح هو ذات المتعاقد¹.

وتجدر الإشارة، إلى أن عبء إثبات العنصر المعنوي يقع على عاتق المدعي؛ إذ لا يتم الاكتفاء في دعوى الاستغلال بإثبات العنصر المادي فقط، بل يجب فوق ذلك إثبات العنصر النفسي، والذي يعتبر عنصرا مستقلا عن العنصر المادي، لا مستخلصا، أو مفروضا منه. وقد نصت على هذا المعنى صراحة المادة 129 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 90 من القانون المدني الجزائري بقولها: "وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا"².

ويتم إثبات هذا العنصر بكافة طرق الإثبات؛ باعتباره واقعة مادية. ومن ذلك إقامة البائع في الخارج، فإنه يعتبر قرينة على عدم خبرته بضمن العقار في بلده³. ويعتبر تقدير مدى توافر عناصر الاستغلال مسألة موضوعية، خاضعة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁴.

2- تقدير موقف المشرع الجزائري:

بعد استعراض حالات الضعف النفسي لدى المشرع الجزائري، نلاحظ تضيقه للعنصر المعنوي تضيقا لم يكن محل قبول فقهي؛ حيث نادى العديد من الفقه بضرورة توسع المشرع الجزائري في الضعف النفسي، اقتداء ببعض التشريعات التي توسعت فيه، وجعلته شاملا للعديد من حالات الضعف الإنساني، التي قد تكون سببا لوقوع الشخص في الاستغلال.

ومن بين التشريعات العربية الموسعة للعنصر المعنوي، نجد المشرع العراقي في المادة 125 من القانون المدني، والتي جاء فيها: "إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش، جاز له خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف تبرعا جاز له في هذه المدة أن ينقضه".

¹ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.314. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص.290.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.401.

³ محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.184.

⁴ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.160.

ونلاحظ بذلك توسع المشرع العراقي في هذا المجال، ونصه على العديد من حالات الضعف النفسي الأخرى، كالحاجة، وعدم الخبرة، وضعف الإدراك.

ونجد من أقرب التشريعات العربية للقانون المدني العراقي صياغة لنص الاستغلال من حيث حالات الضعف النفسي، القانون المدني الفلسطيني؛ حيث نص في المادة 128 على ما يلي: "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً، أو عدم خبرة، وجعله بذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو أن ينقص التزامه. ويجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن..."¹.

ويقصد بالحاجة هي تلك الضائقة التي تدفع الشخص للحصول على الشيء، ومثالها حاجة مريض إلى إجراء عملية جراحية عند طبيب معين؛ فيقوم الطبيب باستغلال حاجة هذا المريض². والحاجة بهذا المفهوم تقرب من حالة الضرورة³.

ولا يشترط أن تكون الحاجة نتيجة فقر، بل قد يكون المحتاج غنياً، كأن يحتاج مالك منزل كبير لا حديقة فيه إلى شراء أرض مجاورة؛ من أجل اتخاذها حديقة لمنزله، فيقوم صاحب الأرض باستغلال هذه الحاجة⁴.

والحاجة بهذا المفهوم يمكن أن تلحق بالشخص الطبيعي، وبالشخص المعنوي على حد سواء، فيمكن أن تقوم الحاجة بالنسبة لشركة تجارية مثلاً إذا كانت مهددة بالإفلاس⁵. وبخصوص عدم الخبرة، فهي حالة يكون الشخص فيها غير قادر على التمييز بين الجيد والردئ، فيقوم شخص آخر باستغلال ذلك، ودفعه إلى إبرام عقود يغبنه فيها غبناً فاحشاً. ومن ذلك رغبة شخص

¹ - ويلاحظ تشابه الحالات المنصوص عليها في القانون المدني الفلسطيني مع حالات القانون المدني العراقي، مع بيان ملاحظتين وهما؛ أولهما إقصاء القانون المدني الفلسطيني لحالة وحيدة من حالات الضعف النفسي المنصوص عليها في القانون المدني العراقي، تتمثل في ضعف الإدراك، إضافة إلى اشتراطه كون الطيش بيناً، والهوى جامحاً. ولا شك أن في هذا تضيقاً لمجال الحماية الموجهة للطرف المغبون.

² - حسن الدنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 98. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 171.

³ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 154.

⁴ - حسن الدنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 98.

⁵ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 308.

عدم الخبرة في شراء سيارة، فيذهب إلى بائع سيارة، فيقوم هذا الأخير باستغلال عدم خبرة المشتري بأمور السيارات، ويبيعه سيارة رديئة بغبن فاحش¹.

وعدم الخبرة قد يكون عاما، كما قد يقتصر على دائرة معينة فقط، ففي الحالة الأولى يقع في شؤون الحياة؛ نتيجة صغر سنة المتعاقد، أما في الصورة الثانية فيتعلق بشؤون المهن، كالجهل بالأعراف التجارية².

وتجدر الإشارة، إلى أن تقدير عدم الخبرة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع، وهو لا يتساهل في ذلك إذا كان الطرف المغبون تاجرا، أو علما بالعادات الاجتماعية³.

أما ضعف الإدراك، فقد عرف بأنه: "ضعف قدرة الشخص على وزن التصرف القانوني، وبيان ما فيه من نفع أو ضرر"⁴. ويرى البعض⁵ أن المقصود به حالي السفه والغفلة؛ ذلك لأن المشرع العراقي، وإن كان قد جعل تصرفات السفه وذي الغفلة غير نافذة، إلا أن هذا لا يكون إلا بعد صدور قرار الحجر من المحكمة، وإعلان ذلك القرار بالطرق القانونية. ويترب عن ذلك بمفهوم المخالفة أن جميع تصرفات السفه وذي الغفلة تعتبر صحيحة نافذة إذا تمت قبل صدور قرار الحجر. فأراد المشرع بذلك سد هذا القصور، وحماية السفه وذي الغفلة من خلال نظرية الاستغلال.

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني، فقد نص في المادة 214 منه على ما يلي: "إن الغبن لا يفسد في الأساس رضى المغبون ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلا للبطلان في الأحوال الآتية:... أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون ويمكن إلى الدرجة المعينة إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن".

¹ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 160.

² - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 310.

³ - المرجع نفسه، ص. 311.

⁴ - عصمت عبد المجيد بكر، احتلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، العراق، 1978، ص. 77.

⁵ - حسن الدنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 99-100.

وبالنسبة لحالة الضيق التي انفرد بها المشرع اللبناني، فيرى الفقه اللبناني¹ أن المقصود بها العسر الذي قد يؤدي بالشخص إلى قبول شروط جائرة في حقه، ما كان ليقبلها في الظروف العادية. ومثال عن تلك الحالة، قيام الدائن بالضغط على المدين؛ فيحمله ذلك على بيع أملاكه بعوض ليس في صالحه. أما بالنسبة للمشرع الكويتي، فقد نص في المادة 159 من القانون المدني، والتي تقابلها المادة 96 من القانون المدني البحريني، والمادة 140 من القانون المدني القطري على ما يلي: "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشا بينا، أو ضعفا ظاهرا، أو هوى جامحا، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يرم لصالحه أو لصالح غيره عقدا ينطوي عند إبرامه، على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه تنكرا ظاهرا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته، أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد".

ويلاحظ من خلال هذه المادة، توسع المشرع الكويتي أيضا في الضعف النفسي؛ إذ بالإضافة للحالات التي نص عليها المشرع العراقي أضاف السطوة الأدبية كحالة من حالات الضعف النفسي.

ويقصد بالسطوة الأدبية استغلال شخص للروابط الإنسانية التي ينجم عنها نفوذ أدبيا لطرف على آخر، كنفوذ الأب على ابنه، أو الرئيس على مرؤوسه، أو الأستاذ على تلميذه. والأصل أن مجرد النفوذ الأدبي لا يعتبر عيبا في الإرادة، إلا إذا تم استغلاله من الطرف الآخر، ونتج عن ذلك غبنا فاحشا².

أما بخصوص التشريعات الغربية، فقد نص القانون المدني الألماني في المادة 138، وقانون الالتزامات السويسري في مادته 21، على ثلاث حالات، تتمثل في: الحاجة، والخفة، وعدم الخبرة. بينما يعتبر المشرع البولوني أكثر التشريعات توسيعا للضعف النفسي؛ إذ نص في المادة 42 على أربع حالات، وهي: الخفة، والغباء، وعدم الخبرة، والحاجة³.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع المصري، وفضل التضييق من مجال الضعف النفسي؛ لمبررات نظرية بحتة.

¹ - موريث نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2008، ص.ص. 301-302.

² - محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.ص. 172-173.

³ - يراجع: عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.ص. 392-393. الهامش رقم: 01.

وقد ورد النص المتعلق بالاستغلال في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة 179 على النحو التالي: "...أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد". وقد تم إدخال بعض التعديلات عليه من طرف لجنة المراجعة، وأصبح رقمها 133 في المشروع النهائي، وتم الموافقة عليها من طرف مجلس النواب في المشروع النهائي. ويلاحظ أن المشروعين التمهيديين قد توسعا في الضعف النفسي، وجعلاه يشمل العديد من الحالات، كالحاجة، والطيش، وعدم الخبرة، وضعف الإدراك، وإمعانا في التوسع نصا على قابلية كل تصرف للإبطال إذا صدر عن عدم اختيار كاف للإبطال. إلا أن هذا النص لم يلق قبولا لدى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، والتي كانت تميل إلى حذفه؛ نظرا لما قد يترتب عن إعماله من مساس باستقرار المعاملات، إلا أنها استقرت في الأخير على إبقائه مع تعديله؛ ليصدر النص في المادة 129 على النحو الحالي¹.

إلا أن هذا الرأي المضيق للضعف النفسي لم يلق إجماعا فقهيًا؛ إذ يرى بعض الفقه أن صدور النص على ذلك النحو يعتبر تشويها وتضييقا لنطاقه، وذلك لأسباب لا وجود لها إلا في مجال الفردية المطلقة، والتي لا تعبر أي اعتبار للمبادئ الاجتماعية والأخلاقية في المعاملات²، مما يؤدي إلى قصور النص المتعلق بالاستغلال، وعدم شموله لكثير من حالات الضعف النفسي كان على المشرع النص عليهم أسوة بتشريعات أخرى؛ لما لها من أهمية عملية كبيرة³.

وإن كان النص المصري له ما يبرره مثلما قدمنا؛ إذ ترجم بذلك رغبة أعضاء لجنة الشيوخ في الحد من تطبيق النص، وذلك نظرا لحدائثة فكرة الاستغلال وقتها -وإن كان هذا الرأي محل نظر مثلما بينا- إلا أن سير المشرع الجزائري في فلكه، وتضييقه للمجال النفسي للاستغلال لا مبرر له. بل كان الأولى به هو السير على هدي التشريعات الأخرى التي وسعت من مجال الاستغلال؛ سواء العربية منها، أم الغربية. ثم نتساءل إن كان توسيع مجال الاستغلال يعتبر مساسا باستقرار المعاملات، فهل تهددت حقا المعاملات في تلك التشريعات الموسعة للضعف النفسي، وقد مضى على تطبيق نصوصها عقودا من الزمن؟ فالإجابة

¹ - يراجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 391 وما بعدها.

² - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 184.

³ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 279.

أكد ستكون بالنفي، وإلا فإن نصوص الاستغلال لم تجد لها مكانا في تلك التشريعات إلى يومنا هذا، أو على الأقل تم الحد منها، وأي معنى لاستقرار معاملة تتسم بالجور، واستغلال الطرف الآخر، وانعدام العدالة العقدية؟

رابعا- علم المتعاقد الآخر بضعف الطرف المغبون:

طبقا لقاعدة البيئة على من ادعى، وباعتبار أن الأصل في الشخص حسن النية، فإن عبء إثبات علم المتعاقد الآخر بالضعف النفسي للمغبون، يقع على عاتق الطرف المدعي؛ أي المتعاقد المغبون. وبالتالي لا يكفي التحقق من قيام عناصر الاستغلال، بل يجب أن يكون من تعاقد مع الطرف المغبون عالما بالضعف النفسي لدى هذا الأخير، وقام بحمله على إبرام ذلك التصرف¹.

فالاستغلال على هذا النحو هو: "الاستفادة من مركز مؤقت غير ملائم وجد فيه الطرف الآخر، ودفع به إلى التعاقد بشروط لم يكن ليقبلها قط بمحض إرادته، إذا لم يوجد في مثل هذا المركز، أو كان في حالة طبيعية"². ويتم إثبات ذلك العلم بكافة طرق الإثبات؛ لتعلق الأمر بواقعة مادية. ومن القرائن التي تفيد قيام هذا الأمر، ارتباط المتعاقدين بصلة قرابة وثيقة، أو شهرة طيش وهوى المغبون بين الناس³.

وإذا تم العقد بطريق النيابة، فيكفي للطعن في العقد، قيام النائب باستغلال ضعف المتعاقد الآخر، ولو لم يكن الأصل عالما بالضعف النفسي القائم لدى المتعاقد المغبون⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي، وعند تقديره للعنصر النفسي لدى المدعى عليه؛ أي مدى علمه بالضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر، لا يشترط في ذلك ضرورة صدور تصرف إيجابي من قبل الطرف الغائب؛ من أجل حصوله على حقوق لا تقابلها التزامات، كأن يقوم مثلا في المساهمة في إيجاد حالة الضعف لدى المتعاقد المغبون، بل يكفي تحقق القاضي من استفادة المدعى عليه من المركز الضعيف

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 200. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 119. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 140. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 173. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 206.

² - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 312.

³ - محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 184.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 200.

للمتعاقدين المغبون، ودفعه إلى التعاقد بشروط ما كان ليقبلها في الأحوال العادية. فيكفي إذن اقتصار دور المدعى عليه على الاستفادة من الضعف النفسي الذي تواجد فيه الطرف المغبون عند التعاقد¹.

وفي هذا يبرز الفرق بين الاستغلال وباقي عيوب الإرادة من تدليس أو إكراه، ففي حالة التدليس يشترط قيام المتعاقد الآخر أو نائبه بحيل تدليسية، وتكون دافعة إلى التعاقد، ونفس الأمر بالنسبة للإكراه الذي يشترط فيه قيام المتعاقد الآخر ببعث رهبة لدى المتعاقد معه، ففي الحالتين يشترط صدور فعل إيجابي من جانب المدعى عليه؛ من أجل التمسك بأحكام ذلك العيب. بخلاف الاستغلال الذي لا يشترط فيه صدور فعل إيجابي من طرف المدعى عليه، وحتى لو تصور صدور فعل إيجابي، فلن يرقى إلى درجة الحيل المكونة للتدليس، والأعمال المكونة للإكراه².

وإذا تم إثبات الاستغلال على هذا النحو، فلا يشترط بعد ذلك أن يكون المدعى عليه قد دفع الطرف المغبون إلى إبرام عقد لصالحه، أو لصالح شخص آخر خدمة لمصلحته. ومن ذلك استغلال زوجة لهُوى زوجها الجامح نحوها، ودفعه إلى إبرام عقد مع قريب لها متضمناً غبناً لصالح هذا الأخير³.

ويرى بعض الفقهاء أن الغبن الفاحش أو عدم التعادل الفادح في الأداءات، يعتبر قرينة على سوء نية المدعى عليه⁴، كما يرى البعض الآخر أن مجرد إثبات العنصر المادي، والمتمثل في الغبن الفاحش يفترض معه قيام الاستغلال، مما يجعل المتعاقد المغبون يستفيد من أحكام الاستغلال. أما إذا تم إثبات سوء نية الطرف الآخر، فيجوز بناء عليه طلب الطرف المغبون التعويض عن الضرر اللاحق به، إضافة إلى حقه في إبطال العقد أو تعديل العقد⁵.

الفرع الثاني: المجال الموضوعي لتطبيق نظرية الاستغلال

بعد أن بيّنا كيف انتقلت فكرة الغبن في التشريعات الحديثة من المجال المادي البحت إلى المجال الشخصي، وإلى شروط قيامها، فإننا سنتطرق إلى مجال إعمال تلك النظرية من حيث العقود. ولا شك أن الطبيعة الخاصة لعيب الاستغلال عن باقي عيوب الإرادة من جهة، وحدثاته تشريعياً من جهة أخرى، يجعل

¹ - عصمت عبد المجيد بكر، احتلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، المرجع السابق، ص. 79.

² - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 313.

³ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 140. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 474. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 179.

⁴ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 474.

⁵ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 225.

التساؤل عن مجال نظرية الاستغلال من حيث العقود مستساغا في هذه الحالة؛ سواء بالنسبة تقسيمات العقود من حيث العوض والتبرع (أولا)، أم من حيث التحديد والغرر (ثانيا).

أولا- مجال نظرية الاستغلال: بين عقود المعاوضة والتبرع

لمعرفة مجال نظرية الاستغلال من حيث العوض، يجب الإجابة عن التساؤل التالي: هل تطبق نظرية الاستغلال على كل عقد؛ سواء كان معاوضة، أم تبرعا؟

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل نشير أن التشريعات المنظمة للاستغلال قد انقسمت إلى توجهين؛ أولها حسم المسألة بنص صريح؛ سواء بالإيجاب¹، أم النفي²، بينما سكت ثانيهما عن بيان هذه المسألة. فبالنسبة للتشريعات التي لم تحسم المسألة بنص صريح يفيد جواز تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع، يرى بعض الفقه أنه لا مجال لتطبيق نظرية الاستغلال في عقود التبرعات؛ نظرا لطبيعتها القائمة على انعدام العوض، فأحد الطرفين يأخذ دون أن يعطي، والآخر يعطي دون أن يأخذ شيئا، وبالتالي لا يمكن القول بتطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع، ما دامت نية التبرع موجودة؛ لأن المتبرع قد قبل بإعطاء شيء بدون مقابل³.

وفي السياق نفسه، يرى جانب آخر⁴ أن نصوص الاستغلال على النحو تجعل من الصعوبة الإقرار بسرمان نظرية الاستغلال على عقود التبرع؛ ذلك أن القول بهذا الرأي يؤدي إلى إبطال كل التبرعات لمجرد وقوع الاستغلال؛ نظرا لانعدام التبادل في عقود التبرعات، وبالتالي تحقق العنصر المادي بالضرورة المتمثل في عدم التعادل الفاحش في عقود التبرع.

إلا أن الرأي السابق -والقائل باقتصار العنصر المادي على عقود المعاوضات- مردود عليه؛ ذلك أن الاستغلال في عقود التبرع أشد وطأة من عقود المعاوضات، وإذا تم التسليم بتحقيق الاستغلال فيما يختل به التعادل، فإنه أكثر تحققا فيما لا تعادل فيه أصلا من باب أولى⁵. وصورة ذلك استغلال متعاقد

¹ - ينظر: المادة 125 من القانون المدني العراقي، والمادة 160 من القانون المدني الكويتي، والمادة 02/96 من القانون المدني البحريني، والمادة 02/128 من القانون المدني الفلسطيني.

² - ينظر: المادة 138 من القانون المدني الألماني، والمادة 21 من قانون الالتزامات السويسري.

³ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 158.

⁴ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 258.

⁵ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 201. محمود علي دريد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 166. عبد المحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 316. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 244.

ضعف المتعاقد الآخر، ودفعه إلى إبرام عقد ينعدم فيه المقابل أصلاً¹، بل إن التبرعات تمثل المجال الخصب لتطبيق نظرية الاستغلال، وذلك خلافاً للغبن الذي لا يمكن تصوّره إلا في عقود المعاوضات؛ نظراً لقيامه على عدم التناسب المادي بين ما يأخذه العاقد، وما يعطيه².

كما يستفاد تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع من خلال المادة 90 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن". ويفهم بمبدأ المخالفة لهذه المادة، عدم إمكانية توقي دعوى الإبطال في عقود التبرع، وبالتالي خضوع تلك العقود لنظرية الاستغلال. ولا شك أن تبني هذا الحل هو ما يتفق مع طبيعة نظرية الاستغلال؛ إذ العبرة فيها بالضعف النفسي للمغبون³. وتأكيداً لموقفهم يستدل أصحاب هذا الرأي أيضاً على سريان نظرية الاستغلال بما ورد في مشروع القانون المدني المصري⁴.

¹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 196.

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 387.

³ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 220.

⁴ ورد النص المتعلق بالاستغلال، والمتمثل في المادة 129 من القانون المدني المصري -والتي تقابلها المادة 90 من القانون المدني الجزائري- في المشروع التمهيدي في المادة 179 كما يلي: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يكون مفروضاً، تبعاً للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضي بناءً على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويسري هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي حصل من الطرف المغبون تبرعاً.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن". وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض التعديلات على المادة، وأصبح رقمها 133 في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب كما وردت في المشروع النهائي. أما لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، فقد تناقشت طويلاً في هذه المادة، وكانت تميل في بداية الأمر إلى حذفها، ثم اتجهت إلى تقييدها على النحو التالي: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات الطرف الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن". ويلاحظ حذف عبارة "ويسري هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً؛ لأنها من قبيل التزيد. نقلاً عن عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 391. الهامش رقم: 01.

وبناء على ذلك، فإن الرأي الراجح هو إمكانية وقوع الاستغلال في التبرعات، كما يقع في المعاوضات، بل قد يتجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة بإرادة منفردة، كالوصية لشخص استغل في الوصي طيشا أو هوى¹.

ثانيا- مجال نظرية الاستغلال: بين العقود المحددة والاحتمالية

نتساءل في هذا الصدد، هل تطبق على كافة العقود مهما كانت طبيعتها؛ سواء محددة، أم احتمالية؟ أم أنها تطبق على العقود المحددة فقط؟

يرى بعض الفقه عدم تطبيق نظرية الاستغلال على العقود الاحتمالية؛ نظرا لطبيعتها القائمة على احتمال الربح والخسارة²، كما أنه وإن كان من المسلم به اعتبار العقود الاحتمالية عقود معاوضة، إلا أن الشك الذي يثور، هو عن كيفية تحديد قيمة ومدى كل من الأداءين المتقابلين في العقد، مما قد يحول دون تطبيق نظرية الاستغلال على العقود الاحتمالية³. وخلافا لذلك، يرى غالبية الفقه إمكانية وقوع الاستغلال في العقود الاحتمالية؛ لأنه وإن كانت عقود المعاوضة المحددة المجال الخصب لتطبيق نظرية الاستغلال؛ نظرا لطبيعتها القائمة على الأخذ والعطاء، إلا أن هذا لا يمنع من وقوع الاستغلال أيضا في العقود الاحتمالية؛ إذ ورغم قيام هذه العقود على احتمال الربح والخسارة، إلا أنه بالمقابل وجب أن يكون هناك نوع من التعادل المعقول بين احتمال المكسب وقيمه من جهة، واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى⁴.

ومن بين الأمثلة التي ضربها الفقه لتوضيح قيام نظرية الاستغلال في العقود الاحتمالية، هو تأمين شخص على منزله من الحريق، وكان احتمال تعرض المنزل للحريق بعيدا، ولم يقدّر صاحب ذلك المنزل بالتأمين إلا استحابة لطلب الدائن المرتهن، واشترطت شركة التأمين على المؤمن له دفع أقساط سنوية عالية، ففي عقد التأمين هذا -وهو عقد احتمالي- يقوم الاستغلال⁵.

وفي ذات التوجه، يرى البعض⁶ أن سبب استبعاد بعض الفقه العقود الاحتمالية من مجال تطبيق نظرية الاستغلال يعود إلى تأثير أصحاب هذا الرأي بالفكرة السائدة لدى التشريعات التي لم تتبن نظرية

¹ - مندر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 153.

² - محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 106.

³ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 261.

⁴ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 118.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 395-396.

⁶ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 296.

عامة للاستغلال، فما يقولون به يتمشى مع السياسية التشريعية في تلك الدول التي لا تأخذ بالاستغلال كعيب مستقل للإرادة؛ وإنما تقتصر على الأخذ بالغبن المجرد في حالات معينة.

وبناء عليه، يرى أصحاب هذا الرأي أنه ينبغي التمييز بين احتمال الربح والخسارة من جهة، واستغلال ضعف المتعاقد الآخر من جهة أخرى¹.

والعبرة في تقدير الغبن الفاحش في العقود الاحتمالية لا يكون باختلال الأدعاءات بين الطرفين على غرار ما هو الأمر عليه في العقود المحددة، بل يكون باختلال التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة لدى كل من المتعاقدين عند إبرام العقد².

وقد نص قانون الموجبات والعقود اللبناني صراحة على سريان نظرية الاستغلال على العقود الاحتمالية، وذلك بالمادة 214 منه: "...ويمكن إلى الدرجة المعينة إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن".

كما أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مد تطبيق نظرية الاستغلال على العقود الاحتمالية³.

الفرع الثالث: جزاء الاستغلال

يتبين من خلال أحكام المادة 90 من القانون المدني الجزائري، بأن المشرع الجزائري -وغيره من التشريعات- قد رتب جزاءين على قيام الاستغلال، وهما الإبطال أو الإنقاص، كما مكن المدعى عليه في الوقت نفسه من توقي دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، مع ضرورة رفع الدعوى خلال سنة تحت طائلة عدم القبول.

وبناء على ذلك، فإننا سنبحث جزاء الاستغلال من خلال مسائل أربع، دعوى الإبطال (أولاً)، ثم دعوى الإنقاص (ثانياً)، وإلى حق المدعى عليه في توقي الإبطال (ثالثاً)، وأخيراً إلى آجال رفع دعوى الاستغلال (رابعاً).

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 220.

² - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 181.

³ - جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية ما يلي: "وتحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن، إذا اجتمع فيها معنى الإفراط، ومعنى استغلال حاجة المتعاقد، أو طيشه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه". يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء 02، ص. 191. نقلا عن: توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 272.

أولاً - دعوى الإبطال:

نظرا لاعتبار الاستغلال عيبا في الإرادة حسب المشرع الجزائري، وغالبية التشريعات، فقد رتب عليه الجزاء المعروف عند تعيب الإرادة، والمتمثل في قابلية العقد للإبطال. فالعقد المبرم إذن تحت تأثير الاستغلال يكون قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المغبون.

وقد سعى المشرع من خلال أحكام الاستغلال إلى حماية المصالح الشخصية للطرف المغبون، ومن ثم فإن الحق في المطالبة بإبطال العقد يقتصر على الطرف المغبون، دون الطرف الآخر الذي يبقى ملزما بالعقد، كما لا يجوز أيضا للقاضي الحكم بإبطال العقد من تلقاء نفسه. وهذا ما يستفاد من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد"¹.

إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا الشأن، هو مدى سلطة القاضي إزاء دعوى إبطال العقد للغبن الاستغلالي، فهل يجب عليه إجابة الطرف المغبون إلى إبطال العقد؟ أم يمكنه القضاء بغير ذلك؟ وقد أجاب غالبية الفقه²، وأجمع على أن للقاضي مطلق السلطة خلال النظر في دعوى الاستغلال، فإذا تبين له توافر شروط الاستغلال، فله أن يبطل العقد إذا رأى أن ذلك يعتبر جزاء مناسبا لتلك الحالة، أما إذا رأى القاضي بأن الاستغلال لم يبلغ مرتبة فساد الرضا، جاز له رفض طلب الإبطال، والاقتصار على تعديل العقد، عن طريق إنقاص التزامات الطرف المغبون.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 226-227.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 404. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 399-400. محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 187. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 68. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 119-120. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 201. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 141. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 476. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 175. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 182. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 67. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 317. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المصري، المرجع السابق، ص. 335-336.

والخيار بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات المغبون يسترشد فيه القاضي بملاسات كل قضية على حدة، فالمسألة إذن مسألة واقع، خاضعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا¹. وبالتالي فإن القاضي في هذه الحالة يعتمد على فكرة الملاءمة في أعمال الجزاء².

ويعلل الفقه هذا الحكم، بقولهم إن طلب الإبطال لا يعد مانعا من القضاء بالإنقاص؛ باعتباره أقل مما طلب المدعي، ومن يملك الأكثر يملك الأقل³. وفي السياق نفسه، يرى بعض الفقه أن سبب القول بهذا الحكم هو افتراض أن طلب الطرف المغبون إبطال العقد يفترض معه ضمنا تضمنه طلبه إنقاص الالتزامات في الوقت نفسه⁴.

إلا أن البعض الآخر من الفقه يرى أنه يحسن بالطرف المغبون أن يضمّن في طلباته إبطال العقد كطلب أساسي، والإنقاص كطلب احتياطي؛ من أجل تفادي رفع دعوى جديدة في حالة رفض القاضي دعوى الإبطال⁵.

ثانيا- دعوى الإنقاص:

رغبة من المشرع في تنويع الحماية القانونية الموجهة للطرف المغبون بموجب دعوى الاستغلال، فإنه لم يكتف بالجزاء الكلاسيكي المترتب عن تعيب الإرادة، والمتمثل في قابلية العقد للإبطال، بل منح إلى جانب ذلك حكما آخر انفرد به عيب الاستغلال عن باقي عيوب الإرادة الأخرى، متمثلا في إنقاص التزامات الطرف المغبون.

فإلى جانب الحق في إبطال العقد، فإنه يجوز للطرف المغبون الاقتصار في طلبه على تعديل العقد فقط، وذلك بإنقاص التزاماته، بدلا من إبطال العقد برمته⁶.

ويلجأ الطرف المغبون عادة إلى هذا الجزاء عندما يكون من مصلحته الإبقاء على العقد؛ ذلك أن إبطال العقد -وبما يترتب عنه من أثر رجعي- قد يحرمه من المنفعة التي قصدتها من وراء التعاقد⁷.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 404.

² - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 476.

³ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 193.

⁴ - يراجع: علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 227، الهامش رقم: 02.

⁵ - يراجع: عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 400. الهامش رقم: 01.

⁶ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 201.

⁷ - محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 187-188.

وتبدو أهمية هذا الجزاء -إنقاص الالتزام- في العقود التجارية؛ ذلك لأنه غالباً في مثل هذه العقود لا يكون لأي من المتعاقدين مصلحة في إبطال العقد، فيبقى الإنقاص أفضل خيار في هذه الحالة؛ لإزالة الغبن الفاحش¹.

ويرى غالبية الفقه أنه لا يشترط إنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يرفع الغبن كاملاً على الطرف المغبون، وإنما يكفي رفع الغبن الفاحش، دون الغبن اليسير، مما يعيد التزام الطرف المغبون إلى الحد المعقول؛ ذلك أن المطلوب هو رفع الغبن الفاحش، لا إزالة كل أثر للغبن².

وخلافاً للرأي السابق، يرى جانب من الفقه³ أن القول بذلك لا يجد ما يبرره في النصوص، بل الأولى حسبه، هو إعادة القاضي للتوازن الحقيقي بين أداءات الطرفين.

ويبدو لنا أن هذا الرأي مبالغ فيه؛ إذ يجب التفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير، فالغبن الفاحش فقط هو من يجب إزالته، وإعادة التوازن العقدي، أما الغبن اليسير، والذي جرى التسامح فيه، فلا يشترط إزالته. كما أن هذا الرأي يتنافى ورغبة المشرع من استحداث نظرية الاستغلال، والمتمثل في مكافحة الغبن الفاحش فقط، دون الغبن اليسير. وقد عبر عن ذلك المشرع صراحة في المادة 90 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين..."⁴.

وعلى خلاف الحالة السابقة، التي يجوز للقاضي فيها عدم القضاء بالإبطال، والاقتصار على إنقاص الالتزامات، فإنه لا يجوز له ذلك هنا؛ أي لا يجوز الحكم بإبطال العقد إذا اقتصر طلب الطرف المغبون على إنقاص الالتزامات؛ إذ يكون بذلك قد قضى بأكثر مما طلب منه⁴، إضافة إلى أن البطلان هنا نسبي، فلا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه⁵.

¹ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 340.

² - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 142. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 318. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 341.

³ - سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 68.

⁴ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 476. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 68.

⁵ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 120. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 318. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 341.

كما يرجع سبب هذا الحكم إلى كون أن الطرف المغبون هو أدرى بمصلحته، وله تقديرها، فإذا اقتصر على طلب الإنقاص، فقد رأى أن مصلحته في أعمال ذلك الجزاء. ويبقى القاضي مقيدا بطلب الإنقاص إذا طلبه الطرف المغبون، حتى ولو فضل الطرف الآخر إبطال العقد؛ ذلك لأنه ليس لهذا الأخير المطالبة بإبطال عقد استغل فيه هو الطرف المغبون، طبقا لقواعد البطلان النسبي المعروفة¹.

وبالتالي فلا يكون للقاضي على ضوء هذه الحالة إلا القضاء بإنقاص الالتزامات إذا توافرت شروط الاستغلال، أو رفض الدعوى إذا لم تتحقق شروطها².

ويرى البعض³ أن التعديل القضائي للعقد على هذا النحو، يؤدي من الناحية الفنية إلى انقضاء الالتزامات القديمة، وإنشاء التزامات جديدة، يكون مصدرها حكم القاضي، مما يجعلها التزامات قضائية وليست عقدية.

ولا يكون للقاضي أيضا على ضوء هذه الحالة الزيادة في التزامات الطرف الآخر المدعى عليه؛ باعتبار أن النص القانوني لا يجيز ذلك، وإنما تجوز الزيادة في التزامات المدعى عليه إذا أبدى رغبته في ذلك، عن طريق توقي الإبطال من خلال طلب مقابل، وذلك حتى لو طالب الطرف المغبون من القاضي الحكم بزيادة التزامات المدعى عليه⁴.

ويرجع سبب القول بهذا الحكم إلى وجود فرق كبير بين إنقاص التزامات الطرف المغبون من جهة، وزيادة التزامات الطرف الآخر من جهة أخرى، من حيث مصدر كل منهما، فبالنسبة للإنقاص فإن مصدره هو القانون، بخلاف الزيادة التي ترجع إلى إرادة المدعى عليه فقط، ومن ثم وجب اعتماد تفسير ضيق للنص⁵.

وفي هذا الصدد، يرى البعض⁶ أنه يؤخذ على المشرع الجزائري إغفاله في تعديل 2005 النص على سلطة القاضي في زيادة التزام المدعى عليه؛ سواء كان ذلك من تلقاء نفسه، أم بطلب الطرف المغبون؛ ذلك أن القاضي قد يؤثر في بعض الحالات زيادة التزامات الغابن، بدلا من الإبطال أو الإنقاص.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 406. الهامش رقم: 01.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 228.

³ - سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 68.

⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 202.

⁵ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 228.

⁶ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 478.

وخلافا لتلك التشريعات، فقد وسع البعض الآخر من سلطة القاضي خلال النظر في دعوى الاستغلال؛ إذ يكون له على ضوء هذه التشريعات حتى الزيادة في التزام الدائن، وذلك في عقود المعاوضة¹.

وتجدر الإشارة إلى أن الجزاءين سالفَي الذكر لم يكونا محل اتفاق تشريعي؛ فمن التشريعات من فرقت بين عقود المعاوضة وعقود التبرع في هذا الصدد، فجعلت الجزاء في عقود المعاوضة هو تعديل العقد، بينما الجزاء في عقود التبرع هو قابليته للنقض، وهذا هو موقف القانون المدني العراقي في المادة 125 منه. ويرى الفقه العراقي² أن الاختصار على تعديل العقد عن طريق رفع الغبن في عقود المعاوضة يعتبر حكما عادلا، وأفضل من الحل الذي تبنته معظم التشريعات، والمتمثل في إبطال العقد. ويكفي لتبرير هذا الرأي أخذ حالة الحاجة مثالا؛ إذ إن إبطال العقد في هذه الحالة لا يعتبر جزاء مناسبا، ما دامت حالة الحاجة قائمة، كما أن النص على هذا الحكم يطلق يد قاضي الموضوع بتعديل العقد على النحو الذي يراه مناسبا؛ سواء بإنقاص التزامات الطرف المغبون، أم بزيادة التزامات المدعى عليه.

بينما اكتفت بعض التشريعات بالإبطال فقط كجزاء على قيام الاستغلال³. أما بالنسبة للمشرع الألماني، فقد جعل من البطلان المطلق جزاء على قيام الاستغلال؛ نظرا لأنه مخالف للآداب العامة⁴.

ويرجع سبب تقرير هذا الجزاء من قبل المشرع الألماني إلى نظريته إلى مركز المستفيد بصفة رئيسية؛ فهو لا ينظر إلى إرادة الطرف المغبون التي تعيبت عند التعاقد، وإلا لكان اعتبر الاستغلال عيبا في الإرادة، ونص بالتالي على قابلية العقد للإبطال. إلا أن القانون الألماني قد نظر إلى سلوك الطرف الغابن، الذي استغل ضعف المتعاقد معه، فبهذا التصور لا ينطوي الأمر على عيب في الإرادة؛ بل على عمل مخالف للآداب صدر من الطرف الذي حصل على حقوق لا تقابلها التزامات، فأدى ذلك إلى وقوع غبن فاحش في العقد⁵.

¹ - ينظر المواد: 159 من القانون المدني الكويتي، والمادة 96 من القانون المدني البحريني، والمادة 140 من القانون المدني القطري.

² - حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 100.

³ - ينظر: المادة 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

⁴ - ينظر: المادة 138 من القانون المدني الألماني.

⁵ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 203.

إلا أن هذا الجزاء المقرر للاستغلال في القانون الألماني لم يسلم من الانتقادات الفقهية؛ ذلك أن القول بهذا الجزاء هو بقايا المصدر الجنائي لنظرية الاستغلال رغم نقلها إلى نطاق القانون المدني، كما أن إعماله لا يحقق الهدف المبتغى من وراء تقرير النظرية؛ وهو حماية الطرف المغبون¹.

ثالثا- توقي دعوى الإبطال:

تنص المادة 03/90 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

ويتبين من خلال هذه الفقرة، أنه يجوز للمدعى عليه إذا كان التصرف المطعون فيه بالاستغلال عقد معاوضة، أن يتوقى طلب إبطال العقد من خلال عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، مما يؤدي إلى جعل الالتزامات متعادلة تقريبا؛ إذ لا يشترط التعادل التام بين الالتزامات². فإذا كان العقد بيعا مثلا، وطالب البائع المغبون بإبطاله، كان للمشتري عرض زيادة معينة في الثمن تؤدي إلى رفع الغبن عن البائع³. على أن هذا الخيار للمدعى عليه لا يثبت إلا في عقود المعاوضة فقط، دون عقود التبرعات⁴؛ نظرا لطبيعة تلك العقود القائمة على انعدام العوض أصلا. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 03/90 من القانون المدني الجزائري.

كما يشترط في استعمال هذا الخيار عدم صدور الحكم بالإبطال، فإذا صدر الحكم بإبطال العقد، فلا يكون للقاضي حينئذ إجابة المدعى عليه إلى طلب توقي الإبطال⁵.

وخلافا لذلك، يرى البعض⁶ إمكانية استعمال الطرف المغبون خيار توقي دعوى الإبطال حتى بعد صدور حكم القاضي بإبطال العقد؛ ذلك أن غرض المشرع من النص على هذا الحكم هو رغبته في الحفاظ على استقرار المعاملات، كما أنه من الناحية المنطقية، فإنه لا يمكن الطلب من الطرف المغبون عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن في الوقت الذي يسعى فيه إلى دفع دعوى الاستغلال من الأساس.

¹ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 204.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 69.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 405. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 201. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 120.

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 399.

⁵ - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 183.

⁶ - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 344.

ورغم أن النص قد تكلم عن توقي دعوى الإبطال، إلا أن الفقه يرى إمكانية تطبيقه في حالة طلب الطرف المغبون إنقاص الالتزامات فقط من باب أولى؛ باعتبار أن الإنقاص أقل خطورة من الإبطال¹.

رابعاً- آجال دعوى الاستغلال:

تنص المادة 02/90 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

ويظهر من خلال هذه الفقرة، أن المشرع قد أعطى الطرف المغبون مدة سنة من يوم إبرام العقد؛ من أجل رفع دعوى الاستغلال؛ سواء تمثل طلبه في إبطال العقد، أم في إنقاص التزاماته، وذلك تحت طائلة عدم قبول دعواه.

ويلاحظ من خلال ذلك، اختلاف حكم الاستغلال عن باقي عيوب الإرادة (الغلط، التدليس، الإكراه) من حيث آجال رفع الدعوى، وذلك من حيث المدة؛ إذ تقدر في دعوى الاستغلال بسنة، تحسب من يوم إبرام العقد، بخلاف باقي عيوب الإرادة، والتي تتقادم دعواها بخمس سنوات من يوم اكتشاف العيب أو زواله، أو بعشر سنوات من يوم إبرام العقد²؛ تطبيقاً لمبدأ أقصر الأجلين، كما يتميز الأجل في دعوى الاستغلال بكونه ميعاد سقوط، لا ميعاد تقادم، فلا يرد عليه الوقف والانقطاع تبعاً لذلك³.

ويعلل الفقه الطابع الخاص لأجل سقوط دعوى الاستغلال، بقوله إن تمييز المشرع بين دعوى الاستغلال وباقي دعاوى عيوب الإرادة من حيث الأجل، كان الغرض منه هو حسم النزاع بشأن العقود المبرمة تحت عيب الاستغلال، وعدم بقاء مصير العقد معلقاً لمدة طويلة في دعوى يتسع فيها مجال الادعاء، وفي هذا حماية للطرف الآخر، فضلاً عن استقرار المعاملات. ويرجع سبب ذلك إلى كون الطعن في عيوب

¹ - محمد ليب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.190. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.182.

² - ينظر: المادة 101 من القانون المدني الجزائري.

³ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.ص.479-480. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.142. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.318. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.203. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.177. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.68. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص.352.

الإرادة الأخرى بعد مرور سنة من التعاقد، وتولي القاضي تقديرها يعتبر أمراً ميسوراً نسبياً، إذا ما قورن بحالة الاستغلال، والذي يتعذر الكشف عن وجوده بعد فوات مدة قصيرة¹.

إلا أن هذا الموقف التشريعي لم يسلم من الانتقادات الفقهية، التي طالت هذا الحكم، مؤكدة قصوره من خلال عدة نقاط، وهي:

- أن الأخذ بحرفية نص المادة 02/129، والتي تقابلها المادة 02/90 يترتب عليه عيباً تشريعياً واضحاً؛ باعتبار أن أكثر الحالات العملية التي يقوم فيها الاستغلال، وعلى الأخص حالة الهوى الجامح، يغلب استمرار الضعف النفسي فيها إلى ما بعد السنة المقررة كأجل لسقوط الدعوى. وبناء عليه، فإن نص المادة على ذلك النحو يؤدي إلى جعل الحماية من الاستغلال حماية صورية، لا وجود لها على أرض الواقع، وكأن التشريعات قد سلبت بذلك للطرف المغبون باليسار ما كانت قد أعطته إياه باليمين. ويضرب الفقه في هذا الصدد مثالا لأكثر حالات الاستغلال شيوعاً في المحاكم؛ وهو قيام زوجة باستغلال هوى زوجها الجامح نحوها، ودفعه إلى التبرع إليها، وإلى أولاده منها بماله، وامتد به العمر إلى ما يتجاوز السنة، ولا يزال خاضعاً للهوى الجامح، الذي كان دافعاً إلى إبرامه تلك العقود، ثم مات بعد ذلك، وأراد أولاده من زوجة أخرى من بعده الطعن في ذلك التصرف بدعوى الاستغلال، فلا شك أن التمسك بحرفية المادة سألقة الذكر يؤدي إلى عدم قبول الدعوى، وبالتالي بقاء العقد قائماً².

- كما يرى أصحاب هذا الرأي أنه وإن كان يمكن قبول حجة الرأي المساند لموقف المشرع، والمتمثلة في الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود المبرمة تحت عيب الاستغلال، فإن جعل بدء سريان المدة من يوم إبرام العقد خلافاً لباقي عيوب الإرادة لا يوجد ما يبرره، بل إن ذلك من شأنه عدم الحماية القانونية الموجهة للطرف المغبون، التي سعى المشرع إلى تحقيقها من خلال تبني عيب الاستغلال³.

- كما يرى أصحاب هذا التوجه بأن تبني ذلك الحكم من شأنه ترجيح استقرار المعاملات على حساب الطرف المغبون، وإلا كيف يتمكن المغبون من اكتشاف ضعفه النفسي خلال ذلك الأجل القصير، والطعن في العقد؟ ولا شك أنه لا يوجد ما يبرر ذلك الحكم؛ باعتبار أن حالة الاستغلال لا تختلف عن باقي

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.404. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص.352-353.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.401.

³ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.202. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص.188-189.

العيوب الأخرى، فإذا كانت أحكام تلك العيوب لا تنال من استقرار المعاملات، فلا يمكن القول بمساس عيب الاستغلال باستقرار المعاملات قياساً على ذلك. وبناء عليه، كان يجب على المشرع توحيد الأحكام بين الاستغلال وباقي عيوب الإرادة في هذا المجال¹.

وبناء على ما تقدم، يرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي أنه لا سبيل لتجنب ذلك القصور التشريعي إلا عن طريق تفسير نص المادة 02/129 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 02/190 من القانون المدني الجزائري، وذلك بافتراض أن مقصد المشرع من وراء النص على هذا الأجل القصير، هو بدء سريان المدة ابتداء من تاريخ إبرام العقد، في الحالة التي يكون فيها أثر الاستغلال قد زال بإبرام العقد، كما إذا استغل شخص الطيش البين لشخص آخر في نهايته، وحمله على البيع بثمن بخس، أو استغل ريان سفينة الهوى الجامح لدى ريان سفينة أخرى نحو الحياة له، ولحمولة سفينته، ودفعه إلى إبرام عقد إنقاذ بثمن باهظ. أما إذا لم ينقض أثر الاستغلال مباشرة بعد إبرام العقد، فلا تسري مدة السنة إلا بانقطاعه، مع الملاحظة أن الدعوى تسقط على أية حال بمرور خمس عشرة سنة من يوم التعاقد، حسب القواعد العامة².

ويبدو لنا أن القول بهذا الرأي بجانب للصواب، ومخالف لإرادة المشرع الصريحة في هذا المجال؛ إذ لو انصرفت نيته إلى ما قال به صاحب هذا الرأي، لنص على ذلك صراحة، على غرار ما فعله في باقي دعاوى عيوب الإرادة، لذلك فإن القول بهذا الرأي هو تحميل للنص أكثر مما يحتمل. وبالتالي فإنه لا مناص من تجاوز هذا القصور إلا عن طريق تعديل المشرع للنص، والمساواة بين أحكام دعوى الاستغلال وباقي عيوب الإرادة في هذا الصدد.

وتجدر الإشارة إلى نص بعض التشريعات صراحة على هذا الحكم، ومنها القانون المدني الكويتي في المادة 161، والتي جاء فيها: "تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العقد. على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشرة سنة من إبرام العقد".

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 226.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 401-402.

كما تقضي في السياق نفسه المادة 97 من القانون المدني البحريني بما يلي: "لا تسمع دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العقد.

على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامع أو السطوة الأدبية فإن سريان مدة السنة لا تبدأ إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة، على أن لا تسمع دعوى الاستغلال بعلى أية حال بفوات خمس عشرة سنة من يوم إبرام العقد".

أما بالنسبة للقانون المدني القطري، فقد نص في المادة 142 منه على ما يلي: "تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العقد.

على أنه إذا كان العيب الذي نشأ عنه الاستغلال مستمرا، فإن مدة السنة لا تبدأ إلا من تاريخ زوال هذا العيب. وتسقط الدعوى في أية حال بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد".

ونلاحظ أن المشرع القطري لم يكتف بحالتي الهوى أو السطوة فقط عند النص على استثناء سريان أجل الدعوى، على غرار ما فعلت التشريعات السابقة، بل جعل النص عاما يطبق على كل حالات الضعف النفسي. ولا شك أن توسعه هذا يعتبر أمرا محمودا؛ ذلك أن هناك حالات أخرى للضعف النفسي قد لا تنقضي بعد فوات مدة السنة، على غرار: الطيش، والحاجة، وعدم الخبرة.

المطلب الثاني: مواجهة فكرة الغبن في الفقه الإسلامي

بعد أن بينا مختلف أحكام نظرية الاستغلال في القانون الوضعي، فإننا سنتطرق في هذا المطلب إلى بعض النظريات في الفقه الإسلامي، والتي تتصل بنظرية الاستغلال في القانون الوضعي، وذلك أجل من إجراء المقارنة بينهما، وبيان مدى حماية الطرف المستغل في ضوء أحكام الفقه الإسلامي. ولعل أبرز هذه النظريات التي يمكن التعويل عليها لضمان حماية الطرف المغبون، نجد فكرة الغبن الفاحش (الفرع الأول)، وكذا حظر بعض الممارسات حماية للضعف النفسي للمتعاقد المغبون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام الغبن الفاحش في الفقه الإسلامي

تعد فكرة الغبن الفاحش في الفقه الإسلامي أكثر النظريات اتصالا بفكرة الاستغلال في القانون الوضعي. ويظهر هذا الاتصال من ناحيتين؛ أولهما: اتفاقهما في الهدف من إقرارهما المتمثل في مكافحة الغبن الفادح غير المألوف في العقد، وهذا من الناحية المادية، أما ثانيتهما: فيكمن في الجانب النفسي والمتمثل في اشتراطهما اتصال ذلك الغبن الفاحش بضعف نفسي (على خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذا الشرط).

وتبعاً لذلك، فإننا سنحاول المقارنة بين فكرة الغبن الفاحش في الفقه الإسلامي ونظرية الاستغلال من خلال التطرق إلى معيار تقدير الغبن الفاحش (أولاً)، ثم بيان حكم ثبوته في العقد (ثانياً).

أولاً- معيار تقدير الغبن الفاحش:

قبل التطرق إلى معايير تقدير الغبن الفاحش، يجب الإشارة إلى أن الغبن؛ إما أن يكون يسيراً، أو فاحشاً، فإذا كان يسيراً فلا يؤثر في صحة العقد؛ إذ لا تخلو المعاملات المالية منه غالباً؛ ولأن اليسير يتسامح فيه عادة¹.

أما بالنسبة للغبن الفاحش، فهو مناط الدراسة، وقد اختلف فقهاء الشريعة في تقديرهم له على أربعة أقوال نبينها تباعاً:

1- يرى فقهاء المذهب الحنفي² أن التفرقة بين الغبن اليسر والغبن الفاحش تكون من خلال الرجوع إلى تقويم المقومين أو الخبراء بشؤون المعاملات المالية، فيعتبر الغبن يسيراً إذا ما دخل تحت تقويم المقومين، أما إذا لم يكن داخلاً في تقويم المقومين، فيعتبر فاحشاً.

ويقصد بتقويم المقومين في هذا الاتجاه، هو إسناد تقدير القيمة لأهل الخبرة، فلو بيعت سلعة معينة بألف دينار مثلاً، وقومها بعض أهل الخبرة بألف، والبعض الآخر بمائة، والبعض الآخر بتسعمائة، كان الغبن يسيراً، أما إذا تم تقويمها من طرفهم جميعاً بما دون الألف كان في البيع غبناً فاحشاً للمشتري، أو بأزيد من الألف كان في البيع غبناً فاحشاً للبائع³.

ودليلهم على ذلك، أن القيمة تعرف بالحرز والظن بعد الاجتهاد، فما كان داخلاً في تقويم المقومين فهو يسير لا يمكن الاحتراز منه، أما ما كان خارجاً عن تقويمهم فلا يتسامح فيه؛ لفحشه، ولإمكان الاحتراز منه؛ لأنه لا يقع في مثله عادة إلا بتعمد من الغابن⁴.

¹ - ديبان بن محمد الدنبيان، المعاملات المالية أصالة معاصرة، المرجع السابق، المجلد السابع، ص.19.

² - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.363. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص.126.

³ - أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، 2013، ص.106. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.462.

⁴ - علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثالث، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، 2003، ص.589.

وقد أخذت بعض التشريعات العربية بهذا الحل صراحة في نصوصها، وجعلت تقويم المقومين هو الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش¹.

2- يرى المالكية في رواية²، والحنابلة في قول عندهم³ أن الغبن الفاحش هو ما كان بمقدار الثلث فأكثر. وقد استند هذا الاتجاه في موقفه على القياس على حالة الوصية التي لم يجزها الشرع إلا في ضوء الثلث؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "فالثلث، والثلث كثير"⁴.

3- ذهب المالكية في رواية أخرى⁵ إلى القول إن الغبن الفاحش هو ما زاد عن الثلث؛ إذ يرون أنه يجوز الوصية بالثلث، ومنع الشارع من الزيادة فيها، فإن ذلك يجعل الثلث حداً بين الجائز والممنوع.

4- يرى المالكية في رواية ثالثة⁶، والحنابلة في رواية أخرى⁷ أن الغبن الفاحش هو ما خرج عن المعتاد. فحسب هذا الاتجاه، فإن الغبن يكون في حالة بيع الشخص لسلعته بما لا يتغابن به الناس في العادة، أما إذا باعها بما جرت به العادة، فلا يعتبر غبناً. وعمدة أصحاب هذا الرأي في قولهم هذا هو القاعدة القائلة: "إن كل ما لم يأت تقديره من الشرع، فالمرجع فيه إلى العرف والعادة"⁸.

¹ - أخذ بهذا الحل القانون المدني الأردني في مادته 146، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة 188 منه، وقانون المعاملات المدنية السوداني في مادته 01/74؛ حيث نصوا على ما يلي: "الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين". كما تقضي المادة 106 من قانون المعاملات المدنية العماني بما يلي: "الغبن إما يسير وإما فاحش، فاليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش هو ما لا يدخل تحته".

² - حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 140. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 177. عليش، منح الجليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 218.

³ - ابن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ص. 897. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 806. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 394.

⁴ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، رقم الحديث: 2742، ص. 677. ورواه مسلم في الصحيح، كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، رقم الحديث: 1628، ص. 714.

⁵ - عليش، منح الجليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 218. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 23. حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 140.

⁶ - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 23. الخرشى، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 152. عليش، منح الجليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 218. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 176. حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 140.

⁷ - البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 118. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 806. ابن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ص. 897. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 394.

⁸ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 806. البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 41.

ويظهر لنا أن المعيار الذي أتى به فقهاء الحنفية، والذي يرجع تقدير الغبن إلى تقويم المقومين هو الأولى بالاتباع؛ باعتباره معياراً مرناً يمكن تطبيقه بسهولة؛ إذ يكفي للتحقق من مدى فحش الغبن إرجاعه إلى تقدير الخبراء، والذين هم أعلم الناس بمجال المعاملات المالية. كما أن إعماله من شأنه أن يضمن تحقيق العدالة بين طرفي العقد؛ ذلك أنه وبإسناد الأمر للخبراء نكون قد تجنبنا مشكلة تغير القيمة ما بين انعقاد العقد، والطعن فيه، ولا شك أن إناطة المهمة للمقومين يكفل الوصول إلى الحل العادل والمنطقي، وهذا ما قد لا يتحقق بإرجاع الأمر للضوابط أو المعايير الأخرى القائل بما بقية الاتجاهات، فتقدير الثلث وإن كان يصلح في بعض العقود، فإنه قد لا يعد كذلك في بعضها الآخر، والتي قد يمثل فيها أقل من الثلث غبناً ضاراً بأحد الطرفين؛ نظراً لقيمة الشيء المرتفعة. وبناءً عليه، نرى منطقية ما ذهب إليه الاتجاه القائل بتقدير المقومين كمعيار للتمييز بين الغبن اليسير والغبن الفاحش.

ثانياً- أثر الغبن الفاحش على العقد:

بشأن تحقق الغبن الفاحش في العقد، فإنه يترتب عن ذلك جزاء معيناً. وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الجزاء الواجب إقراره كأثر لثبوت الغبن الفاحش في العقد، وانقسموا بذلك إلى خمسة آراء، وسنعرض لمضمون كل رأي على حدة:

1- الغبن الفاحش موجب للخيار إذا كان المغبون غير عالم به: يرى بعض فقهاء الحنفية¹، والمالكية²، والظاهرية³، ثبوت الخيار للمغبون مطلقاً إذا لم يكن المغبون عالماً بالغبن. وقد استندوا في ذلك على الحجج التالية:

أ- قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ"⁴.

ووجه الاستدلال من هذه الآية أن التراضي هو مناط العقود، ولا يتحقق إلا إذا كان المعقود عليه معلوم القدر. ولا شك أن الجهل بالغبن يؤدي إلى انعدام التراضي⁵.

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 126. ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 364.

² - ابن حزم، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 177.

³ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1463، ص. 1252.

⁴ - سورة النساء، الآية 29.

⁵ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1463، ص. 1252.

ب- قوله تعالى: "يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ"¹.

ويستفاد من هذه الآية تحريم الله عز وجل للخداع في العقود، ولا شك أن بيع الشخص السلعة بأكثر من ثمنها لمن هو جاهل بقيمتها الحقيقية يعتبر خديعة للمشتري، وأن بيع الشخص سلعته بأقل من قيمتها، وهو جاهل بقيمتها الحقيقية يعتبر خديعة للبائع².

ج- كما يرون أن الغبن الفاحش هو ظلم، ومن باب دفع الظلم إعطاء الخيار للمغبون بين إمضاء العقد أو فسخه³.

2- لا خيار للمغبون إذا لم يقتزن الغبن بتغيير: ذهب إلى هذا الرأي بعض الحنفية⁴، والمالكية⁵، والشافعية⁶؛ حيث يرون التمييز بين الغبن المقتزن بتغيير، والغبن غير المقتزن بتغيير، فإن كان مقتزنا بتغيير، فإنه يثبت للمغبون خيار الرد، أما إذا لم يقتزن بتغيير، فلا يثبت له الخيار.

ويرجع سبب تمييز هذا الاتجاه بين الغبن المقتزن بالتغيير وغيره، إلى أن إعطاء الخيار للمغبون في هذه الحالة هو جزاء للطرف الآخر على سوء نيته⁷، كما أن المغبون معذور في هذه الحالة؛ لأن رضاه جاء معيلاً نتيجة ذلك التغيير الواقع من الطرف الآخر⁸.

وقد جنحت مجلة الأحكام العدلية إلى هذا الرأي، وذلك بموجب المادة 356 منها بقولها: "إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغيير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع".

وهو ذات التوجه الذي أخذت به بعض التشريعات العربية، أين اشترطت اقتزان الغبن بالتغيير من أجل ثبوت الحق في إعادة النظر في العقد⁹.

¹ - سورة البقرة، الآية 09.

² - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، المسألة رقم: 1463، ص. 1252.

³ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 358.

⁴ - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 125. ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 364.

⁵ - الخرشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 152. عليش، منح الجليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 218.

⁶ - النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 472.

⁷ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 358.

⁸ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 464-465.

⁹ - من ذلك ما جاء في القانون المدني العراقي؛ حيث نص في المادة 124 منه على ما يلي: "مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغيير". كما نصت في السياق نفسه المادة 145 من القانون المدني الأردني، والمادة 73 من قانون المعاملات المدنية السوداني، على ما يلي: "إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن الغبن تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد". وكذا المادة 187 من قانون المعاملات

وتجدر الإشارة، إلى أن الغبن الفاحش حسب هذا الاتجاه وإن كان يغتفر في حالة عدم اقتترانه بتغير، إلا أن هناك حالات استثنائية لا يغتفر فيها الغبن ولو لم يصاحبه تغير، بل ولو لم يكن فاحشا، وهي: الغبن في مال اليتيم، ومال الوقف، ومال بيت المال¹.

وقد تبنت بعض العربية التشريعات هذا الحل في قوانينها، وجعلت الأصل هو لزوم العقد المقترن بغبن يسير إلا في أحوال استثنائية².

3- لا خيار للمغبون إلا في صورتين؛ بيع الاستئمان³، وبيع الاسترسال: يرى المالكية في قول آخر عندهم⁴ أن حق الرد للمغبون لا يثبت إلا في نوعين من البيوع؛ وهما بيع الاستئمان، وبيع الاسترسال.

4- لا خيار للمغبون إلا في ثلاث صور من البيع، وهي: تلقي الركبان⁵، وبيع النجش⁶، وبيع المسترسل⁷: ذهب إلى هذا الرأي فقهاء الحنابلة⁸؛ حيث قالوا بلزوم البيع المقترن بغبن إلا في تلك الصور الثلاث.

المدنية الإماراتي التي تقضي بما يلي: "إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش جاز لمن غرر به فسخ العقد". وفي ذات التوجه نصت المادة 107 من قانون المعاملات المدنية العماني على ما يلي: "لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش المجرد بلا تغير إلا في...". وكذلك نص الفصل 55 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والذي تقابله المادة 75 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني على ما يلي: "الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر". وأخيرا ما جاء في نص الفصل 60 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: "الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغير المتعاقد الآخر".

¹ - أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص.106.

² - ينظر: المادة 147 من القانون المدني الأردني، والمادة 189 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 02/74 من قانون المعاملات المدنية السوداني.

³ - يقصد ببيع الاستئمان هو أن يقول المشتري للبائع يعني كما تباع للناس؛ فإني لا أعلم القيمة، أو أن يقول البائع للمشتري: اشتري مني كما تشتري من الناس، أو أن يستأمن أحدهما الآخر، بأن يقول له: ما قيمته لأشتري بها، أو لأبيع بها، فيقول له قيمته، والحال أنه خلاف ذلك. يراجع: حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.140.

⁴ - عليش، منح الجليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.218. الخرش، شرح مختصر خليل، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص.152. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص.177.

⁵ - يراجع المقصود بتلقي الركبان، ومختلف أحكامه: الفرع الثاني من هذا المطلب.

⁶ - يقصد ببيع النجش هو أن يزيد الشخص في ثمن سلعة البائع، دون نية منه لشراؤها، بل يكون هدفه من وراء ذلك نفع البائع فقط. يراجع: ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 21، ص.76. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.18.

⁷ - يقصد ببيع المسترسل لدى الحنابلة هو الجاهل بقيمة السلعة، وعدم الخبرة في البيوع، أو هو الجاهل بقيمة المبيع؛ سواء كان بائعا، أم مشترى. يراجع: المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.397.

⁸ - المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.394. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.806.

وقد استدلل أصحاب الرأيين الآخرين على لزوم العقد المقترن بغبن كمبدأ عام بأصلين؛ أولهما: أن المبدأ في العقود هو اللزوم، فلو جاز الطعن في العقد بدعوى الغبن، لأدى ذلك إلى تغيير مقاصد الشرع، أما ثانيهما: فإن الطرف المغبون؛ إما أن يكون عالما بالغبن، أم غير عالم، فإذا كان عالما فيعتبر إقدامه على العقد مع علمه نزولا عن حقه في الرد، أما إذا كان غير عالم فيعتبر مقصرا من جهته؛ لعدم استشارة أهل الخبرة، فعليه تحمل تبعة تقصيره، وذلك ببقاء العقد لازما¹.

وبعد عرض الآراء المتعلقة بمدى مشروعية خيار الغبن في الفقه الإسلامي يتبين لنا أن سبب قول المانعين لخيار الغبن هو عدم ورود نص خاص يعطي الخيار للمغبون بين إمضاء العقد أو فسخه، بل على النقيض من ذلك، فقد وردت نصوصا خاصة تعالج حالات معينة، فوجب البقاء في دائرة الاستثناء، وعدم صياغة قاعدة عامة في الغبن.

إلا أن الرأي القائل بثبوت الخيار للمغبون من غير اشتراط اقترانه بتغيير أو غيره هو الأولى بالترجيح؛ ذلك أن المعيار في تقدير الغبن الفاحش ليس في كونه مقترنا بتغيير أم لا؛ لأن ذلك يخرجنا من دائرة الغبن إلى دائرة التغيير، والتغيير سبب قائم بذاته، لذلك فإن المعيار في تقدير الغبن الفاحش يكمن في تحققه من عدمه، فإذا ثبت تحققه كان الطرف المغبون مخيرا بين إمضاء العقد أو فسخه، بغض النظر عن اقترانه بالتغيير من عدمه².

كما أن مبدأ العدالة العقدية الذي تقوم عليه قواعد المعاملات المالية يعضد هذا القول؛ إذ من باب العدالة العقدية عدم وقوع أي من المتعاقدين تحت طائلة الاستغلال من الطرف الآخر، وبما أنه قد ثبت الخيار في بعض البيوع، كتلقي الركبان، وزيادة النجش، فإن الغاية هو عدم استغلال أحد الطرفين للآخر، فكان الغبن في غير تلك الأحوال مقيسا عليها³.

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 464. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 175-176. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص. 358.

² - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 179.

³ - دبيان بن محمد الدبنيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 129-130.

الفرع الثاني: مواجهة الغبن الفاحش من خلال حظر بعض الممارسات: حماية الضعف النفسي للمتعاقد

لم تكتف الشريعة الإسلامية بمواجهة الغبن عن طريق تنظيم مختلف أحكامه، بل إن مقاومة الغبن يقتضي أيضا النهي عن بعض البيوع، والتي قد تؤدي إلى قيام حالة الغبن، فوجب تبعا لذلك حظرها؛ نظرا لما لها، أو باعتبار أنها قد تؤدي إلى إلحاق الضرر بعامة الناس، وإرهاق كاهلهم بأداءات قد لا تلقى قبولا لو كانوا في وضعية عادية.

وبناء على ذلك فإننا سنتطرق في هذا الفرع إلى حظر بعض البيوع في الفقه الإسلامي، والتي من شأنها حماية الضعف النفسي للمتعاقد. ومن بين هذه البيوع نجد بيع تلقي الركبان (أولا)، وبيع الحاضر لباد (ثانيا)، وتبعا لذلك فقد عالجنا كل نوع من هذه البيوع منفردا، مع بيان شروطه، وحكمه الشرعي، وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مختلف أحكامه.

أولا- حظر بيع تلقي الركبان وعلاقته بمواجهة الغبن:

نعالج هنا النوع الأول من البيوع المحظورة، والتي قد تتصل بموضوع مكافحة الغبن الفاحش، ويتعلق الأمر ببيع الركبان، وذلك لا يتأتى إلا بتبيان المقصود بهذا البيع، مع التطرق إلى مختلف أحكامه، وما ذكر فيها من إجماع أو خلاف؛ ليتسنى لنا بعد ذلك بيان العلاقة بين النهي عن هذا النوع من البيع، ومكافحة الغبن الفاحش، أو بمعنى آخر مدى العلاقة بين حظر تلقي الركبان، ومكافحة الغبن الفاحش.

1- تعريف تلقي الركبان:

يقصد بالتلقي الخروج من البلد التي يتم فيها جلب القوت ونحوه، أما الركبان فيقصد بها جمع راكب، وقد جرى التعبير على الغالب؛ أي أن المراد بالركبان هو القادم بسلعة، سواء كانوا ركباناً، أم مشاة، جماعة، أم فرداً¹.

ويعرف بيع تلقي الركبان على أنه: "هو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من متاع ليغبنهم"، أو هو: "تلقي السلعة على ميل، وقيل على فرسخين، وقيل على مسيرة يوم فأكثر، قبل أن يصل إلى الأسواق"².

¹ - ديان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص.13.

² - عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.376.

ونستنتج من خلال ما سبق أن تلقي الركبان هو: "قيام شخص يعلم مسبقا بموعد قدوم بضاعة إلى السوق بتلقي أصحاب البضاعة قبل دخولهم إلى السوق، ويشترى منهم كافة البضاعة، ثم يقوم هو بالدخول بها إلى السوق، وبيعها أنى شاء".

2- صور تلقي الركبان:

لتلقي الركبان صورتان وهما¹:

– **الصورة الأولى:** قيام التجار بتلقي جلاب السلع من أجل الشراء منهم، وبيعها لأهل البلد بزيادة، أو هو تلقي المصري للسلعة، وشرائها جميعا، ثم يدخلها للمصر بعد ذلك؛ لبيعها كما أراد.

– **الصورة الثانية:** قيام التجار بالشراء من الجلاب بثمان أقل من السعر الحقيقي، وهم لا يعلمون بالسعر الحقيقي.

ولا شك أن ذلك يؤدي إلى ارتفاع ثمن السلعة، مما يؤدي إلى تضرر المستهلك، وذلك بسبب انفراد المتلقي بالسلعة دون غيره من التجار، فتتعدم المنافسة، أو تقل على الأقل، إذا تم حصر السلعة بين عدد معين فقط من التجار، والذين يقومون بحبس السلع عن العامة، ثم يقومون بفرض الثمن الذين يريدونه، دون أدنى مراعاة لمصلحة المستهلكين. ويعظم خطر تلقي الركبان في أوقات الأزمات والقحط².

3- حكم تلقي الركبان في الشريعة الإسلامية: بين التحريم والكراهية:

لقد كان حكم هذا البيع محل اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وأدى ذلك إلى ظهور اتجاهين فقهيين؛ اتجاه يرى بتحريم تلقي الركبان، وآخر يرى بكراهية تلقي الركبان كراهية تحريم. وسنعرض لموقف كل اتجاه على حدة.

أ- الاتجاه القائل بتحريم تلقي الركبان:

يرى جمهور الفقهاء من مالكية، وشافعية، وحنابلة، تحريم تلقي الركبان، وفيما يلي بعض النصوص الدالة على هذا الحكم:

جاء في المذهب: "ويحرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى القافلة"³.

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.232.

² - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.230.

³ - الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.144.

أما ابن القيم فقد عدّ تلقي السلع منكرا، في قوله: "ومن المنكرات: تلقي السلع قبل أن تحيى إلى السوق، فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك"¹.

واستدل أصحاب هذا الرأي في هذا الصدد بالعديد من الأحاديث منها:

- قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق"².

- وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تلقوا الركبان، ولا يبيع بعضكم على بعض، ولا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا تصروا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر"³.

- وأيضا ما روي عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: "كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام، فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى يبلغ به سوق الطعام"⁴.

- وأحاديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي البيوع⁵، وعن تلقي الجلب⁶.

وبناء على ذلك، فقد ذهب فقهاء هذا الاتجاه إلى أن النهي الوارد في هذه الأحاديث عن تلقي الركبان يقتضي التحريم، ومن ثم كان بيع الركبان محرّم عندهم⁷.

ب- الاتجاه القائل بکراهية تلقي الركبان:

خلافًا للرأي السابق، يرى فقهاء الحنفية كراهية تلقي الركبان كراهة تحريم، وفيما يلي بعض النصوص الدالة موقفهم:

¹ - ابن القيم، الطرق الحکمية، المرجع السابق، ص. 204.

² - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: النهي عن تلقي الركبان، وأن يبيعه مردود؛ لأن صاحبه عاص آثم إذا كان به علما، وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز، رقم الحديث: 2165، ص. 519.

³ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يخفل الإبل والبقر والغنم وكل مخلقة، رقم الحديث: 2148، ص. 517. ورواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سموه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، رقم الحديث: 1515، ص. 660-659.

⁴ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: منتهى التلقي، رقم الحديث: 2166، ص. 519.

⁵ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب، رقم الحديث: 1518، ص. 660.

⁶ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب، رقم الحديث: 1519، ص. 660.

⁷ - عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 377.

جاء في البدائع: "...وكذا يكره تلقي الركبان إذا كان يضر بأهل المصر؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان، ولأن فيه إضرار بالعمامة، فيكره كما يكره الاحتكار"¹.
كما جاء في الفتاوى الهندية: "والتلقي إذا كان يضر بأهل البلدة، فهو مكروه، وإن كان لا يضر، فلا يكره"².

ويرجح البعض³ رأي جمهور الفقهاء، والذي يرى تحريم التلقي؛ باعتبار أن النصوص قد دلت على ذلك صراحة.

4- الحكمة من النهي عن تلقي الركبان:

رغم ثبوت الأحاديث الدالة على نهي تلقي الركبان، والتي لا يمكن لأحد أن ينازع في صحتها، إلا أن الاختلاف كان حول الحكمة من نهي الشرع عن تلقي الركبان، أو بمعنى آخر الغاية المرجوة من وراء حظر هذا النوع من البيوع. وقد ظهرت في هذا الصدد ثلاثة أقوال نبينها على النحو التالي:
أ- القول الأول: يرى أصحاب هذا الرأي، أن النهي عن تلقي الركبان كان من باب حماية الجالب -أي البائع- من الغبن، ودفع الضرر عنه، وقد أخذ بهذا الرأي فقهاء الشافعية، والحنابلة:
جاء في مغني المحتاج: "...والمعنى فيه احتمال غبنهم -أي التجار- سواء أخبرهم المشتري كاذبا، أم لم يخبر"⁴.

وإلى المعنى نفسه أشار صاحب المذهب بقوله: "ويحرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى القافلة، ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع"⁵.
كما قال بهذا الرأي أيضا ابن القيم: "لما فيه -أي تلقي الركبان- من تغير البائع، فإنه لا يعرف السعر، فيشتري منه المشتري بدون القيمة"⁶.

¹ - الكاساني، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.129.

² - لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.214.

³ - عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2004، ص.126.

⁴ - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.390.

⁵ - الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.144.

⁶ - ابن القيم، الطرق الحكيمة، المرجع السابق، ص.204.

وذلك لأن المتلقي أو المشتري يقوم في الغالب بخداع الجالب في السعر؛ نظرا لجهله بأحوال السوق، فيشتري منه بالأقل¹. ودليلهم على ذلك هو إثبات النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث سالف الذكر الخيار للجالب²؛ ذلك أن إثبات الخيار للبائع يدل على أن النهي عن التلقي لحقه، لا لحق غيره³.

ب- القول الثاني: خلافا للقول الأول، يرى هذا الاتجاه أن النهي كان من أجل حماية أهل السوق -أي التجار- كي لا ينفرد المتلقي بالسلعة دون غيره من التجار⁴. ودليلهم على ذلك هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق"⁵. ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علق النهي بالهبوط في السوق، فدل ذلك على أن الغرض من النهي هو مراعاة مصلحة أهل السوق⁶.

ج- القول الثالث: يرى القائلون بهذا الرأي أن النهي عن تلقي الركبان ورد من باب الرفق بأهل البلد من جهة، وحماية الجالب من جهة أخرى⁷. ودليلهم على ذلك هو ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما: "أنهم كانوا يشترون الطعام من الركبان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، فيبعث عليهم من يمنعهم أن يبيعوه حيث اشتروه حتى ينقلوه حيث يباع الطعام"⁸. وفي رواية أخرى قال: "وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافا، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه"⁹.

وبالتالي فقد حاول أصحاب هذا الرأي الجمع بين هذه الأحاديث الدالة في ظاهرها على جواز التلقي، وبين النصوص السابقة الدالة على حظر التلقي، فقالوا بالمنع في حالة وقوع الضرر على غير المتلقين والمستهلكين، وبمفهوم المخالفة إذا لم يترتب عن التلقي ضرر على المستهلكين يكون جائزا¹⁰.

¹ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 235.

² - سبق تخريجه.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 906.

⁴ - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 13.

⁵ - سبق تخريجه.

⁶ - عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 129.

⁷ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 236.

⁸ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: ما ذكر في الأسواق، رقم الحديث: 2123، ص. 511.

⁹ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم الحديث: 1527، ص. 663.

¹⁰ - عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 128-129.

د- القول الرابع: يرى أصحاب هذا الرأي، أن النهي عن تلقي الركبان كان من أجل حماية الناس، أو جمهور المستهلكين من احتكار المتلقي للسلعة، وبيعها بالتالي بالسعر الذي يفرضه.

جاء في المنتقى: "ووجه ذلك أن هذا فيه مضرة على الناس؛ لأن من تلقاها أو اشتراها غلاها على الناس، وانفرد ببيعها، فمنع من ذلك ليصل بائعوها إلى البلد، فيبيعونها في أسواقها، فيصل كل أحد إلى شرائها، والنيل من رخصها"¹.

5- حكم العقد في حالة تلقي الركبان: تعدد المراتب والدرجات:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم شراء المتلقي من الركبان على ثلاثة أقوال، وذلك من لزوم العقد إلى غير لزومه وصولاً إلى بطلانه، وسنعرض باختصار لرأي كل اتجاه على حدة:

أ- القول الأول: يرى أصحاب هذا الرأي -وهم جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية- صحة العقد في حالة تلقي الركبان:

جاء في البدائع: "...والشراء جائز في صورتين؛ لأن البيع مشروع في ذاته، والنهي في غيره"². والمعنى نفسه قد أشار إليه الباجي بعد بيانه وجود روايتين في المسألة عن مالك: "إذا ثبت ذلك، فإن وقع التلقي من إنسان، فلمالك في ذلك قولان؛ في الموازية روي عنه ابن القاسم أنه ينهي، فإن عاد أدب، ولا ينزع منه شيء... وجه رواية ابن القاسم أن البيع عقد لازم، ولم يتعلق به وجه فساد يمنع صحته"³.

وبالتالي فإن العلة التي تكمن من وراء النهي عن تلقي الركبان هي إزالة الضرر عن أصحاب السوق، ويكون ذلك بجعل السلعة مشتركة بينهم، ولا يستأثر بها أحد دونهم⁴.

ويرد على ذلك، بأن القول أن النهي خارج عن ماهية العقد لا يعدو أن يكون دليلاً على صحة العقد فقط، دون لزومه؛ إذ اعتبار العقد لازماً هو مخالف لحديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي أثبت الخيار لصاحب السلعة، وهو ما قال به أصحاب الرأي الثاني⁵.

¹ - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 101.

² - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 232.

³ - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 102.

⁴ - عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 132-133.

⁵ - المرجع نفسه، ص. 132.

ب- القول الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن عقد متلقي الركبان يقع صحيحا، لكنه غير لازم؛ أي أن صاحب السلعة بالخيار. وقد استدلو على ذلك بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار"¹.

جاء في المذهب: "فإن خالف -أي المتلقي- واشترى صح البيع...فإن دخلوا البلد -أي الجلاب- فبان لهم الغبن، كان لهم الخيار"².

وثبت الخيار هو دليل على صحة البيع؛ لأن الخيار لا يرد إلا على عقد صحيح، وكان ثبوت الخيار من أجل استدراك ما نجم عن البيع من خديعة³. والمقصود بالسيد في هذا الحديث هو صاحب السلعة، الذي يكون بالخيار إذا ورد السوق⁴.

ج- القول الثالث: خلافا للرأيين السابقين يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن حكم العقد في حالة تلقي الركبان هو البطلان؛ لورود النهي صراحة عن تلقي الركبان في عدة أحاديث.

وبهذا الرأي قال المحدث البخاري عند روايته لأحاديث النهي عن تلقي الركبان؛ حيث اعتبر بيع متلقي الركبان مردودا عليه⁵.

ويؤيد ذلك أنه ليس كل خداع من شأنه إبطال العقد، كالبيع المشتغل على الكذب والكتمان للعيب فهو صحيح؛ إذ لم يحل ذلك الكذب أو التدليس دون صحة العقد⁶.

6- علاقة النهي عن تلقي الركبان بمقاومة الغبن الفاحش:

نستنتج مما سبق أن النهي عن تلقي الركبان قد يستعمل كوسيلة لمكافحة الغبن الفاحش؛ باعتبار أن الغرض من النهي أو تحريم تلقي الركبان هو؛ إما منع المتلقي من التغرير بأصحاب السلع، والذين قد يكونون جاهلين للقيمة الحقيقية لسلعهم قبل دخولهم السوق، أو منع المتلقي من الاستئثار بالسلعة دون باقي أصحاب السوق، مما يؤدي إلى وقوع الاحتكار. وبالتالي فإن منع المتلقي في الصورة الأولى هو بمثابة

¹ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب، رقم الحديث: 1519، ص. 660.

² - الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 144.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 906.

⁴ - عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 134.

⁵ - يراجع: صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: النهي عن تلقي الركبان، وأن يبيعه مردود؛ لأن صاحبه عاص آثم إذا كان به علما، وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز. فدل ذلك على قول البخاري ببطلان البيع؛ ذلك أن وصفه للبيع بأنه مردود دليلا على اعتباره باطلا.

⁶ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 239.

مكافحة للغبن الفاحش، وهو بذلك يتصل بفكرة الاستغلال في عنصرها النفسي أو المعنوي؛ إذ إن حماية الجالب في هذه الحالة، وإعطائه الخيار كان من أجل ضعفه النفسي، المتمثل في عدم خبرته، أو جهله بالقيمة الحقيقية للسلعة، مما يؤدي إلى بيعها بغير ثمنها المستحق. وبذلك يعتبر النهي عن تلقي الركبان في هذه الحالة صورة من صور حماية الضعف النفسي للمتعاقد؛ بسبب عدم خبرته أو جهله، وهذا ما تبنته بعض التشريعات مثلما رأينا، التي جعلت من عدم الخبرة ضعفا نفسيا تقوم به -إلى جانب الغبن الفاحش- عناصر الاستغلال.

ثانيا- حظر بيع الحاضر للبادي وعلاقته بمواجهة الغبن:

من بين البيوع المنهي عنها أيضا في الشريعة الإسلامية، والتي قد تؤدي إلى مقاومة الغبن الفاحش على جمهور المستهلكين، نجد بيع الحاضر لباد، وبعد بيان المقصود بهذا النوع من البيوع عن طريق إيراد صورته المختلفة، ثم التطرق إلى مختلف أحكامه، وموقف الفقهاء من هذا البيع، لمعرفة الغاية التي من أجلها تم النهي عن البيوع، ومدى اتصالها بمكافحة الغبن الفاحش.

1- صور بيع الحاضر لباد:

لهذا النوع من البيوع ثلاثة صور، تتمثل فيما يلي:

أ- الصورة الأولى: أن يكون للرجل طعام، فيمتنع عن بيعه لأهل المصر، ولا يبيعه إلا لأهل البادية بثمان غال¹.

ب- الصورة الثانية: أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع، بدعوى أنه أعلم منه بأحوال السوق، فيبيع السلعة نيابة عنه بثمان غال، ولو ترك الأمر للبادي لرخص على الناس².

ج- الصورة الثالثة: أن يقدم على البلدة شخص غريب بسلعة ضرورية لأهل البلد يريد بيعها فورا، فيطلب منه شخص آخر ترك تلك السلعة عنده ليبيعها بالتدريج، مع زيادة في ثمنها³.

2- حكم بيع الحاضر لباد: بين الجواز والتحریم:

رغم ورود عدة أحاديث صحيحة في النهي عن بيع الحاضر لباد مثلما سنرى، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتفقوا على قول واحد في حكم هذا النوع من البيوع، فبينما يرى اتجاه تحریم هذا

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.232.

² - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.223.

³ - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.389.

التصرف، قال اتجه آخر على النقيض من ذلك بجواز التصرف. وفيما يلي عرض لموقف كل اتجاه على حدة.

أ- الاتجاه القائل بالتحريم:

يرى أصحاب هذا الرأي، تحريم بيع الحاضر لباد، حيث جاء في المذهب: "ويحرم أن يبيع حاضر لباد"¹. واستدلوا على ذلك بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الحاضر لباد²، وفي رواية أخرى أن ابن عباس لما سأل ما قوله: "لا يبيع حاضر لباد"³، قال: لا يكون له سمسار⁴. وبعد ثبوت تلك الأحاديث الدالة على النهي عن هذا النوع من البيوع، فإنه من المقرر أن الأصل في النهي هو التحريم⁴.

ب- الاتجاه القائل بالجواز:

خلافًا للرأي السابق، ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بجواز بيع الحاضر لباد، وهو رواية عن أحمد⁵، وقول الحنفية⁶، ودليلهم على ذلك ما يلي:

- قوله صلى الله عليه وسلم: "...دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض"⁷.
- وحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "الدين نصيحة، قلنا: لمن؟ قال: لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم"⁸.
- وقوله صلى الله عليه وسلم: "حق المسلم على المسلم ست، قيل: ما هن؟ يا رسول الله، قال: ... وإذا استنصحك فانصح له..."⁹.

¹ - الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 143.

² - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: من كره أن يبيع حاضر لباد آخر، رقم الحديث: 2159، ص. 518.

³ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: هل يبيع حاضر لباد بغير أجر؟، وهل يعينه أو ينصحه؟، رقم الحديث: 2158، ص. 517-518.

⁴ - دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 494.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 905.

⁶ - الكاساني، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 232.

⁷ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر لباد، رقم الحديث: 1522، ص. 661.

⁸ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: الإيمان، باب: بيان أن الدين النصيحة، رقم الحديث: 55، ص. 44-45. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: الأدب، باب: في النصيحة، رقم الحديث: 4944، ص. 615. ورواه النسائي في السنن، كتاب: البيعة، باب: النصيحة للإمام، رقم الحديث: 4200، ص. 572-573.

⁹ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: السلام، باب: حق المسلم على المسلم رد السلام، رقم الحديث: 2162، ص. 962.

ويستفاد من هذه الأحاديث أن بيع الحاضر للبادي من باب النصح، أما ما ذكر من أحاديث النهي فقد تم نسخها بأحاديث النصيحة، وأن النهي كان في بداية الإسلام؛ نظرا لما كان من ضيق في المعيشة في ذلك الوقت¹.

إلا أنه قد تم الرد على هذا الرأي من أربعة نواحي، وهي²:

- أن أحاديث النصيحة عامة، وأحاديث النهي عن بيع الحاضر لباد خاصة، والخاص يقيّد العام.
- النصيحة للبادي ليست بأولى من النصيحة للحاضر، فلا تقدم النصيحة للبادي البائع على حساب النصيحة للمشتري الحاضر، فلذلك يترك البادي يبيع لوحده، بل إن النصيحة للحاضر مقدمة على النصيحة للبادي؛ لاعتبار المنفعة عامة تعود على أهل السوق، أما الضرر المقابل فهو خاص، وتقدم النفع العام على الضرر الخاص من قواعد الشريعة.
- على افتراض إعمال حديث: "دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض" على بيع الحاضر لباد، فإن ذلك لا يعدّ دليلا على جواز البيع، بل على ترك البادي يبيع لنفسه؛ حتى يصيب الناس منه، فإذا طلب النصيحة ينصحه، وهذا استثناء، وله مجال آخر.
- أن القول بنسخ أحاديث النصيحة لأحاديث بيع الحاضر لباد هو مجرد دعوى، لا يقوم عليها دليل.

3- حكم العقد في حالة بيع الحاضر لباد: بين الصحة والبطان:

على غرار اختلافهم في حكم بيع الحاضر لباد، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتفقوا على حكم العقد المقترن بهذا النوع من البيوع، وأدى ذلك إلى ظهور رأيين في المسألة نبيينهما تباعا.

أ- الاتجاه القائل بصحة العقد:

يرى أصحاب هذا الرأي، بأن بيع الحاضر لباد لا أثر له في صحة العقد، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية³، والمالكية⁴، والشافعية⁵، والحنابلة⁶. ودليل فقهاء هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه: أنّ النهي في

¹ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 905.

² - ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 497-498.

³ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 232.

⁴ - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 104.

⁵ - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 144. الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 389.

⁶ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 905.

بيع الحاضر لباد كان لسبب في غير البيع؛ إذ أن سبب الحظر هو الإضرار بأهل المصر، وبالتالي فلا مجال للقول ببطلان العقد¹.

ب- الاتجاه القائل ببطلان العقد:

خلافًا للرأي السابق، يرى بعض المالكية²، والحنابلة³ عدم صحة العقد، وقد استندوا في سبيل تقوية موقفهم بما يلي:

- أن بيع الحاضر لباد هو بيع محرم؛ نظرًا لأن الشرع قد نهى عن ذلك، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه⁴. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"⁵.

إلا أنه قد تم الرد عن ذلك، بأن الفقهاء لم يقضوا ببطلان كل بيع محرم، بل قد يكون البيع صحيحاً مع تأثيم صاحبه، كالنجش، أو البيع على بيع غيره قبل لزومه، وغير ذلك من البيوع⁶.

4- علاقة النهي عن بيع الحاضر لباد بمقاومة الغبن الفاحش:

تكمن العلاقة بين حظر هذا النوع من البيوع، ومكافحة الغبن الفاحش، في كون أن النهي عن بيع الحاضر لباد من شأنه سد الطريق أمام انفراد الوسيط بالسلعة، والذي ينتج عنه ارتفاع السلعة بلا مبرر، كما أن حماية البادي في هذه الحالة تعتبر صورة من صور حماية الضعف النفسي للمغبون؛ ذلك أن البادي الجاهل بقيمة السلعة، والذي قد يغتر به الحاضر؛ من أجل تحقيق الربح من ورائه، وهو ما يؤدي إلى غبنه نتيجة لذلك. وبناءً على ذلك، فإن النهي عن بيع الحاضر لباد في هذه الصورة هو حماية للضعف النفسي للباد من استغلال الحاضر.

المبحث الثاني: تكريس نظرية الظروف الطارئة: آلية لمواجهة تغير الظروف الاقتصادية

يعتبر استقرار العقود، وضمان تنفيذها على النحو الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، مقصداً تشريعياً سعت إلى تحقيقه جل التشريعات الوضعية. من أجل ذلك، فقد قضت هذه التشريعات بعدم جواز الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه كقاعدة عامة. ولا شك أن إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بالشروط المتفق

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 232.

² - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 105.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 905.

⁴ - الرحيباني، مطالب أولى النهي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 56.

⁵ - سبق تخريجه.

⁶ - قحطان عبد الرحمان الدوري، الاحتكار وأثره في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 168.

عليها، هو حماية لهم في الأصل قبل أن يكون إلزاما لهم. إلا أن هذا الأمر وإن يمكن قبوله واستساغته، بل والتسليم به إذا كنا بصدد ظروف ثابتة لم تتغير بين انعقاد العقد وتنفيذه، فإن الأمر في تغير ظروف التعاقد قد يبدو مجافيا للعدالة العقدية، وتحميل المتعاقد أكثر مما يحتمل، بل ولا نبالغ إذا قلنا إنه تحميل له لأكثر مما اتجهت إليه إرادته؛ ذلك أنه لا ريب أن إرادة أي شخص عند التعاقد؛ سواء تمثلت في الإيجاب، أم القبول، لا تعني فقط قبول التعاقد بشروط معينة، بل تعني أيضا بقاء تلك الشروط خلال التنفيذ، وإلا كيف يلزم شخص عاقل نفسه بعقد قد يؤدي إلى إرهاقه مستقبلا؟

وبناء على ذلك، فإن الإشكال الرئيس المطروح، هو مدى جواز إعادة النظر في العقد حال تغير ظروف التعاقد خلال الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه على ضوء القانون الوضعي؟

وقد سعت القوانين الوضعية إلى معالجة إشكال تغير الظروف الاقتصادية من خلال ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة. ومضمون هذه النظرية هو إعطاء أحد المتعاقدين الحق في طلب تعديل العقد أو فسخه في حالة اصطدامه عند التنفيذ بظروف غير متوقعة عند التعاقد، تجعل من تنفيذ التزامه مرهقا، دون بلوغه مرتبة الاستحالة.

هذا، وتجدر الإشارة أنه لم يتم التسليم بفكرة الظروف الطارئة كنظرية عامة قائمة بذاتها في القانون الوضعي بسهولة؛ إذ رغم أن تحميل المدين التزاما مرهقا لم يكن يتوقعه عند التعاقد، أمر مخالف للعدالة العقدية؛ فقواعد هذا المبدأ تقتضي إعادة النظر في ذلك العقد؛ ذلك أن مضمون مبدأ القوة الملزمة للعقد، هو إلزام المدين بتنفيذ الالتزام دون إهمال أو تقصير منه. أما إذا كان ذلك الإرهاق لظروف خارجة عن إرادته، ولا يد له فيها، فالعدالة تقتضي الأخذ بيده، ومنحه الحق في تعديل العقد بما يتوافق والظروف الحالية المستجدة، وهذا ما تتيحه له نظرية الظروف الطارئة. على أن تلك النظرية، وعلى بدايتها، وقبلها منطقيا على هذا النحو، لم تكن محل تبين من طرف التشريعات الوضعية إلا بعد مخاض عسير، أدى إلى الاعتراف بالنظرية تدريجيا في تلك التشريعات، إلى أن أصبحت استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد في معظم التشريعات؛ سواء العربية منها، أم الغربية.

ولم يتأخر المشرع الجزائري في الأخذ بهذه النظرية؛ إذ نص عليها بمناسبة إصداره القانون المدني الجزائري، وذلك في المادة 03/107 منه، والتي جاء فيها: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب عن حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا

للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"¹.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي، وإن لم يعرف مصطلح الظروف الطارئة، إلا أن قواعده المرنة، ونزعت القائمة على مبدأ العدالة، ودفع الضرر، ووجود عدة قواعد فقهية، كقاعدة الضرر يزال، وقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة ما جاز لعذر بطل بزواله، أدى إلى سهولة التسليم بجواز إعادة النظر في العقد حال تغير الظروف الاقتصادية عن تلك المبرم في ظلها العقد، وذلك من خلال تطبيقات معينة.

وبناء على ما تقدم، فإننا سنتناول مضمون النظرية ومختلف أحكامها في القانون الوضعي (المطلب الأول). ثم نبين تلك الأحكام في الفقه الإسلامي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي

مثلما بينا سابقا، فإن إقرار التشريعات الوضعية لنظرية الظروف الطارئة لم يأت إلا بعد تردد طويل، وذلك راجع إلى ما يترتب عن إعمالها من المساس بأكبر مبدأ يحكم العقد؛ وهو مبدأ القوة الملزمة له، والخوف من اتخاذ المتعاقدين من أحكام النظرية ذريعة للنيل من هذا المبدأ، ومحاولة التملص من تنفيذ العقد. ثم إن التشريعات التي أخذت بالنظرية لم تطلق مجال إعمالها؛ بل أحاطتها بالعديد من الضوابط، والشروط، والأحكام الموجهة للقاضي.

وتبعا للتصوير السابق، فإن دراسة أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي يقتضي أولا محاولة تكييفها مع بعض القواعد التقليدية (الفرع الأول)، ثم بيان شروط إعمالها (الفرع الثاني)، وتحديد سلطة القاضي في التدخل في حالة الظروف الطارئة (الفرع الرابع)، والضوابط التي يستند إليها في سبيل ممارسة مهمته (الفرع الثالث).

¹ - وتقابلها في التشريعات العربية: المادة 02/146 من القانون المدني العراقي، والمادة 02/147 من القانون المدني الليبي، والمادة 02/148 من القانون المدني السوري، والمادة 198 من القانون المدني الكويتي، والمادة 211 من القانون المدني اليمني، والمادة 205 من القانون المدني الأردني، والمادة 151 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 02/171 من القانون المدني القطري، والمادة 01/ 117 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 159 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 249 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وفي التشريعات الغربية: المادة 269 من قانون الالتزامات البولوني، والمادة 1467 من القانون المدني الإيطالي، والمادة 1195 من القانون المدني الفرنسي (بعد تعديل 2016).

الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة

نظرا للطابع المستجد لنظرية الظروف الطارئة، فقد حاول الفقه تكييفها مع العديد من النظريات القانونية التقليدية، وذلك سعيا منهم في الأخذ بالنظرية واستساغتها تشريعيا. ولعل أبرز تلك النظريات القانونية التي حاول الفقه تأسيس نظرية الظروف الطارئة من خلالها، نجد فكرة الغلط (أولا)، وفكرة سبب الالتزام (ثانيا)، ومبدأ حسن النية (ثالثا)، والتعسف في استعمال الحق (رابعا)، والإثراء بلا سبب (خامسا).

أولا- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة الغلط:

قال بعض الفقه بتأسيس نظرية الظروف الطارئة على فكرة الغلط؛ ذلك أن المدين الذي يجد نفسه ملزما بتنفيذ عقد في ظروف لم يكن يتوقعها أثناء تكوين العقد، يعتبر واقعا في غلط يوجب إعادة النظر في العقد.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم من خلال القول إن وقوع الغلط يؤدي إلى عدم سلامة إرادة المتعاقد، وباعتبار أن المدين لم يكن عالما بإمكانية وقوع الظرف الطارئ في المستقبل، فإن ذلك يجعل إرادته قد قامت على تصور غير حقيقي، أدى إلى إبرامه للعقد تحت تأثير ذلك الغلط، فلو كان المدين مدركا لوقوع ذلك الحادث في المستقبل، لكان للعقد مضمونا آخر يتمشى مع وقوع الحادث. ودليل ذلك أن المدين لو كان عالما بإمكانية وقوع الحادث، لاعتبر ذلك مانعا من تطبيق أحكام الظروف الطارئة¹.

إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولا فقهيًا؛ إذ تم انتقاده، وبيان عدم وجاهته، وذلك من خلال النقاط التالية²:

- أن الغلط باعتباره عيبا في الإرادة، يجب النظر إليه عند التعاقد فحسب؛ لأن هذه اللحظة هي التي تتكون فيها الإرادة، فأراد لها المشرع أن تكون خالية من العيوب، فإذا كانت الإرادة سليمة عند التعاقد، فتعتبر بذلك قد استكملت عناصرها، وتم العقد بإرادة صحيحة، واكتسابه بذلك قوته الملزمة، فلا يجوز لأي من المتعاقدين الانفراد بتعديله كقاعدة عامة. ولأن الدائن سيرفض في الغالب تعديل العقد بالتراضي بعد وقوع الظروف الطارئة؛ لما قد يترتب عليه من مغارم، فكان لا بد من إسناد الأمر للقاضي، وهو في

¹ - عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، المرجع السابق، ص.367.

² - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.102 وما بعدها.

سبيل قيامه بدوره لا يستطيع أن يحل محل إرادة المتعاقدين؛ لتصور ما كان من المفترض عمله لو تم العقد في تلك الظروف، من أجل ذلك وجب القول بعدم إمكانية تأسيس نظرية الظروف الطارئة على أساس الغلط.

- أن تقدير الغلط يخضع لمعيار شخصي، ينظر فيه إلى المتعاقد الذي وقع في الغلط، أما الظرف الطارئ، فيخضع في تقديره إلى معيار موضوعي، وذلك لاشتراط أن يكون الحادث الاستثنائي عاما، لا يمكن توقعه، ولا دفعه بالنسبة للرجل العادي.

- أن الجزء القانوني المترتب عن الغلط هو قابلية العقد للإبطال، بينما لا يمكن إبطال العقد، ولا حتى فسخه -عند أغلب التشريعات- في حالة الظروف الطارئة.

ثانيا- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة سبب الالتزام:

قال بعض الفقه بإرجاع نظرية الظروف الطارئة إلى فكرة السبب بمفهومه التقليدي، على اعتبار أن اختلال التوازن الاقتصادي بين أداءات الطرفين في العقود الملزمة للجانبين، يؤدي إلى جعل التزام المدين بدون سبب¹.

إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقادات؛ ذلك أن الدائن الذي يطالب مدينه بتنفيذ العقد رغم وقوع الظروف الطارئة لا يقال أن مطالبته هذه قد كانت بدون سبب؛ إذ القول بذلك يؤدي إلى القول ببطالان العقد أصلا، ولا يصح محلا لأن تترتب عنه التزامات².

ثالثا- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة حسن النية:

ذهب بعض الفقه إلى القول بتأسيس نظرية الظروف الطارئة على مبدأ حسن النية، وعلى هذا الأساس تم اعتبار مطالبة الدائن مدينه بتنفيذ الالتزام المرهق دون تعديل خروجها عن مبدأ حسن النية³؛ ذلك أن قواعد هذا المبدأ تمنع الدائن من الاستفادة من ظروف المدين المرهقة⁴.

إلا أن هذا الأساس قد تعرض بدوره للنقد؛ لأنه لا يمكن اعتبار الدائن غاشا بمجرد مطالبته بتنفيذ العقد؛ لأن الغش يعتبر موجبا لقيام المسؤولية المدنية لمن صدر الغش من جانبه، فالدائن الذي يطالب

¹ - بلال عثمان، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص.288.

² - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.97.

³ - بلال عثمان، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، المرجع السابق، ص.288.

⁴ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص.406.

مدينه بتنفيذ العقد لم يفعل أكثر من المطالبة بحقه في العقد، بغض النظر عن الظروف التي أحاطت بذلك المدين¹.

رابعاً- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة التعسف في استعمال الحق:

يرى بعض الفقه أن نظرية الظروف الطارئة تعتبر تطبيقاً لمبدأ مكافحة التعسف في استعمال الحق؛ ذلك أن الدائن الذي يطالب مدينه بتنفيذ العقد، رغم ما استجد من ظروف، يكون متعسفاً في استعمال حقه.

إلا أن تكييف نظرية الظروف الطارئة على أساس نظرية التعسف في استعمال لم يسلم من الانتقادات، وذلك لأوجه الخلاف الموجودة بين الفكرتين، والمتمثلة فيما يلي²:

1- من حيث السبب: يكون السبب في نظرية الظروف الطارئة مادياً، متمثلاً في وقوع حادث طارئ، أما السبب في قيام نظرية التعسف في استعمال الحق فهو شخصي، يتمثل في استعمال الشخص لحقه استعمالاً غير مشروع.

2- من حيث الجزاء: يؤدي وقوع الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، فيتم رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أما التعسف في استعمال، فنظراً لأنه يؤدي إلى الإضرار بالغير، فإن صاحبه يكون مسؤولاً عن إزالة الضرر اللاحق بالغير.

3- من حيث تحمل التبعة: في نظرية الظروف الطارئة يتم توزيع التبعة بين الدائن والمدين، أما في نظرية التعسف في استعمال الحق، فإن صاحب الحق هو من يتحمل التبعة بصورة كاملة.

خامساً- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة الإثراء بلا سبب:

رأى بعض الفقه إرجاع نظرية الظروف الطارئة إلى فكرة الإثراء بلا سبب؛ ذلك أن الدائن الذي يتمسك بتنفيذ العقد بالشروط المتفق عليها عند التعاقد، برغم وجود ظروف طارئة أدت إلى إرهاب المدين إرهاباً فادحاً، إنما يثرى بذلك على حساب المدين بدون سبب³.

¹ - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 115-116.

² - فاضل شاكر النعمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، العراق، 1969، ص.ص. 100-101.

³ - المرجع نفسه، ص. 166.

إلا أن هذا الرأي محل نظر؛ ذلك أن فكرة الإثراء بلا سبب تقوم على أساس انعدام السبب القانوني، إلا أنه في حالة الظروف الطارئة، فإن العقد هو مصدر أو سبب الإثراء، وهذا الأمر يكفي لدحض هذا الرأي. وبالتالي لا يمكن قيام نظرية الظروف الطارئة على أساس فكرة الإثراء بلا سبب¹. وبعد عرض جميع المحاولات الفقهية لتكييف نظرية الظروف الطارئة، يتبين عدم إمكانية تأسيسها على أي من النظريات السابقة، مما يجعلها نظرية قائمة بذاتها أساسها التشريع؛ إذ تعتبر من بين الاستثناءات القانونية على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

رغم إقرار المشرع الجزائري، والعديد من التشريعات لنظرية الظروف مثلما قدمنا، وجعلها سببا من أسباب تعديل العقد. إلا أن ذلك لا يعني إعمالها على إطلاقها، بل إن التشريعات المتبينة لها قد أحاطتها بجملة من الشروط؛ كي لا يكون التمسك بها بابا للنيل من قوة العقد الملزمة من غير سبب وجيه، ولا حجة مستساعة.

وتتعدد الشروط الواجب توافرها من أجل تطبيق النظرية، فمنها ما يتعلق بالتصرف المشمول بتطبيق الظروف الطارئة (أولا)، ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين (ثانيا)، ومنها ما هو متعلق بالحادث المتسبب في تغير الظروف الاقتصادية (ثالثا)، ومنها ما يتعلق أخيرا بأثر هذا الحادث على التزام المدين (رابعا).

أولا- نطاق سريان الظروف الطارئة من حيث التصرفات:

نظرا لطبيعة نظام الظروف الطارئة القائمة أصلا على الأخذ بيد المدين الذي أبرم العقد في ظروف معينة، فوجد نفسه ملزما بتنفيذه في غير تلك الظروف المبرم خلالها؛ فلا يمكن تصور ذلك إلا إذا كان ذلك العقد المبرم متراخي التنفيذ.

وبالتالي، فإن أول شرط يجب توافره لأجل إعادة النظر في العقد بدعوى الظروف الطارئة؛ هو وجود عقد صحيح؛ سواء كان من العقود الزمنية، كعقد التوريد، أو الإجارة، أم من العقود الفورية، إلا أنه قد تم تأجيل تنفيذه لأي سبب كان، كعقد بيع أجل فيه دفع الثمن، بل وتطبق الظروف الطارئة أيضا إذا وقعت الحوادث الاستثنائية مباشرة بعد انعقاد العقد، وإن كان ذلك نادر الوقوع في الحياة العملية².

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 411.

² - سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 217.

إلا أن التوسع في تطبيق النظرية على هذا النحو لم يكن محل إجماع فقهي؛ إذ ذهب بعض الفقه إلى القول بعدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية، ولو كانت متراخية التنفيذ. وحجتهم في ذلك أنه نظرا لما قد يترتب عن إعمالها من مساس باستقرار المعاملات، وخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، فوجب اعتماد تفسير ضيق لنص المادة 3/147 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري، كما أن طبيعة الجزاء المترتب عن الظروف الطارئة، والمتمثل في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط، دون المساس بالالتزامات المستقبلية، لا يمكن تصوره إلا بصدد عقود المدة؛ نظرا لخاصية التعاقب التي تتميز بها هذه الطائفة من العقود¹.

وخلافا لذلك، يرى اتجاه آخر أن نظرية الظروف الطارئة هي نظرية قائمة بذاتها، ولا يشترط لتطبيقها إلا شرط واحد؛ وهو وجود وقت معين بين انعقاد العقد وتنفيذه، فكما تطبق هذه النظرية على عقود المدة؛ باعتبارها المجال الخصب لإعمالها؛ نظرا لطبيعتها القائمة على جوهرية الزمن فيها، فإن النظرية تطبق أيضا في حالة العقود الفورية التي يتفق فيها المتعاقدين على إرجاء التنفيذ إلى وقت لاحق².

كما رأى بعض الفقه عدم تطبيق الظروف الطارئة عندما يكون وقوع الحادث الاستثنائي معاصرا لإبرام العقد. ودليله على ذلك، هو أن المدين في هذه الحالة لا بد أن يكون عالما بالنتائج المترتبة عن ذلك الحادث، فلا يكون هناك سبب لإعادة النظر في العقد؛ لرضا المدين بهذا الحادث ابتداء؛ ذلك أنه لا يتصور من الناحية النظرية وقوع هذا الحادث الاستثنائي، دون توقعه من طرف المدين³.

إلا أنه قد تم الرد على هذا الرأي، وبيان عدم وجاهته، حيث قال البعض⁴ إن سبب القول بهذا الرأي هو اقتصره في مفهوم الحادث الاستثنائي على الحوادث الطبيعية، كالزلازل والفيضانات، والتي لا يمكن للمتعاقد عدم العلم بها؛ لظهورها في مظهر مادي ملموس يمكنه من معرفتها، فيمكن القول بعد ذلك إن إقدامه على التعاقد رغم وجود ذلك الحادث يعدّ دليلا على رضاه بتلك الظروف، فلا يكون له بعد ذلك طلب إعادة النظر في العقد. إلا أن الأمر عمليا خلاف ذلك؛ باعتبار أن منطق النظرية وأساسها يتنافى مع هذا الطرح، فمن المعلوم أن التشريعات المنظمة لنظرية الظروف الطارئة لم تقم بتحديد نوع

¹ - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 156-157.

² - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 194-195. فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 52-53.

³ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 287.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 287 وما بعدها.

الظروف الاستثنائية المشمولة بتطبيق النظرية، بل إن النصوص بهذا الخصوص قد جاءت عامة، تشمل كل الحوادث؛ سواء ما كان طبيعياً كالزلازل، أم غير طبيعي كصدور قوانين جديدة، أو نشوب حرب مفاجئة، أو غير ذلك من الحوادث التي يمكن أن تخفى على علم المدين عند التعاقد، رغم تعاصر وقوعها مع إبرام العقد، وهو ما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة به، وقيام شرط الإرهاق المنصوص عليه قانوناً تبعاً لذلك. ولعل هذا ما دفع المشرع الجزائري، وبعض التشريعات إلى عدم النص صراحة على شرط التراخي؛ باعتباره شرطاً غالباً، لا شرطاً ضرورياً¹.

كما يكفي أن يكون التزام المدين متراخي التنفيذ، فلا يشترط بعد ذلك أن يكون الالتزام المقابل متراخي التنفيذ أيضاً².

وتجدر الإشارة، أنه يتوجب ألا يكون تراخي تنفيذ العقد الفوري بخطأ المدين، فإذا كان التراخي راجعاً إلى إهماله أو تقصيره، فلا يستفيد من أحكام الظروف الطارئة تبعاً لذلك. ففي عقد البيع مثلاً، إذا أحل أحد المتعاقدين بالتزامه، رغم إعداره من قبل الطرف الآخر، ثم وقعت بعد ذلك ظروفًا جعلت من التزامه مرهقاً، لم يجز له اللجوء إلى القضاء؛ للمطالبة بإعادة النظر في العقد بدعوى الظروف الطارئة³. وقد طبقت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرار لها، واعتبرت أن تراخي التنفيذ بخطأ المدين يعتبر حائلاً دون تطبيق الظروف الطارئة، حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: "...وحيث أنه من جهة أخرى فإن القرار المطعون فيه جاء فيه بأن الالتزام التعاقدي أصبح مستحيل التنفيذ طبقاً لمقتضيات المادة 107/03 من ق.م في حين أن تنفيذ التزام المؤسسة المنحلة، ومن حل محلها لم يصبح مستحيلاً؛ بل قد يصبح مرهقاً للمدين، وفي هذه الحالة يجب أن يراعى خلال فترة إنجاز المشروع ما إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وأدت إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين. أما إذا طرأت تلك الحوادث خارج الأجل المتفق عليه، فإن المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف، ولا دخل للدائن فيها..."⁴.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 718.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 305-306. محمد ليب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 258.

³ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 225.

⁴ - يراجع: المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 324034، العدد: 01، سنة 2007، ص. 214.

ويتجه غالبية الفقه إلى عدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية، فيقتصر تطبيقها على العقود المحددة فقط؛ ذلك أن طبيعة العقود الاحتمالية تقتضي الربح والخسارة، مهما كانت الخسارة ضخمة أو الربح كبيراً¹، وهذا ما يعني أن المتعاقد كان يعلم ابتداء بالإرهاق الذي قد يلحق تنفيذ التزاماته، وهو ما يعتبر مناقضاً للأساس الذي تقوم عليه النظرية؛ وهو عدم إمكانية توقع الإرهاق².

إلا أن بعض الفقه قد ذهب إلى خلاف ذلك، وقال بإمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية، مستنديين في ذلك على عموم النصوص المنظمة للنظرية، وعدم وجود سند قانوني يخصص العقود المحددة بتطبيق أحكام الظروف الطارئة، دون العقود الاحتمالية³.

كما اختلف الفقه أيضاً في نطاق سريان الظروف الطارئة؛ فهل يقتصر على العقود الملزمة للجانبين، أم يشمل أيضاً العقود الملزمة لجانب واحد؟

وقد رأى بعض الفقه إخراج العقود الملزمة لجانب واحد من نطاق تطبيق النظرية؛ ذلك أن المقصود من التعديل هو إعادة التوازن العقدي المحتل بسبب الظروف الطارئة، وهذا ما يفترض التزامات في ذمة كل طرف يقوم بينهما التوازن⁴.

بينما يقول الاتجاه الراجح بعدم التفرقة بين العقود الملزمة لجانبين، والعقود الملزمة لجانب واحد في تطبيق أحكام الظروف الطارئة؛ نظراً لعدم تخصيص المشرع لطائفة معينة من العقود بتطبيق النظرية⁵.

وأخيراً لا تطبق أحكام الظروف الطارئة في عقود القرض؛ ذلك أن نص المادة 134 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 95 من القانون المدني الجزائري، تقضي بإلزام المدين بمقدار العدد المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها أي أثر على الوفاء بالدين⁶.

¹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 84-85. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 316. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 245. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 798. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 286.

² محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 246.

³ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 558.

⁴ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 315.

⁵ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 196. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 289.

⁶ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 246. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 798.

ثانيا- الشروط المتعلقة بالمتعاقدين:

بالرغم من سكوت التشريعات العربية على مسألة وجوب إعادة تفاوض المتعاقدين على شروط العقد عند وقوع الظروف الاستثنائية، إلا أن المشرع الفرنسي فضل تنظيم هذه المسألة، واشترط على المتعاقدين وجوب التفاوض قبل رفع الأمر إلى القضاء؛ سواء بالتفاوض على تعديل العقد، أم إنهائه. وفي هذا الصدد تقضي المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016 بما يلي: "وفي حالة فشل المفاوضات، يجوز للطرفين الاتفاق على إنهاء العقد، في الوقت والشروط المتفق عليها... ويكون للقاضي بناء على طلب المدين مراجعة العقد، أو إنهائه..."¹.

وبالتالي، فإنه على ضوء المشرع الفرنسي، فإن مواجهة الظروف الطارئة يجب أن يكون منبثقا عن إرادة المتعاقدين كأول حل. ولا شك أن إقرار هذا الشرط يعكس تمسك المشرع الفرنسي بالمبادئ التقليدية المنظمة للعقود، والمتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة، وما ينتج عنه من قواعد².

ثالثا- الشروط المتعلقة بالحادث:

لكي يكتسب الحادث صفة الظرف الطارئ يجب توافر عدة شروط فيه؛ إذ ليس كل حادث موجبا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بل يشترط في الحادث محل تطبيق أحكام هذه النظرية أن يكون استثنائيا، وعاما، وأن لا يكون متوقعا.

1- استثنائية الحادث:

ويقصد بالحادث الاستثنائي، ذلك الحادث الذي يندر وقوعه؛ بحيث يبدو خارجا عن المجرى العادي للأمر، وما اعتاده الناس³. وبمفهوم المخالفة، فإنه إذا كان الحادث عاديا، فلا يدخل في مفهوم الظروف الطارئة، ومن ذلك ما يحدث في مصر سنويا من تعرض زراعة القطن للدودة⁴.

¹- L.1195 du code civil français dispose: "en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, a la date et aux condition qu'elles déterminent, ou demander...le juge peut, a la demande d'une partie, reviser le contrat ou y mettre fin, a la date et aux conditions qu'il fixe".

²- Bilal Atmani et Delebecque Philippe, La théorie de L'imprévision: étude en droit algérien et français, les annales de l'université d'Alger, Algérie, tome 03, n°33, septembre 2019, p.554.

³- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.546-547. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص.146. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.799. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.287.

⁴- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.99.

ويلاحظ أن التطور العلمي قد أدى إلى اتساع مجال الظروف الاستثنائية، فظهرت بذلك حوادث لم تكن معروفة من قبل، ومثالها التلوث البيئي، وانتشار الغازات السامة، والإشعاع الذري، وغيرها من الظروف التي قد تشكل حادثا استثنائيا بمفهوم الظروف الطارئة من شأنه التأثير على تنفيذ الالتزام التعاقدي¹.

2- عمومية الحادث:

يقصد بصفة العمومية أن لا يكون الحادث محل تطبيق أحكام الظروف الطارئة خاصا بالمدين وحده، بل يشمل أثره عددا كبيرا من الناس، كأهل بلد، أو إقليم معين، أو طائفة منهم، كالمزارعين مثلا، أو تجار سلعة معينة كاللحوم². ويستبعد بذلك الحادث الخاص بالمدين وحده، كحالة إفلاسه، أو موته، أو احتراق أملاكه³.

إلا أنه لا يشترط في عمومية الحادث شموله لكافة أجزاء الوطن؛ بل يكفي شموله لطائفة معينة من الأشخاص، كوقوع ظرف طارئ لطائفة التجار المستوردين لسلعة معينة، أو لإقليم معين، كوقوع حريق في قرية معينة⁴.

فعمومية الحادث بهذا المعنى قد تنصرف إلى الناحية الشخصية، فيتم تحديدها بناء على عدد الأشخاص المتأثرين بها، كما قد تنصرف إلى الإقليمية فيتم تحديدها بناء على عدد الأقاليم المتأثرة به، وقد يتم الدمج بين العنصرين معا في سبيل تحديد وصف العمومية⁵.

والحادث العام على هذا النحو قد يكون ماديا كالحرب، والزلازل، مثلما يمكن أن يكون عملا قانونيا، كصدور قرار إداري⁶.

¹ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.248.

² - حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص.146. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.287.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.306. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.800.

⁴ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.227.

⁵ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.248-249.

⁶ - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.318.

ويرجع أصل اشتراط عمومية الحادث إلى لجنة القانون المدني المصري؛ حيث آثرت إضافة وصف العمومية بعدما ورد في المشروع التمهيدي بوصف الاستثنائية فقط، وذلك أسوة بالقانونين البولوني والإيطالي¹.

وقد بررت لجنة مراجعة القانون المدني المصري إضافة شرط العمومية بقولها: "إن الحوادث الاستثنائية ينبغي أن لا تكون خاصة بالمدين؛ بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس، كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض، أو غارة غير منتظرة للجراد، أو انتشار وباء"². إلا أن هذا الموقف لم يلق قبولا فقهيًا؛ إذ يرى البعض أن الحادث قد لا يكون عاما، إلا أن قواعد العدالة توجب التدخل لإعادة النظر في العقد، كحال التزام تاجر بتوريد كمية من اللحوم، معتمدا في ذلك على حقول الدواجن التي يملكها، إلا أنها نفقت بمرض. ومن المؤكد أن إلزام التاجر بتنفيذ العقد بالشروط المتفق عليها عند التعاقد في مثل هذا الحال يؤدي إلى إصابته بخسارة فادحة³.

وفي السياق نفسه، يرى بعض الفقه أن اشتراط العمومية يعتبر تضيقا لمجال سريان نصوص الظروف الطارئة، وإلا كيف يفسر اشتراط العمومية في الظرف الطارئ، وسقوطه بالنسبة للقوة القاهرة، وهي أشد وطأة؛ إذ تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا⁴؟

وخلافا لذلك، يرى جانب آخر من الفقه⁵ أن اشتراط عمومية الحادث، وعدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين؛ يعتبر ضمنا لعدم الغش من جانبه، وذلك عن طريق ادعائه بخلاف الواقع وجود ظروف طارئة حالت دون تنفيذ الالتزام بالصورة المتفق عليها عند التعاقد.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.ص. 720-721.

² - يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص. 282. نقلا عن: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 721.

³ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 217.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 399. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 286.

⁵ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 246. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 800.

وتجدر الإشارة، أن لمشروع الفرنسي لم يتحدث عن شرط العمومية؛ حيث اكتفى بعنصر عدم التوقع في وصف الحادث الطارئ. وهذا ما نصت عليه المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي بقولها: "في حالة تغير غير متوقع للظروف"¹.

3- عدم توقع ودفع الحادث:

ويشترط أيضا أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع؛ أي ليس بوسع المدين توقعه عند التعاقد². ويقصد بتوقع الحادث هو احتمال وقوعه، وإدراك ما قد ينجم عنه من صعوبات أثناء تنفيذ الالتزام، فإن كان الحادث متوقعا عند التعاقد، ومع ذلك أقدم المدين على التعاقد، فإنه يكون بذلك مقدرا لكل الظروف، وراضيا بكل ما عسى أن يترتب عن هذا الحادث من نتائج، فلا يكون له بعد ذلك طلب تعديل العقد بدعوى الظروف الطارئة³.

ويترتب عن اشتراط عدم توقع الحادث بالضرورة اشتراط عدم إمكانية دفعه، فإن كان بإمكان المدين دفع الحادث، فلا مجال حينئذ لتطبيق أحكام النظرية، ويتحمل المدين بذلك وحده نتيجة تقصيره في دفع الحادث. فإذا تعهد المدين مثلا بتوريد بضاعة معينة، وحدث فيضان أدى إلى قطع طرق السيارات، إلا أن طريق السكك الحديدية بقي مفتوحا، فلا نكون حينئذ أمام ظرف طارئ موجب لتعديل العقد⁴. ومعيار التوقع هو معيار موضوعي يعتد فيه بالشخص العادي، فيعتبر الحادث إذن متوقعا إذا كان بوسع الشخص العادي توقعه، ولو كان المدين ذاته لم يتوقعه⁵.

ويرجع سبب الأخذ بهذا المعيار، هو أن الأخذ بالمعيار الشخصي يتنافى مع العدالة؛ إذ قد يؤدي إعماله إلى مكافأة الماهل على إهماله، وعدم تبصره، ومعاقبة الحريص المتبصر على حرصه وتبصره⁶. وتقدير مدى إمكانية توقع ودفع الحادث من عدمه، يعتبر مسألة موضوعية تدخل في رحاب سلطة القاضي التقديرية، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا، ما دام قد تم بناؤه على أسباب مستساغة⁷.

¹ - L.1195 du code civil français dispose: "si un changement de circonstances imprévisible..."

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.290.

³ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.250.

⁴ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.342.

⁵ - محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.250. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.306. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.319.

⁶ - محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.288.

⁷ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.548-549.

رابعاً- أثر الظرف الطارئ على التزام المدين:

لا يكفي توافر الشروط سالفة الذكر من أجل ثبوت أحكام الظروف الطارئة، بل إن ثبوت تلك الشروط على النحو الذي تم بيانه لا يفيد بالضرورة تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ إذ إن العبرة بأثر الحادث الطارئ على التزام المدين؛ ذلك أن إقرار المشرع لهذه النظرية لم يكن إلا من أجل رفع الإرهاق عنه، فإذا تخلف السبب تخلف الحكم تبعاً لذلك؛ باعتبار أن العلة تدور مع الحكم وجوداً وعدمًا.

وقد نصت على هذا الشرط المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري بقولها: "...وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي...".

كما نصت على هذا الشرط المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي بقولها: "...جعل التنفيذ مرهقاً للغاية"¹.

ويعتبر هذا الشرط جوهر النظرية؛ نظراً لتعلقه بأثر الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي، فإذا تبين أن تلك الظروف تؤدي إلى إرهاق المدين، وتهديده بخسارة فادحة، كان من حقه الاستفادة من الحماية المقررة له بموجب النص، وثبتت بذلك سلطة القاضي في تعديل العقد².

كما يعتبر هذا الشرط هو جوهر التفرقة بين نظامي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، ورغم اشتراكهما في أن كلا منهما لا يمكن توقعه، ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يختلفان في الأثر المترتب عنهما، فبالنسبة للقوة القاهرة فإنها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، أما الحادث الطارئ فلا يؤدي إلى استحالة التنفيذ؛ بل يقتصر أثره على إرهاق المدين في تنفيذ التزامه. ويترتب على ذلك أن المدين لا يتحمل تبعه الهلاك في حالة القوة القاهرة، أما في حالة الظرف الطارئ، فنظراً لأنه لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام، فإنه يتم رد الالتزام إلى الحد المعقول، وذلك بتوزيع الخسارة بين المدين والدائن، فيتحمل المدين شيئاً من هذا الحادث³.

¹- article 1195 de code civil français dispose: "...rend l'exécution excessivement onéreuse..."

²- محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 296.

³- عبد الرزاق السنهوري، الوحي، المرجع السابق، ص. 249. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 291. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 551. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 803.

ويلاحظ أن الوقائع المشككة للقوة القاهرة تتفق غالبا مع الوقائع المشككة للظروف الطارئة، كالحروب، والزلازل، والفيضانات، وغيرها. إلا أن الفارق الجوهرى بينهما يكمن في أثر هذا الحادث على التزام المدين¹. فإذا أدى الحادث إلى استحالة التنفيذ اعتبر قوة القاهرة، أما إذا اقتصر أثره على إرهاب المدين اعتبر ظرفا طارئاً².

وليس المقصود بشرط الإرهاب أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلًا فحسب؛ بحيث يرتب للمدين الضيق المادي المألوف، بل إن المقصود من هذا الشرط هو جعل الالتزام بالغ الإرهاب والعنت للمدين، يهدده بخسارة فادحة غير عادية، فكما يشترط في الحادث الطارئ أن يكون استثنائيا بالنسبة إلى طبيعته، يلزم كذلك أن يكون استثنائيا بالنسبة إلى أثره على تنفيذ الالتزام³. وقد نصت على هذا الأمر المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري بقولها: "... صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة".

وعند التأمل في شرط الإرهاب؛ يتبين أنه الشرط الوحيد الذي يرتب أثره على العقد، في حين أن الشروط الأخرى تكون خارجة عن نطاق العقد، وهذا الأثر يتجلى في صعوبة تنفيذ العقد؛ إذ إن تنفيذه مع ثبوت الحادث يؤدي إلى إلحاق خسارة بأحد المتعاقدين⁴.

وتقدير مدى إرهاب الحادث للمدين مسألة موضوعية، تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بناء على ظروف وملابسات كل قضية على حدة⁵؛ ذلك أن المشرع لم يقم بتعيين مقدارا حسابيا يتم على ضوئه تقدير الإرهاب؛ بل اكتفى بوصف هذا الإرهاب بالخسارة الفادحة؛ أي تلك الخسارة غير المألوفة⁶. ونظرا لاعتبار مسألة تقدير الإرهاب موضوعية على هذا النحو، فيشترط التمسك بها أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا⁷.

¹ - سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 162.

² - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 321.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 550-551.

⁴ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ص. 252.

⁵ - محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 361. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 551. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 307.

⁶ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 401.

⁷ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 805.

وبخصوص معيار تقدير الإرهاق، فقد انقسم الفقه بشأن ذلك إلى ثلاثة آراء، فيرى أولها¹ -وهو الرأي الغالب- أن الإرهاق فكرة موضوعية ينظر فيها إلى ظروف الصفقة، دون اعتبار لظروف المدين الشخصية؛ أي أن القاضي عند تقديره مدى إرهاق المدين لا ينظر إلى المركز المالي للمدين؛ بل يقتصر في نظره إلى الخسارة؛ هل خرجت عن الحد المألوف، أم لا؟

وبناء على ذلك، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تقدير الخسارة يتم حسابه بناء على الصفقة في حد ذاتها، لا إلى مجموع ثروة المدين، فيجوز للحكومة مثلا التمسك بأحكام الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها، ولا يقال أن الميزانية الضخمة للحكومة تحول دون تطبيق النظرية².

كما لا ينتفي عنصر الإرهاق أيضا إذا كان المدين قد أسعفته ظروف معينة خارجة عن الصفقة المرهقة، فلو التزم تاجر بتوريد قمح، وقام بتخزين جزء منه، دون توقعه غلاء السعر، ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين والتزامه بتوريد القمح، ثم ارتفع السعر بعد ذلك نتيجة لظرف طارئ أضعاف مضاعفة، جاز له التمسك بتطبيق نظرية الطارئة. أما المكسب الذي يحققه من القمح المخزن فلا شأن للدائن به³.

ويرى أنصار هذا المعيار أن إعماله يؤدي إلى تحقيق العدالة العقدية بين طرفي العقد⁴. وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا المعيار في العديد من قراراتها، وعلى سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 15/12/1970، والذي جاء فيه: "تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول -طبقا للمادة 3/147 التي تقابلها المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري- رخصة من القانون، يجب

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.ص. 723-724. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 198. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 247. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 292. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 148. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 343. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 100. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 804. محمد ليب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 361. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 552. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 231. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 307. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 96. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 321. سمير تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 163.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 724.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 308.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة، المرجع السابق، ص. 401.

لاستعمالها تحقق شروط معينة، أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ومناطق هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها، لا الظروف المتعلقة بشخص المدين¹.

وخلافا للرأي السابق، يرى اتجاه ثان أن المعيار الذاتي هو الذي يجب التعويل عليه في تقدير مدى إرهاق المدين، فإذا كان هذا الأخير غنيا فقليلا ما يكون تنفيذ الالتزام بالنسبة إليه مرهقا، ولو زاد مقداره أضعافا مضاعفة عن العوض المتحصل عليه، ما دام يستطيع تحمله مقارنة بثروته².

بينما ذهب اتجاه ثالث إلى القول بضرورة الجمع بين المعيارين في سبيل تقدير مدى إرهاق المدين، ودليلهم على ذلك ما يلي³:

- أن الظرف الطارئ نفسه قد يؤدي إلى إرهاق المدين، وتهديده بخسارة فادحة بالنظر إلى الصفقة ذاتها، مع إمكانه بالنسبة للظروف الشخصية أو الاقتصادية تنفيذ التزامه، وتحمل ما يلقي على عاتقه من عبء نتيجة وقوع ذلك الظرف، إلا أن في الوقت نفسه قد يتعذر حصوله بالنسبة لشخص آخر؛ إذ يؤدي ذلك الحادث إلى استحالة تنفيذه لالتزامه. ويمثل هذا الاتجاه لهاته الحالة بتعهد شخص بتوريد القمح بسعر معين لفترة محددة، وأثناء تنفيذ الالتزام تغيرت الظروف لسبب من الأسباب العامة، مما أدى إلى ارتفاع ثمن القمح ارتفاعا فاحشا، فأصبح هذا المتعاقد عاجزا عن تنفيذ التزامه، حتى في حالة توزيع الخسارة بينه وبين الدائن، مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، في حين يمكن لمتعاقد آخر ارتبط بمثل ذلك الالتزام، وفي الظروف نفسها، تحمل آثار الظرف الطارئ؛ نظرا لظروفه الشخصية والاقتصادية، فيكون أعمال أحكام الظروف الطارئة بالنسبة إليه ممكنا في هذه الحالة. وبالتالي فإن الظرف نفسه قد يؤدي إلى استحالة التنفيذ في حالة، كما قد يقتصر على إرهاق المدين في حالة أخرى.

- كما يستدل أصحاب هذا الاتجاه على موقفهم؛ عن طريق تحليل النصوص المتعلقة بتطبيق أحكام الظروف الطارئة؛ إذ لم تشر تلك النصوص إلى وجوب اتباع معيار معين في سبيل تقدير مدى إرهاق المدين، بل إن النصوص على خلاف ذلك قد وردت بصفة عامة. وبالتالي فإن تخصيص المدين بالذكر،

¹ - نقض مدني مصري، رقم: 1234، تاريخ 15 ديسمبر 1970 نقلا عن: محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 297.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة، المرجع السابق، ص. 400.

³ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 297 وما

بعدها.

وربط المسألة بالظروف، وتوجيه القاضي إلى الموازنة بين مصلحة الطرفين، كلها عوامل تؤكد صحة هذا الرأي القائل باعتداد المشرع أيضا بالظروف الشخصية.

- كما أن تنوع الالتزامات واختلافها من حيث طبيعتها تفرض اعتماد معيار مزدوج عند تقدير المسألة؛ ذلك أن الاختصار على المعيار الموضوعي من شأنه أن يؤدي إلى ظلم وتعسف.

- وأخيرا يستدل أصحاب هذا الرأي على موقفهم بما ورد في التشريعات العربية من تنظيم لهذه النظرية؛ إذ لم تكثف تلك التشريعات بتنظيم نظرية عامة للظروف الطارئة فحسب، بل أوردت إلى جانب ذلك المبدأ العام، العديد من التطبيقات في نصوص خاصة، كتلك الواردة في عقد المقاولة¹. وباستقراء جميع هذه التطبيقات يلاحظ اعتدادها بالظروف الشخصية للمتعاقد.

وتجدر الإشارة، إلى انفراد المشرع السوداني عن باقي التشريعات بوضع مقدار يتم تحديده على ضوءه مدى إرهاب المدين؛ إذ تنص المادة 02/117 من قانون المعاملات المدنية السوداني على ما يلي: "لا يعتبر الالتزام مرهقا إلا إذا زادت الخسارة على ثلث الالتزام".

وبذلك يكون المشرع السوداني قد فضل عدم مسايرة التشريعات العربية، واعتمد معيارا حسابيا ثابتا يتم تقدير الإرهاب على ضوءه².

وقد أخذ المشرع السوداني هذه المسألة من الفقه الإسلامي -ولا سيما المذهب المالكي- الذي قال بوجوب تقدير الجائحة على ضوء الثلث مثلما سنبين لاحقا.

الفرع الثالث: ضوابط التدخل القضائي في نظرية الظروف الطارئة

لم يكتف المشرع بالنص على مسألة الظروف الطارئة، وترك القاضي وحيدا يواجه مختلف القضايا، دون وجود ضوابط من شأنها إرشاده في سبيل ممارسة مهامه، بل نص على العديد من الضوابط التي من شأنها تيسير ممارسة القاضي لسلطته التقديرية.

فمراعاة الظروف المحيطة بالعقد من ناحية، وكذا وجوب الموازنة بين مصلحة الطرفين من ناحية أخرى، يعتبران ضابطان يعول عليهما كثيرا في توجيه القاضي خلال النظر في دعوى الظروف الطارئة. من

¹ - ينظر: المادة 03/561 من القانون المدني الجزائري.

² - ريم عبد الباقي حمزة، القوة الملزمة للعقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة النيلين، السودان، 2017، ص.ص. 256-257.

أجل ذلك وجب على القاضي، وبعد ثبوت شروط تدخله في العقد بدعوى الظروف الطارئة، مراعاة هذين الضابطين، والاستناد عليهما في إطار ممارسة مهمته، المتمثلة في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول¹.

كما حرص المشرع من جهة أخرى على وضع ضابط آخر، استهدف من خلاله توجيه سلطة القاضي؛ كي لا تكون مطلقة بلا حدود، وذلك بإيراده لعبارة: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فبالتالي فإن المشرع قد اعتبر المعقولة ضابطا هاما موجها لسلطة القاضي².

وبناء على ما سبق، فإن دراسة ضوابط سلطة القاضي خلال دعوى الظروف الطارئة لا يتأتى إلا من خلال التطرق للمسائل الثلاث سالفة الذكر.

أولاً - مراعاة الظروف المحيطة بالعقد:

نصت المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري على هذا الضابط بقولها: "جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول".

فيلاحظ من خلال هذا الضابط، أن المشرع من خلال اعتماده، إنما أراد توسيع سلطة القاضي التقديرية، فرغم أن هذه العبارة تعتبر ضابطا من ضوابط التدخل القضائي؛ إلا أن ذلك لا يعني أنها تشكل في الوقت نفسه قيда على تدخل القاضي في تعديله للعقد، بل إن ذلك معناه أن الظروف المحيطة بالمتعاقدين، وظروف التعاقد أو التنفيذ، وما يمكن توقعه من ظروف لاحقة، تختلف باختلاف القضايا والعقود؛ ذلك أن كل قضية تتميز بظروف خاصة تحيط بها³.

ومن الظروف المحيطة التي يجب على القاضي التثبت منها، هي عدم إمكانية دفع الطرف الطارئ من قبل المدين، فإذا وقع حادث معين، إلا أن المدين كان في استطاعته توقيه ببذل جهد معقول، فلا يحق له الاستفادة من أحكام الظروف الطارئة. كما يتوجب على القاضي أيضا مراعاة مدى تعاون المدين وتنفيذه التزاماته وفق مبدأ حسن النية⁴.

وبناء على ذلك، فإنه يتوجب على القاضي عدم إهمال أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية أو بالعقد محل الطعن، والتي من شأن النظر إليها، وأخذها بعين الاعتبار، الوصول إلى الحل العادل الذي

¹ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 253.

² - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والمصري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 301.

³ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 254.

⁴ - عاطف كامل مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018، ص. 364.

ابتغاه المشرع، وأسند للقاضي مهمة الوصول إليه. فعبارة "تبعاً للظروف" تفتح المجال واسعاً أمام القاضي؛ من أجل التدخل ورفع الإرهاق عن المدين، فكما من شأن الظروف المحيطة إلهام القاضي بتأجيل تنفيذ الالتزام مؤقتاً، وذلك في حالة إذا ما تبين له أن الظرف الطارئ وقي، ومقدر له الزوال، فإنه يمكن للقاضي من خلال الظروف المحيطة بالعقد أن يرى عدم تطبيق أحكام الظروف الطارئة، وتعديل العقد، وبالتالي إلزام المدين بتنفيذه رغم وقوع الحادث الطارئ، كأن يتضح للقاضي عدم أحقية المدين في استفادته من أحكام الظروف الاستثنائية؛ لمماطلته في التنفيذ؛ إذ لولا تلك المماطلة لتم تنفيذ الالتزام في الظروف العادية قبل وقوع الحادث الطارئ، فتعديل العقد في هذه الحالة، وتوزيع عبء الظرف الطارئ يعتبر خروجاً عن مبدأ العدالة. وعلى ذلك فإن الالتزام الذي يتراخى تنفيذه إلى غاية نشوء الحادث الطارئ بسبب خطأ المدين؛ سواء بتقصيره، أم بإهماله، لا تنطبق عليه أحكام الظروف الطارئة باتفاق الفقه والقضاء¹.

ثانياً- قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين:

يتمثل هذا الضابط في إجراء القاضي المقارنة بين مصلحة طرفي العقد على حد سواء، ثم يقوم بعد ذلك باختيار الجزء المناسب للحالة المعروضة أمامه، فمصلحة المدين تكمن في الأخذ بيده، وعدم تركه يواجه تلك الظروف المرهقة التي أثقلت كاهله، أما مصلحة الدائن فتكمن في رغبته في تنفيذ الالتزام بالشكل المتفق عليه عند تكوين العقد، دون تعديل. وهنا يأتي دور القاضي الذي عليه الموازنة بين طرفي النقيض²، لذلك وجب عليه اتباع معيار موضوعي، ولا شك أن مسألة الموازنة تعتبر مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى³.

وبناء على ما تقدم، فإن وظيفة القاضي تكمن في توزيع تبعه الظرف الطارئ؛ ذلك أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة عن طريق إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، بعدما أدى الظرف الطارئ إلى إحلال جسيم وخطير بمراكز أحد المتعاقدين، فأدى بدوره إلى إرهابه إرهاباً شديداً. فالعقد وقت إبرامه قد تم على مصالح متوازنة بين طرفيه، إلا أن تغير الظروف الاقتصادية قد حال دون بقاء ذلك التوازن عند تنفيذ العقد، فأصبح طرفا العقد ما بين كاسب وخاسر، ففي الوقت الذي تلحق أحدهما خسارة فادحة، يتحقق للآخر ثراء فاحشاً، كأن يلتزم شخص بتوريد سلعة معينة خلال مدة

¹ محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.302-303.

² محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.433-434.

³ أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص.68.

محددة، ثم يرتفع سعر تلك السلعة المتفق على تواريخها ارتفاعا فاحشا غير متوقع نتيجة ظرف استثنائي. وهنا يثور الإشكال: هل يلتزم المدين بنفس شروط العقد المتفق عليها عند التكوين، أم أن العدالة تقتضي رفع الضرر عنه، وتوزيع تبعة الحادث الطارئ بين الطرفين؟ وذلك عن طريق تحميل كل منهما جزءا من الزيادة غير المتوقعة للسعر بعد ارتفاع ثمن السلعة نتيجة ذلك الظرف الطارئ. ولذا، فقد حرص المشرع على أن تعديل القاضي للعقد يكون من خلال رد الالتزام إلى الحد المعقول، وذلك بعد تقدير الظروف المحيطة، وإجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين. وهذه الموازنة تتم على ضوء الظروف الاستثنائية الجديدة، مقارنة بالظروف المبرم في ظلها العقد، مما يؤدي إلى تكريس العدالة والإنصاف. وهو ما عبر عنه المشرع بقوله: "وبعد مراعاة مصلحة الطرفين"¹.

وغني عن البيان، فإن نظرية الظروف لا تعني إزالة كل أثر للإرهاق عن المدين، وإلقائه على عاتق الدائن، بل يتعين على القاضي توخي الدقة في سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، من خلال توزيع تبعة الظرف الطارئ على المتعاقدين، فإذا فضل زيادة عبء الدائن، ينبغي عليه عدم المبالغة في تلك الزيادة إلى الحد الذي يزيل الإرهاق كليا عن المدين².

ثالثا- معيار المعقولية كحد لسلطة القاضي:

لا شك أن اتباع المشرع ضابط الحد المعقول في رد الالتزام يؤدي إلى نتائج متوافقة مع العقل والمنطق، فبقدر الغنم يكون الغرم. والحد المعقول في النص سالف الذكر يعتبر معيارا مرنا، ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حدة. ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في هذا المجال؛ إذ يكون تحديده لهذا الحد من خلال نظره في القضية المعروضة أمامه، وتقديره ظروفها، ومصلحة طرفي العقد³.

ويعود سبب عدم تحديد التشريعات رقما ثابتا يتم تحديد الخسارة على ضوئه، إلى رغبتها في ترك زمام الأمر بيد قاضي الموضوع، الذي عليه تقرير مدى إرهاق المدين من عدمه. ويرجع إقرار هذا الحكم إلى تنوع العقود، وتأثر الخسارة في كل التزام بعوامل معينة قد لا يتأثر بها التزام آخر. كما أن للزمن تأثيرا بدوره على معيار الإرهاق، فما يعد مرهقا في زمن معين، قد لا يعتبر كذلك في زمن آخر⁴.

¹ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 255-256.

² - أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 68.

³ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 306.

⁴ - عاطف كامل مسلم الشوابكه، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، ص. 367-368.

الفرع الرابع: صور التدخل القضائي بسبب الظروف الطارئة

بشوت شروط نظرية الظروف الطارئة على النحو السابق بيانه، وبمراعاة ضوابط التدخل القضائي، فإنه يكون للقاضي بما له من سلطة تقديرية مقرر التدخل من أجل رفع الإرهاق عن المدين.

ونظرا لأهمية نظرية الظروف الطارئة، ودورها في حماية مصالح المتعاقدين الذين وجدوا أنفسهم أمام ظروف مستجدة مرهقة غير تلك المبرم في ظلها العقد، فإن المشرع لم يقيم بتحديد جزاء معيناً يمارس القاضي على ضوءه سلطته التقديرية، بل ترك المجال واسعا لهذا الأخير؛ من أجل ضمان فعالية الجزاء، وكذا عدم تقييد القاضي بوسيلة معينة جامدة قد لا تمثل حلا عادلا لجميع الحالات.

وبناء على ما تقدم، فإن صور تدخل القاضي بصدد الظروف الطارئة تتعدد بما يناسب كل حالة وقضية على حدة، فقد يكون التدخل القضائي في صورة إنقاص التزام المدين (أولا)، وقد يكون في صورة زيادة الالتزام المقابل (ثانيا)، أو وقف التنفيذ مدة معينة (ثالثا)، وأخيرا فسخ العقد (رابعا).

وتجدر الإشارة؛ إلى أن الجزاءات سالفة الذكر لم تكن محل اتفاق فقهي وتشريعي، بل على النقيض من ذلك، اختلف حول أعمال بعضها؛ سواء فقهاء، أم تشريعا.

أولا- إنقاص الالتزام المرهق:

يعتبر إنقاص الالتزام المرهق الوسيلة المناسبة للحد من نظرية الظروف الطارئة؛ ذلك لاتصالها بالالتزام المرهق اتصالا وثيقا.

ونتيجة لذلك؛ يعتبر الإنقاص الآلية الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، ويكون من خلال إعفاء المدين من تنفيذ جزء من الأداء الملتزم به أثناء التعاقد، أو تخفيض ثمن الشراء، أو إعفاء المدين من بعض الشروط¹.

وإنقاص الالتزام المرهق على هذا النحو يتحقق من خلال طريقتين؛ إما الإنقاص من حيث الكم، أو الإنقاص من حيث الكيف.

1- الإنقاص من حيث الكم:

وصورة هذه السلطة تتمثل في قيام القاضي بإنقاص الكمية التي التزم بها المدين، بالقدر الذي يرجع الالتزام المرهق إلى الحد المعقول². ومن ذلك تعهد تاجر بتوريد كمية كبيرة من القمح لأحد المعامل

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.403.

² - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص.261.

بالتسعييرة الرسمية، ثم يقل التداول بعد ذلك في السوق من القمح إلى حد كبير لظرف طارئ، كوقوع حرب حالت دون استيراد القمح، أو غير ذلك من الظروف، فيصبح من الصعب حينئذ على التاجر تنفيذ العقد بالشروط المتفق عليها عند التعاقد؛ أي توريده جميع الكميات المتفق عليها، فيجوز للقاضي في سبيل رد التزام التاجر إلى الحد المعقول في هذه الحالة إنقاص كميات القمح بالقدر الذي يراه مناسبا¹.

كما قد ينصب الإنقاص أيضا على قيمة الشيء، فإذا أدت ظروف طارئة إلى هبوط الأسعار بصورة كبيرة، جاز للقاضي في هذه الحالة إنقاص الثمن².

2- الإنقاص من حيث الكيف:

وقد يلجأ القاضي في سبيل إعادة الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إلى الإنقاص من حيث الكيف، ومثال ذلك تعهد شخص بتوريد كمية محددة من سلعة ذات جودة معينة، إلا أنه وأثناء تنفيذ الالتزام طرأت حوادث استثنائية أدت إلى إرهاب المدين؛ سواء بسبب ارتفاع الأسعار، أم بسبب ندرة السلعة محل التعاقد، فيعتمد القاضي في هذه الحالة إلى إنقاص التزام المدين من خلال منحه الحق لهذا الأخير في الوفاء بنفس كمية السلعة؛ لكن من جودة أخرى غير تلك المتفق عليها عند التعاقد³.

ويرى بعض الفقه عدم جواز إنقاص الالتزام المرهق على هذا النحو؛ ذلك أن تعديل العقد بهذا المنوال يؤدي إلى تغيير محل الالتزام، والمساس بجوهر العقد، خلافا لحالة الإنقاص من حيث الكم، التي تنصب على وسائل التنفيذ المتفق عليها بين المتعاقدين⁴.

ثانيا- زيادة الالتزام المقابل:

خلافا للصورة السابقة لتدخل القاضي، والتي يتعامل فيها القاضي مع التزام المدين، فإن القاضي في هذه الحالة يضع نصب عينه التزام الدائن، وكيفية التعامل معه؛ بغرض رفع أثر الحادث الطارئ. ويرى البعض⁵ أن هذه الصورة هي الأكثر شيوعا من الناحية العملية، وأكثرها تطبيقا.

¹ - شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقها في العقود المدنية، المرجع السابق، ص.194.

² - عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، المرجع السابق، ص.250.

³ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.312.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - المرجع نفسه، ص.313.

ويمثل الفقه لهذه الحالة بالتزام تاجر بتوريد كمية من الطحين، وكان سعر الطن من الحنطة خمسين دينارا مثلاً، ولكن نظراً لرداءة الحاصل، وعدم التمكن من استيراد الحنطة من الخارج ارتفع سعر الطن إلى مائة وعشرين ديناراً، ففي مثل هذه الحالة لم يكن في وسع المتعاقدين توقع الارتفاع الفاحش للأسعار إلى هذه الدرجة، وعليه، فإن القاضي في هذه الحالة، وبغرض رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، يقوم برفع السعر إلى درجة معقولة، فيتم توزيع الخسارة بين الطرفين على هذا النحو¹.

إلا أن ما يجب ملاحظته أن القاضي وعند إعماله لهذا الجزاء يتعين عليه مراعاة أمرين اثنين، وهما²:

- أولهما: أن القاضي لا يقوم برفع السعر إلى الرقم الذي بلغه بعد ارتفاع الأسعار، وإلا لكان في ذلك تحميل للدائن ليس تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار فحسب، بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف. والأصل أن الارتفاع المألوف والمتوقع للسعر يتحمله المدين، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف. وبالتالي فإن القاضي عند زيادته في التزام الدائن وجب عليه مراعاة ذلك.

- ثانيهما: أن القاضي عند رفعه للسعر أو زيادته في التزام الدائن بصفة عامة لا يقوم بإجباره على قبول تلك الزيادة، بل إن الدائن بالخيار في هذه الحالة؛ فإما أن يشتري بالسعر المحدد من قبل القاضي، أو أن يطالب بفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا في مصلحة المدين؛ إذ يزول عنه بذلك أي أثر للحادث الطارئ.

وغني عن البيان أن هذا الجزاء لا يمكن افتراضه إلا بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين؛ إذ لا يمكن تصور زيادة الالتزام المقابل في العقود الملزمة لجانب واحد؛ نظراً لعدم وجود أداء مقابل، فيبقى إنقاص الالتزام المرهق هو الجزاء الذي يتمشى مع طبيعة هذه العقود³.

وعلى خلاف الجزاء السابق، والذي كان محل اتفاق فقهي، فإن زيادة الالتزام المقابل لم يلق ذلك الإجماع، ويرجع هذا إلى تباين النصوص التشريعية في هذا الصدد. ويمكن حصر تلك المواقف التشريعية في ثلاثة توجهات، نص أولها صراحة على استبعاد هذا الجزاء، وهو ما قضت به المادة 02/146 من القانون

¹ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 344.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 726.

³ - عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 201.

المدني العراقي بقولها: "...جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك".

ولم تلق هذه العبارة قبولا فقهيا؛ إذ يرى البعض¹ أنه كان على المشرع العراقي استبدال عبارة إنقاص الالتزام المرهق بعبارة إزالة الإرهاق؛ من أجل إطلاق يد القاضي خلال النظر في دعوى الظروف الطارئة، وحكمه بالجزاء الذي يراه مناسبا وكل حالة.

وفي السياق نفسه، يرى اتجاه آخر² عدم دقة العبارة المستعملة من طرف المشرع العراقي؛ إذ كان الأولى به هو استعمال عبارة تعديل العقد.

فيما نصت تشريعات أخرى صراحة على جواز أعمال هذا الجزاء، ويمثل هذا التوجه المشرع الكويتي في المادة 198، وكذا المشرع البحريني في المادة 130 من القانون المدني، حيث جاء فيهما ما يلي: "...جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه، أو يزيد في مقابله، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

بينما سككت التشريعات الأخرى عن بيان هذه المسألة. ويمثل هذا الموقف المشرع المصري، ومن حذا حذوه من تشريعات³، على غرار المشرع الجزائري في المادة 03/107 من القانون المدني.

إلا أنه بالرجوع للمشروع النهائي للقانون المدني المصري، فقد كان ينص على عبارة "ينقص الالتزام إلى الحد المعقول"، إلا أن لجنة القانون المدني ارتأت استبدال تلك العبارة بعبارة "رد الالتزام المعقول"؛ توخيا للدقة في المعنى. فيتبين من خلال هذا انصراف نية المشرع المصري إلى أعمال هذا الجزاء⁴.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فيرى البعض⁵ عدم إمكانية أعمال هذا الجزاء -والمتمثل في زيادة التزام الدائن- ذلك أن النص الفرنسي للمادة 03/107 قد استعمل عبارة "réduire"، والتي تفيد الإنقاص، لا الزيادة في التزام الدائن، وبالتالي فإن نية المشرع صريحة في عدم أعمال هذا الجزاء، كما يتساءل

¹ - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.353.

² - مندر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.218.

³ - ينظر: المادة 02/148 من القانون المدني السوري، والمادة 02/147 من القانون المدني الليبي، والمادة 151 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 211 من القانون المدني اليمني، والمادة 02/171 من القانون المدني القطري، والمادة 117 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 159 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 249 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.725.

⁵ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.404-405.

صاحب هذا الرأي عن الأساس القانوني لهذه الزيادة؛ ذلك أن مصدر التزام الدائن هو الإرادة، فكيف يتم إلزامه بغيرها؟ لا سيما وأن الأمر هنا يتعلق بالالتزام الرئيسي، لا بمستلزمات العقد.

وقد يرى القاضي الجمع بين الصورتين السابقتين (الإنقاص والزيادة)، فإذا تعهد تاجر بتوريد كمية من السكر، وحدث ظرف طارئ أدى إلى قلة كميات السكر المتداولة في الأسواق بصورة كبيرة، مما يجعل توريد الكميات المتفق عليها أمرا مرهقا للمدين، وفي الوقت نفسه ترتفع أسعار السكر إلى الضعف مما كانت، فيجوز للقاضي في هذه الحالة الجمع بين الإنقاص والزيادة، وذلك بإنقاص الكمية المتفق عليها من جهة، وزيادة ثمن السلعة في الجهة المقابلة¹.

ويلاحظ عدم الاختلاف بين إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل، لا من حيث النتيجة المترتبة عنهما، ولا من حيث الضوابط الواجب مراعاتها عند إعمال أي منهما، ولا من حيث الصعوبات العملية التي تعترض القاضي في سبيل إعمالهما، وذلك على النحو التالي²:

- **فمن حيث النتيجة:** يترتب عن إعمال كل منهما تخفيف الإرهاق الواقع على عاتق المدين نتيجة حدوث الظروف الطارئة، وذلك من خلال تحميل الدائن جزءا من الإرهاق، عن طريق؛ إما إجباره على إعفاء المدين من جزء من التزاماته؛ سواء من حيث الكم، أم من حيث الكيف كما في حالة الإنقاص، أو دفع تعويض معين للمدين، وذلك في حالة الزيادة (مع حق الدائن بالرفض، والمطالبة بفسخ العقد في هذه الحالة مثلما بيّنا سابقا) .

- **من حيث الضوابط:** يتوجب عند إعمال أي من الجزأين تحمل المدين تبعه الحادث المألوف أولا، ثم يقوم بعد ذلك القاضي؛ إما بإنقاص التزام المدين، أو زيادة التزام الدائن. كما أن إعمال أحد الجزأين لا يكون إلا بالنسبة لالتزام قائم، وفي طريق التنفيذ، أما الالتزام الذي تم تنفيذه، فلا محل لإعمال أحكام الظروف الطارئة فيه، حتى لو ادعى من قام بتنفيذه بوجود ظروف طارئة عند التنفيذ أرهقت كاهله، وكذلك لا يتم إعمال الجزأين بالنسبة للمستقبل.

- **من حيث الصعوبات:** إن الصعوبة التي تعترض القاضي في سبيل إعمال جزاء الإنقاص، هي نفسها التي تعترضه عند إعمال الزيادة، ففي كلتا الحالتين يثور التساؤل عن النسبة التي يستند إليها القاضي عند

¹ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 314.

² - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 264-265.

إعمال الجزاء؛ ذلك أن غالبية التشريعات لم تقم بتحديد النسبة التي يتوجب على القاضي رد الالتزام إليها؛ بل تركت ذلك لمحض تقديره.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي، وبصدد رد التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول، لا يرفع كل خسارة على عاتق المدين؛ إذ لو قام بذلك لأدى هذا إلى إصابة الدائن بخسارة فادحة، بل إن وظيفة القاضي تكمن في الحد من فداحة الخسارة اللاحقة بالمدين، فينزل بها إلى الحد العادي والمألوف، ويقوم بعد ذلك بتوزيع الخسارة غير المألوفة على المتعاقدين، بما يراه متلائما مع مصلحة الطرفين¹.

كما تجب الملاحظة، أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول؛ سواء عن طريق إنقاص التزام المدين، أم زيادة التزام الدائن لا يكون إلا بالنسبة للحاضر، ولا شأن للقاضي للمستقبل؛ لأنه غير معروف، فإذا زال أثر الظرف الطارئ، عاد العقد إلى أصله، وقوته الملزمة².

ثالثا- وقف تنفيذ الالتزام المرهق:

قد يؤثر القاضي عدم إعمال الجزاءين السابقتين، والاقتصار عند نظره في الدعوى على وقف تنفيذ العقد لمدة معينة.

ويلجأ القاضي إلى هذا الجزاء إذا تبين له أن الحادث وقي، قد يزول في المستقبل القريب³. ويشترط من أجل إعمال هذا الجزاء ألا يلحق الدائن من وقف التنفيذ ضررا جسيما⁴.

ويضرب الفقه لهذه الصورة مثال التزام مقاول بإقامة مبنى، ثم ترتفع الأسعار بعد ذلك نتيجة لظرف طارئ ارتفاعا فاحشا، إلا أن هذا الارتفاع قد أوشك على الزوال؛ لقرب انفتاح باب الاستيراد،

¹ - محمد ليب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ص.ص. 261-262. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.ص. 290-291.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 727. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 152. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 247. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.ص. 808-809. شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 196.

³ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 294. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص. 290. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 807. شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 197.

⁴ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 274.

فيلجأ القاضي في هذه الحالة إلى وقف تنفيذ التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه؛ حتى يتمكن المقاول من تنفيذ التزامه دون إرهاب، بشرط أن لا يلحق الدائن ضرراً جسيماً من وراء ذلك¹.

وقد طبقت المحكمة العليا هذا الجزاء في أحد قراراتها، والذي جاء فيه: "حيث أنه بالرجوع إلى المادة 106 من ق.م.ج، فإن العقد شريعة المتعاقدين، وفي الدعوى الرهانة الطاعنة طلبت فسخ عقد البيع؛ لعدم احترام من قبل المطعون ضدها شروط البيع، لكن قضاة المجلس طبقوا نص المادة 119 من ق.م. الفقرة 02 منها متى منحوا أجلاً للمطعون ضدها لتنفيذ التزاماتها، واعتمدوا في قضائهم على الظروف الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية سنة 1994؛ إذ طرأت حوادث استثنائية عامة ترتب عنها عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة... وعليه حين قضاة الموضوع منحوا أجلاً للمطعون ضدها للوفاء بالتزاماتها، فإنهم أحسنوا في تطبيق القانون، فالوجه غير مؤسس يتعين رفضه، ورفض هذا الطعن، مع تحميل الطاعنة المصاريف القضائية، طبقاً للمادة 207 من ق.إ.م"².

ويظهر أن المحكمة العليا قد استندت في قرارها على مضمون المادة 02/119 التي تتيح للقاضي منح المدين أجلاً للتنفيذ خلال نظره في دعوى الفسخ، إلا أنه ومن جانب آخر، فإن تعليل حكمها كان بناء على وقوع ظروف استثنائية عامة طرأت بعد إبرام العقد، مما يفيد ضمناً تطبيق أحكام الظروف الطارئة.

ويلاحظ أن التعديل على هذا النحو لا مساس فيه بالعناصر الموضوعية أو المادية للعقد؛ حيث تظل أداءات الطرفين محتفظة بمقاديرها وقيمتها؛ إذ يتعلق التعديل في هذه الحالة بعنصر الزمن المتفق عليه بين المتعاقدين³.

ويرى بعض الفقه أن وقف القاضي تنفيذ العقد خلال النظر في دعوى الظروف الطارئة، يعتبر تطبيقاً من تطبيقات نظرة الميسرة المنصوص عليها في المادة 281 من القانون المدني الجزائري، من أجل ذلك وجب عدم تجاوز توقف العقد مدة سنة، وذلك توحيداً للأحكام⁴.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 725.

² - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 212782، العدد: 01، سنة: 2001، قرار بتاريخ: 12-01-2000، ص. 114-116.

³ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 315.

⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 101. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 808.

وعلى الرغم من هذا التقريب بين وقف تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة، ومنح المدين نظرة الميسرة، إلا أن ذلك لا ينفي اختلافهما من حيث سبب إعمالهما، فبالنسبة لنظرة الميسرة، فإنها تمنح بسبب خاص بالمدين وحده، بينما لا يمنح الأجل في الظروف الطارئة إلا إذا كان السبب استثنائيا عاما¹. وعلى غرار الجزاء السابق، فإن هذا الجزاء بدوره لم يلق إجماعا فقهيًا؛ إذ يرى البعض² عدم جواز وقف القاضي تنفيذ العقد عند نظره في الدعوى؛ ذلك أن النص قد قيد سلطة القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبالتالي فإن الصياغة على هذا النحو لا تتيح للمدين التحرر من التزاماته، ولو مؤقتا.

رابعا- إنهاء العقد:

رأينا أن معظم التشريعات لم تقيد القاضي باتباع طريقة معينة في سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إلا أن التساؤل الذي يثور في هذا المجال: هل يدخل فسخ العقد ضمن الصلاحيات الموكولة للقاضي في إطار نظرية الظروف الطارئة، أم أن مهمته تقتصر على تعديل العقد فقط، دون إنجائه؟ وقبل أن نجيب على هذا التساؤل، نشير إلى تباين موقف التشريعات في هذه المسألة بين مجيز لها صراحة، وسأكت عن بيانها.

ومن بين التشريعات الغربية التي نصت على سلطة القاضي في فسخ العقد، نجد قانون الالتزامات البولوني في مادته 296، وكذا القانون المدني الإيطالي في مادته 1467، مع ملاحظة فقط أن الفرق بين التشريعين يكمن في جعل المشرع البولوني الفسخ حلا احتياطيا في حالة تعذر تعديل العقد، أما بالنسبة للمشرع الإيطالي، فقد جعل من الفسخ جزاء أصليا على وقوع الظروف الطارئة، وأعطى في الوقت نفسه للدائن حق توقي الفسخ من خلال عرضه تعديلا لشروط العقد، بما يتوافق والظروف المستجدة³.

ومن بين التشريعات التي نصت أيضا صراحة على سلطة القاضي في فسخ أو إنهاء العقد، نجد المشرع الفرنسي في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي؛ حيث وسع هذا الأخير من نطاق سلطة القاضي عند النظر في دعوى الظروف الطارئة، وأعطى له سلطة إنهاء العقد بالشروط التي يقررها، وفي الوقت الذي يحدده، وذلك في حالة تعذر إمكانية تعديل العقد لأي سبب كان⁴.

¹ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص. 448.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 564.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 727-728.

⁴ - Bilal Atmani et Philippe Delebecque, la théorie de l'imprévision: étude en droit algérien et français, op. cit. p.559.

وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي المعدل 2016 بقولها: "...جاز للقاضي بناء على طلب أحد المتعاقدين مراجعة العقد أو إنهائه"¹.

أما بالنسبة للتشريعات التي لم تنص صراحة على سلطة القاضي في فسخ العقد، ومن بينها المشرع الجزائري، والتشريعات العربية، فيرى غالبية الفقه² أنه لا يجوز للقاضي فسخ العقد في هذه الحالة؛ ذلك أن الالتزام المرهق يبقى، ولا ينقضي بالحادث الطارئ، على غرار ما هو الحال عليه في القوة القاهرة، فتتوزع بذلك تبعة الظرف الطارئ بين طرفي العقد، ولا يتحملها المدين منفرداً³. أما أعمال الفسخ، فينتج عنه تحميل الدائن وحده عبء الحادث الطارئ⁴.

وإضافة إلى ما سبق، يرى أنصار هذا الرأي أن عدم جواز الفسخ يجد مبرره أيضا في الأسباب التالية⁵:

- أن القول بجواز فسخ العقد مخالف لما هو مستقر عليه فقها وقضاء؛ من أن الفسخ لا يكون إلا في حالة الاستحالة، دون الحالات التي يتبين فيها أن ثروات المدين قد أصبحت غير قادرة على تنفيذ العقد، رغم تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة. وبالتالي فإن القول بجواز المطالبة بالفسخ ينم على خلط واضح بين فكري الظروف الطارئة والقوة القاهرة.
- أن عدم الفسخ يعبر عن إرادة المشرع في الإبقاء على العقد، وتوزيع تبعة الحادث الطارئ بين الطرفين، وهو ما يؤدي إلى الحفاظ على قوة العقد الملزمة، واستقرار المعاملات تبعا لذلك.

¹- L.1195 du code civil français dispose: "le juge peut, a la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, a la date et aux conditions qu'il fixe".

²- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص.727. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.101. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.563. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.291. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.247. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.809. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.310. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.200. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.323.

³- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، ص.251. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.809.

⁴- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.234. محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، القسم الأول، ص.290.

⁵- محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.460 وما بعدها.

- أن المشرع المصري - والتشريعات العربية من بعده - قد أخذوا بنظرية الظروف الطارئة من التشريعات الغربية التي كانت سبابة إلى إقرار هذه النظرية، كالتشريع البولوني، والتشريع الإيطالي. وقد كان المشرع بالخيار؛ إما تبني نفس أحكام النظرية لدى تلك التشريعات، أو الأخذ بالنظرية مع التعديل في بعض أحكامها. وهذا ما فضلته تلك التشريعات؛ إذ نصت التشريعات الغربية صراحة على جواز الفسخ، بينما سكنت التشريعات العربية عن حالة الفسخ، مما يفيد أن رغبة المشرع هي عدم نقل ذلك الحكم من تلك التشريعات.

وخلافا للرأي السابق، يرى جانب آخر إمكانية فسخ العقد؛ ذلك أن الفسخ حسبهم قد يعتبر في بعض الأحيان وسيلة حقيقية لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإذا شرع المدين في تنفيذ العقد، وأنجز جزءا من التزاماته رغم الإرهاق، فإنه يجوز للقاضي في هذه الحالة إعفائه من الجزء المتبقي من التزاماته¹. وتجدد الإشارة، أن المشرع الجزائري - والتشريعات العربية - قضى بعدم إمكانية الاتفاق على مخالفة أحكام الظروف الطارئة، وذلك في المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري بقولها: "...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وقد نص على هذا الحكم جل التشريعات العربية، ما عدا المشرع اليمني² الذي اكتفى بتنظيم نظرية الظروف الطارئة، دون النص على اعتبار أحكامها من النظام العام.

وبناء عليه، فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق مسبقا على استبعاد سلطة القاضي في تعديل العقد، عن طريق وضع شرط يقضي بذلك³.

ويلعل الأستاذ عبد الرزاق السنهوري سبب تبني هذا الحكم بقوله: "إن الجزء قد يغدو صوريا لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوي أن يملئ شرط المخالفة دائما على المتعاقد الضعيف، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه التقنين الجديد بهذا النص"⁴.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 405.

² - ينظر: المادة 211 من القانون المدني اليمني.

³ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 234. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 345. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 809. حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص. 153. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 247. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 101. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 310. سمير تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 165-166.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 728. الهامش رقم: 02.

إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولا لدى البعض¹، والذي يرى أن هذا المبرر الذي يجعل حكم الظروف الطارئة من النظام العام لا وجود له من الناحية العملية، وذلك لأسباب عدة، منها أنه لا يمكن التنبؤ بأثر الظرف الطارئ على أي من الالتزامين، فقد يكون من أثر وقوع ظرف معين؛ إما ارتفاع، أو انخفاض قيمة محل العقد، وبالتالي فإن الشرط المتعلق باستبعاد أحكام الظروف الطارئة يسري على الطرفين على حد سواء. إضافة إلى أنه في حالة استغلال أحد المتعاقدين لمركز القوة في مواجهة الآخر، ودفعه إلى قبول بند عدم جواز إعادة النظر، فإن هناك آليات أخرى يمكن اللجوء إليها؛ من أجل عدم إعمال هذا البند، كنظام الشروط التعسفية، لا سيما في ظل التوجه الحديث الذي يسعى إلى مد أحكام الشروط التعسفية، وعدم حصرها في نطاق عقود الإذعان.

أما بالنسبة للأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي، فيرى أن إعمال نظرية الظروف الطارئة يعد مظهرا من مظاهر العدالة الاجتماعية؛ لذلك تم اعتبارها من النظام العام².

إلا أنه، وإن كان المشرع قد حظر الاتفاق على استبعاد أحكام الظروف الطارئة عند التعاقد، أو قبل وقوع الظروف الطارئة على النحو المبين، إلا أن ذلك لا يمنع من جواز الاتفاق على استبعاد أحكام الظروف الطارئة بعد وقوع الظرف الطارئ. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: "هذا، ويجوز للمدين المرهق بعد وقوع الحادث الطارئ أن يتفق مع دائنه على ما يخالف هذا الجزاء؛ إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على المدين، فيجوز للمدين إذن أن ينزل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ، وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملا غير منقوص"³.

إلا أن هذا التعليل لم يكن محل تسليم من طرف جانب فقهي⁴؛ إذ يتساءل في هذا الصدد: "هل زال مركز القوة الذي كان فيه الدائن عند إبرام العقد بعد حدوث الظرف الطارئ؟ فالأكيد أن الإجابة ستكون ب "لا"، بل إن الضغط سيزداد قوة بعد حدوث الظرف، ما يجعل هذا التبرير غير منطقي".

ويظهر لنا أن هذا الرد مجانب للصواب؛ إذ المقصود بالضغط على المدين عند التعاقد هو إذعانه عند التعاقد، ولا شك أن حاجته مثلا للسلعة أو الخدمة يجعله مجبرا على قبول هذا البند المستبعد لسلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة، فهو عند التعاقد قد يكون مخيرا بين إبرام العقد مع ذلك

¹ - بلال عثمان، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، المرجع السابق، ص. 311.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 566.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 728-729. الهامش رقم: 02.

⁴ - بلال عثمان، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، المرجع السابق، ص. 311.

البند، أو رفض ذلك البند، وبالتالي عدم التعاقد، والاستفادة من تلك السلعة أو الخدمة. من أجل ذلك فهو يختار الحل الأول؛ لعدم قدرته على الاستغناء عن تلك السلعة أو الخدمة، لا سيما إذا كانت من ضروريات الحياة. أما بعد التعاقد، ووقوع الظرف الطارئ، فلا يوجد ما يبرر إذعان المدين لذلك الشرط، فإذا رأى التنازل عن اللجوء إلى القضاء؛ لأن مصلحته المبتغاة من وراء التعاقد قائمة رغم ذلك الظرف، أو قد استفاد من امتياز آخر مقابل هذا التنازل، فلا ضير في ذلك.

ويلاحظ أنه بالرغم من تشدد المشرع في أحكام الظروف الطارئة؛ إذ لم يجز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة أحكام النظرية، إلا أنه قد أجاز في موضع آخر¹ الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة، رغم كون هذه الأخيرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، لا مرهقا فحسب.

ويبرر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هذه التفرقة بقوله إن: "الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطرا؛ بل يتقاضى ثمنه، أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد تدفع إليها حالة الاضطرار"².

إلا أن هذا الرأي انتقد من طرف بعض الفقه؛ حيث يرى عدم منطقية التشدد في أحكام الظروف الطارئة على هذا النحو؛ إذ لا يوجد ما يبرر تخصيص أحكام الظروف الطارئة بالنظام العام؛ باعتبار أن الحادث الطارئ هو حالة مخففة من القوة القاهرة، وما يقال في إحداها يصح أن يقال في الأخرى، ففكرة التأمين التي قد تدفع الشخص إلى تحمل تبعة القوة القاهرة قائمة أيضا في حالة الظروف الطارئة، وبذلك لا يعتبر تحمل المدين لتبعة الظرف الطارئ مغامرة كما قيل³.

وتجدر الإشارة، إلى أن هذا الحكم القاضي باعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، لا يعطي للمحكمة الحق في تعديل العقد بدعوى الظروف الطارئة من تلقاء نفسها، بل يجب التمسك بأحكام النظرية من طرف صاحب المصلحة في ذلك⁴.

وخلافا للتشريعات العربية، فإن المشرع الفرنسي لم ينص في تعديله 2016 على اعتبار أحكام الظروف الطارئة من النظام العام، ويظهر ذلك من خلال استقراء المادة 1195 من القانون المدني، كما يؤكد الفقه الفرنسي عدم انصراف نية المشرع إلى جعل المسألة من النظام العام؛ باعتبار أن المشرع لو أراد

¹ - ينظر: المادة 01/178 من القانون المدني الجزائري.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، ص. 251. الهامش رقم: 03.

³ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 270.

⁴ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 810-811.

جعل أحكام الظروف الطارئة من النظام العام لنص على ذلك صراحة، على غرار ما فعل بالنسبة للمادة 1104 التي اعتبرت أحكام حسن النية من النظام العام، وكذا المادة 1171 التي قضت باعتبار أحكام الشروط التعسفية في عقود الإذعان من النظام العام¹.

وفي الأخير نشير إلى أن بعض الفقه الجزائري، يرى ضرورة نقل 03/107 من القانون المدني الجزائري إلى الفقرة 02 من المادة 106؛ باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة تعتبر في الحقيقة استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، فكان لزاما ذكر الاستثناء مباشرة بعد ذكر القاعدة العامة².

المطلب الثاني: آليات مواجهة تغير الظروف الاقتصادية في ضوء الفقه الإسلامي

بعد أن بيّنا في المطلب السابق مختلف الأحكام المتعلقة بالظروف الطارئة في التشريعات الوضعية، بقي لنا أن نبين مدى الأخذ بهذه النظرية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي. ونظرا لاعتبار مسألة تغير الظروف الاقتصادية، وإرهاق المدين مسألة قديمة بقدم العقود، فإن الفقه الإسلامي لم يبق في معزل عن حماية المدين الذي وجد نفسه في تلك الظروف؛ ذلك أن الفقه الإسلامي باعتباره فقها عمليا يواجه المسائل المطروحة التي تطفو إلى السطح، ولا يعيقه من ذلك وجود قواعد جامدة تحول دون إمكانية التدخل للأخذ بيد المدين. ولعل أبرز المسائل التي تعامل معها فقهاء الشريعة الإسلامية، ورأوا ضرورة حماية المدين فيها من تغير الظروف، نجد حالتي الجوائح في الثمار (الفرع الأول)، وفسخ الإجارة للعدر (الفرع الثاني).

ويرجع سبب اقتصار الفقه الإسلامي على تطبيقات متفرقة لفكرة الظروف الطارئة إلى سببين³؛ أولهما: أن الفقه الإسلامي لم يألف وضع النظريات العامة المتناسكة، فالفقه الإسلامي باعتباره فقها أصيلا إنما يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلولاً عملية ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني. وتبقى مهمة اكتشاف هذا التيار، وتشديد نظرية قانونية قائمة بذاتها من عمل الباحث بعد ذلك، وذلك من خلال استقراء مختلف التطبيقات، وصياغتها في قاعدة عامة، وثانيهما: أن الفقه الغربي قد اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة؛ نظرا لبلوغ قوة العقد الملزمة عنده مبلغا كبيرا، فأدى ذلك إلى محاولة

¹- Salma Seifelnasr, Regards croisés sur la théorie de l'imprévision en droit des pays arabes et en droit français, thèse de doctorat, université de Montpellier, France, 2020, p.338.

²- العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.788.

³- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء السادس، ص.64.

البحث عن آليات للحد من قوة العقد الملزمة، وذلك نزولا عند مقتضيات العدالة. وقد كانت المبالغة في تقديس مبدأ الإرادة نتيجة انتشار المذهب الفردي، وما نتج عنه من فلسفات تمجد الفرد والإرادة على حساب المجتمع. أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، وعلى خلاف الفقهاء الغربيين، فإن العبرة عنده دائما بقواعد العدالة عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد، وهذا ما أدى إلى فتح العديد من الثغرات؛ للخروج من حدة هذه القوة، دون الحاجة إلى إقرار مبدأ عام، ما دامت العدالة بمفهومها الواسع تعتبر أصلا يمكن الرجوع إليه دائما.

ويجب التنبيه، بأن اقتصار الأمر على تطبيقات معينة على هذا النحو، لا ينم عن قصور في الفقه الإسلامي، بل إن فقهاء الشريعة الإسلامية قاموا بمعالجة الأمر من خلال أكثر العقود شيوعا في ذلك الزمان. وهذا الفقيه الفرنسي إدوارد لامبير يعترف صراحة بتأصيل نظرية الظروف الطارئة لدى الفقه الإسلامي، وذلك في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة 1982، والذي جاء فيه ما يلي: "نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة ومثالية عن فكرة أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري في نظرية الظروف الطارئة، وكذا في القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام، تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وهو ما أقره القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة"¹.

وبناء على ذلك، فإننا سنعالج في هذا المطلب آليات مواجهة تغير الظروف الاقتصادية على ضوء أحكام الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مواجهة تغير الظروف الاقتصادية من خلال نظرية الجوائح

تعتبر نظرية الجوائح من بين أكثر النظريات التي تتصل اتصالا وثيقا بنظرية الظروف الطارئة. وتقوم هذه النظرية على بيع أصل الشمر على الشجر، أصابته جائحة بعد ذلك، فهل تكون تلك الجائحة من ضمان البائع أم المشتري؟ وللإجابة عن التساؤل سالف الذكر، فإننا سنتطرق إلى مفهوم الجائحة (أولا)، وإلى موقف الفقه الإسلامي منها (ثانيا)، وأخيرا بيان معيار تقديرها (ثالثا).

أولا- مفهوم الجائحة:

من أجل بيان مفهوم الجائحة لدى الفقه الإسلامي، يجب التطرق لمختلف التعاريف التي ساقها فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الصدد، ثم بيان شروط تطبيق النظرية.

¹ - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 790-791.

1- تعريف الجائحة:

عرف المالكية¹ الجائحة بأنها: "ما أتلّف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه".

كما عرفها البعض الآخر من فقهاء المالكية بصفة عامة بقولهم: "كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان فهو جائحة"².

أما بالنسبة للحنابلة³ فقد عرفوا الجائحة بأنها: "كل آفة لا صنع لآدمي فيها كجراد، وحر، وبرد، وعطش".

ويلاحظ من خلال هذه التعاريف، أن المالكية قد توسعوا من نطاق الجائحة؛ لتشمل الآفات السماوية، وأفعال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها، كالجيش واللص، ما دامت من غير المشتري، مع اشتراط عدم إمكانية توقع ودفع الفعل. كما توسع فقهاء المالكية أيضا في محل الجائحة⁴.

وبناء على ذلك، يمكن القول بأن للفقهاء آراء ثلاثة في مفهوم الجائحة؛ حيث يرى الاتجاه الأول قصر مفهوم الجائحة على الأفعال السماوية وحدها، بينما ذهب الرأي الثاني إلى القول إن الجائحة تشمل أيضا أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها، وكان غالبا كالجيش، ويقول الرأي الثالث بمد فكرة الجائحة إلى جميع أعمال الآدميين، حتى تلك التي يمكن التحرز منها، ما دامت من غير المشتري⁵.

2- شروط تطبيق أحكام الجائحة:

يشترط لتطبيق أحكام نظرية الجوائح عند القائلين بها ما يلي:

أ- أن يكون العقد متراخي التنفيذ، وهذا الشرط يستفاد ضمنا من طبيعة نطاق الجائحة؛ وهي حالات بيع الثمار على رؤوس الشجر قبل نضجها⁶.

¹ - الخرشبي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.190.

² - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.232.

³ - الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.203.

⁴ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.287.

⁵ - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.164.

⁶ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص.288.

وبناء على ذلك، فلا بد من وجود عقد متراخي التنفيذ؛ ليتصور إمكانية وقوع ظرف طارئ بعد إبرام العقد، وخلال تنفيذه، مما يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام ضارا ضررا زائدا بسبب ذلك الحادث الطارئ¹.

ب- أن تحدث بعد التعاقد جائحة عامة تصيب المعقود عليه، وهذا شرط مستفاد من طبيعة الجائحة عند من قال بها، وذلك بتمثيلها بالجراد، أو البرد، أو المطر، أو السموم، أو العطش. وهذه كلها حوادث عامة، لا تقتصر آثارها على فرد معين².

ج- ضرورة حدوث ضرر فاحش غير معتاد نتيجة هذا الحادث الطارئ³.

د- أن لا يكون في الوسع دفع تلك الجائحة⁴.

ثانيا- موقف الفقه الإسلامي من نظرية الجوائح:

بعد أن بينا مفهوم الجائحة، فإننا سنبين حكم وضع الجائحة لدى الفقهاء الشريعة الإسلامية، الذين انقسموا في هذا الصدد إلى قولين؛ أولهما: يرى ضرورة وضع الجائحة، بينما ذهب ثانيهما: إلى عدم وضع الجائحة. وفيما يلي بيان كل رأي على حدة:

ويرجع سبب الخلاف في المسألة إلى تعارض الآثار فيها، وتعارض مقاييس الشبه، فأدى ذلك إلى صرف كل اتجاه الحديث المعارض لرأيه بالتأويل⁵.

¹ - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1996-1997، ص.150.

² - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.165.

³ - ، فتحي الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص.150.

⁴ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.288.

⁵ - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.55.

1- الاتجاه القائل بوضع الجوائح: يرى أصحاب هذا الرأي، وهم فقهاء المالكية¹، والشافعية في

القديم²، والحنابلة³، وضع الجائحة على المشتري، ودليلهم على ذلك ما يلي:

أ- من السنة النبوية: استدلل فقهاء هذا الاتجاه من الأحاديث النبوية بما يلي:

- ما روي عن جابر أن "النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح"⁴.

- قوله صلى الله عليه وسلم: "إن بعث من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، لم تأخذ مال أخيك بغير حق؟"⁵

فقد بين النبي صلى الله عليه وسلم أن من باع ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل له أن يأخذ منه شيئا، ثم بين سبب ذلك الحكم في قوله صلى الله عليه وسلم: "بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟". ويؤكد هذا ما ذكره الله تعالى في كتابه من تحريم أكل أموال الناس بالباطل، وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه، كان قد أخذ جزءا من الثمن بغير وجه حق، بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل؛ لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض⁶.

¹ ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، الجزء 19، ص. 112. الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 231. المدونة الكبرى، المرجع السابق، الجزء 12، ص. 37. ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 173. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 53.

² النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 564. الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 501. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 205.

³ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 857. وللمؤلف نفسه، المقنع، المرجع السابق، ص. 171. البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 284. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 74. الرحيباني، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 203.

⁴ رواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساقاة والمزاعة، باب: وضع الجوائح، رقم الحديث: 1554، ص. 680. رواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في وضع الجائحة، رقم الحديث: 10628، ص. 498.

⁵ رواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساقاة والمزاعة، باب: وضع الجوائح، رقم الحديث: 1554، ص. 680. رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في وضع الجائحة، رقم الحديث: 3470، ص. 440. ورواه ابن ماجة في السنن، كتاب: التجارات، باب: بيع الثمار سنين والجائحة، رقم الحديث: 2219، ص. 395. رواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في وضع الجائحة، رقم الحديث: 10631، ص. 499.

⁶ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، المجلد 30، ص. 286.

وبالتالي يستفاد من هذا الحديث حكما صريحا في وضع الجائحة، فوجب إعماله، وعدم العدول عنه¹.

ونوقش هذا الدليل من خلال ثلاث نواح، وهي:

أولهما: القول بأنه محمول على الندب، لا على الوجوب، أو على ما قبل التخلية؛ جمعا بين الأدلة².

وثانيهما: أنه محمول على بيع الثمار قبل بدو صلاحها³.

ويرد على ذلك من خلال عدة أوجه، وهي⁴:

— أن إطلاق النبي صلى الله عليه وسلم للبيع بقوله: "إذا بعث من أخيك ثمرة فأصابتها جائحة"، يقتضى عدم انصرافه إلا للبيع الصحيح.

— أنه أطلق بيع الثمرة، ولم يقل قبل بدو صلاحها، وبالتالي فإن تقييده ببيعها قبل صلاحها لا وجه له.

— أنه قد قيد ذلك بحال الجائحة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحها لا يوجب دفع الثمن في الحال.

— أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون، فلو كان الثمر على الشجر مقبوضا، للزم أن يكون مضمونا.

ثالثهما: بالقول إن معناه لا ينصرف إلى وجوب وضع الجائحة؛ ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد ذكر البيع، دون ذكر القبض، فيحمل الحديث على البيوع التي تصاب في أيدي بائعيها قبل القبض، فلا يحل للبائع في هذه الحالة أخذ ثمنها؛ لأنه يأخذها بغير وجه حق. أما ما قبضه المشتري، وصار في يديه، فذلك كسائر البيوع التي يقبضها المشتري، فيحدث بها الآفات، فكما كان غير الثمار يذهب من مال المشتري، فكذلك الثمار⁵.

ولم يسلم هذا القول من الرد أيضا؛ حيث يقول ابن تيمية في هذا الصدد: "وأما قولهم: إن تلف بعد القبض ممنوع، بل نقول: ذلك تلف قبل تمام القبض وكماله، بل وقبل التمكن من القبض؛ لأن البائع عليه تمام التربية من سقي الثمر، حتى لو ترك ذلك لكان مفترطا، ولو فرض أن البائع فعل ما يقدر عليه من التخلية، فالمشتري إنما عليه أن يقبضه على الوجه المعروف المعتاد. فقد وجد التسليم، دون تمام التسليم"⁶.

¹ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 857.

² - الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 501. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 208.

³ - ديان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد 03، ص. 159.

⁴ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، المجلد 30، ص. 274.

⁵ - الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 35.

⁶ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، المجلد 30، ص. 274.

ب- من القياس:

كما استدل المالكية أيضا من القياس على وضع الجوائح، بقولهم بعدم جواز تحمل المشتري تبعة الجائحة بعد وقوعها، قياسا على عدم جواز اشتراط البائع ذلك عند التعاقد¹.

2- الاتجاه القائل بعدم وضع الجوائح:

خلافًا للرأي السابق، ذهب فقهاء الحنفية²، والشافعية في الجديد³ إلى عدم وضع الجوائح. وجاء في الحاوي الكبير: "قال الشافعي: ولا يرجع من اشترى الثمرة، وسلمت إليه بالجائحة على البائع، ولو لم يكن سفيان وهن حديثه في الجائحة، لصرت إليه، فأني سمعته منه، ولا يذكر الجائحة، ثم ذكرها، وقال كان كلام قبل وضع الجوائح لم أحفظه، ولو صرت إلى ذلك، لوضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد، فأما أن يوضع الثلث فصاعدا، ولا يوضع ما دونه، فهذا لا خبر، ولا قياس، ولا معقول"⁴.

ودليل هذا الاتجاه على عدم وضع الجائحة ما يلي:

أ- من السنة النبوية: استدلووا بجملة من الأدلة السنية، نورها فيما يلي:

- عن أبي سعيد الخدري، قال: أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تصدقوا عليه"، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه: "خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك"⁵. ويستفاد من هذا الحديث عدم ضمان الجوائح على المشتري؛ فلو كانت مضمونة لما كان في حاجة إلى الصدقة، وما جعل النبي صلى الله عليه وسلم لغرمائه ما وجدوه؛ إذ كان أبطل دين الغرماء بإصابة الثمار⁶.

¹ - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.232.

² - الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.36.

³ - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.501. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.205.

النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.564.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.205.

⁵ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساقاة والمزارعة، باب: استحباب الوضع من الدين، رقم الحديث: 1556، ص.681. ورواه أبو داود

في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في وضع الجائحة، رقم الحديث: 3469، ص.440. ورواه ابن ماجه في السنن، كتاب: الأحكام، باب:

تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه، رقم الحديث: 2356، ص.416. ورواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب:

من قال لا توضع الجائحة، رقم الحديث: 10627، ص.498.

⁶ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.207.

إلا أنه قد أوجب على هذا، بالقول إن الحديث قد ورد مجملًا؛ إذ قد حكى أن رجلاً قد اشترى ثماراً فكثرت ديونه، فيحتمل أن يكون ذلك بسبب رخص الأسعار، أو أنها تلفت كلها أو بعضها بعد صلاحها، وحملها إلى البيت أو السوق، كما يحتمل أن يكون هذا قبل ورود النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، ولو فرض في الحديث مخالفة حكم الجائحة لكان منسوخاً؛ لأنه باق على حكم الأصل، وحديث الجائحة ناقل عنه، وفيه سنة جديدة، فلو خولفت لوقع التغيير مرتين¹.

كما أجاب المالكية على هذا الدليل من عدة وجوه، وهي²:

- احتمال أن يكون المقدار الذي أصيب فيه لا تجب فيه الجائحة؛ أي ما دون الثلث.
- أو أصيبت في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة، كأن يصاب بعد الجذاذ، أو بعد الطيب.
- أو أن البائع لم يكن له مال.

وإذا احتتمل الحديث عدة احتمالات على هذا النحو، لم يصح الاحتجاج به³.

- ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، فقيل له: وما تزهي؟ قال: حتى تحمر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه⁴؟

ووجه الاستدلال من هذا الحديث، هو نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى تحمر. وعلل ذلك: بأنه إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق. ويفهم من ذلك جواز بيع الثمرة إذا احمرت، ولا يؤمر البائع بوضع الجوائح حتى بدو صلاحها؛ لأنه لو قيل بذلك لم يكن هناك معنى للتمييز بين بيع الثمار قبل بدو الصلاح، وبيعها بعد بدو الصلاح⁵.

إلا أنه قد تم الرد على هذا من وجهين، وهما⁶:

¹ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، المجلد 30، ص. 273.

² - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 55.

³ - ابن رشد، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 539.

⁴ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل بدو صلاحها، ثم أصابها عاهة فهو من البائع، رقم الحديث: 2198، ص. 524. ورواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساقاة والمزارعة، باب: وضع الجوائح، رقم الحديث: 1555، ص. 680. رواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب: من قال لا توضع الجائحة، رقم الحديث: 10623، ص. 497.

⁵ - ديان بن محمد الدينان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص. 162-163.

⁶ - المرجع نفسه، ص. 163-164.

أولهما: أن قوله في الحديث: "أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه" هو كلام أنس، وقد أخطأ مالك بإدراجه في الحديث.

ثانيهما: أنه على فرض أن تكون الزيادة محفوظة، فإن تعرض الثمار للتلف قبل بدو الصلاح كثير، فنهى عن بيعه مطلقاً، وتعرضها للتلف بعد بدو الصلاح نادر، فأذن في بيعها، وفي حال إصابتها بجائحة، فإن ضمانها على البائع، والحاجة تدعو إلى تجويز بيع الثمار؛ إذ لا يمكن بيع الثمار إلا على ذلك النحو، فلو منع البيع، لكان في ذلك إضراراً بالبائع، ولو جعل ضمان الجائحة على المشتري، لكان في ذلك إضراراً له، فتم تجويز بيعها؛ لأنها في حكم المقبوض بالتخلية بينها وبين المشتري، كما تم جعلها في ضمان البائع بالجائحة؛ لأنها ليست في حكم المقبوض من جميع الوجوه، ولذلك يقع على البائع تمام التسليم على الوجه الذي يقتضيه الشيء.

- ما روي أن رجلاً من الأنصار ابتاع من رجل ثمرة، فأصيب فيها، فسأل البائع أن يحطه شيئاً، فحلف بالله أن لا يفعل، فأتت أمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك، فقال عليه الصلاة والسلام: "تألى أن لا يفعل خيراً، فسمع بذلك رب الحائط، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: هو له"¹.

ووجه الدلالة من هذا الحديث أمران، وهما²:

أولهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد اعتبر الخط عن المشتري من باب الخير والإحسان، لا من باب الوجوب والإلزام.

ثانيهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقم بإجبار البائع على إعفاء المشتري من الثمن، حتى بلغ ذلك البائع، فتطوع به، فلو كان واجباً لثم إجبار البائع عليه.

إلا أنه قد تم الرد على هذا؛ إذ إن قول النبي صلى الله عليه وسلم: "تألى ألا يفعل خيراً" فيه إنكار لحلف البائع، ورفضه وضع الجائحة، وليس في ذلك ما يقتضي الحكم على المشتري بالجائحة³.

¹ - رواه البيهقي في السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب: البيوع، باب: من قال لا توضع الجائحة، رقم الحديث: 10625، ص. 497.

² - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 207.

³ - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 232.

كما أن الخيرية لا تنافي الوجوب؛ فالخير قد يكون واجبا، وقد يكون مستحبا. أما عدم إجبار النبي صلى الله عليه وسلم البائع على حط الثمن، فذلك قد يرجع سببه إلى عدم حضور البيّنة، أو الإقرار، أو أن التلف كان بعد كمال الإصلاح¹.

— ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال: كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار، فإذا جد الناس، وحضر تقاضيتهم، قال المبتاع: إن أصاب الثمر الدمان، أصابه مراض، أصابه قشام، عاهات يحتجون بها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: فإما لا، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم².

ووجه الاستدلال من هذا أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يبيعون الثمار قبل بدو صلاحها، فتصبيها العاهة، فيطلب البائع ثمنها من المشتري، بينما يطلب المشتري وضع الثمن بسبب العاهة، ثم يتخاصمون على ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فلو كان وضع الثمن واجبا لأمرهم به رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولبن عدم أحقية البائع في المطالبة بالثمن، إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أشار عليهم بعدم البيع قبل بدو الصلاح، فدل ذلك على عدم وجوب وضع الجوائح³.

إلا أنه قد تم الرد على ذلك، بالقول إن الحديث كان قبل الأمر بوضع الجوائح، بدليل أن هذا الحديث في بيع الثمار قبل بدو صلاحها، كما كان الشأن في أول الأمر، ثم أشار النبي صلى الله عليه وسلم بعدم بيعها حتى يبدو صلاحها، ثم نهاهم صراحة بعد ذلك عن بيعها قبل بدو صلاحها⁴.

ب- من القياس:

استدل فقهاء هذا الاتجاه أيضا بقولهم بتمام قبض الثمر على رؤوس الشجر بالتمكين والتخلية، بدليل أنه يجوز للمشتري التصرف في الثمار بمجرد التمكين والتخلية، فكانت التخلية كافية كذلك في جواز نقل الضمان من البائع إلى المشتري قياسا على ذلك⁵.

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 857. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، المجلد 30، ص. 273.

² رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، رقم الحديث: 2193، ص. 523-524. ورواه أبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، رقم الحديث: 3372، ص. 429-430.

³ دبيان بن محمد الدينيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص. 162.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 501. الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 36.

إلا أن هذا لم يسلم من الرد من قبل فقهاء الاتجاه السابق؛ حيث يرون أن العرف في الثمار أنها تستوفي لقطة بعد لقطة، مثلما تستوفي منافع الدار على مدة معينة، فلما كان هلاك العين المؤجرة خلال مدة الإيجار موجبا لفسخ الإجارة، وإن حصل التمكين، وجب أن يعتبر ذلك أيضا عند تلف الثمرة قبل الجذاذ، وإن حصل التمكين¹.

ويقول ابن قدامة في هذا الصدد: "ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة، فإنها في شجرها، كالمنافع قبل استيفائها، وقياسهم يبطل التخلية في الإجارة"².

3- تقدير المسألة:

بعد عرض مضمون رأي، وأدلة الاتجاهين، يتبين أن سبب الخلاف راجع إلى مسألة تخلية البائع للثمار، فهل يعد ذلك قبضا للثمار؛ بحيث يكون ضمانها على المشتري، أم لا يعتبر قبضا تاما؛ باعتبار أنه يقع على البائع سقي الثمار حتى كمال طيها³؟

ومن خلال ما سبق، يمكن القول إن الراجح ما ذهب إليه القائلون بوضع الجوائح، وهم فقهاء المالكية والحنابلة، وذلك للأسباب التالية⁴:

- استدلو على موقفهم بوجوب وضع الجوائح على أحاديث صحيحة في هذا الباب، بينما قام المخالفون لهم بتأويل تلك الأحاديث، تأويلا مخالفا لظاهرها.

- أن وضع الجوائح من شأنه تحقيق العدل، وإزالة الضرر الطارئ على العقد الذي لا يتحمل المشتري تبعته؛ لأنه لا دخل له في إنشائه، مما يستدعي الخروج عن مبدأ إلزامية العقد في هذه الحالة بالقدر الذي يؤدي إلى معالجة الأضرار الناتجة عن تلك الجائحة، والتي تؤدي بلا ريب إلى الإخلال الظاهر في أداءات الطرفين.

ثالثا- معيار تقدير الجائحة:

رغم اتفاق فقهاء المذهبين؛ المالكي، والحنبلي على وضع الجائحة مثلما بينا، إلا أنهم اختلفوا في الحد الذي يتم على أساسه وضع الجائحة، وقد ظهر في هذا الصدد اتجاهان؛ أولهما: يرى ضرورة أخذ

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 206.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 857.

³ - ديبان بن محمد الدينبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص. 167.

⁴ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 298.

نسبة الثلث كميّار لتطبيق أحكام الجائحة، بينما يقول ثانيهما: بعدم وجود نسبة معينة يتم تقدير على ضوءها الجائحة. وفيما يلي بيان كلا الرأيين تباعاً:

1- الاتجاه القائل بحد الثلث:

يرى فقهاء المالكية¹، والحنابلة في رواية²، ضرورة وضع نسبة معينة يتم على أساسها تقدير الجائحة، وهذه النسبة هي الثلث من الثمار. وجاء في الاستذكار: قال مالك: "والجائحة التي توضع عن المشتري، الثلث فصاعداً، ولا يكون ما دون ذلك جائحة"³.

أما بالنسبة للحنابلة، فقد جاء في المغني ما يلي: "وفي رواية أخرى أن ما كان يعدّ دون الثلث، فهو من ضمان المشتري"⁴. ودليل فقهاء هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه ما يلي:

- أن مقدار الثلث هو ما يمكن على ضوءه تمييز الشيء ما إذا ما كان من الجوائح، أم من الأمور العادية⁵.
- أنه من المستقر عليه أن القليل في حكم العادة يخالف الكثير؛ إذ من المعلوم ذهاب القليل من كل ثمر، فكأن المشتري قد دخل على هذا الشرط بالعادة، وإن لم يصرح به، وأيضاً فإن الجائحة باعتبارها محل الحكم وجب تمييز قليلها عن كثيرها، وإذا وجب الفرق على هذا النحو، لزم أن يكون الثلث؛ نظراً لأن الشرع قد اعتبره في مواضع كثيرة، على غرار الوصية⁶؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "فالثلث، والثلث كثير"⁷. وبالتالي فإن العادة قد جرت على عدم خلو الثمار من الفساد، فوجب مراعاة ذلك عند تقدير الجائحة⁸.

- أن ما دون الثلث هو في حكم التافه؛ لذا وجب عدم الالتفات إليه⁹.

¹ المدونة الكبرى، المرجع السابق، الجزء 12، ص. 37. ابن رشد، المقدمات الممهّدات، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 540. ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 173.

² ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 45. وللمؤلف نفسه، المقنع، المرجع السابق، ص. 171. المرداوي، الإنصاف، الجزء الخامس، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 74.

³ ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 19، ص. 112.

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 858.

⁵ الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 235.

⁶ ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 57-58.

⁷ رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفّفوا الناس، رقم الحديث: 2742، ص. 677.

⁸ ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، المجلد 12، ص. 34.

⁹ ابن عبد البر، الاستذكار، المرجع السابق، المجلد 19، ص. 113.

2- الاتجاه القائل بعدم اعتبار الثلث:

خلافًا للاتجاه السابق، يرى الحنابلة في رواية أخرى¹ عدم وجود رقم ثابت يتم على أساسه تقدير وضع الجائحة؛ حيث رأى فقهاء هذا الاتجاه ضرورة اتباع معيار من في ذلك، دون التقيد بنسبة معينة. جاء في الكافي: "وظاهر المذهب أنه لا فرق بين القليل والكثير، إلا أن يكون التالف يسيرا جرت العادة بتلف مثله. قال أحمد: لا أقول في عشر ثمرات، ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث، وذلك لأن الشرع قد أمر بوضع الجوائح، ولم يجعل له حدا، فوجب رده إلى ما يتعارفه الناس جائحة"². كما جاء في الإنصاف ما يفيد الحكم نفسه: "...وسواء أتلقت قدر الثلث، أو أكثر، أو أقل، إلا أنه يتسامح في الشيء اليسير الذي لا ينضبط"³.

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- عمومية الأحاديث التي نصت على وضع الجوائح، والتي تفيد شمولها ما دون الثلث، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع. أما إذا كان التلف قليلا، كالتلف على وجه الأرض، وما أكله الطير، أو سقط لا يؤثر في العادة، ولا يسمى جائحة؛ نظرا لعدم إمكانية التحرز منه؛ فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط⁴.

- أن الثمرة التي أجيحت لم يتم قبضها، فما تلف منها كان من ضمان البائع؛ ذلك أن القاعدة هي أن تبعة الهلاك تقع على عاتق البائع قبل القبض، ولو كان قليلا، والقول بخلاف ذلك يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل، وهو ما نأنا الله تعالى عنه⁵.

وفي الأخير، يتبين لنا أن نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي تعد من بين النظريات التي صاغها فقهاء الشريعة الإسلامية على نحو من الدقة والبيان، جعلها تضاهي في أحكامها التشريعات الحديثة، وذلك على النحو التالي:

- التحديد الدقيق لمفهوم الجائحة -على خلاف بين الفقهاء- بما يجعل من اليسر بعد ذلك تكييف الجوائح، وتطبيق أحكام النظرية تبعاً لذلك.

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 858. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 74.

² ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 45.

³ المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 74.

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 858.

⁵ محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 704.

- ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية الشروط الواجبة لتطبيق النظرية بدقة، والتي إن لم ينص عليها صراحة، إلا أن المتمعن في كتب الفقه الإسلامي يتضح له بسهولة، ودون عناء كبير شروط التمسك بالنظرية. وهذا ما جعل الفقهاء المعاصرين يستخلصون بسهولة ضمناً تلك الشروط من خلال أحكامها.

- أن القائلين بالنظرية وإمعاناً منهم في شمولها، وتسهيل تطبيقها جعلوا حد الثلث -على الصحيح من المذهب المالكي وبعض الحنابلة- معياراً يتم على أساسه تطبيق أحكام الجوائح من عدمه، مما يؤدي إلى سهولة تطبيق أحكامها بعد ذلك؛ إذ يكفي القاضي من أجل تحديد مقدار التلف القيام بعملية حسابية؛ ليظهر له مدى شرعية تمسك المشتري بأحكام النظرية.

الفرع الثاني: مواجهة تغير الظروف الاقتصادية من خلال نظرية العذر

تعتبر فكرة العذر في الفقه الإسلامي ثاني النظريتين بعد نظرية الجوائح اتصالاً بفكرة الظروف الطارئة؛ نظراً لتعلقها بأهم مبدأ تقوم عليه فكرة الظروف الطارئة؛ وهو تغير الظروف التعاقدية في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه. ومضمون فكرة العذر هي طرؤ حادث بعد إبرام عقد الإيجار لأي من طرفي العقد، لم يكن متوقعاً عند التعاقد، ويؤدي إلى جعل استمرار العقد ضاراً ضرراً كبيراً على من وقع العذر في جانبه، مما يؤدي إلى ثبوت الحق في فسخ الإجارة عند القائلين بالعذر.

ومن أجل الإحاطة بهذه النظرية، سنبين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه النظرية (أولاً)، ثم نحدد صور الأعذار الموجبة للفسخ على ضوء هذه النظرية (ثانياً)، وشروط التمسك بها (ثالثاً)، ثم بيان كيفية وقوع الفسخ كأثر لقيامها (رابعاً)، وأخيراً سنقارن بين فكريتي العذر والظروف الطارئة (خامساً).

أولاً- موقف الفقه الإسلامي من نظرية العذر:

على غرار نظرية الجوائح في بيع الثمار، فإن نظرية العذر لم تلق اتفاقاً بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول إقرارها، حيث اختلف هؤلاء الفقهاء بخصوص تطبيقها، فذهب اتجاه -وهم فقهاء الحنفية- إلى ضرورة الأخذ بها، واعتبارها سبباً من أسباب فسخ الإجارة، بينما رأى جمهور الفقهاء، خلافاً لذلك، ضرورة الإبقاء على قوة العقد الملزمة في تلك الحالة، وعدم القول بإمكانية الفسخ تبعاً لذلك. وفيما يلي عرض مضمون كل رأي على حدة:

1- الاتجاه القائل بالفسخ للعدر:

يرى فقهاء الحنفية¹ ضرورة اعتبار الأعذار، والقول بفسخ العقد عند حدوثها، ودليلهم على ما ذهبوا إليه ما يلي:

- أن الحاجة تدعو إلى القول بالفسخ حالة تحقق العذر؛ باعتبار أن القول بخلاف ذلك يعتبر إلزاما لصاحب العذر بما لم يلتزم به عند التعاقد².

- أن سبب القول بالفسخ في هذه الحالة، هو عدم التمكن من الانتفاع بالمعقود عليه على الوجه الشرعي المقصود منه بمقتضى عقد الإيجار³.

- واستدلوا كذلك على جواز الفسخ بقياس حالة العذر في الإجارة على حالة العيب في البيع؛ نظرا لأن كليهما يؤدي إلى تحميل الدائن ضررا زائدا عن مقتضى العقد⁴.

- أن الإجارة وباعتبارها من عقود المنافع، فإنها لا تكون لازمة للطرفين، قياسا على الوكالة، وبذلك وجب اعتبار الأعذار سببا لفسخ الإجارة⁵.

وأجيب على ذلك، بالقول إن الوكالة غير لازمة؛ فيجوز فسخها لعذر، أو لغير عذر، بخلاف الإجارة⁶.

- أن القول بعدم فسخ الإجارة للعذر يعتبر خروجاً عن العقل والشرع؛ باعتبار أنه يؤدي إلى نتائج غير منطقية، ولا مقبولة، كالإزام من استأجر رجلا ليقلع ضرسه بسبب وجع فيه، ثم سكن ذلك الوجع، بتنفيذ العقد، وهذا قبيح عقلا وشرعا⁷.

¹ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 197. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص. 65. ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 222. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 555. مجموعة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 458. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 146.

² - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 197.

³ - مجموعة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 458.

⁴ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 222-223. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 146.

⁵ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 393.

⁶ - المرجع نفسه، ص. 394.

⁷ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 197.

- كما استند أصحاب هذا الاتجاه إلى النظر في مآلات الأفعال؛ إذ إن المضي في تنفيذ الالتزام العقدي رغم طرؤ ذلك العذر، سيؤول إلى ضرر زائد، سواء كان ذلك الضرر اقتصادياً، أم بدنياً، أم نفسياً. ومن المعلوم أن جواز عقد الإجارة ثبت للحاجة؛ من أجل توفير المنفعة للمتعاقدين؛ سواء بالنسبة للمستأجر من خلال الانتفاع بالعين المؤجرة، أم بالنسبة للمؤجر من خلال انتفاعه ببذل الإيجار، فإذا آل الأمر إلى الضرر، وقعت مخالفة أصل الجواز واللزوم فيه، وثبت حق الفسخ على سبيل الاستثناء¹.

2- الاتجاه القائل بعدم الفسخ للعذر:

خلافًا للاتجاه السابق، ذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من المالكية²، والشافعية³، والحنابلة⁴، إلى القول بعدم جواز فسخ الإجارة للعذر، وإلزام الشخص الذي وقع العذر من جانبه بتنفيذ العقد على ضوء ذلك، إلا إذا طرأ عيب حال دون التنفيذ. وقد استند الجمهور في رأيهم هذا على جملة من الأدلة منها:

- قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁵. ووجه الاستدلال من هذه الآية، هو الأمر بالوفاء بالعقود، والذي ورد عاماً، مما يوجب بقاء ذلك العام على عمومته، ما لم يخص بدليل آخر⁶.

وبناء عليه، فإن القول بالفسخ في حالة العذر نوع من الإخلال بالعقود المنهي عنه بموجب تلك الآية؛ ذلك لأن الواجب هو تنفيذ العاقدين للالتزامات الواقعة في ذمتهم، فإعطاء المتعاقدين الحق في فسخ الإجارة للعذر من شأنه المساس باستقرار المعاملات. لذلك فإن عمدة هذا الاتجاه في عدم القول بفسخ الإجارة للعذر، هو التمسك بقاعدة: "وجوب الوفاء بالعقود اللازمة من الطرفين"⁷.

وأجيب على هذا الاستدلال بثلاثة أمور، وهي:

¹ - قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.199.

² - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.150. ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص.183.

³ - الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.483. الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.315. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.430. الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.549. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.392.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.1251. البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.265.

⁵ - سورة المائدة، الآية 01.

⁶ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.393.

⁷ - قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.201.

- أن الاعتداد بمبدأ وجوب الوفاء بالعقود يثبت في الحالة العادية، والتي يتم فيها تنفيذ العقد في ظل الظروف التي أبرم في ضوءها، وعلى هذا الأساس يجب فهم الآية؛ إذ إن المقصود بالوفاء الوارد في الآية هو حفظ ما يقتضيه العقد، والقيام بموجبه. أما بالنسبة للحالة العكسية؛ أي إذا تغيرت الظروف، وأصبح تنفيذ الالتزام ضارا بأحد المتعاقدين، ضرا لم يكن يتوقعه أثناء التعاقد، فهنا يثبت لمن وقع العذر من جانبه حق الفسخ¹.

- أنه بالتحقيق في الأمر، يتبين أن الحنفية بقولهم بالعذر لم يخرجوا عن مبدأ الوفاء بالعقود؛ ذلك لأنهم أوجبوا قبل ذلك على المتعاقد تحمل الأضرار الناشئة عن العقد نفسه؛ باعتبار أنه قد تم التعاقد والتراضي عليها ابتداء. أما الضرر الزائد، والذي لم يكن مصدره موجب العقد ذاته؛ بل كان نتيجة لعذر طارئ غير مستحق بالاتفاق، فإنه يعتبر أمرا خارجا عن نطاق العقد أصلا، لم يتم التراضي على تحمله، لذلك قالوا إن العذر هو ضرر زائد لم يستحق بالعقد. وما يؤكد اعتبار العذر خارجا عن نطاق العقد، أن فقهاء الحنفية لم يقصروا فكرة العذر على الأضرار الاقتصادية فحسب؛ بل جعلوها شاملة للضرر البدني أيضا، فضلا عن الضرر الإنساني. فإذا ثبت أن الضرر كان نتيجة لظرف طارئ على هذا النحو، فلا يكون المدين ملزما به أصلا؛ كي يقال إن الأخذ بنظرية العذر يعتبر خروجاً عن مبدأ الوفاء بالعقود².

- القول بأن عدم الأخذ بمبدأ العذر في فسخ الإجارة يؤدي إلى استقرار المعاملات قول مخالف للحقيقة؛ ذلك لأن المتعاقد الذي وقع العذر من جانبه لا يمكن له المضى في العقد إلا بتحمل ضرر زائد، مما يترتب عنه الامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية. ولا شك أن هذا الامتناع يولد التعارض بين مصلحة طرفي العقد؛ لأن كل طرف عندئذ يسعى إلى تحقيق مصلحته، غير مبال بوضعية الطرف الآخر. أما إذا تم الأخذ بنظرية العذر، فذلك ينتج عنه علم المتعاقدين ابتداء عند التعاقد بجواز إعادة النظر في العقد في حالة العذر، والذي يؤدي بدوره إلى تعزيز الثقة بين المتعاقدين، والإقدام على التعاقد. وهذه الرؤية الواضحة رسمها الفقه الإسلامي متمثلاً في المذهب الحنفي من خلال تشريعه لنظرية العذر³.

- أن كل عقد أبرم بين العاقدین، لزمهما، ما لم يحدث بالعوضين نقص يوجب الفسخ⁴.

¹ - قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 201-202.

² - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص. 178-179.

³ - قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 201.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 393.

- أن العذر في هذه الحالة يعتبر خارجاً عن ماهية المعقود عليه، فوجب عدم جواز فسخ الإجارة تبعاً لذلك¹.

- قياس عقد الإجارة على النكاح، وبالتالي عدم جواز فسخه؛ بجامع أن كلا منهما واقع على المنافع². وأجيب على ذلك، بالقول إن المنافع في الإجارة تستوفي شيئاً فشيئاً، بخلاف منافع النكاح التي يتم استيفائها بتسليمها إلى صاحبها؛ لذا استحق الصداق فيها، بخلاف الأجرة التي لا تستحق كلها بمجرد التعاقد، فتبين بذلك الاختلاف في المسألتين³.

- كما قاس هذا الاتجاه أيضاً عقد الإجارة على البيع، الذي لا يجوز فسخه إلا لسبب معين، من عيب أو غيره؛ بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة⁴.

وأجيب على ذلك، بالقول إنه قياس مع الفارق؛ ذلك أن البيع هو عقد فوري، تترتب التزاماته لحظة الانعقاد كأصل عام، فلا يتصور بذلك إمكانية طرؤ العذر، بخلاف الإجارة، والتي يعتبر الزمن فيها عنصراً جوهرياً في تنفيذها، فأمكن تصور طرؤ عذر يحول دون تنفيذ العقد على الوجه المطلوب. ودليل ذلك هو جواز فسخ الإجارة بالعيب الحادث بعد القبض، في حين يمتنع ذلك عن المشتري في عقد البيع. من أجل ذلك وجب التفرقة بين المسألتين⁵.

كما نوقش هذا القياس أيضاً من خلال ما يلي:

- القول بأن الإجارة عقد لازم لا تنفسخ إلا باتفاق الطرفين، محمول على الحالة التي لم يعجز فيها العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر غير مستحق، بخلاف حالة العذر، التي عجز فيها العاقد عن ذلك، فلا يشترط بناء عليه تراضي المتعاقدين على الفسخ⁶.

- أنه وإن كان من المسلم به أن الإجارة كالبيع لا تنفسخ إلا لعيب في المعقود عليه، فإن المتعنع في هذا الحكم يتبين له أن علة القول بالفسخ في هذه الحالة هو الضرر الناشئ عن ذلك العيب، وليس العيب في

¹ - البهوتي، دقائق أولي النهى، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 265. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 1251.

² - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 150.

³ - قذايي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 203-204.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 392. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 150.

⁵ - أحمد شحدة أبو سرحان وعلي عبد الله أبو يحيى، فسخ الإجارة بالعذر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني منه، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 40، 01، 2013، ص. 114.

⁶ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 197.

حد ذاته؛ باعتبار أن العيب يؤدي إلى نقص المنفعة أو انعدامها. وإذا كانت العلة هي الضرر غير المستحق على هذا النحو، فإنه متحقق في العذر والعيب على حد سواء، فوجب عدم الوقوف عند مصدر الشيء، والاعتداد بالمآل؛ وهو الضرر، لا ذات العيب، وإذا كان مفهوم الضرر يشمل العيب والعذر معا، وجب اتحاد الحكم فيهما؛ لوحدة العلة، والحكم هو وجوب دفع الضرر، من خلال إعطاء مكنة الفسخ للطرف المضور في الحالتين (العذر والعيب) دون تمييز بينهما من غير دليل شرعي، بل إن التفرقة بينهما تؤدي إلى المساس بمبدأ العدالة، الذي يقضي بعدم مشروعية تحمل الشخص لضرر معين من غير وجه حق¹.

وبلاحظ من خلال ما سبق، توسع فقهاء الحنفية في فكرة العذر، وجعلها استثناء على مبدأ لزوم العقد، أما الجمهور فيرون خلافا لذلك عدم جواز الفسخ إلا بتعذر استيفاء المنفعة، وذلك بفوات محلها. إلا أن موقف الجمهور، القاضي بعدم اعتبار العذر سببا للفسخ لا يحمل على الإطلاق؛ لأنهم أخذوا ببعض الأعذار أو التطبيقات الموجبة للفسخ، غير أن ذلك لم يكن على درجة توسع فقهاء المذهب الحنفي².

ومن خلال ما سبق، يتبين أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية من جواز فسخ الإجارة للعذر؛ باعتبار أن ذلك يتفق مع مبنى عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، التي تقوم على التساوي في أداءات الطرفين؛ سواء كان ذلك في الحالات العادية، أم في الحالات الاستثنائية، والتي يعتبر العذر وسيلة من الوسائل المصوبة لمواجهة هذه الظروف، مما يؤدي إلى تكريس مبدأ العدالة العقدية بين الطرفين، فكما استند العقد في إبرامه إلى هذا المبدأ، وجب كذلك استمراره خلال مرحلة تنفيذ العقد، فإذا تخلف هذا المبدأ، وجب الخروج عن قاعدة لزوم العقد استثناء. وما يؤكد صحة هذا الطرح هو موافقته للعديد من القواعد الفقهية، على غرار أصل النظر في مآلات الأفعال، وكذا مبدأ لا ضرر ولا ضرار، وما يتصل به من قواعد، فضلا عن مبدأ الرضاية الذي يترتب على إعماله القول بفسخ العقد للعذر³.

ثانيا- صور الأعذار الموجبة للفسخ:

نظرا لحرص فقهاء الحنفية على صياغة نظرية عامة في فسخ الإجارة للعذر، فإنهم لم يكتفوا بالقول بفسخ الإجارة للعذر، دون التمثيل لتلك الأعذار، بل ذكروا صور الأعذار الموجبة للفسخ؛ سواء ما يتعلق

¹ - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص. 191.

² - يراجع: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 284.

³ - قذايي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ص. 209.

منه بالمتعاقدين، أم ما هو متعلق بالمعقود عليه. والصورة الأولى: هي الأعذار المتعلقة بالمستأجر، التي تتمثل في وجود دين لدى المستأجر، أو إفلاسه، أو إذا ما أراد الانتقال من بلد إلى آخر، أو التحول من تجارة إلى أخرى¹. أما الصورة الثانية: فهي تتعلق بالمؤجر؛ بأن يلحقه دين فادح لا يمكن قضاؤه إلا من خلال ثمن العين المؤجرة، وكان ذلك الدين ثابتا قبل انعقاد الإجارة بالإقرار والبينة بإجماع فقهاء الأحناف، أما إذا ثبت الدين بعد إبرام العقد، فإن الإجارة تفسخ للعدر عند أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد، فلا يعد ذلك عذرا موجبا للفسخ. كما يعد أيضا من قبيل الأعذار الموجبة للفسخ، شراء شخص لسلعة، وتأجيرها، ثم يتبين له أن بها عيب، فيكون له فسخ الإجارة، ورد السلعة إلى البائع الأول². أما إذا تقدم منزل المؤجر، ولم يكن له منزلا آخر سوى المنزل المؤجر، فلا يعتبر ذلك عذرا موجبا للفسخ؛ لأنه بإمكانه أن يشتري أو يستأجر منزلا آخر، وكذلك إذا أراد الانتقال من بلد إلى آخر؛ لأنه بإمكانه ترك المنزل مؤجرا، بخلاف المستأجر³. والصورة الثالثة: هي الأعذار المتعلقة بالعين المؤجرة، كبلوغ الشخص المستأجر الذي أجره عليه، خلال مدة الإيجار، فيعتبر ذلك عذرا موجب للفسخ؛ ذلك أن في إبقاء العقد بعد بلوغ الصبي ضرر له⁴، وكذلك في غلاء أجرة المثل في إجارة الوقف⁵.

ثالثا: شروط فسخ الإجارة للعدر:

- من أجل ثبوت الحق في فسخ الإجارة للعدر عند القائلين به، يجب توافر الشروط التالية⁶:
- 1- أن يكون العقد محل العذر من عقود المدة، وهذا الشرط مستفاد ضمينا من طبيعة عقد الإيجار الذي يعتبر المجال الخصب للفقهاء الحنفي في تأسيس نظرية العذر.
 - 2- أن يطرأ بعد العقد، وأثناء تنفيذه، عذر يعجز أحد المتعاقدين عن المضي في التعاقد.
 - 3- أن يكون ذلك العجز من شأنه إرهاب المدين.
 - 4- أن يكون الضرر الناتج عن ذلك العذر غير مستحق بالعقد، فإذا كان مستحقا، فلا يعتبر عذرا بذلك.

¹ - لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 459.

² - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 198.

³ - المرجع نفسه، ص. 199.

⁴ - قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 217.

⁵ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 200.

⁶ - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 155.

رابعاً- كيفية وقوع الفسخ:

رغم اتفاق فقهاء المذهب الحنفي على فسخ العقد للعذر على النحو الذي بيناه، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك في كيفية وقوع الفسخ، هل يكون بالإرادة المنفردة، أم بالتراضي، أم بحكم القاضي؟ وقد انقسموا بذلك إلى ثلاثة أقوال نبينها تباعاً:

1- يرى بعض الفقه عدم اشتراط حكم القاضي من أجل فسخ العقد، بل إن للمتعاقد الذي وقع العذر من جانبه فسخ العقد، دون اللجوء إلى القضاء، وذلك قياساً على خيار العيب، الذي لا يشترط من أجل الاستفادة منه حكم القاضي¹.

2- بينما قال جانب آخر من الفقهاء بوجوب اللجوء للقضاء؛ ذلك لأن الأمر متنازع فيه، فيرفع الأمر إلى القاضي، الذي له تقدير مدى شرعية العذر، وذلك قياساً على حالة الرجوع في الهبة².

3- فيما ذهب رأي ثالث -وهو الراجح- إلى التفصيل في المسألة، وذلك بالتمييز بين العذر الظاهر، والعذر غير الظاهر، فإذا كان العذر ظاهراً، فلا يحتاج لرفع الأمر للقضاء، أما إذا كان العذر خفياً، فهنا يجب رفع الأمر إلى القضاء³.

وقد ضرب فقهاء الحنفية أمثلة عن العذر الظاهر الذي لا يحتاج إلى رفع الأمر للقضاء، ومنه الاستئجار لقلع الضرس، ثم سكون الوجع⁴، أما العذر الخفي، فصورته وجود دين في ذمة المؤجر⁵.

خامساً- مقارنة بين نظريتي العذر والظروف الطارئة:

بعد دراسة مختلف جوانب العذر في الفقه الحنفي، فإننا سنتطرق هنا إلى المقارنة بين نظريتي العذر والظروف الطارئة، وذلك على النحو التالي:

1- من حيث الأساس: بخلاف الظروف الطارئة، والتي تقوم على أساس عدم إمكانية توقع ودفع الحادث، فإن الفكرة التي تقوم عليها نظرية العذر في الفقه الحنفي ليست هي طروء الحادث، واستحالة

¹ - ابن الهمام، الهداية شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.223.

² - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.146. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.558.

³ - ابن الهمام، الهداية شرح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء السابع، ص.223. ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص.105. الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.201. لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.458. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.558.

⁴ - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.146.

⁵ - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.201.

دفعه؛ وإنما هي تحمل العاقد ضرراً لم يلتزم به بمقتضى عقد الإيجار؛ إذ يعجز المتعاقد نتيجة ذلك العذر عن المضي في العقد من دون تحمل ضرر زائد، فيكون له تبعاً لذلك الحق في فسخ الإجارة بدعوى العذر¹.

2- من حيث المحل: تختلف نظريتا العذر والظروف الطارئة من حيث المحل؛ حيث يقع الحادث في حالة الظروف الطارئة على المعقود عليه، كارتفاع ثمن السلعة، أما في حالة العذر، فقد يطرأ العذر على محل العقد، كشفاء العضو المتفق على بتره، أو يطرأ على طرفي العقد -وهو الغالب في التطبيقات الفقهية- فيحول دون الانتفاع بالمعقود عليه، ومن ذلك ما يلحق المستأجر من إفلاس، أو رغبة في السفر، أو تغيير الحرفة، فيثبت بذلك غير ذلك من الأعذار، أو ما يلحق المستأجر من إفلاس، أو رغبة في السفر، أو تغيير الحرفة، فيثبت بذلك حق الفسخ للمتعاقد الذي وقع العذر من جانبه².

3- من حيث السبب: يكون السبب في ثبوت أحكام الظروف الطارئة في القانون الوضعي، هو ذلك الحادث العام الاستثنائي، كزلزال، أو حرب، أو وباء، أو ارتفاع باهظ في الأسعار، أو نزول فاحش، بينما يكون السبب في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من القانون الوضعي؛ إذ يشمل إلى جانب الآفات السماوية، كل ضرر لحق بأحد المتعاقدين، من مرض، أو خوف، أو نحو ذلك³.

4- من حيث الآثار: تتشابه نظريتا العذر والظروف الطارئة من حيث الآثار، فبينما يكون أثر وقوع الظرف الطارئ هو إرهاب التزام المدين، فكذلك الأعذار تجعل تنفيذ المدين معسراً، لا يمكن تصوره إلا بتحمل ضرر زائد عن مقتضى العقد⁴. إلا أنهما يختلفان بعد ذلك في إمكانية دفع الحادث، فالفقه الحنفي بخلاف القانون الوضعي لا يعتبر عدم دفع الحادث شرطاً من أجل تطبيق نظرية العذر؛ إذ بمجرد طرؤ مصلحة معينة لأحد المتعاقدين، كأن يريد السفر من أجل تحقيق مكسب مادي، يكون له فسخ العقد⁵.

5- من حيث الجزاء: يكون جزاء نظرية العذر هو فسخ العقد، بينما جزاء نظرية الظروف الطارئة (عند أغلب التشريعات الوضعية) هو الاقتصار على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، دون إعطاء الحق للمدين بفسخ العقد⁶.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 67-68.

² - قذافي عزات الغنائم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 322.

³ - فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص. 286.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 286-287.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء السادس، ص. 67.

⁶ - المرجع نفسه.

وبعد بيان مختلف الأحكام المتعلقة بنظرية العذر في الفقه الإسلامي، تجدر الإشارة إلى أخذ القانون المدني الأردني صراحة بنظرية العذر، وجعلها سببا من أسباب فسخ الإجارة، وذلك بموجب المادة 710 منه التي تنص على ما يلي: "يجوز لأحد المتعاقدين لعذر طارئ يتعلّق به أن يطلب فسخ عقد الإيجار وحينئذ يضمن ما ينشأ عن هذا الفسخ من ضرر للمتعاقد الآخر في الحدود التي يقرها العرف. -إذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف".

ويستنتج من خلال المادة سالفه الذكر عدة نقاط، وهي¹:

- أجاز القانون المدني الأردني فسخ الإجارة للعذر الخاص بالمتعاقدين، وذلك إعمالاً لرأي الحنفية في هذا الصدد.
- لم يفرق المشرع الأردني بين المتعاقدين في الحكم؛ حيث أثبت حق الفسخ للعذر للطرفين على السواء، من دون تمييز بينهما.
- رغم نص المشرع الأردني على جواز الفسخ، إلا أنه وحرصاً منه على حماية المتعاقد الآخر، وعدم إهمالها كلياً على حساب صاحب العذر، فقد نص في الوقت نفسه على ضمان صاحب العذر عن ما يترتب للمتعاقد الآخر من ضرر جراء هذا الفسخ. وهذا موقف محمود؛ إذ سعى بذلك المشرع الأردني إلى التوفيق بين المصلحتين؛ مصلحة المدين صاحب العذر بإعطائه حق الفسخ، ومصلحة الدائن بإعطائه حق المطالبة بالتعويض.
- رغم حرصه على تنظيم نظرية العذر، إلا أن المشرع الأردني لم يقيم بيان ضابط العذر الذي يكون سبباً لفسخ الإجارة.

¹ - أحمد شحدة أبو سرحان، وعلي عبد الله أبو يحيى، فسخ الإجارة للعذر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص.116.

خاتمة

خاتمة

وفي ختام دراستنا لموضوع المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، توصلنا إلى النتائج التالية:

أولاً- نظراً للمكانة التي يحظى بها العقد؛ سواء في القانون الوضعي، أم في الفقه الإسلامي، فقد كان ولا يزال محل دراسات معمقة وعديدة من طرف الفقهاء على اختلاف توجهاتهم وفلسفتهم؛ إذ باعتباره أهم مصادر الالتزام، فلا بد من الإحاطة بأحكامه، وتنظيمها تأصيلاً وتفصيلاً؛ ذلك أن تنظيم حياة الأفراد في المجتمع لا يتأتى إلا ببناء نظام تعاقدى شامل قائم على العدالة العقدية من جهة، واستقرار المعاملات والثقة من جهة أخرى.

ثانياً- إن القواعد العامة لنظرية العقد يتنازعها عاملان؛ أولهما: اعتبار نظرية العقد جزءاً من نظرية الالتزام، مما يستلزم اتصافها بالثبات والاستقرار في أحكامها العامة على الأقل، أما ثانيهما: فإنه على خلاف العامل الأول، فإن نظرية العقد ونظراً لمعالجتها مختلف الأحكام المتعلقة بالمعاملات المالية، فلا بد من اتصافها بالمرونة والتجديد مواكبة للتطور الاقتصادي، والاجتماعي، والثقافي، والذي من شأنه التأثير بلا ريب على قواعد العقد.

ثالثاً- لا حظنا اختلاف النظرة الفلسفية لقواعد العقد بين كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي، حيث تعامل الفقه الإسلامي بمرونة مع فكرة العقد، ولم يؤسس لقواعد ثابتة، وحقائق مطلقة، لا يمكن المساومة عليها، بل وضع الأمور في نصابها، ولم يغال في الأخذ بمذهب الإرادة، وذلك خلافاً للقانون الوضعي لا سيما بعد صدور قانون نابليون، والتشريعات المتبينة لفكره، وما نتج عنه من انتشار لمبادئ المذهب الفردي، متمثلاً في مبدأ سلطان الإرادة، وما نتج عنه من قواعد، كقاعدة حرية التعاقد، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

رابعاً- إن مصطلح المعالم الجديدة لنظرية العقد يقصد به تلك الأحكام أو القواعد الحاكمة لقانون العقود، والتي تعتبر مستحدثة مقارنة بقانون نابليون، والتشريعات التي حذت حذوه، وتبنت فلسفته؛ باعتباره المرجع الأول للقوانين المدنية، فالقواعد المستحدثة إذن هي تلك القواعد أو الأحكام التي لم ينص عليها هذا التقنين؛ إذ إن المتتبع لتقنين نابليون يلحظ بوضوح عدم تبنيه للعديد من النظريات والأحكام القانونية المتعلقة بنظرية العقد حيناً من الدهر. ويرجع سبب ذلك كما بينا سابقاً إلى تأثير هذا التقنين بالمبادئ

السائدة آنذاك، والتي تأبى الأخذ بهذه الحلول التي من شأنها هدم الفلسفة التي يقوم عليها التقنين في حد ذاته.

إلا أن هذا التوجه لا ينم إلا عن تعصب فكري وفلسفي لقواعد معينة، قد يؤدي الإمعان في تقدسيها إلى المساس بالعدالة العقدية، ومبدأ الثقة في العقود.

خامسا- رأينا أن سبب بروز ما يسمى بأزمة العقد لدى القانون الوضعي، هو الغلو في تقدس المبادئ القانونية، غلوا كان سببا في انحراف تلك القواعد عن هدفها الأساسي، بل وأصبحت تنحى في اتجاه عكسي لما أراده واضعو القوانين المدنية. أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فقد اتسم ببعد نظر، نشأت عنه قواعد كلية، كانت السبب والمرجع في صياغة معظم النظريات الفقهية، التي بدورها عاجلت العديد من الإشكالات العملية. كما رأينا الفقهاء الإسلاميين لم يضعوا نظريات عامة تحكم قواعد العقد، بل وضعوا قواعد مرنة كالضرر يزال، والمصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة. وهي عين المبادئ التي قامت عليها التشريعات الحديثة.

سادسا- نظر للطابع المرن للمعاملات المالية، فقد عنيت مختلف التشريعات الوضعية بوضع العديد من الاستثناءات على القواعد العامة. ويرجع سبب إقرار هذا الحكم إلى الطابع المتجدد للمعاملات المدنية، مما يجعل من الصعوبة بما كان إقرار قاعدة عامة، قد لا تعدّ قادرة على مواجهة تغير الظروف. أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فقد رأينا أنه لم يشذ عن هذا الحكم؛ حيث أقر العديد من الاستثناءات التي تراعي الطابع الخاص للمعاملات، فضلا عن تنوع الآراء والمواقف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فأدى ذلك إلى تنوع الأحكام، وشموليتها لجميع الحالات. ولا شك أن التوسع في الاستثناء قليلا يعتبر أمرا محمودا، وليس العكس؛ ذلك أن وضع قواعد عامة جامدة في مجال القانون المدني أو فقه المعاملات المالية هو أقرب إلى التحكم منه إلى الواقع.

سابعا- رأينا أن المعالم الجديدة لنظرية العقد تنقسم إلى نوعين؛ أحدهما إنشائي، والآخر إقصائي، ويقصد بالنوع الأول تلك القواعد الجديدة أو الأحكام المستحدثة التي تبنتها التشريعات الوضعية لمواجهة حالات وظروف معينة، أما النوع الثاني، فيقصد به التدخل التشريعي للحد من فاعلية الاتفاق أو بنوده. وبعبارة أخرى، فإن التدخل التشريعي في النوع الأول يكون إيجابيا يهدف إلى تقوية مضمون العقد، أما في النوع الثاني فيكون سلبيا يهدف إلى حظر أو تقييد الاتفاق؛ لمبررات اجتماعية أو اقتصادية.

وقد بينت الدراسة أن التدخل التشريعي في النوع الأول كان في معظم حالاته متعلقا بالرضا التعاقدي؛ فإعطاء القاضي سلطة تكملة العقد يهدف إلى ضمان فعالية العقد، والحفاظ على استقرار المعاملات. ولا شك أن هذا يوافق إرادة الشخصين اللذين أقدما على العقد بغرض تنفيذه والاستفادة منه، أما بالنسبة لمهلة التروي، فالهدف منها هو حماية الطرف الضعيف من التسرع، والتعاقد على غير بينة، وبالتالي فإن فرض مهلة التروي هو إجراء وقائي لحماية الرضا التعاقدي، كما أن إقرار الالتزام بالإعلام يهدف إلى ضمان التوازن المعرفي بين الطرفين؛ ذلك أن اختلال التوازن المعرفي بين الطرفين، أدى بالمشرع إلى التدخل، وفرض الالتزام بالإعلام مراعاة لهذا التدخل. وأخيرا فإنه ورغم النص على الآليات السابقة، إلا أن ذلك لم يثن المشرع من إقرار حق العدول عن العقد؛ وذلك لضمان فعالية الحماية الموجهة للمستهلك؛ باعتباره طرفا ضعيفا، وسد ما عسى أن تعجز عنه الآليات الوقائية السابقة. ثم إن ظهور العقود الإلكترونية، وتميزها عن العقود الكلاسيكية في العديد من المجالات منها: البعد المكاني بين المتعاقدين، وما نجم عنها من إشكالات متعلقة بالإرادة، سواء بالتعبير عنها، أم بتحديد مكان وزمان إبرام العقد، وكذا تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني، فضلا عن إشكال إثبات التراضي الإلكتروني. وقد رأينا من خلال الدراسة محاولة الفقه والتشريع الإجابة عن تلك الإشكالات، وإيجاد حل ملائم لها، إلا أنه ما يعاب على المشرع الجزائري عدم تنظيمه الجيد لمختلف تلك المسائل، فتارة يكتفي بعموميات لا تكفي لتأدية الغرض المقصود، على غرار نصوصه المتعلقة بالكتابة الإلكترونية، وتارة يغفل النص تماما على المسألة، على غرار مسألة تحديد مكان وزمان إبرام العقد، مما يجعل الرجوع إلى القواعد العامة أمر لا مناص منه.

ثامنا- لاحظنا أنه على الرغم من نص المشرع الجزائري على تلك الآليات الإنشائية، إلا أنه لا يخفي على أي باحث القصور التنظيمي لتلك الآليات في العديد من القواعد، فتارة يغفل النص عن العديد من الأحكام المهمة، حتى يكاد النص غير ذي فائدة، على غرار إغفاله النص على الجزاء المدني المترتب عن الإخلال بمهلة التروي، وكذا الالتزام بالإعلام، وتارة أخرى يأتي بنص قاصر عن استيعاب جميع الحالات المنضوية تحته، على غرار ما هو الأمر عليه في تكملة العقد، أين أغفل النص على الحالات الأخرى، وبيان حكمها، مما يجعل النص قاصر التطبيق عمليا. أما بالنسبة لحق العدول عن العقد، فرغم أهمية تنظيمه، ودوره في المنظومة التشريعية الحديثة؛ إذ لا يكاد يخلو قانون استهلاك معين من تنظيم هذا الحق، إلا أن المشرع الجزائري قد سجل تأخرا كبيرا في إقراره الحق عن العدول كمبدأ عام في تشريعات الاستهلاك؛ حيث

ظل مجرد تطبيقات متناثرة في عقود معينة، ثم إن المشرع وبعد إدراكه لأهمية ذلك الحق، والنص عليه كمبدأ عام، وذلك بمقتضى تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش 2018، إلا أنه بالمقابل أحال في تنظيم مختلف أحكامه إلى التنظيم، والذي لم يصدر لحد الآن، مما يجعل النص المتعلق بحق العدول عاريا عن التطبيق، وحماية دون حماية، فكيف يثبت للمستهلك الحق في العدول دون بيان الأحكام المتعلقة به من ضوابط متعلقة بالمدة، وكذا آثار العدول على طرفي العقد، وغيرها من الأحكام المهمة، على غرار ما فعلته التشريعات المقارنة الحديثة، كقانون التوجيه الأوروبي، وقانون الاستهلاك الفرنسي، فنكون بذلك قد أخذنا بالشمال ما كنا قد أعطيناه باليمين.

أما بالنسبة للنوع الثاني من التدخل التشريعي، فهو التدخل الإقصائي، والذي يهدف إلى الحد من بعض البنود أو جعلها عديمة الفعالية؛ لضرورات اقتصادية أو اجتماعية. ولعل أهم تلك الصور، نجد مكافحة الشروط التعسفية، هذه الظاهرة التي استفحلت استفحالا كبيرا، أدى إلى اعتبارها إحدى أهم المعالم في حماية الطرف الضعيف. ولعل ما يعكس هذا القول، هو إجماع القواعد العامة والخاصة على مواجهة الظاهرة، فبالنسبة للقواعد العامة، فنجد المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في التشريعات الأخرى، وما تضمنتها من أحكام موجهة لمكافحة الشروط التعسفية في عقد الإذعان، إلا أن قصور هذه الحماية في العديد من النواحي أدى إلى استحداث نصوص خاصة في تشريعات الاستهلاك التي حاولت تجنب القصور الوارد في القواعد العامة، ومن ذلك النص على المعيار الذي يتم على أساسه تقدير مدى تعسفية الشرط، وكذا النص على العديد من الآليات المستحدثة، كنظام القوائم، ولجنة البنود التعسفية.

وقد رأينا اختلاف تشريعات الاستهلاك، وانقسامها بخصوص المجال الموضوعي للحماية من الشروط التعسفية إلى اتجاهين؛ أولهما: يرى تقييد الحماية باشتراط كون العقد المتضمن الشرط التعسفي من قبيل عقود الاستهلاك على غرار المشرع الفرنسي، أما ثانيهما: فذهب إلى تقييد الحماية وقصرها على عقود الإذعان فقط. وقد تبين لنا من خلال الدراسة تبني المشرع الجزائري صراحة للتوجه الثاني بموجب المادة 04 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، وقد اختلفت مواقف الفقه بين مرحب بهذا التوجه، وآخر معارض له. وفي نظرنا أن إقرار حماية فعالة من ظاهرة الشروط التعسفية لا يتأتى بتقييد مجال الحماية، بل إن الهدف من استحداث تلك النصوص هو مكافحة الشروط التعسفية، والتي لا يشترط

اتصالها أو اقتراحها بعقد الإذعان؛ لذلك وجب توسيع الحماية منها، وعدم تقييدها، ضمانا لشموليتها لكل الحالات، وعدم التهرب من تطبيق أحكامها من خلال القيام بمفاوضات صورية مثلا.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فقد عالج فكرة الشروط التعسفية من خلال العديد من الآليات، وبأسلوب يتميز بالتنوع في الأحكام والجزاء؛ فهو تارة يقضي ببطالان الشرط فقط مع بقاء العقد قائما، وتارة أخرى يقضي ببطالان الشرط والعقد معا. ثم إن عناية فقهاء الشريعة الإسلامية بنظرية الاشتراط، والنص على أحكام مختلف الشروط أدى بدوره إلى التعرض للعديد من الشروط التي تعتبر تعسفية بمفهوم التشريعات الحديثة، على غرار الشرط متضمن مصلحة لأحد المتعاقدين، أو الشرط الذي لا يقابله التزام. ولا شك أن ذلك أدى إلى بناء نظام متكامل للشرط التعسفية؛ سواء من حيث التقسيمات، أو من حيث الجزاء. وهو ما يؤكد سبق الفقهاء الإسلاميين التشريعات الحديثة في مختلف الأحكام المتعلقة بمكافحة شروط التعسفية؛ سواء بالنسبة لبعض الشروط وتنظيمها باعتبارها باطلة، وهو ما يقابل نظام القوائم، أم النص على بطلان الشرط فقط، دون المساس بالعقد في حالات معينة، وهذا هو عين الجزاء المترتب عن الشروط التعسفية في التشريعات الحديثة. كما لم يكتف الفقهاء الإسلاميين بمكافحة الشروط التعسفية من خلال نظرية الاشتراط، بل سعى إلى مكافحة تلك الظاهرة من خلال أحد أهم أسبابها؛ وهو الاحتكار، وذلك من خلال التطرق لمختلف أحكامه، ونطاقه، وآليات مكافحته، مستندا في ذلك على آيات وأحاديث صحيحة في هذا الباب تحرم الاحتكار، بل وتعهده من كبائر الذنوب.

أما بالنسبة للحكم الآخر، والمتمثل في إقرار الغبن الاستغلالي، فكما هو معلوم، فإن عيوب الإرادة الثلاثة (الغلط، والتدليس، والإكراه)، كانت محل تنظيم واتفاق لدى معظم التشريعات، لا سيما القانون المدني الفرنسي، ومن هذا حذوه من تشريعات، ولم تعر تلك التشريعات لفكرة الغبن جانبا كبيرا من الاهتمام؛ وذلك يرجع إلى كون تبني قاعدة عامة في الغبن، وجعله سببا لإعادة النظر في العقد، منافيا للمبادئ القائمة في تلك التشريعات، والتي تعتبر إقدام شخص على التعاقد قرينة على قبوله بشروطه، فلا يجوز له بعد ذلك ادعاء الغبن، وإلا لكان ذلك بابا لكل شخص راغب في التملص من التزاماته بدعوى الغبن، رغم كمال أهليته، وسلامة إرادته من العيوب. ولعل هذا ما أدى بالتشريعات الحديثة إلى البحث في أسباب الغبن، ومظان وقوعه، فأدى ذلك إلى ربط الغبن بالجانب النفسي، فنتج عنه استحداث عيب الاستغلال إلى جانب العيوب الثلاثة المعروفة (الغلط، والتدليس، والإكراه). وعلى رأس هذه التشريعات، نجد المشرع الألماني، والمشرع السويسري، والمشرع البولندي، ثم تبني الفكرة القانون المدني المصري، وغيره من

التشريعات العربية على غرار المشرع الجزائري، والذي سجل بدوره إقرارا لغيب الاستغلال بموجب نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري. إلا أن ما يؤخذ على المشرع الجزائري عدم استفادته الحقيقية من أحكام نظرية الاستغلال، وإمعانه في تقييد التمسك بدعواه بالعديد من الضوابط التي قد تحول دون قيام النص بالدور المرجو منه، ومن ثم التقليل من أهميته العملية. ولعل أهم تلك القيود، تلك المتعلقة بالجانب النفسي لدعوى الاستغلال الذي قيده المشرع بحالتين فقط؛ وهما الطيش، والهوى، فضلا عن اشتراطه كون الطيش بينا، والهوى جامحا، أسوة ببعض التشريعات، ومتجاهلا بعض الحالات الأخرى التي يقوم الضعف النفسي على غرار نقص الخبرة، وعدم الإدراك، والحاجة. ولم يكتف المشرع بتقييد تطبيق الاستغلال من الناحية الموضوعية فحسب، بل تعدى ذلك إلى الجانب الشكلي، أين خرج بخصوص آجال رفع دعوى الاستغلال عن القواعد العامة لتقادم عيوب الإرادة، المنصوص عليها في نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري، وجعل أجل دعوى الاستغلال هو سنة من يوم إبرام العقد، وذلك بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 90 من القانون المدني. وبالتالي يلاحظ خروج المشرع المتكرر عن القواعد العامة في غيب الاستغلال خروجًا لا مبرر له.

وأخيرا، فإن آخر آلية تعرضنا لها في بحثنا هذا، تكمن في نظرية الظروف الطارئة. ومضمون هذه النظرية، هو إعادة النظر في العقد لتغير الظروف الاقتصادية ما بين فترة انعقاده وفترة تنفيذه، فهذه القاعدة وعلى بدايتها ومنطقيتها؛ إذ لا يمكن إلزام شخص بتنفيذ العقد في ظل ظروف مرهقة لم يكن بمتوقعها أثناء التعاقد، إلا أن هذا لم يمنع التشريعات الوضعية، والقضاء في العديد من الدول من التصدي لها، ومخاصمتها، ورفض التسليم بها. ولعل خير مثال عن ذلك، المشرع الفرنسي، وقضاؤه، واللذان رفضا الأخذ بها، وجعلها سببا لتعديل العقد، مستندين في ذلك على مبررات نظرية غير عملية، مفادها عدم إهدار قوة العقد الملزمة، أو النيل من لزوميته. وقد ظل هذا التوجه سائدا إلى غاية تعديل القانون المدني الفرنسي 2016، أين سجل المشرع الفرنسي أخيرا تبنيه للنظرية بموجب المادة 1195 من القانون المدني. أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص على النظرية بمجرد إصدار القانون المدني الجزائري في 1975، وذلك بموجب المادة 03/107 منه، ومن خلال دراستنا استنتجنا وجود فروقات جوهرية بين النظريتين لدى التشريعين (الجزائري والفرنسي)؛ سواء من الناحية الشكلية، أم من الناحية الموضوعية، فبالنسبة للناحية الأولى، فقد رأينا اشتراط المشرع الفرنسي صراحة ضرورة إعادة التفاوض بين المتعاقدين قبل رفع الأمر إلى القضاء للفصل فيه، مما يعكس تحفظ المشرع الفرنسي حول النظرية، وجعله حل الأمر وديا، هو القاعدة

العامة، وهذا ما تخلف في النص الجزائري، أما بالنسبة للناحية الثانية من الفروقات، فتتمثل في نقطتين؛ أولهما: توسيع المشرع الفرنسي من صلاحية القاضي؛ بإعطائه الحق في إنهاء العقد عند نظره في الدعوى، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري كجزء على ثبوت شروط الظروف الطارئة، أما ثانيهما: فيكمن في عدم اعتبار أحكام الظروف الطارئة من النظام العام، وذلك بخلاف المشرع الجزائري الذي فضل مساهمة التشريعات العربية في هذا الحكم. ولعل تبني هذا الحكم هو ما يكفل تطبيق النص عمليا، ويضمن فعاليته. أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من تغير الظروف الاقتصادية، فقد رأينا معالجته للفكرة من خلال نظريتين؛ وهما الجوائح في بيع الثمار، والعذر في فسخ الإجارة، وباعتبار ورودهما في أكثر العقود شيوعا وانتشارا بين الناس قديما وحديثا، فلا نرى مانعا من توسيع نطاقهما لغير تلك العقود؛ نظرا لاتحاد العلة؛ وهي رفع الإرهاق عن المتعاقد.

وبعد عرضنا لمختلف المعالم الجديدة لنظرية العقد، تبين لنا أن معظم تلك المعالم قد جاءت بها تشريعات الاستهلاك، بغرض حماية الطرف الضعيف في العقد من جهة، وضمان المساواة الفعلية بين المتعاقدين من جهة أخرى، إلا أن التساؤل المطروح في هذا المجال، هو عن مدى إمكانية دمج قواعد تشريعات الاستهلاك في القانون المدني؛ باعتباره الشريعة العامة للمعاملات المدنية من جهة، وكذا تسهيل اللجوء إلى تلك القواعد من جهة أخرى.

إن تحقيق هذا المقصد لا يتأتى إلا بتوحيد تشريعات الاستهلاك؛ إذ لا يخفى على أحد تناثر قواعد حماية المستهلك بين قانون حماية المستهلك، وقانون التجارة الإلكترونية، وبعض القوانين الأخرى. ولا شك أن محاولة دمجها يكون من خلال توحيدها أولا؛ حتى يتسنى بعد ذلك إضافتها للقانون المدني.

وبعد ختم الدراسة، وبيان نتائجها، ارتأينا إبداء الاقتراحات التالية:

أولا- ضرورة نص المشرع الجزائري على العديد من الأحكام التي تم إغفالها بصدد تنظيم بعض الآليات والنصوص، ومن ذلك مسألة تكملة العقد، وذلك بنصه على الحالات الأخرى لعدم الاتفاق على المسائل التفصيلية، وبيان حكمها.

ثانيا- على المشرع الجزائري النص على العديد من الأحكام المتعلقة بمهلة التفكير، والالتزام بالإعلام، ومن ذلك النص على الجزاء المدني المترتب عن الإخلال بهما؛ لما لذلك من أهمية عملية في تكريس الحماية، فضلا عن توسيع مجال أعمال الآتين، ولا سيما وقد سبقت إلى ذلك بعض التشريعات المقارنة، ومنها المشرع الفرنسي، والذي نص صراحة على الالتزام بالإعلام في تعديل القانون المدني 2016 بموجب المادة

1112 منه. وبالتالي يتبين عدم تعارض تلك الآليات مع قواعد القانون المدني، بالإضافة إلى النص على بعض الأحكام المتعلقة بتطبيق مهلة التروي، ومنها ضرورة إلزامية إيجاب المحترف من جهة أخرى، وتقييد قبول المستهلك من جهة أخرى.

ثالثا- ضرورة إصدار المشرع الجزائري للنصوص التنظيمية المتعلقة بحق العدول؛ فلا شك أن عدم إصدار التنظيم المتعلق به يؤدي إلى جعل النص غير ذي فائدة، وجعل حق العدول مجرد نص نظري لا يمت للواقع بصلة.

رابعا- ضرورة تخلي المشرع الجزائري عن فكرة ربط الشروط التعسفية بعقد الإذعان؛ إذ كما رأينا فإن الاقتصار على عقود الإذعان كمجال موضوعي لتطبيق الأحكام الحمائية المتعلقة بالشروط التعسفية يؤدي إلى تضيق مجال الحماية، وعدم استفادة العديد من المتعاقدين منها، مما ينجم عنه المساس بمبدأ المساواة القانونية، فضلا عن أن ربط الشروط التعسفية بفكرة الإذعان يعتبر نظرة قاصرة، ومعالجة ظرفية لمعضلة الشروط التعسفية، دون وضع حل شامل لكافة الحالات. كما يستحسن في الوقت نفسه إقرار الجزاء المدني للشروط التعسفية في القانون رقم: 04-02 بنص صريح، وذلك تفاديا لأي لبس، أو تردد قضائي في الحكم بإلغاء الشروط التعسفية.

خامسا- ضرورة توسع المشرع الجزائري في أحكام نظري الاستغلال والظروف الطارئة، وذلك بعدم تقييد عيب الاستغلال على النحو الحالي؛ سواء من الناحية الشكلية، من خلال المساواة بينه وبين باقي عيوب الإرادة بخصوص آجال رفع الدعوى؛ إذ لا مبرر للتمييز بينهما، إضافة إلى ضرورة التوسع في الضعف النفسي، وجعله شاملا للعديد من الحالات المنضوية تحته. أما بالنسبة للظروف الطارئة، فنرى أن اشتراط عمومية الحادث من شأنه منع الكثير من الأشخاص من الاستناد إلى هذه الفكرة لأجل طلب إعادة النظر في العقد بدعوى الظروف الطارئة، فما دام أن العبرة بالإرهاق، فلا مبرر لاشتراط عمومية مصدره، وإن كان ذلك هدفه منع تحايل الأشخاص، ومحاولة التملص من العقد بدعوى الظروف الطارئة، فإن ذلك يكمن حله في اشتراط عدم توقع الحادث عند التعاقد، لا باشتراط عموميته.

سادسا- وجوب تكوين القضاة في الفقه الإسلامي؛ ذلك أنه حسب المادة 02/01 من القانون المدني الجزائري، فإن القاضي وفي حالة غياب النص التشريعي في مسألة معينة، فإن مرجعه في القضاء في النزاع هو الفقه الإسلامي. ولا شك أن عدم تكوين القضاة تكويننا جيدا في الفقه الإسلامي، وذلك ببيان مختلف

المصادر الأصلية له، ومصادر التشريع، وطرق استنباط الأحكام، يؤدي إلى تعطيل النص؛ فكيف يطلب من القاضي القضاء بأحكام الفقه الإسلامي، وهو لا يملك مكتبته؟

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم:

أولاً- المصادر والمراجع باللغة العربية:

1- كتب السنة النبوية:

- ابن حجر العسقلاني، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تخريج الأحاديث وتعليق عليه: عماد الطيار وياسر حسن وعز الدين صنلي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق-بيروت، 2009.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، الطبعة الثانية، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2015.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، 2006.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي، سنن الترمذي، الطبعة الثانية، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2015.
- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن سنان، سنن النسائي، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، الطبعة الثانية، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2015.
- النووي، يحيى بن شرف الحزامي، شرح صحيح مسلم، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1994.
- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، الطبعة الأولى، دار التأصيل، القاهرة، مصر، 2015.
- مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الطبعة الثانية، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2000.
- مسند أحمد بن حنبل، تحقيق وتخريج أحاديث وتعليق: مجموعة من علماء الحديث في مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2013.

2- كتب التفسير:

- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، الجزء الثالث، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء السابع، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2006

3- كتب الفقه الإسلامي وأصوله وقواعده:

- ابن القيم الجوزية، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، 1423هـ.
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تقديم: محمد الزحيلي، تحقيق وتخراج أحاديث وتعليق: بشير محمد عيون، الطبعة الأولى، مكتبة المؤيد، بيروت، لبنان، 1989.
- ابن تيمية الحرّاني، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم الفتاوى الكبرى، المجلد الرابع، تحقيق وتعليق وتقديم: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1987.
- مجموع الفتاوى، المجلد التاسع والعشرون، الجزء الرابع، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ومحمد عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، 2004.
- ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أحمد الشافعي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبعة مصطفى محمد، مصر، الجزء 4، 05.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد الثاني، تحقيق: أحمد محمد شاكر، تقديم: إحسان عباس، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان.
- في شرح المحلى بالحجج والآثار، بيت الأفكار الدولية، الأردن-السعودية، ب.س.
- ابن رشد الجد، محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات الممهدات، الجزء الثاني، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988.

- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق ودراسة: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، الجزءان: 04، 05.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، تقديم: محمد بكر إسماعيل، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2002، الجزءان: 07، 09.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد التمرى الأندلسي، الاستذكار، الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كلية بالإيجاز والاختصار، الطبعة الأولى، دار الوعي، القاهرة، مصر، 1993، المجلدات: 19، 20، 21.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد مرتبا على الأبواب الفقهية للموطأ، تحقيق: أسامة بن إبراهيم وحاتم بن أبو زيد، المجلد الثاني عشر، الطبعة الرابعة، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2008.
- ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الأول، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.
- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق وتعليق: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تقديم: عبد القادر الأرناؤوط، تحقيق وتعليق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، الطبعة الأولى، مكتبة السوادى، جدة، 2000.
- ابن نجيم، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، الأجزاء: 05، 06، 07، 08.
- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، 2013.
- أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار بان عفان للنشر والتوزيع، السعودية، 1997.
- أسامة محمد الصلابي، اختيارات الحافظ ابن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات من كتابيه التمهيد والاستذكار وتطبيقات معاصرة، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2011.

- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء 04، مطبعة السعادة، القاهرة، 1336هـ.

- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1993.

- كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983، الجزءان: 03،

04.

- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء السادس، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2003.

- الخرشبي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي، شرح مختصر خليل، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ.

- الدسوقي، شمس الدين محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، ب.س.

- الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الجزء الثالث: شرح: حسن الشطي، الطبعة الأولى، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1961.

- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، الأجزاء: 03، 04، 05.

- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314هـ، الجزءان: 04، 05.

- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دراسة وتحقيق وتعليق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، الجزءان: 02، 03.

- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق وتعليق: محمد الزحيلي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار القلم دمشق -الدار الشامية بيروت، 1996.

- الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري، شرح معاني الآثار، تحقيق وتقديم وتعليق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1994.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، الجزءان: 04، 05.
- الكمال بن الهمام، شرح فتح القدر، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317 هـ، الجزءان: 05، 07.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير، في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، الجزءان: 05، 07.
- المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العتقي عن إمام دار الهجرة أبي عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، المجلدات: 10، 11، 12.
- المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن محمد، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، ب.ب.ن. 1955، الجزءان: 04، 05.
- النووي، المجموع، الجزء التاسع، تحقيق وتعليق: محمد نجيب المطيعي، الجزء التاسع، مطابع المختار الإسلامي، دار السلام، القاهرة، مصر، 1980.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: زهير الشاويش، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت-عمان، 1991.
- باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ب.س.

- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2009.
- خالد بن علي بن محمد المشيقح، المختصر في المعاملات، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، السعودية، 2013.
- ديان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الطبعة الثانية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، 1434هـ، المجلدات: 02، 03، 04، 05، 06، 07.
- صبحي محمضاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1983.
- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي تكشف تفصيلا عن تفوق التشريع الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1993.
- عبد الرحمان بن سليمان الكليبوي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.
- عبد الرحمان بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، الطبعة الأولى، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2007.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1953-1954، الأجزاء: 02، 03، 06.
- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مقهوي، الكويت، 1985، الجزءان: 01، 02.
- عبد الله بن ناصر السلمي، الغش في العقود، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2004.
- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008.

- علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002. الجزءان: 1، 2.
- فتحي الدريني: النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1996-1997.
- فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق- بيروت، 2008، الجزءان: 01، 02.
- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1984.
- قحطان عبد الرحمان الدوري، الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الكتاب ناشرون، لبنان، 2011.
- قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- كفاح عبد القادر الصوري، التعبير وأثره في العقود، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2007.
- لجنة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1310هـ، الجزءان: 03، 04.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996.
- محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، الجزء الثالث، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان وأم إسراء بنت عرفة بيومي، الطبعة الأولى، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006.
- محمد سكحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2001.
- محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المال، الملكية، العقد، الطبعة الثانية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- محمد علي فركوس، مختارات من نصوص حديثة في فقه المعاملات المالية، القسم الأول، الطبعة الثانية، دار الموقع للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

- محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1984، الجزءان: 04، 05.
- محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004.
- محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، سوريا، 2004.
- عقد البيع، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، 2012.
- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979.
- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، النظريات الفقهية والعقود، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، 1985.

04- الكتب القانونية:

- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
- عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
- إسراء خضير مظلوم الشمري، حماية المستهلك في نطاق عقود الإذعان، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2018.
- أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك، دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
- العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني الجزائري وأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.

- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015-2016، الجزءان: 1، 2.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
- الجديد في: التوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2011.
- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1980.
- الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
- إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018.
- بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، صحة العقد والاستقرار التعاقدية، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2017.
- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000.
- حسن الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1970.
- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلوأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- خالد الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

- خالد مصطفى فهمي، الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2019.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.
- خليفة الخروبي، العقود المسماة، الوكالة - البيع والمعاوضة - الكراء - الهبة، الطبعة الثانية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013.
- رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- زييري بن قويدر، حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية مع إسقاطات على عقود الاستهلاك في ضوء أحدث تعديلات القانون الجزائري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2019.
- سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن العقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجيهات الأوروبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018.
- سعيد سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1980.
- سمير تناغو، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009.
- مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009.
- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- شروق عباس فاضل السعدي وسارة نعمت أحمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، (عقد الكفالة - عقود الاستهلاك - عقد العمل) أنموذجا، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2022.

- شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017.
- شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود، قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي والفقهاء الإسلاميين، دار الخلدونية، الجزائر، 2020.
- عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1960، الأجزاء: 01، 02، 03.
- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1971.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر - الإثبات - الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، الأجزاء: 01، 04، 07.
- نظرية العقد، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، الأجزاء: 01، 02.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقهاء الإسلاميين، 1984.
- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، 2011.
- مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الرابعة، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2014.
- عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، مع المقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر والأهلية، بغداد، العراق، 1963.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، تقديم: غسان رباح، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2007.
- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003.
- علي فيصل علي الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019.
- علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2015.
- الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش، تونس، 2014.
- فاضل شاكر النبعمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، العراق، 1969.
- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، السعودية، 2009.

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول، مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1972.
- محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، تونس، 1997.
- محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون-نظرية الالتزام-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2009.
- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006.
- مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1983.
- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2012.
- محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976-1977.

- محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
- محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، الفتح للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1999.
- السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، السعي إلى التعاقد وسلطان الإرادة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.
- منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة. منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011.
- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1997.

- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

- هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، العقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

05- رسائل الدكتوراه:

- أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018-2019.

- أحمد رياحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، الجزائر، 2008.

- أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.

- أرزقي بوعراب، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

- المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018.

- إيمان مكّي، حماية مستهلك خدمة التأمين العادي والإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018-2019.

- بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.

- بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.

- بلال عثمان، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018.

- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014-2015.
- بن عزوز درماش، التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013-2014.
- بن عيسى جيلالي، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017-2018.
- بن يحيى شارف، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، الجزائر، 2017-2018.
- توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1957.
- جميلة تمانى، الغش في العقود، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018-2019.
- خديجة فاضل، عيممة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.
- ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2008-2009.
- رشيدة عيلاّم أكسوم، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
- رفيقة بولكور، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2019.
- زهيرة بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016.
- زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018.

- سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016.
- سماح جبار، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018.
- سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2016.
- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016.
- شياط صديق، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2017-2018.
- صالح ناصر العتيبي، دور الشروط الجوهرية والثانوية في العلاقة العقدية (فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001.
- عاطف كامل مسلم الشوابكه، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018.
- عباس بن جبارة، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، بلعباس، الجزائر، 2013-2014.
- عبد الحكيم عبد البصير فوده، النظرية العامة في تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1983.
- عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016-2017.
- عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد فؤاد سابقا- القاهرة، مصر، 1946.

- عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.
- عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، العراق، 1978.
- فاتح بهلولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
- فايزة طيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018-2019.
- فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012-2013.
- فلة مكّي، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016.
- لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
- لخضر قردان، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019-2020.
- محمد اعمامرة صوالح، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2020-2021.

- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012.
- محمد جريفل، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2017-2018.
- محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1992.
- محمد مالكي، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018.
- مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي يابس، بلعباس، الجزائر، 2017-2018.
- منال بوروب، النظام العام والعقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص: قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2019.
- منير مهدي، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2004-2005.
- ميكائيل رشيد علي الزبياري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، تخصص: فقہ مقارن، كلية الشريعة، العراق، 2012.
- نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في قانون الاستهلاك، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، 2017-2018.
- نصيرة خلوي، الحماية المدنية للمستهلك عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
- وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2018-2019.

- وسيمية مصطفى منشور، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2016-2017.

- يسن سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017-2018.

06- المقالات:

- ابتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر، العدد 12، الجزء الأول، 2018.

- أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، العدد 01، جوان، 2010.

- أحمد رباحي وإبراهيم عماري، مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، الجزائر، العدد 15، جانفي 2016.

- 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.

- المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، الجزائر، المجلد 03، 2010.

- مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي، مجلة الحقيقة، أدرار، الجزائر، العدد 37، 2016.

- أحمد شحدة أبو سرحان وعلي عبد الله أبو يحيى، فسخ الإجارة بالعدر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني منه، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 40، 01، 2013.

- أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 13، العدد 49، السنة 16، 2011.

- الشريف بجماي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، الجزائر، العدد 02، جوان، 2014.

- الواسعة زرارة صالح، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 05، جوان 2012.
- بخالد عجالي، حق المستهلك في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، العدد 04، أفريل، 2017.
- جواد كاظم جواد سميسم، مراحل العقد بين الإرادة العقدية والتشريعية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، السنة 03، المجلد 03، الجزء 02، 2018.
- حبيبة عبدلي ووفاء عبدلي، حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع عن التعاقد بين قصور النص القانوني وواقع الممارسة العملية في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2020.
- حسينة شرون ونجاة حملاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 04، أفريل 2017.
- حنان أوشن وصهيب ياسر محمد شاهين، العدول بين الضمانة وقواعد حماية المستهلك الإلكتروني، دراسة قانونية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، ديسمبر 2020.
- حيدر فليح حسن ومحمد غانم يونس، نطاق سلطة القاضي والقيود التي ترد عليها، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العراق، العدد 02، 2018.
- دليلة معزوز، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، مجلة معارف، جامعة البويرة، الجزائر، السنة 12، العدد 22 جوان 2017.
- رياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، الجزائر، العدد 13، ديسمبر 2019.
- زاهية سي يوسف، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تمنراست، الجزائر، المجلد 07، العدد 02، 2018.
- زوليخة بن طاية وحوورية لشهب، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 01، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، 2020.

- سارة بولقواس، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني، مجلة المنار للبحوث القانونية والسياسية، جامعة المدية، الجزائر، العدد 02، سبتمبر، 2017.
- عبير مزغيش ومحمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاحتلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك الدولية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 04، أبريل 2017.
- علال قاشي، خيار العدول عن العقد ضمانا للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 57، العدد 04، 2020.
- علي عبد الله أبو يحيى وأحمد شحدة أبو سرحان، مشروعية خيار المجلس في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، العدد 38، 2009.
- فائزة طبيب، دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، العدد 58، سبتمبر، 2017.
- محمد أبو القاسم عبد الله فطوح، خيار المجلس في البيوع، مجلة كليات التربية، ليبيا، العدد 06، 2016.
- محمد الأمين نويري وعبد الحق لخداري، حق المستهلك في العدول عن عقد الاستهلاك في ظل القانون رقم 09/18 - بين الضرورة والتقييد-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 57، العدد 02، 2020.
- محمد الطاهر أدهمين، حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 56، العدد 03، 2020.
- محمد أمين سعدي وأحمد رباحي، حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2019.
- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 02، العدد 02.
- محمد زايد، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مجلة آفاق علمية، جامعة تلمسان، الجزائر، المجلد 12، العدد 04، 2020.

- محمد صوالح اعمامرة ونورة جبارة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، أكتوبر، 2021.
- محي الدين عواطف، أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة للتوازن العقدي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة بلعباس، الجزائر، المجلد 04، العدد 01، 2018.
- منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الحق في الرجوع كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد (دراسة تحليلية في ضوء القانون الفرنسي والتوجيهات الأوروبية)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، العدد 65، أبريل 2019.
- ميلود ميهوبي، الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي وآثاره على حماية المستهلك، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 13، السنة 09، 2012.
- نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني: دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي لحماية المستهلك، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة السادسة، العدد 04، ديسمبر 2018.
- نصيرة زوطاط، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة مستغانم، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، 2019.
- نصيرة غزالي والعربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية، جامعة تمنراست، الجزائر، المجلد 11، العدد 03، 2019.
- نورة جحايشية وعصام نجاح، حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، 2020.
- نويرة سامية ونويرة محمد الأمين، حق المستهلك الإلكتروني في العدول في التشريع الجزائري والمغربي، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2020.

07- المداخلات:

- حسام الدين الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم في إطار ندوة: حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998.

- خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، مداخلة في إطار الملتقى الدولي: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 01، 24-25 أكتوبر 2016.
- ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، مداخلة في إطار الملتقى الدولي: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 01، 24-25 أكتوبر 2016.
- محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في إطار ندوة: حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998.
- محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، مداخلة في إطار الملتقى الدولي: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 01، 24-25 أكتوبر 2016.
- محمد عماد الدين، تحولات نظرية العقد في ظل قانون حماية المستهلك، مداخلة في إطار الملتقى الدولي: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 01، 24-25 أكتوبر 2016.

08- النصوص القانونية:

أ- القوانين الوطنية:

- الأمر رقم 75-58، المتضمن ق.م، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426، الموافق 20 يونيو 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.78، الصادرة في 24 رمضان 1395 هـ ، الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م.
- القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ ، الموافق لـ 25 فبراير 2008م، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المتعلق بالإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.21، الصادر في 17 ربيع الثاني 1429 هـ ، الموافق لـ 23 أبريل 2008م.
- 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 05 أوت، 2010 الصادر بتاريخ 18/10/2010، ج.ر، العدد 46.
- الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المؤرخ بتاريخ 19/07/2003، ج.ر، العدد 24.

- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-05، ج.ر، العدد 35.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية، المؤرخ في 10/09/2006، جر، العدد 56، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 44/08 الصادر في 03/02/2008، ج.ر، العدد 07.

ب- القوانين العربية:

- القانون رقم 131 المتعلق ق.م. المصري لسنة 1948م.
- القانون رقم 87 المتعلق بإعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المؤرخ في 15 أوت 2005م، الرائد الرسمي التونسي، ع.68، الصادر بتاريخ 15 أوت 2005م.
- الأمر القانوني رقم 89-126 المتضمن ق.إ.ع. الموريتاني، الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989م، والمعدل بالقانون رقم 31-2001، الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001م.
- ق.م. الليبي، الصادر بتاريخ 20 فبراير 1954م.
- ق.م.م. السوداني الصادر في 14/02/1984م.
- القانون رقم 22 بشأن ق.م. القطري، المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1425هـ، الموافق لـ 30 جوان 2004م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.11، الصادرة في 22 جمادى الثانية 1425هـ، الموافق 08 أوت 2004م.
- قانون اتحادي رقم 5 المتعلق بإصدار ق.م.م. الإماراتي، الصادر بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، الجريدة الرسمية الإماراتي، ع.158، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق لـ 29 ديسمبر 1985م.
- قرار جمهوري رقم 14 بشأن ق.م. اليمني، الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية، ع.14، لسنة 2002م.
- القانون رقم 67 المتعلق بالقانون المدني الكويتي، الصادر سنة 1980م.
- القانون رقم 19 المتعلق بالقانون المدني البحريني، الصادر في 1422هـ، 2001م.
- القانون رقم 04 المتعلق بالقانون المدني الفلسطيني الصادر في 2012م.
- القانون رقم 40 المتعلق بالقانون المدني العراقي، الصادر بتاريخ 30 شعبان 1370هـ، 4 حزيران 1951م.

- القانون رقم 43 بشأن ق.م.الأردني، الصادر بتاريخ أول يناير 1976م، الجريدة الرسمية الأردنية، ع.2645، الصادرة بتاريخ أول جويلية 1976م.
- ق.م.ع.اللبناني، الصادر بتاريخ 9 مارس 1932م، الجريدة الرسمية اللبنانية، ع.2642، الصادرة بتاريخ 11 نوفمبر 1932م.
- مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، لبنان، 1302هـ، 1884م.

09- القرارات القضائية:

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 212782، العدد: 01، سنة: 2001، قرار بتاريخ: 12-01-2000، ص.ص.114-116.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 324034، العدد: 01، سنة 2007، ص.214.
- نقض مدني مصري 13 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض رقم 80.
- نقض مدني مصري 12 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض، السنة 2، ص.492، رقم 80.
- نقض مدني مصري، 21 أبريل 1960، مجموعة أحكام النقض، السنة 11، رقم 50، ص.330.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الجنايات، ملف رقم 461954، مؤرخ في 29 جويلية 2009، عدد 01 لسنة 2013، ص.376.

ثانيا- المراجع باللغات الأجنبية:

1- Ouvrages:

- Abbas Karimi, Les clauses abusives et le théorie de l'abus de droit, L.G.D.J, France, 2001.
- Henri Capitant, De la cause des obligations, 3eme édition, paris, France, 1927.
- Jean Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, 1ere édition, imprimerie des presses universitaires, France, 1996.
- Omar Azziman, Droit civil, droit des obligations, le contrat, édition le fennec, France, 1995.
- Philippe Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, L.G.D.J, France, 2002.
- Remy Cabrillac, Droit des obligations, 8eme édition, Dalloz, France, 2008.

2- Thèses:

- Alaeldin Alkhasawneh, L'obligation d'information dans les contrats informatiques, étude compare du droit français et droit jordanien, thèse de doctorat, spécialité: droit prive, université de Reims, France, 2008.
- Apo Alleme, La protection du consommateur a l'épreuve des technologies de l'information et de la communication: étude du doit ivoirien a la lumière du droit

Français, thèse de doctorat, spécialité: droit privé, université de Perpignan via domitia, France, 2018-2019.

- Betty Mercedes Martinaz-Cardenas, La responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français, thèse de doctorat, université Pantheon Assas, France, 2013.

- Claire-Marie Peglion-Zika, La notion de clause abusive, thèse de doctorat, spécialité: droit privé, université Pantheon- Assas, France, 2013.

- Clément Le Bideau, Engagement et désengagement contractuel, étude de droit de la consommation et de droit civil, thèse de doctorat, université de Grenoble, France, 2015.

- Djamila Mahi-Disdet, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, thèse de doctorat, université D'Avignon et des Pays de Vaucluse, France, 2011.

- Faustine Jacomino, le contrôle objectif de l'équilibre contractuelle, entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, thèse de doctorat, université Côte d'Azur, France, 2018.

- Florian Maume, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse de doctorat, université d'Évry-Val-d'Essonne, France, 2015.

- Meryem Edderouassi, Le contrat électronique international, thèse de doctorat, université de Grenoble Alpes, France, 2017.

- Mickaël Boutros, LE Droit du commerce électronique: (une approche de la protection du cyber consommateur), thèse de doctorat, université de Grenoble, France, 2014.

- Mohamed Lachachi, Les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur, étude comparative, thèse de doctorat, université Oran 02, Algérie, 2019-2020.

- Mona Jamel, Le contrat d'adhésion: étude comparative des droits français et koweïtien, thèse de doctorat, spéciale: droit privé, université de Strasbourg, France, 2017.

- Nathali Douche-Doyette, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat, université de Lorraine, France, 2018.

- Nathalie Moreau, La formation du contrat électronique: dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.c), thèse de doctorat, université de Lille, France, 2002-2003.

- Nicolas Gras, Essai sur les clauses contractuelles, thèse de doctorat, spécialité: droit privé, université D'Auvergne- Clermont Ferrand, France, 2014.

- Orianne Siegle-Ferrand, Droit de la construction et de la communication: Essai sur les critères de qualification des contractants, thèse de doctorat, université de Montpellier, France, 2017.

- Salma Seifelnasr, Regards croisés sur la théorie de l'imprévision en droit des pays arabes et en droit français, thèse de doctorat, université de Montpellier, France, 2020.

- Sinan Al Shatinawi, Les conditions générales de vente dans les contrats électronique en droit compare franco jordanien, thèse de doctorat, université de Reims, France, 2012.
- Torkia hounki, La protection civile et pénale du consommateur dans le commerce électronique: étude compare entre le droit Français, le droit Egyptien, et le droit libyen, thèse de doctorat, université de Reims, France, 2021.
- Yousef Shandi, La formation du contrat a distance par voie électronique, thèse de doctorat, université de Strasbourg, France, 2005.

03- articles:

- Bilal Atmani, La théorie de L'imprévision: étude en droit Algérien et Français, les annales de l'université d'Alger, tome 03, n°33, septembre 2019.
- Cyril Grimaldi et Jean-François Sagaut, l'obligation d'information du vendeur, revue des contrats, France, juillet 2021.
- Mohammed Harrat, la protection du E-consommateur dans le contrat électronique (étude compare), revue de droit et société, université d'Adrar, Algérie, vol2, n° 01, 2020.

04- Colloques:

- Jean-Pascal-Chazal, Vulnérabilité et droit de la consommation, colloque sur la Vulnérabilité et le droit, organise par L'université de Grenoble, 23 mars 2000.
- Denis Mazeaud, La protection par le droit commun, colloque sur les clauses abusives entre professionnels, organise par L'université de Lille et l'université de paris, 23 mai 1997.

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 2011/83/UE du Parlement Européen 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 directive 97/7/CE du parlement européen et de conseil. journal officiel de l'union européen.
- Loi n°78-22 du 10 Jan 1978 concernant la protection du consommateurs.
- Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative a la partie Législative du code de la consommation JORF n°64 DU 16/03/2016.
- Code Civil Français Dernière Modification: 2021-07-01 Edition, 221-07-01, JORF n°0093 du 21 avril 2018.
- Code de la Consommation Français, Dernière Modification: 10-10-2021, édition: 13-10-2021.

الفهرس

الفهرس

	آية وحديث
	إهداء
	شكر وتقدير
	المختصرات
العنوان	رقم الصفحة
مقدمة	02
الباب الأول: الباب الأول: المعالم الإنشائية الحديثة: توسع التدخل التشريعي في الرضا التعاقدى	09
الفصل الأول: المعالم التشريعية المتعلقة بتكوين الرضا التعاقدى وأشكال صدوره.	11
المبحث الأول: التدخل التشريعي في تكوين الرضا التعاقدى	11
المطلب الأول: منح القاضي سلطة إتمام التراضي لتكملة العقد	11
الفرع الأول: التنظيم التشريعي لفكرة تكملة العقد	12
أولاً- التشريعات الموسعة لفكرة تكملة العقد:	12
ثانياً- التشريعات المضيقه لفكرة تكملة العقد:	15
الفرع الثاني: التمييز بين العناصر الجوهرية والتفصيلية: بين المعيار الموضوعي والشخصي	17
أولاً- الاتجاه القائل بالمعيار الموضوعي:	17
ثانياً- الاتجاه القائل بالمعيار الشخصي:	18
ثالثاً- الاتجاه القائل بالجمع بين المعيارين:	18
الفرع الثالث: الأساس القانوني لتكملة العقد	19
أولاً- الاتجاه القائل بالدور الكاشف للقاضي:	19
ثانياً- الاتجاه القائل بالدور المنشئ للقاضي:	21

22	الفرع الرابع: حالات عدم الاتفاق على العناصر الجوهرية
22	أولاً- الاكتفاء بالاتفاق على العناصر الجوهرية، وعدم التعرض للمسائل التفصيلية:
22	ثانياً- مناقشة الطرفين للمسائل التفصيلية دون التوصل إلى اتفاق بشأنها:
22	ثالثاً- إرجاء المتعاقدين مناقشة المسائل التفصيلية إلى ما بعد التعاقد:
23	الفرع الخامس: أدوات القاضي في تكملة العقد
23	أولاً- طبيعة المعاملة:
23	ثانياً- القانون:
25	ثالثاً- العرف:
26	رابعاً- قواعد العدالة:
29	المطلب الثاني: إقرار مهلة التروي لتجنب الرضا المتسرع
30	الفرع الأول: مفهوم مهلة التروي
30	أولاً- تعريف مهلة التروي:
31	ثانياً- تمييز مهلة التروي عن حق العدول:
33	ثالثاً- مبررات الأخذ بمهلة التروي:
35	الفرع الثاني: آليات تكريس مهلة التروي
35	أولاً- مهلة التفكير وفكرة الإيجاب الملزم:
38	ثانياً- مهلة التروي وفكرة حظر القبول:
40	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمهلة التروي
40	أولاً- تكليف مهلة التروي مع فكرة الشرط الواقف:
40	ثانياً- تكليف مهلة التروي مع فكرة التكوين المتعاقب للعقد:
41	الفرع الرابع: التنظيم التشريعي لمهلة التروي
41	أولاً- مهلة التروي في القانون الجزائري: تطبيقات متناثرة دون إقرار مبدأ عام:
42	ثانياً- مهلة التروي في القانون الفرنسي:
44	الفرع الخامس: أساس مهلة التروي في الفقه الإسلامي
44	أولاً- مقارنة خيار التراخي في القبول بمهلة التروي
47	ثانياً- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: أساس لمهلة التروي:

53	المبحث الثاني: إقرار الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام: تكريس قانوني للتوازن المعرفي بين الطرفين
54	المطلب الأول: حقيقة الالتزام بالإعلام
54	الفرع الأول: خصائص وشروط الالتزام بالإعلام
54	أولاً- خصائص الالتزام بالإعلام:
56	ثانياً- شروط الالتزام بالإعلام:
60	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام
60	أولاً- الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة:
61	ثانياً- الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية:
62	ثالثاً- الالتزام بالإعلام ذو طبيعة مزدوجة:
62	المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام
63	الفرع الأول: عيوب الإرادة ودورها في مكافحة الإخلال بالالتزام بالإعلام
63	أولاً- علاقة نظرية الغلط بالإخلال بالالتزام بالإعلام
70	ثانياً- علاقة نظرية التدليس بالإخلال بالالتزام بالإعلام
76	الفرع الثاني: دور نصوص عقد البيع في تكريس جزاء الإخلال بالالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام
76	أولاً- شرط العلم الكافي بالمبيع ودوره في تكريس الالتزام بالإعلام
81	ثانياً- تكريس الالتزام بالإعلام من خلال نظرية العيوب الخفية
83	ثالثاً- تكريس الالتزام بالإعلام من خلال بعض أحكام الضمان
85	الفرع الثالث: قيام المسؤولية المدنية للمدين بالالتزام بالإعلام
86	أولاً- الطبيعة القانونية للمسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام
89	ثانياً- أركان المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام
94	الفرع الرابع: نظرية الأثر الإلزامي: جزاء خاص بالالتزام بالإعلام
94	أولاً- مبررات نظرية الأثر الإلزامي للإعلام
96	ثانياً- شروط تطبيق نظرية الأثر الإلزامي للإعلام

98	المبحث الثالث: التعاقد الإلكتروني والإشكالات المتعلقة به
98	المطلب الأول: مدى استجابة التعبير عن الإرادة إلكترونيا للقواعد العامة للعقد
99	الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة في القواعد العامة
100	أولا- طرق التعبير الصريح
101	ثانيا- التعبير الضمني
102	الفرع الثاني: إسقاط القواعد العامة لطرق التعبير عن الإرادة على التعاقد الإلكتروني
102	أولا- صور التعبير عن الإرادة والتعاقد الإلكتروني
104	ثانيا- مدى اعتبار السكوت قبولا إلكترونيا
109	الفرع الثالث: طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة
109	أولا- التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني
110	ثانيا: التعبير عن الإرادة بواسطة الموقع (web-site)
111	ثالثا- التعبير عن طريق المحادثة
112	رابعا- التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد
112	المطلب الثاني: الإشكال المتعلق بمكان وزمان إبرام العقد الإلكتروني
113	الفرع الأول: نظرية إعلان القبول
116	الفرع الثاني: نظرية إرسال القبول
119	الفرع الثالث: نظرية وصول القبول
124	الفرع الرابع: نظرية العلم بالقبول
126	الفرع الخامس: نظرية تأكيد القبول
127	المطلب الثالث: الإشكال المتعلق بطبيعة مجلس العقد الإلكتروني
128	الفرع الأول: الاتجاه القائل باعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين
129	الفرع الثاني: الاتجاه القائل باعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين حاضرين
130	الفرع الثالث: الاتجاه القائل بالطبيعة المختلطة لمجلس العقد
131	الفرع الرابع: الاتجاه القائل بالطابع الخاص لمجلس العقد الإلكتروني
131	الفرع الخامس: الاتجاه القائل باعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا وسطًا

133	المطلب الرابع: إثبات العقد الإلكتروني
133	الفرع الأول: المحرر الإلكتروني
133	أولاً- شروط المحرر الإلكتروني
135	ثانياً- مدى حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات
137	ثالثاً- حالات التنازع بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي
138	الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني
138	أولاً- تعريف التوقيع الإلكتروني
139	ثانياً- صور التوقيع الإلكتروني
143	ثالثاً- وظائف التوقيع الإلكتروني
145	رابعاً- حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات
149	الفصل الثاني: حق العدول عن العقد: آلية علاجية لحماية الرضا المتسرع للمستهلك
151	المبحث الأول: حق العدول عن العقد في تشريعات الاستهلاك
151	المطلب الأول: مفهوم حق العدول
151	الفرع الأول: تعريف وخصائص حق العدول
152	أولاً- تعريف حق العدول
154	ثانياً- خصائص حق العدول
156	الفرع الثاني: تمييز حق العدول عن ما يشابهه من أنظمة قانونية
156	أولاً- تمييز حق العدول عن البطلان
157	ثانياً- تمييز حق العدول عن بعض أسباب زوال العقد
161	الفرع الثالث: موقف الفقه من حق العدول: بين القبول والرفض
161	أولاً- مبررات الأخذ بحق العدول
163	ثانياً- مبررات رفض حق العدول
164	ثالثاً- تقدير المسألة
165	المطلب الثاني: حق العدول: اختلاف في الأساس والطبيعة القانونية
165	الفرع الأول: تكييف حق العدول وفق بعض أنظمة القواعد العامة

165	أولاً- حق العدول وبعض صور التراضي
170	ثانياً- حق العدول وبعض أنواع البيوع
174	ثالثاً- إرجاع حق العدول إلى فكرة الشرط كوصف من أوصاف الالتزام
176	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق العدول
176	أولاً- العدول عن العقد حق
178	ثانياً- العدول عن العقد رخصة
179	ثالثاً- العدول عن العقد حق إرادي محض
179	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقد المقترن بحق العدول
180	أولاً- الاتجاه القائل بعدم انعقاد العقد خلال مهلة العدول
183	ثانياً- الاتجاه القائل بانعقاد العقد خلال مهلة العدول
185	المطلب الثالث: الضوابط القانونية لممارسة حق العدول
185	الفرع الأول: نطاق حق العدول
186	أولاً- النطاق الشخصي حق العدول
187	ثانياً- النطاق الموضوعي لحق العدول
191	ثالثاً- النطاق الزمني لممارسة حق العدول
195	الفرع الثالث: الضوابط المتعلقة بآثار ممارسة حق العدول
196	أولاً- التزام المحترف برد الثمن
199	ثانياً- التزام المستهلك بإعادة المنتج
206	المبحث الثاني: نظرية الخيارات في الفقه الإسلامي: تكريس لفكرة العدول
207	المطلب الأول: مقارنة خيار المجلس بفكرة العدول عن العقد
208	الفرع الأول: خيار المجلس في الفقه الإسلامي: بين الإقرار والنفي
209	أولاً- الاتجاه القائل بمشروعية خيار المجلس
215	ثانياً- الاتجاه القائل بعدم مشروعية خيار المجلس
222	ثالثاً- تقدير المسألة
225	الفرع الثاني: نطاق خيار المجلس من حيث العقود

227	الفرع الثالث: أثر خيار المجلس على العقد
228	أولاً- خيار المجلس لا أثر له في ملكية المبيع
229	ثانياً- خيار المجلس يمنع من انتقال الملكية
229	ثانياً- خيار المجلس يوقف آثار العقد
230	الفرع الرابع: موقف التشريعات الوضعية العربية من فكرة خيار المجلس
231	الفرع الخامس: خيار الطريق: بديل عن خيار المجلس في التعاقد بين غائبين
234	الفرع السادس: نطاق خيار المجلس من حيث الزمان
234	أولاً- أمد خيار المجلس:
235	ثانياً: انتهاء خيار المجلس
244	المطلب الثاني: مقارنة خيار الرؤية بفكرة العدول عن العقد
244	الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية في خيار الرؤية
245	أولاً- الاتجاه القائل بمشروعية الخيار
248	ثانياً- الاتجاه القائل بالتفصيل في المسألة
251	ثالثاً- الاتجاه القائل بعدم مشروعية الخيار
253	رابعاً- تقدير المسألة
254	الفرع الثاني: كيفية تحقق الرؤية
256	الفرع الثالث: نطاق خيار الرؤية
256	أولاً- نطاق خيار الرؤية من حيث الأشخاص
258	ثانياً- نطاق خيار الرؤية من حيث العقود
260	الفرع الرابع: شروط خيار الرؤية
260	أولاً- عدم رؤية المبيع
260	ثانياً- أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين
261	ثالثاً- أن يكون المعقود عليه مما يقبل الفسخ
261	الفرع الخامس: خيار الرؤية بين الفورية والتراخي
261	أولاً- الاتجاه القائل بتأبيد الخيار

262	ثانيا- الاتجاه القائل بفقورية الخيار
262	ثالثا- الاتجاه القائل بارتباط الخيار بمجلس الرؤية:
263	الفرع السادس: أثر خيار الرؤية على العقد
264	الفرع السابع: سقوط خيار الرؤية
264	أولا- الإجازة الصحيحة
265	ثانيا- موت المشتري
265	ثالثا- تصرف المشتري في محل الخيار
265	رابعا- هلاك المبيع
265	خامسا- فسخ البيع
267	الباب الثاني: المعالم الإقصائية الحديثة: تدخل تشريعي في مضمون العقد للحد من آثاره
269	الفصل الأول: إعادة النظر في مضمون العقد من خلال مواجهة شروطه التعسفية
269	المبحث الأول: مواجهة الشروط التعسفية في التشريعات الوضعية
271	المطلب الأول: مواجهة الشروط التعسفية على ضوء القواعد العامة: في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة
273	الفرع الأول: شروط استحقاق الطرف المدعى للحماية القانونية من الشروط التعسفية
273	أولا- نطاق الحماية من حيث العقود: عقد الإذعان محل التعديل
290	ثانيا- نطاق الحماية القانونية من حيث الشروط
295	ثالثا- طلب الطرف المدعى الحماية القانونية من الشروط التعسفية
296	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
296	أولا- حدود سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان
300	ثانيا- موقف الفقه من سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان: بين القبول والرفض
301	ثالثا- ضمانات ممارسة سلطة القاضي
302	رابعا- معيار سلطة القاضي
305	الفرع الثالث: دور القضاء الفرنسي في مكافحة الشروط التعسفية (قبل تعديل 2016)
305	أولا- مكافحة الشروط التعسفية من خلال الاستناد إلى نظرية سبب الالتزام

308	ثانيا- مكافحة الشروط التعسفية من خلال نظرية عيوب الإرادة
320	المطلب الثاني: مواجهة الشروط التعسفية في تشريعات الاستهلاك
321	الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي في تشريعات الاستهلاك
321	أولا- تعريف الشرط التعسفي
323	ثانيا- معايير تقدير الشرط التعسفي
333	الفرع الثاني: المجال الموضوعي لتطبيق أحكام الشروط التعسفية
333	أولا- طبيعة العقد محل الحماية
337	ثانيا- موضوع العقد محل الحماية
338	ثالثا- شكل البند التعسفي
338	الفرع الثالث: آليات مكافحة الشروط التعسفية على ضوء تشريعات الاستهلاك
339	أولا- الآليات الوقائية لمواجهة الشروط التعسفية
359	ثانيا- الآليات العلاجية لمواجهة الشروط التعسفية:
371	المبحث الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في ظل أحكام الفقه الإسلامي
372	المطلب الأول: مكافحة الشروط التعسفية من خلال نظرية الاشتراط: حماية غير مباشرة
372	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من حرية الاشتراط
373	أولا- موقف الظاهرية: الاتجاه القائل بالمنع والتشديد
380	ثانيا- موقف الجمهور: الاتجاه القائل بالمنع المخفف
382	ثالثا- موقف الحنابلة: الاتجاه القائل بالجواز والإطلاق
389	الفرع الثاني: تقسيمات الشروط التقييدية في الفقه الإسلامي
390	أولا- الشروط المتفق على صحتها
394	ثانيا- الشروط المتفق على بطلانها
395	ثالثا- الشروط المختلف حول حكمها
404	الفرع الثالث: مدى إمكانية التعويل على نظرية الاشتراط لمواجهة الشروط التعسفية
404	أولا- نتائج دراسة نظرية الاشتراط في الفقه الإسلامي
409	ثانيا- دور نظرية الاشتراط في مكافحة الشروط التعسفية

410	المطلب الثاني: مكافحة الشروط التعسفية من خلال حظر الاحتكار
411	الفرع الأول: مفهوم الاحتكار
411	الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الاحتكار: بين التحريم والكراهية
412	أولاً- الاتجاه القائل بتحريم الاحتكار
415	ثانياً- الاتجاه القائل بكراهية الاحتكار
416	الفرع الثالث: نطاق الاحتكار
416	أولاً- نطاق الاحتكار من حيث طبيعة السلع: بين التضييق والتوسعة
421	ثانياً- نطاق الاحتكار من حيث مصدر السلع
424	الفرع الرابع: آليات مكافحة الاحتكار في الفقه الإسلامي
424	أولاً- الآليات الوقائية لمكافحة الاحتكار
432	ثانياً- الآليات العلاجية لمكافحة الاحتكار
439	الفصل الثاني: إعادة النظر في العقد من خلال استحداث نظريتي الاستغلال والظروف الطارئة
439	المبحث الأول: إقرار الغبن الاستغلالي: انتقال بفكرة الغبن من الجانب المادي إلى الجانب النفسي
442	المطلب الأول: نظرية الاستغلال في القانون الوضعي
443	الفرع الأول: عناصر الاستغلال
443	أولاً- العنصر الموضوعي: الغبن الفاحش
448	ثانياً- فكرة تعميم المجال الموضوعي للغبن المجرد: بين الرفض والقبول
453	ثالثاً- العنصر النفسي
460	رابعاً- علم المتعاقد الآخر بضعف الطرف المغبون:
461	الفرع الثاني: المجال الموضوعي لتطبيق نظرية الاستغلال
462	أولاً- مجال نظرية الاستغلال: بين عقود المعاوضة والتبرع
464	ثانياً- مجال نظرية الاستغلال: بين العقود المحددة والاحتمالية
465	الفرع الثالث: جزاء الاستغلال

466	أولاً- دعوى الإبطال
467	ثانياً- دعوى الإنقاص
471	ثالثاً- توقي دعوى الإبطال
472	رابعاً- آجال دعوى الاستغلال
475	المطلب الثاني: مواجهة فكرة الغبن في الفقه الإسلامي
475	الفرع الأول: أحكام الغبن الفاحش في الفقه الإسلامي
476	أولاً- معيار تقدير الغبن الفاحش
478	ثانياً- أثر الغبن الفاحش على العقد
482	الفرع الثاني: مواجهة الغبن الفاحش من خلال حظر بعض الممارسات: حماية الضعف النفسي للمتعاقد
482	أولاً- حظر بيع تلقي الركبان وعلاقته بمواجهة الغبن
489	ثانياً- حظر بيع الحاضر للبادي وعلاقته بمواجهة الغبن
492	المبحث الثاني: تكريس نظرية الظروف الطارئة: آلية لمواجهة تغير الظروف الاقتصادية
494	المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي
495	الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة
495	أولاً- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة الغلط
496	ثانياً- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة سبب الالتزام
496	ثالثاً- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة حسن النية
497	رابعاً- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة التعسف في استعمال الحق
497	خامساً- إرجاع الظروف الطارئة إلى فكرة الإثراء بلا سبب
498	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
498	أولاً- نطاق سريان الظروف الطارئة من حيث التصرفات
502	ثانياً- الشروط المتعلقة بالمتعاقدين
502	ثالثاً- الشروط المتعلقة بالحدث
506	رابعاً- أثر الظرف الطارئ على التزام المدين

510	الفرع الثالث: ضوابط التدخل القضائي في نظرية الظروف الطارئة
511	أولاً- مراعاة الظروف المحيطة بالعقد
512	ثانياً- قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين
513	ثالثاً- معيار المعقولية كحد لسلطة القاضي
514	الفرع الرابع: صور التدخل القضائي بسبب الظروف الطارئة
514	أولاً- إنقاص الالتزام المرهق
515	ثانياً- زيادة الالتزام المقابل
519	ثالثاً- وقف تنفيذ الالتزام المرهق
521	رابعاً- إنهاء العقد
526	المطلب الثاني: آليات مواجهة تغير الظروف الاقتصادية في ضوء الفقه الإسلامي
527	الفرع الأول: مواجهة تغير الظروف الاقتصادية من خلال نظرية الجوائح
527	أولاً- مفهوم الجائحة
529	ثانياً- موقف الفقه الإسلامي من نظرية الجوائح
536	ثالثاً- معيار تقدير الجائحة
539	الفرع الثاني: مواجهة تغير الظروف الاقتصادية من خلال نظرية العذر
539	أولاً- موقف الفقه الإسلامي من نظرية العذر
544	ثانياً- صور الأعذار الموجبة للفسخ
545	ثالثاً: شروط فسخ الإجارة للعذر
546	رابعاً- كيفية وقوع الفسخ
546	خامساً- مقارنة بين نظريتي العذر والظروف الطارئة
550	خاتمة
560	قائمة المصادر والمراجع
589	الفهرس