

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر . باتنة . نيابة العمادة لما بعد التدرج

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

قسم العلوم الإسلامية

الشروط التعسفية في عقد المعاوضة

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد القادر بن حرز الله

إعداد الطالب:

أحمد بورزق

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة العلمية	الجامعة الأصلية
مليكة مخلوفي	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة باتنة
عبد القادر بن حرز الله	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة باتنة
نذير حمادو	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة قسنطينة
لشهب بوبكر	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة الوادي
رشيد درغال	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة باتنة
حاتم باي	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة قسنطينة

السنة الجامعية: (1435/1434 هـ - 2014/2013 م)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ...))

(سورة النساء، آية رقم 29)

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين
صاحبي الفضل و الإكرام علي حفظهما الله و أطال عمرهما
وإلى زوجتي وولدي رعاهم الله
إلى كل إخوتي وكل أفراد العائلة الكبيرة
وإلى كل مسلم ومحب للعلم

الشكر

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أحمد الله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه يليق بجلاله وعظمته، الذي وفقني للوصول إلى هذه الدرجة وأعانني أيّما عون على إنجاز هذا العمل والذي نحسبه خالصاً لوجه الكريم فالحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم

ثم أتقدم بجزيل الشكر وعاطر الثناء وعظيم الامتنان إلى أستاذي الكريم الفاضل الدكتور عبد القادر بن حرز الله الذي قبل وتكّرم بالإشراف عليّ على هذا البحث والذي لم يبخل عليّ بأيّ نصح أو توجيه من أجل خروجه في هذا الشكل رغم كثرة مشاغله

وأدعو الله عزّ وجلّ أن يحفظه ويفيد بعلمه وأدبه ويجعله ذخراً لهذه الأمة وأتقدّم بالشكر إلى كلّ من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة على ما سيبدونه من ملاحظات وتوجيهات لإثراء البحث

والشكر الجزيل إلى كل طاقم جامعة الحاج لخضر بباتنة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم إلى يوم الدين وبعد:

فإن الشريعة الإسلامية قد اشتملت على أحكام كثيرة ومتعددة تكفل للناس ما فيه سعادتهم وما فيه مصلحتهم والرحمة والعدل بهم. فجاءت رسالة المصطفى عليه الصلاة والسلام كاملة خاتمة، تضمن للناس سعادتهم وتسد حاجاتهم وتقيم العدل بينهم، قال تعالى: ((الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا))¹. واتسمت هذه الرسالة باليسر ورفع الحرج والسماحة في التعامل، وأمرت بأكل الحلال وتحري الطيبات من الرزق، وبالابتعاد عن الخبائث والظلم، ونهت عن أكل أموال الناس بغير حق، وسعت بذلك إلى وضع الأحكام والقواعد التي تكفل إقامة العلاقات والمعاملات على أساس العدل والإنصاف والمساواة.

وقد عرفت هذه الشريعة مبدأ الرضائية فنصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الإسلامية قد بينت ذلك. فالرضا هو الأصل في استحقاق مال الغير أو اكتساب حق من حقوقه. فقررت أن التراضي هو الطريق الوحيد الذي تقوم عليه المعاملات وما دونه هو أكل لأموال الناس بالباطل، قال تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ...))².

وإذا كان الأصل العام تطبيقاً لمبدأ الحرية العقدية، أن العقد ينشأ متوازناً بين طرفيه، وهو يخضع للمفاوضة والمناقشة، وللطرفين أن يضمنا ما يشاءان من الشروط التي يرتضيانها طالما كان هذا الشرط جائزاً شرعاً وقانوناً، إلا أن ما يشهده العالم من تحولات اقتصادية واجتماعية أدت إلى تطور كبير في الصناعة وتركيز وسائل الإنتاج، وازدياد وتنوع حاجات الأفراد من السلع والخدمات، أدى إلى اختلال في التوازن والتكافؤ في العقد هذا الاختلال يكون في الأغلب لمصلحة البائع أو المحترف.

¹ سورة المائدة، الآية 03.

² سورة النساء، الآية 29.

فيستطيع البائع أو المحترف أن يضع في العقد الشروط التي تحقق مصالحه وبصورة مبالغ فيها، غير مبال بما يلحق الطرف الضعيف من ضرر، فأصبحت العقود مجالا ومرتعا خصبا للشروط التعسفية، كعقود التأمين والنقل والقرض ...

وإذا كان المتعاقد يلتزم بتنفيذ العقد وفقا لما يتضمنه، وهو مقتضى القاعدة العامة التي تقول: (إن العقد شريعة المتعاقدين)، ويترتب على هذه القاعدة أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون. فإن المشرع أورد على هذه القاعدة استثناءين اثنين نص عليهما عند التطرق لآثار العقد، فالأول يتعلق بالظروف الطارئة ويتعلق الثاني بعقود الإذعان، فضلا عن بعض الاستثناءات المتفرقة في القانون المدني، بالإضافة إلى تحديد الشروط التعسفية ومكافحتها بمقتضى قوانين خاصة.

أولا: إشكالية البحث

إن الأصل الذي تقوم عليه العقود في الشريعة الإسلامية هو التراضي بين طرفي العقد، وإذا احتل هذا الركن المهم فإنه يفسد ولا تترتب عليه أية آثار، وقد انتشرت في وقتنا الحاضر أنواع من العقود مقترنة بشروط مجحفة وتعسفية تؤثر على هذا الركن، كذلك انتشر ما يسمى بعقود الإذعان التي ينفرد فيها الطرف الأقوى الذي يقدم خدمة أو سلعة محتكرة بفرض شروطه التي في الغالب ما تحققه له مصلحته، وتضر دائما بالقابل، الذي ينحصر دوره في إبرام العقد في القبول أو الرفض.

والإشكال الذي يطرح هنا هو:

- ما هو الشرط التعسفي، وما تكييفه الشرعي، وما هو حكم العقود التي يندرج فيها مثل هذه الشروط؟

- وما طبيعة عقود الإذعان، وما حكمها الشرعي وهل هي عقود مستقلة بذاتها؟

- وهل تنصرف الحماية من الشروط التعسفية إلى الشروط المحددة فقط أم أنها تنصرف إلى كل

شرط يتضمنه عقد من العقود، وهل هي موجودة في عقود الإذعان فقط؟ وهل تشمل الحماية نوعا معينا من العقود أم أنها تمتد إلى أي عقد مهما كانت طبيعته؟

- وهل تعتبر النظرية العامة للعقود كافية للحماية من الشروط التعسفية، وتحقيق التوازن

العقدي؟

ثانيا: أهمية البحث وأهدافه

إن أهمية موضوع الشروط التعسفية في عقد المعاوضة . بين الفقه الإسلامي والقانون

الوضعي . تتجلى في نواحي عديدة نذكر منها :

- توضيح حقيقة موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون فيما يخص الشروط التعسفية وعقود الإذعان.

- الانتشار الكبيرة لهذه الشروط التي تعد تعسفية وتؤدي إلى عدم التكافؤ فيما يتحصل عليه المتعاقد وما يلتزم به، وكذلك الانتشار الواسع لعقود الإذعان وتعلقها بسلع وخدمات يحتاجها كل الناس ولا غنى لهم عنها، مثل التأمين وشركات الغاز والكهرباء والماء والبريد والاتصالات ووسائل النقل والخدمات البنكية... إلخ

- ما يحمله الفقه الإسلامي من واقعية وحيوية خاصة في مجال المعاملات والمعاوضات المالية، والاجتهاد في مثل هذه المسائل يعد ضروريا لأنها مجال خصب للتطور والتغير والتجدد، وهي تحتاج بذلك إلى مزيد من البحث والدراسة.

- تبيين الأحكام الشرعية أمر ضروري وكذلك التكييفات الفقهية لكل ما يستجد في قضايا المعاملات المالية.

- إظهار مزايا الشريعة الإسلامية وأنها تعرضت لشتى المسائل المتعلقة بحياة الإنسان منظمة لشؤونها لتقوم على الرضا وحده.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

هناك أسباب عديدة دفعتني للخوض في البحث في هذا الموضوع وكانت من بين أهم هذه

الأسباب ما يلي :

1. تخصص الشريعة والقانون يعتبر دافع قوي للباحث لاختيار المواضيع والدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون.

2. الرغبة الذاتية في دراسة المواضيع المتعلقة بمعاملات الناس، خاصة منها المعوضات المالية المعاصرة.

3. عدم وجود دراسة مقارنة . على حسب علمي . تناولت الشرط التعسفية في العقود من الناحيتين الشرعية والقانونية.

4. أردت بهذا الموضوع جمع أقوال الفقهاء في المسألة وما تضمنته أحكام القانون المدني والقوانين والمراسيم المتعلقة به، خاصة وأن هذه الأخيرة مازالت تصدر تباعا وبصفة مستمرة سعيا من المشرع لإثراء هذا الموضوع، وإضفاء الحماية اللازمة من هذه الشروط التعسفية. مع مقارنتها ببعض القوانين العربية والأجنبية.

5- إظهار شمول الشريعة الإسلامية وإحاطتها بجميع فروع الحياة لاسيما ما يتعلق منها بمعاملات الناس فيما بينهم.

رابعا: الدراسات السابقة

1 - حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

2 . حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997.

3 . عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، مطبعة جامعة طنطا، مصر، 2009 .

4 . أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،

مصر، 2011.

والدراسات الأربع السابقة دراسة في ضوء التشريع المصري وبعض القوانين الأجنبية الأخرى.

5. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007. وهو كتاب مطبوع مأخوذ من رسالة الدكتوراه الموسومة بالحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، من جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، للسنة الجامعية 2005/2002.

وهي دراسة قيمة جدا تعتمد عليها جل الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع في داخل البلاد وخارجها فلا غنى للباحث عنها، وقد تعرض الباحث في هذا الكتاب لمختلف الأساليب التي عرفتھا التشريعات الكبرى لمكافحة الشروط التعسفية، مع التركيز على النموذج الألماني والنموذج الفرنسي.

6. عزيزي جميلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2003/2002.

وهذه الدراسة كانت قبل صدور القانون 04-02 الذي يحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي تكلم عن الممارسات التعاقدية التعسفية في فصله الخامس، وفي هذه الدراسة حاولت الباحثة التطرق إلى أهم الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك، وإلى الوسائل القانونية التي يمكن الاستناد إليها لاستبعاد هذه الشروط المجحفة، وهي دراسة قانونية بحتة.

7. راضية العطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2010م.

وهذه الدراسة كانت في ظل القانون 04-02 السابق الذكر، والذي تكلم عن الممارسات التعاقدية التعسفية في فصله الخامس، وقد عرف الشرط التعسفي ومضمونه أنه كل بند أو شرط متصل أو منفصل عن بنود أو شروط أخرى يؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي، قد أخذ المشرع الجزائري بمعيار عدم التوازن الظاهر بين التزامات المتعاقدين هذا المعيار الذي أخذه عن المشرع الفرنسي الذي تبناه بموجب القانون رقم 95-96 خلفا لمعيار التعسف في استعمال القوة

الاقتصادية، وفي هذه الدراسة حاولت الباحثة تبين أوجه القصور في هذا القانون، وهي دراسة قانونية بحتة كذلك.

8- سليمان براك دايع الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2002. وهي رسالة لم أطلع عليها.

خامسا: المنهج المتبع

اعتمدت في هذا البحث المنهج الاستقرائي وذلك باستقراء ما كتب في الموضوع وتتبع مضانه وتتبع الآراء الفقهية والقانونية المتعلقة به، وكذا منهج المقارنة بين قواعد وأحكام الفقه الإسلامي وبين قواعد القانون، وليس ذلك من أجل تطويع أحكام الشريعة الإسلامية التي هي من الله عز وجل لأحكام القانون الوضعي التي هي من صنع البشر، بل لنظهر شمولية الشريعة الإسلامية ونظهر أنّ لها السبق في ذلك.

بالإضافة إلى الرجوع إلى التقنيات المقارنة كالقانون الفرنسي والمصري والمغربي أحيانا لبيان أوجه الشبه والاختلاف بين هذه القوانين والقانون الجزائري.

وحرصا على علمية البحث وضمان موضوعية الدراسة فإنني اتبعت الطريقة المنهجية التي توفر الخصائص التالية:

- . عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها معتمدا على المصحف العثماني برواية حفص عن عاصم.
- تخريج الأحاديث النبوية والآثار بالرجوع إلى مصادرها الأصلية، وما ذكره أهل الاختصاص في حكمهم على الحديث إلا إذا كان في الصحيحين أو في أحدهما فاقصر بذكر ذلك لصحة الحديث، وإذا كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اقتصر على ذلك إلا إذا تطلب البحث تخريج الحديث من كتب السنة الأخرى.
- . عرض الآراء الفقهية لكل مذهب حسب وروده، وذلك بالرجوع إلى كتب المذاهب المعتمدة.
- . الاستعانة بالكتب الحديثة في الفقه الإسلامي التي تناولت مجال العقود، وكذا كتب القانون المدني.
- . توثيق النصوص القانونية بالرجوع إلى القوانين ذات الصلة.

- أقوم بتوثيق الكتاب كاملا عند ذكره لأول مرة، ثم أكتفي بعد ذلك بذكر اسم المؤلف فقط والصفحة إذا كان للمؤلف كتاب واحد مستعمل، وإذا كان له كتابان أذكر اسم المؤلف وعنوان الكتاب والجزء والصفحة.

- ترجمت للأعلام الوارد ذكرهم في البحث باستثناء المشهورين منهم كالصحابة وأئمة المذاهب.

- توشيح البحث بفهارس علمية تتضمن الآتي:

- فهرس الآيات القرآنية .

- فهرس الأحاديث النبوية والآثار.

- فهرس الأعلام.

- فهرس الفروع الفقهية.

- فهرس المصادر والمراجع .

- فهرس الموضوعات .

سادسا: الصعوبات

تتجلى صعوبة هذا البحث في عدم وجود دراسة علمية أكاديمية سابقة تتعلق بالموضوع من جميع جوانبه. وهذه الصعوبة تكمن في جدته إذ أن جل المواضيع المتعلقة بحماية المستهلك حديثة النشأة وفي تطور مستمر على مستوى التشريع والقضاء.

بالإضافة إلى كثرة آراء الفقهاء في المسألة الواحدة حتى ولو كانت مسألة جزئية متعلقة بالبحث، مما يصعب عملية المقارنة بينها من جهة، وبين آراء أهل القانون من جهة ثانية.

سابعا: خطة الموضوع

اقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى مقدمة وباين وخاتمة .

فالباب الأول تناولت فيه الإطار المفاهيمي للشروط التعسفية في العقود وقسمته إلى أربعة

فصول، حيث يتكلم الفصل الأول عن أصول مشكلة الشروط التعسفية في العقود وقسمته إلى

مبحثين:

المبحث الأول: أسباب ظهور مشكلة الشروط التعسفية

المبحث الثاني: تطور التنظيم التشريعي للشروط التعسفية ونطاق تطبيقها

والفصل الثاني تناولت فيه ماهية الشروط التعسفية وقسمته إلى مبحثين كذلك:

المبحث الأول: تعريف الشروط التعسفية في العقود

المبحث الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية وتمييزها عن الشروط الأخرى

والفصل الرابع حاولت فيه تكييف الشروط التعسفية من الناحية الشرعية وقسمته إلى مبحثين:

المبحث الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية والحنفية والشافعية

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية والحنابلة

والفصل الرابع تناولت فيه الشروط التعسفية في عقود الإذعان وقسمته إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العقد وأقسامه

المبحث الثاني: ماهية عقود الإذعان

المبحث الثالث: التكييف الشرعي لعقود الإذعان

المبحث الرابع: ركن الرضا في عقود الإذعان

أما الباب الثاني فتناولت فيه الحماية من الشروط التعسفية في عقد المعاوضة وقسمته إلى أربعة

فصول، حيث يتكلم الفصل الأول عن الحماية القبلية من الشروط التعسفية وقسمته إلى مبحثين:

المبحث الأول: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

المبحث الثاني: اشتراط الشكلية في بعض العقود ومحاربة الشروط التعسفية عن طريق نظام القائمة

والفصل الثاني تناول الحماية القضائية والتشريعية من الشروط التعسفية في العقود وقسمته إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطة القضاء في مراجعة الشروط التعسفية

المبحث الثاني: الحماية التشريعية للطرف المدعى من الشروط التعسفية

والفصل الثالث تطرقت فيه إلى دور جمعيات حماية المستهلك وأجهزة الدولة في الحماية من الشروط التعسفية وقسمته إلى مبحثين:

المبحث الأول: دور جمعيات حماية المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية

المبحث الثاني: دور أجهزة الدولة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

أما الفصل الرابع فخصصته للشروط الجزائية والشروط التعسفية في عقد التأمين وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالشروط الجزائي وطبيعته القانونية

المبحث الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي ومواجهة التعسف الناجم عنه

المبحث الثالث: الشروط التعسفية في عقد التأمين

خاتمة: وفيها أهم النتائج.

هذا، وإن وقفت فيه إلى الصواب فبفضل من الله عزّ وجلّ ونعمة، وإلاّ فحسبي أيّ بذلت

قصارى جهدي لإصابة الحق والكمال لله وحده لا شريك له .

والله نسأل التوفيق والسداد وأن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم . وآخر دعوانا أن

الحمد لله رب العالمين.

الباب الأول

الإطار المفاهيمي للشروط التعسفية

في العقود

هذا الباب يتناول أصول مشكلة الشروط التعسفية في العقود وهي تلك الشروط التي يقوم الطرف القوي اقتصاديا والذي يتمتع بقدرة فنية كبيرة بفرضها على الطرف الضعيف، ومن خلالها يحقق الطرف القوي مصالحه ولو على حساب الطرف الآخر.

وقد يبدو أن مشكلة الشروط التعسفية تكمن في عقود الإذعان فقط، لكن الصحيح أن جل العقود خاصة منها ما يتعلق بالمعاوضات المالية قد تتضمن مثل هذه الشروط. فالمتعاقدان قد لا يكتفيان بما رتبته الشارع من آثار للعقد، مما يجعلهما يتدخلان في تحديد هذه الآثار زيادة أو نقصانا، لكن هذه الشروط قد تضر بمصلحة الطرف الضعيف، ويختل أو ينعدم بذلك التوازن العقدي.

وهذا الباب يتناول أسباب ظهور مشكلة الشروط التعسفية، ومن خلاله تعرف الشروط التعسفية، ويعرف كيف تطور التنظيم التشريعي الذي ينظمها في بعض التشريعات خاصة في التشريع الفرنسي والجزائري والمصري، وبعد ذلك يتناول التكييف الشرعي لهذه الشروط إجمالا. مع المرور إلى عقود الإذعان هذه العقود التي تعد المجال الخصب لوجود هذه الشروط، لدرجة أن بعض التشريعات لم تنظم مسألة الشروط التعسفية في قوانين خاصة، واكتفت في ذلك بالقواعد والحماية الموجودة في القانون المدني بصدد عقود الإذعان.

الفصل الأول

أصول مشكلة الشروط التعسفية

في العقود

إن تحول المجتمع المعاصر من مجتمع إنتاجي إلى مجتمع استهلاكي خاصة في الدول النامية أدى إلى انتشار ظواهر كثيرة أدت إلى اختلال التوازن العقدي بين المنتج والمستهلك وبعبارة أوضح بين المحترف والمهني من جهة وبين عديم الخبرة الذي يعتبر طرفاً ضعيفاً في الرابطة العقدية من جهة أخرى، من خلال انتشار واسع لعقود الإذعان والشروط التعسفية، ونماذج العقود. وهذا الفصل يتناول أسباب وجود هذه الظاهرة وانتشارها بهذا الشكل (المبحث الأول)، ثم لمحة تاريخية عن التطور التاريخي المتعلق بهذه الشروط في التشريعات المقارنة ونطاق تطبيقها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أسباب ظهور مشكلة الشروط التعسفية

إذا كانت الأحكام العامة للعقود الواردة في القوانين المدنية كانت في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة والحرية العقدية، فهي لا تعطي الحماية الكافية والفعالة للحماية من الشروط التعسفية، ولذلك سأعرض للتعريف بهذا المبدأ (المطلب الأول)، ثم أبين أسباب اختلال التوازن المعرفي بين طرفي العقد (المطلب الثاني)، ثم اتبع ذلك بالكلام عن نماذج العقود ودورها في انتشار العقود التعسفية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الاستناد إلى مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة في النظم القانونية الوضعية

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، أي لانعقاد العقد، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يربتها العقد أي أن معناه حرية الإرادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها.¹

فهو يعني حرية الأفراد في إبرام العقود، وتضمينها ما يرغبون فيه من شروط وبنود، كما يعني أن هذه الإدارة هي أساس الالتزام التعاقدية وأساس عدالة التعاقد.²

ويرجع الفضل في استحداث مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون الوضعي إلى القانون الروماني، رغم ما كان يسيطر على العقود من تشكيلات ومع هذا فإن القانون الروماني لم يصل إلى حد تقرير المبدأ بصورة كاملة في أي مرحلة من مراحل تطوره، بل بدأت العقود فيه شكلية تقتزن بها أوضاع معينة من كتابة وإشارات و ألفاظ وحركات وطقوس معينة حتى ينعقد، ومن ثم فإن مجرد توافق الإرادتين لا يولد التزاماً ما، إلا إذا استوفى العقد الأشكال المرسومة، غير أن القانون

¹ سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د ط، 1998م، ص 13.

² حسن عبد الباسط جمبجي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1996، ص 9.

الروماني ما لبث في مراحل تطوره المتعاقبة إلا أن يعترف لإرادة بسلطانها في إنشاء العقود الرضائية
1 ...

وقد ازدهر هذا المبدأ في القرن الثامن عشر والتاسع عشر بسبب الثورة الفرنسية وما صاحبها من تطور سياسي واقتصادي واجتماعي، من خلال وضع قانون نابليون عام 1804 على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته.

لقد أدت الرغبة في تشجيع التجارة والصناعة في ظل انتشار النظام الرأسمالي إلى ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة، لذلك فقد اعتبر الفقه في المجال القانوني والاقتصادي أن العقد القائم على الإرادة الفردية هو الظاهرة الأساسية التي يقوم عليها نظام المعاملات الجارية في مجتمع من المجتمعات، وهكذا فإنه من الضروري في ظل هذا التصور أن يكون مبدأ سلطان الإرادة وما تؤدي إليه من استقرار المجتمع من أهم قوانين النظام الاقتصادي.²

ولقد كان لهذا المبدأ نتائج هي:³

1- حرية التعاقد، حيث أن كل ما هو عقدي يحقق بالضرورة العدالة، وأن أساس القوة الملزمة للعقد هو ما للإرادة من سلطان ذاتي، وعليه فإنه يجب على المشرع أن يفسح لهذه الإرادة حرية واسعة في إنشاء العقود وفي تحديد مضمونها.

2- وجوب احترام مشيئة المتعاقدين، طالما أن العقد هو وليد إرادة الطرفين، لذلك يجب احترام هذه الإرادة، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهما، وليس للمشرع أو القاضي أن يتدخل في العقد.

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد 16، 2003، (678/2).

² حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 10، 11.

³ الدليمي محمد عبد الله، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، د ط، 1998م، ص

3- مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، إن الأثر القانوني الذي يترتب على قيام العقد يقتصر على المتعاقدين، ولا يمتد إلى الغير، إذ لا يجوز أن يتحمل الغير التزامات أو يكتسب حقوقا لم يكن طرفا فيها.

كما يترتب على هذا المبدأ أنه لا يجوز إجبار أحد على التعاقد، فلكل إنسان الحرية في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، فلا يجوز إجبار أحد على بيع أمواله أو تأجيرها، كما أنه حر في اختيار من يتعاقد معهم ومن لا يتعاقد معهم، ويجب كذلك تفسير العقد وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، فملتعاقدان لا يلتزمان إلا بما انصرفت إليه إرادتهما حقيقة.

ولقد أدى مغالاة المذهب الفردي في تمجيد الإرادة وتطرفه في تقديسها إلى ظهور أفكار نادت بالتخفيف من غلوائه، كما أن التطورات التي طرأت لاحقا على الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسة وبروز المذهب الاشتراكي الذي تقوم فلسفته على مصلحة الجماعة لا الأفراد مما أدى ذلك إلى ظهور عقود لا يعتمد بها بالإرادة الفردية كالشركات وعقد العمل المشترك، كما أن المشرع تدخل في طائفة أخرى من العقود حماية للطرف الضعيف فيها كعقد الإذعان وعقد العمل الفردي، كل ذلك أدى إلى انكماش مبدأ سلطان الإرادة وضقت دائرته ولم يعد كما كان في القرن التاسع عشر تحت تأثير المذهب الفردي.¹

بيد أن اليوم، يعاني مبدأ الحرية في التعاقد من اعتداءات تنخر في صلبه وتحد من تطبيقه، وكان من نتاجه أن تدخل المشرع في بعض المواضع ليضع بنفسه ما يتعين أن يشتمل عليه العقد، وذلك حفاظا على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة وحتى لا يطغى طرف على طرف نتيجة إلى عدم التكافؤ في المقدرة التفاوضية.²

¹ سلطان أنور، المرجع السابق، ص 14.

² أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، السنة السادسة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو 1992 / شعبان - ذو القعدة، 1412 هـ، ص 242.

وهو ما أدى إلى تقييد الإرادة والحد من دورها، وذلك مما أدى إلى تدخل المشرع وبمحدود معينة من أجل حماية الطرف الضعيف من الإكراه الاقتصادي الذي يسلطه عليه الطرف القوي، وكذلك من أجل حماية الطرف الضعيف من ضعفه، وقبوله شروطا تعاقدية جائرة ومحففة في حقه تحت وباسم سلطان الإرادة، كما كان للتقلبات الاقتصادية دور يفرض على المشرع ومن خلال القاضي التدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقود...

كما نرى في تشريع العمال وفي عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدرجا في القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود، ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضا لشكليات تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذي يقدم على أمر خطير كما في الهبة والرهن الرسمي. وهي تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية، وتخضع أخيرا لقواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقييد سلطان الإرادة من الناحية العملية.¹

ولم يقتصر الأمر على الحد من دور الإرادة بل وصل إلى حد إلغائها أحيانا، وذلك بظهور أنماط جديدة للتعاقد كالتعاقد الجبري.²

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة

أما موقف القانون الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة فقد أخذ بمبدأ الرضائية من جهة، ومفادها أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كاملة فما يخص الكيفية التي يتم التعبير عن إرادتهما أثناء تكوين العقد، فنص المادة 60 ق م ج : (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1998، (161/1).

² كإجبارية التأمين الذي فرضته مقتضيات ظهرت على الساحة في الجزائر مثل: الزلازل والفيضانات ..

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

ومن جهة أخرى فإن آثار العقد تخضع إلى مبدئين هما: إلزامية العقد، ونسبية آثار العقد، ف جاء في نص المادة 106 ق م ج : (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون). فالإدارة الحرة الواعية هي التي تكسب العقد إلزاميته، أما المبدأ الثاني فمفاده أن آثار العقد لا تنصرف إلى غير المتعاقدين.

لكن تطور المجتمع أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، ويتجلى هذا التطور في أمرين على وجه الخصوص، وهما تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة، وتكفلها بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا، من جهة أخرى.¹

فتقلصت الحرية العقدية في مجال الالتزامات العقدية، ولم يبق الأمر كما كان، فقد قيد ظهور المذاهب الاجتماعية التي ترجح مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية من نتائج المذهب الفردي، ونتيجة لسيادة هذه المذاهب صار المشرع يتدخل في معاملات الأطراف واتفاقاتهم وهو ما جعله يتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، وذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب، وقد عبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بـ **بَعِيْمَة العَقْد** (**Publicisation du contrat**)، ويقصد بهذه العبارة أن العقد الخاص الذي كان من قبل مقصورا على الإرادة الفردية قد تدخلت الإرادة العامة (إرادة الدولة) فيه فأصبحت تشارك إرادة الطرفين في تكوينه، وتحديد مضمونه.²

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 51.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 52. ولخضر حليس، تقييد الإرادة في مفهومها. مذكرة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، 2010، ص 48، 49.

ومن جهة أخرى تقضي المعطيات الجديدة لأجل حماية الفئات الضعيفة تعاقديا، وهو ما يعد مجالا آخر يجد فيه من دور الإرادة.

حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم، يهم المجتمع، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية، وأداة لتحقيق النفع العام وعبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بجمعية العقد (Socialisation du contrat)،¹

و قد زاد اتساع مجال القواعد الآمرة، مما أدى إلى أن تنحصر تلك الحرية في حدود ضيقة، إذ أن هذه القواعد الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحمي النظام العام والآداب العامة، ومن ثم فهي تخرج عن الدائرة التي تتوسع فيها حرية الإرادة، فليس للإرادة أن تنشئ تصرفا يخالف سببه أو محله النظام العام والآداب، فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود التي رسمها النظام العام والآداب يكونا قد عرضا عقدهما للبطلان، حسب نص المادة 93 ق م ج، التي نصت على أنه: (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا).

ومما أدى إلى تقلص الحرية العقدية كذلك تنظيم القانون لبعض العقود عن طريق قواعد أمرة، ومن صور ذلك الإيجابار على التعاقد ومثاله: ضرورة الحصول على إذن مسبق من السلطة العامة قبل التعاقد، وكذلك تدخل الدولة بتحديد أسعار السلع والأجور، وكذلك اعتبار الامتناع عن التعاقد جريمة يعاقب عليها القانون إذا تعلق الأمر ببيع السلع الأساسية. ويمنع كذلك رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة (المادة 15 من القانون 04-02).²

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 53.

² القانون 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، ل 72 يونيو سنة 2004، ص 03.

وقد يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين كما هو الحال في حالة الاحتكار بالنسبة للمحتكر.

وصورته الثانية تتمثل في المنع من التعاقد ويرجع هذا المنع والحظر من التعاقد لخطورة محل العقد أو لأسباب ذات أهمية، أو لاحتكار الدولة استيراد بعض المواد والسلع التي تمنع الأشخاص التعامل بخصوصها.

الفرع الثالث: مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية

إن نصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الإسلامية قد بلغت في شأن سلطان الإرادة العقدية غاية العموم والمرونة،¹ ويتمثل ذلك في:

1- الرضائية: وقد جاء في ذلك قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا))².

قال بعضهم: التراضي هو التناحر بعد عقد البيع قبل الافتراق من المجلس.³

((بِالْبَاطِلِ)) أي يغير حق.⁴

¹ مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة التاسعة، د ت ط، (466/1).

² سورة النساء، الآية 29.

³ ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي مجد الجحاوي، دار الخليل، بيروت، لبنان، د ت ط، (409/01). الشوكاني، فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996م، (576/1).

⁴ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1996م، (99/05).

وقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))¹.

يعني بذلك عقود الدين، وهي ما عقده المرء على نفسه من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك... وغير ذلك من الأمور، وكذلك ما عقده لنفسه لله في الطاعات كالحج والصيام...²

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه، إما على سبيل التجارة والتبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل، عن طيب نفس واختيار.³

وقد ساق ابن تيمية⁴ رحمه الله ثلاثة أقوال في مسألة صفة العقود، والقول الثاني الذي يرى: (أن الأصل في العقود هو التراضي - المذكور في الآيتين السابقتين -، والمعاني التي في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ التي جعلت لإبانة ما في القلب، إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها تحمل وجوها كثيرة، ولأن العقود هي من جنس الأقوال، فهي في المعاملات كالذكر والدعاء في العبادات).⁵ وهو القول المختار عنده.

ثم يتبع كلامه ويقول: (البيع والهبة والإجارة وغيرها هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم، كالأكل والشرب واللباس، فإن الشريعة جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة

¹ سورة المائدة، الآية 01.

² القرطبي، المرجع السابق، (23/06).

³ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (467/1).

⁴ هو تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام أبو العباس ابن تيمية، ولد سنة إحدى وستين وستمائة بجران، وتوفي سنة ثمان وعشرين وسبعمائة للهجرة، من أشهر مصنفاة، (تعارض العقل والنقل) و (الجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح) و(رفع الملام عن الأئمة الأعلام)... [صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، الوافي بالوفيات، تحقيق أحمد الأرناؤوط، تركي مصطفى، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1420 هـ/2000م، (11/7)].

⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، الطبعة الثالثة، 1426 هـ/ 2005 م، (7/29).

فحرمت منها ما فيه فساد وأوجبت ما لا بد منه وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها).¹

فالقاعدة عنده رحمه الله هي أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، وهي التي تدل عليها أصول الشريعة.

وقد خالف رحمه الله جمهور الفقهاء بحيث اشترطوا أن يكون النكاح بألفاظ معينة.

فيرى الظاهرية أنه لا يجوز النكاح إلا باسم الزواج أو الإنكاح، أو التملك أو الإمكان، ولا يجوز بلفظ الهبة أو غيرها.²

ويرى الحنابلة أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب، ولا ينعقد بغيرهما.³

ويرى الشافعية أن النكاح لا يصح إلا بلفظ التزويج، أو الإنكاح، لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة، لا يأتي على معنى النكاح.⁴

أما الحنفية فيرون أن النكاح ينعقد بلفظ الهبة، ولا يشترط أن يكون بلفظ التزويج أو الإنكاح، لأن الهبة تفيد التملك وهو سبب للاستمتاع بالحلل بواسطة ملك الرقبة، وكذلك ينعقد بلفظ البيع.⁵

أما المالكية فإن الإيجاب إما أن يكون بلفظ صريح أو غير صريح، فالإيجاب الصريح مثلاً:

¹ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (13/29).

² بن حزم، المحلى، تقدم الأستاذ أحمد محمد شاكر، دار الجيل، بيروت، لبنان، د ت ط، (446/9).

³ ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلوي، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ/1997م، (460/9).

⁴ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، 1412هـ/1992م، (141/4).

⁵ الشوكاني، فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير، المرجع السابق، (3/3).

أنكحت وزوجت، أما لو قال: وهبتك، فإنه لفظ غير صريح، ولا بد عند ذلك من تسمية صداق حقيقة أو حكماً، وقد اختلف في كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة، كبعث أو ملكت أو أحللت أو أعطيت أو منحت، أما مالا ينعقد به مطلقاً اتفاقاً، هو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة.¹

ويرد ابن تيمية قائلاً: (فهذه الأمور التي اعتبرها الشارع من الكتاب والسنة والآثار حكمتها بينة، فأما التزام لفظ مخصوص فليس له أثر ولا نظر).²

2- القوة الإلزامية للعقد: قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾.³

ومن الواضح أن العقد يتضمن تعهداً ضمناً باحترام نتائجه والالتزام بها.⁴

3- حرية التعاقد (حرية إنشاء العقود): اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة استحداث العقود التي لم يرد بتحريمها دليل على قولين:

القول الأول: أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها وييطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله. نصاً أو قياساً. عند من يقول به، فذهب جماهير العلماء من الحنفية⁵

¹ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1426هـ/2005م، (204/3).

² ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (13/29).

³ سورة النساء، الآية 29.

⁴ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (468/1).

⁵ السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ / 1993م، (92/23).

والمالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ إلى جواز استحداث العقود التي لم يرد دليل بتحريمها. واستدلوا بأدلة منها:

من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁴.
- وقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾⁵.
- وقوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الْآذُبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا ﴾⁶.

- وقوله تعالى: ﴿ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكَمْ وَصَّامِكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾⁷.

فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، وهذا عام، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله: ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ... ﴾ فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه من قبل العهد، كالنذر والبيع، إنما أمر بالوفاء به.⁸

¹ الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، شرحه عبد الله دزاز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د ت ط، (211/1).

² السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ/1998 م، (320/1).

³ انظر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1417 هـ/1996 م، (300/3).

⁴ سورة المائدة، الآية 01.

⁵ سورة الإسراء، الآية 34.

⁶ سورة الأحزاب، الآية 15.

⁷ سورة الأنعام، الآية 152.

⁸ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (75/29).

ومن السنة:

1. عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا أئتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر ».¹
- وعن أبي هريرة أن رسول الله قال: « آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أئتمن خان ».²
- وجه الاستدلال أن الحديث عام في النهي عن الغدر ومنه نقض العهود والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يؤمر بالوفاء مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً.³
2. وفي الصحيحين عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لكل غادر لواء يوم القيامة يقال هذه غدره فلان ».⁴
3. وفي الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « إن أحق الشروط أن توفوا به: ما استحللتم به الفروج ».⁵

¹ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، (27/1، 28). مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، (56/1).

² مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، (56/1).

³ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (13/29).

⁴ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب تحريم الغدر، (142/5). البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأدب، باب ما يدعى الناس بأبائهم، (276/2). مع اختلاف بسيط في اللفظ.

⁵ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، (276/2). ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، (140/4)، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح، رقم الحديث: 1127، (420/2، 421). أبو داود، كتاب النكاح، باب في الرجل يشرط لها دارها، رقم الحديث: 2139، (417/2).

فدل على استحقاق الشروط بالوفاء وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها.¹

4- وكان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال:

« اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا و لا تغلوا و لا تغدروا و لا تمثلوا و لا تقتلوا وليدًا».²

5- وفي الحديث أيضاً: أن رجلاً بعثته قريش إلى رسول الله ﷺ، قال: فلما رأيت النبي ﷺ وقع في قلبي الإسلام فقلت يا رسول الله لا أرجع إليهم قال: « إني لا أخيس بالعهد ولا أخيس البر ، وارجع إليهم فإن كان في قلبك الذي فيه الآن فارجع ».³

وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾⁴ وهذا عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة. فانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم العقود والشروط.⁵

¹ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (79/29).

² صحيح مسلم: كتاب الجهاد والسير ، باب جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم دعوة الإسلام، من غير تقدم الإعلام بالإغارة، رقم: 1731، (12 / 31)، وموطأ الإمام مالك : كتاب الجهاد ، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو، رقم: 974، ص 267. والمعجم الأوسط للطبراني: رقم: 1453 ، (2 / 225). ومسند الإمام أحمد رقم: 23039 ، (9 / 16). ومسند الهيثمي : (5 / 317).. جامع الأصول، كتاب في الجهاد وما يختص به، رقم: 1087 ، (2 / 596). و سنن أبي داود: كتاب الجهاد ، باب في دعاء المشركين رقم: 2613، (3 / 38).

³ وهو بكير بن عبد الله ، والحديث في السنن الكبرى البيهقي، (9 / 145). وفي مسند أحمد رقم الحديث: 23918، (227/9)، و أبو داود، كتاب الجهاد، باب في الإمام يستجّن به في العهود ، رقم الحديث: 2758 ، (3 / 83)، وصحيح ابن حبان: رقم الحديث: 4077 ، (11 / 223).

⁴ سورة المائدة، الآية 119.

⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع نفسه، (29 / 82).

فالعقد والشرط يرفع الاستصحاب، لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع، وآثار الصحابة توافق ذلك، كما قال عمر رضي الله عن: (مقاطع الحقوق عند الشروط).¹

وأما المعقول فالعقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى دل دليل على التحريم. كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وأيضاً، فليس من الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط، إلا ما ثبت حله بعينه.²

إن تحريم العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي تحريم لما لم يحرمه الله بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به الله. فإن الله قد حرم أن يشرع من الدين ما لم يأذن به. فلا تشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا تحرم عادة إلا بتحريم الله والعقود في المعاملات هي من العادات يفعلها المسلم والكافر، وإن كان فيها قرينة من وجه آخر فليست من العبادات التي يفتقر فيها إلى شرع كالعتق والصدقة.

يقول الشاطبي³ في الموافقات: (والقاعدة المستمرة التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم الملاءمة، لأن الأصل فيها العبادات التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط. وما كان من العاديات يكتفى فيها بعدم المنافاة، لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه).⁴

¹ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، (276/2).

² ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (82/ 29).

³ هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، الفقيه الأصولي المفسر المحدث، له تأليف كثيرة من أشهرها (الموافقات في أصول الشريعة)، (الاعتصام)، (الإفادات والإنشاءات)، توفي سنة 790 هـ. [محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، دت ط، ص 231].

⁴ الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المرجع السابق، (211/1).

فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك.

فالإرادة هي التي تنشأ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع وليس العاقد،¹ ويفسر الشيخ أبو زهرة² ذلك بقوله: (أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظاً للعدل بين الخلق وصوناً للمعاملات عن دواعي الفساد ومنعاً للغرر في الصفقات، وحسماً لمادة الخلاف بين الناس).³

بمعنى أن العاقد بإرادته يكون العقد، أم الحكم المتعلق به كتنقل الملكية من حيز إلى حيز فهو من جعل الشارع وترتيبه، وليس نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين.⁴

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي وهم الظاهرية وعلى رأسه ابن حزم⁵ إلى تقييد الحرية في إنشاء العقود واستحداثها بما نص عليه فلا يجوز استحداث ما لم يدل الدليل على إباحته، فالأصل في العقود المنع والحظر إلا ما ورد به الدليل على الإباحة، حيث لم يثبت جوازها بنص شرعي أو إجماع.⁶ واستدلوا بما يلي:

¹ إسماعيل محمد المحقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ديسمبر 2006م، ص 335.

² محمد بن أحمد بن مصطفى بن عبد الله، المولود 29 مارس 1316/1898هـ، في المحلة الكبرى إحدى مدن محافظة الغربية، له عدة تأليف منها: خاتم النبيين ﷺ، المعجزة الكبرى، تاريخ المذاهب الإسلامية، محاضرات في الوقف،...

³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، د ط، د ت ط، ص 251.

⁴ محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1425هـ/2005م، ص 652.

⁵ هو أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي، ولد بقرطبة سنة 384هـ، الفقيه الحافظ، المتكلم، الأديب، الوزير، الظاهري صاحب التصانيف، (ت 456هـ) فكان عمره إحدى وسبعين سنة، تفقه أولاً للشافعي ثم أذاه اجتهاده إلى القول بنفي القياس كله جليته وخفيه، والأخذ بظواهر النصوص، من أشهر مؤلفاته: (الإحكام لأصول الأحكام)، (الفصل في الملل والنحل)، توفي سنة 456 للهجرة. [ابن خلكان، المرجع السابق، (3/325) شمس الدين محمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1986م، (18/184)].

⁶ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق محمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ط، 1426هـ/2005، (5/593).

- قوله تعالى: ﴿..الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا..﴾¹.

- قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾².

- وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾³.

إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود، على أساس من العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة.⁴

فدلت الآيات على أن من أحدث عقداً، أو شرطاً لم ينص على جوازه فقد طعن في كمال الدين، وزاد فيه، وتعد حدود الله.⁵

ومن السنة

1. عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: « ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق».⁶

أي أن الشرط غير المنصوص عليه باطل، فيقاس عليه العقد، غير المنصوص عليه.

¹ سورة المائدة، الآية 03.

² سورة البقرة، الآية 229.

³ سورة النساء، الآية 14.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م، (4/198).

⁵ بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، (5/593).

⁶ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاية، (2/278). ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، (4/213)، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت، رقم الحديث: 2124، (3/624). أبو داود، كتاب العتق، باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة، رقم الحديث 3929، (4/159، 160).

وهو دليل على إبطال كل شرط ومثله كل عقد مستحدث لم يدل على جوازه دليل من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع يقول ابن حزم في بيان وجه الاستدلال من الحديث والآيات قبله: (فهذه الآيات، وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك).¹

2 وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد». ²

فكل عقد أو شرط لم يشرعه الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله، يقول ابن حزم: (فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه، أو بإباحة التزامه بعينه).³

ومن المعقول

أن العقود والشروط التي لم ينص على إيجابها ونفاذها لا تنفك من أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً:

- 1- إما أن يكون فيه إباحة ما حرم الله تعالى في القرآن أو على لسان رسوله فهذا عظيم لا يحل .
 - 2- وإما أن يكون التزام فيه تحريم ما أباحه الله تعالى في القرآن، أو على فهذا عظيم لا يحل .
- لسان رسوله.

¹ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، (637/5).

² البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب النجش، (100/2). ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، (132/5)،

³ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع نفسه، (615/5).

3- وإما أن يكون التزام إسقاط ما أوجبه الله تعالى في القرآن، أو على لسان رسوله فهذا عظيم لا يحل.

4- وإما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه فهذا عظيم لا يحل، وضح أن كل هذه الوجوه تعد لحدود الله وخروج عن الدين والمفروق. بين شيء من ذلك قائل في الدين بالباطل...¹

الترجيح:

والراجح والله أعلم هو القول الأول قول الجمهور بأن الإنسان حر في إنشاء العقود واستحداثها والإلزام بها ما لم يدل الدليل على تحريمها وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وثباتها أمام الاعتراض.

فهذا الرأي هو الأصح، إذ لم نجد في الشرع ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه جاز التعاقد عليه، على أن تراعى شرائط انعقاد العقود كالأهلية والصيغة وقابلية المحل لحكم العقد.²

الفرع الرابع: موازنة بين الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية في هذه المسألة

إن الموقف الذي سجله الإمام أحمد وبعض المالكية وابن تيمية وابن القيم³ في أن الأصل في التعاقد الصحة والإباحة يساير الاتجاه السائد في النظريات القانونية الحديثة ويتوافق مع مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في نطاق القوانين المدنية الحالية.

¹ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، (5/15، 16).

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (4/200).

³ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعيد بن جرير الزرعي الملقب بشمس الدين ويعرف بابن القيم الجوزية، ولد سنة 691هـ، (ت 751). انظر أحمد ماهر محمود البقري، ابن القيم من آثاره العلمية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1984، ص

المطلب الثاني: اختلال التوازن المعرفي بين طرفي العقد

أساس أي رابطة عقدية هو المساواة بين أطراف العقد أو ما يسمى بمبدأ التوازن العقدي، وتتجلى هذه المساواة في الحقوق والالتزامات ومسؤولية الأطراف، وفيما يتضمنه هذا العقد من شروط و أحكام.

لكن إذا حدث وإن اختل هذا التوازن العقدي لأي سبب من الأسباب، أو اختلفت المراكز القانونية للأطراف، تبدأ فكرة الضعف التعاقدية في الظهور، بحيث يظهر انعدام المساواة الفعلية بين أطراف العلاقة، سواء من حيث التزامات وحقوق كل منهم، أو من حيث شروط وأحكام العقد ذاته.¹

والضعف التعاقدية يعني أن يوجد أحد أطراف الرابطة العقدية في حالة ضعف في مواجهة الطرف الثاني الذي يكون في مركز قوة، وهذا الضعف بطبيعة الحال يؤثر في إرادة الطرف الضعيف ويجعلها ضعيفة وفي حالات أخرى منعدمة، بما ينعكس سلبا على ما يتضمنه العقد من شروط و أحكام، وحقوق والتزامات.

ولقد فرق الفقه بين ثلاثة أنواع من الضعف التعاقدية وذلك بحسب الأسباب أو المصادر أو العوامل التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

1- الضعف التعاقدية لأسباب ذاتية (الضعف الذاتي أو الملازم) (Faiblesse inhérente)

ينشأ الضعف التعاقدية في هذه الحالة لأسباب ترجع إلى الشخص المتعاقد ذاته.

¹ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 97.

ويتحقق هذا الضعف عندما تكون حالة النمو العقلي للمتعاقد أو مستوى درايته ومعرفته بموضوع العقد مما لا يكفي لأن يتخذ قرارا صائبا يعبر عن رضا مستنير بشأن فحوى الالتزامات المتبادلة التي يربتها العقد.¹

وتتضمن القواعد العامة تطبيقين أساسين لهذا النوع، أولهما يشمل انعدام التمييز لدى المتعاقد أو نقصانه، سواء كان راجعا إلى صغر في السن، أو لعارض من عوارض الأهلية، أو مانع. فأهلية الأداء لا تثبت لجميع الأشخاص بل تثبت لمن يتوافر لهم قدر من التمييز يجعلهم قادرين على فهم التصرفات ونتائجها، ويتأثر هذا التمييز أو الإدراك بعوامل السن، أو العوارض التي تؤثر على العقل.

فالإنسان يمر منذ ولادته حتى موته بثلاث مراحل:

- المرحلة الأولى تبدأ بميلاد الشخص حيا وتنتهي ببلوغه 13 سنة كاملة (المادة 42 ق م ج)، والشخص فيها يكون فاقد التمييز لضعف بنيته وقصور عقله، فيكون عديم أهلية الأداء.
- المرحلة الثانية تبدأ ببلوغ سن التمييز² (13 سنة كاملة)، إلى حين بلوغ سن الرشد³ (19 سنة كاملة) (المادة 40 ق م ج). وهنا يكون الشخص الطبيعي أهلا لبعض التصرفات دون البعض الآخر، فالتصرفات النافعة نفعا محضا تنعقد صحيحة مطلقا، وبالعكس تقع باطلة التصرفات الضارة ضررا محضا، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال.
- المرحلة الثالثة تبدأ ببلوغ القاصر سن الرشد متمتعا بقواه العقلية (19 سنة كاملة)، وهنا يكون الشخص كامل الأهلية، أي أهلا لمباشرة كافة التصرفات القانونية دون استثناء، هذا ما لم يطرأ عليه مانع أو عارض من عوارض الأهلية التي حددها القانون، فتنص المادة 43 ق م ج: (كل

¹ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 2011، ص 17.

² اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن يكون سن السابعة هو الضابط للتمييز.

³ لم يحدد فقهاء الشريعة الإسلامية لسن الرشد سنا معينة واختلفوا في المقصود بالرشد.

من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون). والسفه هو إساءة التصرف في المال والإسراف في إنفاقه على غير مقتضى الشرع والعقل، أما الغفلة فهي ضعف في بعض الملكات الضابطة للنفس يحمل صاحبه على أن يغبن في تصرفاته ومعاملاته بسهولة.

و تنص المادة 42 ق م ج على أنه: (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون). وأما الجنون فهو خلل يصيب العقل فيعدم الإدراك عند صاحبه، سواء كان متصلا أو متقطعا، أما العته فهو كذلك خلل يصيب عقل الإنسان ولكنه ينقص الإدراك عنده ولا يعدمه.

أما الثاني فيشمل حالات تعيب الرضا فيكون غير صحيح وتكون به الإرادة معيبة، وعيوب الرضا هي الغلط (المادة 81- 85 ق م ج) والتدليس (المادة 86 و 87 ق م ج) والإكراه (المادة 88 و 89 ق م ج) والاستغلال (المادة 90 و 91 ق م ج).

وجميع الحالات السابقة، يتمثل ضعف المتعاقد في عدم توافر القدر الكافي من التمييز الذي يجعله قادرا على التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية التي تتقرر لهذا المتعاقد، والتي تتمثل في بطلان التصرف أو قابليته للإبطال بحسب الأحوال.¹

2- الضعف التعاقدى لأسباب نسبية (الضعف النسبي) (Faiblesse relative)

قد تتوافر في العاقد الأهلية اللازمة لإبرام العقد ولا يكون رضاه مشوبا بما يعيبه، فيكون مميزا ومدركا تماما لما يلتزم به، ولكنه يعد رغم ذلك طرفا ضعيفا، وهو ما يتحقق عندما يضطر إلى قبول شروط جائرة يفرضها عليه الطرف الآخر، دون أن يكون له الخبرة في واقع الأمر بين قبول هذه الشروط أو رفضها، وهذا هو الضعف النسبي.²

¹ انظر معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المخترف، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 2009، ص 26.

² محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 34.

وينشأ ضعف المتعاقد في هذا الفرض نظرا لما يتمتع به الطرف الآخر من تفوق ونفوذ اقتصادي وسيطرة في سوق المعاملات، فيضطر الطرف الأضعف نسبيا إلى قبول الشروط والأحكام التي يملئها عليه الطرف ذو النفوذ الاقتصادي، لأنه في حاجة ماسة إلى السلعة أو الخدمة أو بصفة عامة محل التعاقد، وهو ما حدا بجانب من الفقه إلى إطلاق مصطلح (الضعف الاقتصادي) على هذا الفرض.¹

ولقد أدت التطورات المتلاحقة في المجتمعات المعاصرة إلى نشوء الكثير من الشركات والمؤسسات بل وحتى الأفراد، الذين يمكن أن نطلق عليهم وصف الأقوياء اقتصاديا في المجتمع، وهؤلاء يتولون تقديم سلعتهم وخدماتهم للغالبية العظمى من أفراد المجتمع الذين يمكن أن نطلق عليهم وصف الضعفاء اقتصاديا، ويتم تداول هذه السلع والخدمات عن طريق عقود تملئ شروطها من قبل مقدميها ولا يكون أمام المحتاجين إليها إلا قبولها دون أي مناقشة، والسبب في ذلك أن مقدمي هذه السلع والخدمات يحتكرون السوق، الأمر الذي يجبر المستهلكين على قبول شروط العقود كما هي.²

ومثال هذه الشركات والمؤسسات، الشركات التي تتولى توزيع الغاز أو الكهرباء والماء، أو الشركات التي تدير مرفق النقل بأنواعها كالقطارات والطائرات والسفن، أو شركات الهاتف، أو شركات التأمين، أو شركات تشغيل العمال.

وخير مثال للضعف التعاقدى النسبي هو عقود الإذعان، هذه العقود التي تتعلق عادة بسلعة ضرورية، أو مرفق لا غنى عنه. عن طريق الاحتكار الفعلي أو القانوني وقد يصل الأمر إلى إضعاف أثر أي منافسة إن وجدت مما يؤدي إلى تفوق الطرف القوي اقتصاديا.

¹ انظر معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، المرجع السابق، ص 27.

² رشوان حسن رشوان حسن أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، 1994، جامعة القاهرة، مصر، ص 283.

3- الضعف التعاقدى لأسباب معرفية (الضعف المعرفي) (Infériorité ignorance)

وهذا النوع الثالث هو الذي يعنينا في هذا المقام، فضعف المتعاقد في هذه الصورة منشأه قلة وفقر وعرفته وخبرته، وجهله بجزايها وثنايا النشاط أو السلعة أو الخدمة محل التعاقد مقارنة بالطرف الآخر، الذي يتمتع بالخبرة والدراية والتفوق لاحترافه ممارسة هذا النشاط أو التعامل على هذه السلعة أو تقديم الخدمة.¹

والضعف المعرفي يرجع إلى الجهل المستند إلى استحالة العلم، وتتنوع أسباب استحالة علم الطرف المقبل على التعاقد بالبيانات العقدية اللازمة لإبرام العقد إلى أسباب مرتبطة بالشيء محل التعاقد، وهو ما يطلق عليها الاستحالة الموضوعية، وأسباب تتعلق بشخص المتعاقد ذاته.

فالاستحالة الموضوعية يقصد بها استحالة العلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد المراد إبرامه سواء كانت هذه المعلومات والبيانات تتعلق بوضع الشيء القانوني أو المادي أم بطرق استخدامه.²

ومن أهم صور الاستحالة الموضوعية في عقد البيع مثلاً هو حيازة البائع أو المنتج للسلعة محل التعاقد بشكل لا يتمكن معه المستهلك من معرفة خصائصها وأوصافها على نحو ينير بصيرته ويجعله في وضع يستطيع اتخاذ القرار بالتعاقد أو عدم التعاقد إذ أن الفحص الذي يقوم به المستهلك في هذه الحالة يتسم بالسطحية ومن ثم يتحقق الإخلال بمبدأ المساواة في العلم.

¹ انظر معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، المرجع السابق، ص 30.

² انظر محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2008، ص 420.

وكذلك تتحقق الاستحالة الموضوعية في العقود التي يتضمن محلها إعطاء شيء كما هو الحال في عقدي البيع والإيجار إذ يلتزم البائع والمؤجر بضمان التعرض والاستحقاق¹ وضمان العيوب الخفية.²

ويتخذ الضعف الناتج عن الجهل بالشيء محل التعاقد عدة صور، فقد يرتد إلى الجهل بالحالة القانونية للشيء من حيث كونه مثقلا بتكاليف عينية كالارتفاقات غير الظاهرة أو بحقوق شخصية كالإيجار، وقد يرجع إلى الجهل بالأوصاف المادية للشيء التي تسمح للمشتري أن يتخذ قراره النهائي بإبرام البيع أو عدم إبرام.

أما الاستحالة الشخصية يقصد بها استحالة العلم بالبيانات التي تتعلق بالشخص ذاته ككونه عديم الدراية أو قليل الخبرة إلى الحد الذي لا يمكنه الإحاطة بهذه المعلومات أو استيعاب مضمونها بمفرده.

¹ انظر المواد 371، 372 ق م ج.

² انظر المواد 379، 381، 382 ق م ج.

المطلب الثالث: أثر العقود النموذجية على انتشار الشروط التعسفية

الفرع الأول: التعريف بالعقود النموذجية¹

تحتل نماذج العقود حيزا شاسعا في النشاط التجاري بحسبان أن معظم الصفقات في عصرنا الحاضر تبرم بواسطة تلك العقود، بيد أن التراث الفكري حول هذه العقود ينتابه شح، بل ليس ثمة تعريف دقيق يمكن أن يستهدي به لبيان جوانب وأركان نماذج العقود، وعلّة ذلك على ما يبدو هو اتجاه ثلّة من الفقهاء إلى معالجة نماذج العقود من خلال المناهج التقليدية لنظرية العقد.² ومن خلال الاطلاع على التعريفات المختلفة للعقد النموذجي، يتضح أن الفقهاء بصدده انقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: يضيق من مجال هذه العقود، وعلى رأسه جاك ليوتي (Jacques Leauté) حيث قال: (أن العقد النموذجي ليس هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، وإنما هو صيغة موضوعة من قبل هيئة مهنية أو السلطة العامة تصلح كنموذج للعقود المستقبلية التي يبرمها الأفراد لاحقا).³ وعرفه بيار مالانقرني (Pierre Malinerni) بأن العقد النموذجي: (صياغة معدة لتكون نموذجا لتحرير العقد في مجال محدد).⁴

وعرفه السنهوري بأنه: (العقد الذي تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى، كعقود الإيجار النموذجية التي تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس أو النقابات).⁵

الفريق الثاني: وهذا الفريق يرى ضرورة التوسع في مجال العقود النموذجية حيث يرى أدريان

¹ تختلف نماذج العقود عن العقود النموذجية في كون هذه الأخيرة صيغة عادية محررة من طرف الإدارة أو منظمة مهنية أو النقابات أو الاتحادات أو الجمعيات... أعدت لتقديم نماذج يعتمد عليها لإبرام عقود في المستقبل.

² أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص 245.

³ حدوم ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، ص 5، 6.

⁴ المرجع نفسه، ص 6.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (244/1).

بويوفسي (Adrian Popovici) بأنه: (لا بد من التوسع في مفهوم العقد النموذجي، لكي لا يشمل الصيغ أو النماذج المحررة من قبل الهيئات المهنية أو السلطة العامة فقط، بل يشمل الصيغ المحررة من قبل الغير أو من قبل أحد المتعاقدين).

ويعرفها أيمن سعد سليم في هذا السياق: (بأنها صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من أحد الأشخاص، تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها، وذلك باتفاق أطراف هذا العقد.

بحيث تكون جاهزة أمام أطراف العقد في صورة عادة ما تكون مطبوعة).¹

وهذه العقود ليست في جميع الأحوال عقود إذعان فقد تكون وضعت لتوقيع الوقت، وقد تكون من العقود النموذجية التي تعدها جماعات مهنية أو جمعيات² تستهدف حماية الطرف الأقل خبرة أو كفاءة، كذلك ربما تتدخل الدولة بإيعاز من المشرع لوضع بنود تعاقدية في تلك العقود لتحسين أوضاع الطرف الأقل كفاءة.³

كذلك عقد الإذعان ليس بالضرورة أن يكون عقدا نموذجيا، والقول بذلك يعني استبعاد بعض العقود من دائرة عقود الإذعان على الرغم من أن الطرف الآخر لا يمكنه مناقشة الشروط الموجودة فيها والمفاوضة فيها.

ومن أمثلة هذه العقود عقود التأمين، العقود البنكية، عقد القرض الاستهلاكي، عقد البيع في المحلات الكبرى، عقود البيع بالمزاد العلني...

¹ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 2005، ص 12.

² قامت الجمعية الفرنسية للمعايير بوضع مجموعة من المعايير والنماذج الفنية تطبق على بعض الأنشطة المهنية والتقنية ومن أمثلتها: النموذج رقم: NF.P.03-001 وهو الخاص ببيان المواصفات القياسية المطبقة على أعمال البناء، والنموذج رقم: NF.X.60-100 والذي أوضح الشروط العامة في عقود التوريد والنقل المتعلقة بالمرافق العامة... انظر أيمن سعد سليم، المرجع نفسه، ص 22.

³ انظر حسن عبد الباسط جماعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 107.

وهناك عقود نموذجية واردة بموجب نص قانوني، مثل: عقود الإيجار، عقود البناء بناء على التصاميم...¹

الفرع الثاني: أسباب انتشار العقود النموذجية

1. توفير الوقت والجهد في صياغة العقود: السبب في اللجوء لمثل هذه العقود توفير الوقت والجهد، حيث أن العقد النموذجي في مجال معين لا يكون في مثل الشكل الذي عليه إلا بعد تنقيح وتمحيص من طرف المتعاملين به، وبعد الاستفادة من الخبرات والتجارب التي تسمح من التأكد من نجاعتها، بحيث تعتبر هذه الصياغة النهائية هي أصلح صياغة قانونية، ولا يلجأ المتعامل إلى تكرار صياغة العقد في مجال معين في كل مرة ومع كل متعامل معه.

فبائع السلع الكهربائية في المحلات الكبرى قد يبيع من ذات السلعة مائة وحدة في اليوم، وهو ما يعني . في ظل ضرورة إعداد عقد عن كل عملية بيع . ضرورة إعداد مائة عقد.

بينما اليوم وفي ظل العقد المطبوع مسبقا فإن إعداد هذه العقود لا يستلزم إلا إضافة اسم المشتري وتاريخ الشراء وتحديد اسم البائع وبعض البيانات التكميلية التي يترك مصدر العقد

المطبوع مكانا مسبقا لها.²

¹ المشرع الجزائري لم يعرف البيع بناءً على التصاميم في المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، وعلى العكس فإن المشرع الفرنسي قد عرف في المادة من قانون L 261 - 1 من قانون البناء و السكن الفرنسي عقد بيع العقار قبل الإنجاز بأنه: (ذلك البيع الذي بموجبه يلتزم البائع بتشييد عقار خلا أجل معين في العقد). وعرفته المادة 28 من القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الذي ألغى المرسوم التشريعي 93-03 السالف الذكر، بنصها: (عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المرفقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز، يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم).

² انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 108.

فالعقود المتعلقة بالسلع المتشابهة تستتبع أن تطبق عليها نفس القواعد المتماثلة التي لا تختلف من مكان لآخر، لاسيما إذا كانت هذه السلع والأشياء يتم تداولها عبر دول العالم المختلفة، وذلك حتى لا يصطدم صانع أو تاجر أو مستهلك بقواعد قانونية متعارضة بين الدول، ولا غرو اللجوء إلى العقود النموذجية هو الوسيلة المثلى لتحقيق هذه الغاية، ولذلك عرفت هذه العقود في مختلف دول العالم.¹

2. قصور التشريعات الوضعية عن حل كل المشكلات القانونية المتعلقة بالعقود: ² إن التطور السريع في الأمور الفنية والتقنية المتعلقة بالسلع والخدمات وعجز التشريعات على مسايرة هذا التطور لاسيما في العقود المدنية والتجارية، أدى إلى ظهور العقود النموذجية التي تعتبر الوسيلة الناجعة في حل هذه المشكلات، لأن أصحاب الخبرة هم الذين يقومون بصياغتها، ويقومون بإجراء التعديلات اللازمة عند الحاجة إلى ذلك.

إن الانتشار الواسع لمثل هذه العقود أدى إلى انتشار الشروط التعسفية فتحرير شروط العقد في نماذج متماثلة يجعل المتعامل ينتهز الفرصة لإدراج شروط تقوي وضعه وتخفف من التزاماته التعاقدية، وفي المقابل ترهق وتثقل التزامات الطرف الآخر المتعاقد معه. فانفراد المتعاقد الأكثر قدرة أو كفاءة بكتابة العقد أدى إلى ترسيخ ظاهرة اختلال التوازن العقدي، كما تؤدي ظاهرة إنفراد المحترف بصياغة العقود التي ينضم إليها الآلاف من العملاء إلى تزايد الشروط المجحفة.³

الفرع الثالث: تقدير نماذج العقود

بالرغم أن لهذه العقود دور كبير في تسريع عملية البيع والشراء من خلال بيع كميات كبيرة جدا من السلعة بواسطة هذه العقود دون مساومة تستغرق وقتا طويلا مما يؤدي إلى تسهيل

¹ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، المرجع السابق، ص 16.

² المرجع نفسه، ص 17.

³ انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 110.

الإجراءات، وقد يعطي التعامل بهذه العقود نوعاً من الثقة للمتعاقد الضعيف، إذ أن مثل هذه العقود كانت وليدة مفاوضات طويلة ومتكررة مبنية على الخبرة والكفاءة من طرف المحترفين من جهة، ومن جهة ثانية فإن توقيع عدد لا بأس فيه من المستهلكين عليها يولد إحساساً بالأمان والطمأنينة تجاهها.

إلا أن هذه العقود تعرضت لكثير من الانتقادات لما فيها من العيوب الكثيرة، خاصة وأن الشروط المتضمنة فيها تعمل على خدمة الطرف القوي، والطرف الضعيف في أغلب الأحيان لا يقوم بقراءتها. فعادة ما تصاغ شروطها بطريقة معقدة، أو تكتب بطريقة لا يستطيع الطرف الضعيف قراءتها. وكذلك فإن إدراج بعض الشروط التعسفية بصفة دائمة ومتكررة يخلق نوعاً من القبول لهذه الشروط رغم ما تحمله من إجحاف وتعسف.

وحتى عندما تطرأ أي شكوى من جانب الطرف الضعيف، يكون أمر التعامل معها منوطاً برحمة الطرف القوي. الذي يتمتع بسمعة كبيرة في السوق. ومحض تقديره الشخصي.¹

¹ أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص 265.

المبحث الثاني: تطور التنظيم التشريعي للشروط التعسفية

يعتبر الفقهاء الغربيون تنظيم الشروط التعسفية تنظيماً حديثاً ظهر بعد ظهور الاصطلاح نفسه، فالشروط التعسفية اصطلاح معروف في القوانين الغربية وكذلك القانون المدني المصري، ولكن وضع تنظيم خاص له أمر حديث النشأة، وهذا ما سيتناوله (المطلب الأول). ثم أتناول نطاق تطبيق النصوص المنظمة للشروط التعسفية من حيث الأشخاص والموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التطور التاريخي للنصوص التشريعية المنظمة لها

ظهرت فكرة الحماية ضد الشروط التعسفية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 1962م، حيث تم إعطاء القاضي سلطة إبطال أي شرط يرى أنه شرط تعسفي، ثم انتقلت الفكرة إلى الدول الأوروبية في السبعينيات، حيث أصدرت السويد تشريعاً خاصاً لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك سنة 1971، كما أصدرت بريطانيا سنة 1973 تشريعاً مماثلاً، وكذا فعلت الدنمارك، وأصدر المجلس الأوروبي قراراً في 14 أبريل 1975 بشأن محاربة الشروط التعسفية،¹ ثم ألمانيا سنة 1976م،² ثم فرنسا سنة 1976م.³

¹ إدريس الفاحوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، المغرب، العدد الثالث، 2003، ص 70 وما بعدها.

² تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوروبية التي سارعت إلى إصدار قانون في هذا المجال، حيث أصدرت بتاريخ 09 ديسمبر 1976 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي بدأ العمل به في أول أبريل 1977، وقد تبني المشرع الألماني النظام التشريعي حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة... وقد قسم الشروط التعسفية الباطلة إلى قسمين على أساس مدى قابليتها للتقويم باعتماد أسلوب القائمة، القائمة السوداء التي تشمل ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة (المادة 10)، والقائمة الرمادية التي تشمل عشرة أصناف يمارس القاضي سلطته التقديرية بشأنها (المادة 11). (انظر محمد بودالي، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها، ومحمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2011، ص 48).

³ انظر أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 25

حيث في فرنسا صدر القانون الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات والمسمى بقانون (scrivener)¹ في 10 كانون الثاني (يناير) 1978 م، خصص الفصل الرابع منه لموضوع الشروط التعسفية، وبعد عشر سنوات صدر نظام مكمل للنظام الأخير صدر بقانون في 05 يناير 1988م الذي نظم دعوى إلغاء الشروط التعسفية، ثم صدر قانون الاستهلاك الفرنسي سنة 1993م، الذي أدمجت فيه كافة النصوص السابقة.

ثم تدخل البرلمان الأوروبي وأصدر توجيهها إلى دول الاتحاد يتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، وذلك في 05 أبريل 1993م، حيث كان الهدف منه تحقيق الانسجام والتنسيق بين تشريعات الدول الأوروبية في تنظيمها لموضوع الشروط التعسفية.

هذا التوجيه يعتبر الحد الأدنى الذي لا تستطيع أي دولة أوروبية أن تنظم طرقا لمكافحة الشروط التعسفية في قوانينها الداخلية تقل عنه من حيث حمايتها للمستهلك، لكنها تستطيع أن تزيد في تنظيمها عليه، ولقد انتقل هذا التوجيه الأوروبي إلى القانون الفرنسي بمقتضى القانون الصادر في 01 فبراير سنة 1995 (رقم: 95-96)، وهو الذي ادخل بعض التعديلات على قانون سنة 1993، ولكنها تعديلات طفيفة لم تخدم النظام القديم.²

والقانون 95-96 يعتبر آخر نص عاج فيه المشرع الفرنسي الشروط التعسفية، والذي ألغى بموجبه القانون رقم 78-23 فيما يتعلق بالشروط التعسفية، وأدرج مواد هذا القانون ضمن المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث تخلى بموجبه المشرع الفرنسي عن معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي تسمح للمحترف بالحصول على مزايا

محففة كمعيار للتصريح بالطابع التعسفي، و تبنى بدلا عنه معيار الاختلال الظاهر بين

¹ نسبة إلى السيدة سكر فنيه التي كانت تشغل منصب سكرتير الدولة المكلف بالاستهلاك، وهي التي أعدت مشروع القانون.

² انظر أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 25.

حقوق والتزامات المحترف و المستهلك ووسع من خلاله في مفهوم الشروط التعسفية.¹

أما في مصر فبالرغم من صدور القانون رقم 67 لسنة 2006م المتعلق بحماية المستهلك، إلا أنه لم يرد فيه أي إشارة لموضوع الشروط التعسفية.

وفي الجزائر وردت بعض النصوص المتفرقة التي تنظم موضوع الشروط التعسفية إما بطريقة صريحة أو بطريقة ضمنية ضمن نصوص القانون المدني الجزائري.

ومثال ما ورد بطريقة صريحة نص المادة 110 منه التي تنص على أنه: (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).

وما ورد في نص المادة 622 ق م ج المتعلق بعقد التأمين التي تنص على : (يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: - كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لمن يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه).

أما مثال ما ورد بطريقة ضمنية نص المادة 205 ق م ج المتعلق بالشرط الإرادي المحض والتي تنص على أنه: (لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم).

ثم صدر القانون رقم: 98 . 02 المؤرخ في أول رجب عام 1409 هـ الموافق 07 فبراير 1989 م المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الذي ألغيت أحكامه بالقانون رقم: 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر في 23 يونيو 2004.

هذا الأخير الذي عرف فيه الشرط التعسفي في المادة 05/03 منه، وحددت فيه كذلك

¹ راضية العطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010/2011م، ص 07.

الممارسات التعاقدية التي تعتبر تعسفية في المادة 29 منه، وحددت في المادة 38 العقوبات على الممارسات التعسفية طبقاً للمادة 29، والمادة 65 منحت جمعيات حماية المستهلك وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي الحق في رفع دعاوى أمام القضاء ضد المخترف الذي يضمن عقودة شروطاً تعسفية، وبوجه عام كل عون اقتصادي قام بمخالفة هذا القانون.

ثم صدر المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية الصادر في 10 سبتمبر 2006.¹ حيث حددت فيه البنود التي تعتبر تعسفية (المادة 05)، وأنشأت من خلاله لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة، وتعتبر هيئة استشارية يرأسها الوزير المكلف بالتجارة (المادة 06)، وحددت فيه مهامها، و تشكيلتها ... (المادة 65 وما بعدها).

¹ المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان سنة 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006. يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. ج ر عدد 56، لـ 11 سبتمبر 2006، ص

المطلب الثاني: نطاق تطبيق النصوص المنظمة للشروط التعسفية

اختلفت القوانين المقارنة في مسألة النصوص المنظمة للشروط التعسفية.

ففي فرنسا فقد نظمت وفق قانون الاستهلاك الصادر في 1993م، وذلك في الفصل الثاني تحت عنوان الشروط التعسفية، في حين لم يرد ذكر هذا الاصطلاح في تقنين نابليون الصادر سنة 1804م، ولذلك فقد حصر الفقه والقضاء الفرنسيين مجال تطبيق النصوص المنظمة للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

ويثور التساؤل حول مجال وجود هذه الشروط وبصيغة أخرى تحديد العقود التي يمكن أن تدرج فيها مثل هذه الشروط، وهل هي موجودة في عقود الإذعان فقط، باعتبار أن المادة 110 من القانون المدني الجزائري لم تشر إلا لهذا النوع من العقود، فهل يعني أن عقود الإذعان هي المجال الوحيد لظهور مثل هذه الشروط؟ أم هناك عقود أخرى خارج هذا المجال هي أيضا محلا لإدراج الشروط التعسفية؟

ثم يثور التساؤل عن أطراف العلاقة العقدية أي المتعاقدين الذين تشملهم الحماية في مواجهتها.

الفرع الأول: من حيث طبيعة العقود وشكلها

بالتأمل في القضاء الفرنسي، وتوصيات لجنة الشروط التعسفية، نجد تنوعاً كبيراً في العقود التي اعتبرها القضاء متضمنة شروطاً تعسفية، بالتالي ينطبق عليها نصوص قانون حماية المستهلك ومن أمثلة هذه الأحكام ما يلي: عقود البيع، وعقد تأجير السيارة، وعقد الوعد بتأجير سيارة، وعقد قرض، وعقود تقديم خدمات، وعقد لعمل إعلان، وعقد فتح حساب بنكي، والعقد المبرم لعمل كارت الصارف، وعقد التأمين، وعقد قرض الاستهلاك، وعقد شراء تلفون محمول، وعقد الحصول على خدمة تعليمية، وعقد اشتراك في مراقبة تلفزيونية.¹

وهكذا تنطبق نصوص تقنين الاستهلاك، على العقود أيا كانت طبيعتها (عقود بيع،

¹ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 34، 35.

إيجار، تأمين، قروض، عقد المشروع... إلخ)، وأيا كان محلها (منقولات، عقارات)، ولم يستلزم
المشرع أن يتعلق الأمر بعقود إذعان.¹

وتنطبق المادة 1-132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، على كل العقود، دون تفرقة سواء
كانت هذه العقود عقود إذعان أو عقود رضائية (أي تم مناقشتها بجرية)، طالما أنها تمت بين المهني
والمستهلك.

وتستبعد العقود الإدارية، التي تدخل في نطاق القانون الإداري، والتي تنعقد بين المصالح
العامة الإدارية والجمهور أو المنتفعين، فالمصالح المذكورة لا يمكن اعتبارها من المهنيين، كما أن
التعامل مع هذه المصالح يعني الخضوع من جانب المنتفع لالتزامات وواجبات يتم تحديدها عن
طريق السلطة العامة وحدها، ويمكن تعديلها أيضا عن طريقها وحدها من آن لآخر.²

وهكذا فإنه عند التعامل مع السلطة العامة صاحبة السيادة (مثل البرلمان، الحكومة،
الإدارة... إلخ)، يكون من الخطأ التمسك بصفة المتعاقد من جانب الطالب الجامعي، أو مرسل
البريد، أو الشخص الذي يتردد على حمام السباحة بالبلدية... إلخ فلا يجوز للمذكورين وغيرهم
التمسك بالحماية في مواجهة الشروط التعسفية، كما هو الحال بالنسبة للمستهلك، ومع ذلك فإن
قانون الاستهلاك الفرنسي، يعطي للقضاء العادي إبطال الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع
شركات توزيع الطاقة الكهربائية، أو مع مرفق المياه، أو شركات النقل السكك الحديدية...³

¹ حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر،
1997، ص 77.

² المرجع نفسه، ص 78.

³ المرجع نفسه، ص 78، 79.

وفي مصر فالمشروع المصري أشار إليها في نصوص متناثرة فقد ذكر مصطلح الشروط التعسفية في نص المادة 149 الخاصة بعقود الإذعان، ونص المادة 750 الخاصة بعقد التأمين، ثم صدر قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006م، لكن هذا القانون لم يرد فيه أي تنظيم لهذه الشروط.

أما فيما يتعلق بشكل العقد، فإن المادة 35 من قانون 1978 في فقرتها الثالثة، نصت على أن الحماية من الشروط التعسفية تطبق على العقود أيا كان شكلها أو أساسها، مثل طلبات البضاعة، الفواتير، أذون الضمان، التذاكر أو الأوراق المتضمنة اشتراطات.

ويبدو أن المشرع الفرنسي في تقنين الاستهلاك وقانون 1978 لا ينطبق إلا على الشروط المكتوبة، فالشروط التعسفية تكون مقترنة بمختلف العقود التي يبرمها المستهلك مهما كان محلها، بحيث قد يدرجها المحترف في العقد سواء كانت مطبوعة أو مكتوبة باليد، محررة قبل التعاقد أو أثناءه أو مضافة في ملحق بعد التعاقد.

أما موقف المشرع الجزائري فجاء موافقا للاتجاه الأول عند إصداره للقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي رأى أن يضع فيه نظاما عاما للحماية من الشروط التعسفية يهتم بحماية المستهلك والعون الاقتصادي على حد سواء من تعسف العون الاقتصادي.¹

و يلاحظ أن مشكلة الشروط التعسفية، توجد في كل القطاعات أو المجالات التي توجد فيها عقود الإذعان، مثل العلاقات بين أرباب الأعمال والعاملين، علاقات الموردين بالعملاء، علاقات مانح الامتياز والمتمتع بهذا الامتياز، ولكن تفاقمت المشكلة بوجه خاص في العقود بن المهنيين وبين المستهلكين، حيث ظهر بها منذ وقت طويل الشروط ذات الطابع التعسفي، كما هو الحال في عقود البيع والشراء، والتأمين، والائتمان، والسفر، والإصلاح، والنقل للأشخاص

¹ انظر محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 89.

والبضائع... إلخ، إذ تتشابه هذه العقود في أن الحقوق والالتزامات يتم تحديدها بواسطة المهنيون دون تدخل أو دور من جانب العملاء.¹

وبالرجوع إلى النصوص القانونية الأخرى نجد أن هناك إشارات عديدة ومبعثرة تشير إلى الشروط التعسفية، حيث رتب المشرع بطلان هذه الشروط، فالمادة 622 من ق م ج عدت الشروط الباطلة التي قد يضعها المؤمن تعسفا في حق المؤمن له.

كذلك المادة 10 من المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، التي تنص على بطلان كل شرط بعدم الضمان حتى ولو كان باتفاق الطرفين، وأشارت المادة 811 من الأمر 76-80 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن القانون البحري إلى بطلان كل شرط تعاقدى هدفه أو أثره المباشر أو غير المباشر إبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للناقل، والمنصوص عليها في المواد 773، 777، 780 أو تخفيض مبلغ التعويض من المبلغ المحدد في المادة 805 المتعلقة بكيفية التعويض عن الأضرار الملحقة بالبضائع أو منع الناقل الاستفادة من التأمين على البضائع.

كما توجد المادتين 59، 60 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة منع كل اشتراط على المستهلكين عند البيع، بشراء كمية مفروضة أو اشتراط بيع منتوجات أخرى أو خدمات أو حتى اشتراط أداء خدمة بخدمة أخرى.

الفرع الثاني: من حيث طبيعة الأشخاص

يلزم لاعتبار الشرط تعسفيا أن يكون واردا في أحد عقود الاستهلاك، وهي تلك التي تبرم بين المهنيين من جهة، والمستهلكين أو غير المهنيين من جهة، فالحماية ضد الشروط التعسفية لا تمتد إلى العقود المبرمة بين المهنيين فيما بينهم، ولا العقود المبرمة بين المستهلكين مع بعضهم

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 46.

وفي القانون الجزائري فقد نصت المادة الأولى من القانون 04-02 على : (يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية و التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين، و بين هؤلاء والمستهلكين، و كذا حماية المستهلك و إعلامه).

ومن خلال هذا النص فإنه يمكن أن يمتد نطاق تطبيق نص هذا القانون بالإضافة إلى العقود المبرمة حتى بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين إلى العقود المبرمة حتى بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم طالما أن أحد المتعاقدين لا يملك سلطة إحداث تغييرات حقيقية على العقد.

والعون الاقتصادي هو: (كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارسه نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها) وهذا ما جاء في نص المادة 01/03 من القانون 04-02 .

لكن المادة 29 من نفس القانون تنص على: (تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع...). فهي بذلك قصرت وجود الشروط التعسفية على العقود بين المستهلك والبائع،² وأخرجت بذلك العقود التي تكون بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم.

وما يؤكد ذلك نص المادة الأولى من القانون 06-306 الذي يحدد العنصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. التي تنص على:

¹ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص116.

² يلاحظ من خلال قراءة المواد وجود عدم ضبط للمصطلحات المستعملة في صلب القانون فتارة يسمى بالعون الاقتصادي وتارة البائع ... فسمى المشرع بموجب هذه الفقرة المتعاقد مع المستهلك بائعا مما قد يوحي بأن العقود التي قد يشملها نطاق تطبيق الشروط التعسفية هي عقود البيع دون عقود أداء الخدمات و التي تعد هي الأخرى مجالا حصبا للشروط التعسفية.

(..يهدف هذا المرسوم إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية).

وقد استعمل المشرع الجزائري عبارة العون الاقتصادي في القانون 04-02، والقانون 06-306 السابقين، وسماه بالمتدخل في القانون 09-03 حيث عرفت المادة 08/03 المتدخل : (كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك).

وفي المقابل نجد أن الفقه قد عرف المحترف أو المهني بأنه شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص يمارس مهن مختلفة ويعرض منتوجه أو خدمته للغير،¹ أو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بممارسة نشاط ما على سبيل الاعتياد والانتظام، كالإنتاج والتوزيع وتقديم الخدمات.²

ويلاحظ أن هذه التعريفات أغفلت تماما جوهر فكرة الاحتراف والذي لا يقوم فقط على اعتياد ممارسة نشاط معين، وإنما يقوم على درجة ومرتبة الخبرة والدراية والتخصص التي يكتسبها الشخص من اعتياد ممارسة هذا النشاط.

ومن الفقهاء من فرق بين المحترف والمهني، والذي قد يشير الخلط لدى البعض بينهما أن كلا المصطلحين يعبر عنه في اللغة الفرنسية بـ (professional)، على أساس أن كل محترف ليس بالضرورة أن يكون مهنيا ممارسا لمهنة حرة، فالتاجر، والصانع، والحرفي...يعتبرون من الحرفيين متى توافرت فيهم عناصر الشخص المحترف...ومع ذلك فهم لا يدخلون في مصاف المهنيين الذين يمارسون مهنة حرة بالمعنى المتعارف عليه كالطبيب والمحامي والمهندس والصيدلي.³

ومن خلال التعاريف السابقة فإن عناصر تحديد الشخص المحترف هي:

¹ عزيزي جميلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2002/2003، ص 04.

² انظر معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، المرجع السابق، ص 12.

³ المرجع نفسه، ص 23.

1. المحترف يقوم بممارسة نشاطه بصفة اعتيادية:

والاحتراف هو ممارسة الأعمال التجارية على سبيل التكرار وبصورة منتظمة ومستمرة مع اتخاذها مهنة للحصول على مورد للرزق، ويقتضي الاحتراف أن يقع العمل بصفة دورية ومستمرة على وجه الاعتياد.¹

ولا يكفي لتوافر الاحتراف أن يكون النشاط بغرض تحقيق الربح، بل يلزم أن يتصف بالاستمرار والانتظام.

2. المحترف يقوم بممارسة نشاطه بقصد الربح:

ولذلك فإن الأعمال التي يقوم بها وتكون بلا مقابل لا يمكن اعتبار القائمين بها من المحترفين، حتى ولو كانت تمارس باستمرار وبصفة اعتيادية.

ويؤخذ على هذا المعيار في هذا المجال أنه يستبعد الأشخاص المعنوية ذات الصفة الاقتصادية والتجارية التي لا تهدف في الغالب إلى تحقيق الربح بل تسعى إلى تقديم خدمات عامة.²

¹ محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968، ص 584.

² ويؤخذ على هذا المعيار كذلك أن بعض الأعمال تستهدف الربح لكن القائمين لا يوصفون بالمحترفين، ومثل ذلك أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي والمهندس.

خلاصة الفصل الأول:

- إن مبدأ سلطان الإرادة أصبح يتلاشى مع التغييرات الاقتصادية الكبيرة التي أدت إلى تفاوت المراكز الاقتصادية للمتعاقدين مما أدى إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد.
- العقد الذي كان من قبل مقصوراً على الإرادة الفردية تدخلت فيه إرادة الدولة فأصبحت تشارك إرادة الطرفين في تكوينه، وتحديد مضمونه. وأضحى العقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية.
- الإرادة في الشريعة الإسلامية هي التي تنشأ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع وليس العاقد. خلافاً لما يراه أهل القانون حيث أن إرادة الطرفين هي المحددة مضمون وأحكام العقد، بالإضافة إلى آثاره.
- الإنسان حر في إنشاء العقود واستحداثها والإلتزام بها ما لم يدل الدليل على تحريمها الشرع ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه جاز التعاقد عليه.
- فرق الفقه بين ثلاثة أنواع من الضعف التعاقدى وذلك بحسب الأسباب أو المصادر أو العوامل التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، وهي.

1 . الضعف التعاقدى لأسباب ذاتية (الضعف الذاتي أو الملازم)

2 . الضعف التعاقدى لأسباب نسبية (الضعف النسبي)

3 . الضعف التعاقدى لأسباب معرفية (الضعف المعرفي)

الفصل الثاني

ماهية الشروط التعسفية في العقود

إن البحث عن الشرط التعسفي يختلف عن البحث عن التعسف في استعمال الحق بمعناه المعروف في نطاق القواعد العامة، ولذلك فمن الضروري التعريف بالشروط التعسفية في العقود، وهي التي يضمنها الطرف القوي اقتصاديا في العقد ضد الطرف الضعيف (المبحث الأول)، وللوقوف على الشرط التعسفي بشكل حقيقي يجب تحديد المعايير التي يجب اعتبارها لمعرفة مدى تعسفية الشرط ولا يخفى أن التشريعات المقارنة قد اختلفت فيما يخص هذه المعايير (المبحث الثاني)، هذه الشروط التي أنيط لثلاثة جهات لتحديدها، فهي إما أن يحددها المشرع بنفسه، وإما يكون تحديدها من لجنة الشروط التعسفية، أو تحدد بواسطة القضاء (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تعريف الشروط التعسفية في العقود

يتكون (الشرط التعسفي) من لفظين الشرط، والتعسف، والمركب لا يمكن أن يعلم إلا بعد العلم بمفرداته لذا فلا بد من تعريف كل كلمة على حده ليتبين معنى الشرط التعسفي مركباً قبل تعريفه.

المطلب الأول: تعريف الشرط

ويتضمن الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: الشرط في اللغة

يطلق الشرط في اللغة على معان كثيرة أبرزها ما يلي:

1. الشرط بسكون الراء إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، كالشريطة والجمع شروط، وشرائط لذا قيل: (الشرط أملك عليك أم لك) ، يضرب في حفظ الشرط بين الإخوان أي أن الشرط يملك صاحبه في إلزامه المشروط إن كان له، أو عليه. ويقال: (شرط عليه في البيع، ونحوه شرطاً ألزمه شيئاً فيه).¹
2. والشرط بسكون الراء كذلك بزغ الحجام بالمشروط أي شقه بالمشروط وإنما سمي بذلك، لأنه صار له أثر وعلامة ومنه قولهم: رب شرط شارط أوجع من شرط شارط فالأول من الإلزام والثاني من بزغ الحجام.²

¹ انظر ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1994 م، مادة (ش ر ط)، (7 / 329)، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1995، (5 / 559)، الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، طبعة جديدة، 1995 م، ص 141.

² انظر ابن منظور، المرجع السابق، (332/7).

3. والشَّرْطُ بفتح الراء العلامة والجمع أشراط،¹ ومنه قوله تعالى: ﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾،²

(أي: أعلامها). 3.

وقد جعل ابن فارس⁴ هذا المعنى أصلاً لمادة (شرط) فقال: (الشين والراء والطاء أصل يدل على علم، وعلامة وما قارب ذلك من علم).⁵

ومنه الاشتراط الذي يشترطه الناس بعضهم على بعض أي هي: علامات يجعلونها بينهم، ولهذا سميت الشُّرْطُ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها.⁶

4. والشَّرْطُ: بالفتح كذلك أول الشيء وهو والذي قبله متقاربان لأن علامة الشيء أوله.⁷

5. والشَّرْطُ: أراذل الناس والأموال ويطلق كذلك على الأشراف والأخيار فهو من الأضداد.⁸

¹ انظر ابن منظور ، المرجع السابق، (330/7).

² سورة محمد، الآية 18.

³ انظر ابن منظور ، المرجع السابق، (329/7).

⁴ ابن فارس هو أحمد بن فارس بن زكريا القزويني أبو الحسين، من أئمة اللغة، والأدب، والتفسير ولد سنة 329 هـ وتوفي سنة 395 هـ من أشهر مؤلفاته: معجم مقاييس اللغة، والمجمل في اللغة، وجامع التأويل في تفسير القرآن [شمس الدين أحمد أبو العباس ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق، إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان، 1977م، (118/1)، ابن النديم، الفهرست، وزارة الثقافة، الجزائر، 2007، ص 364].

⁵ بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، د ط، 1399هـ، (260/3).

⁶ ابن منظور ، المرجع السابق، (330/7).

⁷ المرجع نفسه، (330/7).

⁸ المرجع نفسه، (331/7).

6. والشُّرْط: المسيل الصغير، سمي بذلك لأنه أُنْثِر في الأرض.¹

7. والشُّرْط: جمع شرطة كغرفة سموا بذلك، لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، وقيل: لأنهم أول كتيبة تشهد الحرب وتتهياً للموت، وقيل: لأنهم خيار جند السلطان. وقيل: لأنهم أراذل وسفلة.²

8. والشُّرْط: جمع شريط وهو حبل، أو حيط يربط به ويشد ويوثق. يقال: شد البهم صغار الغنم بالشريط إذا ربطها، وأوثقها. وإنما سمي بذلك، لأنها إذا ربطت صار لذلك أثر، ويقال: شرط الشيء شده وربطه.³

وبذلك فإن أهم معاني الشرط في اللغة الإلزام والالتزام، والعلامة اللازمة، والربط، والشد، والتوثيق، والأثر، وكل هذه المعاني مناسبة لمعنى الشرط الشرعي كالطهارة للصلاة مثلاً فهي علامة لازمة، لا توجد الصلاة بدونها، والصلاة مرتبطة به لا تصح بدونه، وهو لازم لها. ولمعنى الشرط الجعلي الذي يجعله الناس في عقودهم زائداً على أصل الالتزام؛ إذ هو علامة لازمة لهذا الحق ومؤثر في العقد بتعديل آثاره، وهو مرتبط بالعقد وفيه توثيق له...⁴

الفرع الثاني: الشرط عند الأصوليين

الشرط عند علماء أصول الفقه له معنيان:

¹ انظر ابن منظور، المرجع السابق، (331/7).

² انظر المرجع نفسه، (330/7).

³ انظر ابن منظور، المرجع السابق، (7 / 302، 303)، و الفيروز آبادي، المرجع السابق، (70 / 1). ومحمد بن أبي بكر عبد القادر الرّازي، المرجع السابق، ص 141 .

⁴ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1425/1426 هـ ، ص 39.

المعنى الأول: ما يذكر في الأصول مقابلاً للسبب والمانع، كقول الفقهاء: (شرط الصلاة الطهارة)، و (شرط صحة البيع التراضي) ونحو ذلك.¹

وفي هذا المعنى تعريفات كثيرة من قبل الأصوليين والمقام لا يقتضي الإسهاب في سردها وسرد ما ورد عليها من اعتراضات، ومن بين هذه التعريفات:

1. تعريف الغزالي²: عرف الغزالي الشرط بأنه: (ما لا يوجد المشروط دونه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده).³

ومعنى هذا التعريف لا يتضح إلا بالمثال: فالطهارة مثلا شرط لصحة الصلاة، لا يمكن أن يوجد المشروط وهو الحكم (وهنا لصحة الصلاة) مع عدم الشرط وهو الطهارة.

وقوله: (ما لا يوجد المشروط مع عدمه) قيد التعريف، لاحتراز عن المانع، حيف أن المانع لا يلزم من عدمه وجود الشيء ولا عدمه.⁴

وقوله (ولا يلزم أن يوجد عند وجوده) قيد آخر أخرج السبب أو العلة فإن الحكم يلزم وجوده بوجود سببه أو وجود علته.⁵

¹ الفتوحى الحنبلي، محمد أحمد عبد العزيز، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي، نزيه جماد، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1413 هـ / 1993 م، (453/1).

² هو محمد بن محمد الطوسي، أبو حامد الغزالي (450-505 هـ)، (1058-1111م)، كان عالما مناظرا فيلسوفا متصوفا، لم يكن للشافعية في آخر عصره مثله، له تصانيف كثيرة منها: إحياء علوم الدين، و تحافت الفلاسفة، و المنقذ من الضلال [السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلوة، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، (189/6)، وابن خلكان، المرجع السابق، (216/4)].

³ الإيجي، شرح مختصر منتهى الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، (58/3)

⁴ عبد الكريم بن علي النملة، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1417 هـ / 1996 م، (222/2).

⁵ المرجع نفسه، (222/2).

ولم يخلو هذا التعريف من اعتراض فقد انتقده الآمدي¹ بأنه فاسد من وجهين:

الوجه الأول: أن فيه تعريف الشرط بالمشروط، والمشروط مشتق من الشرط، فكان أخفى من الشرط وتعريف الشرط بما هو أخف منه ممتنع.²

الوجه الثاني: أنه يلزم عليه جزء السبب إذا اتحد، فإنه لا يوجد الحكم دونه، ولا يلزم من وجود الحكم عند وجوده، وليس بشرط.³

وعرّف بأنه: (اسم لما يتعلق به الوجود دون الوجوب).⁴

أي أن الشرط يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده لا بوجوده، كالدخول في قول الرجل لامرأته: (إن دخلت الدار فأنت طالق)، فإن الطلاق يتوقف على وجود الدخول، ويصير الطلاق عند وجود الدخول مضافاً إلى الدخول موجوداً عنده لا واجباً به، بل الوقوع بقوله: (أنت طالق عند الدخول).⁵

2. تعريف الشوكاني⁶: عرّفه الشوكاني بأنه: (ما يتوقف عليه الوجود، ولا دخل له في التأثير والإفضاء، فيخرج جزء السبب لأنه وإن توقف عليه السبب، لكن لا دخل له في الإفضاء إليه،

¹ هو علي بن محمد بن سالم التعلبي أبو الحسن سيف الدين الآمدي، (631/551 هـ)، (1233/1156م)، أصولي وتفرد بعلم المعقولات والمنطق والكلام، كان في أول اشتغاله حنبلي المذهب، ثم انتقل إلى المذهب الشافعي، له نحو عشرين مصنفاً منها: الإحكام في أصول الأحكام، ومختصر منتهى السؤل، وأبكار الأفكار. [السبكي، المرجع السابق، (306/8، 307)، وابن خلكان، المرجع السابق، (293/3)]

² الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميدعي، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1424 هـ/ 2003 م، (379/2).

³ الآمدي، المرجع السابق، (380/2).

⁴ علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ / 1997 م، (247/4)،

⁵ المرجع نفسه، (247/4)،

⁶ هو أبو عبد الله، محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني (1250/1173 هـ)، (1834/1760م)، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، له 114 مصنفاً منها: فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير، و نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، والسييل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار... [انظر الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة 11، 1997، (298/6)]

ويخرج سبب الشيء بالنسبة إليه بالطريق الأولى ، وتخرج العلة لأنها وإن توقفت عليها الوجود فهي مع ذلك مؤثرة.¹

3 . تعريف القرابي²: عرّفه القرابي بأنه: (هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته).³

وتعريف القرابي أحسن ما قيل في حده حيث أخذ به جمع من العلماء قديما وحديثا في تعريف الشرط.⁴

تحليل تعريف القرابي:

قوله: (ما يلزم من عدمه العدم) احتراز من المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء.⁵

وقوله: (ولا يلزم من وجوده وجود) احتراز من السبب ومن المانع أيضاً، أما السبب فلأنه يلزم من وجود الوجود لذاته، وأما المانع فلأنه يلزم من وجود العدم.⁶

1 الشوكاني، إرشاد الفحول لإلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق سامي بن العربي، دار الفضيلة ، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1421 هـ/ 2000 م، (667/2).

2 هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين القرابي من قبيلة صنهاجة وهو مصري المولد والنشأة والوفاة، العلامة الحافظ، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها: الذخيرة، الفروق، شرح محصول الإمام فخر الدين الرازي .. [ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق مأمون بن محي الدين جنان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417 هـ/1996 م، ص 128، مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المرجع السابق، ص188، 189] ³ القرابي، تنقيح الفصول في اختصار الحصول، تحقيق محمد عبد الرحمن الشاغول، دار السعادة، القاهرة، مصر، 2005 م، ص 241.

4 انظر بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الصفوة، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1413 هـ/1992 م (327/3)، والفتوحى، المرجع السابق، ص (452/1)، وعبد الكريم بن علي النملة، المرجع السابق، (224/2).

⁵ الفتوحى، المرجع السابق، (452/1).

⁶ نجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي، مختصر الروضة، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1407 هـ/ 1987 م، (327/3).

وقوله: (لذاته) احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب فيلزم الوجود، أو مقارنة الشرط قيام المانع، فيلزم عدم لكن لا لذاته وهو كونه شرط بل لأمر خارج، وهو مقارنة السبب أو قيام المانع.

المعنى الثاني: ما جعله المكلف شرطاً مع إجازة الشارع له، كالتعليقات والشروط التي يقرنها بالعقود.¹

ويسمى هذا النوع بالشرط الجعلي، الذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف وإرادته، ومثاله: الشروط التي يشترطها الزوج مثلاً ليقع الطلاق على زوجته، أو شرط الواهب والواقف والموصي، أو الشروط التي يكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين كأن يبيع منزلاً على أن يسكنه شهراً.²

وينقسم الشرط بهذا المعنى إلى شرطين:

1- الشرط المعلق: (وهو الشرط الذي يعلق انعقاد العقد ونحوه من التصرفات القولية، فيجعل وجوده مرتبطاً بأمر آخر).³

كأن يعلق الإنسان تصرفه على حصول أمر بأحد أدوات التعليق.⁴ ومثالها الشروط التي يشترطها الزوج ليقع الطلاق على زوجته، والتي يشترطها المالك لعتق عبده، فإن تعليق الطلاق أو العتق على وجود شرط مقتضاه أنه يتوقف وجود الطلاق أو العتق على وجود الشرط ويلزم من عدمه عدمه، فصيغة الطلاق سبب يترتب عليه الطلاق، ولكن إذا توافر الشرط.⁵

وليس للمكلف أن يعلق أي عقد أو تصرف على أي شرط يريده، بل لا بد أن يكون الشرط غير

¹ محمد خضر بك، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، 1389 هـ / 1969م، ص 61.

² وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1406 هـ / 1986م، (101/1).

³ مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، (503/1).

⁴ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، (101/1).

⁵ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1423 هـ / 2003م، ص 139.

مناف حكم العقد أو التصرف. وأما إذا كان الشرط منافيا حكم العقد فيبطل العقد، لأن الشرط مكمل للسبب فإذا نافي حكمه أبطل سببته.¹

2- الشرط المقترن بالعقد: ويقصد به التزام العاقد أمرا زائدا على أصل العقد، سواء أكان يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له أم كان مخالفا له، وسواء كان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط أم كان اشتراطا لصالح الغير أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا.²

كأن تقول: بعثك هذه الدار على أن أسكنها شهرا، أو يسكنها فلان شهرا، أو قبلت زواجك على أن أبقى في بلدي، أو على ألا تتزوج بأخرى، أو يقول شخص لآخر اشترت منك دارك هذه بألف جنيه أدفعها بعد سنة فأقبل بشرط أن تحضر له كفيلا وهكذا.³

أما السبب فالمراد به ما وضع شرعا لحكم، لحكمة يقتضيها ذلك الحكم، كما كان حصول النصاب سببا في وجوب الزكاة، والزوال سببا في وجوب الصلاة، والسرقة سببا في وجوب القطع...⁴

وأما المانع فهو السبب المقتضى لعله تنافي علة ما منع، فإذا حضر المانع وهو مقتضى علة

¹ خلاف، المرجع السابق، ص 139.

² محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص 648.

³ المرجع نفسه، ص 649.

⁴ الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المرجع السابق، (1/196).

تنافي تلك العلة، ارتفع ذلك الحكم وبطلت تلك العلة.¹ والعلة هي الحكم والمصالح التي تعلق بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلق بها النواهي.²

الفرع الثالث: الفرق بين الركن والشرط

1. الركن لغة:

مصدر ركن، يركن، ركونا. أي: مال وسكن. يقال: ركن إلى الشيء، مال إليه. ومنه القول: ركن إلى الدنيا. مجازاً. بمعنى: مال إليها. ومن هذا المعنى قوله عَلَيْكَ:

﴿ وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ ﴾³.

والركن، الجانب الأقوى في الشيء، ويجمع على أركان وأركان، وأركان كل شيء: هي جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها.⁴

كما يأتي الركن بمعنى: العزة والمنعة.⁵

ومن هذا المعنى قوله عَلَيْكَ: ﴿ قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ ﴾⁶. ويكون الركن بمعنى التقوي - لأن ركن الشيء جانبه القوي - ومنه ركن الرجل: قومه وأهله، لأنه يتقوى ويتعضد بهم، ومنه التقوي بالملك والجنود. قال عز وجل: ﴿ فَتَوَلَّىٰ بُرُكْنَيْهِ وَقَالَ سَاحِرٌ أَوْ مَجْنُونٌ * فَأَخَذْنَا مِنْهُ جُودَهُ فَنَبَذْنَاهُمْ فِي الْيَمِّ وَهُوَ مُلِيمٌ ﴾⁷.

¹ الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المرجع السابق، (197/1).

² المرجع نفسه، (196/1).

³ سورة هود، الآية رقم 113.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، (435/3).

⁵ الفيروز أبادي، المرجع السابق، (191/4)، الرازي، المرجع السابق، ص 142.

⁶ سورة هود، الآية رقم 80.

⁷ سورة الذاريات، الآيتان: 39، 40.

2. الركن اصطلاحاً:

عرف الأصوليون الركن تعريفات كثيرة، تختلف في ألفاظها، إلا أنها في الحقيقة متقاربة. بل وتكاد تكون متفقة من حيث المعنى والدلالة، ومنها أن الركن هو:

- ما لا وجود للشيء إلا به.¹

الفرق بين ركن الشيء وشرطه: مع أن كلا منهما يتوقف وجود الحكم على وجوده، إلا أن الركن جزء من حقيقة الشيء، وأما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقته وليس من أجزائه. فالركوع ركن الصلاة أنه جزء من حقيقتها، والطهارة شرط الصلاة لأنها أمر خارج عن حقيقتها.²

الفرع الرابع: الشرط في الاصطلاح القانوني

للفظ الشرط عند فقهاء القانون معان عدة نذكر منها:

المعنى الأول: (يقصد به كل من العناصر اللازمة لانعقاد العقد أو لصحته، فيقال أن للعقد شروط انعقاد هي الرضا والمحل والسبب، وشروط صحة هي الأهلية وسلامة الرضا).³

المعنى الثاني: (قد يقصد بالشرط الحكم الذي يتفق العاقدان صراحة أو ضمناً على إتباعه فيما يتعلق بجزئية من جزئيات تطبيق العقد، ومن هذا القبيل في عقد البيع شرط استحقاق الثمن فوراً، ويقال في هذا المعنى عبارة شروط العقد).⁴

وهذا النوع من الشروط هي التي يطلق عليها في الفقه الإسلامي اسم الشروط المقيدة ويترتب على عدم تنفيذها جواز فسخ العقد، إذا أراد صاحب الشرط، وهنا لا بد من اللجوء إلى

¹ علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فجر الإسلام البزدوي، المرجع السابق، (344/3).

² المرجع نفسه، ص 138، 139.

³ عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة السادسة، 2001، ص 135.

⁴ المرجع نفسه، ص 135.

القضاء لاستصدار حكم به.¹

المعنى الثالث: (قد يستعمل للدلالة على أمر من الأمور التي يتطلبها القانون لترتب أثر من الآثار، فمثلا القانون يتطلب لانعقاد هبة العقار أن تتم في شكل رسمي).²

المعنى الرابع: (هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب عليه وجود الالتزام، أو زواله، الأول مثل الشرط الواقف، والثاني مثل الشرط الفاسخ).³

وفي ذلك نصت المادة 203 من القانون المدني الجزائري على: (يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوه أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه).

والشرط بهذا المعنى هو أمر خارجي أو أمر عارض يلحق الالتزام بعد تكوينه أو بعبارة أدق يلحق عنصرا جوهريا من عناصر الحق، وبناء على هذا التحديد للشرط ينبغي أن يستبعد من نطاق الشرط سائر المعاني الأخرى التي يطلق عليها تجاوزا الشرط، فلا يعد شرطا بالمعنى السابق، ما يستوجبه المشرع من شروط لترتيب أثر قانوني معين، ومثال ذلك شرط الرسمية في العقود الشكلية، وشرط القيد لنقل الملكية في العقار، فمثل هذه الشروط لا تدخل لإرادة المتعاقدين في تعليق ترتب الأثر القانوني عليها.

والشرط بهذا المعنى نوعان:

الشرط الواقف: هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، فإذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا

¹ محمد علو شيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، دار الأمة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1417 هـ / 1997 م، ص 32.

² مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة، الإسكندرية، الطبعة السادسة، 2000، ص 35.

³ انظر رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 256. وجمال العدوي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، 1993، ص 221-222.

تخلف لم يوجد.¹

ومثاله قوله: (أهبك مالا بكذا إذا تزوجت من فلانة)، فإذا تزوج من فلانة هذه وتحقق هذا الشرط نشأ الالتزام بالهبة، وإذا لم يتزوج بها فلا يلتزم بذلك.

الشرط الفاسخ: هو ذلك الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام.²

ومثاله أن يهب شخص مالا له لشخص آخر مشترطاً عليه أن تنفسخ الهبة إذا تزوج بامرأة معينة، فإذا تزوج بها انفسخت الهبة.

ومن خلال نصوص المواد 203، 204، 205، 206 ق م ج يمكن استخلاص مقومات الشرط وهي:

- 1- الشرط أمر مستقبل.
- 2- الشرط أمر غير محقق الوقوع، فإذا كان محقق الوقوع لم يكن شرطاً وإنما أجلاً.
- 3- أن يكون الشرط ممكناً، فلا يكون مستحيل الوقوع.
- 4- أن يكون الشرط مشروعاً غير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.

المطلب الثاني: تعريف التعسف

ويتضمن الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: التعسف في الاصطلاح اللغوي

العسف، الأخذ على غير الطريق وبابه ضربه، وكذا التعسف والاعتساف، والعسوف الظلوم.³

¹ انظر رمضان أبو السعود، المرجع السابق، 258.

² انظر المرجع نفسه، 258.

³ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 181 .

الفرع الثاني: التعسف في الاصطلاح الشرعي

يمكن تعريف التعسف بأنه: (هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل).¹

شرح وتحليل التعريف:

- مناقضة قصد الشارع، أي مضادة قصد الشارع، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق بقصد الإضرار، وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز، إلى تحليل ما حرمه الله، أو إسقاط ما أوجبه عليه.²

وللتعسف بحسب هذا الكلام معياران:

المعيار الشخصي: وهو النية أو الباعث.

المعيار الموضوعي: يعتمد الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة، وما يلزم من عمله من مفسدة.

وقد يكون هناك معيار مختلط في صورة تحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة، لا تتناسب مطلقا مع ما يلزم من الاستعمال من ضرر.

- التصرف المأذون فيه شرعا، فالتصرف يشمل التصرف القولي، كالعقود، وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، ويشمل كذلك التصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات.

- مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، فتخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها، لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفا.

¹ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، 1988، ص 87.

² المرجع نفسه، ص 87.

الفرع الثالث: التعسف في الاصطلاح القانوني

يقصد بالتعسف في الاصطلاح القانوني الاستخدام الفاحش لميزة قانونية.¹

أو هو الاستخدام الفاحش لحق أو سلطة أو وظيفة من جانب صاحبها.²

الفرع الرابع: حكم التعسف في الشريعة الإسلامية

لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة (إساءة) أو (تعسف) في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد إلينا من فقهاء المحدثين في الغرب...، وقد درج فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة وفي الجمهورية العربية السورية، على استعمال كلمة (تعسف)، وأما في لبنان فأثروا استعمال كلمة (إساءة).³

وورد في بعض كتب الأصول كلمة (الاستعمال المذموم) تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم، هذا وقد وردت كلمة (المضارة في الحقوق) في كتاب الطرق الحكمية، لابن القيم الجوزية.⁴

ويعتبر التعسف في استعمال الحق من الأمور الممنوعة شرعاً لما يترتب عليه من أذى وضرر ويستدل على النهي عنه بما يلي:

1- قال تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ... ﴾⁵، أي هن أحق برضاع أولادهن من الأجنبيات لأنهن أحق

1 عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 85.

2 تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، كلية الشرطة، العدد 20، 2009، ص 291.

3 فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 45، 46.

4 المرجع نفسه، ص 46.

5 سورة البقرة، الآية 233.

وأرق، وانتزاع الولد الصغير إضراراً به وبها، وهو يدل على أن الولد وإن فطم فالأم أحق بحضانتها لفضل حنوها وشفقتها. وهذا والآية الكريمة صريحة في نهي الأب عن مضارة الأم بإساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه، فلا يجوز انتزاع ولدها منها إذا ألفتها ورضيت بإرضاعه مجاناً أو بما رضي به غيرها، ولا يجوز انتزاعه منها إذا لم ترضعه بل يأتي بالظن فترضعه عندها.¹

فلا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك.²

وهي صريحة كذلك في نهي الأم عن التعسف في استعمال حقتها في رضاع ابنها إضراراً بأبيه، فليس لها إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها أن تطلب أجراً على الرضاع إذا كان غيرها يرضعه مجاناً، أو بأقل مما تطلب منعاً للضرر عن الأب، لأنها تقصد في هذه الحالة مضارة الأب، لذلك فإنه في هذه الحالة يدفع إلى غيرها مع الحفاظ على حقتها في عدم انتزاعه من حضانتها ما لم تتزوج.³

2. قال تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ... ﴾⁴، وقال تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيُعَوِّظُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾⁵، منح الله تعالى الزوج في الآيتين ممارسة حق إرجاع زوجته إذا كان يقصد الإصلاح، إلا أنه ينهاه عن استعمال حقه بقصد الإضرار بها.

وروى مالك عن ثور بن زيد الديلي: أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له

¹ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1996م، (104/03).

² ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، (204/01). القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، (110/03).

³ انظر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (104/3). والشوكاني، فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996م، (304/1).

⁴ سورة البقرة، الآية 231.

⁵ سورة البقرة، الآية 228.

بها ولا يريد إمساكها، كما يطول ذلك بالعدة عليها وليضارها، فأَنْزَلَ اللهُ تعالى: ﴿ وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا... ﴾¹.

ومعنى الآية الثانية أنه إن قصد بالرجعة إصلاح حاله معها، وإزالة الوحشة بينهما، لا على وجه الإضرار والقطع بها عن الخلاص من ريقه النكاح، فذلك له حلال وإلا لم تحل له. فبعولتهن لما كان لهم حق الرد كان لهن عليهم إجمال الصحبة.²

3. قوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار ».³

فكل من تسبب في الإضرار بغيره، دون وجه حق - مباشرة أو بطريق غير مباشرة - لزمه إزالة هذا الضرر عينا إن أمكن، أو رفعه عن طريق بالتعويض.

4. قوله ﷺ: « لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره ».⁴

فأما وضع خشبه عليه، فإن كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله، لم يجز، بغير خلاف نعلمه، وإن كان لا يضر به، إلا أن به غنية عن وضع خشبه عليه، لإمكان وضعه على غيره، ... لا يجوز أيضا، وهو قول الشافعي، وأبي ثور، ... فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره، أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه، فإنه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك.⁵

الفرع الخامس: التعسف في القانون المدني الجزائري

لقد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن نصوص القانون المدني

¹ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، (102/03، 103).

² ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، (188/01).

³ ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق بشار عماد معروف، دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ / 1998م، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر جاره، رقم الحديث: 2340 و 2341، (27/4)، الإمام مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ص 386، والمستدرک علی الصحیحین، كتاب البيوع، باب التشديد في أداء الدين، (58/2). وقال الحاكم حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

⁴ البخاري، كتاب الخصومات، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره، رقم الحديث 2463، (195/2).

⁵ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (35/7).

من خلال نص المادة 124 مكرر¹ منه تحت الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام، وتحت الفصل الثالث المتعلق بالفعل المستحق للتعويض.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية الأخرى بما فيها التشريع المصري من حيث موضع النص، أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني،² وقد جاء نص المادة 124 مكرر كالتالي: (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

أ: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

ب: إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

ج: إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

والتعسف في استعمال الحق هو انحراف في استعمال سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق، أي أن صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه، كما وضعه له القانون، لا يخرج عن حدود حقه، بينما الشخص الذي يقيم حائطاً مرتفعاً على أرضه بقصد حجب النور والهواء عن

1 لقد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن نصوص القانون المدني قبل تعديله بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، من خلال نص المادة 41 منه تحت الباب الثاني الخاص بالأشخاص الاعتبارية والطبيعية، و تحت الفصل الأول المتعلق بأحكام الأشخاص الطبيعية، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ علي فيلاي: (لقد أثار هذا النص الذي ورد في الكتاب الأول من التقنين المدني المعنون ((أحكام عامة)) بعض التساؤل حول علاقة التعسف في استعمال الحق بالمسؤولية المدنية ولاسيما عنصر الخطأ، حيث يرى بعض الفقه أنه لا توجد علاقة بين الأمرين في حين يرى البعض أن علاقة التعسف في استعمال الحق بالمسؤولية المدنية هي علاقة طبيعية حيث يتمثل جزاء التعسف في استعمال الحق في التعويض الذي يعتبر جوهر المسؤولية المدنية، كما أن حالات التعسف ما هي إلا صورة من صور الخطأ، وهذا هو الحل الذي اهتدى إليه المشرع من خلال القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني حيث ألغيت المادة 41، وتم تعويضها بمادة جديدة تحت رقم 124 مكرر...). انظر علي فيلاي، الالتزامات . الفعل المستحق للتعويض . موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 63.

2 العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، العدد 4، سنة 1992، ص 690 و ما بعدها.

جاره إضرارا به، لا يخرج عن حدود حقه، ولكنه يتعسف في استعمال هذا الحق.¹

بجانب النص على المبدأ العام للتعسف، أورد المشرع الجزائري في القانون المدني نصوصا أخرى بصدد بعض التطبيقات الخاصة لهذه النظرية منها نص المادة 691 : (يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة للآخرين و الغرض الذي خصصت له) .

علما أن لمصطلح التعسف في الشرط التعسفي مدلولاً يختلف عن مدلوله في نظرية التعسف في استعمال الحق ذلك أن وجود شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف أو افتراضه سواء انطوت نية المشتري إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أو لا ولا بشفع للمشتري المحترف حسن نيته لأننا بصدد حماية المستهلك، وإثبات التعسف يكون بافتراضه من خلال وجود المنفعة التي منحها الشرط للمحترف.²

1 بلحاج العربي ، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 690 و ما بعدها.

² حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية . دراسة مقارنة .، كلية القانون، جامعة بغداد، ص 231.

المطلب الثالث : تعريف الشرط التعسفي (la clause abusive)

في هذا الصدد انقسم الفقه في فرنسا إلى اتجاهين، فهناك اتجاه ضد وضع تعريف وتنظيم للشروط التعسفية، واتجاه آخر يؤيد وضع تعريف وتنظيم خاص للشروط التعسفية، فالإتجاه الأول يرى أن وضع تعريف لها أمر يصطدم مع المبادئ الأساسية التي تحكم العقد الوارد النص عليها في التقنين المدني، ومنها مبدأ سلطان الإرادة الذي بمقتضاه أن الإنسان حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وأنه حر أيضا حينما يتعاقد في تحديد محتوى العقد وشروطه، وأن كل ما يتفق عليه من شروط لا بد أنها تحقق مصلحته، وبالتالي لا تعتبر تعسفية...¹

أما الإتجاه الثاني فيرى أن وضع تنظيم خاص للشروط التعسفية بواسطة المشرع ومحاولة الفقه وضع تعريف لهذه الشروط أمر يتفق مع مبادئ القانون المدني ولا يعارضها، ذلك أن المشرع قد منع التعاقد بناء على استغلال أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر، كما منع التعسف في استعمال الحق، كما أن مبدأ سلطان الإرادة يتفق مع تنظيم الشروط التعسفية، لأن مقتضى هذا المبدأ أن يتم استبعاد الشروط التي يقرها المتعاقد أو التي قرأها ولم يفهمها لضعف فيه لسبب اقتصادي أو نفسي، كما أن مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية مقتضاه ألا تنفذ شروط تعسفية وردت في العقد.²

ولقد تعددت آراء الفقهاء في القانون والتشريعات المقارنة في تعريف الشرط التعسفي، ومن أهم التعريفات ما يلي:

الفرع الأول: التعريف الفقهي

أورد فقهاء القانون عدة تعريفات للشرط التعسفي، ومن أهم هذه التعريفات ما يلي:

التعريف الأول: (هو الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني

¹ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 45.

² المرجع نفسه، ص 45 ، 46.

نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية، بغرض الحصول على ميزة محففة).¹

التعريف الثاني: (هو النص أو الاشتراط المفروض بواسطة أحد الطرفين على الطرف الآخر بهدف الحصول . في المراحل المختلفة للعلاقة التعاقدية . على مركز أو وضع مميز، وفي نفس الوقت، يكون هذا الاشتراط غير ملائم بالنسبة للطرف القابل له، كالنص على حق المهني في أن يعدل بمفرده في الشيء أو السلع الواجب تسليمها أو الخدمة الواجب تقديمها، وكالشروط المعفية أو المحددة لمسؤولية المهني، والشروط الجزائية، والشروط المعدلة للاختصاص القضائي).²

التعريف الثالث: (هو ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة ويضيف إلى هذه الصفة صفة نسبية تختلف من عقد لآخر، و ذلك بحسب ظروف التعاقد و موضوعه، وكذلك حالة طرفيه، و يختلف مفهومه أيضا بحسب البيئات و المجتمعات المختلفة، و ينتهي إلى القول أن أمر تقدير الطابع التعسفي لشرط ما يعود إلى محكمة الموضوع).³

من خلال التعريفات الفقهية السابقة نجد أنها أجمعت على أن مناط الشرط التعسفي هو الميزة المفرطة التي تحصل عليها الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي

1. المشرع الألماني: أصدر المشرع الألماني بتاريخ 09 ديسمبر 1976م قانونا يتعلق بالشروط العامة للعقود والذي دخل حيز النفاذ في 1 أبريل 1977 غير أن هذا القانون لم يتضمن تعريفا للشرط التعسفي، وإنما اكتفى فقط بالإشارة إلى تعريف هذا الشرط ضمن نص المادة الأولى منه التي جاءت بما يلي: (تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل، على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما يمكن أن تكون

¹ السيد محمد عمران السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986، ص 32.

² حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 51، 52.

³ عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2002، ص 38.

هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه).¹

وحتى يتسنى الاعتداد بمثل هذه الشروط فقد اشترط هذا القانون إعلام المستهلك بها وذلك عن طريق لفت انتباهه إليها صراحة، و إحاطته علما بها سواء كان ذلك العلم من خلال عرضها بطريقة مرتبة في المحل أو في مكان إبرام العقد، و بمفهوم المخالفة لذلك فإنها لا تعتبر بنودًا تعاقدية ولا يمكن أن تعتبر بالتالي جزءا من العقد تلك الشروط غير الاعتيادية بالنظر إلى الظروف المحيطة وظاهر العقد و التي يفترض أن المستهلك ما كان ليأخذها بعين الاعتبار.²

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 242 من القانون المدني الألماني نصت على أن الشرط يكون تعسفيا و باطلا إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط و مبالغ فيه بما يتنافى و حسن النية الواجب في المعاملات.

2- المشرع الفرنسي: أما على صعيد التشريع في فرنسا فقد تصدى المشرع الفرنسي لتعريف الشروط التعسفية في المادة 35 من القانون الصادر في 10 كانون الثاني (يناير) 1978 م الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات والمسمى بقانون (scrivener) حيث عرفها بأنها: (تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة).³

ومن خلال هذا التعريف يلاحظ أن الشروط التعسفية تكون نتيجة إلى إساءة المحترف أو المهني استعمال قدرته الاقتصادية في حين أن الواقع يشير إلى أن مثل هذه الشروط لا تظهر في العقود التي تتفاوت فيها القدرة الاقتصادية لطرفيها فحسب، وإنما تظهر في العقود التي تتفاوت فيها القدرة الفنية، فقد يكون أحد المتعاقدين ملما بالجوانب القانونية لشؤون التعاقد فيُضمّن عقده شروطا يمكن أن ينطبق عليها وصف التعسف.

¹ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 18.

² المرجع نفسه، ص 18.

³ انظر السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص 32. و عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 87، 88.

فالشرط يكون تعسفياً عندما تكون الميزة المححفة الممنوحة للمهني نتيجة التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية لهذا الأخير، وهو يعرف في النهاية (بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية)، ودليل ذلك العوامل المادية التي تصاحب تقديم السند التعاقدية، والتي تعكس عدم المساواة في القوة مثل: الشروط المطبوعة سلفاً، الصياغات الموحدة للعقد والمعدة من قبل المهني ومن في حكمه.¹

فضلاً عن ذلك فإن الشروط كما ورد في التعريف تفرض من المحترف فرضاً وهو ما يدل على عدم الرضا أو الإكراه وربما مرد ذلك إلى أن القضاء الفرنسي اتخذ من رقابته على ركن الرضا وسيلة لمواجهة الشروط التعسفية، ولكن موقف القضاء هذا كان أقرب إلى الافتراض منه إلى الواقع فالمتعاقد الضعيف يعلم بشروط التعاقد ومع ذلك يُقدم على إبرام العقد إما لجهله بآثارها أو لأن فرص الاختيار لديه قليلة وهذا ما يجعل كلمة (تفرض) قاصراً على عقد الإذعان ولو كان الأمر كذلك لما كان هناك حاجة لإصدار تشريع خاص بالحماية من الشروط التعسفية لأن القضاء الفرنسي أرسى حلولاً ناجحة في عقود الإذعان.²

وبعد القانون الصادر في 10 كانون الثاني (يناير) 1978 م الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات صدر قانون الاستهلاك سنة 1993 م³ وبعد أن تبني نص المادة 03 من التوجيه الأوربي سنة 1995 م، وُضع تعريف آخر للشروط التعسفية في المادة 132-01 من قانون الاستهلاك رقم: 95-96 الصادر في 01 فيفري 1995 حيث تنص: (تلك

¹ السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص 33.

² سليمان براك دايع الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2002، ص 01، نقلاً عن موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري و دار زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى، 2011، ص 97، 98.

³ قام المشرع الفرنسي بإصدار قانون الاستهلاك رقم 95-96 في 01 فيفري 1995، من خلاله أعاد النظر في عدة مسائل، كان قد نظمها من قبل في قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، وقانون الاستهلاك الصادر رقم 93-94 الصادر في 26 جويلية 1993. وقد كان الهدف من هذا التعديل جعل القانون الفرنسي موافقاً مع التوجيه الأوربي رقم 93-13 الصادر في 05/04/1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

الشروط التي ترد في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، ويكون من مقتضاها أو من الآثار المترتبة عليها خلق عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد.¹

3- المشرع البلجيكي: عرفت المادة 31 من قانون 14 يوليو 1991 الشرط التعسفي بأنه يشمل: (كل شرط يمكن أن يؤدي بمفرده أو بالتعاون مع شروط أخرى إلى خلق حالة من عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الأفراد).²

4- المشرع الإسباني: أصدر المشرع الإسباني قانون 19 يوليو 1984 المعدل بقانون 13 أبريل 1998 في مادته 10 على أن المقصود بالشروط التعسفية: (تلك الشروط الضارة بالمستهلكين والتي تعكس أسلوب عدم التكافؤ أو الملاءمة أو بأسلوب غير عادل أو ما يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والتزامات لأطراف العقد).³

5- المشرع المصري: أما في مصر فلم يرد في التقنين المدني المصري تعريف محدد للشروط التعسفية وذلك في النصوص التي ألحقت إلى هذه الشروط، كنص المادة 149 الخاص بعقود الإذعان، ونص المادة 750 الخاص بعقد التأمين، ولقد ترك المشرع . وحسنا فعل . عندما ترك تعريف الشرط التعسفي للقضاء والفقهاء.⁴

ومن جانب آخر تنص المادة 10 من قانون حماية المستهلك⁵ على أنه: (يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كان

¹ انظر أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 46.

² انظر إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مطبعة جامعة طنطا، مصر، 2009، ص 139. وأنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص 89.

³ إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع نفسه، ص 89. وأنس محمد عبد الغفار، المرجع نفسه، ص 139.

⁴ انظر أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 47، وعاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 47.

⁵ قانون حماية المستهلك الصادر بالقانون رقم: 67 لسنة 2006، المؤرخ في 19 ماي 2006م.

من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون).

ويلاحظ في هذا الصدد أن الشرط الوارد في عقد الاستهلاك ويتضمن إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته يقتصر على الالتزامات الواردة في هذا القانون فقط ومن ثم يمكن القول أن نطاقه يبقى ضيقا في هذا الإطار.

وبالرغم من صدور هذا القانون الذي سعى إلى إضافة حماية عامة وشاملة للمستهلك، إلا أن هذا التدخل التشريعي جاء خلوا من أي تنظيم يتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي انتشرت في كثير من عقود الاستهلاك.

6. المشرع المغربي: عرفته المادة 15 من القانون 08-31 الذي يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أنه: (يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك).¹

7. المشرع الجزائري: أما في الجزائر فتتص المادة 110 ق م ج على أنه: (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).

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا للشروط التعسفية واكتفى ببيان أحكام تضمنين العقد لمثل هذه الشروط، غير أنه يستشف من أحكامها أن مجال وجود هذه الشروط يكون في عقود الإذعان، وهذا ما يحيل إلى البحث عن تعريف للشروط التعسفية في القانون الخاص بحماية المستهلك وهو القانون رقم 98-02 المؤرخ في أول رجب عام 1409 هـ

¹ ظهير رقم 1.11.03 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 هـ الموافق لـ 12 فبراير 2011م بتنفيذ القانون رقم: 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ج ر رقم: 5932 الصادرة في 04 أبريل 2011م.

الموافق 07 فبراير 1989 م، والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، لكنه لا يوجد أي نص يعرف بطريق مباشر أو غير مباشرة الشروط التعسفية في هذا القانون. ثم صدر القانون 04-02¹ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث عرفت المادة 05/03 منه الشرط التعسفي بقولها: (كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد).

وما يلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

- أن المشرع لم يدقق في تحديد صفة أطراف العقد، على خلاف كل التشريعات التي عاجلت موضوع الشروط التعسفية فإنها جعلت لتطبيقها نطاقا شخصيا يسري عليه، و منها المشرع الفرنسي الذي حصر نطاق تطبيق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترف و بين غير المحترف أو المستهلك.²

فهل يقتصر تطبيق هذا النص على العقود المبرمة بين المحترف و الذي سماه المشرع الجزائري بالعون الاقتصادي و المستهلك فقط؟ أم أنه يمتد ليشمل حتى العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين؟ وقد عرفت الفقرة 04/03 من القانون 04-02-04 العقد: (كل اتفاق أو اتفاقية يهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه).

وبعدها كذلك عرف المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006³ العقد في مادته رقم 02/01 كما يلي: (يقصد بالعقد، في مفهوم هذا المرسوم و طبقا للمادة 3، الحالة

¹ القانون 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 يحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، ل 72 يونيو سنة 2004، ص 03.

² راضية العطاوي، المرجع السابق، ص 20.

³ المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المؤرخ في 17 شعبان سنة 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006. يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. ج ر عدد 56، ل 11 سبتمبر 2006.

4 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 و المذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية يهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه).

من خلال هذين النصين اللذين غابت فيهما الإشارة إلى أطراف العقد يمكن القول بإمكانية مد نطاق تطبيق نص القانون 04-02 إلى العقود المبرمة حتى بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم طالما أن أحد المتعاقدين لا يملك سلطة إحداث تغييرات حقيقية على العقد تبعا لمنطق النص، ولعل ما قد يؤكد هذا الاستنتاج هو نص المادة الأولى من القانون 04-02 والتي تنص: (يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء والمستهلكين، و كذا حماية المستهلك و إعلامه)، و هو نص صريح يقضي بمد الحماية حتى إلى العلاقات التي قد تنشأ بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم.¹

¹ راضية العطاوي، المرجع السابق، ص 20.

المبحث الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية وتمييزها عن الشروط الأخرى

في هذا المبحث أتناول معايير تحديد الشروط التعسفية (المطلب الأول)، ثم أميزها عن الشروط الأخرى المشابهة (المطلب الثاني). مع تناول تعدد أنواعها (المطلب الثالث)، ثم كيفية تحديد الشروط التعسفية والجهة المختصة بذلك (المطلب الرابع).

المطلب الأول: معايير تحديد الشروط التعسفية

الفرع الأول: معايير تحديد الشروط التعسفية في فرنسا

اختلف الفقه حول المعايير أو العناصر التي يجب توافرها في الشرط أو الاتفاق لكي يكون تعسفيا وانقسموا إلى أربع فرق.

الفريق الأول: يرى بالأخذ بنص المادة 35 من القانون الفرنسي لسنة 1978م، حيث لكي يكون الشرط تعسفيا يجب أن يتوفر فيه عنصرين هما:

1. التعسف في استعمال القوة (السلطة) الاقتصادية للمهني.
 2. الميزة المفرطة (المتجاوزة) التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد.
- وتهتم السلطات المختصة بتنفيذ القانون . من الناحية العلمية . بالميزة المفرطة بوجه خاص، إذ أن وجود هذه الميزة يفترض وجود القدرة أو القوة الاقتصادية، بحيث يمكن القول بأن العنصرين أو الشرطين المذكورين، ليسا بالفعل سوى شرط واحد.¹

الفريق الثاني: يرى بالأخذ بنص المادة 01/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993م، حيث لكي يكون الشرط تعسفيا يجب أن يتوفر فيه عنصر واحد وهو: عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد.²

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 55.

² المرجع نفسه، ص 55. و أمين سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 46. على أن المشرع الفرنسي تبني صراحة معيار عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد، من خلال المادة 132-1 من قانون الاستهلاك 95-59.

الفريق الثالث: يرى أن نص المادة 01/132 المادة 35 من القانون الفرنسي لسنة 1978م، يشير إلى أنه ليكون الشرط تعسفياً يجب أن يتوفر فيه أربع عناصر وهي: المعيار الأول يتعلق بأطراف العقد إذ يجب أن يكون الشرط مدرجاً في عقد مبرم بين مهني وغير مهني أو مستهلك، ويتعلق المعيار الثاني بشكل الشرط، وهو أن يكون مكتوباً في العقد، مهما كان شكل هذا الأخير أو طبيعته، أما المعيار الثالث وهو أن يكون هذا الشرط التعسفي قد ورد في نص المادة 354 المذكورة سابقاً، ومع ذلك فهم يرون أن هذه الشروط المذكورة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر. أما المعيار الرابع والأخير فهو أن يكون الشرط مفروضاً على غير المهني أو المستهلك، بواسطة تعسف أو تجاوز في استعمال القوة الاقتصادية للمهني، وأن يمنح الشرط لهذا الأخير ميزة مفرطة.¹

الفريق الرابع: عكس ما يراه الفريق الثالث فهو يقلص المعايير إلى معيارين فقط هما:
 . معيار الميزة المفرطة.

. وجود هذه الميزة في العقود النموذجية والتي تتم بين المحترف والمستهلك.

والرأي الراجح في الفقه الفرنسي هو الذي يرى أن عنصري الشرط التعسفي هما:

1. التعسف في استعمال القوة "السلطة" الاقتصادية للمهني.

2. الميزة المفرطة "المتجاوزة" التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد.²

وهذا ما يستدعي التطرق إلى تحديد المقصود بهذين المعيارين:

المعيار الأول: معيار شخصي وهو التعسف في استعمال القوة "السلطة" الاقتصادية للمهني (L abus de puissance économique du professionnel)

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 58. وأحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 216.

² حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 57، 58.

يقصد بالنفوذ الاقتصادي، القوة التي يمتلكها الحرفي أي صاحب المهنة، ويذهب البعض إلى أن هذه القوة تقاس في ضوء حجم المشروع والذي يستغله المهني، وبالنظر إلى الوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطه، وكذلك حصة هذا المشروع في السوق.¹

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل تعد القوة الاقتصادية هي العنصر الأكثر أهمية؟ وهل يستطيع المحترف فرض إرادته لأنه الأقوى اقتصادياً؟ بالمشاهدة والاستقراء يلاحظ أن القوة تكون غالباً قوة السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها القوة الاقتصادية وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، فالمحترف وقد تعود على إبرام العقود يعرف الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد، وهو يعرف أيضاً ما يجري عليه العمل في حرفته، وهو يمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها بالإضافة إلى الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدن معه.²

وهناك ملاحظة ثانية على هذا المعيار تتعلق بعبء إثبات التعسف فطالما أن الشرط لكي يعتبر تعسفياً فإنه يلزم إثبات ذلك، وعليه فإن التساؤل الذي يثور هو: على من يقع عبء الإثبات؟ من خلال المراجع والمصادر الفقهية التي رجعت إليها فهي لم تتضمن إي إشارة إلى الإجابة عن هذا السؤال، كما أن القضاء الفرنسي لم يجود بما يفيد في هذا الصدد.³

ولعل الأفضل في هذا المجال عدم تحميل المستهلك أي عبء إضافي في الإثبات، بل أنه يفترض في هذه الحالة أن المحترف قد تعسف في استعمال قوته الاقتصادية أو قدرته الفنية، فإن أراد المحترف الإبقاء على الشرط فعليه أن يثبت أنه لم يتعسف في استعمال مقدرته وخبرته وأنه قد منح المستهلك فرصة كافية للاختيار بأن يكون قد عرض عليه عدداً من الشروط يختار من بينها بملء

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 59.

² انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 270، 271. وعامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 141.

³ انظر حسن عبد الباسط جميعي، المرجع نفسه، ص 271. وعامر قاسم القيسي، المرجع نفسه، ص 141.

إرادته واختياره، فاختار هذا الأخير الشرط الذي يعطي للمحترف مزايا مبالغ فيها.¹

وللإشارة فإن كثيرا من المحاكم الفرنسية وعلى رأسها محكمة النقض تتجه إلى إعفاء المستهلك من إثبات التعسف في استعمال المهني لقوته الاقتصادية، نظرا لصعوبة ذلك كثيرا على المستهلك.

المعيار الثاني: معيار موضوعي وهو الميزة المفرطة أو الفاحشة

(L avantage excessif ou professionnel a l effet)

إن المزايا المفرطة أو الفاحشة التي يحصل عليه المحترف بفضل التعسف باستعمال نفوذه الاقتصادي أو الفني تؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد.

وهذه المزايا لا تقتصر على المزايا النقدية فقط أو المزايا ذات الطابع المالي، بل يتعداه إلى جميع المزايا، وكذلك فإنه لا اعتبار الشرط تعسفيا يجب أن نعتد بجميع الشروط وننظر إلى مضمون العقد بمجمله، فإذا كان هذا الشرط يعطي ميزة لطرف فإنه يجب أن نبحت عن وجود شروط أخرى قد تعطي مزية أو مزايا للطرف الآخر في العقد تعيد التوازن لهذا العقد، فالعبرة بالنظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن.

وكما جاء سابقا فإن كثيرا من المحاكم الفرنسية، وعلى رأسها محكمة النقض، تتجه إلى إعفاء المستهلك من إثبات التعسف في استعمال المهني لقوته الاقتصادية، نظرا لصعوبة ذلك كثيرا على المستهلك، فيقع على هذا الأخير عبء إثبات الميزة المفرطة التي أضرت بمصلحته وحصل عليها

¹ انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 271. وعامر

قاسم القيسي، المرجع السابق، ص 141.

المهني، وبعبارة أخرى، يقع على عاتق المستهلك عبء إثبات عدم التوازن بين التزاماته والتزامات المهني ...¹

أما في القانون الجزائري فتسمح القائمة المدرجة في المادة 29 بالقول بأن هناك افتراض للطابع التعسفي للشروط الثمانية، وبالنتيجة فإن المتعاقد المضور يعفى من إثبات الطابع التعسفي للشرط إذا كان من قبيل الشروط المحددة في المادة 29، أما إذا تعلق بشروط أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في المادة السابقة، فإن المتعاقد المضور يقع عليه إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا للقاعدة الثبوتية البينة على من ادعى.²

الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري

بالنظر إلى المادة ثم 05/03 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تنص: (كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد). ونستخلص من القانون 04-02 بأنه لو وصف شرط بأنه تعسفي، يجب أن تتوافر فيه الشروط أو العناصر التالية:

1. أن يكون عقد محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.
2. أن يكون العقد مكتوبا.
3. أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا.
4. أن يؤدي الشرط أو البند في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 60.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 100.

أولاً: أن يكون عقد محله بيع سلعة أو تأدية خدمة. لم يكتف المشرع الجزائري - هذه المرة - في تحديده لمعنى العقد بمفهومه الكلاسيكي الوارد في المادة 54 من القانون المدني¹ بل ذهب إلى تبني مفهوم حديث للعقد، حيث عرّفه في المادة 04/03 من القانون 02-04 كما يلي: (كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه).²

وقد حدد القانون 03-09 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 08 مارس 2009م³ مفهوم السلعة والخدمة في مادته الثالثة: (السلعة: كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً).

أما الخدمة فهي: (كل عمل مقدم، غير تسليم السلع، وحتى ولو كان هذا التسليم تابعاً أو مدعماً للخدمة المقدمة) ولفظ المنتج أوسع وأعم إذ عرفت ذات المادة المنتج بأنه: (كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً).

وبناء على ذلك يمكن القول بأن السلعة تقتصر على المنقولات المادية سواء التي تملك بأول استعمال لها كالغذاء، أو تلك التي تملك بعد مرور فترة من الزمن وهي السلع المعمرة كالسيارات والأجهزة المنزلية وغيرها، غير أن النص المذكور مثل النصوص التي سبقته لم يتحدث عن المسكن أو العقار ذو الطابع السكني، وبميل بعض الفقه إلى الرأي الذي يذهب إلى اعتباره منتجاً أو سلعة قابلة للاستهلاك ويخضع المتعاقد العادي أو المستهلك فيها للحماية الخاصة التي تقرها القوانين الحمائية ومنها الحماية التي يوفرها القانون 02-04 من الشروط

¹ تنص المادة 54 على: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخر بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما).

² بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 80.

³ القانون 03-09 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 08 مارس 2009م، ج ر عدد 15، ل 08 مارس 2009، ص 12.

التعسفية التي ترد في عقود البيع أو عقود الإيجار.¹

أما الخدمات فهي متعددة سواء كانت مادية كالنقل والإصلاح والتنظيف، أم مالية كالتأمين، أم فكرية أو ذهنية كالعلاج الطبي والاستشارات القانونية.²

ثانياً: أن يكون العقد مكتوباً. والمقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم وغيرها.³

ثالثاً: أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكاً أو عوناً اقتصادياً. لفظ المستهلك والاستهلاك لا يشيع إلا في لغة الاقتصاد مع مصطلحات الإنتاج والتوزيع، إلا أنه دخل لغة القانون نتيجة اتجاه أنظار القانونيين لحمايته، فكان أمر لازم أن نعرفه وفقاً لهذه اللغة.

ومن خلال الاطلاع على تعريف هذا الأخير يرى الاختلاف الواضح حوله، إذ يُلاحظ أن هناك اتجاهين في الفقه حول تعريف المستهلك، أحدهما يضيق من نطاقه بخصر من يندرجون تحته، أما الاتجاه الآخر فموسع .

1 – الاتجاه المضيق لفكرة المستهلك

حتى عهد قريب، كان الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسي يرى أن مفهوم المستهلك لا يشمل إلا كل شخص طبيعي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لإشباع حاجات شخصية أو عائلية لا تتصل بمهنته.⁴

¹ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 81.

² محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 26.

³ بودالي محمد، المرجع نفسه، ص 86.

⁴ انظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 98.

ويقوم هذا الاتجاه على الربط بين المعنى القانوني لفكرة المستهلك ومعناها الاقتصادي، بحيث يكون كل منهما مطابقاً للآخر، فالمفهوم الاقتصادي لهذه الفكرة كان له أثره العميق على التعريف القانوني للمستهلك باعتباره شخصاً يتعاقد لإشباع حاجات غير مهنية، ومن ثم، يقيم هذا الاتجاه تضاداً تاماً بين مفهوم المستهلك من جهة ومفهوم المهني والمحترف من جهة أخرى بحيث لا يمكن أن يكون المهني مستهلكاً طالما تعلق العقد بإشباع حاجاته المهنية.

وهذا يرجع إلى أن المستهلك، بالمعنى الاقتصادي يقابل المنتج والموزع للسلع والخدمات، أي المهني أو المحترف، باعتبار أن الأنشطة المتعلقة بإنتاج وتوزيع الثروات والخدمات هي أنشطة مهنية لا استهلاكية.¹

ويؤخذ على هذه التعريفات جميعاً أنها حصرت مفهوم المستهلك في الأشخاص الطبيعيين، ومن ثم أخرجت الأشخاص الاعتبارية من هذا المفهوم دون تفرقة بينها، على الرغم من أنه من بين الأشخاص الاعتبارية من يستحق الحماية الخاصة للمستهلك كجمعية أو نقابة، متى تعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لإشباع حاجة غير مهنية، وبالتالي ليس هناك ما يبرر قصر معنى المستهلك على الشخص الطبيعي وحده.²

وهناك من يفضل النظر إلى المستهلك من خلال ما يحصل عليه، فإن كان في نطاق المنتجات يعتبر مستهلكاً من يحصل عليها أو يستخدمها بقصد إشباع حاجاته الخاصة أو حاجة من يعولهم من الأشخاص. فلا يعد كذلك إن هو أعاد بيعها أو حولها أو استخدمها لأغراض مهنته أو حرفته، وإن كان في نطاق الخدمات عد مستهلكاً من يستفيد من تلك الخدمات في صورة أعمال تمارس على أموال مملوكة له، كأعمال إصلاح لسيارته أو طلاء لمنزله أو صيانة لمزرعته

¹ انظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 98.

² حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 22 و ما بعدها، محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، 11، و محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص 101.

أو في صورة خدمة يستفيد منها شخصيا ومباشرة كعقد النقل.¹

ولقد تبني المشرع الفرنسي هذا الاتجاه خاصة في المادة 35 من القانون الصادر في 10 كانون الثاني (يناير) 1978 م الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات والمواد 121، 132، 3/311 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 جوان 1993، كما اعتنق المشرع الأوربي هذا التعريف في توجيهاته في 19 جويلية 1979 بخصوص تحديد أسعار المواد الغذائية ...

أما أغلبية الفقه فتتجه إلى تبني مفهوم ضيق للمستهلك يكون فيه مستهلك كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية. ويخرج من وصف المستهلك وفقا لهذا الرأي كل من يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الحرفة.²

2 - الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك بحيث يشمل هذا المصطلح لديهم كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه المهنية، ويهدف هذا الفريق من الفقهاء إلى مد نطاق الحماية القانونية إلى المهني حينما يقوم بإبرام تصرفات تخدم مهنته كما هو الحال للطبيب حين يشتري المعدات الطبية أو التاجر حينما يشتري أثاث معمله.³

ووفقا لهذا المفهوم، يعتبر مستهلكا كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة بهدف استعمالها فيما لا يدخل في دائرة اختصاصه المهني.⁴

¹ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 10، 11.

² انظر حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص 11.

³ انظر حسن عبد الباسط جميعي، المرجع نفسه، ص 10.

⁴ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 17، و محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 102.

ويؤيد الفقه هذا النظر على أساس أن الشخص المعنوي لا يباشر في هذه الأحوال، نشاطا مهنيا يحصل من ورائه على موارده المالية، ومن ثم يعد مستهلكا كالشخص الطبيعي تماما.¹

ومن جهة أخرى فإن تخصيص السلعة أو الخدمة للاستعمال الشخصي أو العائلي ليس هو معيار التفرقة بين المستهلك والمهني، إذ يجب إضفاء صفة المستهلك على الشخص الذي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لغرض مهني ولكن ليس في دائرة اختصاصه الفني، وبعبارة أخرى فإن المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه، ولو لإشباع حاجة مهنية، يجب أن يعتبر مستهلكا، بحيث تمتد إليه أشكال الحماية التي يقرها قانون الاستهلاك.

فالاتجاه العام في الفقه والقضاء الفرنسيين، يعتبر أصحاب المهن الذين يتعاقدون خارج نطاق اختصاصهم من المستهلكين، إذ ليس لديهم الخبرة أو الدراية الكبيرة بهذه الأعمال، وعلى الرغم من أن تصرفاتهم يكون لها غرض مهني، إلا أنهم عرضة لخطر معين هو أن يكونوا في مركز ضعيف بالمقارنة بمركز المهن المتخصص الذي يتعاقد معهم، ومثال ذلك قيام أحد التجار بشراء جهاز إنذار ضد الحريق أو ضد السرقة بغرض تركيبه في متجره، وقيام أحد المحامين بشراء جهاز كمبيوتر لتخزين المعلومات أو لكتابة مذكراته القانونية، أو لحاجات مهنية بمكتبه، وكذلك قام أحد المزارعين بإبرام عقد تأمين على نشاطه الزراعي.²

فاستنادا لمعيار عدم التخصص أو عدم الخبرة يكون المهني خارج تخصصه عديم الخبرة وجاهل لأسرار المهن الأخرى.

في هذا الاتجاه اتجه المشرع المصري في قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 في المادة الأولى منه حيث عرفت المستهلك بأنه: (كل شخص تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية، أو العائلية، أو يجري التعامل، أو التعاقد معه بهذا الخصوص).

¹ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 102.

² حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 26، 27.

أما في الجزائر فقد ذهب المشرع إلى تبني المفهوم الضيق للمستهلك في نص المادة 02/03 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية حينما ذهب إلى تعريفه بأنه: (كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت، ومجردة من كل طابع مهني). وهذا ما ذهبت إليه المادة 01/03 من القانون المتعلق بتحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش.¹

رابعا: أن يؤدي الشرط أو البند في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

وفقا لنص المادة 5/2 من القانون 04-02 فإن معيار الشرط التعسفي يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والذي نقله بدوره عن التعلية الأوربية لسنة 1993، علما أن القانون الفرنسي لسنة 1978 قبل تبنيه للمعيار السابق كان يتبنى معيارين هما: معيار التعسف في القوة الاقتصادية، ومعيار الميزة المفرطة.²

¹ تنص المادة 03 / 01: (يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي: 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).

² انظر بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 92.

المطلب الثاني : تمييز الشروط التعسفية عما يشابهها من شروط

هناك شروط قد ترد في العقد ويبدو للوهلة الأولى أنها تدخل في نطاق الشروط التعسفية، وبذلك تطبق عليها النصوص المنظمة لها، والحقيقة أنها تخرج من هذا النطاق، لينطبق عليها نصوص أخرى وقواعد مغايرة لتلك النصوص، وهذه الأنواع من الشروط هي:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بشكل العقد

ويقصد بالشروط التي تتعلق بالشكل تلك الشروط التي ترسم الإطار العام للعقد مثل الشروط الخاصة بهوية المتعاقدين، أو بمكان انعقاد العقد، أو بالمحكمة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد... الخ. وهذه الشروط إذا خالفت النصوص التي تنظمها، أو خالفت الحقيقة، فإنها لا تعد تعسفية، وبالتالي لا ينطبق عليها النصوص الخاصة بالشروط التعسفية وإنما يحكمها النصوص التي تضمن صدور إرادة المتعاقدين عن بينة واختيار، مثل النصوص المنظمة لعيوب الإرادة، والنصوص المنظمة لشروط صحة العقد.¹

الفرع الثاني: الشروط المخالفة لنصوص أمرة في القانون

إذا أبرم عقد، وتضمن شرطاً مخالفاً لنص أمر في القانون، وتسببت مخالفة هذا لنص في الإجحاف بأحد المتعاقدين فلا يمكن اعتبار هذا الشرط شرطاً تعسفياً، لأن الشرط التعسفي يصدر عن بينة واختيار ولا يخالف النظام العام والآداب العامة، وجزاؤه يختلف عن جزاء الشرط المخالف للقانون، فقد يبقى القاضي على شرط تعسفي مع تعديله إلى الحد المعقول، وقد يرجئ تنفيذه إلى الوقت المناسب، ولكنه لا يبقى أبداً على شرط مخالف لنص أمر في القانون ولا يعدله، وجزاؤه هو البطلان دائماً.²

¹ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 59.

² المرجع نفسه، ص 61.

فبعد أن كانت أغلب القواعد القانونية الواردة في باب العقود قواعد مكملة صار يوجد إلى جوارها عدد كبير من القواعد الآمرة مما أدى إلى ظهور فكرة العقد الموجه حيث يتم تدخل المشرع من خلال جعل النصوص التي تنظم العقد نصوصاً آمرة ويمكن أن ينصب التنظيم على أي عنصر من عناصر العقد.¹

. فقد ينصب على محل العقد: فتمنع الدولة التعامل في بعض الأشياء أو تضع شروطاً لذلك.

- وقد ينصب التنظيم على السعر فلا يكون للطرفين الحرية في تحديده ولم يعد قانون العرض والطلب هو الذي يحدد السعر بل قانون الدولة هو الذي يتدخل في تحديد ذلك بحجة جعل العقد عادلاً وبفعل ذلك يفقد قانون العقود كثيراً من طابعه الخاص وبتعميم مقدار ما فقد من طابعه هذا. وتحديد السعر على هذا النحو هو تحديد أمر ومن ثم يكون كل اتفاق على سعر أزيد منه اتفاق مخالف للقانون، ويمكن أن يقع تحت طائلة تطبيق أحكام القانون الجنائي.²

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بأركان العقد، والشروط المالية

أخرجت المادة 132-1 الفقرة السابعة من قانون الاستهلاك الفرنسي الشروط المتعلقة بمحل العقد، وبأركان العقد الأخرى، والشروط المالية من نطاق تطبيق النصوص المنظمة للشروط التعسفية حيث ورد في هذا النص: (يخرج من نطاق الشروط التعسفية الشروط المتعلقة بمحل العقد، والمتعلقة بثمن المال المباع أو الخدمة المقدمة ما دامت هذه الشروط قد صيغت بطريقة واضحة ومفهومة).

ويحتوي هذا النص على قاعدتين أساسيتين، الأولى: مفادها أن الشروط المتعلقة بمحل العقد ولاسيما التي تحكم تحديده وتعيينه تخرج من نطاق تطبيق القواعد المنظمة للشروط التعسفية

¹ الخضر حليس، المرجع السابق، ص 58.

² انظر عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، (1/ 271).

لتبقى محكمة بالنصوص التي تحكم العقد الوارد في القانون المدني ومن أهمها أن يكون العقد مشروعاً.¹

فيجب أن يكون المحل مطابقاً للنظام العام وحسن الآداب، ويترتب على تخلف هذا الشرط الذي تضمنته المادة 93 قانون مدني جزائري بطلان العقد.²

والقاعدة الثانية: التي ورد النص عليها في المادة السابقة هي إخراج الشروط المالية المتعلقة بالثمن النقدي، أو المتعلقة بمقابل الخدمة المقدمة من نطاق تطبيق النصوص والقواعد المنظمة للشروط التعسفية.³

الفرع الرابع: الشروط التنظيمية

لاشك أن الشروط الواردة في العقود الإدارية⁴ تخلق أحيانا نوعاً من عدم التوازن بين على حساب المستهلك ومع ذلك فإن ظلت تفلت من تطبيق نظام قانون الاستهلاك المتعلق بالشروط

¹ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 64.

² المادة 93 ق م ج تنص : (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً).

³ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع نفسه، ص 64، 65.

⁴ بالرجوع للتعريف الذي يأخذ به القضاء الفرنسي يعتبر العقد إدارياً بطبيعته بتوفر شرطين معاً وهما:

- تواجد شخص معنوي عام طرفاً في العقد (الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف).
- الشرط الثاني يتعلق بمضمون العقد والذي لا يخلو من أربع حالات و هي: حالة إبرام العقد مع شخص معنوي عام و الخاص باستغلال الأملاك العامة وكذا حالة إبرام العقد مع نفس الشخص المعنوي العام و الخاص بتنفيذ أشغال عامة، أما الحالة الثالثة تتعلق بتنفيذ خدمة عامة. الحالة الرابعة تتعلق بإبرام العقد مع شخص معنوي عام مع تضمينه شروطاً غير مألوفة.

وتبرز هذه الشروط في منح الإدارة امتيازات لا يتمتع بها الأشخاص الطبيعيون، وبذلك فإن طابع قواعد القانون العام هو الذي يسيطر على العقود كالصفقات العمومية، فالإدارة مثلاً تتعامل مع المتعاقد عند إبرام وتنفيذ الصفقة باعتبارها سلطة عامة ومن مظاهرها أن الإدارة لا تتفاوض على أساس العقد شرعية المتعاقدين عند إبرامها للصفقات العمومية بل تفرض شروطاً إدارية مسبقاً في شكل دفاتر الشروط التي تحدد بنود الصفقة.

التعسفية عليها، وهو مطلب ظلت تنادي به جمعيات حماية المستهلك في فرنسا، وأمام هذا السكوت التشريعي جاء تدخل القضاء:

والذي كان يذهب في البداية إلى التفرقة ما بين الشروط الواردة في دفتر الشروط والمتعلقة بعقد الاستغلال لمرفق توزيع المياه الصالحة للشرب، وهي ذات طابع تنظيمي، حيث لا يجوز لمحاكم القضاء العادي أن تعلن بأن هذه الشروط تعسفية وفقا لمعناها الوارد في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، أما في حالة استغلال مرفق عام عن طريق الامتياز كعقد توزيع المياه، والتي ليست ذات طابع لائحي، فإنه يجوز أن تقع تحت طائلة القانون السابق.¹

فلا يمكن اعتبار الشروط التي يفرضها القانون بواسطة نصوص تشريعية أو بواسطة إحدى السلطات العامة لتنظيم مرفق من المرافق شرطا تعسفيا حتى ولو كانت قاسية على الأفراد.²

¹ انظر محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 84، 85.

² أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 62.

المطلب الثالث: تعدد أنواع الشروط التعسفية

يختلف وجود الشرط التعسفي في العقد، فقد يتعلق بتكوين العقد، وقد يتصل بتنظيم الالتزامات المختلفة وتوزيعها بين الأطراف، وقد يتعلق بتنفيذ الالتزامات وما يترتب على عدم التنفيذ من آثار.

الفرع الأول: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

تعتبر لحظة إبرام العقد ومحلّه وبالذات تحديد ثمن السلعة أو الخدمة من أهم عناصر تكوين العقد، لذلك وبصدد لحظة إبرام العقد فإن المحترف يتعمد إلزام الطرف الآخر بالتعاقد بينما يعطي لنفسه - عادة - مهلة طويلة ليقرر خلالها التعاقد أو ليبيدي رغبته في عدم التعاقد.¹

أما بصدد محل العقد فإن المحترف عادة ما يحتفظ لنفسه بحق تحديد ذلك المحل بإرادته المنفردة وإمكان تسليم محل غير مطابق للمواصفات المتفق عليها أو للاستخدامات المتفق على توجيهه إليها، بل وربما يشترط المحترف توقيع الطرف عديم الخبرة أو الأقل كفاءة على إعلان علمه ومعرفته الحقيقية والكاملة بشروط العقد أو بحالة البضائع أو بطبيعة الخدمات بالرغم من جهله في حقيقة الأمر بكل هذه التفاصيل.²

أما عن الثمن، فإن هناك من الشروط ما يوضع من أجل ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمحترف بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من جهة الطرف الآخر.³

¹ انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 112.

² انظر المرجع نفسه، ص 113.

³ انظر المرجع نفسه، ص 113.

الفرع الثاني: الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد

التزام المحترف باحترام الوعود والضمانات والتزاماته بتحمل المسؤولية عن أعمال تابعيه، عادة ما تكون محلا لشروط تعسفية تهدف إلى تخفيف أعباء المحترف ومسؤوليته على حساب مصلحة المتعامل معه.¹

ومن بينها الشرط المتعلق بالخاصية المحددة للثمن، أو القابلة للتحديد، على سبيل المثال، الشرط الذي يضعه المورد في العقد ليرفع بمقتضاه السعر، خلال الفترة ما بين الطلبية والتسليم، فمنتجي السيارات يدخلون في عقود شراء السيارات شروطا من هذا القبيل: السيارة الحالة تباع بالسعر الذي سيصير إليه لحظة التسليم، وليس لحظة التعاقد.²

وتعتبر من أهم الشروط التعسفية وأخطرها تلك التي تتعلق بتطويع أهم التزامات المحترف وهي التزامه بضمان العيوب الخفية، فالتسليم يدفع المحترف إلى اشتراط سلطته المنفردة والمطلقة في تحديد موعد التسليم بدون حاجة إلى إعداز عن التأخير أو شرح سبب تحديد الموعد على نحو معين، أما ضمان العيوب الخفية فهو الذي يدفع المحترف إلى البحث عن تقييد مسؤوليته التي يوجبها هذا الضمان إما عن طريق تحديدها في بعض أجزاء المبيع دون غيرها أو عن طريق تحديدها في بعض أجزاء المبيع دون غيرها أو عن طريق تحديد المسؤولية عن الضمان في مدة قصيرة جدا.³

الفرع الثالث: الشروط التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية

يوجد من الشروط التعسفية ما يسمح بالتمييز بين أطراف العقد في سلطة الفسخ أو إنهاء العقد. فمن الشروط ما يتطلب من الملتزم بها مهلة إخطار غير معقولة للمطالبة بإنهاء العقد، وقد تؤدي هذه الشروط إلى الاستمرار في التعاقد إذا لم يخطر الخاضع للشرط برغبته في

¹ انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 113.

² انظر السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 33، 34.

³ انظر حسن عبد الباسط جميعي، المرجع نفسه، ص 113.

عدم الاستمرار خلال مهلة محددة بشكل يصعب غالباً معه أن يقوم بهذا الإخطار، مما يدفعه عملاً إلى الاستمرار في عقد لا يرغب الاستمرار فيه حقيقة.¹

ومن بين الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية تلك الشرط التي تسمح للمحترف بتعديل العقد أو إنتهائه وفسخه دون أي مبرر، وفي الجهة المقابلة فإن بعضها يؤدي إلى حرمان الطرف الضعيف من إنهاء العقد نتيجة عدم تنفيذ الطرف القوي لالتزاماته...

ويمكن أن نجمل هذه الشروط التعسفية فيما يلي:²

أولاً: شروط تعسفية تحقق ميزة للمحترف وهذه الميزة تتحقق للمحترف بصورتين فهي إما تخفف من التزاماته أو تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له.

1- شروط تؤدي إلى تخفيف التزامات المحترف:

- شروط تسمح للمحترف بتسليم غير مطابق للمواصفات المدرجة في العقد.

- شروط معفية أو محددة لمسؤوليته.

- شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في غير الحالات المسموح فيها بذلك.

- شرط يعفي المحترف من الضمان عند تخلفه عن تنفيذ التزامه.

2- شروط تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة للمحترف:

- تحديد المحترف تاريخ التسليم بصورة غير إلزامية أو ترك تحديد ذلك إلى محض إرادته.

- تحديد الثمن طبقاً للسعر السائد وقت التسليم.

- شروط تسمح للمحترف بتعديل العقد أو إنتهائه بالإرادة المنفردة.

ثانياً: شروط تعسفية تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستهلك ويتحقق هذا الضرر في صورتين، إحداهما

تتمثل في زيادة أعباء المستهلك في حين تؤدي الأخرى إلى حرمانه من بعض حقوقه.

1- شروط تؤدي إلى زيادة أعباء المستهلك:

¹ انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 114.

² انظر السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 31 . 39. محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 406 .

410، و موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 254، 256 .

- اشتراط المحترف قيام المستهلك بالتعاقد معه خلال مدة معينة.
- اشتراط المحترف قيام المستهلك بالتوقيع أنه على علم ومعرفة كافية بكافة بنود العقد وشروطه وبحالة البضائع أو طبيعة الخدمات رغم جهله بذلك.
- الشرط الذي يلزم المستهلك بدفع تعويض باهض نتيجة إخلاله بتنفيذ التزاماته.
- 2- شروط تؤدي إلى حرمان المستهلك من بعض حقوقه:
- الشرط الذي يؤدي إلى ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمحترف رغم أنه محل التزام المستهلك بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من الجانب الآخر.
- الشرط الذي يحد من حرية المستهلك في التعاقد مع الغير.
- الذي الشرط الذي يقضي بتأجيل تنفيذ العقد محدد المدة دون الاعتداد بإرادة المستهلك.
- تنازل المستهلك عن حقوقه في إنهاء العقد حتى في الحالات التي يرجع عدم التنفيذ فيها إلى خطأ المحترف.
- شرط اللجوء عند المنازعة إلى التحكيم أو على إجراءات التسوية الودية دون اللجوء إلى القضاء العادي لاسيما إذا انطوى هذا الشرط على إرهاب المستهلك كاشتراط انعقاد التحكيم لهيئة أجنبية.

المطلب الرابع: تحديد الشروط التعسفية

تتعدد الأساليب والوسائل القانونية التي يمكن من خلالها تحديد الشروط التعسفية، ويمكن حصرها في ثلاثة أساليب.

الفرع الأول: تحديد الشروط التعسفية بواسطة المشرع

إن تحديد الشروط التعسفية بواسطة المشرع قد يكون بأحد طريقتين أو أن يجمعهما معاً، الطريق الأول أن يذكر شروطاً محددة على سبيل الحصر ويعتبرها تعسفية دائماً، بحيث لا يترك لقاضي الموضوع إذا واجهها في نزاع سلطة تقديرية إزاءها فهي تعسفية بقوة القانون، والطريق الثاني أن يذكر شروطاً على سبيل المثال يرى أنها إذا وردت في عقد يمكن أن تعتبر تعسفية في بعض الأحيان، وله أن يحكم بأنها غير تعسفية في أحيان أخرى حسب ظروف الدعوى المعروضة أمامه. وأهم الأساليب وأكثرها انتشاراً هو ما يعرف بأسلوب القائمة، ويتمثل في إعداد قوائم تتضمن تعداداً للشروط التي تعتبر شروطاً تعسفية، ومن ثم يحظر المشرع إدراجها في عقود الاستهلاك، ويقوم هذا الأسلوب على افتراض الطابع التعسفي في الشروط المدرجة بالقائمة. ففي فرنسا جمع المشرع بين الطريقتين في تحديد الشروط التعسفية، فنص على شروط إذا ذكر أحدها في عقد يجب اعتبارها تعسفية، و يطلق عليها (القائمة السوداء للشروط التعسفية)، والطريقة الثانية، هي وضع قائمة ذكر فيها شروطاً يجوز أن تكون تعسفية، و يطلق عليها (القائمة الرمادية للشروط التعسفية).

أولاً: القائمة السوداء (Clauses dites noires)

وهي تتضمن تعداداً حاصراً لشروط تعد شروطاً تعسفية بما لا يقبل العكس، بحيث إذا ورد أحد هذه الشروط في عقد مبرم بين مهني ومستهلك وجب الحكم ببطلانه، فلا يجوز للمهني أن يثبت انتفاء الطابع التعسفي عن هذا الشرط، كما لا يتمتع القاضي بأية سلطة تقديرية في الحكم ببطلانه من عدمه، فهو يعد شرطاً باطلاً في جميع الأحوال لمجرد وروده في القائمة.

وبالنظر إلى الشروط الموجودة في هذه القائمة نجد أنها الأكثر جسامة، وهي تحمل من مظاهر التعسف والضرر بجانب الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مما يجعلها باطلة بقوة القانون، ولا تحمل أي اجتهاد في تعسفها.

وفي فرنسا، هذه الشروط ورد النص عليها في قانون الاستهلاك الفرنسي، وهي تلك التي يجب اعتبارها تعسفية، وقد ترك المشرع الفرنسي لمجلس الدولة الفرنسي سلطة تحديد تلك الشروط بمقتضى مراسيم تصدر منه، تلحق بقانون الاستهلاك، ويرمز للمواد التي تتبنى هذه المراسيم في قانون الاستهلاك بحرف (R) تميزا لها عن النصوص التشريعية الواردة في تقنين الاستهلاك التي يرمز لها بحرف (L)، وأيضا تميزا لها عن مواد اللائحة المتعلقة بهذا التقنين والتي تصدر بطريقة عادية وليست صادرة من مجلس الدولة الفرنسي والتي يرمز لها بحرف (D)، وتوضع هذه الحروف قبل المواد التي ترتبط بها.¹

وهذه الشروط يمكن تقسيمها إلى ثلاث فئات على النحو التالي:²

1- في عقد البيع، الذي يبرم بين المحترف من جهة، وغير المحترف أو المستهلك من جهة أخرى يكون الشرط تعسفياً إذا كان موضوعه أو الآثار المترتبة عليه إلغاء أو تقليل حق غير المحترف أو المستهلك في الحصول على تعويض عن الضرر الناتج من إخلال المحترف بالتزاماته (Art.r 132.1).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية تطبيقاً لذلك بأن شروط تخفيف من مسؤولية المحترف الواردة في عقد البيع المبرم مع المستهلك لا يحتج بها في مواجهته.

وتطبيق هذه المادة على الشروط التي تستبعد أو تنقص حق المستهلك في الضمان القانوني المترتب على عقد البيع.

¹ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 70.

² المرجع نفسه، 70 وما بعدها.

هذا النص خاص بعقود البيع المبرمة بين المحترف وغير المحترف أو المستهلك، ولا يمكن أن يمتد تطبيقه في حالة عقود تطبيق الخدمات المبرمة بين المحترف وغير المحترف أو المستهلك وبالتالي إذا ورد في هذه العقود شرط يخفف أو يعفي من مسؤولية مقدم الخدمة فلا يجب بالضرورة اعتبارها تعسفية، وعندئذ تخضع لسلطة قاضي الموضوع الذي يمكن اعتبارها على حسب الظروف تعسفية.

2- في العقود فيما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، يكون الشرط تعسفيا إذا كان موضوعه أو الآثار المترتبة عليه منح المحترف الحق في أن يعدل بإرادته المنفردة خصائص المال أو الخدمة المقدمة بمقتضى هذا العقد، مع ذلك سمح تقنين الاستهلاك الفرنسي للمحترف بالحق في إجراء هذا التعديل بإرادته المنفردة إذا تعلق بتطور تقني أو فني بشرط عدم زيادة ثمن السلعة أو الخدمة المقدمة أو التقليل من الخصائص المميزة لها مع منح المستهلك الحق في معرفة حقيقة ما تم من تعديل فني أو تقني في السلعة أو الخدمة المقدمة له (Art.r 132.2).

هذه المادة تنطبق على كافة عقود الاستهلاك المبرمة بين المحترف وغير المحترف أو المستهلك، فهي ليست مقصورة في تطبيقها على عقود البيع مثل المادة السابقة عليها. ومن أمثلة هذه الشروط التي يجب أن تكون تعسفية وفقا للمادة السابقة أن يرد في عقد خدمة تعليمية لتعلم اللغات، مع التزام المؤسسة التعليمية توفير الإقامة للطلاب شرط يسمح لتلك المؤسسة بإرادتها المنفردة أن تعدل مكان الإقامة المتفق عليه.

3- في العقود المبرمة بين المحترفين من جهة وغير المحترفين أو المستهلكين من جهة أخرى، اتجه بعض الفقه الفرنسي استنادا إلى المادة (Art.r 132.4)، إلى أنه يعتبر تعسفيا الشرط الذي يرد في هذه العقود، ويكون من شأنه إعفاء المحترف من ضمان العيوب الخفية.

وبالرغم من أن هذه الطريقة أكثر أمانا إلا أنه يؤخذ عليها أنها سرعان ما تصاب بالجمود، إذ بالنظر إلى التطور الاقتصادي المتسارع الذي قد يؤدي إلى ظهور شروطا تعسفية أكثر حده غير

قد تكون غير مدرجة بالقائمة، مما يستدعي مراجعتها باستمرار.

ثانياً: القائمة الرمادية (Clauses dites grises)

وهي تعرف أيضاً بالقائمة الاسترشادية فهي تتضمن شروطاً واردة على سبيل المثال لا الحصر، ويفترض بداءة أن هذه الشروط تعسفية، ومن ثم فهي باطلة، ولكن يجوز للمهني أن يثبت عكس ذلك، بأن يقيم الدليل على انتفاء الطابع التعسفي عن الشروط التي عني بإدراجها في العقد ولو كانت مما تتضمنه القائمة.¹

وقد ورد ذكر هذه الشروط بالقائمة الملحقة بقانون الاستهلاك فقد بدأت القائمة بعبارة: الشروط المشار إليها في الفقرة الثالثة من المادة L132-1² وهي:³

- 1 . الإغفاء أو التخفيف من مسؤولية المحترف القانونية في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بضرر جسماني ناتج عن عمل أو امتناع عن عمل صدر من المحترف.
- 2 . شرط حرمان أو الإنقاص من حقوق المستهلك القانونية قبل المحترف في حالة عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ المعيب لأحد التزاماته.
- 3 . النص على شرط إلزام المستهلك بتنفيذ التزامه بصورة نهائية مع توقف تنفيذ المحترف أو مقدم الخدمة على محض إرادته.
- 4 . الشرط الذي يسمح للمحترف بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة بواسطة المستهلك في حالة تراجعته عن إبرام العقد أو تنفيذه، مع عدم السماح في الوقت نفسه للمستهلك في الحصول على أي تعويض نقدي مساو للخسارة الناجمة عن تراجع المحترف المماثل.

¹ انظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 120.

² حيث تنص: (قائمة الشروط المشار إليها في هذه المادة ليست واردة على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، وهي تعتبر تعسفية إذا استوفت الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى في هذه المادة، وإذا حدث نزاع يتعلق بأحد هذه الشروط لا يعنى المدعي من إثبات خاصية التعسف للشروط الذي يتمسك به الوارد في هذه القائمة).

³ أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 70.

- 5- الشرط الذي يفرض على المستهلك عند عدم تنفيذ التزامه دفع مبلغ نقدي مبالغ فيه بدرجة كبيرة.
- 6- الشرط الذي يسمح للمحترف بإلغاء العقد وفقا لسلطته التقديرية مع عدم الاعتراف للمستهلك بنفس الحق.
- 7- الشرط الذي يسمح للمحترف بإنهاء عقد محدد المدة دون مراعاة الإخطار المسبق للمستهلك بمدة معقولة باستثناء حالة الباعث القوي الذي يبرر ذلك.
- 8- الشرط الذي يسمح بالتجديد التلقائي لعقد محدد المدة دون السماح للمستهلك بإبداء رغبته في عكس ذلك.
- 9- الشرط الذي يجعل علم المستهلك بشروط الإذعان لا يقبل العكس بمجرد إبرامه للعقد.
- 10- الشرط الذي يسمح للمحترف أن يعد بإرادته المنفردة عبارات العقد دون سبب وجيه ومذكور في العقد.
- 11- الشرط الذي يسمح للمحترف أن يعدل بإرادته المنفردة خصائص المال أو الخدمة المقدمة.
- 12- الشرط الذي يسمح بتجديد سعر الشراء المقدم وقت التسليم أو السماح للمحترف البائع أو مقدم الخدمة بالحق في زيادة الثمن دون السماح للمستهلك بالاعتراض.
- 13- الشرط الذي يسمح للمحترف بتحديد إذا ما كان الشيء أو الخدمة المقدمة في عقد الاستهلاك متطابقا وشروط العقد. والسماح له وحده أن يفسر أي شرط من شروط العقد.
- 14- الشرط الذي يعلق احترام المحترف لالتزاماته المتولدة من العقد تجاه عملائه على احترام شكلية معينة.
- 15- الشرط الذي يلزم المستهلك بتنفيذ التزاماته في حين لا يلزم المحترف بالتزام مماثل.

16. الشرط الذي يسمح للمحترف بتحويل حقه أو التزامه تجاه المستهلك، إذا كان هذا التحويل من شأنه إنقاص ضمانات المستهلك دون موافقته.

17. الشرط الذي يلزم المستهلك بقبول شرط تحكيم كبديل لتسوية النزاعات بواسطة القضاء.

وقد ضمت هذه القائمة كذلك شروط لا تعتبر تعسفية مراعاة لمصلحة مقدمي الخدمات المالية رغم أنها تعسفية في مجالات أخرى، وهذه الشروط المستثناة من كونها تعسفية هي:

1. الشروط التي يحتفظ بها المحترف بمقتضاها بحق إنهاء العقد غير محدد المدة دون إخطار السابق عند وجود مبرر مقبول بشرط التزام المحترف بإخطار الأطراف المتعاقدة على الفور.

2. الشروط التي بمقتضاها يحتفظ المحترف لنفسه بحق تعديل سعر الفائدة المستحقة على المستهلك أو المستحقة على المحترف أو المبلغ أو الأعباء المالية الأخرى المتعلقة بخدمات مالية دون إخطار السابق في حالة وجود مبرر مقبول بشرط التزام المحترف بإعلام الطرف أو الأطراف الأخرى المتعاقدة في مدة مناسبة وأن يكون لهؤلاء حرية الفسخ الفوري للعقد.

3- الشروط المتعلقة بالعمليات الخاصة بالقيم المنقولة والسندات المالية وغيرها من الإيرادات أو الخدمات الأخرى التي يكون سعرها مرتبط بتقلبات الأسعار بالبورصات أو بسعر سوق مالي لا يشرف عليه المحترف وعقود البيع والشراء المختلفة والشيكات السياحية والتوكيلات البريدية

الدولية التي يكون موضوعها نقد أجنبي.

4- الشروط المتعلقة بتغير الأسعار بشرط أن تكون مشروعة وأن تكون طريق تغير أو اختلاف السعر محددة صراحة.

الفرع الثاني: تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة مختصة

(Commission des clauses abusives)

في فرنسا أنشئت لجنة متخصصة¹ مهمتها تحديد الشروط التعسفية تنشأ بقانون، عن طريق إصدار توصيات تحدد فيها مثل هذه الشروط. يتم تشكيلها بقرار من وزير الاستهلاك، وقد أنشئت هذه اللجنة بقانون رقم 39 - 314 الصادر في أبريل 1993م.

وتختص هذه اللجنة بفحص نماذج العقود المعتاد عرضها من جانب المهنيين على غير المهنيين أو المستهلكين الذين يتعاقدون معهم، كما تقوم اللجنة بالبحث عن الشروط التي يمكن أن يكون لها الطابع التعسفي، ولا تتخذ هذه اللجنة قرارات وإنما تضع توصيات ليست لها قوة ملزمة، وتوصي اللجنة بإلغاء أو إبطال الشروط التي ترى أنها تعسفية.²

ويمكن أن تكون هذه التوصيات ذات طابع عام، كما يمكن أن تكون خاصة ببعض المهنيين ذوي الشأن، وقد وضعت هذه اللجنة ما يزيد عن 30 توصية تتعلق بعدد كبير من الشروط التعسفية وتم إصدار ونشر تلك التوصيات.³

فتوصياتها غير ملزمة، وهي كذلك لا تعتبر قرارات إدارية ملزمة، وهذا لا ينفي عدم أهميتها فalcضاء يستأنس ويستعين بها في تقدير طابع التعسف للشروط المعروضة أمامه.

¹ تتكون لجنة الشروط التعسفية من 13 عضواً معينين بقرار من وزير الاستهلاك (مادة 2-132.L) على النحو التالي: قاض من المحاكم العادية رئيساً، اثنان من القضاة من المحاكم العادية أو المحاكم الإدارية أو من مجلس الدولة، يعين أحدهما نائباً للرئيس، اثنان من الشخصيات المتخصصة في مجال القانون أو النواحي الفنية للعقود، يتم اختيارهما بعد أخذ رأي المجلس الوطني للاستهلاك، أربعة أشخاص يمثلون المحترفين، أربعة أشخاص يمثلون المستهلكين.

² حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 72، 73.

³ منير البصري و أحمد المنصوري ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية،

ومن بين المهام الممنوحة لهذه اللجنة ما يلي:¹

- 1- إبداء الرأي حول مشروعات النصوص التشريعية المتعلقة بالشروط التعسفية -L.132
1 الفقرة الثانية.
- 2- إصدار توصيات تتعلق بالشروط التعسفية 4-L.132.
- 3- تقديم المشورة بناء على طلب القضاء 6-R.132.
- 4- نشر تقرير سنوي عن نشاطها 5-L.132.

¹ انظر أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 89، وما بعدها.

الفرع الثالث: تحديد الشروط التعسفية بواسطة القضاء

يتمثل هذا الأسلوب في منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد، التي يقدر أنها تعسفية، تأسيساً على وجود تعريف قانوني لها، مثل تلك الشروط المفروضة على المستهلك بسبب إساءة المهني لقوته الاقتصادية، التي تمنحه ميزة مفرطة أو مبالغ فيها بشكل لا يتفق مع العدالة.¹

فيلاحظ أن المستهلك عندما يدعي عليه المحترف فغالبا ما يعجز عن حماية نفسه أمام القضاء إما لعدم خبرته أو لضعف الدفاع الذي يسانده. فقد حول المشروع القاضي سلطة استكشاف وتكييف الشروط التعسفية وبالتالي استبعادها لمصلحة المستهلك من تلقاء نفسه ودون حاجة لطلب هذا الأخير.²

وهذه الطريقة وإن كانت تتسم بالبساطة والسهولة إلا أنها تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة، فهي طريقة غير آمنة كما يرها البعض.

ونظرا لعدم وجود تنظيم مفصل لمسألة الشروط التعسفي في كل من القانونين المصري والجزائري، فإن سلطة قاضي الموضوع في تحديد هذه الشروط واسعة تفوق سلطة القاضي الفرنسي في هذا الصدد، وتتضح هذه السلطة من نص المادة 110 ق م ج التي تقابلها المادة 149 ق م مصري.

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 62.

² حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 282.

خلاصة الفصل الثاني:

بالنظر إلى القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وهذا المعيار وهو معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد هو الذي تبناه المشرع الجزائري نقلا عن المشرع الفرنسي، لتقدير تعسف الشروط وإجحافها.

ونستخلص من القانون 04-02 بأنه لو وصف شرط بأنه تعسفي، يجب أن تتوافر فيه الشروط أو العناصر التالية:

1. أن يكون عقد محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.
2. أن يكون العقد مكتوبا.
3. أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا.
4. أن يؤدي الشرط أو البند في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

الفصل الثالث

التكييف الشرعي للشروط التعسفية

تعتبر دراسة الشروط التعسفية من الدراسات المستحدثة، ولمعرفة موضع هذا الشرط من بين الشروط التي حددها فقهاء الشريعة ومدى صحته والحكم عليه فإنه يقتضي دراسة أنواع الشروط المقترنة بال عقد عند الفقهاء وبيان مسلكهم في اعتبارها، لأن فقهاء المذاهب لم يتفقوا في هذه الشروط أمشروعة هي أو غير مشروعة، وذلك يرجع إلى أن النصوص الواردة في الكتاب والسنة لم تحدد الحد الفاصل بينها، وبالتالي اختلفت مناهجهم.

ويختلف منهج الظاهرية عن مناهج فقهاء المذاهب في اعتبار الشروط حيث يرى أن الأصل فيها التقييد، ويعد الظاهرية أشد المذاهب في تصحيح الشروط فقد ضيقوا فيها حيث لم يصححوا إلا سبعة شروط أما الحنفية والشافعية فقالوا بخلاف ذلك، وهما يقتربان شيئاً ما في هذا المجال لأن الأصل عند الحنفية في الشروط الحظر إلا أنهم توسعوا في الاستثناء، فاستثنوا أنواعاً من الشروط وحكموا بصحتها (المبحث الأول)، ويقترب المذهب المالكي . وإن كان من المضيقين . من المذهب الحنبلي في حرية الاشتراط (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية والحنفية والشافعية

يتناول هذا المبحث الشروط المقترنة عند الظاهرية (المطلب الأول)، ثم عند الأحناف (المطلب الثاني)، ثم عند الشافعية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية

ذهب ابن حزم إلى أنّ الأصل منع العاقدين من اشتراط أي شرط لم يأت به النص، فصح عند ابن حزم بطلان كل شرط جملة إلا شرطاً جاء النص من القرآن أو السنة بإباحته،¹ والدليل: «أن رسول الله نهي عن بيع وشرط».²

وحديث عائشة³: (أن بريرة⁴ جاءت تستعينها في كتابتها، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً، فقالت لها عائشة: (ارجعي إلى أهلِكَ، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك، ويكون ولاؤك لي فعلت)، ، فذكرت ذلك بريرة لأهلها، فأبوا، وقالوا: (إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون ولاؤك لنا)، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها رسول الله ﷺ: « ابتاعي فأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق ». قال: ثم قام رسول الله ﷺ فقال: « ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق ».⁵

¹ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (415/8).

² الطبراني المعجم الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، رقم الحديث: 4361، (335/4).

³ هي عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين تزوجها نبي الله قبل مهاجره بعد وفاة خديجة ببضعة عشر شهراً، توفيت رضي الله عنها سنة إحدى وستين. [محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري المعروف بابن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1997م، (41/6)، الذهبي، سير أعلام النبلاء، المرجع السابق، (135/2)].

⁴ هي بريرة مولاة عائشة [ابن سعد، الطبقات الكبرى، المرجع السابق، (189/6)].

⁵ رواه البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، رقم الحديث: 2561، (225/2). ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب العتق، باب إتمام الولاء لمن اعتق، (213/4).

فهذا الأثر كالشمس صحة وبيانا يرفع الإشكال كله، فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكرنا كان كل عقد من بيع أو غيره عقد على شرط باطل باطلا ولا بد، لأنه عقد على أنه لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له، فلا صحة بأن لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح.

1

وبناءً على أصله هذا، فقد حرم الشروط إلا سبعة شروط قال بأنها صحيحة والشروط الصحيحة عند الظاهرية هي التي ورد النص من الشارع بجوازها أو انعقد الإجماع عليها، ولقد ذكرها ابن حزم على سبيل الحصر مع أدلتها وهي سبعة شروط:²

1. اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ...﴾.³

2. اشتراط أداء الثمن إلى أجل مسمى، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾.⁴

3. اشتراط أن لا خلافة، لقوله ﷺ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَافَةَ».⁵

¹ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (413/8).

² المرجع نفسه، (415/8).

³ سورة البقرة، الآية: 283.

⁴ سورة البقرة، الآية: 282.

⁵ رواه البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، رقم الحديث: 2117، (94/2). مسلم، الجامع الصحيح،

كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، (11/5). بلفظ سمع ابن عمر يقول ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع،

فقال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَافَةَ»، فكان إذا بايع يقول لا خيانة.

4. اشتراط صفات المبيع التي يتراضياها معا ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾¹.

5. اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾².

6. بيع العبد أو الأمة، فيشترط المشتري مالهما أو بعضه مسمى معيناً أو جزءاً منسوباً مشاعاً في جميعه سواء كان مالهما مجهولاً كله أو معلوماً كله أو معلوماً بعضه مجهولاً بعضه.

7. بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده، فيشترط المشتري الثمرة لنفسه أو جزءاً معيناً منها أو مسمى مشاعاً في جميعها.

والشرطان الأخيران استدلل على جوازهما ابن حزم بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما³ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع »⁴.

فهذه هي الشروط الصحيحة عند الظاهرية وماعدها هي شروط باطلة، حيث قال ابن حزم معلقاً بعد ذكره للشروط الصحيحة: (فهذه هي الشروط الصحيحة ولا مزيد وسائرهما باطل)⁵.

¹ سورة النساء، الآية: 29.

² سورة البقرة، الآية: 280.

³ هو عبد الله بن عمر بن الخطاب أبو عبد الرحمن: صحابي، أسلم وهو صغير، توفي رضي الله عنه بمكة سنة ثلاث وسبعين [ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله أبو عمر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق علي محمد الجاوي، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1412هـ-1992م، (950/3)، ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، المرجع السابق، (42/3)].

⁴ رواه البخاري، كتاب المساقاة والشرب، باب حلب الإبل على الماء، رقم الحديث: 2117، (169/2).

⁵ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (415/8) وما بعدها.

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية

يرى فقهاء الحنفية أن الشروط ثلاثة أقسام، شروط صحيحة، وشروط فاسدة، وشروط باطلة.

الفرع الأول: الشروط الصحيحة

وهي كما يلي:

1- (الشروط الذي يقتضيه العقد) حيث أنه يجب بالعقد من غير شرط لثبوت مطلق العقد بدونه، فذكره لا يفيد إلا تأكيدا، كشرط الملك للمشتري في المبيع، أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع، فالبيع جائز لأن هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده إلا وكاداً.¹

2- (الشروط الملأئم للعقد) هو شرط لا يقتضيه العقد ولم يرد الشرع به أيضا لكنه يلائم العقد ويوافقه، وذلك نحو أن يشتري شيئا بشرط أن يعطي للبائع كفيلا بالثمن أو رهنا بالثمن، على أن يكون الكفيل حاضرا لمجلس العقد فإن كان غير حاضرا فالعقد فاسد، ويشترط في الرهن أن يكون معلوما فإذا كان مجهولا فسد العقد.²

3- (الشروط الذي ورد الشرع بجوازه) هو شرط لا يلائم العقد إلا أن الشرع ورد بجوازه كالخيار والأجل.³

4- (الشروط الذي جرى به العرف) هو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة إلا أنه متعارف، بأن اشترى نعلا وشراكا على أن يحدوها البائع⁴، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل

¹ انظر السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ / 1993م، (14/13)، والعيبي، البنية في شرح الهداية، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1411هـ-1990م، (249/7).

² السمرقندي، تحفة الفقهاء، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1405هـ-1984م، (50/2)، والسرخسي، المرجع السابق، (18/13).

³ الشيخ نظام و مجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ / 2000م، (143/3).

⁴ أي يجعلها حذاء.

شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا، وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد، وليس فيه عرف ظاهر.¹

5-(الشرط الذي يكون على سبيل بيان الوصف لا على سبيل الشرط) لأن ن هذا وصف مرغوب فيه كما إذا اشترى فرسا على أنها هملاج، أو اشترى كلبا على أنه صائد، فإنه جائز.² وأجابوا عن حديث النهي عن بيع وشرط بأنه حديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وقطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث، فلم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه.³

الفرع الثاني: الشروط الفاسدة

وهي كما يلي:

1-(الشرط المؤدي إلى غرر) كمن اشترى شاة على أنها حامل لأن المشروط لا يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لأن عظم البطن والتحرك قد يكون لعارض داء أو غيره، لأن الحبل في البهائم وهي زيادة مجهولة، فإنه لا يدري أن انتفاخ بطنها من ريح أو ولد وان الولد حي أو ميت، ذكرا أم أنثى، واحد أو مثنى، والمجهول إذا ضم إلى معلوم يصير الكل مجهولا، وكذلك إن شرط أن تكون حلوبا.⁴

¹ انظر السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ / 1993م، (14/13، 15).

² انظر السرخسي، المرجع السابق، (20/13).

³ ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ / 1995م، (208/5).

⁴ انظر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، (3/7)، والسرخسي، المرجع السابق، (19/13).

2-(الشرط المؤدي إلى المحذور) كمن اشترى حمامة على أنها تصوت، أو طيرا على أنه يجيء من مكان بعيد، أو كبشا على أنه نطّاح، أو ديكا على أنه مقاتل، فهذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي محذور، فكان هذا الشرط محظورا، فيوجب فساد البيع.¹

ولو اشترى جارية على أنّها مغنية، على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد، لأن التغنية صفة محظورة لكونها هوى، فشرطها في البيع يوجب فساده.²

3-(شرط لا يقتضيه العقد وليس بملائم له ولا مما جرى به التعامل بين الناس، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري، أو للمبيع) نحو ما إذا اشتراه على أن يقرض له قرضا، أو على أن يهب له هبة، أو يتصدق عليه بصدقة، أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد، نحو ذلك.³ ومن ابتاع عبدا على أن يعتقه أو...، وكذلك من باع عبدا على أن لا يستخدمه، أو دار على أن يسكنها، ومن باع على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد.⁴

وحكم هذه الشروط الفاسدة، أنها تفسد العقد والشرط في عقود المعاوضات المالية، أما فيما عدا ذلك من العقود، فيصح العقد ويلغو الشرط.

يقول وهبة الزحيلي: (وأما العقود الأخرى غير المبادلات المالية كالتبرعات (هبة أو إعارة) والتوثيقات (كفالة أو حوالة أو رهن)، والزواج والطلاق، والإطلاقات كالوكالة، فلا يؤثر عليها الشرط الفاسد، ويبقى العقد صحيحا، والشرط لاغ لا أثر له، لما ثبت في السنة النبوية من

¹ انظر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، (11/7).

² انظر المرجع نفسه، (12/7).

³ انظر السرخسي، المرجع السابق، (16/13).

⁴ الزيلعي، نصب الرأية تخريج أحاديث النهاية، تحقيق أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996 م، (43/4). والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع نفسه، (12/7).

تصحیح هذه العقود وإلغاء الشروط الفاسدة، كالحكم بصحة الهبة وبطلان شرط التأقيت مثلاً).¹

وسر التفرقة بين عقود المعاوضات المالية وغيرها من العقود، أن تصحیح العقد في عقود المعاوضات المالية، قد يترتب عليه الإخلال بالتوازن في العوضين، إذ ربما لاحظ المتعاقدان الشرط أثناء التعاقد فتأثرت به المعاوضة.²

ولكون هذا الشرط زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا، ولأنه ذريعة إلى وقوع النزاع فيعري العقد عن مقصوده أي التملك والتمليك وقيل مقصوده قطع المنازعة.³

واستدل الأحناف على فساد هذه الشروط وإفسادها للعقد بما يلي:

- 1- حديث: « نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط ».⁴
- 2- ومحدث: « نهى النبي ﷺ عن سلف وبيع ».⁵
- 3- ومحدث: « نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة ».⁶
- 4- وحديث: « نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة ».⁷
- 5- وحديث: « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة وبيع الغرر ».¹

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (205/4)

² محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1998م، ص481.

³ العيني، البنية على الهداية، المرجع السابق، (240/).

⁴ الطبراني المعجم الأوسط، تحقيق كل من طارق بن عوض الله بم محمد و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، رقم الحديث: 4361، (335/4).

⁵ رواه الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم: 1234، (515/2)، وقال حديث حسن صحيح. وأبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، في النهي عن بيع وسلف، حديث رقم: 10922، بلفظ « أن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف، ونهى عن بيعتين في بيعة... »، (554/5).

⁶ أحمد بن حنبل، المسند، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، 1994م، (398/1).

⁷ رواه الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم: 1231، (513/2)، وقال حديث حسن صحيح. والنسائي، كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، (296، 295/7).

الفرع الثالث: الشروط الباطلة

وهي كما يأتي:

- 1- (شروط فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه) ومثاله إذا اشترى عبدا على أنه لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد، والشروط باطل، وصورة البيع الذي فيه منفعة للمعقود عليه وذلك نحو ما بينا أنه إذا اشترى عبدا على أن لا يبيعه فإن العقد يعجبه على أن لا تتناوله الأيدي، وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشروط باطل والبيع صحيح، نحو إذا ما اشترى دابة أو ثوبا بشرط أن لا يبيعه، لأنه لا مطالب بهذا الشرط، فإنه لا منفعة فيه لأحد وكان لغوا والعقد صحيح، إلا في رواية أبي يوسف قال: (يبطل به البيع).²
- أو اشترى ثوبا على أن يخيظه البائع قميصا، أو حنطة على أن يطحنها، أو شيئا له حمل ومؤنة على أن يحملها البائع إلى منزله.³
- 2- (شروط فيه ضرر) ومثاله من باع ثوبا على أن يحرقه المشتري، أو دارا على أن يخرّبها، فالبيع جائز والشروط باطل، لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع.⁴

¹ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، (3/5). والترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر، رقم: 1230، (512/2)، وقال حديث حسن صحيح.

² انظر السرخسي، المرجع السابق، (13/13).

³ انظر المرجع نفسه، (18/13).

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، (12/7).

المطلب الثالث: الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية

الفرع الأول: الشروط الصحيحة تنقسم الشروط الصحيحة عند الشافعية إلى أربعة أقسام وهي ما يلي: وهي مجموعة فيما يلي:¹

والبيع مع شرط مخالف بطل لا شرط رهن أو كفيل أو أجل

أو عتق أو إسهاد أو تحيّر أو أن يكون من عيوبه برى

1- (الشرط الذي يقتضيه العقد) فإذا كان شرطاً يقتضيه البيع، كالتسليم والرد بالعيب، وما أشبههما، لم يبطل العقد، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، فلم يبطله.² فيكون شرطه توكيداً وبياناً لمقتضاه.³

2- (شرط فيه مصلحة للعقد) فإن شرط ما لم يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة، كالخيار والأجل والرهن والضمين، لم يبطل العقد، لأن الشرع ورد بذلك ولأن الحاجة تدعو إليها.⁴

3- (الشرط الذي ورد الشرع بجوازه) كشرط العتق في بيع الرقيق فالمشهور صحة العقد والشرط واستدل الشافعية على جوازه لحديث: (أن عائشة اشترت بريرة وشرط مواليتها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم، فلم ينكر النبي ﷺ إلا شرط الولاء لهم بقوله: « ما بال أقوام

¹ العمري، التيسير نظم متن التحرير، بمامش كتاب بهجة الحاوي لأبي حفص عمر بن الوردى، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ص 69.

² الشيرازى، المهذب في فقه الإمام الشافعى، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، 1412هـ/ 1992 م، (50/3). النووى، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعى، دار إحياء التراث العربى، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1417هـ/ 1997م، (448/9).

³ انظر النووى، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعى، دار إحياء التراث العربى، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1417هـ/ 1997م، (447/9).

⁴ الشيرازى، المهذب في فقه الإمام الشافعى، المرجع السابق، (51/3). والنووى، المرجع السابق، (447/9).

يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»¹.
ولتشوف الشارع للعتق.²

4- (شرط فيه معنى التواصي بالبر) كمن باع إناء بشرط أن لا يجعل فيه محرما، أو سيفا بشرط أن لا يقطع به الطريق صح البيع.³

الفرع الثاني: الشروط الباطلة

تنقسم الشروط الباطلة عند الشافعية إلى قسمين:

1- الشرط الباطل المبطل للعقد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد، والمنافي له وليس من

مصلحته، ولم يرد الشرع بجوازه، وفيه غرض مقصود لأحد العاقدين، ومن هذه الشروط ما يلي:

أ- (شرط فيه منع من التصرف أو شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين) فإن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه، أو لا يعتقه، أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوبا بشرط أن يخيط له أو قَلْعَةً⁴ بشرط أن يحدوها له، بطل البيع.⁵

قال الشافعي رحمه الله عليه: (وإذا باع الرجل الرجل العبد على أن ألا يبيعه أو على أن

يبيعه من فلان، أو على ألا يستخدمه، أو على أن ينفق عليه كذا، أو على أن يخارجه، فالبيع

¹ سبق تخريجه، ص 20.

² الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ/1997م، (44/2).

³ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، (44/2).

⁴ قلعة أي قطعة من الجلد.

⁵ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (52/3).

كله فاسد، لأن هذا كله غير تمام الملك، ولا يجوز الشرط في هذا إلا في موضع واحد وهو: العتق إتباعاً للسنة، ولفراق العتق عما سواه...¹

ب- (شرط فيه معنى بيعتين في بيعة) كأن يقول بعثك هذا العبد بألف على أن تبيعني دارك بكذا أو تشتري مني داري بكذا.²

ج- (شرط يؤدي إلى المخطور) كمن باع سيفاً بشرط أن يقطع به الطريق.³

د- (الشرط المخالف للنص) كشرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام بعد التفرق، وحكم هذا الشرط يفسد به البيع، لمخالفته خبر الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما الذي جوز شرطه مدة معلومة متصلة بالشرط، متوالية إلى ثلاثة أيام فأقل، بخلاف ما لو أطلق، أو قدر بمدة مجهولة.⁴

وقد استدل الشافعية بما يلي:

- ما روي عن النبي أنه: « نهي عن بيع وشرط ».⁵

¹ الشافعي، الأم، تحقيق رفعت عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م، (229/8).
² النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق محمد طاهر شعبان، دار المنهاج بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م، ص215

³ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، (46/2).

⁴ انظر الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رحمه الله، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م، (65/5)، والشريبي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق عادل عبد الموجود و علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1414هـ/1994م، (28/2).

⁵ سبق تخرجه، ص105.

- وروي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه¹ اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية²، وشرطت عليه أنك إن بعتهما فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب،

فقال عمر بن الخطاب: (لا تقرهما، وفيها شرط لأحد).³

- وروي أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (لا تقرهما، وفيها مشنوية)، (أي الاستثناء).

2- الشروط الباطلة غير المبطلّة للعقد، وهي تلك المخالفة لمقتضى العقد غير المتضمنة منفعة أو غرضاً يورث تنازعا، كما لو باعه عبدا بشرط أن يأكل العبد طعاما معيناً كالمهريسة، أو يلبس لباسا معيناً كالخز.

وحكم هذه الشروط أنّها ملغاة يصح معها البيع لأن ذكرها لا يورث تنازعا في الغالب.⁴

¹ هو عبد الله بن مسعود أبو عبد الرحمان، صحابي من السابقين في الإسلام، ومن النجباء العالمين، شهد بدرا والمشاهد بعدها توفي سنة اثنتين وثلاثين بالمدينة المنورة. [ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، المرجع السابق، (987/3)، ابن حجر، الإصابة في معرفة الصحابة، المرجع السابق، (129/4)].

² زينب بنت معاوية امرأة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، روى عنها بصر بن سعيد وابن أخيها. [ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، المرجع السابق، (302/5)].

³ مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1425هـ/2004م، ص 312.

⁴ انظر النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م، (447/9).

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية والحنابلة

يتناول هذا المبحث الشروط المقترنة عند المالكية (المطلب الأول)، ثم عند الحنابلة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية

يقول ابن رشد: (وأما عند مالك فالشروط تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع..)¹

ولا شك أن الفقه الإسلامي، فيما يتعلق باقتران العقد بالشروط، قد تطور في مذهب مالك تطورا ملحوظا نحو الإباحة، فالمذهب المالكي - خلافا للمذهبين الحنفي والشافعي - يجيز الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة فيحطى بهذه الإباحة العقبة التي ترجع في المذهبين الآخرين إلى مبدأ وحدة الصفقة.²

الفرع الأول: الشروط الصحيحة وتضم نوعين من الشروط:

1- (الشروط التي يقتضيها العقد):

ويضم هذا القسم كل شرط يقتضيه العقد فاشترطه فيجب بالعقد من غير شرط ووجوده كعدمه، ومثاله تسليم المبيع للمشتري، والقيام بالعيب، ورد العوض عند انتقاص البيع... فهذه الأمور لازمة دون شرط لاقتضاء العقد لها، وعليه فحكم هذا الشرط أنه لازم دون اشتراطه فشرطه تأكيد.³

¹ القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، الطبعة السادسة، 1402هـ/1982م، (160/2).

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الوضعي، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، دت ط، (113/3).

³ انظر الدردير، المرجع السابق، (105/4).

2- قسم ملحق بالشروط الصحيحة:

يضم هذا القسم كل شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، ككونه لا يؤول إلى غرر، أو فساد في الثمن، أو المثلن، ولا إلى إخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع وفي مصلحة أحد المتعاقدين وحكمه أنه صحيح لازم يقضى به مع الاشتراط، وإن لم يشترط فلا يقضى به. وبهذا فارق شروط القسم الأول فهي لازمة على كل حال.¹

أنواع هذا القسم كثيرة منها ما يلي:

أ- (شرط فيه مصلحة للعقد) وهو شرط لا يكون من مقتضاه ولكنه في مصلحته، كالحميل، والرهن، واشتراط الخيار فهذه الأمور لا تنافي العقد ولا يقتضيها، بل إن اشترطت عمل بها وإلا فلا.²

واستدل المالكية على هذا النوع من الشروط بأدلة خاصة لكل شرط.

-فقالوا بشرط الرهن لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾.³

-وبشرط الحمل لقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾.⁴

¹ محمد عليش ، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، الطبعة الأولى، دار الفكر ، بيروت، لبنان، 1404هـ/ 1984م، (58/5).

² الخطّاب، المرجع السابق، (241/6)، والدر دير، المرجع السابق، (105/4). و محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، (65/3 ، 66).

³ سورة البقرة، الآية 283.

⁴ سورة يوسف، الآية 72 .

ب- (شرط فيه منفعة يسيرة) أجاز المالكية الشرط الذي فيه منفعة يسيرة بحيث لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة مثل الشهر، وقيل السنة.¹ واستدل المالكية على صحة هذا الشرط لحديث جابر²: (أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسيبه، قال: فلحقتني النبي ﷺ فدعا لي وضربه، فسار سيرا لم يسر مثله، قال: « بعنيه بوقية». قلت: لا. ثم قال: « بعنيه بوقية»، فبعته بوقية، واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي).³

- (شرط فيه معنى من معاني البر): وهو شرط مستثنى من الشروط التي تناقض مقصود العقد، ومثلوا له كمن باع بشرط تنجيز العتق.⁴ فإنه جائز وإن كان منافيا لمقتضى العقد لتشوف الشارع للحرية.⁵

فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة.⁶

¹ انظر القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق (161/2). ابن عبد البر، الاستدكار، دار قتيبة، دمشق، بيروت، ودار الوعي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1314هـ/1993م، (74/19).

² هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي، أبو عبد الرحمان، صحابي، كان من المكثرين الحفاظ للسنن، (ت 74 وقيل 78)، [ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الخليل، بيروت، الطبعة الأولى، 1992م، (219/1)، ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م. (294/1)].

³ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، بيع البعير واستثناء ركوبه، (51/5). وقال عنه ابن عبد البر: (وهذا حديث اختلف في ألفاظه اختلافا لا تقوم معه حجة، لأن منها ألفاظ تدل على أن الخطاب الذي جرى بين جابر، وبين النبي، ليس فيه بيان أن الشرط كان في نص العقد، ومنها ما يدل على أنه لم يكن بيعا، ومنها ما يدل على أن البيع وقع على ذلك الشرط، ومع هذا الاختلاف لا تقوم معه حجة). انظر ابن عبد البر، الاستدكار، المرجع السابق، (73/19).

⁴ الخطّاب، المرجع السابق، (241/6).

⁵ الدسوقي، المرجع السابق، (66/3).

⁶ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، (161/2).

وقال في المدونة: (لأن البائع تعجل الشرط بما وضع من الثمن فلم يقع به غرر).¹

- (شرط فيه منع من تصرف يسير) هو شرط يتم معه المقصود من البيع إلا أن فيه منعا من تصرف خاص، كأن أن لا يبيع لنفر بعينهم.

ومثل هذا الشرط جرى فيه الخلاف في المذهب، فذهب ابن رشد² إلى عدم جوازه لأنه من الثنيا، مثل أن يبيع الأمة على أن لا يطأها أو لا يبيعهها.³ وذهب بعض المالكية إلى جوازه إذا خصص ناسا قليلين.⁴

وسئل مالك عن رجل ابتاع عبدا أو غيره وشرط على المبتاع أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن، قال: (لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن).⁵

- (شرط في سياق عقد إجارة مع بيع في صفقة واحدة) حكم المالكية بصحة هذا الشرط لجواز عندهم اجتماع عقد إجارة مع بيع في صفقة واحدة-سواء كانت الإجارة في نفس المبيع، كشرائه ثوبا أو جلودا على أن يخيظه أو أن يخرزها البائع بكذا، أو في غيره كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوبا آخر.

ووجه صحة ذلك لتوافق أحكام البيع مع أحكام الإجارة في الأركان والشروط غالبا.⁶

¹ الخطاب، المرجع السابق، (246/6).

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد الشهير بالحفيد الغرناطي، الفقيه الأديب، العالم الجليل، ولد سنة 520هـ، له تأليف تنوف عن الستين منها: (بداية المجتهد) و(الكليات في الطب). (ت 520 هـ) [محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المرجع السابق، ص 146، 147]، و ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، المرجع السابق، ص 373].

³ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، (161/2).

⁴ محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، المرجع السابق، (52/5).

⁵ الخطاب، المرجع السابق، (241/6).

⁶ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1398 هـ/1978م، (268/2).

الفرع الثاني: الشروط الباطلة تنقسم الشروط الباطلة عند المالكية إلى قسمين:

1- الشروط الباطلة المبطلّة للعقد وهي أنواع:

أ- (الشرط الذي يناقض مقصود العقد، وينافي مقتضاه منافاة تامة)

فالشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع،¹ مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع وأن لا يهب، وهذا إذا عمّم أو استثنى قليلاً كقوله: (على أن لا تبعه جملة أو لا يبيع إلا من فلان)، قال اللخمي²: (وإن باعه على أن لا يبيعه من فلان وحده جاز).³

ب- (الشرط الذي يخل بالثمن) وهو شرط القرض في البيع فهو شرط باطل مبطل للعقد، إلا إذا أسقطه المشتري.⁴

ج- (الشرط المحظور) وهو الشرط المفضي إلى محرم كمن باع داراً، واشترط على المشتري اتخاذها مجمعا لأهل الفساد، فهذا شرط فاسد ويفسد معه العقد باتفاق الفقهاء.

¹ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1995م، (241/6). الدردير، حاشية الدسوقي، للإمام العلامة الشيخ محمد بن أحمد عرفة الدسوقي المالكي على الشرح

الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996م، (105/4).

² أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي القيرواني، الإمام الحافظ العالم العامل، له تعليق على المدونة سماه التبصرة، مشهور معتمد في المذهب (ت 478 هـ). [محمد بن محمد عريف قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات

المالكية، المرجع السابق، ص 117]

³ الخطاب، المرجع السابق، (241/6).

⁴ الدردير، المرجع السابق، (107/4، 108).

د- (الشرط المؤدي للجهالة، والغرر) كاشتراط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، أو كبيع بشرط أنه إذا باع المشتري السلعة فالبائع الأول أحق بما بالثمن الذي سيبيع به المشتري للجهالة الثمن فهذه الأنواع من الشروط باطلة مبطللة للعقد، لأنها تؤدي إلى الجهالة والغرر.

هـ- (بيع الثنيا)¹ ولا يجوز بيع الثنيا وهو أن يقول أبيعك هذا الملك أو على هذه السلعة على أن على أن آتيك بالثمن إلى مدة كذا أو متى ما آتيتك فالبائع مصروف عني ويفسخ ذلك ما لم يفت بيد المبتاع فيلزمه القيمة يوم قبضه، وفوت الأصل لا يكون إلا بالبناء والهدم والغرس ونحو ذلك، فبيع الثنيا من البيوع الفاسدة.²

والأصل الذي استدل به المالكية في عدم جواز هذا الشرط حديث جابر رضي الله عنه قال:

« نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة، والمز ابنة، والمعاومة، والمخابرة، وعن الثنيا، ورخص في العرايا».³

2- الشروط الباطلة التي تلغى، ويمضي بها العقد يتضمن هذا القسم كل شرط غير صحيح إلا أنه خفيف كأن لا يخل بالثمن، وحكمه يصح معه العقد ويلغى الشرط،⁴ وهي أنواع كذلك منها: أ - (شرط إسقاط حق قبل وجوبه) كأن يشترط البائع على المشتري إسقاط حقه في الجائحة تصيب الثمر أو الزرع بعد بدو صلاحه وقبل طيبه.

¹ اسم المبيع الذي وقع فيه استثناء من البائع أو المشتري.

² الخطاب، المرجع السابق، (6/242، 243).

³ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها وعن بيع المعاومة وهي بيع السنين، (5/18)، و الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا، رقم الحديث: 1290، (2/564).

⁴ عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، المرجع السابق، (5/59).

ب- (شرط نقد الثمن إلى أجل كذا وإلا لا بيع بينهما) كأن يبيع سلعة ويشترط إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما.

وحكمه على المشهور صحة البيع وسقوط الشرط وغرم الثمن الذي اشترى به.¹

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد عند الخنابلة

لعل أبعد تطور للفقهاء الإسلامي في مسألة اقتتان الشرط بالعقد كان في مذهب أحمد بن حنبل، لاسيما إذا استكملنا هذا المذهب بما أضافه إليه ابن تيمية وهو من أكبر فقهاءه. فالمذهب الحنبلي كالمذهب المالكي تخطى مبدأ وحدة الصفقة ولم يتقيد بهذا المبدأ كما تقيد به المذهبان الحنفي والشافعي، ومن ثم استطاع أن يسير أشواطاً بعيدة في طريق التطور والخنابلة كالمالكية، الأصل عندهم في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد، بل هم يسرون في هذا الأصل إلى مدى أبعد عن المالكية في تصحيح الشروط. ويقع الشرط عند الخنابلة فاسداً، على سبيل الاستثناء، إذا كان يناهض مقتضى العقد، أو كان ورد بالنهي نص خاص.²

الفرع الأول: الشروط الصحيحة

وهي تشمل الشروط التالية:

¹ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، (84/2).

² السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (114/3).

1- (الشرط الذي هو من مقتضى العقد) كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه، ولا يفيد حكما، ولا يؤثر في العقد.¹

2- (الشرط الذي تتعلق به مصلحة العقد) كالأجل، والخيار، والرهن، والضمين، والشهادة، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع، فهذا شرط جائز وحب الوفاء به.²

3- (شرط ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولا ينافي مقتضاه)، وهو نوعان، أحدهما، اشتراط منفعة البائع في المبيع، فهذا قد مضى ذكره. ومثاله: كأن يشترط البائع نفعا معلوما في المبيع، كسكنى الدار شهرا، وحملان البعير إلى موضع معلوم، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع، كحمل الحطب وتكسيه، وخباطة الثوب وتفصيله...³

والثاني، أن يشترط عقدا في عقد، نحو أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا آخر، أو يشتري منه، أو يؤجره، أو يزوجه، أو يسلفه، أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع، سواء اشترطه البائع أو المشتري.⁴

واستدل الحنابلة على جواز مثل هذه الشروط بأدلة منها:

- حديث جابر: (أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسيبه، قال: فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه، فسار سيرا لم يسر مثله، قال: «بعنيه بوقية». قلت: لا. ثم قال: «بعنيه

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (323/6).

² المرجع نفسه، (323/6).

³ ابن قدامة، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الجيزة، مصر، 1417هـ/1997م، (60/3).

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، (323/6، 324).

بوقية»، فبعته بوقية، واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي فلما بلغت أتيته بالجمل فنقدي ثمنه ثم رجعت فأرسل في أثري فقال أتراني ماكستك لآخذ جملك خذ جملك ودراهمك فهو لك¹.

وفي رواية أفقرني رسول الله ﷺ ظهره إلى المدينة.²

وفي سنن أبي داود عن جابر بن عبد الله، قال: بعته -يعني بغيره- من النبي ﷺ، واشترطت حملانه إلى أهلي، قال في آخره: «تراني إنما ماكستك لأذهب بملكك؟ خذ جملك وثنه فهما لك»³.

وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وقد روي من غير وجه عن جابر.⁴

- وحديث جابر أن النبي ﷺ: «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»⁵.

- وقوله ﷺ: «لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن»⁶.

الفرع الثاني: الشروط الباطلة

تنقسم هذه الشروط بحسب الأثر التي توقعه على العقد إلى ما يلي:

1. الشروط الباطلة المبطللة للعقد من أصله، وهي كما يلي:

¹ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، بيع البعير واستثناء ركوبه، (51/5). رواه ابن حبان، صحيح ابن حبان، كتاب التاريخ، باب ذكر البيان بأن جابر بن عبد الله استثنى حملان راحلته التي وصفناها إلى المدينة بعد البيع، رقم الحديث: 6519، المرجع السابق، (349/2).

² أخرجها البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، الجامع الصحيح، (274/2، 275).

³ أبو داود، كتاب البيوع، باب في شرط في بيع، رقم الحديث 3505، (499/3).

⁴ الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في اشتراط ظهر الدابة عند البيع، رقم الحديث: 1253، (532/23).

⁵ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها وعن بيع المعاومة وهي بيع السنين، (18/5). الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا، رقم الحديث: 1290، (564/2).

⁶ رواه النسائي، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، (295/7).

- (شرطان في عقد) فإن شرط شرطين، مثل أن اشترط خياطة الثوب وقصارتها، وفي الحطب حمله وتكسيه، أو اشترط منفعة البائع واشترط البائع منفعة المبيع مدة معلومة، فسد العقد...¹

2-(شرط عقدين في عقد) وهو أن يشترط عقدا في عقد، نحو أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا آخر، أو يشتري منه، أو يؤجره، أو يزوجه، أو يسلفه، أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع، سواء اشترطه البائع أو المشتري.²

والدليل على ذلك:

- لأن النبي ﷺ قال: « لا يجل سلف و بيع ، ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك».³

- حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: « نَهَى ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ».⁴

- وحديث ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: « صَفَقَتَانِ فِي صَفَقَةٍ رِبَا ».⁵

- وحديث: « لا يجل بيع وسلف ».⁶

3- (الشرط المؤدي إلى التنازع) كمن اشترط منفعة مجهولة، لإفضائه إلى المنازعة.⁷

¹ ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، (61/3).

² انظر ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (323/6، 324). و البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000، (175/3). وقد سبق ذكر هذا الكلام في ص 124.

³ رواه الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم: 1234، (514/2)، وقال حديث حسن صحيح.

⁴ سبق تخريجه، ص 112.

⁵ رواه ابن حبان، صحيح ابن حبان، كتاب الطهارة، باب فرض الوضوء، رقم: 1050، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، دار باوزير، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م، (349/2).

⁶ سبق تخريجه، 111.

⁷ ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، (61/3).

2. الشروط الباطلة غير مبطلّة للعقد كشرط أن لا يملك، ولا يتصرف، ولا يسلم، ولا يعتق، وإن أعتق فالولاء له... فهذا شرط باطل،... وهل يفسد البيع به؟ فيه روايتان، إحداهما، لا يفسد، لحديث بريرة...¹

واستدل الحنابلة على صحة البيوع مع هذه الشروط الفاسدة، كون الشرط الفاسد عائد على غير العاقد، ولأن النبي ﷺ في حديث بريرة، أبطل الشرط، ولم يبطل العقد.²

الفرع الثالث: الشروط المقترنة بالعقد عند ابن تيمية

- القاعدة عند ابن تيمية أن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، إلا ما دل الدليل على خلافه. فإن الكتاب والسنة قد دلا على الوفاء بالعقود والعهود، ودم الغدر والنكث، ولكم إذا لم يكن المشروط مخالفا لكتاب الله وشروطه، فإذا كان المشروط مخالفا لكتاب الله و شروطه كان الشرط باطلا،³ وهذا معنى قوله ﷺ: « من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق».⁴

وأصل العقود أن العبد لا يلزمه شيء إلا بالتزامه، أو بإلزام الشارع له، فما التزمه فهو ما عاهد عليه، فلا ينقض العهد، ولا يغدر، وما أمر الشارع به فهو مما أوجب الله عليه أن يلتزمه وإن لا يلتزمه.

فما أمر الله به أن يوصل فهو إلزام من الله به، وما عاهد عليه الإنسان فقد التزمه، فعليه أن يوفي بعهد الله، ولا ينقض الميثاق إذا لم يكن ذلك مخالفا لكتاب الله، مثل أن يستحل ما حرم الله، كالذي يبيع الأمة أو يعتقها بشرط وطأها بعد خروجها من ملكه.⁵

¹ ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، (57/3، 58).

² البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، (176/3).

³ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (190/29).

⁴ سبق تخريجه 20.

⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (187/29، 188).

وقد ثبت في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال: « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ».¹ وهذا بيان أن الوفاء بالشروط في النكاح أولى منها في البيع فإذا اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله مثل أن يشترط أن يتزوجها بلا مهر أو بمهر محرم فهذا نكاح باطل...²

ومن خلال عرض أقوال المذاهب في مسألة الشروط المقترنة بالعقد نجد:

- يرى سائر الفقهاء أن الأصل في العقود والشروط الإباحة لكن هؤلاء فريقان:

1- الفريق الأول وهم الحنابلة يقولون أن الأصل في الشروط الإطلاق، فكل شرط ليس مخالف لكتاب الله أو سنة نبيه ﷺ، فهو جائز.

2- الفريق الثاني وهم المالكية والحنفية والشافعية يرون أن الأصل في الشروط التقييد، فكل شرط يخالف الشرع أو مقتضى العقد، فهو باطل، وما عداه فهو صحيح.

- أن مذهب الحنابلة وعلى التخصيص ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله أوسع المذاهب في الأخذ بحرية الاشتراط، فهم أقرب الفقه القانوني الآخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فهم يرون أن الأصل في الشروط الإباحة أو الإطلاق، فيصح كل شرط فيه منفعة أو مصلحة لأحد المتعاقدين، كاشتراط صفة معينة في المبيع أو أحد الزوجين، واشتراط منفعة في عقد البيع كسكنى الدار المبيعة بعد مدة معينة، وتوصيل المبيع لدار المشتري، واشتراط الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها، أو لا يسافر بها، أو ألا ينقلها من منزلها.³

¹ سبق تخرجه 16.

² ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ص(187/29، 188).

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (4/206).

- إذا كان الظاهرية قد أحسنوا في اعتنائهم بالنصوص، ونصرها والمحافظة عليها، وعدم تقديم غيرها عليها من رأي أو قياس أو تقليد، وأحسنوا في رد الأقيسة الباطلة، وفي بيان تناقضها، وأخذهم بالقياس، وتركهم ما هو أولى منه، ولكنهم أخطأوا ومن ضمن ما أخطأوا فيه هو اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان، حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يتم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة بطلانه، فأفسدوا بذلك كثيرا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم، بناء على هذا الأصل.¹

- اقترب المذهب المالكي من المذهب الحنبلي في حرية الاشتراط ومرونتهما في ذلك.
- ويرى الإمام محمد أبو زهرة في كتابه (ابن حنبل): (إن علم الإمام أحمد بالآثار كان يسعفه في فتح أبواب للشروط في عقود ظن غيره ممن لا يعلم السنة كعلمه أنها مغلقة، فدراسة أحمد للآثار جعلته يفهم أن منطق الفقه الأثري يوجب الإطلاق دون التقييد و المنع).²

الفرع الرابع: المقارنة والترجيح

وفي كل الأحوال يلاحظ أن جميع الشروط التي كانت تبدو تعسفية وتخل بتوازن العقد هي عند الجميع باطلة، إما لأنها تفوت المقصود من العقد، أو تجر نفعاً مفرطاً لأحد المتعاقدين، أو تجهل بالمعقود أو الثمن، (فضلاً عن الشروط المتضمنة غرراً ورباً)،³ وهنا أهم تلك الشروط التي اعتبرت باطلة حتى عند الموسعين من صحة الشروط.

1. الشروط المخالفة لموجب العقد كونها تفوت المقصود من العقد:

. كأن يشترط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، وأن يصدق في دعوى التلف وما أشبه ذلك.⁴ ومثله شرط الإعفاء من الضمان، أي نفي المسؤولية فهو يعتبر لغوا لا اعتبار له. فالشرط باطل عندما يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته.

¹ ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، (344/1).

² مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (487/1).

³ إسماعيل محمد المحاقري، المرجع السابق، ص 337.

⁴ الشاطبي، المرجع السابق، (211/1).

. أو أن يشترط البائع أن لا حق للمشتري في حظ جزء من الثمن إذا أصاب الثمر آفة. لأن ما تملكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع.¹

فإذا اشترط البائع على المشتري إسقاط حقه في الجائحة تصيب الثمر أو الزرع بعد بدو صلاحه وقبل طيبه، فهنا الشرط يلغى ويمضى بها العقد.

وعلل ابن رشد ذلك بقوله: (لندرة الجائحة، فمقتضاه أن المبيع إذا كان من عادته أن يجاح فلا يكون الحكم كذلك).²

. أو أن يشترط رب الوديعة على حافظها أن يضمن هلاكها، لأن الوديعة أمانة، فإذا تلفت بغير تفريط من المودع، فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب. هذا قول أكثر أهل العلم.³

فإذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة، فقبله أو قال: أنا ضامن لها. فسرقت، فلا شيء عليه.⁴

. أو أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع على البائع بالثمن.⁵

. أو أن يشترط ألا يباع الرهن عند حلول الحق، أو لا يستوفي الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خيف تلفه، أو كون الرهن في يد الراهن، أو أن ينتفع به المرتهن... فهذه كلها شروط فاسدة.⁶

. شرط الإعفاء من ضمان الاستحقاق،⁷ فالفقه الإسلامي يذهب إلى بطلانه لمنافاته لمقتضى العقد ولما فيه من الغرر، وكذلك فعل القانون المدني اليمني، وجميع القوانين التي استمدت أحكامها

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (177/6).

² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، (282/4).

³ ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، (257/9). والشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (382/3).

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، (257/9).

⁵ إسماعيل محمد المحاقري، المرجع السابق، ص 337.

⁶ ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، (605/6).

⁷ انظر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، (301/3، 302).

من الفقه الإسلامي.¹

2. شروط مخالفة لموجب العقد لأن فيها منفعة مفرطة لأحد المتعاقدين:

. أو كشرط أن لا يملك، ولا يتصرف، ولا يسلم،... فهذا شرط باطل.²

. أو كأن يشترط في البيع ألا ينتفع بالمبيع، أو أن ينتفع على بعض الوجوه دون البعض.³

أما إذا اشترط البائع نفعاً معلوماً في المبيع، كسكنى الدار شهراً، وحملان البعير إلى موضع معلوم، أو

يشترط المشتري نفع البائع في المبيع، كحمل الحطب وتكسيه، وخياطة الثوب وتفصيله...⁴ فهذا

الشرط صحيح بالرغم من اشتراط منفعة البائع في المبيع.

. اقتران القرض بشرط ربوي فهنا يلغى الشرط ويصح القرض.

¹ إسماعيل محمد المحاقري، المرجع السابق، ص 356، وهامش ص 356.

² ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، (3/57، 58).

³ الشاطبي، المرجع السابق، (1/211).

⁴ ابن قدامة، الكافي، المرجع نفسه، (3/60).

3. شروط مخلة بالثمن أو المعقود عليه:

- . شرط القرض في البيع هو شرط باطل مبطل للعقد، إلا إذا أسقطه المشتري.¹
- . منع اشتراط البراءة من العيوب، وهو قول الحنابلة،² والشافعية في أحد أقوالهم،³ والظاهرية،⁴
- وقول للإمام مالك في المدونة أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة.⁵
- وفي القول الثاني للشافعية شرط البراءة من العيب، صحيح على أقيس القولين ويصح العقد.⁶ وأما
- وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب، وذلك في الرقيق خاصة. وعنه
- وفي رواية ثانية أنه يجوز في الرقيق والحياوان.⁷

¹ الحطّاب، المرجع السابق، (241/6). و الشيخ أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، المرجع السابق، (107/4)، 108.

² انظر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، (303/3).

³ انظر أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م، (304/1).

⁴ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (41/9).

⁵ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، (184/2).

⁶ انظر الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (304/1).

⁷ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، (184/2).

خلاصة الفصل الثالث:

من نتائج مبدأ سلطان الإرادة حرية المتعاقدين في تضمين عقدهما ما يشاءان من شروط تحقق مصلحة لهما أو لأحدهما شريطة ألا تخالف هذه الشروط مقتضى العقد أو تتعارض مع أصل من أصول الشريعة وقواعدها العامة ذلك أن الأصل في الشروط الإباحة.

فإذا كان الشرط يقتضيه العقد أو يؤكده أو كان من الشروط التي أجازها الشارع صراحة كالأجل والخيار فهذه كلها يجب الوفاء بها أما إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد أو لا يلائمه أو نهي عنه الشارع، كأن يتضمن منفعة زائدة لا يقابلها عوض مما يؤدي إلى الربا أو كان يقتضي حرمان العاقد من حق خوله إياه المشرع فإن مثل هذه الشروط تكون غير جائزة.¹

أما عن تكييف الشروط التعسفية فتعتبر من الشروط الباطلة وحكم هذه الشروط الباطلة، أنها قد تكون شروط باطلة مبطللة للعقد، كالشرط الذي يناقض مقصود العقد، وينافي مقتضاه منفاة تامة، أو الشرط الذي يخل بالثمن، أو شرط يؤدي إلى محذور شرعي كمن باع داراً، واشترط على المشتري اتخاذها مجمعا لأهل الفساد. أو الشرط المؤدي للجهالة أو الغرر.

وهناك شروط باطلة تلغى، ويمضي بها العقد كأن يشترط البائع على المشتري إسقاط حقه في الجائحة تصيب الثمر أو الزرع بعد بدو صلاحه وقبل طيبه....

¹ فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 522.

الفصل الرابع

الشروط التعسفية في عقود الإذعان

إن النمو الاقتصادي والتطور التكنولوجي والتقدم الصناعي الهائل الذي مس جميع مناحي الحياة منذ أواسط القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، نشأ عنه بروز تكتلات وقوى صناعية ضخمة تتجاوز استثماراتها آلاف الملايين، حيث ظهرت الشركات الاقتصادية والتجارية الاحتكارية التي تفرض نفوذها الاقتصادي في المناطق التي تمارس فيها نشاطها، وتهيمن في ظل مناخ احتكاري، على الاحتياجات الأساسية للأفراد.

ونظرا للقوة الاقتصادية الكبرى التي يتمتع بها أحد أطراف التعاقد، نتيجة سلطته الاحتكارية لمنتوج أو خدمة، فإن ذلك سمح من أن يجعل من العقود التي يبرمها، عقودا غير تفاوضية.¹

إن حدوث الثورة الصناعية وما ترتب عنها من تطور في التصنيع وتركيز لآلة الإنتاج قد أفرز نوعا جديدا من العقود يأبى المناقشة والمساومة، فهي التي يملئها أحد المتعاقدين على الآخر الذي لا يملك سوى قبول العقد برمته أو رفضه برمته، وهو في كثير من الحالات لا يستطيع رفضه، بل يضطر إلى التعاقد لعدم وجود البديل ولحاجته للتعاقد، فينتكس بذلك مبدأ سلطان الإرادة، ويذهب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أدراج الرياح.

فعقود الإذعان هي التي ينفرد فيها أحد طرفي العقد بتحديد شروطه وصياغة مضمونه، ولا يملك الطرف الآخر إلى القبول دون مناقشة ومفاوضة.

وأمثلة هذه العقود كثيرة: فالتعاقد مع شركات الغاز والكهرباء والماء، ومع مصالح البريد والاتصالات، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسفن وسيارات وطائرات، وغير ذلك، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة، وعقد العمل، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان.

¹ محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005/2002، ص 212.

المبحث الأول: تعريف العقد وأقسامه

لدراسة عقود الإذعان أهمية كبيرة في دراسة هذا البحث لأنه قد ترد الشروط التعسفية في عقد الإذعان في صلب هذا العقد نفسه، أو في ملحق يلحق بالعقد الأصلي... فتعتبر عقود الإذعان المجال الخصب الذي تكثر فيه إدراج الشروط التعسفية، وسيتناول هذا الفصل التعريف بالعقد (المطلب الأول)، و الألفاظ ذات الصلة به (المطلب الثاني)، ثم بيان أقسامه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف العقد

الفرع الأول: العقد في الاصطلاح اللغوي

العقد مصدر عَقَدَ يَعْقِدُ عَقْدًا وجمعه عقود، ويطلق على عدة معان منها: الربط والشد: يقال: عقدت الحبل عقدا فانعقد. و التوكيد: يقال عقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد.¹

- والعهد: يقال: عاقده: عاهده. وتعاهد القوم تعاهدوا. ومنه قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾² قيل: هي العهود.

- والالتزام: تقول: عاقده أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته باستيثاق. والإلزام: يقال: عقد البناء بالجزء يعقده عقدا: ألزقه.

- واللزم: يقال عقد قلبه على شيء: لزمه وفي الحديث: الخيل معقود في نواصيها الخير، أي ملازم لها كأنه معقود فيها.³

ويلاحظ من هذه المعاني أنّ العرب استعملوا كلمة العقد للربط الحسبي والمعنوي، فيقال: عقد الحبل والبيع والعهد فانعقد.⁴

¹ ابن منظور، المرجع السابق، (309/9). والفيومي، المرجع السابق، (421/2).

² سورة المائدة، الآية 01.

³ ابن منظور، المرجع السابق، (309/9).

⁴ الرازي، المرجع السابق، ص186.

الفرع الثاني: العقد في الاصطلاح الشرعي

العقد عند فقهاء الشريعة له معنيان:

. معنى عام وهو الأقرب إلى المعنى اللغوي، ويراد به: (كل ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقده، وعلى غيره فعله على وجه إلزامه إياه).¹

فهو كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن.²

فمفاد هذا التعريف يتحقق بالتصرف الذي ينشئ حكماً شرعياً، سواء وجد التزام من جانب واحد في مقابلة التزام من جانب آخر كالبيع، أو كان متوقفاً تماماً على قبول الطرف الآخر كالوكالة، أو لم يقابله التزام من جانب آخر، أو لم يتوقف على قبول طرف آخر كالطلاق والنذر والإبراء من الدين.³

- معنى خاص ويراد به: (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله).⁴

يؤخذ من هذا التعريف أن العقد لا يوجد إلا بوجود طرفين (عاقدين)، وصدور ما يدل على الرضا بين المتعاقدين، واتصال إيجاب مع قبول على الوجه الذي رسمه الشارع، وتقييد الارتباط بكونه مشروعاً ينبئ باشتراط أن يكون المحل مشروعاً وأن تترتب فائدة على هذا الارتباط.⁵

¹ الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421 هـ / 2001 م، (249/2).

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (80/4).

³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص 200.

⁴ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، (2/355).
مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (291/1).

⁵ رمضان علي الشرباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003 م، ص 15، 16.

الفرع الثالث: العقد في الاصطلاح القانوني

1- عرفت المادة 54 من القانون المدني الجزائري العقد: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما).¹ ولم يرد في التقنين المصري تعريفا للعقد على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي عرفه في المادة 1101 .

2- وعرفه فقهاء القانون بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني يستوي أن يكون هو إنشاء التزام (كما في البيع)، أو نقله (كما في الحوالة)، أو تعديله (كما في إضافة ملحق له يتضمن تعديلا في بنوده)، أو إنهائه (كما في التنازل أو التنازل).² أو هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه.³

الفرع الرابع: مقارنة بين التعريف في الاصطلاح الشرعي والاصطلاح القانوني

بالنظر إلى تعريف الفقهاء في الشريعة الإسلامية وتعريف القانون المدني الجزائري، نجد أن العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية تطغى عليها النزعة الموضوعية التي تهتم بآثار العقد والتوقعات القانونية التي أحدثها مسلك المتعاقدين، بينما أخذ القانون المدني الجزائري بالنزعة الذاتية التي تهتم في تعريف العقد بعناصر تكوينه، وهي تطابق إرادة المتعاقدين وانصراف هذه الإرادة إلى إحداث

¹ هذه المادة عدلت بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 حيث كان نصها ما يلي: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما)، فلقد ورد خطأ في النص العربي للمادة 54، حيث سقطت منه بعض الألفاظ وتم التصحيح بموجب التعديل السالف الذكر ليصبح النص العربي مطابقا للنص الفرنسي.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، (1/150). وجلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2010، ص 17.

³ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الوضعي، المرجع السابق، (1/32).

آثار قانونية، أي إنشاء التزامات شخصية في جانب المتعاقدين.¹

ومما سبق يتضح أن تعريف العقد في الفقه القانوني يلتقي مع تعريفه بالمعنى الخاص عند فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث يخص القانون العقد بما يكون فيه توافق إرادتين، وعلى الرغم من سهولة ووضوح التعريف القانوني، إلا أن تعريف الفقهاء الشرعيين أدق وأحكم، لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد حدث الاتفاق بين إرادتين ويكون العقد باطلا لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل. والعقد في القانون أداة لإدراك مصلحة شخصية لكل من المتعاقدين، أما في الشريعة الإسلامية فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة.²

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، هامش ص43.

² حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص31.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالعقد

الفرع الأول: العقد والوعد

عرّف ابن عرفة¹ الوعد بقوله: (إخبار عن إنشاء المخبر مع وفاء في المستقبل)²، وعليه فالفرق بين العقد والوعد من حيث المعنى: أن العقد يتضمن إنشاء التزام في الحال والوعد في المستقبل، أمّا من حيث الحكم فهو أنّ العقد يلزم الوفاء به من العاقد ويجبر القاضي على تنفيذ من يمتنع عن القيام بما استوجبه العقد.³

وعند المالكية الوفاء بالوعد مستحب، وأنه من مكارم الأخلاق. لكن اختلف في إلزام صاحبه به قضاء على أقوال أربعة:

الأول: يقضى به مطلقاً.

الثاني: لا يقضى به مطلقاً.

الثالث: يقضى به إن كان على سبب، وإن لم يدخل الموعد بسبب الوعد في شيء، كقولك لشخص: أريد أن أتزوج مثلاً فأسلفني كذا، فيقول: نعم. فإن ذلك يلزمه ويقضى به ما لم تترك الأمر الذي وعدتك عليه.

الرابع: يقضى به إن كان على سبب ودخل الموعد بسبب الوعد في شيء، وهذا هو المشهور.⁴ وهذا القول الأخير سار عليه القانون الجزائري حيث اعتبر الوعد عقداً ملزماً متى توفرت فيه الشروط عامة التي تشترط لكل عقد، بالإضافة إلى شروط خاصة تتمثل في تحديد المسائل الجوهرية

¹ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، أخذ عن جلة منهم ابن عبد السلام، له عدة تأليف منها مختصره في الفقه، والحدود الفقهية، واختصر فرائض الحوفي وتأليف في الأصول... (ت 803هـ)، [محمد بن محمد عريف قاسم مخلوف، شجرة النور زكية في طبقات المالكية، المرجع السابق، ص 227]

² الرصاع التونسي، شرح حدود بن عرفة، 1992، (2/560).

³ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ط ت، ص 366.

⁴ الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، (6/461).

للعقد النهائي المراد إبرامه والتي تختلف بحسب اختلاف العقود كالمبيع، والتمن، في عقد البيع، وتحديد المدة الزمنية التي يجب خلالها إبرام العقد النهائي.

وعند فقهاء القانون: الوعد بالعقد هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه (ويسمى الواعد) تجاه الطرف الآخر (ويسمى الموعود له) بقبول إبرام عقد آخر (يسمى العقد الموعود به) إذا أظهر الموعود له رغبته في إبرام هذا العقد خلال مدة معينة.¹

أما في القانون المدني الجزائري فجاء في المادة 71 / 1 منه: (الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر لا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمادة التي يجب إبرامه فيها).

كما أنه يجب مراعاة الشكل، فإذا كان العقد النهائي يتطلب شكلا معينا فيجب أن يكون الوعد على هذا الشكل.² حيث تنص المادة 2/71: (وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد).

الفرع الثاني: العقد والالتزام

الالتزام عند القانونيين هو: رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر يسمى أحدهما الدائن، والآخر المدين، بموجبها يقتضي الأول من الثاني أداء مالي.³

فهو واجب قانوني يتحمل به شخص معين، يسمى المدين، ويتضمن قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل لصالح شخص آخر، يسمى الدائن، ويكون له سلطة إجباره على أدائه.⁴

بمعنى أنه يستوي فيه التصرف الذي ينتج التزاما من جانب في مقابلة التزام من جانب آخر كالبيع والإجارة، أو الذي يكون متوقفا تماما على قبول من الطرف الآخر كالوكالة والوصية على أفراد معينين، أو الذي ينتج من جانب واحد دون توقف على أي شيء كالطلاق والنذر.

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 5.

² دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 47.

³ جلال محمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص 66.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 8.

وعلى هذا فالعقد على ما قاله بعض الفقهاء مرادف للالتزام أو هما متقابلان، على أن العقد لا بد فيه من اجتماع إرادتين، والالتزام يختص بأحوال الإرادة المنفردة. وأن العقد أخص من الالتزام، على أن العقد يشترط فيه يكون الالتزام اجتماع إرادتين والالتزام أعم من ذلك.¹

الفرع الثالث: العقد والتصرف

التصرف هو: (كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، ويرتب الشرع عليه آثارا أو نتائج معينة)، والتصرف بهذا المعنى هو أعم من العقد.² فهناك تصرفات لا تتضمن معنى العقد. والتصرف نوعان:³ فعلي وقولي، فالتصرف الفعلي هو ما كان قوامه عملا غير لسانی، كإحراز المباحات، والغصب، والإتلاف، واستلام المبيع، وقبض الدين، وما أشبه ذلك، والتصرف القولي نوعان: عقدي وغير عقدي، فالتصرف القولي العقدي، هو الذي يتكون من جانبين يرتبطان، أي ما يكون فيه اتفاق إرادتين... وذلك كالبيع، والشراء، والإجارة، والشركة، وما أشبهها، وأما التصرف القولي غير العقدي فتحته نوعان: نوع يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه، أو إسقاطه، كالوقف والطلاق، والإعتاق...، وهذا النوع قد يسمى عقدا أيضا في اصطلاح فريق من الفقهاء...، والنوع الآخر لا يتضمن إرادة إنشائية منصبة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها، وذاك كالدعوى، والإقرار، والإنكار، والحلف..

الفرع الرابع: العقد والاتفاق

يرى الأستاذ السنهوري⁴ أن الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، والعقد أخص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله،

¹ مذكور محمد سلام، المرجع السابق، ص519.

² أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص82، 83.

³ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (289/1).

⁴ هو عبد الرزاق بن أحمد السنهوري (1312هـ/1391م)، كبير علماء القانون المدني، مصري الجنسية، من كتبه: (الوسيط في شرح القانون المدني)، (مصادر الحق في الفقه الإسلامي). [الزركلي، المرجع السابق، (350/3)].

ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً، أما الاتفاق فلا كون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له. فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد.¹

ثم يقول أنه لا يرى أهمية للتمييز بينهما وكان المشروع التمهيدي يورد تعريفاً للعقد لا يميز بينه وبين الاتفاق، فنصت المادة 122 من هذا المشروع على أن: (العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها).

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (149/1).

المطلب الثالث: أقسام العقود في الفقه الإسلامي وعند المشرع والفقه القانوني

لم يصنف فقهاء الشريعة الإسلامية العقود، بل عاجلوا كل عقد على حدة، وهذه التقسيمات استخلصها الفقهاء المعاصرون من خلال الأحكام التي أوردها الفقهاء القدامى في مسائلهم الفقهية.

الفرع الأول: أقسام العقود في الفقه الإسلامي

1. أقسام العقود باعتبار التسمية تنقسم إلى قسمين :

أ- عقود مسمّاة: هي ما وضع الشارع لها اسما خاصا بها، وبين أحكامها المترتبة عليها، كالبيع والإجارة والشركة والهبة ونحوها.¹

ب - عقود غير مسمّاة: هي التي لم يوضع لها اسم خاص في الشرع، ولم يرتب الشارع أحكاما خاصا بها، وإنما استحدثها الناس تبعا للحاجة، وهي كثيرة لا تنحصر، مثل عقد الاستصناع، وبيع الوفاء.²

2. أقسام العقود باعتبار وصفه الشرعي تنقسم كذلك إلى قسمين.

فينقسم العقد من حيث إقرار الشارع له، وترتيب آثاره عليه إلى صحيح وغير صحيح، ولا خلاف بين الفقهاء في هذا، ولكن نجد الخلاف على أشده في تقسيم العقد غير الصحيح، فلم يتفق الفقهاء في أقسام العقد بهذا الوصف، بل حصل خلاف كبير بين الجمهور، والحنفية، فالحنفية قسموه إلى ثلاثة أقسام، صحيح، وباطل، وفاسد.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (242/4).

² المرجع نفسه، (242 /4).

أ-العقد الصحيح هو ما استجمع أركانه واستكمل شرائطه على وجه يرتب الشارع عليه آثاره وأحكامه.¹

ب-العقد غير الصحيح ذهب جمهور العلماء من غير الأحناف إلى أن غير الصحيح قسم واحد لا ينعقد به عقد،² وهو ما كان الخلل في صيغته أو ركنه أو محله أو في العاقد، أو في أي وصف اتصل به يخرج عن مشروعيتها، أي ما كان الخلل في أصله أو وصفه، ومثاله: عقد المجنون، وعقد الصبي غير المميز، وعقد الفضولي، والتعاقد على الميتة، والتعاقد على الخمر من المسلم، أو جعله ثمنًا لسلعة، فهذه كلها عقود اعترضها ما يخرجها عن مشروعيتها، فلا تكون منعقدة.³

أما الحنفية فالعقد غير الصحيح عندهم يتنوع إلى نوعين حسب تنوع موضوع الخلل فيه، فإن كان في أصله وأركانه سمي باطلا وإن كان في وصف من أوصافه سمي فاسدا.⁴

3. أقسام العقود باعتبار المقصود منها تنقسم إلى:

3-1 عقود تملكيات: وهي التي يكون المقصود منها تملك الشيء، سواء أكان القصد تملك العين كالبيع أم تملك المنفعة كالإجارة، وسواء أكان ذلك التملك بمقابل أم بدون مقابل.⁵ ولهذا فإن عقود التملك بمقابل تنقسم إلى قسمين:

أ- عقود المعاوضات: وهي التي تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين وعلى تملك كل منها ما للآخر، سواء أكانت هذه المبادلة مال بمال، وهي تشمل البيع بجميع أنواعه بما في ذلك السلم والصرف والقرض والصلح عن إقرار، أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة مال، كالإجارة والاستصناع والزراعة والمساقاة، والمضاربة، أم كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال

¹ محمد كمال الدين إمام ، نظرية الفقه في الإسلام، المرجع السابق، ص483.

² مدكور محمد سلام ، المرجع السابق، ص606.

³ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص482.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (4/235).

⁵ الشرياصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص126.

كالزواج والخلع، أم كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع (المهايأة) فكل ما فيه معنى فهو عقد معاوضة.¹

ب- عقود التبرعات: وهي ما كان التملك فيها من غير مقابل، مثل: الهبة، والوصية، والصدقة والوقف، والإعارة.²

3-2 عقود الإسقاطات: وهي ما كان القصد منها إسقاط حق من الحقوق، سواء كان بمقابل كالخلع والطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة، وكإسقاط حق القصاص مقابل الدية، ويسمى إسقاطا غير محض، أو كان بدون مقابل كإبراء الدائن المدين والطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص بدون مقابل، والتنازل عن حق الشفعة ونحو ذلك، ويسمى إسقاطا محضا.³

4-عقود الإطلاقات: وهو تفويض لآخر بأن يقوم بعمل مع إطلاق يده في التصرف، كعقود الوكالة والإيصاء، والإذن المحجور عليه في التصرف بأن يمارس التجارة.⁴

5-عقود التوثيقات: وهي العقود التي يكون المقصود منها هو الحفظ، كعقد الإيداع، فإن المقصود فيه هو مجرد الحفظ.⁵

6-عقود الحفظ (الاستحفاظات): وهي التي يقصد بها في الأصل حفظ المال، كعقد الوديعة وعقد الحراسة.⁶

¹ الشرباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص126، 127. مذكور محمد سلام، المرجع السابق، ص598.

² القره داغي علي محي الدين، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، دار البشائر الإسلامية للطباعة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م، ص300.

³ المرجع نفسه، ص301، ومذكور محمد سلام، المرجع السابق، ص600.

⁴ كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المرجع السابق، ص489.

⁵ الشرباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص127.

⁶ كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المرجع نفسه، ص490.

4. أقسام العقود باعتبار الصفة العينية تنقسم إلى:

أ- عقود عينية: وهي التي يشترط لتمامها شرعا تسليم الشيء المعقود عليه، فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه إلا بتنفيذها، وهي الهبة والإعارة والقرض والإيداع والرهن.¹

ب- عقود غير عينية: وهي التي تتم وتأخذ حكمها بمجرد عقدها كسائر العقود الأخرى.²

5. أقسام العقود باعتبار النفاذ تنقسم إلى:

تنقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية بهذا الاعتبار إلى قسمين:

1. عقود نافذة: هو ما صدر ممن له أهلية وولاية على إصداره، كأغلب عقود الناس مثل العقد

الصادر من الرشيد في ماله، أو الولي أو الوصي للقاصر، أو الوكيل لموكله، وحكم العقد النافذ

أنه تترتب عليه آثاره فور صدوره، من غير توقف على إجازة أحد.³

2. عقود موقوفة: هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره،

كعقد الفضولي، وعقد الصغير المميز فيما يتردد بين الضرر والنفع، وحكم العقد الموقوف أنه

لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازها صاحب الشأن الذي يملك إصداره، فإن لم يجزه بطل العقد،

هذا عند الحنفية أما عند الشافعية والحنابلة فالعقد الموقوف عندهم باطل.⁴

6. أقسام العقود باعتبار اللزوم وقابلية الفسخ تنقسم إلى:

أ- العقد اللازم: هو كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبداً، أو يقبله ولكن لا يملك

أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك.⁵

¹ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (574/1).

² المرجع نفسه، (574/1).

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (240/4).

⁴ المرجع نفسه، (235/4).

⁵ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص501.

والعقد اللازم نوعان:

- نوع لا يقبل الفسخ أبداً حتى ولو اتفق الطرفان على ذلك، وهذا لكون طبيعة العقد تقتضي اللزوم، ومثاله الطلاق على مال والخلع.

- نوع يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك كالبيع والإجارة.¹

ب- العقد غير اللازم: وهو كل عقد يكون فيه لكل من المتعاقدين حق الفسخ دون رضا الآخر.²

واللزوم قد يكون بالنسبة لطرف واحد، وقد يكون بالنسبة لطرفين.³ فمثال الأول عقد الرهن فإنه بعد تمامه يكون لازماً في حق الراهن فلا يجوز فسخه إلا برضا المرتهن، أمّا بالنسبة للمرتهن فهو غير لازم فله حق الاستقلال بفسخه.

ومثال الثاني الشركة فكل من الشريكين له فسخ العقد متى شاء رضي الشريك أم لم يرضى، وإن كان لا يثبت الفسخ إلا من تاريخ علم الشريك الآخر.

7. أقسام العقود باعتبار الصيغة المنشئة لها تنقسم إلى:

أ- العقد المنجز: وهو ما كان بصيغة تفيده وجود العقد ووجود أحكامه في الحال، كعقود الزواج وعقود البيع، فهي عقود لا تنعقد إلا بصيغة تفيده وجودها وترتب آثارها بمجرد تمام الصيغة، أي بمجرد اتصال الإيجاب بالقبول.⁴

ب- العقد المضاف: وهو ما كانت صيغته تفيده وجود العقد في الحال وتفيد أيضاً تراخي آثاره إلى زمن المستقبل، كأن يستأجر دار على أن يبدأ سكنها بعد شهر، أو بعد انتهاء التأثيث، فالعقد

¹ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص 501.

² المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 271.

³ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع نفسه، ص 502.

⁴ كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المرجع السابق، ص 490.

هنا تم ولكن آثاره تأخرت إلى زمن المستقبل، فليس للمستأجر السكن إلا بعد شهر، وليس للمؤجر المطالبة بالأجرة إلا بعد حلول الموعد المتفق عليه.¹

ج-العقد المعلق: هو الذي ربط وعلق وجوده على حصول أمر آخر بأدوات ما صدر معلقا وجوده على أمر آخر بأداة من أدوات الشرط أو فيما معناها، مثل إن، وإذا، وكلما، وما أشبه، ومثاله أن يقول: إن نجحت في الامتحان فأنت وكيلني في بيع أرضي هذه.²

ويختلف المعلق على شرط عن المضاف للمستقبل في أنّ العقد المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه. أما المضاف إلى المستقبل فهو منعقد في الحال، ولكن آثاره لا يسري مفعولها إلا في المستقبل المضاف إليه.³

وتنقسم العقود من حيث قبولها للتعليق إلى ثلاثة أقسام:

أ- عقود لا تقبل التعليق وهي كل عقود التمليكات وعقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع وعقود التبرعات.

ب- عقود تقبل التعليق بأي شرط مطلقا وهي عقود الإسقاطات المحضة كالطلاق، والتنازل، والوكالة، والإيضاء، والوصية.

ج- عقود يصح تعليقها بالشرط المتعارف عليه، أو الشرط الملائم والمناسب للعقد ومثالها عقود الكفالة، والإمارة، والقضاء، وغير ذلك...⁴

¹ كمال الدين إمام ، نظرية الفقه في الإسلام ، المرجع السابق، ص490.

² بدران أبو العينين بدران ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد ، المرجع السابق، ص491.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (4/248).

⁴ كمال الدين إمام ، نظرية الفقه في الإسلام ، المرجع نفسه ، ص491.

8. أقسام العقود كون المعقود عليه مالا أو غيره تنقسم إلى:¹

- أ- عقد مالي من الطرفين: كالبيع والسلم والإجارة والمضاربة ونحوها.
- ب- عقد غير مالي من الطرفين: كما في عقد الهدنة، وعقد القضاء.
- ج- عقد مالي من أحد الطرفين: كالنكاح والخلع والصلح عن الدم والجزية.

8. أقسام العقود باعتبار اشتراط اللفظ أو عدمه تنقسم إلى:²

- أ- ما لا يشترط فيه القبض: لا في صحته، ولا في لزومه، ولا في استقراره، مثل النكاح، والحوالة، والوكالة، والوصية، والجماعة.
- ب- ما يشترط القبض في صحته: مثل الصرف كبيع الدرهم بدرهم، حيث يجب القبض في مجلس العقد.
- ج- ما يشترط القبض في لزومه: كالرهن.
- د- ما يشترط القبض في استقراره: كالبيع والسلم، والإجارة..

الفرع الثاني: أقسام العقود عند المشرع وفي الفقه القانوني

تنقسم العقود إلى العديد من التقسيمات بحسب وجهة النظر المعتمدة ولعل أهم هذه التقسيمات هو الآتي:

1. تقسيم العقود بحسب تنظيم أو عدم تنظيم المشرع لها: العقود المسماة والعقود غير المسماة.

¹ القره داغي علي محي الدين، المرجع السابق، ص 299.

² القره داغي علي محي الدين، المرجع السابق، ص 299، 300.

فالعقد المسمى: (هو العقد الذي تولى المشرع تسميته وتعريفه وتنظيم أحكامه).¹ سواء ورد هذا التنظيم في صلب القانون المدني أو في غيره من القوانين، والمشرع لا يفعل ذلك عادة إلا بصدد العقود المشهورة جدا والتي استقرت أحكامها.²

وقد نظم القانون المدني الجزائري إحدى وعشرون عقدا قسمها إلى خمسة طوائف هي:

أ – العقود المتعلقة بالملكية، وهي البيع، المقايضة، الشركة، القرض الاستهلاكي، الصلح. (من المادة 351 إلى المادة 466).

ب- العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، وهي الإيجار، العارية، (من المادة 467 إلى المادة 548).

ج- العقود الواردة على العمل، وهي المقاولة، التسيير، الوكالة، الوديعة، الحراسة (من المادة 549 إلى المادة 611).

د- عقود الغرر، وهي القمار والرهان، والمرتب مدى الحياة، التأمين، الوكالة، الوديعة، الحراسة (من المادة 612 إلى المادة 625).

هـ- عقود التأمينات الشخصية والعينية، وهي الكفالة وقد أفرد لها المشرع بابا خاصا (من المادة 644 إلى المادة 673)، الرهن الرسمي (من المادة 882 إلى المادة 936)، الرهن الحيازي (من المادة 948 إلى المادة 981).

ومن أمثلة العقود المسماة التي نظمت في غير القانون المدني، عقد الوصية (من المادة 184 إلى المادة 201)، عقد الهبة (من المادة 202 إلى المادة 212)، من قانون الأسرة. وعقد

الوقف.³

أما العقد غير المسمى: فهو العقد الذي لم يخصه المشرع باسم معين، ولم يورد له تنظيم

¹ فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 75.

² جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 19.

³ قانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 22 ماي 2001 يعدل و يتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في: 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف.

خاص ومن أمثلته عقد النشر، عقد النزول في فندق، عقد الإعلان، وهذه الطائفة من العقود لا حصر لها لأن الأفراد يستطيعون أن يبرموا ما شاء لهم من عقود في حدود النظام العام والآداب العامة، بحيث إذا ذاع انتشار عقد ما فإن المشرع يقوم بتنظيمه، ليصبح من العقود المسماة.¹

2. تقسيم العقود من حيث مدى كفاية الرضا لانعقادها: عقود رضائية، عقود شكلية، عقود عينية.

العقد الرضائي: هو الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي، أي مجرد تطابق الإرادتين فيه، أي كانت وسيلة التطابق كتابة أو شفاهة، أو إشارة.

والرضائية هي القاعدة في القانون المدني الجزائري ما لم يقض بغير هذا نص خاص.² وهذا من خلال المادة 59 ق م ج التي تنص: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون إخلال بالنصوص القانونية). وتؤكد أحكام هذا المبدأ المادة 60 من نفس القانون التي تنص: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

ومن أمثلته البيع، والإيجار، والقرض والوديعة، والوكالة.

¹ انظر جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 20. و فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 76.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2008، (47/1).

أما العقد الشكلي: فهو العقد الذي يشترط لانعقاده . إضافة إلى ركن التراضي . احترام شكلية معينة.¹

ومن أمثلة العقود التي يتطلب المشرع لانعقادها ضرورة إفراغها في محرر رسمي عقد لرهن الرسمي (المادة 883 ق م ج)، وعقد هبة العقار حيث تنص المادة 206 من قانون الأسرة: (تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم الحيازة، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة بالمنقولات و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة)، كذلك عقد الكفالة حيث تنص المادة 645 ق م ج على : (لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ..).

ومثل ما قرره المشرع في المادة 418 مدني جزائري التي تنص: (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا...).

أما العقد العيني: فهو العقد الذي يشترط لانعقاده -زيادة على التراضي -تسليم الشيء محل العقد.² مثل عقد الوديعة (المادة 590 ق م ج). والعقد العيني ماهو إلا عقد شكلي.

3 العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب احد

العقد الملزم للجانبين أو التبادلي هو الذي ينشأ، منذ إبرامه التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، بحيث يكون كل منهما دائئا ومدينا في ذات الوقت.³

وعرفه المشرع في (المادة 55 ق م ج) كما يلي: (يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا).

¹ فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص67.

² المرجع نفسه، ص68.

³ انظر جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 25. و فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع نفسه، ص57.

ومثاله الواضح عقد البيع، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمائه، وفي ذات الوقت يكون دائما بالثمن، في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن، وفي نفس الوقت يكون دائما للبائع بنقل الملك والتسلم والضمان، وكذلك الحال في عقد الإيجار والقرض والعارية والشركة ...

فالعقد الملزم لجانب واحد هو : هو الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب واحد، أي أن يكون أحد الطرفين مدينا وآخر دائن.¹ وهو مما نصت عليه (المادة 56 ق م ج): (يكون العقد ملزما لشخص أو عدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخريين دون التزام من هؤلاء الآخريين).

فهو ذلك الذي منذ إبرامه، لا ينشئ إلا التزامات في ذمة أحد المتعاقدين فقط دون المتعاقد الآخر، بحيث يكون أحد طرفيه دائما غير مدين، ويكون الطرف الآخر مدينا غير دائن، مثال ذلك عقد الهبة، حيث يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه، ولا يلتزم الموهوب له بشيء. فعرفها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 202: (الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشرط).

وينبغي عدم الخلط هنا بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانوني الصادر من جانب واحد (أو التصرف بالإرادة المنفردة)، فالأول باعتباره عقد لا ينشأ إلا باتفاق إرادتين، ولكن لا يرتب التزامات إلا في ذمة أحد الطرفين دون الآخر (كالوصية والوقف والوعد بجائزة) فهو يتم بإرادة واحدة أو منفردة.

4. عقود المعاوضة وعقود التبرع

أما عقد المعاوضة: هو ذلك الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطي أو لما التزم به، أو هو ذلك العقد الذي يتحصل فيه المتعاقد على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه، بحيث لا يفتقر عند تنفيذ ما التزم به، فالبائع مثلا لا يفتقر لأنه يتحصل على الثمن الذي يعوض قيمة

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، (48/1).

المبيع.¹ ونصت عليه (المادة 58 ق م ج): (العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما).

ومثاله كذلك الإيجار والشركة والصلح والتأمين...

أمّا عقد التبرع: فهو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطي أو التزم به، كعقد العارية، والهبة والوديعة والوكالة إذا كانت دون مقابل، والقرض دون فائدة.

5. العقود المحددة والعقود الاحتمالية (عقود الغرر)

تعرض المشرع للعقد المحتمل في المادة 1/57 ق م ج حيث جاء فيها : (يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح، أو يفعل له)، ويخلط هذا التعريف الذي نقله المشرع حرفيا عن نص المادة 1104 من ق م الفرنسي بين العقد المحدد والعقد التبادلي أو الملزمين للجانبين الذي سبق تعريفه، فالعبرة في العقد المحدد هو بعلم كل متعاقد وقت التعاقد بالمقدار الذي يعطيه والمقدار الذي يأخذه بمقتضى هذا العقد.²

فالعقد المحدد: هو الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي مقدار ما يأخذ عند التعاقد، ومثاله عقد البيع بثمن محدد.³

أما العقد الاحتمالي أو عقد الغرر: فهو الذي لا يعرف أحد أطرافه تحديد مقدار ما يأخذ أو ما يعطي.⁴

¹ انظر جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 27. و فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 64.

² انظر علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 61.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 م، ص 16.

⁴ المرجع نفسه، ص 16.

ونصت عليه المادة 2/57 ق م ج: (إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح، أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر). ومثاله عقد القمار وعقد الرهان. فالمشترك في القمار أو الرهان لا يدري كم سيعطي من المبالغ المالية لأجل الحصول على المقابل، والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين ...

6. العقود الفورية وعقود المدة أو العقود الزمنية

فالعقد الفوري: هو ذلك الذي يولد التزامات يمكن بطبيعتها أن تنفذ دفعة واحدة، بحيث لا يتدخل عنصر الزمن لتحديد مقدار الأداء في أي منها، مثال هذا عقد البيع، فالالتزام البائع بنقل الملكية، والتزام المشتري بدفع الثمن، كلاهما قبل التنفيذ دفعة واحدة وليس للزمن بحكم طبيعة هذا العقد دخل في هذا التنفيذ.¹

ولكن تأخير التأجيل إلى أجل أو آجال متتابعة بإرادة المتعاقدين المحضة لا ينال حتما من طبيعة العقد، فبيع سيارة يتم تسليمها بعد (6) أشهر من يوم إبرام العقد لا ينال من الطبيعة الفورية للعقد، لأن عملية البيع لا تقتضي في حد ذاتها هذا الأجل من جهة، ولأنه لا يؤثر على مقدار التزام المشتري ولا البائع من جهة أخرى، حيث يبقى هذا الأخير ملزما بتسليم سيارة من نوع معين في أجل معين مقابل ثمن معين، وإن طال هذا الأجل أو قصر فإنه لا يغير من التزامات الطرفين، ولا يعتبر عامل الزمن في هذه الحالة عنصرا جوهريا بالعقد، وإنما هو عنصر عرضي فقط.²

أما عقد المدة: فهو العقد الذي يعد عنصر الزمن فيه جوهريا، إذ به يتحدد أداء الأطراف كما في عقد الإيجار وعقد العمل، فالأجر يقاس بالوحدة الزمنية التي يتطلبها تنفيذ العقد.

¹ انظر جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 27. فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 64.

² انظر علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع نفسه، ص 69.

7. العقود من حيث مساواة المتعاقدين هي عقود مساواة أو حرة وعقود إذعان

فالعقد الحر هو الذي يتم بعد مفاوضات حرة بين طرفيه تستند إلى مساواة قانونية وفعالية بينهما، بحيث يتمتع كل منهما بحرية مناقشة شروط العقد وتحديد مضمونه، دون أن يفرض أي منهما إرادته على الآخر في هذا الشأن.¹

فالعقد الحر يعتبر إذن وليد المفاوضات المعبرة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لذا فهو يسمى كذلك بالعقد التفاوضي أو عقد المساومة، حيث ينعقد مسبقا بمفاوضات أو مساومات تسفر عن صياغة مشتركة لمضمونه ومحتواه.²

أما عقد الإذعان فهو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة.³ وهذا ما سأتناول في المبحث الآتي. وبالنظر إلى تصنيفات العقود في الشريعة والقانون يلاحظ أنها أوسع مجالا وأدق تفصيلا في الشريعة على ما هي عليه في القانون.

¹ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 14.

² جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، (1/ 65، 66).

³ لعشب محفوظ بن حامد، عقود الإذعان في القانون الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990م، ص 31.

المبحث الثاني: ماهية عقود الإذعان

هذا المبحث يتناول التعريف بعقود الإذعان وطبيعتها (المطلب الأول)، ثم يتناول تمييز عقد الإذعان عن غيره من العقود المشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بعقود الإذعان وطبيعتها

الفرع الأول: الإذعان في الاصطلاح اللغوي

أذعن له خضع وذل.¹

قال الله تعالى: ﴿وَأِنْ يَكُنْ هُمْ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾²، قال ابن الأعرابي³: مدعين مقرّين خاضعين، والإذعان في اللغة الإسراع مع الطاعة، قيل مدعين مطيعين، وقيل منقادين، والإذعان: الانقياد.⁴

و هو المعنى الذي يتناسب مع طبيعة هذا البحث.

الفرع الثاني: الإذعان في الاصطلاح القانوني

وردت في تعريف عقد الإذعان⁵ تعاريف عديدة جدا يقتصر فيها على ما يلي:

¹ الرازي، المرجع سابق، مادة (ذ ع ن)، ص39.

² سورة النور، الآية رقم49.

³ أحمد بن محمد بن زياد بن بشر بن درهم، الإمام المحدث من علماء الصوفية (ت340هـ) بمكة، من آثاره (طبقات النساك)، [ابن عساكر، تاريخ مدينة دمشق، دار الفكر، بيروت، 1995، (353/5)]. شمس الدين محمد بن عثمان الذهبي، المرجع السابق، (407/15).

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، مادة (ذ ع ن)، (172/13).

⁵ يسميها فقهاء القانون الفرنسيون بعقود الانضمام (contrats d'adhésion) وهذه تسمية ابتدعها سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة. ويكاد يجمع فقهاء القانون أن السنهوري رحمه الله هو أول من أطلق عليها مصطلح عقود الإذعان، وقد تبعه في ذلك معظم الفقه والقضاء وحتى القضاء الفرنسي.

التعريف الأول: وضع المشرع الجزائري نصوصا تحكم عقود الإذعان مثل نص المادة 70 ق م ج التي عرفت القبول في عقود الإذعان بأنه: (يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها).

و تنص المادة 110 ق م ج على أنه: (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).

التعريف الثاني: تعريف الفقيه ساليبي الذي يجمع كل الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للإذعان الذي يرى أن: (عقود الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد).¹

التعريف الثالث: تعريف جان غستان صاحب المطول في القانون المدني: (انضمام لعقد نموذجي حرر بصورة انفرادية من أحد الأطراف، وينضم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله).²

التعريف الرابع: الأستاذ السنهوري لم يتطرق إلا للقبول في عقود الإذعان ويقول: (قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان).³

¹ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 23.

² المرجع نفسه، ص 25.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (1/244).

التعريف الخامس: تعريف لعشب محفوظ: (فهو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة).¹

التعريف السادس: تعريف حسام الدين الأهواني بأنه: (العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا بصورة مجردة وعامة قبل الفترة العقدية).²

ومن جملة هذه التعاريف يتضح أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية:

1. تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.³

أي أن يتعلق موضوع العقد بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأساسية ليس للفرد فقط وإنما هي كذلك لعامة الناس، بحيث يلحق بهم الأذى والضرر في حياتهم إذا استغنوا عنها، أما إذا كانت السلعة أو الخدمة ليست من الضروريات، فلا يعتبر العقد عقد إذعان، وطبعا تكييف السلعة أو الخدمة من الضروريات مسألة واقع.

2- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكار قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.⁴

أصبح العمل واسعا بعقد الإذعان في المجتمع المعاصر تماشيا مع التطور الاقتصادي، وما واكبه من نشوء مؤسسات وشركات وأشخاص يتحكمون في جمهور المستهلكين بما لهم من احتكار وسلطة على السلع والخدمات، والتي لا غنى لجمهور المستهلكين عنها.⁵

¹ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 31.

² حسام الدين كمال الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص 79.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (1/245).

⁴ المرجع نفسه، (1/245).

⁵ محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 212.

فالمتعاقد مع الشركات الاحتكارية يكون مضطراً للتعاقد معها، لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو خدمة أو مرفق عام من ضروريات الحياة. فهو من الناحية العملية مجبر على التعاقد معها دون مناقشة أو مساومة فشروط العقد تملى عليه إملاءً.

والاحتكار القانوني (Monopole de droit) مصدره نصوص القانون كعقد التزام المرافق العامة، ومن أمثله النقل بالسكك الحديدية وتوريد المياه والغاز والكهرباء.¹

أما الاحتكار الفعلي (Monopole de fait) فينشأ عن تكتل المنتجين لسلعة أو خدمة لتوحيد شروط التعاقد مع عملائهم، ومن أمثله التأمين بشتى أنواعه، والنقل البحري وبيع السيارات الجديدة.²

3. صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة، ويغلب أن تكون مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لصالح الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر.³

ويلاحظ بعد النظر في المعنيين اللغوي والاصطلاحي لعقد الإذعان، نجد أن التعريفات الاصطلاحية تدور حول المعنى اللغوي الواضح للإذعان، من حيث الانقياد والخضوع والطاعة.⁴

الفرع الثالث: الإذعان في الاصطلاح الشرعي

اقتصر فقهاء الشريعة المعاصرين في تعريفهم لعقد الإذعان على تعريفات فقهاء القانون، لكون عقود الإذعان من العقود المستحدثة التي ظهرت في الفقه الغربي ولم تكن معروفة بهذا الشكل في الفقه الإسلامي.

فعره الدكتور قطب سانو بأنه: (عقد يقوم على اتفاق يضعه أحد طرفي العقد ويوجب

¹ حسام الدين كمال الأهواني، المرجع السابق، ص 112.

² محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 25.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (1/245).

⁴ منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008، ص

على الطرف الآخر قبوله مطلقاً أو رفضه مطلقاً، ولا تكون هناك مساومة بين الأطراف حول بنود العقد).¹

وعرفه الدكتور محمد علي القرني بن عيد بأنه: (العقد الذي تكون فيه الصيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على أتمودج نمطي للعقد يعقده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه).²

الفرع الرابع: طبيعة عقود الإذعان

انقسم فقهاء بصدد هذه المسألة إلى فريقين أساسيين.

أما الفريق الأول: فينكر على هذه العقود طبيعتها التعاقدية.

ومن ثم فهي عقود ليست حقيقية، وهذا الفريق يرى في عقود الإذعان مركزاً قانونياً منظماً تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها،³ فالعقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هذا فالقبول مجرد إذعان وانقياد ورضوخ.

ومن هنا يجب أن يفسر الإذعان، كما يفسر القانون أو اللائحة وأن يطبق تطبيقاً تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية.⁴

وهذا القول قال به فقهاء القانون العام أمثال ساليي وديجيه وهوريو.

أما الفريق الثاني فيرى أنها عقود حقيقية تتم بتوافق إرادتين.

والقائلين بهذا هم من غالبية فقهاء القانون المدني، فهي تخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومادام أن توافق الإرادتين موجود، فإننا نكون بصدد عقد بمعنى الكلمة، حيث لا يشترط

¹ قطب سانو، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية، العدد 14، 1425هـ/2004م، (3/333).

² محمد علي القرني بن عيد، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، (3/308).

³ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع سابق، ص 42.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (1/247).

في العقد تساوي طرفيه من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية.¹
فمهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية.
2

فيحوز أن يستقل أحد الطرفين بوضع شروط العقد تاركا للمتعاقد الآخر حرية الرفض أو القبول،
كذلك بالرغم من أن الطرف الضعيف سيحرم من هذه السلعة أو الخدمة، لكن هذا لا يمنع هذا
الأخير من أن يرفض التعاقد.

المطلب الثاني: تمييز عقد الإذعان عن غيره من العقود المشابهة

الفرع الأول: تمييز عقد الإذعان عن العقد الجبري (contrat impose ou force)

يمكن تعريف العقد الجبري، بأنه العقد الذي يفرض على الشخص إما التعاقد في ذاته أو التعاقد
مع شخص معين إذا أراد إبرام العقد، ومنا هنا سمي هذا العقد بالعقد الجبري، حيث أنه يجبر
الشخص إما على إبرام عقد معين، أو على التعاقد مع شخص معين إذا رغب في إبرام العقد، بل
إن القانون قد يجبر الشخص على إبرام عقد معين ومع شخص معين، بحيث تنعدم حرته في إبرام
العقد بالإضافة إلى عدم تمتعه بالحرية في اختيار شخص المتعاقد.³

والمثال على العقد الجبري الذي يفرض على الشخص العقد ذاته، عقد التأمين من
المسؤولية عن حوادث السيارات، فالقانون يفرض على كل مالك لسيارة أن يبرم عقد
تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية التي تنجم عن أي حادث بسببها.

والمثال على العقد الجبري الذي يفرض على الشخص أن يتعاقد مع شخص معين مع تمتعه بالحرية
في أن يتعاقد أو لا، حق الشفعة، فالمالك حر في أن يبيع عقاره أو لا يبيعه، ولكنه إذا أراد بيعه
فإن القانون يفرض عليه في أن يتعاقد مع الشفيع إذا رغب الأخذ بالشفعة (المادة 794 ق م

¹ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 64.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (247/1).

³ محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 90.

(ج).

وإذا كان عقد الإذعان يتفق مع العقد الجبري في أنهما يتضمنان اعتداء على الحرية التعاقدية، بحيث لا يكون مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه وإنما مقيدا أو منعدما، إلا أنه يظل هناك فارقا واضح بينهما، لأن مصدر الإجمار في العقد الجبري هو القانون، في حين أن مصدر الإجمار في عقد الإذعان ناتج عن إرادة الطرف الذي يتمتع بمركز قوي فيه.

الفرع الثاني: تمييز عقد الإذعان عن العقد النموذجي

عرف جان غستان العقود النموذجية بأنها: عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها.¹ وعرفها أيمن سعد سليم بأنها صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من أحد الأشخاص، تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها، وذلك باتفاق أطراف هذا العقد.² وتختلف العقود النموذجية عن عقود الإذعان في أن العقود النموذجية لست عقدا بالمعنى الدقيق فهي عبارة عن صياغة ملزمة من شخص معين يلزم شخصا آخر أن يضع العقود التي تحمل نفس موضوعها الصادر في المستقبل على شاكلة تلك الصياغة النموذجية، وعقود الإذعان كما رأينا عبارة عن عقود حقيقية تلتقي فيها إرادتان على إحداث أثر قانوني معين. وهذا لا يمنع من استخدام عقود الإذعان في عقود نموذجية كوسيلة لفرض الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لكن عقود الإذعان لا تقتصر على العقود المكتوبة فقط، وإنما يلحق وصف الإذعان حتى على العقود التي تتم شفاهة. كذلك فإن العقود النموذجية تعتبر من عقود المساومة لتمتع المتعاقد بحرية في مناقشة شروط العقد، أما في عقد الإذعان فتحريز شروط العقد ينفرد به أحد المتعاقدين ليفرضه على المتعاقد الآخر.

¹ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، المرجع السابق، ص 12.

² المرجع نفسه، ص 12.

المبحث الثالث: التكييف الشرعي لعقود الإذعان

يقول السنهوري: (لا نتظر أن نجد في الفقه الإسلامي ما نراه في الفكر الغربي الحديث في صدد عقد الإذعان. فإن النظم الاقتصادية قد تطورت تطورا كبيرا، وأصبحنا في النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة وللبيع الضرورية، ونعرف معها شركات الغاز والنور والكهرباء والمواصلات والنقل والتأمين والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل و العمال وغير ذلك. ثم لا ننسى أن فكرة عقد الإذعان في الفقه الغربي لم تنبثق إلا منذ عهد قريب).¹

وقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في تكييف عقد الإذعان، فمنهم من اعتبره شبيها لعقد المكره، ومنهم من شبهها بعقود المعاطاة ومنهم من اعتبره أنه بيع المضطر...، واعتبره بعض الفقهاء عقدا مستقلا مستحدثا قائما بذاته.

المطلب الأول: عقود الإذعان وعقد المكره

عند المالكية: قال مالك: (لا يجوز على المكره طلاق ولا نكاح ولا غيره، ولو أكره على يمين بطلاق أو بعتق أو غيره لم يلزمه، ولو كان إنما أكره على الحنث، لم يلزمه. قال: والتهديد بالضرب وإن قل والسجن إكراه...)².

فإن أجبر عليه جبرا حراما يعني إذا كان شرط لزوم البيع التكييف ممن أجبر عليه أي على البيع جبرا حراما، إما أن يكون على البيع نفسه أو يكره على دفع مال ظلما فيبيع متاعه لذلك... فلا يلزمه، لانتفاء شرط لزومه الذي هو التكييف لأن المكره غير مكلف،³ قال تعالى:

¹ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (56/1).

² أبو زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيره من الأمهات، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999، (95/5).

³ الخطّاب، المرجع السابق، (41/6).

﴿.. إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ..﴾¹ ، وقوله ﷺ : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مِّسْلَمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ ».²

والجبر الشرعي كجبر القاضي المديان على البيع للغرماء، سواء كان السلطان يرد المال على من أخذه أو يأخذه لنفسه كالمضغوط في دين لزمه.. ويعبر على المذهب على هذه المسألة بمسألة بيع المضغوط أو المكره.³

وظاهر كلام ابن رشد أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بما إذا أكره على دفع المال فباع لذلك ونصه: ولا يلزم بيع المجبور عن البيع جبراً حراماً ويخير فيه المكره بعد إذنه، فإن أجازه جاز وإلا بطل.⁴

عند الحنفية: الإكراه اسم لفعل المرء بغيره، فينتفي رضاه أو يفسد به اختياره، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره، أو يسقط عنه الاختيار.⁵ فبيع المكره ينعقد فاسداً لعدم الرضا الذي هو شرط النفاذ، وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد.⁶

عند الشافعية: والمكره هو من اجتمعت فيه ثلاثة شروط:⁷

¹ سورة النساء، الآية رقم: 29.

² الدر اقطني، سنن الدر اقطني، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين، كتاب البيوع، رقم الحديث: 2885، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ/2004م، (424/3)، أحمد، المسند، كتاب أول مسند البصريين، باب عمرو بن يثري، رقم الحديث: 20170.

³ الخطّاب، المرجع السابق، (41/6).

⁴ وقال ابن عرفة: (وبيع المكره عليه ظلماً لا يلزمه)، وقال ابن كنانة: (بيعه لازم لأنه غير مفسوخ)، ونقله أيضاً البرزلي وقال به السيوري واللحمي، وقال ابن عرفة: وبيع قريب المضغوط لفكاحه من عذاب كزوجة وولده وقربيه لازم. انظر أبي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي، المعروف بالخطّاب، المرجع السابق، (45/6).

⁵ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، (38/24).

⁶ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ/2003م، (12/7).

⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق محمد علي معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994، (231/10).

1. أن يكون قاهرا كالسلطان أو سيدا.
 2. أن يغلب في النفس بالأمارات الظاهرة أنه سيفعل عند الامتناع من إصابة ما يتوعده به.
 3. أن يكون مكرها بظلم.
- وأما الإكراه فيكون بإدخال الضرر والأذى البين على المكره ويكون بالقتل أو الجرح أو الضرب أو الحبس أو أخذ المال أو النفي عن بلده أو السب والاستخفاف.
- أما المكره فيعتبر فيه ثلاثة شروط هي:
1. أن لا يقدر على دفع الإكراه عن نفسه إلا بالهرب فإن قدر على الهرب لم يكن مكرها.
 2. أن يعلم إنه إن خوف المكره بالله تعالى لم يخف لعتوه وبغيه، فإن علم أنه إن خوفه بالله تعالى خاف وكف فليس بمكره.
 3. أن لا يكون له ناصر يمنع منه ولا شفيع يكفه عنه، فإن وجد ناصرا أو شفيعا فليس مكره.
- وعند الشافعية المكره على البيع، إن كان إكراهه بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف، فإن كان بحق صح، وصورة الإكراه على حق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه فيمتنع من بيعه بعد امتناع الملك من الوفاء والبيع.¹
- فلا يصح عقد مكره في ماله بغير حق لعدم رضاه، ويصح بحق كأن توجه عليه بيع ماله لوفاء دين فأكرهه الحاكم عليه.²
- عند الحنابلة:** لا يكون مكرها حتى ينال بشيء من العذاب، مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه.³

¹ انظر النووي، المجموع، المرجع السابق، (189/9).

² سليمان بن محمد بن عمر، البيجيري على الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ / 1996، (3/289).

³ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (351/10).

فإن أكره على بيع غير واجب لم يصح، لعدم الرضا المشترك، وإن أكره على بيع واجب صح.¹

عند الظاهرية: هو كل ما سمي في اللغة إكراها وعرف بالحس أنه إكراه، كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به، والوعيد بالضرب كذلك. أو الوعيد بالسجن كذلك. أو الوعيد بإفساد المال كذلك. أو الوعيد في مسلم غيره بقتل أو ضرب أو سجن، أو إفساد مال.² والإكراه ينقسم قسمين، إكراه على كلام، وإكراه على فعل، فالإكراه على الكلام لا يجب به شيء وإن قاله المكروه كالكفر والقذف والإقرار... والإكراه على الفعل ينقسم قسمين، أحدهما كل ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب فهذا يبيحه الإكراه لأن الإكراه ضرورة فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه لأنه أتى مباحا له إتيانه، والثاني ما لا تبيحه الضرورة كالقتل، والجراح، والضرب وإفساد المال فهذا لا يبيحه الإكراه فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان...³

ولا يحل بيع من أكره على البيع.⁴ لقوله ﷺ: « إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكروهوا عليه».⁵

من خلال ما سبق يتضح أن عقد الإذعان وعقد الإكراه يختلفان في أن المكروه يستخدم قوته ليجبر الطرف الثاني على التعاقد من غير وجه حق، باستخدام وسائل التهديد، لكن هذا العقد لا يشبه عقد الإذعان، فلا يوجد في عقد الإذعان تهديد ولا إجبار مادي، والطرف الضعيف يتعاقد باختياره ورضاه.

فلا توجد علاقة قوية بينهما، إلا أنه يوجد بينهما اتفاق يتمثل في فقدان أحد الطرفين

¹ ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، (6/3).

² ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (330/8).

³ المرجع نفسه، (329/8، 330).

⁴ المرجع نفسه، (21/9).

⁵ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكروه والناسي، رقم الحديث: 2043، (444/3). و البيهقي، السنن الكبرى، في باب ما جاء في طلاق المكروه، حديث رقم: 15094، بلفظ «إن الله تجاوز عن أمتي...»، (584/7).

للمرضا والاختيار، ولكن الذي يفقد الرضا في عقد الإذعان هو المشتري، والذي يفقده عند الإكراه هو البائع والمشتري.

المطلب الثاني: عقود الإذعان وبيع المعاطة

بيع المعاطة أو بيع المراوضة هو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول، وقد يوجد لفظ من أحدهما، مثل أن يأخذ المشتري المبيع، ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة، سواء كان المبيع حقيرا أم نفيسا.¹

وذهب المالكية²، والحنابلة³ و الحنفية⁴ إلى أن التعاقد بالمعاطة جائز. وهو ما ذهب إليه ابن تيمية كذلك لأن الشرع لم يشترط لفظا معينا، ولا فعلا معينا يدل على التراضي، وعلى طيب النفس، ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة.⁵

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (4/350).

² يرى المالكية أنه عن حصل الرضا بمعاطة بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم أو إشارة ولو في الخفريات لزم البيع فيها. أبي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطّاب، المرجع السابق، (12/6)، و الشيخ أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدر دير، المرجع السابق، (4/4).

³ يقول ابن قدامة: (لم ينقل عن النبي ﷺ، ولا عن أصحابه مع كثرة البيع بينهم، استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في مبيعاتهم لنقل نقلا شائعا، ولو كان ذلك شرطا، لوجب نقله، ولم يتصور عنهم إهماله والغفلة عن نقله، ولأن البيع مما تعم به البلوى، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ بيانا عاما). انظر موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (8/6).

⁴ وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعا، فكان التعاطي في كل ذلك يبيعا فكان جائزا،... وذهب بعض الحنفية كالكرخي والقُدوري إلى أن بيع المعاطة صحيح في الأشياء الخسيسة دون النفيسة. انظر علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، (532/6). و ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ/2003م، (27/7).

⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (12/29).

أما الشافعية فلا ينعقد البيع عندهم إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد به البيع لأن اسم البيع لا يقع عليه.¹

ويقول الإمام النووي²: (المعاطاة، ليست يباعا على المذهب... وأنه يكتفى بها في المحقرات، و به أفتى الروياني³ وغيره، والمحقر كرتل خبز وغيره، مما يعتاد فيه المعاطاة، وقيل هو ما دون نصاب السرقة).⁴

فهي على المشهور من مذهب الشافعية لا تصح في قليل ولا كثير، وفيه وجه مشهور عن ابن سريج⁵ أنه يصح البيع بالمعاطاة.

وذهب الظاهرية إلى أن التعاقد بالمعاطاة غير جائز.⁶

والراجح والله أعلم صحة بيع المعاطاة في العقود، وقد أخذ القانون المدني بذلك في نص المادة 60 التي تنص: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا. كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه).

والاجتهادات الإسلامية جميعا مجمعة على عدم جريان التعاطي في عقد النكاح، لأن للنكاح اعتبارا دينيا متصلا بالعقيدة في طريق استحلال المتعة الزوجة لا يغني فيه عن اللفظ شيء.

¹ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (9/3، 10).

² هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن أبو زكرياء محي الدين النووي، فقيه شافعي، ولد سنة واحد وثلاثين وستمئة بنوى، (676 هـ)، من مصنفاته: (شرح مسلم) و(تهذيب الأسماء واللغات) و(الأذكار) و(شرح المهذب). [تاج الدين

السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، المرجع السابق، (395/8)]

³ أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد الروياني الفقيه الشافعي، صنف الكتب المفيدة منها: (بحر المذهب)، (مناصيص الإمام الشافعي)، (الكافي)، (حلية المزي)، (502 هـ). [ابن خلكان، المرجع السابق، (198/3)].

⁴ النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 1423 هـ / 2003 م . (5/3). النووي، المجموع، المرجع السابق، (180/9).

⁵ أحمد بن عمر بن شريح، الفقيه الشافعي، وإن فهرست كتبه كانت تشمل على 400 مصنف (ت 306 هـ)، [ابن خلكان، المرجع السابق، (66/1)].

⁶ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (350/8).

الفرع الأول: أوجه الاتفاق بين عقود الإذعان وبيع المعاطاء

بتدقيق النظر في التعريف الذي أورده الفقهاء لعقد المعاطاء، يتضح أن هناك علاقة قوية بينه وبين عقود الإذعان تظهر من عدة نواح:²

1- من حيث الطريقة التي يتم بها تحديد الثمن أو الأجرة في العقد حيث يستقل طرفي العقد في كل واحد منهما بتحديد الثمن أو الأجرة دون مساومة أو مشاوراة مع الطرف الآخر.

2- من حيث العقد وموضوعه حيث أن كل منهما يكون في عقود المعوضات في الغالب كالبيع والإيجار.

يقول ابن تيمية: (فكل ما عده الناس بيعاً فهو بيع، وكذلك في الهبة مثل الهدية، ومثل تجهيز الزوجة بمال يحمل معها إلى بيت زوجها إذا كانت العادة جارياً بأنها عطية لا عارية وكذلك الإيجارات مثل ركب سفينة الملاح المكارى، وركوب دابة الجمال أو الحمارة أو البغال المكارى على الوجه المعتاد أنه إجارة، ومثل الدخول إلى حمام الحمامي... ومثل دفع الثوب إلى الغسال، أو خياط يعمل بالأجرة... حتى اختلف أصحابه [مذهب أحمد] هل يقع الخلع بالمعاطاة؟).³

3- من حيث الأطراف يشترك عقد المعاطاء مع عقد الإذعان في وجود طرفين غير متكافئين، أي ليسا على قدم المساواة.

4- ينعقد العقد في كل منهما دون التلفظ بالصيغة.

¹ انظر مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (231/1، 232). ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (351/4).

² حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص120.

³ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (8/29).

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين عقود الإذعان وبيع المعاطاة

1- من حيث الصيغة في التعاقد حيث ينعقد العقد في المعاطاة دون التلفظ بالإيجاب والقبول، في حين أن التعاطي يمثل إحدى الطرق للتعبير عن الصيغة في عقود الإذعان.

2- من حيث تحديد الثمن إذا كان تحديد الثمن أو الأجرة هو الشيء الوحيد الذي ينفرد به البائع أو المؤجر في المعاطاة، ففي عقد الإذعان ينفرد الطرف القوي اقتصاديا بوضع الثمن بالإضافة إلى شروط أخرى قد تكون جوهرية تفرض على الطرف الضعيف.

2- من حيث محل العقد محل العقد في عقد المعاطاة أوسع من محله في عقود الإذعان، فالتعاطي يكون في الضروريات والحاجيات والتحسينات، خلافاً لمحل العقد في عقود الإذعان حيث أن الغالب فيه أن يكون في الضروريات والحاجية التي يجب على الطرف الضعيف التعاقد معه فيها.¹

وبذلك فلا يمكن اعتبار أن المعاطاة هي دائماً عقد إذعان، بل يجب اعتبارها أنها قد تكون طريقاً من طرق هذه العقود، على خلاف القول الذي يعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة عقود الإذعان.²

¹ حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 123.

² كالاشتراك في النور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها، فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب وقيام المؤسسة المختصة، من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية، بالتمديدات اللازمة وإيصال المنافع المطلوبة، ومثله اليوم ركوب الإنسان في الحافلات (الترام)، وقطع البطاقات للركوب في القطار أو للدخول للسينما ونحوها، وكذلك إرسال مجلة أو جريدة إلى طالبها. انظر مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (330/1).

المطلب الثالث: عقود الإذعان وبيع المضطر

يقصد ببيع المضطر أن يحمل شخص على بيع شيء من ماله بغير اختياره كلية أو جزئية، ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش.¹

كأن يضطر إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه.²

وفي الحديث أن النبي ﷺ: « نهي عن بيع المضطر ».³

وفي الحديث أيضا: « نهي رسول الله ﷺ عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك ».⁴

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع فالحنفية قالوا أنه بيع المضطر وشراؤه فاسد.⁵

وذهب المالكية⁶ والشافعية⁷ والحنابلة⁸ إلى القول بأن بيع المضطر صحيح، مع الكراهة.

وذهب الظاهرية⁹ إلى صحة هذا البيع.

أما الأحناف فبيع المضطر وشراؤه فاسد، وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير، وكذلك في الشراء منه... ومثاله: بأن يضطر إلى

¹ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، (544/7).

² انظر النووي، المجموع، المرجع السابق، (189/9).

³ العيني، شرح سنن أبي داود، رقم الحديث: 3383، كتاب البيوع، باب في بيع المضطر، (437/3)، وابن أبي شيبه، المصنف، رقم الحديث: 20569، (266/6)، وهذا الإسناد ضعيف، لأن هذا الشيخ وهو شيخ من بني تميم مجهول. انظر

النووي، المجموع، المرجع السابق، (189/9).

⁴ البيهقي، السنن الصغرى، كتاب البيوع، باب كراهية بيع المضطر، رقم الحديث: 1996، منشورات جامعة الدراسات الإسلامية، باكستان، 1410هـ/1989م. (280/2).

⁵ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع نفسه، (247/7).

⁶ ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية، ص 258.

⁷ يقول الخطابي: (فإن عقد البيع على هذا الوجه صح ولم يفسخ، ولكن كرهه عامة أهل العلم). انظر النووي، المجموع، المرجع السابق، (189/9).

⁸ ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، (137/3، 138).

⁹ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (22/9).

بيع شيء من ماله ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش، ومثاله: ما لو ألزمه القاضي ببيع ماله لإيفاء دينه، أو إلزام الذمي ببيع مصحف أو عبد مسلم ونحو ذلك.¹

يلاحظ وجود علاقة بين بيع المضطر وعقد الإذعان، فهما يتفقان من حيث الخضوع إلى السعر، فالسعر في كليهما محدد ويجب على الطرف الآخر الانصياع والإذعان له.

المطلب الرابع: عقود الإذعان وبيع التلجئة

معنى بيع التلجئة، أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه، فيواطىء رجلا على أن يُظهرها على أنه اشتراه منه، ليحتمي بذلك، ولا يريدان بيعا حقيقيا.²

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع التلجئة.

ففي المشهور عند الأحناف³، وعند الحنابلة⁴، أنه بيع باطل.

فعند الأحناف التلجئة لا تخلو إما أن تكون في نفس البيع وإما أن تكون في الثمن، فإن كانت في نفس البيع، فإما أن تكون في إنشاء البيع، وإما أن تكون في الإقرار به، فإن كانت في إنشاء البيع، بأن تواضعوا في السر لأمر الجأهم إليه، على أن يظهر البيع، ولا بيع حقيقة، وإنما هو رياء وسمعة، نحو أن يخاف رجلا السلطان، فيقول الرجل: إني أظهر أي بعث منك داري، وليس ببيع في الحقيقة، وإنما تلجئة فتبايعا فالبيع باطل في ظاهر الرواية عند أبو حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد. لأنهما تكلمتا بصيغة البيع، لا على قصد الحقيقة.⁵

ويرى الشافعية⁶، وروي عن أبي حنيفة⁷. أنه بيع صحيح.

¹ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، (247/7).

² انظر ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (308/6).

³ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع نفسه، (544/7).

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، (308/6).

⁵ الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، (29/7).

⁶ يقول النووي أنه يصح و به قطع الشيخ إبراهيم المروذي، لأنه لا إكراه على نفس البيع، وقيل أنه لا يصح كالمكروه والأول هو الأصح. انظر النووي، المجموع، المرجع السابق، (188/9).

⁷ انظر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع نفسه، (29/7).

وصورته عند الشافعية أن يتفقا على أن لا يظهر العقد، للخوف من ظالم ونحوه، وإما لغير ذلك، ويتفقا على أنهما إذا أظهرهما يكون بيعا، ثم يعقد البيع، فإذا عقدها انعقد عندنا، ولا أثر للاتفاق السابق. وكذا لو اتفقا على أن البيع بألف ويظهرا ألفين صح البيع بألفين.¹

من خلال ما سبق يتضح أنه لا وجه لإلحاق عقد الإذعان ببيع التلجئة، وذلك:²

- أن العاقد في عقود الإذعان يقصد العقد، ويرغب في ترتيب آثاره بخلاف بيع التلجئة، فالطرفين لم يقصدا البيع حقيقة بل أراداه ظاهرا فقط .

- أن الدافع إلى التعاقد في بيع التلجئة هو الخوف على المال من الغصب ونحوه، لكن الدافع إلى التعاقد في عقود الإذعان هو الحاجة إلى السلعة أو الخدمة، والرغبة فيها.

المطلب الخامس: عقود الإذعان والاحتكار

عند الحنابلة الاحتكار حرام، لحديث: « نهي رسول الله ﷺ أن يُحتكر الطعام »³،

وقوله ﷺ: « من احتكر فهو خاطئ »⁴، وفي رواية « لا يحتكر إلا خاطئ ».⁵

¹ انظر النووي، المجموع، المرجع السابق، (205/9، 206).

² أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى، 1431 هـ/2010م، ص 86.

³ انظر البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في الاحتكار، (49/6).

⁴ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، (56/5). والبيهقي، السنن الصغرى، كتاب البيوع، باب كراهية بيع المضطر، رقم الحديث: 2021، (287/2).

⁵ الدارمي، سنن الدارمي، كتاب البيوع، باب النهي عن الاحتكار، رقم الحديث 2585، دار المغني، السعودية، الطبعة الأولى، 1420 هـ/2000م، (1657/2). ابن حبان، صحيح بن حبان، كتاب البيوع، باب التسعير والاحتكار، رقم الحديث: 4936، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1414 هـ/1993م، (308/11). أبو داود، رقم الحديث: 3447، كتاب البيوع، باب في النهي عن الحكرة، (469/3).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: « من احتكر على المسلمين طعاما ضربه الله بالجدام والإفلاس».¹

والاحتكار عندهم ما اجتمع فيه ثلاث شروط،² أحدهما أن يشتري، فلو جلب شيئاً، أو أدخل من غلته شيئاً، فادخره، لم يكن محتكراً.

لما وروي عن النبي ﷺ أنه قال: « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون».³

الثاني، أن يكون المشتري قوتاً، فأما الإدام والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم.

الثالث أن يضيق على الناس بشرائه، ولا يحصل ذلك إلا بأمرين:

- يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والشعور فالبلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد، و البصرة ومصر لا يجرم فيها الاحتكار لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً.

- أن يكون في حال الضيق بأن يدخل على البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها، ويضيقون على الناس. فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص، على وجه لا يضيق على أحد، فليس بمحرم.

وعند الشافعية يجرم الاحتكار في الأقوات، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء، ويمسكه ليزداد في ثمنه، ومنهم من قال: أنه يكره، ولا يجرم، وليس بشيء،⁴ لقوله ﷺ: « الجالب مرزوق والمحتكر

¹ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب، رقم الحديث: 2155، (520/3).

² انظر موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (315/6 وما بعدها).

³ الدارمي، سنن الدارمي، كتاب البيوع، باب النهي عن الاحتكار، رقم الحديث 2586، (1657/2). و البيهقي، السنن الصغرى، كتاب البيوع، باب كراهية بيع المضطر، رقم الحديث: 2025، (287/2). وابن ماجه، كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب، رقم الحديث: 2153، (165/6). وقد ضعفه ابن حجر.

⁴ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (146/3، 147).

ملعون»¹. وقيل أنه حرام لقوله ﷺ: « لا يحتكر إلا خاطئ»².

وأما غير الأقوات، فيجوز احتكاره، ولأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه.

وعند الحنفية الاحتكار هو حبس الطعام تربصاً للغلاء.

وقد ذهب جمهورهم إلى أن الاحتكار مكروه كراهة تحريم³.

وعند المالكية يحرم الاحتكار بشروط هي:

1- أن يكون الوقت وقت ضرورة وضيق، بسبب بما اشتراه واحتكره غلاء أسعار الناس، ففي هذه الحال يمنع الاحتكار، وسواء كان ذلك في الطعام وهو أشده أو غيره، كالصوف والكتان والثياب، وعلّة المنع لرفع الضرر عن الناس، لأن كل ما أضر بالمسلمين وجب أن ينفي عنهم...⁴ وروي عن مالك أنه منع الاحتكار في الطعام والأقوات في كل وقت، لأنه رأى أن أقوات الناس لا يكون احتكارها أبداً إلا مضراً، وأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره إلا في وقت الضرورة.⁵

2- أن يكون المدخر مما اشترى من السوق، وأما إن كان المُشترى من غير السوق، بأن جلبه من بلد آخر أو تحصل له من كسبه وزراعته فله احتكاره، إن شاء باع وإن شاء احتكر، كان ذلك في ضرورة أو غيرها، إلا أن ينزل بالناس حاجة فادحة، وأمر ضروري بالناس، ولا يوجد عند غيره،

¹ سبق تخريجه، ص 176.

² سبق تخريجه، 176.

³ والحقيقة أنه لا خلاف بين الحنفية وغيرهم لأن الكراهة التحريمية عندهم توجب استحقاق العذاب لمن يقدم عليها، واستحقاق الثواب لمن يتحرز منه، وهذا هو رأي الجمهور في الحرام، والخلاف بينهم إنما هو الدليل الذي يثبت به الحكم، فإن كان ظنياً دالاً على الحظر والمنع يكون عن الجمهور دليلاً على الحرمة، وعند الحنفية دليلاً على كراهة التحريم، فالاختلاف إنما هو في التسمية فقط. انظر ماجد أبو رحية، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الاحتكار دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن، (2/469).

⁴ انظر الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1409هـ/1989م، (5/15). الخطاب، المرجع السابق، (6/241 وما بعدها).

⁵ الباجي، المرجع السابق، (5/16).

فيؤمر ببيعته لدفع الضرر عن الناس...¹

والدليل على أن الاحتكار الممنوع ما اشترى من السوق، وأن الجالب والمكتسب والزارع لهم الاحتكار، ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: (لا حكرة في سوقنا، لا يعمد رجال بأيديهم فضولاً من أذهاب إلى رزقٍ 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).²

3- أن يكون المحتكر قد اشترى ما احتكره من السوق للتجارة رجاء الزيادة والربح.

4- أن يكون في البلدان الصغار الذين يضر بهم الاحتكار، فأما البلدان الكبار والأمصار الواسعة، التي يكثر إليها الجلب ويتسع الحمل والتجهيز إليها فلا بأس، لأن ذلك غير مضر بهم غالباً، إلا أن يتفق في بعض الأوقات غلاء وشدة ويؤدي ذلك إلى الإضرار بالناس فيمنع حينئذ.³

وعند الظاهرية يقول ابن حزم: (و الحكرة المضرة بالناس حرام، سواء في الابتاع أو في إمساك ما ابتاع ويمنع من ذلك، والمحتكر في وقت رخاء ليس آثماً بل هو محسن).⁴

ومن خلال هذا العرض لأراء الفقهاء في هذا المجال يلاحظ وجود أوجه شبه واتفاق بين العقدين تتمثل في:

- وجود طرفين غير متكافئين أحدهما يعتبر طرفاً قوياً، له الحق في تقديم السلعة أو الخدمة وتحديد الثمن ووضع الشروط...، والآخر ضعيف لا يملك إلى القبول.
- تعلقهما بالسلع الضرورية التي لا غنى عنها.

¹ الباجي، المرجع السابق، (5/17).

² مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب الحكرة والتربص، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص 330.

³ البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، دار الفكر، بيروت، لبنان، (2/1036).

⁴ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (9/64).

- أن كل واحد منهما يكون في الغالب في عقود المعاوضات، فكما يكون الاحتكار في البيع والإيجار والرهن، كذلك يكون الإذعان في البيع والإيجار والرهن.¹
- وبالرغم من هذا إلا أنه توجد هناك فروق جوهرية بينهما تتمثل في:²
- عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الاحتكار بأنه حبس الشيء انتظارا لغلائه وارتفاع سعره، وهذا المعنى لا وجود في عقود الإذعان.
- محل العقد في الاحتكار أوسع من محله في عقود الإذعان، فالاحتكار يمكن أن يكون في الضروريات والحاجيات والتحسينيات، أما في عقود الإذعان فيكون في الخدمات والسلع الضرورية والحاجية دون الأمور التحسينية.
- شروط الاحتكار تختلف عن شروط عقد الإذعان كما سبق الذكر.
- اتفق الفقهاء على حرمة الاحتكار، وذلك خلافا لعقود الإذعان التي يتوقف تحديد حكم الشرع فيها على تحديد نوعية الشروط التي يضعها الطرف القوي.

¹ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص151.

² المرجع نفسه، ص120.

المطلب السادس: عقود الإذعان وبيع حاضر لعمودي (لباد)

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: « نهي رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد».¹

وقال ﷺ: « لا يبيع حاضر لباد، وذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض».²

وقال ابن عباس رضي الله عنهما: « نهي النبي ﷺ أن تتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر

لباد».³ قال ابن عباس: ما قوله « حاضر لباد»؟ قال: (لا يكون له سمسار).³

وعند المالكية: هذا البيع مكروه، ولا خلاف أن أهل العمود مرادون بالحديث، قال مالك: لا

يباع لهم ولا يشار عليهم. ولم يرد النهي عن أهل القرى الذين يعرفون الأثمان والأسواق.⁴

أما عند الحنابلة: البادي هو الذي يدخل القرية من غير أهلها، سواء كان بدويا، أو من قرية، أو

بلدة أخرى، والمعنى في ذلك، أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص،

ويوسّع عليهم السعر، فإذا تولى الحاضر بيعها، وامتنع من بيعها، إلا بسعر البلد، ضاق على أهل

البلد.⁵

وسأل أحمد عن بيع حاضر لباد فقال: (لا بأس به). فقال له: (فالخبز الذي جاء به النهي)؟

¹ البخاري، الجامع الصحيح، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1400هـ، كتاب البيوع، باب من كره أن يبيع حاضر لباد بأجر، رقم الحديث: 2159 ، (104/2). و أبو داود، رقم الحديث: 3442، كتاب البيوع، باب في النهي أن يبيع حاضر لباد، (446/3).

² مسلم ، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، (6/5)، وعلاء الدين بن بليان الفارسي، صحيح ابن حبان، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، رقم الحديث: 4960 ، المرجع السابق، (64/11). و أبو داود، رقم الحديث: 3442، كتاب البيوع، باب في النهي أن يبيع حاضر لباد، (446/3).

³ البخاري، الجامع الصحيح، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر؟ وهل يعينه أو ينصحه، رقم الحديث: 2158 ، (104/2). مسلم ، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب تلقي الجلب، (5/5)

⁴ الخطاب، المرجع السابق، (251/6). والدردير، المرجع السابق، (111/4). و ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المرجع السابق، (166/2، 167).

⁵ ابن قدامة ، المغني، المرجع السابق، (309، 308/6).

قال: (كان ذلك مرة).¹ وحمل الخبر على أنه اختص بأول الإسلام. والخبر الأول: للخبر والمعنى.
2

أي أنه محرم لورود النهي، ولكن ذلك بشروط هي:³

- أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى ذلك.
 - أن يكون البادي جاهلا بالسعر، لأنه إذا كان عالما به كان كالحاضر.
 - أن يكون جلب السلعة لبيعها، فإن جلبها ليذخرها، فلا ضرر على في بيع الحاضر له.
- وأضاف بعضهم الشرطين التاليين:

- أن يكون مريدا لبيعها بسعر يومها.
- أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه، وضيق في تأخير بيعه.

وأما الشراء لهم، فيصح عند أحمد.⁴

أما عند الشافعية: يحرم عندهم أن يبيع حاضر لباد، وهو أن يقدم إلى البلد بدوي أو قروي بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت، ليرجع إلى وطنه، فيأتيه بلدي فيقول: (ضع متاعك عندي لأبيعه لك على التدرج بأغلى من هذا السعر).⁵

ولكن لتحريمه شروط وهي:⁶

- أن يكون عالما بالنهي فيه (وهذا شرط يعم جميع المناهي).

¹ المرجع نفسه، (308/6، 309).

² ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، (37/3).

³ ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، (308/6، 309). و ابن قدامة، الكافي، المرجع نفسه، (37/3).

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، (310/6).

⁵ النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، (79/3). الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (143/3، 144).

⁶ انظر أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، (79/3).

- أن يكون المتاع المجلوب مما تعم الحاجة إليه، كالأطعمة ونحوها، فأما ما لا يحتاج إليه إلا نادرا، فلا يدخل في النهي.

- أن يظهر بيع ذلك المتاع سعة في البلد، فإن لم يظهر لكبر البلد، أو لقلته ما معه، أو لعموم وجوده ورخص السعر، فوجهان أوقفهما للحديث التحريم.

- أن يعرض الحضر ذلك على البدوي ويدعوه إليه. أما إذا التمس البدوي منه بيعه تدريجا، أو قصد الإقامة في البلد لبيعه كذلك، فسأل البلدي تفويضه إليه، فلا بأس، لأنه لم يضر بالناس.

أما عند الأحناف: بيع الحاضر للباد، عندهم هو أن يكون لرجل طعام وعلف، ولا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمن غال ... ولو باع جاز البيع، أن النهي لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر.. وهذا إذا كان ذلك يضر بأهل البلد، بأن كان أهله في قحط من الطعام والعلف، فإن كانوا في خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر.¹

وعند الظاهرية: لا يجوز أن يتولى البيع ساكن مصر أو قرية أو محشر لخصاص (جمع خص وهو البت من القصب أي صاحبه) لا في البدو ولا في شيء يجلبه إلى الأسواق، والمدن، والقرى، أصلا ولا أن يتتاع له شيئا لا في حضر ولا في بدو، فإن فعل فسخ البيع والشراء أبدا ...²

من خلال كل هذا يلاحظ:

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، (211/7). و انظر الزيلعي، نصب الرأية تخريج أحاديث

النهاية، المرجع السابق، (52/4).

² ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، (453/8).

- اتفاق مذاهب الأئمة الأربعة مع الظاهرية على حرمة هذا البيع، فلو باع حاضر لباد فإنه يَأْتُم لارتكابه أمراً محظوراً شرعاً. وإن اختلفوا في من هو البادي وكذلك في الشروط لاعتباره.
- ذهب الحنفية والشافعية وقول للإمام أحمد إلى القول بصحة هذا البيع، فلو باع حاضر لباد، فإن هذا البيع نافذ، وتترتب عليه جميع أحكام البيع، بغض النظر عن كونه جائزاً أو غير جائز.
- وذهب الحنابلة والظاهرية إلى القول بعدم صحة هذا البيع، فلو باع حاضر لباد فإن هذا البيع باطل، ولا تترتب عليه الأحكام الشرعية التي تترتب على البيع.
- اختلف في هذا المعنى أصحاب مالك، فقال بعضهم يفسخ، قال بعضهم لا يفسخ.¹
- فالمالكية فقد فصلوا في حكم هذا البيع من حيث الصحة والبطالان، فقالوا:
- 1- يفسخ إن لم يفت البيع على الأظهر وهو الذي رواه ابن حبيب² عن مالك ورواية عن ابن القاسم³، لأن النبي ﷺ نهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.
- 2- لا يفسخ إن فات البيع، ومضى بالثمن، وأدب كل من المالك والحاضر والمشتري إن لم يعذر بجهل أي: بأن علم بالحرمة، ولا أدب على الجهل لعذره بالجهل.⁴

¹ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، (166/2، 167).

² أبو مروان عبد الملك، بن حبيب السلمى القرطبي البيري، الفقيه الأديب الثقة العالم المشاور الجليل، الإمام في الحديث والفقه واللغة والنحو، من مؤلفاته الواضحة في الفقه والسنن، فضل الصحابة، كتاب في غريب الحديث... (ت238هـ) [محمد عريف قاسم مخلوف، المرجع السابق، ص 74، 75، وابن فرحون، المرجع السابق، (8/2)].

³ أبو عبد الرحمن، بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي بالولاء، الفقيه المالكي، تفقه من مالك وصحبه عشرين سنة، وهو صاحب المدونة وعنه أخذ سحنون، (ت191) بمصر. [ابن خلكان، المرجع السابق، (129/3)].

⁴ الخطّاب، المرجع السابق، (251/6).

المطلب السابع: عقود الإذعان وبيع تلقي الركبان

عند الأحناف: تلقي الركبان هو أن يسمع خبر قدوم قافلة بميرة (طعام) عظيمة، فيلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع ما يشاء من الثمن، وهذا الشراء مكروه لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تتلقوا السلع حتى تحبب الأسواق »¹، وهذا إذا كان يضر بأهل البلد بأن كان أهله في جذب وقحط، فإن كان لا يضرهم لا بأس.²

وعند المالكية: وأما نهي عن تلقي الركبان للبيع، فاختلّفوا في مفهوم النهي ماهو؟ فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة، دون أهل السوق، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق، هذا إذا كان التلقي قريباً، فإن كان بعيداً فلا بأس به، وحد القرب في المذهب ستة أميال، ورأى أنه إذا وقع جاز.³

وعند الشافعية: يحرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى طائفة يحملون طعاماً إلى البلد، فيشترى منهم قبل قدومهم البلد ومعرفة سعره، وشرط تحريمه أن يعلم النهي ويقصد التلقي، فلو خالف واشترى، ثم، وصح البيع، ولا خيار لهم قبل أن يقدموا ويعلموا السعر، وبعده يثبت لهم الخيار إن كان الشراء بأرخص من سعر البلد.⁴

¹ ابن حبان، صحيح ابن حبان، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، رقم الحديث: 4959، المرجع السابق، (333/11). وعن عبد الله ﷺ قال: « كنا نتلقى الركبان فنشترى منهم الطعام، فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى يبلغ به

سوق الطعام». انظر البخاري، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب منتهى التلقي، رقم الحديث: 2166، (105/2).

² انظر علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، (211/7 وما بعدها).

و انظر الزيلعي، نصب الرأية تخريج أحاديث النهاية، المرجع السابق، (52/4).

³ انظر ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، (166/2). الخطّاب، المرجع السابق، (251/6)، و الشيخ

أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، المرجع السابق، (113/4).

⁴ النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، (80/3). الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (143/3)،

وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقي، فرأى القافلة، فهل يجوز أن يتتاع منهم؟ فيه وجهان، أحدهما يجوز لأنه لم يقصد التلقي، والثاني لا يجوز، لأن المنع من التلقي للبيع¹ ففي الحديث أن رسول الله ﷺ قال: « لا تلقوا الجلبَ فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار».²

وفي الحديث أيضا « نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع».³

وعند الحنابلة: تلقي الركبان هو أن يخرج الرجل من المصر بتلقي الجلب قبل دخوله، فيشتره، فيحرم، للخبر، ولأنه يخدعهم ويغبنهم فأشبه النجش، والشراء صحيح، وعنه أنه باطل.⁴ فإن تلقوا، واشتروا منهم، فهم بالخيار إذا دخلوا السوق، وعرفوا أنهم قد غبنوا إن أحبوا أن يفسخوا البيع ففسخوا.⁵

من خلال هذا يلاحظ:

- أن الأحناف قالوا بأنه بيع مكروه وذلك إذا كان على وجه الإضرار بالناس، فإن كان لا يضر فلا بأس.

- أما المالكية والشافعية والحنابلة فقالوا أنه محرم.

¹ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (145/3).

² مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب تلقي الجلب، (5/5)، الدارمي، سنن الدارمي، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي البيوع، رقم الحديث 2585، دار المغني، السعودية، الطبعة الأولى، 1420 هـ / 2000 م، (1671/2).

³ البخاري، الجامع الصحيح، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان وأن يبيع مردود، رقم الحديث: 2162، (105/2)، مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب تلقي الجلب، (5/5)، وعلاء الدين بن بلبان

الفراسي، صحيح بن حبان، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، رقم الحديث: 4958، المرجع السابق، (334/11).

⁴ ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، (36/3).

⁵ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (3128/6).

- وحكم هذا البيع عند المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة أنه لو وقع يصبح البائع بالخيار بين فسخ العقد وإمضائه، لأن الخيار لا يكون إلى في العقد الصحيح، وذهب أحمد في بعض الروايات عنه إلى أن البيع باطل.

وفي الأخير وبعد عرض عقود الإذعان وما يشبهها من عقود فالظاهر أن عقد الإذعان يعتبر عقد مستحدثا لا يلحق بغيره من العقود التي ذكرها الفقهاء .

المطلب الثامن: آراء الفقهاء المعاصرين في عقود الإذعان

الرأي الأول: منع عقود الإذعان مطلقاً، ونسب الفرفور هذا القول إلى جمهور من الفقهاء المعاصرين منهم قدرى باشا وأبو زهرة ووهبة الزحيلي.¹

الرأي الثاني: الإباحة مطلقاً، و ذهب إلى هذا القول كل من الجواهري² وحماد³ وسانو⁴ والندوي⁵. ويقول مصطفى أحمد الزرقاء: (ويمكن أن نعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة عقود الإذعان، كالاتراك في النور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها، فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب وقيام المؤسسة المختصة، من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية، بالتمديدات اللازمة وإيصال المنافع المطلوبة).⁶

الرأي الثالث: ذهب الفرفور في قول له إلى كراهة عقود الإذعان.⁷

¹ محمد عبد اللطيف الفرفور، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة الفقه الإسلامي، جدة، الدورة 14، العدد 14، 1425هـ/2004م، وأحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 126.

² الجواهري، عقود الإذعان، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة الفقه الإسلامي، جدة، الدورة 14، العدد 14، 1425هـ/2004م، و منال جهاد أحمد خلة، المرجع السابق، ص 59.

³ نزيه حماد، عقود الإذعان، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة الفقه الإسلامي، جدة، الدورة 14، العدد 14، 1425هـ/2004م، وأحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 133.

⁴ قطب مصطفى سانو، عقود الإذعان، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة الفقه الإسلامي، جدة، الدورة 14، العدد 14، 1425هـ/2004م، وأحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 130.

⁵ علي أحمد الندوي، عقود الإذعان، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة الفقه الإسلامي، جدة، الدورة 14، العدد 14، 1425هـ/2004م، نقلاً عن أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 132.

⁶ انظر مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، (330/1).

⁷ حيث يقول: (وإما أن يخلو العقد من عنصري الاحتكار والإكراه، وحينئذ لا بد من تفصيل آخر في حالتين اثنتين: الحالة الأولى: إما أن يحتاج إليه الناس، ويجري به التعامل، فلو منع لحصل في الناس حرج كما هو الأمر اليوم في أكثر مرافق الحياة، كاستئجار السيارات والطائرات والحافلات... بحيث لو حكم الفقهاء بالحظر لصار في الناس ضيق وتعطلت أمور كثيرة من الحاجيات والحاجيات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات ولا تعد هذه العقود احتكار ولا إكراه).

الحالة الثانية: أن يستغنى عن هذه العقود بحيث لا يسير في الناس حرج عند فقدانها كما كان الأمر منذ العقود منذ زمن في بلادنا فلو رجع الأمر كما كان لما قلنا بعقود الإذعان لمخالفتها عن القواعد العامة اعقد البيع لدى الفقهاء... انظر محمد عبد اللطيف الفرفور، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة الفقه الإسلامي، جدة، الدورة 14، العدد 14، 1425هـ/2004م، نقلاً عن أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 126.

المبحث الرابع: ركن الرضا في عقود الإذعان

إن أهم ركن في تكوين العقد هو التراضي، والتراضي هو اجتماع إرادتين على إحداث أثر قانوني.

فالتراضي هو ظاهرة مركبة، تقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل ثم التعبير عنهما وتبادلها من قبل الأطراف، فيندمج بعضها ببعض لتكون الإرادة المشتركة.¹

المطلب الأول: الإيجاب والقبول في عقود الإذعان

الفرع الأول: الإيجاب و القبول اصطلاحا

01- في الاصطلاح اللغوي: الإيجاب بمعنى ثبت ولزم، يقال وجب الشيء يجب وجوبا إذا ثبت ولزم، ويقال وجب البيع يجب وجوبا وأوجبه إيجابا أي لزم وألزمه.²

والقبول بالفتح مصدر من قبلت العقد أقبله، يقال: قبل الشيء قبولا وقبولا وتقبله كلاهما بمعنى أخذه.³

02- أما في الاصطلاح الشرعي: فيرى الأحناف أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين، وأن القبول هو ما صدر ثانيا من المتعاقد الثاني دالا صراحة على قبوله ورضائه بما أثبتته المتعاقد الأول.⁴

وللوقوف على معرفة أي القولين الصادرين من المتعاقدين يعد إيجابا أم قبولا فالعبرة في هذا تكون في معرفة أي القولين قد صدر أولا، وأيها قد صدر ثانيا فالقول الأول يطلق عليه

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 82.

² ابن منظور، المرجع السابق، مادة (و ج ب)، (793/1)، الرازي، المرجع السابق، ص 295.

³ ابن منظور، المرجع السابق، مادة (ق ب ل)، (538/11) و الرازي، المرجع السابق، ص 217.

⁴ انظر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، (528/6). والمحمدي أحمد أبو عيسى، النظرية العامة للاستغلال،

دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص 32.

الإيجاب والقول الثاني يطلق عليه القبول.¹

أما الفقهاء من غير الحنفية فإنهم يرون غير ما يراه الأحناف إذ يرون الإيجاب هو ما صدر ممن يكون منه التملك سواء صدر أولاً أو صدر ثانياً، أما القبول فهو ما صدر ممن يصير إليه الملك.²

والإيجاب والقبول أي الصيغة ركن من أركان البيع باتفاق الفقهاء.³ وقد اعتبر الأحناف أن الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي هي ركن العقد الوحيد.⁴ وقد زاد الجمهور ركنين وهما العاقدان والمعقود عليه.⁵

03- أما في الاصطلاح القانوني

الإيجاب هو تعبير عن إرادة باتة بالتعاقد يتضمن العناصر الجوهرية للعقد، يوجه إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين، يتم به العقد إذا ما تلاقى معه القبول.⁶

أو هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول.⁷

- فالإيجاب عرض جازم وبات يعبر عن الإرادة القطعية للموجب في إنجاز العقد المرغوب فيه.

¹ يوسف قاسم صفحتي، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 284، 285.

² المحمدي أحمد أبو عيسى، المرجع السابق، ص 32.

³ انظر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، (528/6). و موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، (5/3)، وأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، (4/3). و أبو الوليد سليمان خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى، المرجع السابق، (25/6).

⁴ انظر ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، (14/7). و الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، (528/6).

⁵ النووي، المجموع، المرجع السابق، (174/9). الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، (6/2). محمد الغزالي، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، الوسيط في المذهب، دار السلام، الطبعة الأولى، 1417 هـ / 1997م، (5/3)، والحبيب بن طاهر، المرجع السابق، (9/5).

⁶ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 41.

⁷ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 103.

- الإيجاب عرض كامل ومحدد ودقيق بمعنى أنه يكون شاملا لجميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه.

أما القبول فهو الرد الإيجابي من طرف الموجب له¹، أي هو موافقة المخاطب بالإيجاب على كل ما ورد به من مسائل سواء كان جوهرية أو ثانوية، و به ينعقد العقد إذا اتصل بعلم الموجب والإيجاب لا يزال قائما.²

القوة الإلزامية للإيجاب

والإيجاب غير ملزم للموجب ما لم يكن قبول، ولذلك يكون للموجب أن يرجع في إيجابه متى شاء ما لم يكن قبول، فليس في الشريعة إيجاب ملزم يمتنع عن الموجب أن يرجع فيه، ويعدل عنه، بل الملزم هو القبول مع الإيجاب.³

أما في القانون فلم يرد في القانون الفرنسي والجزائري نص على إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه، ورغم ذلك فقد جرى القضاء في فرنسا وفي مصر، على أنه إذا كان الأصل أن للموجب أن يعدل عن إيجابه، إلا أنه إذا اقترن الإيجاب بموعد للقبول، صراحة أو ضمنا، فيكون ملزما للموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الموعد.⁴

وهذا ما جاء في المادة 93 ق م مصري وفي المادتين 63 و 64 ق م ج، حيث تنص المادة 63 منه على ما يلي: (إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل).

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة).

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 112.

² جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 47.

³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 187.

⁴ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 45، و علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها.

وبذلك فإن الإيجاب المتضمن أجلا للقبول يكون ملزم ولا يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم ينقضي الأجل المحدد. أو يعلم الموجب له رفض هذا الإيجاب، وبطبيعة الحال لا يكون الإيجاب ملزما إذا لم يحدد أجلا للقبول، فيكون للموجب أن يعدل عنه إذا لم يكن هناك قبول ممن وجه إليه هذا الإيجاب.

وجاء في المادة 64 ق م ج ما يلي: (إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل على إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن بنقض مجلس العقد).

ومن خلال نص هذه المادة يستنتج أنه لإعماله يجب ما يلي:

- أن يكون المتعاقدين في نفس المكان حقيقة أو حكما، كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف.

- أن لا يكون هناك أجل للقبول.

ففي هذه الحال يكون الإيجاب غير ملزم ما لم يحصل القبول فورا، وللموجب العدول عنه. فإذا عدل الموجب على إيجابه لا يتم العقد إطلاقا، أما لم يعدل فإن الإيجاب يبقى قائما وغير ملزم، لكن إذا كان هناك قبول قبل انقضاء مجلس العقد فإن ذلك يؤدي إلى الإنعقاد.

الفرع الثاني: الإيجاب في عقود الإذعان

يشترط في الإيجاب في عقود الإذعان شروطا وهي:

- يجب أن يكون الإيجاب موجها للجمهور كافة، أو إلى فئة غير محددة، فلا يصح أن يكون موجها إلى شخص محدد بذاته.

- يجب أن يكون الإيجاب موحدًا، لا يختلف من شخص لآخر.
- يجب أن يكون متضمنًا لجميع البيانات الجوهرية للعقد.
- يجب أن يكون مستمرًا مدة طويلة فلا يصح أن يكون لمدة قصيرة.

الفرع الثالث: القبول في عقود الإذعان

أما القبول في عقد الإذعان فيكون رضوخًا وتسليمًا بالشروط التي وردت في الإيجاب.¹ ولذا نصت المادة 70 ق م ج على بأنه: (يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها).

ويختلف القبول في عقود الإذعان عن غيره من العقود في النقاط الآتية:

- لا يحق للطرف المدعن في عقود الإذعان المساومة في الشروط التي يضعها الطرف المدعن.
 - أمام الطرف المدعن إما قبول العقد بما فيه من شروط أو الرفض فقط.
 - الطرف المدعن ملزم بالتعاقد إذا قبل الطرف المدعن.
- وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي ليقسم عقود الإذعان إلى قسمين - من حيث الصحة وتدخل الدولة في تعديل شروطها:²

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلاً، ولم تتضمن شروطه ظلماً بالطرف المدعن، فهو صحيح شرعاً، ملزم لطرفيه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل، لانتفاء الموجب الشرعي لذلك، إذ الطرف المسيطر على السلعة أو المنفعة باذل لها، غير ممتنع عن بيعها لطالبتها بالثمن الواجب عليه شرعاً، وهو عرض المثل (أو مع غبن يسير، باعتباره معفوا عنه شرعاً، لعسر التحرز عنه في عقود المعاوضات المالية، وتعارف الناس على التسامح فيه)، ولأن مبايعة المضطر

¹ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 82.

² مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، مجلة المجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، العدد الرابع عشر، (3/523 وما بعدها)، نقلاً عن أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 124، 125.

ببذل عادل صحيحة باتفاق أهل العلم.

الثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المدعن، لأن الثمن فيه غير عادل (أي: فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطا تعسفية ضارة به، فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداء (قبل طرحه للتعامل فيه) وذلك بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة، بتخفيض السعر المغالى فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه، استنادا إلى:

أ- أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعا دفع ضرر احتكار فرد أو شركة لسلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس، عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل (عوض المثل) بالتسعير الجبري العادل، الذي يكفل رعاية الحقيقين: حق الناس بدفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط، وحق المحتكر بإعطائه البديل العادل.

ب- أن في التسعير تقدما للمصلحة العامة - وهي مصلحة المضطرين إلى السلع أو المنافع في أن يشتروها بالثمن العادل - على المصلحة الخاصة، وهي مصلحة المحتك الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربح فاحش أو شروط جائرة، إذ من الثابت المقرر في القواعد الفقهية أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، وأنه يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام.

خلاصة الفصل الرابع:

- عقود الإذعان حكمها الإباحة، وأما الشروط التي يضعها أحد الطرفين في هذه العقود فإنها تخضع لما تخضع له كافة الشروط في الإسلام.
- تختلف عقود الإذعان عن العقود النموذجية والعقود الجبرية.
- تختلف عقود الإذعان عن بيع المعاطاة، وبيع المضطر، وبيع المكره، وبيع الاحتكار، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر لبادي وإن كان بينها بعض الشبه، وتعتبر عقود الإذعان عقود قائمة بذاتها ولها نظام خاص بها.
- الإيجاب والقبول في عقد الإذعان ينعقد بهما العقد صحيحا في الجملة شرعا وقانونا، وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي مؤيدا ذلك: (يبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحكيمين، وهما كل ما يدل عرفا على تراضي طرفيه وتوافق إرادتيهما على إنشائه وفقا للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكل محدد).
- اشتمال عقد الإذعان على أي صورة من صور الاستغلال للطرف الضعيف كالشروط التعسفية أو الاحتكار يعد نوع من أنواع الظلم، ويوجب الإثم مع بطلان هذه الشروط.

الباب الثاني

الحماية من الشروط التعسفية

في عقد المعاوضة

إن التحولات الاقتصادية والاجتماعية المتزايدة في الآونة الأخيرة وما ترتب عن التطور الرهيب في التصنيع، وتركيز آليات الإنتاج في عدد محدود من المنتجين، أدى إلى اختلال التوازن العقدي بين المنتج والمستهلك وبعبارة أوضح بين المحترف والمهني من جهة وبين عدم الخبرة الذي يعتبر طرفاً ضعيفاً في الرابطة العقدية من جهة أخرى.

هذا الأخير الذي يهدف إلى إشباع رغباته وتلبية ما يحتاجه من السلع والخدمات، ولكن قد يكون ذلك بطريقة قد لا تؤدي إلى ذلك بصورة حقيقية وعلى الوجه المراد، وبذلك نكون أمام ما يسمى باختلال التوازن المعرفي بين طرفي العقد.

إن من أهم أسباب هذا الاختلال في الرابطة العقدية هو الضعف الاقتصادي للمستهلك والضعف المعرفي مما قد يجعل المحترف يضع شروطاً تعسفية هذه الشروط التي قد يقبلها المستهلك عادة لأنه يجهل خطورتها.

هذا الجهل يرجع إلى أن التاجر المحترف قد يلجأ إلى أساليب الغش والخداع لتضليل المستهلك، الأمر الذي يستدعي حماية المستهلك من الإعلان التجاري المضلل أولاً، وكذلك إلقاء التزام على عاتق التاجر المحترف يتعلق بتقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة إلى المستهلك ثانياً، بما يمكنه من الإقدام على التعاقد وهو مستنير الرضا وعلى بينة من أمره، كذلك قد يتدخل المشرع بفرض الشكلية في بعض العقود أو بإلزام المتعاقدين بإدراج بعض الشروط لتوقي آثار التعسف (الفصل الأول). لكن هذه الحماية قد لا تلي ما هو مأمول لذلك كانت الحماية القضائية والتشريعية من الشروط التعسفية في العقود (الفصل الثاني).

وتظهر كذلك أهمية ودور جمعيات حماية المستهلك وأجهزة الدولة في هذا المجال (الفصل الثالث).

وإذا كان الشرط الجزائي يبني على الاتفاق لكن هذا لا يمنع أن يكون مثل هذا الشرط يحمل في طياته نوع من التعسف لا يقل عن طر الشرط التعسفي بذاته، كذلك تعد عقود التأمين من أهم العقود التي تقترن بها الشروط التعسفية (الفصل الرابع).

الفصل الأول

الحماية القبلية من الشروط التعسفية

للاتزام قبل التعاقدى بالإعلام دور هام في تنوير وتبصير المتعاقد الضعيف في الرابطة التعاقدية، وقد يلعب نفس هذا الدور في مجال الحماية من الشروط التعسفية، وهو من الالتزامات حديثة النشأة التي ارتبطت بالتطور التقني في إنتاج السلع والخدمات، حيث لم تنل دراسة هذا الالتزام حظها من الرعاية والاهتمام إلا منذ وقت غير بعيد، وذلك لما دعت الضرورة إلى إيجاد الطرق الجديدة لحماية المستهلك من الأخطار التي قد تنشأ في ظل التطور الهائل على المستوى الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي.

وقد عني فقهاء القانون بالتعريف بهذا الالتزام وبيان مبررات نشوئه، سعياً منهم من أجل تنوير المشرع لأجل جعل التطور التشريعي يتساير مع التطور في جميع مناحي الحياة المختلفة. (المبحث الأول).

ومن العقود ما يستلزم الشكلية في انعقادها باعتبارها ركن في العقد وتختلف الشكلية في هذه العقود يؤدي إلى بطلانها بطلاناً مطلقاً، وقد يكون فرض مثل هذه الشكلية حماية للطرف الضعيف لحمايته من تعسف الطرف القوي

فالمشرع اشترط الشكلية كركن للانعقاد في بعض العقود، وهذه الشكلية تهدف لحماية المتعاقدين فقبل أن يقدم أحدهما على التوقيع على العقد يقوم الموثق بتلاوة بنود وشروط العقد ليعطي له مهلة من التفكير، وله الحرية فيما بعد في الإقدام على التعاقد، ليعرف هل هو راضٍ بالشروط الواردة في العقد أم لا، وهذا الإجراء يشكل نوع من الحماية للمتعاقدين. (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

إذا كان المشرع في القانون المصري والقانون الفرنسي قد نص على هذا الالتزام في بعض أنواع العقود (كعقد التأمين على سبيل المثال) إلا أنه لم يتبناه صراحة كقاعدة عامة في كلّ التعاملات أو حتى بصدد عقود الاستهلاك، ومع ذلك فإن القضاء والفقهاء الفرنسيين قد اعترفوا بهذا الالتزام كمبدأ عام، ويجد هذا الالتزام تطبيقاً خاصاً وهاماً له فيما يتعلق بعقود الاستهلاك.¹

المطلب الأول: التعريف بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام

الفرع الأول: في الاصطلاح اللغوي

وعلم الشيء بالكسر يعلمُهُ علماً عَرَفَهُ.²

الفرع الثاني: في اصطلاح فقهاء القانون

قد تعددت الألفاظ للدلالة على هذا الالتزام من طرف الفقهاء ومن الألفاظ الدالة عليه: الإدلاء بالبيانات، الإخبار، الإفضاء، التبصير، الإفصاح، وفي الجزائر لفظ الإعلام هو الأكثر استخداماً.

التعريف الأول: هو التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهم

¹ حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك .، دار النهضة

العربية، القاهرة، 1996، ص 15.

² الرازي، المرجع السابق، ص 189.

أن يُلْمَ بيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات.¹

التعريف الثاني: هو تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع إبرامه حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد.²

أما بالنسبة لمضمون الالتزام بالإعلام فيمكن القول مع ملاحظة أن محل الالتزام بالإعلام يختلف من عقد إلى آخر بوجه عام بأنه التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره ولفت نظره إذا استدعى الأمر ذلك.³

وبتحليل التعريفين السابقين يتبين بأن لهذا الالتزام العناصر الآتية:

1 . الالتزام قبل التعاقد بالإعلام التزم يجد مجاله الطبيعي في المرحلة السابقة للتعاقد عن طريق إحاطة المستهلك بما لم يحط به علماً بحيث يكون رضاؤه بالعقد وشروطه حينها رضاً واعياً مستنيراً لذا يجب تنفيذ هذا الالتزام من قبل التاجر المحترف قبل إبرام العقد، وعدم تنفيذ الالتزام في هذه المرحلة قد يجعل من إرادة المستهلك معيبة فتقع في غلط أو تكون ضحية تغرير (تدليس) وحتى إن لم تكن إرادة المستهلك معيبة بأحد عيوب الإرادة فإنها تعد إرادة غير متكافئة وهي بهذا الوصف غير صالحة لإنشاء عقد يفترض فيه أن يقوم على التوازن بين

¹ نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1982، ص 189.

² سهير منتصر، الالتزام بالتبصير العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1990، ص 41.

³ محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص 173.

الطرفين على وفق الاتجاهات الحديثة للفقهاء.¹

2 . أنه التزام قانوني يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك من خلال الإفضاء له بالمعلومات التي تؤثر في الرضا بمعنى أن المتعاقد الذي لم يزود بها ما كان ليبرم العقد لو علم بها أو لم يكن ليبرمه بالشروط التي تم بها.²

3 . أنه ليس التزام عقدي لكونه سابق على التعاقد إذ لا يتصور نشوء التزام في مرحلة سابقة على وجود مصدره.³

وفي هذا الصدد فقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في المادة 15/03 من المرسوم التنفيذي رقم: 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁴ حيث تنص: (إعلام حول المنتوجات: كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة، أو من خلال الاتصال الشفهي).

وبالرغم من ذلك فمنهم من رأى بأنه التزام عقدي بحيث يمكن التمييز بين نوعين من الالتزام بالإعلام. التزام بالإعلام عقدي خلال مرحلة تنفيذ العقد والتزام بإعلام قبل العقد خلال مرحلة إبرام العقد فالمعلومات المطلوبة قبل إبرام العقد تكون المسؤولية عنها تقصيرية بينما تكون المسؤولية عقدية عن المعلومات المطلوبة خلال تنفيذ العقد، لكن هذا التمييز من الناحية النظرية سهل وبسيط ولكن من الناحية العملية فيصعب التمييز بينهما ولا يكون في

¹ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري و دار زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى، 2011، ص 98،97 .

² المرجع نفسه، ص 98.

³ سهير منتصر، المرجع السابق، ص 41.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم: 13-378 المؤرخ في 05 محرم 1435 هـ الموافق 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ج ر عدد 58، ل 18 نوفمبر 2013، ص 08. ولإشارة فإن أحكام هذا المرسوم تدخل حيز التنفيذ بعد سنة واحدة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (المادة 64 منه).

خدمة وحماية المستهلك الذي يجبر على رفع دعويين أحدهما تقصيرية وأخرى عقدية، فالأولى اعتباره التزاما واحدا تكون المسؤولية المترتبة عنه مسؤولية عقدية.¹

لكن هذا الرأي عورض بالنقد إذ أن هذا الالتزام ليس التزاما عقديا تترتب عليه المسؤولية العقدية لذلك يجدر التفريق بين هذا الالتزام وبعض الالتزامات الأخرى المشابهة.

الفرع الثالث: الالتزام قبل التعاقد في الشريعة الإسلامية

لم تترك الشريعة الإسلامية السماح أمرا أو مجالا من مجالات الحياة إلا وكان لها السبق في تنظيمه ولما كان تحقيق مصالح الناس مقصدا أساسيا في الشريعة الإسلامية، لزم أن تتأثر في المعاملات بالبيئة وتغير الأزمان فتتبدل تبعا لذلك فالشريعة مبناها وأساسها على تحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، ولما كان القرآن الكريم ينظم بعض الأحكام بالتفصيل كأحكام العبادات فإنه لم يتناول بالتفصيل بعض أحكام المعاملات بالتفصيل فقد دل عليها بوجه عام وترك المجال للاجتهاد فيها نظرا لتغيرها من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان.

فقد جاءت بعض هذه الأحكام من أجل حماية رضا المتعاقدين ونذكر منها قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا} ² ، وقوله تعالى: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ} ³.

فالآيتان الكريمتان تدلان على أنه لا يحل شرعا أن يأكل الناس الأموال بينهم بغير حق، وهاتان الآيتان دليل عام على أن الباطل في المعاملات لا يجوز، لكن ليس فيها تعيين

¹ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 173.

² سورة النساء، آية رقم 29.

³ سورة البقرة، آية رقم 188.

الباطل وإنما يطلب تعيينه من أدلة خاصة.

والآية الثانية هي من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات ينبنى عليها.¹

ومن الأدلة الخاصة:

عن تميم الداري أن النبي ﷺ قال: «الدين النصيحة»، قلنا لمن؟ قال: «لله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم».²

يقول الإمام النووي رحمه الله وأما نصيحة عامة المسلمين... ترك غشهم وحسدهم، وأن يجب لهم ما يجب لنفسه من الخير ويكره لهم ما يكره لنفسه من المكروه والذب عن أموالهم وأعراضهم...³

وعن حكيم بن حزام⁴ عن النبي ﷺ، قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما. وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما».⁵

أي بيان كل واحد لصاحبه ما يحتاج إلى بيانه من عيب ونحوه في السلعة والثمن وصدق ما يتعلق بالعوذين.⁶

وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «...ولا تُصَرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النَّظَرَيْنِ بعد أن يَحْلُبَهَا، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر».

¹ ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، (96/01).

² صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، دار الفكر العربي، بيروت، 1995، باب بيان أن الدين النصيحة، رقم الحديث: 55، (32/02).

³ المرجع نفسه، (32/02).

⁴ عبد الله بن حكيم بن حزام القرشي الأسدي، صحب النبي ﷺ، وكان إسلامه بعد الفتح، قتل يوم الجمل، وكان صاحب لواء طلحة والزبير رضي الله عنهما، [ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، المرجع السابق، (579/2)].

⁵ صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، باب الصدق في البيع والبيان، رقم 1532، (144/10). ابن عبد الرحيم المبارك فوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د ت ط، أبواب البيوع، رقم الحديث: 1264، (375/04).

⁶ صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، باب الصدق في البيع والبيان، دار الفكر العربي، بيروت، 1995، (100/10).

¹ والتصرية هي جمع اللبن في ضرع الحيوان أياما، فيوهم ذاك أنه ذو لبن غزير.

وعن عقبة بن عامر الجهني قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «المسلم أخو المسلم، ولا يجل لمسلم إن باع من أخيه بيعا أن لا يبينه له».²

المطلب الثاني: مبررات نشأة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

إذا كان المحترف هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي اعتاد ممارسة مهنة أو حرفة أو نشاط على سبيل الاعتياد والانتظام سواء كانت إنتاجا أو توزيعا للخدمات بحيث يمكنه ذلك من اكتساب خبرة ودراية في ذلك المجال، وبالنظر إلى التطور العلمي والتكنولوجي السريع تعمقت الفجوة بين المحترف والمستهلك.

فيتضح من اختلال ميزان المعرفة لصالح الحرفي والمهني أن المستهلك حين يقدم على إبرام العقد يفتقر حتما إلى البيانات والمعلومات الأساسية التي ترشده إلى تحديد الأوصاف محل العقد من السلع أو الخدمات وإلى تقدير مدى توافق هذه السلع و الخدمات مع رغباته ومدى كفايتها لإشباع حاجاته. لذلك فإن عدم المساواة في المعرفة بين أطراف عقد الاستهلاك يبرر تقرير الالتزام بإعلام المستهلك على عاتق الطرف الذي يعلم (أي الحرفي أو صاحب الخبرة من المهنيين).³

ويشترط في قيام هذا الالتزام جهل العلم بالمعلومات وهو ما يتحقق بسبب استحالة الاستعلام أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالعقد أو محله، ويفرق الفقه بين الاستحالة الموضوعية لأسباب ترجع إلى محل العقد ذاته كأن يكون في حيازة الطرف الآخر

¹ مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، ص 347.

² النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، كتاب البيوع، رقم الحديث: 2152، (10/2). و سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب من باع عيبا فليبينه، رقم الحديث: 2247، (579/3).

³ حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص 22.

مثلا، وبين الاستحالة الشخصية التي ترجع إلى شخص المتعاقد نفسه، كانهدام الخبرة والدراية والمعرفة بخفايا وثنايا العقد المراد إبرامه.¹

ويرى الأستاذ نزيه المهدي أن التزام الشخص المحترف بالإعلام هو التزام نسبي وليس مطلق وبيان ذلك أن هناك عدة معايير وضوابط تحكم مدى و نطاق هذا الالتزام بحيث تضيق منه وتخفف من حدته في أحيان كثيرة يستحيل معها القول بإطلاقه هذه المعايير والضوابط يمكن إيجازها فيما يلي:²

1. واجب الاستعلام: ويقصد بذلك أن الطرف الآخر الذي يتعاقد مع محترف يجب عليه من ناحيته أن يستعلم عن كافة المعلومات والبيانات التي تهمه... سواء تم هذا الاستعلام عن طريق الطرف المحترف نفسه أو عن طريق الغير.

ولقد أخذ الفقه والقضاء بهذا المبدأ للتقييد والتخفيف من حدة التزام المتعاقد المحترف بالإعلام، فأكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ صراحة، بتقريرها أن إخلال المحترف بالتزامه بالإعلام والنصيحة لا يعني الطرف الآخر من واجب الاستعلام والحرص والتبصر.³

2. التعاقد بين محترفين : وهو في حالة إذا كان طرفي العقد كلاهما يتصف بالاحتراف، وكان محل العقد يدخل في المجال المشترك لحرفتهما ونشاطهما.

3 . وجود تعاملات سابقة بين المحترف والمستهلك مع تماثل محلها: فهذا يؤدي إلى التخفيف من هذا الالتزام أو الإعفاء منه، وتجدد الإشارة إلى أن هذا لا يعمم على جميع التعاملات نظرا لطبيعتها، أو تغيير ظروف إبرامها.

كذلك من مبررات نشوء مثل هذا الالتزام هو قصور نظرية عيوب الإرادة في تحقيق

¹ انظر نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود ، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها، و موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها.

² انظر نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، المرجع السابق، ص 84.

³ المرجع نفسه، ص 55 ، 56

الحماية، حيث كانت حماية الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد كانت تتم من خلال نظرية عيوب الإرادة إلا أن التطبيق العملي كشف عن قصور تلك النظرية في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك في بعض الحالات بسبب تشدد الشروط اللازمة لتطبيقها...، فتقرير الالتزام قبل التعاقد بالإفشاء من شأنه أن يعالج أوجه القصور التي تعترى نظرية عيوب الإرادة خاصة فيما يتعلق بإمكانية رجوع المستهلك بالتعويض على التاجر المحترف عند إخلاله بالالتزام بتقديم المعلومات الجوهرية في العقد المراد إبرامه طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.¹

¹ حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص

المطلب الثالث: التمييز بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وبعض الالتزامات الأخرى المشابهة.

لهذا الالتزام المدروس ذاتية خاصة تميزه عن التزامات أخرى مشابهة، إذ قد يخلط بينهما الدارس لوجود تماثل بينها في بعض الجوانب أو لتداخل بينها، مما يجعله يستخدم نفس المصطلحين للإشارة إلى معنى ومقصود واحد.

الفرع الأول: التمييز بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام التعاقدي بتقديم الاستشارات الفنية

الالتزام التعاقدي بتقديم الاستشارات الفنية ينشأ عن عقد خاص به يكون الهدف من إبرامه تقديم الاستشارة من أهل الخبرة (مهندس معماري، الطبيب، المحامي، المحاسب، البنك...)، فهو أصلي يقصد بذاته أثناء التعاقد، فمثلاً: المحامي ملزم أمام موكله التزاماً بعناية بتقديم المشورة اللازمة التي تمكنه من كسب قضيته وتوجيهه توجيهاً سليماً من حيث الاختصاص والمواعيد بمناسبة رفع دعوى قضائية، أو تقديم المشورة بصدد تصرف قانوني معين...

أما الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام فهو التزام سابق لتكوين العقد فهو كما قلنا سابقاً ليس بالالتزام عقدي.

كما أن تنفيذ الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يكون دون أجر في حين يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي بتقديم المشورة الفنية مقابل أجر.¹

ومن حيث الجزاء فالمسؤولية تكون تقصيرية عند الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وتكون عقودية عند الإخلال بالالتزام التعاقدي بتقديم المشورة الفنية.

¹ انظر نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، المرجع السابق، ص 186-189.

الفرع الثاني: التمييز بين الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام

قد يمكننا القول بصعوبة التمييز بين هذين الالتزامين بالنظر إلى تماثل الهدف في كل منهما والمتمثل في تنوير وتبصير أحد المتعاقدين بالأمر الأساسية للعقد والتي يصعب الإحاطة بها إلا من طرف المتعاقد الآخر فإذا كان الالتزام العقدي بالإدلاء بالبيانات أو المعلومات ينشأ بمناسبة كل عقد على حدة وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد فإن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام هو التزام عام في شأن كل عقود الاستهلاك، ويهدف إلى تنوير رضا المستهلك ما يجعل سلامة وصحة الرضا أساس وجوده.¹

فالالتزام التعاقدى بالإعلام مصدره العقد بينما الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام يكون في المرحلة السابقة على التعاقد، وبذلك فإنه يترتب على الإخلال به المسؤولية التقصيرية، في حين أن الالتزام التعاقدى بتقديم المعلومات يكون بعد إبرام العقد، وأن الإخلال به يشير إلى المسؤولية العقدية.²

الفرع الثالث: التمييز بين الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام والالتزام بالتحذير

ينشأ الالتزام بالتحذير أو الالتزام ببحث الانتباه معاصراً لإنتاج السلعة وتقديم خدمات تحتوي على عناصر لها طابع الخطورة سواء في ذاتها أم في طرق استخدامها ويعد ذلك من النتائج الطبيعية لفعاليات مسايرة الفكر القانوني للتطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة.³ ويختلف هذا الالتزام عن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام في أن هذا الأخير ليس فيه تحديداً لطبيعة ونوعية وكمية المعلومات المراد الإعلام بها، فنطاق هذا الالتزام يشمل كل ما من

¹ حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص 19.

² انظر نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، المرجع السابق، ص 41.

³ سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1999، ص 58.

شأنه أن يؤثر على رضا المستهلك بينما يتحدد الالتزام بالتحذير في الإدلاء بالمعلومات والبيانات التي تتناول الصفة الخطرة في الشيء محل التعاقد سواء ما تعلق بجيازته أو استعماله.

1

كذلك يقوم الخلاف بينهما بالنظر إلى غاية كل منهما حيث أن غاية الالتزام قبل التعاقد بالإفشاء هو إيجاد رضا حر ومستنير لدى المستهلك لضمان صحة وسلامة الرضا، بينما غاية الالتزام بالتحذير هو ضمان سلامة المستهلك في جسده وأمواله.²

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 57.

² المرجع نفسه، ص 66.

المطلب الرابع: محل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام وجزء تخلفه

الالتزام العقدي بالإدلاء بالبيانات أو المعلومات ينشأ بمناسبة كل عقد على حدة وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد لذلك نحاول بيان محل هذا الالتزام في بعض أنواع العقود، كذلك نبين جزء تخلفه.

الفرع الأول: محل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يتضمن شقين أحدهما سلبي والثاني إيجابي . أما عن الشق السلبي من الالتزام بالإعلام فهو عدم كتمان الحقيقة عن المستهلك. وأما عن الشق الإيجابي فهو يتصل بالإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بوضع الشيء أو الخدمة من الناحيتين القانونية أو المادية ثم تلك المتعلقة باستخدام الشيء أو محل عقد الاستهلاك.¹

01. الامتناع عن الكتمان

لقد رتب المشرع على المتعاقد من خلال الفقرة الثانية من المادة 86 ق م ج التزاما عاما بالإفضاء كلما كانت الواقعة أو الملابس التي يجلبها المتعاقد معه مؤثرة، ويلزم المتعاقد بالإفضاء على وجه مخصوص كلما تعذر على المتعاقد المدلس عليه من دون إفضاء المتعاقد المدلس التعرف أو الاطلاع على وقائع وملابس مؤثرة، كما يتحمل المهني أو الأخصائي أو الفني التزاما بالإفضاء في تعامله مع من لا خبرة له.²

حيث تنص المادة 02/89 ق م ج على: (ويعتبر تدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابس إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس).

¹ حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك .، المرجع السابق، ص25.

² علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 180.

لكن لقيام التدليس يجب أن يتوفر العنصر المعنوي له، الذي يتمثل في نية التضليل أو الخداع عند المدلس، ويقتضي هذا العنصر أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد وهذا ما لا يتوفر في الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام الذي ينبنى أساساً على مبدأ حسن النية.

وكذلك فإنه أصالة الالتزام بالإعلام تعني ببساطة الاستغناء عن العنصر المعنوي في نظرية التدليس وباعتبار أن المتعاقد مع المدين بالالتزام بالإعلام قد أحل بالتزامه بمجرد تكتم البيانات والمعلومات مما يمكن المستهلك من المطالبة بإبطال العقد أو المطالبة بالتعويض بدون حاجة إلى إثبات نية التضليل.¹

وهذا الرأي لا يمكن الأخذ به لأن جعل التدليس يقوم على مجرد التكتم عن المعلومات أو البيانات وباستبعاد إثبات نية التضليل فإننا نوسع من دائرة البطلان دون وجود نص قانوني.

02. الإدلاء بالمعلومات والبيانات

وذلك عن طريق تنوير المستهلك بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، ويجب أن تكون وافية وصحيحة و مفيدة ، كأوصافها المادية (سعر الوحدة، تاريخ الإنتاج، طبيعة المنتج، وخصائصه، طريقة الاستعمال، مخاطر الاستعمال، الإجراءات الوقائية التي يجب اتخاذها في حالة كونه من المواد الخطرة).

وكذلك تحديد صفة التاجر المحترف سواء كان طبيعياً أو معنوياً لأنه قد يكون هو الدافع الأساسي للتعاقد معه، ولعل من أهم المعلومات المتعلقة بتحديد هوية التاجر، التي تشترك القوانين في وجوب تقديمها للمستهلك، هي بيان اسمه وعنوانه وتحديد كيفية الاتصال به ورقم القيد في السجل التجاري أو قيد إجازة ممارسة المهنة حينما يكون نشاطه خاضعاً للإجازة أو منظماً بواسطة جهة مهنية معينة كأن تكون نقابة مثلاً، هذا بالنسبة للأشخاص الطبيعية، أما

¹ حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك .، المرجع السابق، ص26.

بالنسبة للأشخاص المعنوية كالشركات التجارية فيجب الإفضاء بالمعلومات المتعلقة بمقرها في الخارج وشكلها القانوني ومركز إدارتها ورقم التسجيل في الدولة التي بها مقرها.¹

الفرع الثاني: بعض تطبيقات الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

ففي المجال الطبي فيجمع الفقه والقضاء على أن الطبيب ملزم بإعلام المريض بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بحالته الصحية، وأساليب الفحص والعلاج... وإذا أقبل على عملية جراحية مثلاً فيجب إعلامه بكافة المخاطر أو الأعراض المحتملة التي قد يتعرض لها.

وفي مجال التوثيق فيلتزم الموثق بإعلام المتعاقدين بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد أو التصرف المراد توثيقه، أو العقار الذي يتم الاستعلام عنه، فالموثق يمتلك من الخبرة والدراية والعلم بقواعد وأصول المهنة مما يلزمه بإعلام وتبصير المتعاملين معه بكافة المعلومات والبيانات بل والآثار التي تترتب على توثيق تصرفاتهم ومحركاتهم القانونية.²

وفي عقد الوكالة يجب على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة (المادة 577 ق م ج).

وفي مجال العقود الواردة على العقار فمن المهم إعلام المستهلك بالوضعية القانونية للشيء فمثلاً المادة 79 ق تجاري التي تشترط أن يتضمن كل تنازل عن محل تجاري بعض البيانات منها: اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات ورقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة، والأرباح التي حصل عليها خلال نفس المدة.

وكذلك إعلام المتعاقد في عقود بيع وتأجير العقارات بكل الحقوق العينية والحقوق الشخصية الواردة على الشيء المبيع أو المؤجر.

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 126، 127.

² انظر معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، المرجع السابق، ص 66 وما بعدها.

وفي مجال البنوك والمعلومات المصرفية فالبنك ملزم بإعلام المتعامل بكل ما يتعلق بحقوقه وبكافة طرق وأنواع الاستثمار، وكل الضمانات المتعلقة بأمواله المودعة لدى البنك.

وفي مجال سوق المال وشركات السمسرة المالية فإن هذه الأخيرة تلتزم بإعلام العميل بالمعلومات اللازمة بخصوص العملية المالية المقبل عليها (الامتيازات، طبيعة المعاملة، وأخطارها...).

وفي مجال التأمين فعلى سبيل المثال تنص المادة 15 من الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 25 جانفي 1995: (يلزم المؤمن له:

1- التصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها.

2- التصريح التدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجا عن إرادة المؤمن له، خلال سبعة 07 أيام ابتداء من تاريخ الاطلاع عليه بالتصريح المسبق للمؤمن بتغير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له).

وشركة التأمين ملزمة بإعلام المؤمن وبصفة خاصة ما يشمله التأمين من أخطار ويتم تغطيتها وضمائها وما يخرج من نطاق تطبيقها ويستبعد عن التغطية التأمينية، وذلك حتى يكون على بينة تامة بالعقد، ويستطيع تقدير مدى تحقيق التغطية التأمينية لحاجاته ومتطلباته ومخاوفه.¹

وكذلك إعلام المؤمن بتحديد قيمة أو مقدار الأقساط التي سيلزم بها المؤمن له بعد

إبرام العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام قد يقع على الطرف الضعيف في العقد وهذا هم شأن المستأمن(المؤمن له)، حيث يلتزم في ومواجهة شركة التأمين بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه.

¹ انظر معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، المرجع السابق، ص 70 .

وفي مجال الإنتاج وحماية المستهلك فتتص المادة 17 من القانون الصادر في 08 مارس 2009 المحدد للقواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش على: (يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة)، والمتدخل بحسب هذا القانون (المادة 7/3) هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك.

وتطبيقاً للمادة 17 صدر المرسوم رقم: 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، يجب أن تتضمن المعلومات حول المواد الغذائية البيانات التالية: تسمية البيع للمادة الغذائية، قائمة المكونات، الكمية الصافية المعبر عنها حسب النظام المتري الدولي، التاريخ الأدنى للصلاحيّة أو التاريخ الأقصى للاستهلاك، الشروط الخاصة بالحفظ والاستعمال، بلد المنشأ وبلد المصدر إذا كانت المادة مستوردة، طريقة الاستعمال واحتياطات الاستعمال في حالة ما إذا كان إغفاله لا يسمح باستعمال مناسب للمادة الغذائية، بيان حصة الصنع وتاريخ الصنع أو التوضيب، تاريخ التجميد أو التجميد المكثف بالنسبة للمواد الغذائية المعنية... (المادة 12 من المرسوم رقم: 13-378)، وحددت المادة 38 من نفس المرسوم المعلومات التي يجب إعلام المستهلك بها في حالة المنتوجات غير الغذائية، وحددت المادتين 54، 55 المعلومات الإلزامية التي يجب على مقدم الخدمة إعلام المستهلك بها.

وبالمقابل تفرض المادة الثانية من القانون الفرنسي الصادر في 18 يناير 1992 بشأن دعم حماية المستهلكين التزاماً عاماً على عاتق كل بائع مهني لمنتجات أو مقدم خدمات بأن يتيح للمستهلك، قبل إبرام العقد إمكانية العلم بالخصائص الجوهرية للمنتج أو الخدمة، كذلك الأمر في مصر، حيث توجب المادة الثالثة من القانون رقم 67 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك على المنتج أو المستورد . بحسب الأحوال . أن يضع باللغة العربية على السلع

البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو أي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون وذلك بشكل واضح تسهل قراءته وعلى النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه ، وعلى مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدمها وأسعارها، ومميزاتها وخصائصها.¹

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام

كما رأينا أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو من صنع القضاء استنادا إلى القواعد العامة للعقد، ولا يوجد نص قانوني عام صريح بوجوده، ومن هنا تكمن الصعوبة في تحديد الجزاء المترتب على الإخلال بمثل هذا الالتزام، إذ يجب اللجوء إلى القواعد العامة للمسؤولية عموما لتحديده.

أولا: إبطال العقد

1- الغلط: قد يؤدي الإخلال المهني بالتزامه بالإعلام إلى إيقاع المستهلك في غلط نتيجة للمعلومات المضللة التي قدمها له أو كأثر لعدم ذكر بعض المعلومات الهامة. ولذلك يجب على المستهلك إذا أراد أن يثبت وقوعه في غلط معين أن يثبت جوهرية المعلومات التي وقع بشأنها الغلط، سواء وقع الغلط في صفة جوهرية للشيء (المادة 02/82 ق م ج) أو وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته (المادة 03/82)، وبذلك قد يؤدي إخلال المنتج أو الموزع للسلعة أو الخدمة إلى وقوع المستهلك في الغلط ومن ذلك يجوز له التمسك بطلب إبطال العقد للغلط استنادا لنص المادتين 81 ، 82 ق م

2. التدليس: يمكن للمستهلك أن يطلب إبطال العقد للتدليس (المادة 86 ق م ج)، إذ أن الإخلال بالالتزام بالإعلام هو أحد حالات التدليس بالكتمان لكن يبقى على من وقع في التدليس أن يثبت نية التضليل.

¹ انظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 49، 50.

وكما قلنا سابقا فإن التمسك بإبطال العقد في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام دون إثبات نية التضليل يوسع من حالات إبطال العقد دون نص قانوني كما يرى الأستاذ حسن جميعي حيث يرى أن استقلالية الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يقتضي أن يتبنى المشرع حق المستهلك في المطالبة بإبطال عقد الاستهلاك بمجرد الإخلال بالالتزام بالإعلام وبدون حاجة إلى الاستناد إلى النظريات التقليدية في الغلط والتدليس اللتان تقيدان حق المستهلك في طلب الإبطال.¹

3- عدم العلم الكافي في عقد البيع: أقر المشرع الجزائري في المادة 01/352 من القانون المدني بأنه: (يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه).

فيرى جانب من الفقه أن قيام البائع قبل العقد، أو أثناء إبرامه بالعمل على احتوائه على كافة المعلومات التي تؤدي إلى وصف الشيء المبيع على نحو دقيق ومتكامل وذلك حينما يتعذر على المشتري إدراك ذلك بوسائله الذاتية فإن ذلك يمثل تنفيذا للالتزام قبل التعاقد بإعلام المشتري بالبيانات العقدية اللازمة لتصحيح رضائه وتنوير بصيرته وذلك فيما يتعلق بمحل العقد، وقد أدى ذلك ببعض الفقه إلى اعتبار شرط العلم الكافي بالمبيع تطبيقا تشريعا نموذجيا للالتزام قبل التعاقد بالإعلام.²

وبذلك يمكن للمستهلك في حالة بالالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك طلب إبطال عقد البيع .

أولا: قيام المسؤولية المدنية

إذا لم يتمكن المستهلك عند الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام من إبطال العقد

¹ حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك .، المرجع السابق، ص32.

² محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 279.

أو كان الإبطال غير كاف يمكن له طلب التعويض استنادا إلى قيام المسؤولية المدنية، وقد اختلف الفقه في تحديد نوع هذه المسؤولية فمنهم من رأى أنها مسؤولية عقدية، ومنهم من رأى أنها مسؤولية تقصيرية، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا، ذلك أن الخطأ السابق على التعاقد ينفصل عن العقد ولا يمكن توقيح الجزاء بشأنه إلا من خلال أحكام المسؤولية التقصيرية، ويؤدي قيام هذه المسؤولية إلى حق المستهلك في تعويض الضرر الذي يصيبه وفقا لأحكام المادة 163/1 من القانون المدني المصري، التي تقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

¹ حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك .، المرجع السابق، ص34.

المبحث الثاني: اشتراط الشكلية في بعض العقود

تزايدت اليوم العقود التي تشترط القوانين الصادرة من فرنسا لنشوتها وصحتها أن تكون رسمية، أي تحرر عن طريق محرر مختص، وهذا النوع من الشكلية أصبح واسعاً في كثير من العقود في القانون الفرنسي،¹ وكذلك القانون الجزائري فمن أمثلة العقود التي يتطلب المشرع لانعقادها ضرورة إفرانها في محرر رسمي عقد الرهن الرسمي (المادة 883 ق م ج)، وعقد هبة العقار حيث تنص المادة 206 من قانون الأسرة: (تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة بالمنقولات و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة)، وكذلك عقد الشركة (المادة 416 ق م ج) ، وعقد الكفالة (المادة 645 ق م ج). فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه، خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية، حيث يلزم الموثق بالإرشاد ونصح المتعاقد، فيكون على بينة من أمره.²

فاشترط الرسمية في بعض العقود يعود إلى أهميتها وخطورتها وتعود بالأهمية لعدم الخبرة لأن تحرير العقود أمام الموثق يجعله يلفت انتباه المتعاقدين ويلزمهما بالتفكير.³ فإسناد عملية تحرير مختلف المحررات الرسمية، والخاصة بالحفظ العقاري إلى موظف عام، أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، يعد بمثابة حماية تامة لأطراف التعاقد والغير، سيما مع علمهم بمدى خطورة التصرف المقدمين عليه.⁴ والتوثيق يتمتع في المجتمعات الحديثة بأهمية بالغة ومكانة هامة، فقد منح للمشرع لأعمال الموثق الثقة والمصادقية، ومنح للمحركات التي يحررها القوة التنفيذية والرسمية، والتوثيق من جهة أخرى يساهم في تحقيق السلم الاجتماعي واستقرار المعاملات بين الأفراد والتطور الاقتصادي ونشر الثقافة القانونية.

¹ إسماعيل محمد المحقري، الحماية القانونية لعدم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ديسمبر 2006م، 324.

² انظر علي فيلاي، الالتزامات . النظرية العامة للعقد .، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص 292.

³ إسماعيل محمد المحقري، المرجع نفسه، 325.

⁴ وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2009، ص 92.

المطلب الأول : التوثيق في الاصطلاح اللغوي والشرعي والقانوني

الفرع الأول: التوثيق في الاصطلاح اللغوي

الثقة: مصدر قولك وثق به يتق، بالكسر فيهما، وثاقَةٌ وثِقَةٌ ائتمنه، وأنا واثق به وهو موثوق به، وهي موثوق بها وهم موثوق بهم.

ويقال: فلان ثِقَةٌ وهي ثِقَةٌ وهم ثِقَةٌ ويجمع على ثِقَاتٍ في جماعة الرجال والنساء، وَوَثَّقْتُ فلانا إذا قلت إنه ثِقَةٌ.

وَالْوَثَاقَةُ: مصدر الشيء الوثيق المحكم، والفعل اللازم يُوَثِّقُ وَثَاقَةً وَوَثَاقَ اسم الإيثاق. **وَالْوَثِيقَةُ:** في الأمر إحكامه والأخذ بالثقة والجمع الوثائق. **وَالْوَثِيقُ:** الشيء المحكم والجمع وَثَاقٌ. **وَالْوَثِيقَةُ:** الإحكام في الأمر، والجمع وثيق. **وَالْمِيثَاقُ:** من المَوَاقِفِ والمعاهدة ومنه المُوَثَّقُ . تقول : واثقته بالله لأفعلن كذا وكذا. ويقال: اسْتَوَثَّقْتُ من فلان وَوَثَّقْتُ من الأمر إذا أخذت فيه بالوَثَاقَةِ، وأخذ الأمر بالأوْثِيقِ أي الأشد الأحكم.¹

الفرع الثاني: التوثيق في الاصطلاح الشرعي

قال ابن مغيث² : (علم الوثائق علم شريف، يلجأ إليه الملوك والفقهاء وأهل الطرق والسوق والسواد، كلهم يمشون إليه ويتحاكمون بين يديه، ويرضون بقوله ويرجعون إلى فعله، فينزل كل طبقة منهم على مرتبتها، ولا يخل بها عن منزلها).³

وقال ابن فرحون: (هي صناعة جلييلة شريفة وبضاعة عالية منيفة تحتوي على ضبط أمور

¹ ابن منظور، المرجع السابق، (152/15).

² أبو جعفر أحمد بن محمد بن محمد بن مغيث الصديقي، الفقيه، الحافظ، الأديب، ألف المقنع في الوثائق، (ت 459 هـ)، [محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المرجع السابق، ص118، 119]. ابن فرحون المالكي، تحقيق محمد الأحدي أبو النور، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، مكتبة دار التراث القاهرة، طبعة 1982، (182/2).

³ الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق (مخطوط)، ص25.

الناس والقوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم، والاطلاع على أسرارهم وأحوالهم، ومجالسة الملوك والاطلاع على أمورهم وعيالهم، وبغير هذه الصناعة لا ينال أحد ذلك ولا يسلك هذه المسالك.¹

وقال الونشريسي:² (هو العلم الذي يبحث في كيفية تدوين الأحكام الشرعية على وجه يصح الاحتجاج به).³

وهو علم باحث عن كيفية ثبت الأحكام الثابتة عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال وموضوعه تلك الأحكام من حيث الكتابة، وبعض مبادئه مأخوذ من الفقه، وبعضها من علم الإنشاء، وبعضها من الرسوم والعادات والأمور الاستحسانية، وهو من فروع الفقه، ومن حيث كون ترتيب معانيه موافقا لقوانين الشرع.⁴

وهو علم يبحث فيه عن إنشاء الكلمات المتعلقة بالأحكام الشرعية وموضوعه ومنفعته ظاهراً، ومبادئه علم الإنشاء وعلم الفقه وله استمداد من العرف.⁵ وهو كذلك علم يبحث في كيفية إثبات العقود، والتصرفات، والالتزامات ونحوها في الحجج والسجلات، والمكاتبات التي تتم في المعاملات على وجه الاحتجاج.⁶

¹ الونشريسي، المرجع السابق، ص25.

³ أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي التلمساني الفاسي المالكي، (ت 914 هـ)، ألف القواعد في الفقه والفائق في أحكام الوثائق لم يكمل. [الديسي، تعريف الخلف برجال السلف، (62/1)، ومحمد بن محمد مخلوف، المرجع السابق، ص274، 275].

⁴ الونشريسي، المرجع السابق، ص10.

⁵ مصطفى بن عبد الله الشهير بجاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة، ص1045.

⁶ طاش كبرى زادة، مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985، (1/982).

⁶ عبد الفتاح القاضي، مذكرات التوثيق الشرعية، مقررة على طبعة السنة أولى من قسم تخصص القضاء الشرعي بكلية الشريعة الإسلامية بمصر، 1934/1935، ص1.

ويعتبر التوثيق من الأمور المكملة لحفظ المال، والمال يعتبر من المصالح الضرورية في نظر الشارع الحكيم، فهو وسيلة لحفظ الضروري، والوسائل لها حكم المقاصد.¹

الفرع الثالث: التوثيق في الاصطلاح القانوني

الموثق شخص تتمثل مهنته في تلقي كل أشكال التصرفات، والعقود التي يلزم أو يود أطرافها توثيقها، والموثقون هم الموظفون العموميون الذين يعينون في إطار مكاتب تابعة للشهر العقاري، لتلقي تصرفات وتوثيقها في محررات رسمية.²

ويتصف المُحرر بالرسمية نتيجة لتحريره بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ويتنوع الموظفون العموميون تبعاً لما يقومون به من أعمال، فالقاضي يعتبر موظفاً عاماً بالنسبة للأحكام التي يصدرها، وكاتب الجلسة بالنسبة إلى محاضر الجلسات التي يثبتها، والموثقون في مكاتب التوثيق بالنسبة للعقود والتصرفات التي يقومون بتحريرها،³

ويتولى الموثق حفظ العقود التي يجرها أو يتسلمها للإيداع، ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانوناً، كما يتولى حفظ الأرشيف التوثيقي وتسييره.⁴

حيث أنه يضيف الصيغة الرسمية على العقود التي يتلقاها والصيغة التنفيذية لهذه العقود كلما اقتضت الحاجة.⁵

¹ انظر محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الميساوي، دار النفائس، عمان، الأردن، 2001، ص 514 وما بعدها.

² همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د ط ، 2003، ص 140 .

³ محمد حسين منصور، قانون الإثبات وطرقه، الدار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، طبعة 2002، ص 58 .

⁴ انظر المادة 09 من القانون رقم: 06-02 المتعلق بالتوثيق، المؤرخ في 20 فبراير 2006.

⁵ سباع محمد، التوثيق والعقود الرسمية، مجلة الموثق، العدد 5، ديسمبر 1998، ص 20.

المطلب الثاني: تحرير العقد التوثيقي وإضفاء الصيغة الرسمية

إن الأحكام التي تنظم مهنة التوثيق حولت للموثق رسالة إضفاء الصيغة القانونية والرسمية على العقود في باب إثبات الالتزام عن طريق الكتابة فقد نص على ذلك في المادة 324 و ما يليها من القانون المدني و فرق بين أشكال العقد، فالأول عقد رسمي تكون فيه الشكلية ركن من أركان قيام عقد، و إن مخالفة ذلك يؤدي إلى بطلانه، كما هو الحال بالنسبة للعقود الواردة على التنازل للملكية العقارية أو حقوق أي كالهبة و الوصية والوقف، أما الثاني فيتعلق بعقد ترد في الشكلية للإثبات فهو عقد رضائي و إنما الأطراف أرادوا ترسيمه للإثبات. والقانون عبر عن الورقة الرسمية أو المحرر الرسمي بالعقد الرسمي و نستخلص من النص الشروط التي يجب توافرها لتكسب الورقة الرسمية صفة الرسمية و هي ثلاث شروط:

- 1- أن يقوم بكتابة الورقة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.
- 2- أن يكون هذا الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختصا في الموضوع و في المكان بتحرير الورقة أي في حدود سلطته و في نطاق اختصاصه.
- 3- أن يراعي الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في تحرير الورقة الأوضاع التي قررها القانون.¹

و عند تحرير العقد الرسمي يجب على الموثق مراعاة مجموعة من العناصر القانونية نلخصها فيما يلي:

01- عنوان التصرف: لا يحزر عنوان التصرف في مقدمة الأصل، بل يحزر في الغلاف الخارجي، فإذا تمزق الغلاف الخارجي للعقد فأنت لا تستطيع فهم عنوان التصرف إلا بعد قراءة العقد من الداخل.

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، (4/

02- تبرير صفة محرر العقد: جميع العقود الرسمية القديمة أو الحالية تحتوي على تبرير

صفة محرر للعقد، فيذكر اسم و لقب الموثق و عنوان تواجد مكتبه بالدائرة أو الولاية و الشارع و الرقم إن وجد و الغرض من ذلك تبرير اختصاصه.

03- هوية الأطراف يبين في هذه العقود ما يلي:

1- اسم و لقب و صفة و مسكن الشهود.

2- اسم و لقب و صفة و مسكن و تاريخ و محل الأطراف.

04- تعيين العقار: يضاف إلى ذلك أن الموثق مقيد بالتعينات الموجودة في الكشف

العقارية أو الدفاتر العقارية و لا يمكن الخروج عليها، إلا في حالة قسمة جديدة للعقار أو تجزئته خاصة ببيع العقار أو الوقف أو الهبة أو الوصية و المبادلة.

05- أصل الملكية : المقصود بأصل الملكية هي المصادر و المراجع التي اكتسب بها المالك

أصل الملكية خصوصا في العقارات، و الحقوق العقارية الأخرى.

06- الالتزامات و الشروط: هناك التزامات فرضها القانون فبالإضافة إلى الشروط التي

فرضها القانون على الجانبين يمكن أن يضيف إليها شروط تعاقدية أو اتفاقية بينهما، حيث أن باب التزامات و الشروط يشمل الشروط القانونية و الشروط الاتفاقية إن وجدت مثال ذلك:

أن رسم تسجيل الهبة يقسم بين أطراف العقد مناصفة بينهما.

07- الحالة المدنية: ويقصد بها في هذا المجال تدوين تصريحاتهم حول وضعيتهم المدنية من

حيث الأهلية و عوارضها و القيود الأخرى المثقل بها العقار و المنازعات الحاصلة فيه التي تؤثر تأثيرا مباشرا على تصرفاتهم، و لذلك يجب تأكيد تصريحاتهم في صلب العقد، حتى ينفي الموثق

مسؤوليته حول ذلك فالمحجور والممنوع لا يجوز لهم الهبة والوقف مثلا وكذا أصحاب الديون.

8- الإشهار العقاري: المقصود بالإشهار العقاري هو إعداد نسخة من العقد بغرض

إشهارها بالمحافظة العقارية المتواجد بدائرتها العقار ولذلك تجب الإشارة بأن نسخة من العقد تشهر بتلك المحافظة، ابتداء من تاريخ التسجيل و ليس من تاريخ تحرير العقد.

9 . تلاوة النصوص القانونية: يقوم الموثق بتلاوة الأحكام الجبائية المناسبة لكل عقد على الأطراف المتعاقدة حيث تختلف هذه الأحكام من عقد إلى آخر.

10 . الشهود: تتمثل مهمة الشهود في تأكيد صحة وسلامة الطرفين المتعاقدين من حيث عوارض الأهلية وعيوب الإدارة.

11. إمضاء العقد: يختلف الإمضاء من عقد إلى آخر، ففي العقد المحرر على ورقة واحدة تكون إمضاءات الأطراف و الشهود و الموثق في آخر العقد، أي في آخر التحرير، وإذا كان العقد محررا على مجموعة من الأوراق فيكون الإمضاء بالحروف الأولى من الاسم اللقب على أسفل كل ورقة مع الإمضاء الكامل في الورقة الأخيرة من العقد، و إذا كان هناك من لا يحسن الإمضاء فلا بد من الإشارة إلى ذلك بوضع بصمة السبابة اليسرى على أسفل العقد، و يجوز الإمضاء على أسفل كل ورقة بالإمضاء الكامل وليس بالأحرف الأولى، لأن استعمال الإمضاء الكامل على كل ورقة من أوراق العقد ليس من النظام العام.

12 . حضور الأطراف الفعلي أو من ينوب عنهم: يستهل عادة نص العقد التوثيقي بعبارة (حضر) فدلالتها تعني أن كل من يبرم عقد توثيقي يستوجب حضوره مجلس العقد شخصيا، أو من طرف نائبه أمام الموثق الذي يتعين عليه التأكد من هويته سواء في المكتب وهي القاعدة، أو يأتي مكان آخر كمقر إقامة المتعاقد ويجد هذا التبرير في حالات الإعاقة الجسدية، أو مانع قانوني كالحبس.

13 . شهادة الموثق على صحة ما ورد في العقد: عادة ما يحتتم نص العقد التوثيقي لدى كل الموثقين بهذه العبارة (إثباتا لما ذكر) ونعني بذلك أن الموثق يؤكد و يصرح أن ما جاء

في العقد لا يمكن نفيه أو تعديله إلا بالطرق القانونية.¹

المطلب الثالث: تدخل المشرع بإلزام المتعاقدين بإدراج بعض الشروط لتوقي آثار التعسف

قد لا يتدخل المشرع بحظر الشرط التعسفي أو النص على عدم فعاليته، لأنه يستشعر بأن بعض الشروط لا يمكن قياس مدى الإجحاف فيها إلا بالنظر إلى مجمل شروط العقد، والظروف المحيطة بعملية التعاقد. لذلك فقد يستنسب المشرع تحقيق التوازن في العقد في مواجهة الشروط المحتمل أن تؤدي إلى الإخلال به.²

أ. اشتراط كتابة العقد بخط واضح:

فقد تطلب المشرع في نص المادة 07 من قانون التأمينات الجزائري على: (يجر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة....)

وتنص المادة 04/622 ق م ج على أن: (يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

. كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط).

فإذا ورد شرط السقوط ضمن الشروط المطبوعة في وثيقة التأمين يجب . حتى يكون صحيحا . أن يبرز بشكل ظاهر، بأن يوضع تحته خط، أو كتبت بحجم خط أكبر من حجم المكتوب به الوثيقة، أو أن يكتب بلون مختلف عن اللون الذي كتب به سائر شروط الوثيقة، ولا يحتج بهذا الشرط إذا كان مكتوبا بنفس خط وحجم الشروط المطبوعة الأخرى.³

1 بوريس زيدان، الطرق و الإجراءات العملية لتحرير العقد التوثيقي، مجلة الموثق، العدد 5، سنة 2002، ص 35.

2 حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 181.

3 عبد المنعم البدرأوي، التأمين في القانون المصري والمقارن، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص 151.

وعلى سبيل المثال الشروط الخاصة بمدة سريان التأمين، فنصت المادة 05 من قانون 13 يوليو 1930 على وجوب ذكر مدة التأمين بشكل ظاهر وملفت للانتباه، ولقد صدر قرار وزير المالية الفرنسي في 18 نوفمبر 1966 بوجوب تضمين وثائق التأمين التي تزيد على ثلاث سنوات شرطا يوضح تلك المدة على أن يكون مكتوبا بشكل ظاهر وملفت للانتباه، وأن يوضع الشرط في أعلى توقيع المؤمن له مباشرة.¹

على أن القانون الجزائري لا يتضمن أي تنظيم لمدة التأمين أو الشكل الذي يجب ورودها في عقود التأمين، بل أن المشرع لم يتطلب أصلا أن تكتب مدة العقد في عقد التأمين. كذلك لم يحدد اللغة التي يجب أن يكتب بها عقد التأمين.

ب. اشتراط تضمين الوثيقة بيانات معينة:

فيجب أن يحتوي عقد التأمين البيانات التالية: اسم كل من الطرفين وعنوانهما، الشيء أو الشخص المؤمن عليه، طبيعة المخاطر المضمونة، تاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد ومدته، مبلغ الضمان، مبلغ قسط أو اشتراك التأمين، توقيع الطرفين المتعاقدين. (المادة 07 قانون التأمينات الجزائري)

ويجب أن يحتوي عقد التأمين البحري تاريخ ومكان الاكتتاب، اسم الأطراف المتعاقدة ومقر إقامتها مع الإشارة عند الاقتضاء إلى أن مكتب التأمين يتصرف لحساب مستفيد معين أو لحساب من سيكون له الحق فيه، الشيء أو المنفعة المؤمن عليها، الأخطار المؤمن عليها والأخطار المستبعدة، مكان الأخطار، مدة الأخطار المؤمن عليها، المبلغ المؤمن عليه، مبلغ قسط التأمين، الشرط الأدنى أو لحامله إذا اتفق عليه، توقيع الطرفين المتعاقدين. (المادة 98 قانون التأمينات الجزائري).

¹ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 187.

المطلب الرابع: محاربة الشروط التعسفية عن طريق نظام القائمة

لقد شهدت الجزائر تطورا ملحوظا على المستوى التشريعي بخصوص حماية المستهلك، ليوافك الحركة الكبيرة الداعية لتوفير الحماية الكافية له وتفعيل هذه الحماية رغبة في تقليص الفجوة الكبيرة بين المستهلك من جهة والمحترف من جهة ثانية، خاصة المتمثلة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مسايرا بذلك نظيره الفرنسي والألماني الذين كانا لهما السبق في وضع قائمة بالشروط التعسفية، وذلك بوضع قائمة بالشروط التعسفية في كل من القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306 المذكورين سابقا.¹

الفرع الأول: القائمة المنصوص عليها في القانون رقم 04-02

أفرد القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الفصل الخامس للممارسات التعاقدية التعسفية، وتضمن هذا الفصل مادتين رقم 29 و30 ، فقد نصت المادة 29 منه على قائمة بالشروط التعسفية، والمادة 30 نصت على أنه بالإمكان تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذلك منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية، وبالفعل فقد تجسد ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 06-306. وتعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح للبائع:

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

¹ وهو الأمر الذي فعله المشرع المغربي في المادة 18 القانون رقم: 08-31 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك. حيث تنص: (مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معا، وعلى سبيل المثال لا الحصر، تعتبر شروطا تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15 ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:

1. إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته،

2. احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتج أو السلعة المزوم تسليمها أو الخدمة المزوم

تقديمها.....). على أن المشرع المغربي نص على قائمة واحدة فقط.

- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.¹
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير تسليم المنتج أو آجال تنفيذ خدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

الفرع الثاني: القائمة المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 06-306

حسب المادة 05 منه فإنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.

¹ حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تتعلق العناصر الأساسية للعقد بما يأتي:

- خصوصية السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخر عن الدفع و/أو التسليم.
- كفاءات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.
- شروط تعطيل الشروط التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دون تعويض.
- التخلي 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 تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل 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 تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو 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 الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- يجمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

خلاصة الفصل الأول:

إذا كانت التشريعات تسعى جاهدة لتوقي الآثار السلبية للشروط التعسفية من خلال قواعد قانونية آمرة وهذا يظهر في التزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور ليكون على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وكذلك من خلال اشتراط الشكلية في بعض العقود وهو صور من صور حماية الطرف الضعيف في العقد، إلا أن هذه الحماية لا تعتبر كافية وبذلك وضع المشرع الجزائري قائمة للشروط التعسفية محاولة منه في حماية المستهلك وتحقيق نوع من التوازن بوضع قائمة بالشروط التعسفية في كل من القانون رقم 02-04 والمرسوم التنفيذي 06-306 المذكورين سابقا.

الفصل الثاني

الحماية القضائية والتشريعية

من الشروط التعسفية في العقود

قد شهدت الاجتهادات القضائية وجود نوعا من القصور في بعض المبادئ القانونية كمبدأ حسن النية ونظرية السبب وغيوب الإرادة خاصة منها الغبن والاستغلال في إعادة التوازن بين طرفي العقد، لذلك يلعب القضاء دورا بارزا في مواجهة الشروط التعسفية (المبحث الأول).

وإذا كان دور القاضي يقتصر على تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين إلا أن المشرع وتحت تأثير التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة نظرا لظهور بعض الفكر القانوني الذي نادى بإضفاء الصفة الاجتماعية على العقود بدلا من الصفة الفردية، رغبة منه في حماية الطرف الضعيف، قد تدخل ليعطي للقاضي السلطة الواسعة إزاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان، فالقاضي يسلك كل ما من شأنه أن يزيل ما في الشرط من تعسف عن طريق تعديل هذا الشرط، فإذا وجد أن تعديل هذا الشرط التعسفي لا يكفي لتحقيق العدالة المنشودة، فإن له أن يعفي الطرف المدعن كلية من هذا الشرط عن طريق إلغاءه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سلطة القضاء في مراجعة الشروط التعسفية

يوضح هذا المبحث مدى القصور في المبادئ العامة لمواجهة الشروط التعسفية كمبدأ حسن النية، ونظرية السبب، والغبن كعيب من عيوب الإرادة (المطلب الأول)، والقضاء يلعب تفسير الشروط التعسفية من جهة، وتعديلها أو استبعادها من جهة أخرى بالإضافة إلى ترتيب الجزاءات المدنية والجزائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قصور بعض المبادئ العامة في القانون في مواجهة الشروط التعسفية

الفرع الأول: دور مبدأ حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية

أولاً: التعريف بمبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تسري على جميع العقود، والتي أخذها المشرع بعين الاعتبار، عند وضعه للقواعد القانونية، وأدخلها كعنصر أخلاقي في القانون الوضعي، بهدف تحقيق التكامل بين القانون من جهة، والأخلاق من جهة ثانية.¹

وقد أشار القانون الجزائري إلى هذا المبدأ في نص المادة 01/107 ق م ج التي تنص:²

(يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية).³

ولم يعرف المشرع مبدأ حسن النية وهو الأمر ذاته بالنسبة إلى أغلب القوانين المقارنة وهذا ما جعل الفقه يخوض في ذلك لإيجاد تعريف له.

ويعتبر مبدأ حسن النية من المفاهيم التي يصعب تحديدها، نظراً لكونه مبدأ عام ومرن، ويتعلق بالوضع الشخصي للمتعاقد، وقد عرف على أنه: (التعامل بصدق واستقامة وشرف مع

¹ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2014، ص 134.

² تقابلها المادة 1134 قانون مدني فرنسي. والمادة 148 قانون مدني مصري.

³ مبدأ حسن النية كما هو في نص المادة يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد فقط، إلا أن الفقه أجمع على أن مبدأ حسن النية هو مبدأ شامل لجميع مراحل التعاقد.

الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة اللتين أنشئ من أجلهما، والتزم بهما كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة).¹

وانفرد المشرع الأمريكي بوضع تعريف لهذا المبدأ بعدما طوّرت المحاكم الأمريكية العديد من النظريات القانونية الخاصة به، حيث جاء تعريف هذا المبدأ على أنه: (الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف المقابل عند التعاقد).²

فيقصد بحسن النية الإخلاص والاستقامة و الأمانة في التعامل مع الطرف الآخر في العقد، إذ يتفق مظهر المتعاقد مع مخبره بما يتنافى مع كل غش أو تدليس أو تعسف.

والنية أمر خفي يختلج في النفس لا تجليه إلا تصرفات الشخص حين إقدامه على التعاقد أو أثناء تنفيذه لما تعهد به من التزام، ويستدل بحسن النية أو بسوئها من خلال سلوك المتعاقد. ويكون المتعاقد حسن النية إذا كان أميناً في تعاقد مفضيا ومتعاوناً، في استقامة دائمة من أجل الوفاء بالعقد الذي التزم به غير متمسك بحرفيته تعسفاً.³

إن هذا المبدأ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد في مراحله الثلاثة، في مرحلة التفكير، ثم مرحلة الإنشاء والتكوين، ثم مرحلة التنفيذ وفقاً لما تمليه الإرادة المشتركة للطرفين، بما يضمن توازن العقد، فهو المحرك الرئيسي في العلاقة العقدية، فالقوة الملزمة للعقد منشؤها مستمد من مبدأ حسن النية. فالنية الحسنة مفترضة لدى كل من المتعاقدين إلا إذا ثبت عكس ذلك، فإذا أثبت من له مصلحة في ذلك سوء النية، فإنه تتدخل إرادة ثالثة للحفاظ على توازن العقدي قد تكون

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 2009 م، ص 115.

² محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، العدد 54، أبريل، 2013، ص 230.

³ دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011 - 2012، ص 68.

تشريعية، وقد تكون قضائية، من خلال فرض التزامات قانونية على طرفي التعاقد، تتغلب على حالة عدم التوازن التي قد تنشأ نتيجة لاختلاف المراكز القانونية لطرفي التعاقد، أو لوجود ضعف تعاقدية يعتري أحدهما مقارنة مع الطرف الآخر.

وقد يعمل هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على شروط العقد ويسمى في هذه الحالة بمبدأ حسن النية قبل التعاقد كما يعمل هذا المبدأ على مراعاة التوازن العقدي لحقوق والتزامات طرفي الرابطة العقدية في أثناء تنفيذ شروط وبنود العقد، ويسمى في هذا الحالة بمبدأ حسن النية التنفيذي.

وفي هذا السياق، استخدم المشرع الأوروبي هذا المبدأ لضمان نزاهة المعاملات التعاقدية في عقود الاستهلاك، من خلال النص على أهميته في التعامل مع ظاهرة اختلال التوازن العقدي، على نحو يضمن تمثيل مصالح طرفي العقد وضمان التوازن العقدي فيما بينهما لذا، جاءت المادة 3 من التوجيه رقم: 13 لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك لتقضي ببطلان الشرط التعسفي متى خالف هذا الشرط مبدأ حسن النية، عن طريق خلق حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد.¹

لكن القضاء الفرنسي يستعمل هذا المبدأ في مواجهة الشروط التعسفية، ورغم ذلك ظل غير فعال في مواجهة هذه الشروط، فهو لا يشكل تقنية قانونية مستقلة لتحقيق التوازن العقدي في القانون الفرنسي، وهو الأمر الذي يعد متحققاً. أيضاً. في القانون المصري،² وفي القانون الجزائري. ومن خلال ما سبق يظهر أن لحسن النية مظهران، فالأول يقتضي أمانة ونزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص، والثاني يقتضي الالتزام بالتعاون، ويقصد بالنزاهة والإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل الالتزام عسيرا أو مستحيلا.³

¹ محمود فياض، المرجع السابق، ص 233.

² تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 307.

³ فيلال علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 369.

ذلك أن أطراف العملية التعاقدية ينبغي أن يكونوا على قدر من الاستقامة، تؤهلهم لأن يكونوا محلا للثقة المتبادلة يثق في توافرها كل طرف في العقد بالمتعاقد الآخر لما يفترضه فيه من نزاهة وأمانة وشرف وإن كانت العقود تقوم على مصالح متعارضة، الأمر الذي يجعل كل طرف يحتفظ لنفسه بأشياء تحقق له أكبر فائدة، فإن هذا الحق تقيده قواعد العدالة وحسن النية.

وقد أولى المشرع اهتماما بالغا بنزاهة المتعاقدين النابعة من أمانتهما والثقة المتبادلة بينهما، بل إنه قد ارتكز عليهما عند البحث عن النية المشتركة واستخلاص الإرادة الحقيقية وذلك إذا احتاج القاضي إلى تأويل العبارات الغامضة، فجعل من الأمور التي يستهدي بها، ما يفترض في المتعاقدين من أمانة وثقة.¹

أما الالتزام بالتعاون فإلى جانب النزاهة يتحمل المتعاقد التزاما بالتعاون طبقا لمقتضيات حسن النية، ويقتضي هذا الالتزام الإيجابي القيام بعمل يتمثل في إطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم تنفيذ العقد.² وإذا كان من الأمانة والثقة ألا يجعل أحد الطرفين من تنفيذ الالتزام عسيرا، فإن الالتزام بالتعاون يفرض على المدين بذل الجهد لجعل تنفيذ الالتزام مفيدا بالنسبة للدائن، وعلى الدائن أن يبدي تعاونه مع المدين بمساعدته في الوفاء بالتزاماته.³

¹ دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 69.

² فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع نفسه، ص 369، 370.

³ دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 70.

الفرع الثاني: اعتماد نظرية السبب لمواجهة الشروط التعسفية

الفقه الإسلامي تجاه نظرية السبب يتنازعه عاملان متعارضان:

1- فهو أولا فقه ذو نزعة موضوعية بارزة، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي يأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة، فهو أقرب بكثير من هذه الناحية إلى الفقه الجرمانى منه إلى الفقه اللاتيني.¹

2. ولكن الفقه الإسلامي، من جهة أخرى، فقد تغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالبائع الذي تقاس به شرف النوايا وطهارتها.²

أما المشرع الجزائري فقد تناول ركن السبب في المادتين 97 و 98 ق م ج، فتنص المادة الأولى على: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا). وتنص المادة 01/98 على: (كل التزام يفترض أن له سبب مشروع، ما لم يتم الدليل على غير ذلك).

والمقصود بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية هو السبب القصدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر، والسبب هو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه، فالسبب القصدي بالنسبة للمشتري، أو الغرض المباشر من تسديد الثمن هو امتلاك المبيع، أما بالنسبة للبائع فالغاية الأولى من تنفيذ التزامه هي الحصول على ثمن البيع.³

أما البائع أو الدافع للتعاقد هو السبب بالنسبة للنظرية الحديثة، فعلى عكس النظرية التقليدية أصبحت العبرة بسبب العقد لا بسبب الالتزام، ويتمثل السبب في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، فهو المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (36/4).

² المرجع نفسه، (36/4).

³ فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 246.

المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية.¹

والمشعر الجزائري أخذ بازدواج السبب، إذ لم يتخل عن النظرية التقليدية، باشرطه وجود السبب، وأخذ بالنظرية الحديثة إذ يطالب بمشروعية السبب.²

ومن خلال المادة 97 و 98 ق م ج يتضح أن للسبب شرطان أساسيان هما:³

1- أن يكون السبب موجود: وهذا السبب ينصب على السبب بمعناه القصدي (أي سبب الالتزام، أو الهدف الأول الذي يبتغيه المتعاقد من وراء التحمل بالالتزام، أو السبب وفقا للنظرية التقليدية)، وهو يعني بضرورة أن يكون هذا السبب موجود، فإذا تبين عدم وجوده وقع العقد باطلا لانعدام سببه.

فإذا لم يستلم المستعير الشيء المستعار انعدم سبب التزام المستعير برد الشيء المستعار، فلا ينعقد العقد، وإذا التزم البائع بنقل ملكية المبيع ولم يلتزم المشتري بدفع الثمن فلا ينعقد البيع لتخلف سبب التزام البائع، وهو محل التزام المشتري.

2. أن يكون سبب الالتزام مشروعاً:

وهذا الشرط ينصب على السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد متى كان متصلاً بالمتعاقد الآخر، وتقتضي مشروعية السبب أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة. وإلا وقع الالتزام باطلاً. وأن لا يتعلق الأمر بشيء غير قابل للتعامل بطبيعته أو بحكم القانون. ومثاله أن يدفع لأحد مبلغ من المال نظير ارتكاب هذا الأخير لجرمة، أو من يدفع رشوة لموظف عام للعبث بأعمال الوظيفة.

وحسب النظرية التقليدية التي كانت تشترط في السبب وجوب أن يكون صحيحاً، ومشروعاً، بالإضافة إلى اشتراط أن يكون موجوداً.

¹ فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص255.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، (1/165 وما بعدها). وفيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع نفسه، ص260.

³ ويستخلص ذلك من النص الفرنسي للمادتين 97، 98 لا من النص العربي.

ومعنى أن يكون السبب صحيحا أن لا يكون مغلوطا ويوجد حيث يتوهم أحد المتعاقدين سببا لا وجود له، ومثاله أن يتخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وارث فيعطيه مبلغ من النقود للتخارج ثم يتضح أنه غير وارث.

وأن لا يكون صوريا غير حقيقي، وصورته أن يكون المتعاقدين على علم بالسبب الحقيقي، إلا أنهما يختفيان وراء ستار آخر لأغراض مختلفة، قد تكون مشروعة وقد لا تكون مشروعة، كأن يتفق المتعاقدان ظاهريا على بيع سيارة ولكن العملية الحقيقية التي باسراها هي تأجير السيارة، والصورية في حد ذاتها لا تبطل العقد إلا إذا كان الغرض منها تحقيق هدف غير مشروع.¹

وفي ظل النص الحالي للمادة 97 فإنه لا يمكن للقضاء أن يستند عليها لإعادة التوازن العقدي، نظرا لتسليمها بضرورة توافر شرط واحد في السبب وهو شرط المشروعية... لذلك لم يبق سوى التسليم بفكرة انعدام السبب كما فعل القضاء الفرنسي لإبطال الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية، وهي تقنية لم تسلم من النقد باعتبار أنها لا تؤدي سوى إلى إبطال بعض الشروط، وليس إلى إزالة عدم التوازن العقدي برمته.²

وهي فكرة أو تقنية تجدد أساسها في النظرية التقليدية والتي ترى أن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر وتأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يتحمل الالتزام، وبالتالي فإن عدم وجود محل للالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، مما يؤدي إلى بطلان العقد، وفي مجال الشروط التعسفية فإن الشرط التعسفي غالبا ما يضع على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل حقيقي، وعلى هذا الأساس لا يمكننا القول بأن هذا الالتزام باطل لغياب السبب.³

ويرى البعض أنه لا يمكن الاعتماد على نظرية السبب في مجال عقود الاستهلاك لأنها لا

¹ فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 249.

² بودالي محمد، المرجع السابق، ص 56.

³ أحمد يحيوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010/2011، ص 14.

تثور أصلا من الناحية العملية فالمفترض أن العقد قام على سببه الصحيح، والمطلوب هو مواجهة عدم التوازن بين التزامات المهنيين والمستهلكين، وليس إثارة غياب السبب الذي تبنى عليه هذه الالتزامات.¹

وفي محاولة لتحقيق التوازن العقدي، ظهر في فرنسا في سنوات السبعينات اتجاه قضائي بدعم من بعض الفقه الذي سبقه، يستند إلى نظرية السبب، وهو ما تشترطه المادة 1131 (ق م فرنسي) من وجوب وجود السبب في الالتزام، من أجل إبطال الشروط المخالفة لالتزام أساسي في العقد وبخاصة تلك التي تروم استبعاد أو تحديد مسؤولية أحد المتعاقدين.

حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأنه: (يعتبر خرقا لنص المادة 1131 من القانون المدني ما ذهب إليه المجلس القضائي من تطبيق لشرط يتضمن تحديدا لمسؤولية شركة البريد (Chronopost) عن التأخير. والذي يناقض التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة، مما يؤدي إلى اعتباره كأنه غير مكتوب).²

¹ تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 306.

² بودالي محمد، المرجع السابق، ص 54.

الفرع الثالث: دور الغبن في مواجهة الشروط التعسفية

أولاً: التعريف بالغبن

01. في الاصطلاح اللغوي:

الغبن لغة بمعنى النقص، والغبن في البيع والشراء بمعنى الوكس، يقال: غبنه يغبنه هذا الأكثر أي: خدعه، وقد غبن فهو مغبون.¹

02. في الاصطلاح الشرعي:

أما في الاصطلاح فيعرف بأنه: (عدم التعادل بين البدلين في عقود المعاوضة)،² وعرفه البعض: (أن يكون أحد العوضين في عقد المعاوضة لا يساوي الآخر في القيمة بأن يكون أقل منه أو أكثر).³

وعند الأحناف: يتنازع الفقه الحنفي في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

منهم من قال لا رد بغبن فاحش سواء كان التغيير بغبن فاحش أو بغيره، وفيهم من قال أن هذا غير مقيد بالتغيير أو بدونه، وقول آخر يقول بأن المغبون لا يرد إذا كان هذا المغبون لم يغر، أما في مغبون غير يكون له حق الرد.⁴

أي أن الغبن الذي يؤثر في صحة العقد هو الغبن المصحوب بتغيير سواء كان من البائع أو المشتري أو حتى الدلال، ولا عبرة بمقدار الغبن أي سواء كان فاحشاً أو يسيراً، أما الغبن المجرد من التغيير ولو كان الغبن فاحشاً فلا عبرة به.⁵

والغبن الفاحش عندهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وذلك كما لو وقع البيع

¹ ابن منظور، المرجع السابق، مادة غ ب ن ، (135/13)،.

² يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 302.

³ المحمدي أحمد أبو عيسى، النظرية العامة للاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دراسة مقارنة، دار

النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2004، 119.

⁴ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، (363/7).

⁵ المحمدي أحمد أبو عيسى، المرجع السابق، ص 128.

بعشرة مثلاً، ثم إن بعض المقومين يقول إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم: ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة فهذا غبن يسير.¹

وعند المالكية: المشهور لدى الفقه المالكي عدم الرد بالغبن، إلا أن هناك حالات يجب فيها الرد بسبب الغبن، وحالات أخرى أي عقود أخرى لا يجب ذلك رغم قيام الغبن وفي الحالة الأخيرة يقتصر حق المتعاقد المغبون على إمضاء العقد والإبقاء عليه أو عدم إمضائه وإيقافه حيث ينعقد له الخيار في ذلك.²

ويقول أحمد ابن رشد القرطبي: (فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب: إذا كان فوق الثلث رد، وحكاه عن بعض أصحاب مالك، ولجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن...) ³

وعند الشافعية: يجرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى طائفة يحملون طعاماً إلى البلد، فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد ومعرفة سعره، وشرط تحريمه أن يعلم النهي ويقصد التلقي، فلو خالف واشترى، أتم، وصح البيع، ولا خيار لهم قبل أن يقدموا ويعلموا السعر، وبعده يثبت لهم الخيار إن كان الشراء بأرخص من سعر البلد. فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار. فمن تلقاها واشترى من فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق، لأنه غرهم ودّس عليهم بعيب.⁴

وإن بان لهم أنه لم يغبنهم، ففيه وجهان، أحدهما: أنّ لهم الخيار للخبر، والثاني: لا خيار لهم لأنه ما غرّ ولا دّس.⁵

¹ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، (363/7).

² المحمدي أحمد أبو عيسى، المرجع السابق، ص 128.

³ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، (167/2).

⁴ انظر النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، (80/3). الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (143/3، 144).

⁵ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، (143/3، 144).

مما سبق يبين لنا أن الغبن المجرد في الفقه الشافعي لا يؤثر على صحة العقد ولا يثبت به الخيار للمغبون لتفريطه في حق نفسه مهما كان مقدار الغبن فاحشا أم يسيرا وهذا يتفق مع رأي الفقه الحنفي في حالة عدم اشتراطه في التعاقد.¹

أما عند الحنابلة: يقول موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة في المغني: (ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع، أحدها تلقي الركبان، إذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم. الثاني، بيع النجش... الثالث، المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة، فله الخيار بين الفسخ والإمضاء).²

وقد حدد الغبن عندهم بالثلث، وقيل السدس، وقيل ما لا يتغابن به الناس في العادة، لأن ما لم يرد الشرع به، يرجع فيه إلى العرف.³

03. عند القانونيين:

أما عند القانونيين فالغبن في العقود هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وبين ما يحصل عليه بمقتضى العقد.

والغبن بهذا المفهوم هو المظهر المادي للاستغلال.⁴ ففي الاستغلال لا يكتفى بالوقوف أمام المظهر المادي بل لابد أن يكون المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، وهو ما يمثل المظهر أو العنصر النفسي للاستغلال.

¹ الحمدي أحمد أبو عيسى، المرجع السابق، ص 141.

² ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، (36/6).

³ ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، (36/6، 37). أما بيع الاسترسال والاستثمان فهو أن يقول الرجل: اشترى مني سلعتي كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن. وقال ابن حبيب: إن الاسترسال يكون في البيع كأن يقول الرجل للرجل: بعني كما تباع الناس، وأما في الشراء فلا. ولا فرق بين البيع والشراء إذا كان الاسترسال والاستمانة واجب بالإجماع لقوله ﷺ: (غبن المسترسل ظلم)، ومن هذا قول العاقد لصاحبه: لا خلافة، أي لا غش بيننا. انظر في ذلك: الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (470/4 وما بعدها). والحديث عند البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما ورد في غبن المسترسل، (571/5).

⁴ من بين العقود التي تسري عليها أحكام الغبن في القانون الجزائري: عقود بيع العقارات (المادة 358 ق م ج)، وعقود المقايضة (المادة 415 ق م ج) التي تطبق عليها أحكام المادة 358، وفي قسمة المال الشائع بين الشركاء (المادة 732 ق م ج).

فالمظهر المادي للاستغلال يتضح عند مقارنة الالتزام الذي يتحمله المتعاقد المغبون، وقيمة المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة فلا يتصور في عقود التبرع ولا في العقود الاحتمالية كعقد التأمين، وقد يكون التفاوت في المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد تقل عن قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التي يحصل عليها المتعاقد الآخر.

وهذا التفاوت تقديره متروك للسلطة التقديرية للقاضي، فهذه المسألة هي مسألة قانونية ولا رقابة للمحكمة العليا على القاضي فيها.

وتنص المادة 01/90 ق م ج على أنه : (إذا كانت التزامات أحد العاقدين لا تتعادل مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد).

فيتولى القاضي وفقاً لهذه المادة رفع الغبن والاستغلال عن المتعاقد الذي تعرض لغبن بعدم توازن التزاماته مع التزامات نظيره واستغلال لحالته النفسية، إما بإنقاص التزامات الطرف المغبون والمستغل أو بإبطال العقد، وهي مكنة قانونية تجيز للقضاء التدخل في الروابط العقدية للحد من إرادة المتعاقدين، فقد أعطاه المشرع بموجب النص السابق سلطات واسعة في هذا الخصوص عملاً على تحقيق التعادل بين الأداءات بالشكل الذي يحفظ للعقد عدالته واتزانه.¹

و له أن يستند إلى أي وسيلة من شأنها أن تيسر له هذا التقدير، ومن ذلك اللجوء إلى أهل الخبرة في الشيء المعقود عليه مثلاً، وله أن يستعين بالعرف الجاري في التعامل، والتعاملات السابقة في محل العقد، وهناك حالات يكون عدم التعادل الجسيم بين الأداءات فيها ظاهراً ولا يحتاج إلى أية خبرة في الكشف عنه.

والقاضي هنا يحكم وفقاً لما يطلبه الطرف المغبون، ولا يستطيع أن يحكم بإبطال العقد إذا

¹ محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 335. و تامر محمد الدمياطي، المرجع السابق، ص 21.

طلب هذا الأخير الإنقاص من التزامات الطرف المغبون فقط لأن البطلان أشد وطئا من الإنقاص.

وإذا كان المشرع الجزائري قد اعتنق النظرية الشخصية أو الذاتية لهذا العيب، إلا أنه لم يواجه وجوده في العقود ما لم يترتب عليه عدم تعادل صارخ بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يحصل عليه من فائدة بموجب العقد، أو بين التزامات المتعاقدين، وهو ما يطلق عليه في بعض النصوص بالغبن الفاحش.¹ فرغم أن ترك تحديد فداحة الغبن لسلطة القاضي التقديرية إلا أن ذلك يعني استبعاد العقود التي تنطبق عليه كافة شروط هذا النص حينما يقدر القاضي على عدم التعامل بين الالتزامات ليس فادحا.

ومن المؤكد أن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقييم الشروط التي يملئها أحد المتعاقدين على الآخر.²

¹ محمد عمر عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 335.

² حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 85.

ثانياً: اعتماد الغبن والاستغلال في مواجهة الشروط التعسفية

ومن خلال ما سبق يبدو أن مفهوم الغبن يتلاءم مع موضوع الشروط التعسفية، ويسمح بتوفير حماية فعالة ضد هذه الشروط، ما دام وجود الشروط التعسفية في العقد يؤدي بالتحديد إلى التفاوت في الالتزامات المتبادلة، مما يعني بأن العقد الذي يتضمن شروطاً تعسفية هو عقد به غبن.¹

وعموماً إذا كانت النظرة الأولى إلى نظريات عيوب الإرادة قد توحى بإمكانية علاج مشكلات اختلال التزامات العقد، إلا أن النظرة المتفحصة لهذه النظريات توضح لنا عدم جدواها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة الطرف الأقل كفاءة أو خبرة، وعدم كفايتها لإعادة التوازن إلى العقود التي يستغل فيها المحترف إحترافه في مواجهة المحترفين.²

¹ أحمد يحيى سليمة، المرجع السابق، ص 21.

² انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 60.

المطلب الثاني: سلطة القضاء في تفسير الشروط التعسفية و تعديلها أو استبعادها وترتيب الجزاءات

أورد المشرع الجزائري النصوص التشريعية التي تقضي بأن العقد قانون المتعاقدين، أي أن العقود تقوم مقام القانون بين أطرافها، وهو ما يعد تطبيقا واضحا لمبدأ سلطان الإرادة ولبدأ حرية التعاقد.

فنصت المادة 106 ق م ج : (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون)، وهذه المادة تقابل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تقرر أن الاتفاقات التي أبرمت تحل محل القانون فيما بين المتعاقدين.

وإعمالا لصريح عبارة هذا النصوص قد يبدو أنه يتمتع على القضاء، مراجعة مضمون العقود طالما كانت عبارات هذا العقد وشروطه واضحة وصريحة ولا غموض فيها، وطالما كانت شروط العقد غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.¹

وبذلك فإن القضاة لا يملكون إلا أن يطبقوا ما ورد في العقد من شروط، فلا يمتنعوا عن تطبيق أي شرط من شروطه بأي حجة كانت حتى ولو بحجة تحقيق العدالة أو السعي نحو إزالة اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، باستثناء ما يسمح به القانون، كما هو بالنسبة للتعديل التشريعي الخاص بالشرط الجزائي، وكما هو الحال بالنسبة لما يسمح به التشريع الجزائري من إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان.

أو كما أورده التشريع الفرنسي في المادة 35 من القانون الصادر في 10 يناير 1978 من إعطاء القضاء سلطة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.²

لكن وبالرغم من أنه يتمتع على القاضي التدخل في مضمون العقد فإنه يستطيع أن يتدخل

¹ حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 121، 122.

² انظر حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع نفسه، ص 122 وعاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 141.

لتفسير هذا المضمون حينما تكون إرادة أحد الأطراف غير واضحة، أو حينما يكون الشرط غامضاً، حيث أن للقاضي أن يستخدم سلطته في تفسير شروط العقد وفي تتبع توجه إرادة المتعاقدين.¹

الفرع الأول: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية

تنص المادة 1/112 ق م ج على أنه: (يؤول الشك في مصلحة المدين).

والشك إحساس نفسي ينجم عن العجز عن حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد في شأن الاستدلال على النية المشتركة للطرفين.²

فلا بد أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، بأن يتراوح التفسير بين وجوه متعددة ولا ترجيح لوجه على وجه، أما إذا استحال التفسير، ولم يتبين أي وجه يفسر به العقد، فالعقد غير موجود،³ فاستحالة التفسير تعني عدم وجود العقد أصلاً.

وتعتبر القاعدة التي نصت عليها المادة سالفة الذكر والمتمثلة في أن الشك يفسر لمصلحة المدين من القواعد الآمرة التي يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بحكمها، وإذا خالفها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، الأمر الموجب لإلغاء حكمه.⁴

وتستند هذه القاعدة على أساس أن الأصل في الإنسان براءة ذمته، فإذا وجد من يدعي خلاف هذا الأصل فإن عليه أن يثبت هذا الادعاء، وانطلاقاً من هذا المبدأ فإن الشك في مدى التزام المدين المبني على الشرط محل التفسير يجب أن يفهم باعتبار أن الأصل عدم تحمل المدين بالالتزام، وبالتالي فإن عبء إثبات ذلك الالتزام يقع على عاتق الدائن.⁵

¹ حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 122.

² انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 252.

³ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (11/6).

⁴ انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 528. وعاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 143.

⁵ حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 126.

و يقصد بالمدين في هذه الحالة الشخص الذي يلحقه الضرر عند إعمال الشرط، حتى إذا كان دائما في الالتزام، إذ التفسير يرد على الشرط الغامض، وبذلك فإنه يتعين أن يفسر الشك لمصلحة من يضره وجود هذا الشرط.

وكما ورد سابقا فإن يرد على هذه القاعدة استثناء حيث تنص المادة 2/112 ق م ج على أنه: (غير أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى). فيعتبر هذا النص استثناء على القواعد العامة في تفسير العقود، إذ أن الأصل أن الشك يفسر في مصلحة المدين عند غموض عبارة العقد، أما في عقد الإذعان فإن الغموض يؤدي إلى أن يفسر هذه العبارات وهذه الشروط الغامضة بما يحقق مصلحة المدعى، سواء كان مدينا أو دائما، فالغموض يفسر لمصلحته في جميع الأحوال حتى لو أدى ذلك إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر القوي في الرابطة العقدية، لكونه مدينا في هذا الشرط الغامض.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع المصري، هذا الأخير الذي سبق بهذا النص المشرع الفرنسي، إلا أنه لم يتنبه إلى أن الحماية التي يوفرها مثل هذا النص محدودة وقاصرة. فمن ناحية نجد أن المشرع المصري قد جعل التفسير مفيدا للطرف المدعى في الحالات التي يكون فيها النص غامضا، مع أن غموض النص أو وضوحه لم يكن ليؤثر في شيء، إذ أن المدعى كان سيقبل بالعقد بغض النظر عن مدى إجحاف شروطه وبغض النظر عن وضوح هذا الإجحاف أو غموضه، وإلا فما معنى الإذعان.

ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع المصري قد اقتصر في هذه الحالة على توفير تلك الحماية المحدودة لمن يتوفر فيه وصف الإذعان دون غير من المتعاقدين، ويعني ذلك أن الطرف الضعيف على أمره في عقود المساومة أو ذلك الطرف الذي يغمض عليه معنى شروط العقد ولا يتمكن من فهمها أو مناقشتها . لعدم تخصصه أو لقله كفاءته . لن يتمتع بأي حماية قانونية في مواجهة

الشروط التعسفية طالما أنه الدائن في العقد أو بموجب الشرط.¹

والسؤال المطروح هو: ما مدى سلطة القاضي في اعتبار الشرط تعسفياً؟

والحقيقة أن هذه المسألة يتجاوزها اتجاهان في القضاء الفرنسي، أحدهما يأخذ بالتفسير الضيق للشرط التعسفي، وأما الاتجاه الآخر فيأخذ بالاتجاه الواسع.

أولاً: اتجاه التفسير الضيق للشرط التعسفي

وبمقتضى هذا الاتجاه فإن دور السلطة القضائية في إبطال الشروط التعسفية عند غياب مرسوم أو نص يسمح بذلك يكون منعداً.²

وعلى خلاف المشرع المصري والجزائري فإن المشرع الفرنسي لم يهتم بحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، فقد جاء القانون الفرنسي خلواً من أي نص خاص بذلك وذلك حتى قبل صدور القانون 23-78 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، محددًا في المادة 35 منه، سلطة القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية الواردة في العقود التي تبرم بين المهنيين أو المستهلكين، مقررًا اعتبار أن هذه الشروط غير مكتوبة، وفي نفس المادة قرر المشرع أن تحديد الشروط التعسفية يتم عن طريق قرارات تصدر عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية التي استحدثت بموجب المادة 36 من القانون السابق الذكر.³

فالمشرع الفرنسي أخرج سلطة تحديد الشروط التعسفية من يد القضاء خشية من تحكم

¹ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 127، 128.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 287. ومحمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 437.

³ أوجد المشرع الفرنسي لجنة مقاومة الشروط التعسفية في المادة 36 من القانون المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات والتي أقر بوجدها أيضاً قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 وهي مكونة من 13 عضواً معينين بقرار من وزير الاستهلاك، وتختص هذه اللجنة بفحص نماذج العقود المعتاد عرضها من جانب المهنيين على غير المهنيين أو المستهلكين الذين يتعاقدون معهم، كما تقوم اللجنة بالبحث عن الشروط التي يمكن أن يكون لها الطابع التعسفي، ولا تتخذ هذه اللجنة قرارات وإنما تضع توصيات ليست لها قوة ملزمة، وتوصي اللجنة بإلغاء أو إبطال الشروط التي ترى أنها تعسفية. ومن هنا كان دور هذه اللجنة دوراً استشارياً، بحيث تفقد توصياتها أثرها إن لم يأخذ بها القانون أو اللوائح.

القضاء، من خلال المادة 35 من التشريع الصادر في 10 يناير 1978.

وقد أجاز هذا القانون للسلطة التنفيذية المختصة من خلال مجلس الدولة، أن تصدر اللوائح التي تمنع أو تقيّد أو تنظم هذه الشروط، وعلى ذلك فإن تمسك غير المهني أو المستهلك في مواجهة المهني بأن شرطاً يعتبر تعسفياً، فإن قاضي الموضوع يستطيع أن يستبعد هذا الشرط ويقض ببطالانه، واعتباره غير مكتوب، طبقاً لنص المادة 35 سالف البيان، إذا كانت اللائحة التنفيذية الصادرة من السلطة المختصة، عن طريق مجلس الدولة، قد اعتبرت هذا الشرط تعسفياً.¹

وبالتالي أصبح القضاء لا يملك إلا الحكم ببطالان الشروط التعسفية المنصوص عليها، والمخالفة للنصوص، عندما يرفع إليه النزاع، ولكنه لا يملك إبطال الشروط التي تظهر له أنها تعسفية، في حالة غياب النص.²

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن منح القاضي سلطة إبطال الشروط التعسفية فيما لم يرد به نص يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات لأن الغموض غالباً ما يكتنف مفاهيم كل من التعسف والميزة الفاحشة الأمر الذي يؤدي إلى قيام السلطة على عناصر غير محددة.³

ثانياً: اتجاه التفسير الواسع للشرط التعسفي

أثار مسلك المشرع الفرنسي في تقييد سلطة القضاء في تحديد الشرط التعسفي انتقادات كثيرة لذا قال بعضهم أن بإمكان القضاء أن يحدد مفهوم الشرط التعسفي ويلغي شروطاً وإن لم ترد في المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية بحجة أن المادة 35 من قانون 10 يناير يعترضها الغموض، ذلك أنها لم تحدد مفهوم الشرط التعسفي تحديداً دقيقاً. وفي ضوء ذلك للقضاء أن يستجلي هذا الغموض ويحدد ما يراه شرطاً تعسفياً طبقاً لما تفرزه المعطيات الموضوعية التي

¹ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 157.

² انظر السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص 40.

³ محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 438.

يستنبطها من ظروف النزاع المعروض عليه.¹

ويأخذ هذا الاتجاه بنظر الاعتبار الاعتبارات العملية فليس هناك ما يبرر رفض إعطاء القاضي دورا في الرقابة على الشرط التعسفي ويدل على ذلك أنه على الرغم من عمل لجنة مقاومة الشروط التعسفية ووجود سلطة للحكومة في إصدار مراسيم بعد شرط ما تعسفا فإنه مازال هناك العديد من الشروط التعسفية التي تدرج في العقود.²

واستجابة لهذه التطورات استشعر المشرع الفرنسي أهمية ملاءمة النصوص الخاصة بحماية المستهلك للواقع العلمي واتضح أهمية الاعتراف للقاضي بتقدير وجود الصفة التعسفية في الشرط في العقود محل المنازعات التي تعرض عليه وخاصة في غياب نص يحظر مثل هذا الشرط. حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 6/421 من قانون الاستهلاك لعام 1993 على أنه: (يجوز للقاضي أن يأمر في هذا الصدد كلما اقتضت الحال بإلغاء الشروط غير المشروعة أو التعسفية يتضمنه كل عقد أو نموذج لعقد مفروض أو مقترح بالنسبة للمستهلك).³

ففتح هذا الاتجاه الباب أمام قاضي الموضوع لتفسير المادة 35 تفسيرا موسعا فمنح القاضي سلطة استبعاد الشروط التعسفية المفروضة بواسطة المهني على غير المهني أو المستهلك، فيستطيع القاضي أن يحكم ببطلان هذه الشروط، إذا توافرت لها معياري التعسف، وهما استخدام المهني لنفوذه الاقتصادي، وإعطائه ميزة فاحشة، بالرغم من عدم صدور لائحة من السلطة التنفيذية المختصة عن طريق مجلس الدولة بهذه الشروط.⁴

فلقد حسم المشرع الفرنسي هذا الموضوع وتبنى التوجيه الأوربي⁵، وأصدر قانونا حديثا سنة

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 289.

² محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 233.

³ موفق حماد عبد، المرجع نفسه، ص 291، 292.

⁴ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 161.

⁵ التوجيه الأوربي الصادر عام 1993، المتعلق بالشروط التعسفية، ومن خلاله يستطيع القاضي الوطني في إحدى دول الاتحاد

2008م الصادر في 03 يناير 2008م والمسمى قانون (CHATEL) سكرتير الدولة المكلف بالاستهلاك، لأنه صدر بناء على اقتراح منه، وعنوان هذا القانون تطوير المنافسة فيما يتعلق بالخدمات المتعلقة المقدمة للمستهلك، ولقد أدرج هذا القانون المادة 1-141 التي أعطت للقاضي سلطة إبطال الشرط التعسفي من تلقاء نفسه أثناء نظره نزاعاً لعقد تضمن هذا الشرط.¹

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

إذا كان للقاضي دور بارز في تفسير نصوص وبنود العقد التي شابها غموض أو لبس، فإن له دور آخر هام يتمثل في تعديل العقد عن طريق التخفيف من الالتزامات العقدية إذا ظهر له وجود اختلال في التوازن العقدي، فإذا اختل هذا التوازن لظروف خارجية لم يكن من الممكن توقعها أو دفعها، أو لوجود شروط تعسفية اقترنت بالعقد فرضها أحد المتعاقدين على الآخر استغلالاً لحاجة هذا الطرف الضعيف لهذه السلعة أو الخدمة التي يقدمها الطرف القوي اقتصادياً، أو لوجود شرط جزائي ينطوي على نوع من المغالاة اشترطه أحد المتعاقدين على الآخر.

وهذا التعديل عندما يتعلق بمرحلة إبرام العقد فسلطة القاضي تتجلى فيه في عقود الاستغلال وفي عقود الإذعان، فالمتعاقدان يجب أن تتعادل التزاماتهما في إبرام العقد بحيث تتساوى فائدتهما منه، فإذا اختل هذا التوازن بغبن أحدهما، دعي القاضي لإصلاح هذا الخلل.

فإذا أن يزيل الغبن ويعيد التعادل بينه وبين المغبون، وإما أن يقوم القاضي بإعادة المساواة بينهما بحل العقد وإبطاله أو بتعديل التزام الطرف المغبون، كذلك يحق للقاضي إذا اكتشف شرطاً تعسفياً في عقد الإذعان أن يعدله بما يزيل أثر التعسف. أو يعفي الطرف المدعن منها.²

الذي ينظر دعوى تتعلق بعقد استهلاك أن يحكم ببطال شرط تعسفي ورد في هذا العقد وذلك من تلقاء نفسه دون حاجة أن يطلب المستهلك منه ذلك، وذلك حماية لمصلحة المستهلك.

¹ انظر أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 125، 126.

² عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 1999، ص 83.

الفرع الثالث: الجزاء المدني والجزائي العقابي

أولاً: الجزاء المدني

تنص المادة 02/35 من القانون 78-23 على : (مثل هذه الشروط التعسفية التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للأحكام السابقة، تعتبر غير مكتوبة) و أعادت المادة L132-1 من قانون الاستهلاك نفس الصياغة إذا جاء فيها : (تعتبر الشروط التعسفية غير مكتوبة). ويعني هذا أن الشروط التعسفية تكون باطلة، ويعتبر نص المادة السابقة نصاً آمراً ومتعلقاً بالنظام العام، ولذلك يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق بين المتعاقدين على مخالفته.¹ أما في القانون الجزائري فقد كان القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي 06-306 شحيحين جداً إن لم نقل خاليين من ترتيب الجزاء المدني.

ثانياً: الجزاء العقابي

على عكس الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن القانون 04-02 فقد نص على الجزاءات العقابية المقررة ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق هذا القانون وذلك في المادة 38 من نفس القانون، وهي تتمثل في الآتي:

01- الغرامة المالية:

تنص المادة 38 من القانون رقم 04-02 على: (تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة، وممارسات تعاقدية 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 (5.000.000 دج)).

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 103.

وفقا لنص هذه المادة فقد رتب المشرع الجزائري عقوبة الغرامة كجزاء على مخالفة أحكام الفصل الرابع والخامس المتعلقين بالممارسات التجارية غير النزيهة، والممارسات التعاقدية التعسفية على التوالي، ومبلغ هذه الغرامة يعتبر الأكبر بالمقارنة مع العقوبات الأخرى المسلطة على الممارسات التجارية غير الشرعية، وممارسة أسعار غير شرعية والتي قد تصل إلى خمسة ملايين دينار جزائري (5.000.000 دج)، باستثناء الغرامة المسلطة على الممارسات التجارية غير النزيهة حيث قد تصل إلى (10.000.00 دج).

02- الغلق الإداري:

وقد أردف المشرع هذه العقوبة المتمثلة في الغرامة بعقوبة ثانية تتمثل في الغلق الإداري للمحل التجاري عند إدراج الشروط التعسفية إذا تعلق الأمر بحالة العود. وهذا ما جاء في المادة 47 من القانون رقم 04-02 التي تنص: (يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون).

يعتبر في حالة عود، في مفهوم هذا القانون، كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة).

وهذا الإجراء المتمثل في الغلق الإداري للمحل التجاري يكون بقرار من الوالي المختص إقليميا، بناء على اقتراح من المدير الولائي للتجارة، لمدة لا تتجاوز ثلاثين (30) يوما. وهذا القرار يكون قابلا للطعن أمام القضاء، وفي حالة إلغاء قرار الغلق، يمكن للعون الاقتصادي المضور بهذا الإجراء المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه أمام الجهة القضائية المختصة (وفقا للمادة 46 التي أحالت إليها المادة 47 من نفس القانون).

03- المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري:

تنص المادة 03/47 من القانون رقم 04-02 على أنه: (تضاعف العقوبة في حالة العود، ويمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو

شطب سجله التجاري)

قد تضاعف عقوبة غلق المحل التجاري إلى المنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري، وقد تصل إلى الشطب النهائي من السجل التجاري، في حالة العود. وللقاضي سلطة تقديرية واسعة فيما يخص تسليط أي من العقوبتين، إما المنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري، وإما الشطب نهائياً من السجل التجاري، وكذلك في تحديد مدة المنع المؤقت.

04- الحبس:

تنص المادة 04/47 من القانون رقم 04-02 على أنه: (فضلاً عن ذلك، يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة (1) واحدة).
وفقاً لهذا النص فإنه بالإضافة إلى عقوبة الغلق الإداري للمحل التجاري والمنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري بصفة مؤقتة أو دائمة بالشطب النهائي من السجل التجاري، فإنه توجد عقوبة أخرى تتمثل في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة واحدة.
وهذه العقوبة تكون في حالة العود.

05- نشر القرارات المتضمنة العقوبات المسلطة على العون الاقتصادي:

يمكن للوالي المختص إقليمياً في حالة اتخاذ إجراء الغلق الإداري، وكذا القاضي في حالة العقوبات الأخرى أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائياً، نشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددها (وفقاً للمادة 48 من نفس القانون).

معاينة هذه المخالفات:

لقد حدد القانون 04-02 الأشخاص المؤهلين لمعاينة المخالفات المتعلقة بتطبيق هذا القانون والتحقيق فيها وهم حسب المادة 49:

- ضابط و أعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة، التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.

- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.

- أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة، المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعنيون لهذا الغرض.

كما حولت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 نفس هؤلاء الأشخاص لمراقبة ومتابعة المخالفات المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم، هذه المادة التي حددت البنود التي تعتبر تعسفية.

حيث تنص المادة 17 على ما يلي: (تتم المراقبة و المعاينة و كذا العقوبات المترتبة على مخالفات أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقا لأحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2006 والمذكور أعلاه).

وقد حدد القانون 04-02 المهام المنوطة بهم في سبيل معاينة المخالفات وهي:
- القيام بفحص كل المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية وكذا أية وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية، دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني (المادة 01/50).
- القيام بحجز البضائع (المادة 51).

وللموظفين المذكورين حرية الدخول إلى المحلات التجارية و المكاتب و الملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وإلى أي مكان باستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقا لقانون الإجراءات الجزائية (المادة 01/52).

ويعملون كذلك أعمالهم خلال نقل البضائع، ويمكنهم فتح أي طرد أو متاع بحضور المرسل أو المرسل إليه أو الناقل عند القيام بمهامهم (المادة 02/52).

على أن ما يدعو إلى التساؤل من كل هذا هو: هل بإمكان هؤلاء الموظفين في ظل هذه الصلاحيات الكشف عن الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين؟ قد يبدو الأمر سهلا بالنسبة للشروط التعسفية التي جاءت على ذكرها المادة 29 من القانون 04-02 أو المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لكن ما مصير الشروط التعسفية غير المدرجة ضمن هاتين القائمتين، والتي بإمكانها أن تؤدي إلى إخلال

ظاهر بالتوازن العقدي تطبيقا للفقرة السابعة من المادة 03 من القانون رقم 04-02.¹ فإذا كان الأمر متيسرا بالنسبة لمعاينة المخالفات المتعلقة بعدم الإعلام بالأسعار والتعريفات و كذا عدم الإعلام بشروط البيع أو عدم الفوترة و الفوترة غير المطابقة، لأن الأمر يتعلق بوقائع مادية بحتة، فإن الأمر لا يعد بهذه البساطة بالنسبة لمعاينة المخالفات المتعلقة بالشروط التعسفية لأن الأمر يتعلق بمسائل قانونية أو تقنية بحتة قد يتعذر على ذوي الاختصاص اكتشافها و التحقق منها.²

إجراء المصالحة:

وفقا لنص المادة 02/55 من القانون رقم 04-02 فإن المخالفات تثبت بمحاضر تبلغ إلى المدير الولائي الذي يرسلها بدوره إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا من أجل مباشرة الدعوى العمومية، مع مراعاة المادة 60 التي تنص على المصالحة في بعض الحالات كإجراء يمنع من المتابعة القضائية وتحريك الدعوى العمومية، والمادة 60 تشير إلى ثلاث حالات، تختلف عن بعضها باختلاف قيمة الغرامة، وهذه الحالات هي:

01. قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 01 مليون دينار (1.000.000 دج)

حسب الفقرة الأولى والثانية من المادة 60 سالفه الذكر، فإنه إذا كانت الغرامة تساوي أو تقل عن مليون دينار، فإنه يمكن للمدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين إجراء المصالحة.

وبما أن الغرامة المقررة في حالة إدراج العون الاقتصادي للشروط التعسفية التي تكون بين 50.000 دج و 5.000.000 دج ، متضمنة في هذه القيمة، فإنه يمكن إجراء المصالحة.

02- قيمة الغرامة تفوق المليون دينار (1.000.000 دج) وتقل عن ثلاثة آلاف دينار (3.000.000 دج).

¹ راضية العطيوي، المرجع السابق، 173.

² المرجع نفسه ، 173.

حسب المادة 03/ 60 فإنه يمكن للوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين إجراء المصالحة، إذا كانت قيمة الغرامة تفوق المليون دينار (1.000.000 دج) وتقل عن ثلاثة آلاف دينار (3.000.000 دج)، استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة، وهنا كذلك تدخل الغرامة المحددة في حالة إدراج الشروط التعسفية من طرف العون الاقتصادي، على أن الوزير المكلف بالتجارة هو الذي يقوم بقبول المصالحة خلافا للحالة الأولى التي يكون المكلف بذلك هو المدير الولائي المكلف بالتجارة. كذلك فإن المادة لم تحدد كيفية العمل إذا كانت قيمة الغرامة تساوي ثلاثة آلاف دينار (3.000.000 دج).

03- قيمة الغرامة تفوق 3 مليون دينار (3.000.000 دج)

حسب المادة 04/60 فإنه إذا كانت قيمة الغرامة تفوق 3 مليون دينار (3.000.000 دج)، فإنه لا يمكن إجراء المصالحة والمحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين يرسل مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية. وهناك حالة أخرى لا يمكن للعون الاقتصادي من إجراء المصالحة وهي حالة العود حيث تنص المادة 62 من نفس القانون على: (في حالة العود حسب مفهوم المادة 47 (الفقرة 2) من هذا القانون، لا يستفيد مرتكب المخالفة من المصالحة، و يرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية). وبذلك فإنه لا يمكن إجراء المصالحة في حالتين وهما:

- إذا كانت قيمة الغرامة تفوق 3 مليون دينار (3.000.000 دج).

- في حالة العود.

كذلك فإن وقف المتابعات القضائية مرهون بدفع غرامة المصالحة في خلال أجل قدره خمسة وأربعون يوما (45) من تاريخ الموافقة على المصالحة و هذا طبقا للمادة 06/ 61 التي تنص على: (و في حالة عدم دفع الغرامة في أجل خمسة و أربعين يوما ابتداء من تاريخ الموافقة على المصالحة، يحال الملف على وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية).

المبحث الثاني: الحماية التشريعية للطرف المدعن من الشروط التعسفية

ساد الاعتقاد بأن عقود الإذعان تمثل التربة الخصبة التي تنمو فيها الشروط التعسفية وهي التي يكثر استعمالها من طرف الأقوى اقتصاديا، وهذا ما جعل بعض القوانين كالقانون المصري يقرر الحماية من هذه الشروط بمقتضى المادة 149 ق م، لكن هذا لا يعني ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فهذه الأخيرة تتطلب احتكارا وتفوقا اقتصاديا حتى يطلق عليها هذا الوصف بينما تضمن العقود شروط تعسفية ليست محصورة في هذا النطاق فقط.

فالشروط التعسفية لا تحتاج دائما إلى وجود علاقة إذعان وانقياد للقول بوجودها، كما أن الشروط التعسفية لا تختفي باختفاء الإذعان من الرابطة العقدية، فرغم وجود مساومة ومفاوضة بين الطرفين على بنود العقد فإن هذا لا يعني عدم وجود مثل هذه الشروط.

فالأمر لا يقتصر اليوم على عقود احتكار أو عقود إذعان بل يمتد إلى مساحة كبيرة من العقود اليومية، وبالتالي فإن النظم القانونية الحديثة كلها تسعى إلى تحسين وضع الطرف الأقل خبرة أو كفاءة.¹

¹ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 101.

المطلب الأول: إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

لقد كان للمشرع المصري فضل السبق في إضفاء الحماية على الطرف المدعن من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، من خلال أحكام المادتين 149، 2/151 من القانون المدني الصادر عام 1948م، واللذان تناولتا الحماية التشريعية لهذا الأخير في عقود الإذعان.¹

فقد جاء القانون الفرنسي خلوا من أي نص خاص بذلك وذلك حتى قبل صدور القانون 78-23 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات.

وتنص المادة 110 ق م ج على أنه: (إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

يتضح من هذا النص أن المشرع قد وفر حماية فعالة للطرف المدعن من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، وذلك نظرا لأن هذا الأخير لا يستطيع مناقشة هذه الشروط التي يستقل

¹ وللعلم فإن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ذهبت إلى أن حماية الطرف المدعن تقتصر على الشروط التعسفية التي لم ينتبه إليها، دون التي تنبه إليها فعلا. فورد نص المادة 149 بما يجعل الحماية شاملة لكل الشروط التعسفية حتى التي لم يكن الطرف المدعن قد علم بها أو تنبه إليها.

أيضا كان المشروع التمهيدي يقتصر على منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي بما يرفع عنه وصف التعسف، أو إعفاء الطرف المدعن من تنفيذه، لكن المادة 149 منحت للقاضي بالإضافة إلى سلطة التعديل سلطة إعفاء الطرف المدعن من الشرط التعسفي عن طريق استبعاده، وليس فقط عن طريق إعفاء الطرف المدعن من تنفيذه. (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، (292/2).

ويقول حسن جمعي بصدد ذلك: (بالرغم مما ورد في المذكرة الإيضاحية فنحن نعتقد بأن ذلك لا يتعلق بشمول الحماية المقررة في نص المادة 149 للطرف المدعن في مواجهة الشروط التعسفية بغض النظر عن علمه بها وتنبيهه إليه، ونحن ننظم في هذا الاعتقاد إلى ما سبق وقال به العلامة الراحل السنهوري من أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية لا ينبغي أن ينسب إلى نص المادة 149 في شكلها النهائي، وإنما يتعلق بالنص المقترح قبل تبني هذه المادة والذي ورد فيه أن: إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان الطرف المدعن بقبوله دون مناقشة ما فرض عليه لم ينتبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد. جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلا للتقدير). انظر حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 245.

الموجب بصياغتها، فيدرج ما شاء من الشروط التعسفية في العقد، فيؤدي إلى إخلال التوازن العقدي بين الأداءات المتقابلة لأطراف الرابطة العقدية.

وتمتد سلطة القاضي إلى تعديل كافة شروط العقد دون استثناء سواء علم بها الطرف المدعى وقت التعاقد وتنبه لها أم لم يتنبه لها، ففي جميع الأحوال يتوافر الإذعان بالقبول دون مناقشة الشروط التي انفرد الطرف القوي بإعدادها لتحقيق مصلحته ولكن يجب مراعاة أن بعض الشروط في عقد الإذعان قد تكون محل مناقشة ويكتب ما تم الاتفاق عليه بخط اليد تعديلاً على الشروط المطبوعة، وتلك الشروط تخرج عن إطار عقد الإذعان باعتبارها شروطاً تفاوضية شريطة أن يكون التفاوض بشأنها حقيقياً وليس مجرد ملء بعض البيانات بخط اليد.¹

وتنحصر سلطة القاضي إما في تعديل الشرط العقدي الجائر أو الإغناء منه فتلك السلطة قاصرة على الشروط التعسفية التي تضر بالطرف المدعى وتحقق مصلحة غير مبررة للطرف القوي، فيجب أن يبدأ القاضي بالبحث عما إذا كان الشرط محل التقاضي شرطاً تعسفياً أم لا؟ ويحدد القاضي ذلك في ضوء اعتبارات العدالة ويجب أن يقوم القاضي بالموازنة بين المنافع التي تعود على الطرف القوي من الشرط والمضار التي يتحملها الطرف المدعى في المقابل وتتسع سلطة القاضي إلى حد إلغاء الشرط الذي يثبت أن المدعى لم يطلع عليه ومن ثم لم يتوافر الرضاء به، ويحدث ذلك بصدد الشروط المكتوبة في الوثيقة بخط صغير أو في مكان غير واضح.²

ويتضح مما تقدم أن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان سلطة واسعة لا يتقيد في ممارستها إلا بما تقضي به العدالة، فالقاضي يسلك كل ما من شأنه أن يزيل ما في الشرط من تعسف وجور عن طريق تعديل الشرط، فإذا وجد أن هذا التعديل لا يكفي لرفع التعسف

¹ حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، والتي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة من 6-7 ديسمبر 1998، نقلاً عن تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 325.

² حسام الدين كامل الأهواني، نقلاً عن تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 325.

وتحقيق العدالة جاز له أن يعفيه منه فالمظهر الأساسي للحماية التي يضيفها القانون على الطرف المدعى تتمثل في رفع الضرر الذي قد يلحقه نتيجة النص في العقد على بعض الشروط التعسفية ولو عن طريق إهدار القاضي لهذه الشروط كلية.¹

وتعتبر سلطة القاضي في التدخل لتحقيق التوازن العقدي عن طريق تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية من الأمور التي لا تتعلق بالنظام العام، لذلك أبطل المشرع كل اتفاق يحول دون تدخل القاضي لتنفيذ الأمر الذي يجعل من سلطة القاضي هذه حكماً أمراً لا يجوز مخالفته،² ولكن يجب أن يطلب الطرف المدعى هذه الحماية من القاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى، لأن الحماية مقررة لمصلحته وللطرف المدعى أن يطلب ذلك أمام قاضي الموضوع، ولكنه لا يجوز أن يطلبه لأول مرة أمام محكمة النقض لأن التمسك به يخالف في الواقع القانون.³

بيد أن المشرع المصري أطلق يد القاضي في إعادة التوازن المفقود إلى العقد،⁴ ونستطيع أن نلمس ذلك في عدم قيامه بوضع معيار يستهدي به عند تقدير وجود الشروط المجحفة التي قد يتضمنها هذا النوع من العقود، ودون أن يقيد في ذلك أي قيد إلا قيد العدالة الذي يجب أن يتوخاه عند تقدير ذلك.⁵

وقد انتقد جانب من الفقه مسلك المشرع بمنح قاضي الموضوع سلطة إعادة النظر في شروط العقد على أساس نظام خاص لتفسير عقود الإذعان، باعتبار أنها طريقة لها أخطارها المخيفة، وتطوي على عدم حكمه، إذ أن ذلك يهدم توازن العقد ويحدث الاضطراب في العلاقات

¹ انظر عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة، 1984م، ص 100.

² تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 325.

³ حسام الدين كامل الأهواني، نقلاً عن تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 325.

⁴ محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون" التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة من 6-7 ديسمبر 1998، نقلاً عن تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 325.

⁵ تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 325.

الاقتصادية بسلطة تحكيمية.¹

كما أن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها لا تتواءم مع الأصول المعتبرة في التفسير القانوني، والتي توجب الالتزام بالمعنى المستفاد من عبارة العقد متى كانت واضحة، بحيث لا يجب العدول عن هذا المعنى بدعوى تفسيرها.²

ويستند هذا الرأي في رفضه للتوسع في حماية الطرف المذعن على النحو الوارد بالمادة 149 من القانون المدني، بأن السلطات التي منحها المشرع للقاضي تتجاوز حدود سلطة القضاء عند تفسير العقود، إذ أنه يملك إزاء الشروط التعسفية، تعديلها بل إهدارها، إذا اقتضت منه ذلك العدالة وشرف التعامل، في حين أن مهمة القاضي، وفقا للقواعد العامة تقتصر في شأن العقود على مجرد تفسيرها، بغية إعمال حكم القانون فيها، دون أن يترخص له في أن يجري تعديلا فيها أو إهدارا لشروطها.³

وقد انتقد هذا الرأي المنتقد لنص المادة 149، ذلك أن توجه المشرع المصري إلى حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان يعتبر أمرا محمودا ومتماشيا مع تطور التشريعات في العالم الحديث، ويواكب المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية المرتبطة بالتقدم الصناعي والتكنولوجي.⁴

ولا يمكن نقد السلطة المعطاة للقاضي بموجب هذا النص بحجة أنها تخرج عن القواعد العامة في التفسير والمطالبة بضرورة الالتزام بما ترد به الشروط واضحة العبارات، ذلك أن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا للمتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على

¹ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 118. و حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين

على شروط العقد، المرجع السابق، ص 246.

² انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 212.

³ المرجع نفسه، ص 215.

⁴ انظر عاطف عبد الحميد حسن، المرجع نفسه، ص 118. و حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين

على شروط العقد، المرجع نفسه، ص 246.

مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان.¹

ووفقا لنص المادة 110 ق م ج فلقاضي طريقان لضمان إزالة كل شرط يحمل تعسفا وإجحافا عن طريق تعديل هذا الشرط، فإذا وجد أن هذا التعديل لا يكفي جاز له أن يعفي الطرف المذعن منه نهائيا، ملتصقا ومجتهدا في ذلك تحقيق العدالة العقدية. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك لأنه لا يجوز للأطراف استبعاد هذه السلطة التي منحها القانون للقاضي فهي من النظام العام.

ويقوم القاضي بإعمال هذه السلطة التقديرية لبيان مقدار التعسف الموجود من جهة، وبيان ما تقتضيه العدالة من جهة ثانية، على ضوء ظروف وملابسات النزاع وخصوصا طبيعة العقد ومداه والمنفعة والخدمة المتولدة عنه، فإذا حصل وإن اكتشف وجود شرط تعسفي وفق تقديره فله أن يعدله، بل له أن يلغيه.

¹ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 247.

المطلب الثاني: إمكانية تدخل المشرع في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان

تفسير العقد هو تلك العملية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعتزى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به.¹

فيهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها.²

الفرع الأول: تفسير العقد في الفقه الإسلامي

المذاهب الفقهية اختلفت فيما بينها حول تفسير التصرفات والعقود ذلك أن منها من وقف عند اللفظ دون الخوض في النوايا الداخلية لأطراف التصرف ودون التعويل عليها. ومنها من لم يكتفي إلا بالألفاظ والصيغ التي صاغ بها الأطراف تصرفاتهم وراح يفتش عن النوايا والبواعث الخفية وأقام حكمه عليها.³

فالحنابلة والمالكية يرون بوجود الاعتداد بالإرادة الباطنة في كل حالة نتيقن فيها من وجود هذه الإرادة حتى مع صراحة النص،⁴ يقول صاحب أعلام الموقعين: (ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه

¹ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 15.

² توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 647.

³ فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 144.

⁴ إسماعيل محمد المحاقري، المرجع السابق، ص 311.

كالنائم والناسي والسكران والجاهل والمكره والمخطئ من شدة الفرح أو المرض ونحوه...¹.
 وقوله: (وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة...)².
 فالحنابلة مثلا يرون أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرما³. وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد في سبيل الله فهو طاعة وقربة.⁴

أما الحنفية والشافعية فهم يأخذون بالإرادة الظاهرة دون التعويل على النية والباعث،..... وقد أفصح صاحب المذهب عن هذا الاتجاه في عبارات واضحة إذ يقول: (أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتابعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالا، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أبدا، وكما أفسد نكاح المتعة، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا، وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوما، أو أقل، أو أكثر، لم أفسد النكاح إنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد).⁵

ويرى السنهوري أن الفقه الإسلامي في نزعته موضوعية، والعبارة فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة، ويتضح ذلك في وضوح عندما ننظر كيف تفسر العقود إذ يجب الوقوف عند

¹ ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، (78/3 ، 79).

² المرجع نفسه ، (78/3 ، 79).

³ ابن قدامة ، المغني ، المرجع السابق، (317/6).

⁴ ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع نفسه، (90/3).

⁵ الشافعي، الأم، المرجع السابق، (152/4).

الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة.¹

ويرد على من قال بوجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة بأنه إذا صح من أنه يعتد بالمقاصد والمعاني، فإن هذا عند إمعان النظر لا يعني أنه يعتد بالإرادة الباطنة، فالمقاصد والمعاني التي يعتد بها هي هذا التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية، فلا نجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي نستشف به الضمير ونستكشف خفايا الأنفس.² ويدعم ذلك قواعد كلية وهي:

. **الأصل في الكلام الحقيقية:** فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي. فإذا وقف على أولاده، أو أوصى لهم، لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح.³

ومنها لو وقف على ورثة زيد، وهو حي، لم يصح، لأن الحي لا ورثة له.⁴

. ولكن، إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز، فلو ذكر الواقف أن الوقف لأولاده تم توفيه ولم يكن له أولاد، بل كان له أحفاد، فحينئذ يحمل لفظ الأولاد على الأحفاد مجازاً لتعذر حمله المعنى الحقيقي، ويستحق الأولاد غلة الوقف.⁵

. **لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح:** فإذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمناً، قدم الأول على الثاني، لأن الدلالة المادية في الصريح أبلغ. مثل ذلك أن يهب شخص شيئاً لآخر، فقبض

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (23/6).

² المرجع نفسه، (23/6).

³ السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ/1998 م، (135/1). وهي تقابل المادة 12 من مجلة الأحكام العدلية. انظر صبحي محمضاني، فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1961، ص 283.

⁴ السيوطي، المرجع السابق، (136/1).

⁵ وهي تقابل المادة 61 من المجلة. انظر صبحي محمضاني، المرجع السابق، ص 283.

الموهوب في مجلس الهبة ولو بغير إذن الواهب صحيح لأن إيجاب الواهب في مجلس الهبة إذن ضمني، لو نهي الواهب الموهوب له عن القبض صراحة لم يصح قبض، لأن الإذن الصريح يقدم على النهي الضمني.¹

. دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه: فاستعمال الآلة المفرقة للأجزاء دليل على نية القتل، وإذا تناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها، وضاعت منه دون تقصير فلا يضمن.

. قاعدة أعمال الكلام خير من إهماله: كمن وقف على أولاده وليس له إلا أولاد الأولاد

حمل المعنى عليهم لتعذر الحقيقة وصونا للفظ عن الإهمال.²

ومنها قوله لزوجته في مصر: أنت طالق في مكة، تطلق في الحال.³

والعوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي ما يلي:

1. العرف والعادة: فالقاعدة أن العادة محكمة،⁴ وأصلها قوله ﷺ: « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ».⁵

ولو رجع إلى أحكام الفقه الإسلامي لوجد أن العرف والعادة معتبران في مسائل عديدة فيه، ومنها سن الحيض والبلوغ والإنزال، وأقل الحيض... على أن العادة لتصبح محكمة شرعا يجب

¹ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (26/6).

² المرجع نفسه، (286/1).

³ المرجع نفسه، (287/1).

⁴ السيوطي، المرجع السابق، (193/1).

⁵ الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث النهاية ، تحقيق أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996 م، (4/133). و الإمام أحمد بن حنبل، المسند، (241هـ)، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، 1994 م، (1/493). قال العلائي: (لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث، وكثرة الكشف، والسؤال، وإنما هو من عبد الله بن مسعود موقوفا عليه أخرجه أحمد في مسنده). انظر جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المرجع نفسه، (194/1).

أن تستوفي بعض الشروط:¹

أولاً: أن تكون مقبولة عند الطباع السليمة.

ثانياً: يجب أن تكون من الأمور المتكررة ويعتبر العرف السابق أو المقارن للمعاملات دون العرف المتأخر الطارئ.

ثالثاً: لا عبرة بالعرف إذا كان بين الطرفين شرط مخالف.

2. طبيعة الالتزام: وطبيعة الالتزام تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة

من ملحقات، وهناك قواعد كلية في هذا المعنى، نذكر منها:²

- التابع تابع: ومنها الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً لها، فلا يفرد بالبيع.³

- التابع يسقط بسقوط المتبوع: فمن فاتته صلاة في أيام الجنون، لا يستحب قضاء رواتبها، لأن الفرض سقط، فكذا تابعه.⁴

- الفرع يسقط بسقوط الأصل: وهي قريبة من القاعدة السابقة، فإذا برئ الأصيل برئ الضامن، لأنه فرعه. بخلاف العكس.⁵

¹ انظر صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص 241.

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (35/6).

³ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المرجع السابق، (262/1). تقابل المادة 47 من المجلة. انظر صبحي محمصاني، المرجع نفسه، ص 338.

⁴ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المرجع السابق، (263/1).

⁵ المرجع نفسه، (265/1). تقابل المادة 50 من المجلة. انظر صبحي محمصاني، المرجع نفسه، ص 339.

الفرع الثاني: تفسير العقد في القانون

لا تقتصر الحماية التشريعية عند هذا الحد بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المدعى منها كلية، بل تمتد هذه الحماية لتشمل تأويل الشك لمصلحة الطرف المدعى.

والعقد من حيث التفسير له حالات ثلاث:

أ. فإما أن تكون عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها فتتص المادة

1/111 ق م ج: (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين).

وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين حالتين:

1. أن تكون العبارة واضحة والإرادة واضحة: إذا كانت عبارة العقد واضحة، افتراض القاضي أن هذه العبارة الواضحة تترجم بأمانة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فتكون هذه الإرادة هي أيضا واضحة، وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي بحجة أنه يفسر العقد، أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفا لها ومسحا وتشويها، مما يوجب نقض الحكم.¹

2. أن تكون العبارة واضحة والإرادة غير واضحة: في هذه الحالة تكون العبارة في حد ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح، فقصد معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم في هذا المعنى. ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، بل يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان.²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (8/6).

² المرجع نفسه، (8/6).

ب. وإما أن تكون عبارة العقد غير واضحة، فتكون بحاجة إلى تفسير، ويجب في تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. وتنص الفقرة الثانية من المادة 111 في هذا الصدد على ما يأتي: (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات).

لم يعرف المشرع العبارة الغامضة، فحاول الفقه والقضاء حصر بعض حالات غموض العبارة، ونذكر من هذه الحالات:¹

- العبارة المبهمة، وهي العبارة التي لا تفيد شيئاً، فيصعب الاطلاع على إرادة المتعاقدين.
- العبارة التي تحمل أكثر من دلالة، فهي عبارة غر دقيقة تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.
- العبارة الواضحة في حد ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة، هذا التعارض بين العبارات الواضحة يرتب غموضاً بخصوص إرادة المتعاقدين.
- تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد.
- إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل.

ويتضح من أحكام المادة 111 ق م ج أن القاضي ملزم بالبحث عن النية المشتركة في ضوء: طبيعة التعامل، والأمانة والثقة، والعرف.

- **طبيعة التعامل:** ويمكن أن نكتشف النية المشتركة للمتعاقدين على ضوء طبيعة التعامل. فمن باع عينا يعتبر أنه باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء...

- **الأمانة والثقة:** والأمانة واجب على المتعاقد، والثقة حق له. ومن مقتضى كلامهما أن يفسر

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 387.

القاضي العقد وفقا لما يجب أن يسود التعاقد من أمانة لدى طرفيه، وثقة كل منهما في الآخر.¹ وبمفهوم المخالفة يمتنع المتعاقد عن الغش والحيل والهزل في المعاملات، بل يلتزم بالتعاون مع المتعاقد معه، فيطلعه على كل الأمور التي يجهلها والتي تهم المعاملة.²

- العرف الجاري في التعامل: العرف يجري مجرى القانون بوجه خاص في المسائل التجارية والبحرية ويتصل بالعرف الشروط المألوفة في التعامل، فتضاف إلى العقد التي جرت العادة بإدراجها فيه وإن لم تدرج فعلا.³

ج. وعندما يقوم الشك في تبين الإرادة بعد محاولة القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير عبارة العقد غير الواضحة، فعند ذلك يفسر الشك لمصلحة المدين في غير عقود الإذعان، حيث تنص المادة 112 ق م ج وتقابلها 151 من ق م المصري على أنه: (يؤول الشك في مصلحة المدين).

غير أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن).

ومعنى الشك في هذه الحالة أن يتراوح التفسير بين وجوه متعددة ولا ترجيح لوجه على الآخر. فيفسر الشك لمصلحة المدين، أو يأخذ بالمعنى الذي كون حماية لمصلحة المدين، وهذا يكون مما لا شك فيه على حساب مصلحة الدائن.

فإذا كنا بصدد عقد بيع مثلا وثار الشك حول شرط يتعلق بدفع الثمن، والثن يمثل التزاما على عاتق المشتري وهو حق للبائع، فسر هذا الشك لمصلحة المشتري لأنه المدين في الالتزام يدفع الثمن، أما إذا ثار الشك حول الالتزام بنقل الملكية أو ضمان التعرض والمدين هو البائع، فسر هذا الشك لمصلحة البائع.

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 222.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 391.

³ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (13/6).

وهذا ما نجده في العقود الملزمة لجانبين، إذ يكون طرفي الرابطة العقدية دائنا ومدين في نفس الوقت، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن تحديد صفة المدين لا يحتاج إلى ضبط باعتبار أن هذه العقود لا يوجد فيها إلا مدين واحد.

ويبرر هذا القاعدة الاعتبارات التالية:¹

. الأصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه.

. الدائن هو الذي يملئ الالتزام على المدين، وعليه أن يتحمل إذن مسؤولية إملائه المبهم.

. الدائن يتحمل إثبات الالتزام، وإذا عجز عن ذلك نتيجة شك فمن المنطقي أن يتحمل النتيجة.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (11/6). وعلي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص393.

الفرع الثالث: الاستثناء وتفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى

خرج هذا النص على القواعد العامة في التفسير عن طريق تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى، ويتضح من ذلك أن الحماية التي قررها القانون للمدعى لا تقف عند رقابة القاضي للشروط التعسفية، بل أضاف القانون طريقاً جديداً لحماية الطرف المدعى يتمثل في تفسير الشروط الغامضة بما يحقق مصلحة المدعى في جميع الأحوال، سواء كان مدنياً في الشرط الغامض المراد تفسيره أو كان دائناً.¹

فعقود الإذعان تتضمن في الغالب عبارات غامضة وصيغ مهمة وشروط متناقضة أو غير متوافقة فيما بينها، ومن هنا تبدوا فعالية هذه الوسيلة في حماية المدعى، إذ عن طريق هذا الغموض أو ذلك الإبهام يستطيع القاضي أن يتدخل في العقد لمصلحة المدعى. فعقد التأمين مثلاً يفسر دائماً، في الالتزامات التي يترتب في ذمة شركة التأمين، لمصلحة المؤمن له

¹ ويطرح التساؤل عن مبررات تفسير الغموض لمصلحة المدعى في عقد الإذعان؟

والجواب أن الفقه قد اختلف في الإجابة عن هذا التساؤل:

فالغالبية العظمى من الفقهاء تبعوا لما جاء في المذكرة الإيضاحية تذهب إلى أنه: (لقد استثنى المشرع من هذا الأصل عقود الإذعان فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المدعى دائماً كان أو مدنياً، فالمفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقلين يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدعى عند التعاقد شروطاً واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض.

بل أن البعض ذهب إلى أبعد من ذلك في سبيل تدعيم هذا الاتجاه فيرى أن صياغة شروط عقد الإذعان من جانب الطرف القوي بطريقة غامضة يعتبر خطأ يترتب عليه مسؤوليته، ولما كان أفضل التعويض هو ما كان عيناً، فإن تفسير الشك لمصلحة المدعى يكون هو أفضل تعويض يمكن لهذا الأخير الحصول عليه.

وذهب عبد الحى حجازي . رحمه الله . إلى أن أساس تفسير الشروط الغامضة في عقد الإذعان لمصلحة المدعى ليس هو مسؤوليته عن الغموض في التعبير، بقدر ما هو حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، فأساس هذا النص الاستثنائي يكمن في العدالة لا في المسؤولية فالقانون يريد أن يأخذ بيد الضعيف ويحميه من جور الطرف القوي.

والباحث يؤيد هذا، ذلك لأنه رغم اعتراف المشرع بكون عقود الإذعان عقوداً بالمعنى الصحيح، إلا أنه لم يغفل كون هذه العقود تتميز بسمة معينة وهي عدم التوازن في القوى وعدم التساوي في المركز بين المتعاقدين . فأعطى المتعاقد الضعيف بعض الرعاية لحمايته.

لا لمصلحة الشركة.¹

وقد تبني المشرع الجزائري منهجا مطابقا لمنهج المشرع المصري قي شأن حماية الطرف المدعن في عقود الإذعان، وهذا ما يتبين من تطابق نص المادة 112 ق م ج مع نص المادة 151 ق م مصري، وإذا كان المشرع المصري قد نجح في صياغة الفقرة الأولى من المادة 151 بإيراد لفظ (الشك) مطلقا، إلا أنه قيد بلا مبرر سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان حينما حدد ممارسة هذه السلطة في حدود (الشروط الغامضة)، فمن المعروف أن التفسير وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر لا يقتصر على تفسير الشروط الغامضة وإنما قد يمتد ليشمل كل شروط التعاقد حتى ما كان منها واضحا.²

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (12/6).

² حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 255.

خلاصة الفصل الثاني:

- قد يستعمل مبدأ حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية، لكنه غير فعال في مواجهة هذه الشروط، فهو لا يشكل تقنية قانونية مستقلة لتحقيق التوازن العقدي.
- لا يمكن لنظرية السبب أن توفر الحماية الكافية من الشروط التعسفية حيث في ظل النص المادة 97 ق م ج فإنه لا يمكن للقضاء أن يستند عليها لإعادة التوازن العقدي، نظرا لتسليمها بضرورة توافر شرط واحد في السبب وهو شرط المشروعية.
- بالرغم من أهمية الغبن في الحد من الشروط، إلا أن النظرة المتفحصة لنظريات عيوب الإرادة توضح عدم جدواها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة الطرف الأقل كفاءة أو خبرة، وعدم كفايتها لإعادة التوازن إلى العقود التي يستغل فيها المحترف إحترافه في مواجهة المحترفين.
- يلعب القضاء دورا بارزا في مواجهة الشروط التعسفية من خلال تفسيرها، إذ أن الأصل أن الشك يفسر في مصلحة المدين عند غموض عبارة العقد.
- إذا كان للقاضي دور بارز في تفسير نصوص وبنود العقد التي شابها غموض أو لبس، فإن له دور آخر هام يتمثل في تعديل العقد عن طريق التخفيف من الالتزامات العقدية إذا ظهر له وجود اختلال في التوازن العقدي.
- لم يرتب المشرع أي جزاء مدني عند تضمين العقد أحد الشروط التعسفية المحددة خلافا لنظيره الفرنسي الذي اعتبر الشروط التعسفية غير مكتوبة أي تكون باطلة.
- على عكس الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن القانون 04-02 فقد نص على الجزاءات العقابية المقررة ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق هذا القانون.

الفصل الثالث

دور أجهزة الدولة وجمعيات حماية

المستهلك في الحماية

من الشروط التعسفية

وضعت الدولة عدة أجهزة لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك كالمركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزق وشبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية، ولجنة الشروط التعسفية، والمجلس الوطني لحماية المستهلك، و لهذا الأخير دور فعال في حمايته من الشروط التعسفية، غير أن الدولة بمفردها لا تستطيع إضفاء الحماية على المستهلك دون مساعدة المستهلك ذاته أو مساعدة الجمعيات التي تمثله وتدافع عن حقوقه، والواقع المعاش يؤكد وجود تلك التجاوزات الصادرة من مقدمي السلع والخدمات، والحركة الجمعوية لها دور كبير في هذا المجال، خاصة إذا اعتبرناه من أهم هيئات المجتمع المدني، لكن عدد جمعيات حماية المستهلك الموجودة في الجزائر لا يلي طموحات الدولة والمستهلك في مجال سلامته والدفاع عن مصالحه، والوعي القانوني لديها لا يجعلها في مصاف حماية المستهلك من الشروط التعسفية، ولكن هذا لا يمنع من دراستها ومعرفة مدى الدور الذي قد تلعبه في هذا المجال، ولذلك سأتناول دور جمعيات حماية المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية (المبحث الأول). دور لجنة الشروط التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية (المبحث الأول). دور المجلس الوطني لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية (المبحث الثالث). مع الإشارة في هذا المبحث إلى دور الحسبة كجهاز يشبه المجلس الوطني لحماية المستهلكين، بعد الإشارة إلى بعض القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي تنظم الحياة التجارية.

المبحث الأول: دور جمعيات حماية المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية

تقوم جمعيات حماية المستهلك بالعمل المباشر على حماية مصالح المستهلكين في مواجهة أصحاب المشروعات والمهنيون الذين يعرضون مصالح المستهلكين للخطر. وتقوم الجمعيات المذكورة بهذا الدور إما لعدم كفاية أو عدم فعالة رجال الإدارة في تحقيق الحماية المنشودة، أو لوجود عيوب أو نقص في القوانين واللوائح التي تحمي مصالح المستهلك، أو بسبب طول إجراءات التقاضي وكثرة نفقات إقامة الدعاوى القضائية، التي يرفعها المستهلك العادي.¹

وأعمال هذه الجمعيات تقوم على مبدأ التطوع، وهي ذات طبيعة مدنية لأنها لا تهدف إلى الربح.² وتضطلع بحماية المستهلك بإجراء الدراسات والاستعانة بالخبرات وتقديم الإحصاءات، كما تلعب دوراً توعوياً وإعلامياً، عن طريق إمداد المستهلكين بكافة المعلومات والبيانات وطرق استعمال السلع والخدمات، وكذلك توعيتهم بمختلف الشروط التي قد يدرجها المهنيون والتي تكون محففة بالنسبة إليهم.

المطلب الأول: الأساليب العامة لحماية المستهلك عن طريق جمعيات حماية المستهلكين

الفرع الأول: الإعلام والتحسيس

ويقصد بالإعلام والتحسيس توعية المستهلك عن طريق طبع الدوريات من الصحف أو المجلات أو النشرات الأسبوعية والشهرية، وتوزيعها على المستهلكين، بهدف إمدادهم بالبيانات والمعلومات عن خصائص السلع والخدمات المعروضة، ومساعدتهم في اختيار أحسنها وأجودها.³

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 111.

² تنص المادة 2 من القانون 12-06 على أنه: (تعتبر الجمعية في مفهوم هذا القانون، تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة. ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعاً ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، لاسيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والحيري والإنساني).

³ تنص المادة 24 من القانون 12-06 على أنه: (يمكن الجمعية في إطار التشريع المعمول به القيام بما يأتي:

ومن أوجه هذه التوعية القيام بالدعاية المضادة عن طريق نشر وتوزيع الانتقادات والملاحظات السلبية للمنتجات أو الخدمات الموجودة في السوق أو المعلنة عنها.

وتستعين هذه الجمعيات بالإمكانات الموجودة باستعمال الوسائل المسموعة كالراديو والإذاعات المحلية، أو المرئية كالتلفاز، أو المقروءة كالجرائد، وقد تستعين بخدمات شركات الاتصال والانترنت ببعث الرسائل والنشرات.

ولكن هذه الوسائل الخاصة بحماية المستهلكين من الدعايات الكاذبة والتضليل وتوعيتهم بحقيقة ما يقدم من سلع وخدمات تحتاج إلى تمويل ضخم، ويقترح في هذا الشأن أن تخصص نسبة قليلة من ثمن السلع وأسعار الخدمات لتمويل صندوق يتولى مهمة إصدار النشرات وإعلام المستهلكين في المرحلة قبل التعاقدية لحمايتهم من نقص المعلومات أو عدم وضوحها.¹

وللوصول إلى أكبر شريحة من المجتمع قد تقوم هذه الجمعيات بالتنسيق مع الوزارات ذات الصلة كوزارة التربية ووزارة التعليم العالي ووزارة الصحة من أجل تحسيس التلاميذ والطلبة. وقد تساهم جمعيات حماية المستهلكين في وضع سياسة عامة للاستهلاك، حيث تشارك في هذا الإطار كعضو مشارك عن طريق ممثليها لدى الهيئات الاستشارية.

. حيث أوجبت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 92-272 الذي يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، توفر عشرة (10) ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين من أجل تكوين هذا المجلس.

- وجعل المرسوم التنفيذي رقم 91-192 المتعلق بمخابر النوعية، جمعيات المستهلكين ممثلة في مجلس التوجيه العلمي والتقني للمركز الجزائري لمراقبة الجودة والرمز.

- تنظيم أيام دراسية وملتقيات وندوات وكل اللقاءات المرتبطة بنشاطها ،
- إصدار ونشر نشرات ومجلات ووثائق إعلامية ومطويات لها علاقة بهدفها في ظل احترام الدستور والقيم والثوابت الوطنية والقوانين المعمول بها).

¹ حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 39.

لا ينبغي التقليل من الدور التكميلي الذي أنيط بجمعيات حماية المستهلك في مجال الرقابة فعلى الدولة بذل مجهودات إضافية من أجلها، ومساعدتها ماديا حتى تتمكن من أداء دورها على أكمل وجه في الرقابة على المتدخل، وبالتالي تقديم حماية أفضل للمستهلك.¹

وبالرغم من هذه الأهمية التي تلعبها مثل هذه الجمعيات في حماية المستهلك من خلال إعلامه وتبصيره وتوعيته، إلا أن عددها لا يتماشى مع طموحات المستهلكين.²

الفرع الثاني: جمع المعلومات على المنتج

تقوم جمعيات حماية المستهلكين بفحص المنتوجات، خاصة منها المنتوجات الصناعية الجديدة والتي تعرض في الأسواق، وذلك من أجل التعرف على مزاياها وعيوبها واحتمالات تسببها في ضرر المستهلك، ومن أجل ذلك يجب أن تتوفر هذه الجمعيات على متخصصين في جميع المجالات، أو تستعين بالخبراء من أجل القيام بالدراسات وإجراء الخبرات.

¹ عبد القادر بوتشننت، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان أمن المستهلك، مجلة العلوم القانونية، جامعة مختار باجي، عنابة، العدد 12، 2008، ص 125.

² ووفقا للإحصائيات الرسمية لوزارة التجارة والملف التقني المتعلق بجمعيات حماية المستهلكين لسنة 2009، فإن عدد مثل هذه الجمعيات في الجزائر هو 56 جمعية، موزعة كما يلي: المديرية الجهوية للتجارة بشار 05 جمعيات، المديرية الجهوية للتجارة بالبلدية 11 جمعيات، المديرية الجهوية للتجارة سعيدة 05 جمعيات، المديرية الجهوية للتجارة بسطيف 07 جمعيات، المديرية الجهوية للتجارة بباتنة 10 جمعيات، المديرية الجهوية للتجارة بورقلة 05 جمعيات، المديرية الجهوية للتجارة الجزائر العاصمة 03 جمعيات، المديرية الجهوية للتجارة عنابة 05 جمعيات، المديرية الجهوية للتجارة وهران 05 جمعيات، وهو عدد جد هزيل بالمقارنة مع عدد السكان.

على أن من بينها نحد جمعية وطنية واحدة، و هي تلك المتواجد مقرها بولاية البلدية و المسماة: "جمعية حماية المستهلك"، وقد تم اعتمادها بقرار وزاري رقم 14 في 23 مارس 1994 .

الفرع الثالث: الدعوة للمقاطعة

تعرف المقاطعة على أنها طلب جمعيات المستهلك من جمهور المستهلكين التوقف، أو الامتناع عن شراء سلعة، أو الإقبال على خدمة معينة، أو عدم التعامل مع مشروع معين، فهي تذهب إلى أبعد من تزويد المستهلك بالمعلومات، وإنما تتخذ شكل الطلب أو الأمر الصادر من الجمعية إلى المستهلكين.¹

وكمثال على دعوة منظمات المستهلكين للمقاطعة في فرنسا، ما قام به الإتحاد الفدرالي للمستهلكين في القضية المعروفة (L'amoco - cadiz) حيث قام بالدعوة إلى مقاطعة منتجات شركة (shell France) و كذا ما قام به في سنوات 1980-1982-1985 من الدعوة إلى مقاطعة لحوم الأبقار بعد مخالفة مربيها لقانون 1970 الذي يمنع استعمال هرمون (Cétogène) في تربية الأبقار، و قد تم بعد الدعوة الأولى في سنة 1980 التوصل إلى اتفاق مع المربين على ما يسمى بقانون اللحوم (Charte de Veau) مما يعني نجاح أسلوب المقاطعة، غير أن الدعوة الثانية إلى المقاطعة سنة 1982 كانت تهدف إلى حث المشرع الفرنسي على التشدد و وضع قانون رادع في هذا المجال.²

ويعتبر مثل هذا الأمر من أنجع الطرق لحماية المستهلك من السلع الضارة بصحة أو سلامة المستهلك، أو حمايته من العقود التي يبرمونها مع الأعوان الاقتصاديين وتحتوي شروطا تعسفية، فتدعو مثلا مثل هذه الجمعيات إلى مقاطعة إبرام العقود التي تحوي شروطا تعسفية، أو مقاطعة بعض العقود النموذجية.

¹ انظر حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 114.

² فهيمة نصري، المرجع السابق، 80.

المطلب الثاني: حق جمعيات حماية المستهلكين في رفع الدعاوى القضائية

الفرع الأول: في القانون الفرنسي

بداية من القضاء الفرنسي بصدد تمثيل الجمعيات للمستهلكين أمام القضاء، واعتبارها ممثل قانوني في مباشرة الدعاوى، والدفاع عن المصالح العامة أو الجماعية، بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: قبلت خلالها الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسي التي اضطلعت، في غالب الأحيان، بالدعوى المدنية، قبلت دعاوى النقابات أو الجمعيات للمطالبة بالتعويض عن الأضرار، حتى عندما ترفع الدعوى من أجل جريمة جنائية.¹

المرحلة الثانية: رفض القضاء الفرنسي قبول دعوى الجمعيات، وقد استقر هذا الرأي بحكم مشهور للدوائر المجتمعة بتاريخ 15 يونيو 1923، حكمت فيه محكمة النقض أن الجمعية تختلف عن النقابة في أنها لا تمثل بحكم القانون المهنة التي ينتمي إليها أعضاؤها، فلا تقبل دعاؤها، لأن الدفاع عن مصالح جماعية دعامة للمجتمع موكولة إلى النيابة العامة، ومنح الجمعية حق الدعوى يعتبر مساسا بسلطة الأخيرة.²

وقد وجه الفقه نقدا لهذا المبدأ، مقررًا أن التفرقة بين النقابة والجمعية تفرقة محل نظر، إذ أن كلا منهما عبارة عن جماعة أنشئت للدفاع عن غرض معين، فإذا اعترف للجمعية بالوجود القانوني، وبالدفاع عن مصلحة معينة، فيجب أن يكون لها حق الدعوى لحماية هذه المصلحة، أو لرعاية الغرض الذي أنشئت من أجله. وكان لهذا النقد أثر جعل المشرع يعترف لبعض الجمعيات بحق الدعوى للدفاع عن مصالح جماعية عامة، مثل رعاية الصحة والأخلاق والنظام العام ورعاية الأسرة...³

¹ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 150.

² المرجع نفسه، ص 150.

³ المرجع نفسه، ص 150، 151.

المرحلة الثالثة: لم يستقر القضاء الفرنسي بعد، فهو وإن كان يقبل دعاوى جمعيات الدفاع (association de défense) وهي الجمعيات التي تنشأ للدفاع عن مصلحة مشتركة بين أعضائها، فإنه من ناحية أخرى لا يعترف بوجود مصلحة جماعية مجردة لهذه الجمعية، وقد تعددت الأحكام في هذا الصدد، ولا يوجد معيار وحيد لتحديد صفة الجمعية في الدعوى.¹

أما بخصوص المشرع الفرنسي فقد منح القانون المعروف باسم قانون روير (ROYER) بتاريخ 27 ديسمبر 1973م، جمعيات حماية المستهلك المسجلة أو المعتمدة، حق الالتجاء إلى القضاء بغرض الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين،² ثم صدر قانون 05 يناير 1988م، الذي وسع من نطاق هذا الحق، واعترف صراحة لهذه الجمعيات بحق الادعاء المذكور (حق رفع الدعاوى الجماعية)،³ وبأن تلعب دورا رائدا في مجال مقاومة الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك، ووقف العمل بها في هذه العقود.⁴

وأخيرا أصدر المشرع الفرنسي قانون الاستهلاك رقم: 93-949 الصادر في: 26 يوليو 1993م ووفق بين فرضين، الفرض الأول هو حالة وجود جريمة جنائية، وأما الفرض الثاني فيتعلق

¹ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 151.

² وفقا للمادة 46 منه فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك المرخص لها لهذا الغرض، أن تباشر أمام المحاكم بجميع أنواعها الدعاوى المدنية التي تتعلق بالأعمال التي يترتب عليها ضررا مباشرا أو غير مباشر، بالمصلحة الجماعية المشتركة للمستهلكين. وقد أصدرت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية حكما بتاريخ: 16 يناير 1985م يفسر نص المادة 46 المذكور، حيث قضت أن الدعوى المدنية التي ورد النص عليها في المادة المذكورة، يجب أن بقصد بها فقط دعوى تعويض الضرر الحاصل بسبب جريمة جنائية أي بسبب مخالفة قانون العقوبات، وقد انتقد الفقه الفرنسي هذا الحل، وخشي في حالة وقوع جريمة جنائية التركيز فقط على ما أصاب المصلحة العامة من ضرر، دون الاهتمام بالأضرار التي أصابت مصلحة المستهلكين هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه إذا لم تكن هناك جريمة جنائية، فإن جمعيات حماية المستهلك لا تكون قادرة على الادعاء أمام القضاء، ضد الممارسات التعسفية من جانب المهنيين. انظر حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 122، 123، و محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 93 وما بعدها.

³ أعاد هذا القانون تنظيم الدعاوى القضائية التي يمكن لجمعيات حماية المستهلك مباشرتها أما القضاء، ومن بين هذه الدعاوى دعوى إلغاء الشروط التعسفية.

⁴ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 119.

بجالة عدم وجود جريمة جنائية، وقد تضمن هذا القانون بعض النصوص المشتركة بين الفرضين.

01. حالة وجود جريمة جنائية، وفي هذه الحالة عند وقوع جريمة جنائية وترتب عليها ضرر مباشر أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين، فتستطيع جمعيات حماية المستهلك أن تباشر الحقوق المعترف بها للطرف المدني، سواء أمام القضاء المدني أو القضاء الجنائي، ويمكنها بهذه الصفة أن تطالب بتعويض مالي عن الضرر الذي لحق بمجموع المستهلكين (المادة 1/421 من تقنين الاستهلاك والمأخوذة عن المادة 01 من القانون 1988م).¹

01. حالة عدم وجود جريمة جنائية، فيجوز لجمعيات حماية المستهلك رفع الدعوى القضائية في حالة عدم وقوع جريمة جنائية وذلك في حالتين فقط (حسب المادة 05، 06 من قانون 05 يناير 1988):

الحالة الأولى: حالة المطالبة بإلغاء الشروط التعسفية.

الحالة الثانية: حالة التدخل الاختياري من الجمعيات المذكورة، في نزاع فردي معروض أمام المحاكم.

وقد اعتنق تقنين الاستهلاك الفرنسي الحل الذي تضمنه قانون 1988م:

وعلى ذلك يجوز لجمعيات حماية المستهلك الإدعاء أمام القضاء المدني بإحدى وسيلتين، إما بالدعوى الأصلية، أو بالتدخل الانضمامي في دعوى سبق لأحد المستهلكين رفعها على النحو التالي:

- إذ أنه يجوز لجمعيات حماية المستهلك، المرخص لها من السلطات العامة، أن ترفع أمام القضاء المدني دعوى إلغاء الشروط التعسفية، وأن تطلب إلغاء الشروط المنصوص عليها في نماذج العقود المعتادة التي يطرحها المهنيون على المستهلكين، وأن تطالب بفرض غرامة تهديدية على المهنيين،

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 127.

إذا لزم الأمر.¹ (المادة 2/421 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، المادة 06 من قانون 1988م، المادة 04 من القانون رقم: 95-96 بتاريخ أول فبراير 1995م، الخاص بالشروط التعسفية وتقديم العقود).²

- ومن ناحية ثانية يجوز لجمعيات حماية المستهلك، التدخل أمام القضاء المدني الذي ادعى أمامه واحد أو أكثر من المستهلكين، بغرض الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق بهم بسبب أعمال لا تعد جرائم، مثل: وجود عيوب بالشيء المبوع، مخالفة الالتزام بتقديم المعلومات.³

وتستطيع الجمعيات المذكورة أن تطلب من القضاء المدني أو الجنائي أن يفرض على المدعى عليه . إذا اقتضى الأمر ذلك . غرامة تهديدية مالية، أو إجراء آخر، بهدف وقف التصرفات غير المشروعة أو إلغاء الشرط غير المشروع الوارد بالعقد أو نموذج العقد المعروض على المستهلكين (المادة 2/422 من تقنين الاستهلاك).⁴

وترجع أهمية مثل هذه الجمعيات في الدفاع عن مصالح المستهلكين بصفة أصلية أو تبعية، إلى أن الشريحة الأكبر من المستهلكين ينقصها الوعي اللازم، وفي الغالب هم يفتقرون إلى الخبرة والتجربة، بحيث لو تركوا لشأنهم لقل عدد القضايا المرفوعة أمام القضاء لمواجهة الشروط التعسفية، وكذلك إيماناً منهم إلى أن مثل هذه الشروط المتضمنة في العقود تنظيمية لا يجوز الطعن فيها، وهم كذلك لا يستطيعون رفع مثل هذه الدعاوى نظراً لتفاهة محل العقد، أو مخافة المصاريف القضائية الكبيرة، وأتعاب المحامي.

ويلاحظ في الفقه الفرنسي أنه يمكن الشك إلى حد ما في أن تقوم جمعيات حماية المستهلك بدور

¹ ويلاحظ أنه يجب أن لا يخلط الشروط التعسفية، وبين دعوى إلغاء الشروط غير المشروعة المنصوص عليها في المادة 2/421، 7 تقنين الاستهلاك الفرنسي.

² حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 129.

³ المرجع نفسه، ص 131.

⁴ المرجع نفسه، ص 127.

المبادأة في دعوى إلغاء الشروط التعسفية، إذ اعتادت هذه الجمعيات التدخل أمام المحاكم المرفوعة أمامها دعاوى بواسطة النيابة العامة.¹

وهناك بعض الأحكام المشتركة التي تسري على الفرضين السابقين تضمنتها المادة 8/421، 9 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وهي:²

- وفقا للمادة 8/421، يمكن للنيابة العامة أن تقدم للقضاء المختص المحاضر أو بيانات التحقيقات التي بحوزتها، والتي يكون تقديمها مفيدا في حل النزاع، وذلك لتسهيل تقديم وسائل الإثبات التي تكون بحوزة النيابة العامة لصالح المستهلكين.

- ووفقا للمادة 9/421، يجوز للقضاء بناء على طلب جمعيات حماية المستهلك أن يأمر بنشر الحكم الصادر في مواجهة المدعى عليه، عن طريق وسائل النشر الملائمة، لإخبار الجمهور بضمون هذا الحكم.

الفرع الثاني: في القانون المصري

من المعروف أن مد حماية المستهلك إلى الدول العربية لم يصل إلا متأخرا، بعد قرابة عن ما يزيد عن 40 عاما، ولم يكن لتطور حماية المستهلك في الدول المتقدمة إلا تأثير محدود على هذه الدول، فلم تأخذ منه إلا المسمى دون المضمون، ومن هذه الدول مصر، حيث لم يساير المشرع المصري التشريع المقارن ولم يصدر قانون خاص بحماية المستهلك إلا في عام 2006م وذلك بالرغم من وجود 64 جمعية لحماية المستهلك في مصر.³

بل واعتبارها الأساس في توفير الحماية للمستهلك، إلا أنه في الواقع العملي نجد أن دور هذه الجمعيات غائب، واستمر هذا الوضع إلا أن صدر قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006م

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 130.

² انظر المرجع نفسه، ص 132، 133.

³ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 97.

وبالرغم من حداثة هذا القانون إلا أنه يعتبر تطوراً ملحوظاً في هذا الشأن، حيث نصت المادة 23 منه على أنه: (مع عدم الإخلال باختصاص الجمعيات التي تنشأ لحماية المستهلك طبقاً لقانون الجمعيات الأهلية يكون لها الاختصاصات التالية:

أ . حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين، أو التدخل فيها.

ب . عمل مسح ومقارنة للأسعار وجودة المنتجات والتأكد من صحة البيانات الخاصة بها، والتي تحدد محتواها وإبلاغ الأجهزة المعنية بما يقع من مخالفات في هذا الشأن.

ج . تقديم معلومات للجهات الحكومية المختلفة عن المشاكل المتعلقة بحقوق ومصالح المستهلكين وتقديم مقترحات علاجها.

د . تلقي شكاوى المستهلكين والتحقق منها والعمل على إزالة أسبابها.

هـ . معاونة المستهلكين الذين وقع عليهم ضرر من جراء استخدام أو شراء سلعة أو تلقي خدمة في تقديم شكاوى للجهات المختصة ومنها جهاز حماية المستهلك، واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لحماية حقوقهم ومصالحهم.

و . المساهمة في نشر ثقافة حقوق المستهلك، وتوعية المواطنين بحقوقهم، وإنشاء قواعد للبيانات اللازمة لأداء اختصاصاتها).

وخلاف للقانون الجزائري فإن المشرع المصري اشترط بعض الشروط التي يجب أن تتوفر في الجمعيات التي يجوز لها الحق في الادعاء أمام القضاء، حيث نص المرسوم رقم 88-886 المؤرخ في 21 يونيو 1988م، على الشروط الواجب توافرها في جمعية حماية المستهلك، التي تحصل على الاعتماد من السلطات العمومية، وهي:

. أن تكون الجمعية مشهرة.

. ألا تمارس أي نشاط مهني، ما لم يوجد نص مخالف.

- . أن يكون غرض الجمعية الذي ينص عليه نظامها، هو الدفاع عن مصالح المستهلكين.
- . أن يكون للجمعية تمثيل كاف على المستوى المحلي أو القومي.

الفرع الثالث: في القانون الجزائري

ينص دستور 1996 في مادته 41 على ما يلي: (حرية تسيير و إنشاء الجمعيات والاجتماع مضمون للمواطنين). كما جاء في المادة 43 منه : (حق إنشاء الجمعيات مضمون، تشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية، يحدد القانون شروط و كفيات إنشاء الجمعيات).

فهذين النصين يكرسان مبدأ أساسيا، ألا وهو حرية إنشاء الجمعيات في جميع الميادين والمجالات بما فيها تلك التي تعمل في مجال حماية المستهلك .وتأكيداً لهذا المبدأ الدستوري صدرت عدة قوانين تنظم الجمعيات بصفة عامة.¹

و إن كانت جمعيات حماية المستهلك كغيرها من الجمعيات تعد حديثة النشأة، فإن هذه الجمعيات لم يتأكد ظهورها إلا بعد صدور القانون 90-31 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات² والذي يحدد كفيات تكوين الجمعيات بصفة عامة وتنظيمها وعملها، وأكد مبدأ حرية إنشائها.

وقد أشار المشرع إلى جمعيات حماية المستهلك بصفة خاصة في القانون 89-02 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك، و ذلك في مادته 12 التي تشير إلى حق-هذه الجمعيات في الدفاع عن حقوق المستهلكين عن طريق رفع الدعاوى.

وعليه فالمشرع يكون قد أعطى التأشيرة الرسمية لجمعيات حماية المستهلك للتدخل الكامل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدفاع عن المصالح الأساسية للمستهلكين، فوجودها كان

¹ فهيمة ناصري، جمعيات حماية المستهلك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2004، ص 20.

² القانون رقم: 90-31 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1411 هـ الموافق لـ 04 ديسمبر 1990 والمتعلق بالجمعيات، ج ر رقم 53 سنة 1990.

ضرورة ملحة لا بد من تجسيدها على أرض الواقع خاصة بدخول الجزائر اقتصاد السوق المفتوح وتفتحها على الأسواق الخارجية.¹

وقد عرفت المادة 1/21 من القانون 09-03 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 08 مارس 2009م الذي ألغى القانون 89-02، جمعية حماية المستهلك كما يلي: (جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله).

وأعطى المشرع للجمعيات بصفة عامة حق التقاضي (المادة 50 ق م ج) وقد اعتبرها من الأشخاص الاعتبارية (المادة 49 ق م ج).² فتكتسب الجمعية المعتمدة الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها ويمكنها بذلك القيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة، بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية ألحقت ضررا بمصالح الجمعية أو المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها (المادة 3/17 من القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات).³

وتنشأ جمعية حماية المستهلك بناء على اتفاق مجموعة من الأشخاص لتحقيق حماية المصالح المادية والمعنوية لكل شخص يقتني سلعا أو خدمات من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية.

وبالطبع تنشأ هذه الجمعيات وفقا للقانون رقم 12-06 المؤرخ في 18 صفر عام

¹ فهيمة ناصري، المرجع السابق، ص 21.

² تنص المادة 49 من القانون المدني الجزائري على أنه: (الأشخاص الاعتبارية هي: - الدولة، الولاية، البلدية - المؤسسات العمومية ذات الطابع العمومي، - الشركات المدنية والتجارية، - الجمعيات والمؤسسات، - الوقف، - كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية).

³ القانون رقم 12-02 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012 يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 02، ل 15 يناير 2012، ص 33.

1433هـ الموافق 12 يناير سنة 2012 م المتعلق بالجمعيات.¹ فهي تخضع له من حيث إنشائها وتنظيمها وكيفية تسييرها.²

ويمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل، وهذه الأضرار ذات أصل مشترك، وفقا للمادة 23 من القانون 09-03، ويمكن أن تستفيد من المساعدة القضائية (المادة 22 من نفس القانون).

وقد نصت المادة 65 القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي: (دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت وفقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة

¹ هذا القانون ألغى القانون رقم: 90-31 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1411 هـ الموافق لـ 04 ديسمبر 1990 والمتعلق بالجمعيات.

² وتنص المادة 4 من القانون 12-06 على أنه: (يجب على الأشخاص الطبيعيين الذين بإمكانهم تأسيس جمعية وإدارتها وتسييرها أن يكونوا :
- بالغين سن 18 فما فوق.
- من جنسية جزائرية،
- متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية،
- غير محكوم عليهم بجناية و/أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية، ولم يرد اعتبارهم بالنسبة للأعضاء المسيرين).

وتنص المادة 6 : (تؤسس الجمعية بحرية من قبل أعضائها المؤسسين . ويجتمع هؤلاء في جمعية عامة تأسيسية تثبت بموجب محضر اجتماع يحضره محضر قضائي.

تصادق الجمعية العامة التأسيسية على القانون الأساسي للجمعية وتعين مسؤولي هيئاتها التنفيذية.
يكون عدد الأعضاء المؤسسين كالتالي : عشرة (10) أعضاء بالنسبة للجمعيات البلدية، - خمسة عشر (15) عضوا بالنسبة للجمعيات الولائية، منبثقين عن بلديتين (2) على الأقل، - واحد وعشرون (21) عضوا بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات، منبثقين عن ثلاث (3) ولايات على الأقل، خمسة وعشرون (25) عضوا بالنسبة للجمعيات الوطنية، منبثقين عن اثني عشرة (12) ولاية على الأقل).

أحكام هذا القانون.

كما يمكنهم التأسيس طرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق بهم).¹

إنّ صاحب الحق الأصيل في رفع الدعوى هو المستهلك وذلك للدفاع عن حقوقه باعتباره صاحب الصفة والمصلحة فيها، و هما الشرطان الأساسيان لممارسة أي دعوى أمام القضاء طبقاً للقواعد العامة.

فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² على ما يلي: (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون)، فبالنسبة لشرط المصلحة فهي المنفعة التي يحصل عليها الفرد من خلال رفع الدعوى، أو التي طلب حصولها من وراء الالتجاء إلى القضاء، ويجب أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة، فتكون قائمة بمجرد الاعتداء على الحق المطالب بحمايته وذلك لتفادي قيام دعاوى بمجرد الظن أو احتمال الإضرار بالحقوق الذاتية، وقد تكون مصلحة محتملة إذا كان الخطر وشيكاً والضرر محتمل الوقوع فقد سمح القانون بالدعاوى الوقائية للمطالبة بإجراءات تحقيق مقبولة قانوناً قصد الانتفاع بها في دعوى مستقبلية، وتقدم بموجب أمر على عريضة أو عن طريق الدعاوى الإستعجالية. ويجب أن تكون شخصية ومباشرة، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته، أو من يقوم مقامه.

ويجب أن تكون قانونية تستند إلى حق أو مركز قانوني يحميه القانون سواء كانت مادية أو معنوية، جدية أو تافهة، ويجب أن تكون مشروعة لا تخالف النظام العام والآداب العامة.

¹ وهذا ما كانت تنص عليه المادة 60 من الأمر 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995م، الذي ألغي بالقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1423 هـ ، الموافق 23 أبريل 2008.

والشرط الثاني توفر الصفة فلا يكفي أن تتوفر المصلحة القائمة أو المحتملة في رافع الدعوى أمام القضاء بل يجب أيضا أن يتمتع بصفة التقاضي أي بالسند القانوني الذي يمنحه القدرة على الادعاء، وهذا ما يرجع في غالب الأحيان إلى إثبات المصلحة المباشرة والشخصية، ومن المسائل المتقدمة في الفقه الخلط الذي يقع فيه الاجتهاد بين الصفة والتمثيل مع أن الصفة هي شرط أساسي لممارسة الدعوى...¹

ورغم ميول الفقهاء إلى التفريق بينهما وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة المذكور، لتجنب الخلط الذي كان قائما في هذه المسألة، إذا أقر وجوب توفر الصفة والمصلحة في رفع الدعوى، وذلك لتمكين القاضي من الرقابة على توفر كل منهما في الدعوى، تحت طائلة عدم القبول، وأن الصفة تتحقق في الدعوى عند تحقق المصلحة الشخصية المباشرة، ولو لم يكن مباشر الدعوى هو الشخص بنفسه بل بواسطة نائبه القانون.²

وعليه، إذا توفرت هذه الشروط في المستهلك فإن من حقه اللجوء إلى القضاء لطلب الحماية. لكن هل يتم ذلك فعلا؟ إن الواقع هو الذي يجيبنا، فنادرا ً ما يلجأ المستهلك إلى رفع دعوى لطلب التعويض عما أصابه من ضرر من جراء فعل المهني، وهذا لعدة أسباب تعد موضوعية وفعلية. فالفائدة التي يتحصل عليها المستهلك من دعواه لا تتعادل البتة مع ما يتحمله من نفقات ومصاريف وما يتكبده من وقت ضائع وإجراءات طويلة ومعقدة من أجل الحصول على حقه، والذي قد يتمثل في التعويض عن سلعة لا تتعدى قيمتها بضع دنانير³.

إضافة إلى ذلك، فانعدام التوازن المالي بين المهني والمستهلك يجعله يتردد إن لم نقل يتنازل عن حقه في التعويض، لمعرفته أنه وحيد أعزل أمام القوة الاقتصادية والمالية للمهني، مما يدفعه إلى

¹ عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2011، ص 63، 64.

² شويحة زينب، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09، دار أسامة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009، (1/ 63)، 64.

³ فهيمة ناصري، المرجع السابق، 101.

تحمل الضرر حتى ولو كان متعلقا بسلامته الجسدية. من ناحية أخرى، فالنيابة العامة هي أيضا عادة ما تتحمل ملاحقة هذه المخالفات لضالة معظمها وكثرتها في الحياة اليومية، حتى لا ترهق القضاء بدعاوى لا طائل منها.¹

وبذلك فإن الصفة في رفع الدعوى من الجمعيات تكون من خلال وجود رابطة وثيقة بين مصلحة المستهلك وهو صاحب الحق المدعى به وبين المصلحة العامة والجماعية لهذه الجمعيات.

وعليه فإن صفة جمعيات حماية المستهلك في رفع الدعوى للدفاع عن المستهلكين قد ثبتت لها من خلال النصوص السابقة، ويكون لها على هذا الأساس أن تمارس الدعوى سواء للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين بتأسيسها كطرف مدني في الدعوى الناجمة عن مخالفة جزائية، أو في غياب مخالفة جزائية كما هو الحال في دعوى إلغاء الشروط التعسفية،

أو بالتدخل في الدعوى التي يرفعها المستهلك بصفة فردية دعما لادعاءاته، أو دفاعا عن المصلحة الفردية للمستهلكين كما هو الحال بالنسبة للدعوى المقترنة و الدعوى الجماعية.²

وعلى سبيل المثال يمكن لمثل هذه الجمعيات، أن تطلب إلغاء الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 29 من هذا القانون، أو أي شرط تعسفي والذي يدرج صراحة في نماذج العقود المعروضة على المستهلكين (المادة 30)، وإن لم ينص على ذلك المشرع الجزائري صراحة ولكنه يستشف من خلال أحكام المادة 65.

¹ السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص 13، 14.

² فهيمة ناصري، المرجع نفسه، 105.

01- دعوى إلغاء الشروط التعسفية في العقود المبرمة:

حسب المادة 65 من القانون 04-02 المشار إليها سابقا فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك القيام برفع دعوى أمام القضاء ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، ومن بين هذه المخالفات المقررة في هذا القانون إدراج شروط تعسفية في العقود بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين حسب نص المادة 29 منه.

فتقوم هذه الجمعيات برفع الدعوى من أجل إلغاء مثل هذه الشروط.

02- دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود:

حسب المادة 65 من القانون 04-02 كذلك فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك اللجوء إلى القضاء من أجل إلغاء الشروط التعسفية المتضمنة في نماذج العقود وذلك وفقا لنص المادة 30 من القانون 04-02 التي تنص: (بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذلك منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية).

وتعتبر هذه الدعوى، دعوى وقائية من أجل إلغاء الشروط التعسفية في نماذج العقود بحذفها نهائيا منها.

03- دعوى تعديل أو الإغفاء من الشروط التعسفية:

يمكن لجمعيات حماية المستهلك رفع دعوى من أجل تعديل أو الإغفاء من الشروط التعسفية وفقا لنص المادة 110 ق م ج.

وعلى ذلك يجوز لجمعيات حماية المستهلك الإدعاء أمام القضاء بإحدى وسيلتين، إما بالدعوى الأصلية، أو بالتدخل الانضمامي في دعوى سبق لأحد المستهلكين رفعها.

فإذا كان المشرع لم ينص في قانون حماية المستهلك بصفة خاصة على حق جمعيات

المستهلكين في التدخل في الدعاوى التي يرفعها أي مستهلك متضرر بصفة فردية، إلا أنه يمكن من خلال المادة 194 من ق إ ج م أن تتدخل في الخصام حيث تنص هذه المادة على : (يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا، لا يقبل التدخل في الخصومة إلا ممن توفرت فيه الصفة و المصلحة. يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى ...).

المبحث الثاني: دور لجنة الشروط التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

لوحظ أن ما تقوم به جمعيات حماية المستهلك لا يكفي وحده لتوفير حماية فعالة للمستهلك، وكذلك القضاء حيث أن المحاكم لا تنظر إلا في حالات محدودة تواجه مشاكل استهلاكية، وقد ظهرت حماية من نوع آخر ذات طبيعة إدارية تمثلت في إنشاء لجنة مقاومة الشروط التعسفية.

المطلب الأول: لجنة الشروط التعسفية في فرنسا

الفرع الأول: التعريف بلجنة الشروط التعسفية

يمكن تعريف هذه اللجنة بأنها: (تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى . القضاء . لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان).¹

في فرنسا، تم إنشاء لجنة الشروط التعسفية بمقتضى المادة 36 من قانون 10 يناير 1978م، حيث استهدف المشرع الفرنسي استبعاد الشروط التعسفية التي تحتويها عقود الاستهلاك، وكان المشروع المقدم من الحكومة ينص . في البداية . على إسناد هذه المهمة إلى المحاكم، وبعد الانتقادات التي وجهت إلى ذلك المشروع عند عرضه على الجمعية العامة (البرلمان)، عهد المشرع الفرنسي هذه المهمة إلى الحكومة، على أن يعاونها في ذلك لجنة الشروط التعسفية، التي تتبع وزير الاستهلاك.²

وأخذ تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993م، بهذا الحل وأقر بتبعية اللجنة المذكورة وزير شؤون الاستهلاك، وباختصاصها في التعرف على نماذج الاتفاقات المعتادة والمعروضة من المهنيين على المستهلكين، والوقوف على إذا كانت المستندات المعروضة تحتوي على الشروط التعسفية (المادة 2/132).

ونص قانون 1978م على تشكيل لجنة الشروط التعسفية على النحو التالي:

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص135.

² المرجع نفسه ، ص136.

- ثلاث قضاة من القضاء العادي أو الإداري أو أعضاء مجلس الدولة، ويتم تعيين الرئيس ونائبه منهم.
- ثلاث ممثلين للإدارة.
- ثلاثة من أصحاب الرأي أو الفقه القانوني أو الخبرة في قانون العقود.
- ثلاث ممثلين عن الجمعيات أو تنظيمات حماية المستهلك.
- ثلاث ممثلين للمهنيين.

وتتكون لجنة الشروط التعسفية حسب قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر سنة 1993م من: 13 عضوا معينين بقرار من وزير الاستهلاك (مادة 2-132.L) على النحو التالي: قاض من المحاكم العادية رئيسا، اثنان من القضاة من المحاكم العادية أو المحاكم الإدارية أو من مجلس الدولة، يعين أحدهما نائبا للرئيس، اثنان من الشخصيات المتخصصة في مجال القانون أو النواحي الفنية للعقود، يتم اختيارهما بعد أخذ رأي المجلس الوطني للاستهلاك، أربعة أشخاص يمثلون المحترفين، أربعة أشخاص يمثلون المستهلكين.

وتوصياتها غير ملزمة، وهي كذلك لا تعتبر قرارات إدارية ملزمة، وهذا لا ينفي عدم أهميتها فالقضاء يستأنس ويستعين بها في تقدير طابع التعسف للشروط المعروضة أمامه.

الفرع الثاني: مهام لجنة الشروط التعسفية

ومن بين المهام الممنوحة لهذه اللجنة ما يلي:

- 5- إبداء الرأي حول مشروعات النصوص التشريعية المتعلقة بالشروط التعسفية -L.132-1 الفقرة الثانية.
- 6- إصدار توصيات تتعلق بالشروط التعسفية L.132-4.
- 7- تقديم المشورة بناء على طلب القضاء R.132-6.
- 8- نشر تقرير سنوي عن نشاطها L.132-5.

1. إبداء الرأي حول مشروعات النصوص التشريعية المتعلقة بالشروط التعسفية:

يتم طلب استشارة لجنة الشروط التعسفية فيما يتعلق بمشروعات النصوص الخاصة بالشروط التعسفية وطلب الاستشارة إلزامي وفقا للفقرة الثانية من المادة L.132-1، أما طلب استشارة اللجنة في مشروعات القوانين المتعلقة بالشروط التعسفية المقدمة من الحكومة فهو اختياري.¹

2. إصدار توصيات تتعلق بالشروط التعسفية:

من مهامها أيضا إصدار توصيات إلى الجهات المختصة سواء إلى جمعيات المحترفين أو إلى المشرع نفسه بإلغاء الشروط التي تبدو تعسفية أو تعديلها (المادة L.132-4)، وتقوم بأداء هذه المهمة نتيجة دورها الرقابي المناط بها في فحص نماذج العقود التي ينسج على منوالها عقود الاستهلاك وهذه التوصيات ليس لها قوة إلزامية.²

2. تقديم المشورة بناء على طلب القضاء:

فإذا تعلق الأمر بدعوى حول نزاع يتعلق في اعتبار أحد الشروط التعاقدية تعسفيا أم لا في

¹ انظر أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود. دراسة مقارنة.، المرجع السابق، ص 90.

² انظر المرجع نفسه، ص 90.

عقود الاستهلاك، يستطيع قاضي الموضوع أن يستعين بلجنة الشروط التعسفية، فيطلب رأيها حول الشرط المتنازع عليه باعتبار أن تلك اللجنة خبيرة بمسألة الشروط التعسفية، وله أن يترك للجنة مدة كافية لإبداء رأيها فيما لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغها بذلك، وله في حالة الاستعجال أن يحدد مدة أقل من ذلك (المادة R.132-6).¹

4. نشر تقرير سنوي عن نشاطها:

وفقا لنص المادة (L.132-5) فهي تقوم بعمل تقرير سنوي عن نشاطها العام، ولها أن تقترح، إذا اقتضى الحال ذلك، التعديلات التشريعية واللائحية التي تراها مناسبة، ويتم نشر التقرير في العادة.²

وهذا التقرير يتضمن ملخصا لمجمل الطلبات والمشاكل التي استقبلتها، والأعمال التي قامت بها، والآراء التي أرسلتها إلى الوزير المختص، أو إلى جمعيات المحترفين، وهذا التقرير ينشر للكافة، ويصدر بطريقة منظمة ومفهرسة كل عام.

المطلب الثاني: لجنة الشروط التعسفية في الجزائر

أما في الجزائر، فقد نص المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 على إنشاء لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة، ويرأسها ممثل عنه (المادة 06)، وهي تتشكل من أعضاء لهم علاقة بالاستهلاك، وهم المستهلك ممثلا بجمعيات حماية المستهلك، والمهنيون، والإدارة، ولها طابع استشاري.

وحسب المادة 08 من القانون السابق فإن هذه اللجنة تتشكل من 07 أعضاء:

- ممثل واحد عن الوزير المكلف بالتجارة. مختصا في مجال الممارسات التجارية وهو الرئيس.
- ممثل واحد عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.

¹ انظر أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 91، وهذه المادة أدرجت في هذا القانون بموجب المرسوم الصادر في 10 مارس 1993م.

² حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 141.

- عضو عن مجلس المنافسة.
 - متعاملين اقتصاديين اثنين عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
 - ممثلين اثنين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني ومؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ويمكن للجنة أن تتسعين بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدتها في أعمالها.
- ويتم تعيين أعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية، وذلك لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. (المادة 09)

الفرع الأول: الدعوة إلى الانعقاد

يتم دعوة لجنة البنود التعسفية للانعقاد في دورة عادية عن طريق رئيسها، وذلك مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر، ويمكن أن تجتمع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل (المادة 1/13، 2)، ولا تنعقد اللجنة بناء على طلب جمعيات حماية المستهلك فضلا عن أحد المستهلكين، وكذلك المحاكم التي تواجه غالبا مشكلة الشروط التعسفية.

ويكون الانعقاد صحيحا بحضور نصف أعضائها (المادة 3/13)، ومع ذلك يمكن للجنة أن تنعقد دون بلوغ النصاب بعد ثمانية أيام من استدعاء ثان بصفة صحيحة، وتكون مداواتها صحيحة (المادة 4/13)، وتأخذ قراراتها بالأغلبية ويكون صوت الرئيس مرجحا عند تساوي الأصوات.

وفي حالة تغيب عضو عن حضور اجتماعات اللجنة والانقطاع النهائي يعد مستقيلا ويتم استبداله بنفس الأشكال (المادة 10).

الفرع الثاني: مهام لجنة البنود التعسفية (المادة 07)

المهام الممنوحة لهذه اللجنة حسب للمشروع الجزائري ما يلي:

1- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات

الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية (المادة 01/07).

2- يمكن أن تقوم بأي دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود على المستهلكين (المادة 02/07).

3. يمكنها كذلك مباشرة أي عمل آخر يدخل ضمن اختصاصاتها (المادة 03/07).

3- تقوم بإعداد تقرير سنوي عن نشاطها العام يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كليا أو جزئيا بأي وسيلة ملائمة (المادة 03/12).

المطلب الثالث: دور المجلس الوطني لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية

من بين الأجهزة المركزية التي أنشأتها الدولة لتعزيز وتدعيم حماية المستهلكين، المجلس الوطني لحماية المستهلكين، الذي أشارت إليه المادة 24 من القانون 09-03 الصادر في 08 مارس 2009 المحدد للقواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش حيث نصت على: (ينشأ مجلس وطني لحماية المستهلكين، يقوم بإبداء الرأي، واقتراح التدابير التي تساهم في تطوير وترقية سياسات حماية المستهلك).

تحدد تشكيلة المجلس واختصاصاته عن طريق التنظيم). وبخصوص ذلك فقد صدر فعلا المرسوم التنفيذي رقم: 12-355 الذي يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته.¹

الفرع الأول: التعريف بالمجلس واختصاصاته

المجلس الوطني لحماية المستهلكين جهاز استشاري في مجال حماية المستهلكين، يكلف بإبداء رأيه، واقتراح تدابير من شأنها أن تساهم في تطوير وترقية سياسة حماية المستهلك. (المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 12-355).

فلهذا المجلس دور استشاري فهو جهاز ييدي رأيه في المسائل المتعلقة بتحسين الوقاية من المخاطر التي قد تتسبب فيها المنتجات المعروضة في السوق وتحسينها من أجل حماية صحة المستهلكين ومصالحهم المادية والمعنوية، وكذلك ييدي رأيه في مشاريع القوانين والتنظيمات التي يمكن أن يكون لها تأثير على الاستهلاك، واقتراح ما يراه مناسبا لذلك، وإبداء الرأي في البرامج السنوية لمراقبة الجودة وقمع الغش، وإستراتيجية ترقية جودة المنتوجات وحماية المستهلكين، وكذلك برامج ومشاريع المساعدة المقررة لصالح جمعيات المستهلكين، والتدابير الوقائية لضبط السوق،

¹ المرسوم التنفيذي رقم: 12-355 المؤرخ في 16 ذي القعدة 1433 هـ الموافق لـ 02 أكتوبر 2012م، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، ج ر عدد 56، لـ 11 أكتوبر 2012، ص 09، الذي ألغى أحكام المرسوم التنفيذي 92-272 الذي يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته.

وآليات حماية القدرة الشرائية للمستهلكين. مع القيام بجمع المعلومات الخاصة بمجال حماية المستهلكين واستغلالها وتوزيعها. (المادة 22 من نفس المرسوم).

وفي إطار التكفل بالمهام المسندة إليه يمكن للمجلس إنشاء لجان متخصصة دائمة أو مؤقتة. (المادة 14 من نفس المرسوم).

الفرع الثاني: تشكيلة المجلس

يتكون هذا المجلس من 25 عضواً، ممثلين للإدارات التي سيأتي ذكرها بالإضافة عن ممثل عن كل جمعية تعنى بحماية المستهلك على أن تكون مؤسسة قانوناً، ورئيس المجلس ينتخب من ممثلي جمعيات حماية المستهلك الممثلة فيه، والأعضاء الممثلين للإدارات هم:

1- ممثل عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية.

2- ممثل عن وزارة الموارد المائية.

3- ممثل عن وزارة الفلاحة والتنمية الريفية.

4- ممثل عن وزارة التجارة.

5- ممثل عن وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات.

6- ممثل عن وزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

7- ممثل عن وزارة الاتصال.

8- ممثل عن وزارة الصيد البحري والموارد الصيدية.

9- ممثل عن وزارة الطاقة والمناجم.

10- ممثل عن وزارة التضامن الوطني والأسرة.

11- ممثل عن المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرقم.

12- ممثل عن المعهد الوطني للطب البيطري.

13- ممثل عن المركز الوطني لعلم السموم.

14- ممثل عن المعهد الوطني للصحة العمومية.

15- ممثل عن المعهد الوطني لحماية النباتات.

16- ممثل عن المعهد الجزائري للتقييس.

17- ممثل عن المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

18- ممثل عن الديوان الوطني للقياس القانونية.

19- ممثل عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة.

20- ممثل عن الغرفة الوطنية للفلاحة.

21- 05 خمسة خبراء في مجال حماية المستهلك وأمن وجودة المنتجات.

ويمكن المجلس في إطار نشاطاته وبطلب من رئيسه أو من أغلبية أعضائه أن يستعين بأي شخص طبيعي أو معنوي يمكنه أن ينيه في أشغاله نظرا إلى مؤهلاته (المادة 06 من نفس المرسوم)، .

ولهذا المجلس دور هام ويتجسد ذلك من خلال إبداء رأيه في جميع المجالات المتعلقة بحماية المستهلك، لاسيما ما تعلق منها بإبداء الرأي في مجال استبعاد ومحاربة الشروط التعسفية فله الحق كما سبق في أن يبدي رأيه في مشاريع القوانين والتنظيمات المتعلقة بهذا المجال. لكن رأيه يبقى استشاريا فقط يخلو من أي صفة إلزامية، ويعتبر هذا المجلس تابع لوزارة التجارة، حيث يزود بأمانة إدارية وتقنية يديرها أمين عام يعين بموجب قرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك (المادة 15 من نفس المرسوم)، وتسجل نفقات سير المجلس في ميزانية الوزارة المكلفة بحماية المستهلك (المادة 24 من نفس المرسوم)، وبذلك فهو لا يتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، ويبقى دائما تحت وصاية وزارة التجارة.

بخلاف ما جاء به قانون حماية المستهلك المصري لسنة 2006¹ بالنص على إنشاء جهاز حماية المستهلك يهدف إلى حماية المستهلك وصون مصالحه، تكون له الشخصية الاعتبارية العامة، من مهامه وضع الخطط وبرامج العمل لحماية حقوق المستهلك وتعزيزها

¹ قانون حماية المستهلك الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2006 المؤرخ في 19 ماي 2006.

وتنميتها ووسائل تحقيق ذلك، بالإضافة إلى تلقي الشكاوى من المستهلكين والجمعيات والتحقق منها.¹

ويمكنه في هذا الإطار وضع الآليات الكفيلة بتحديد أنواع الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك وكيفية مواجهتها، ويقر هذا الجهاز أفكارا لحماية الطرف المذعن كذلك. والقرارات التي يصدرها الجهاز تطبيقا لهذا القانون نهائية ويكون الطعن فيها أمام محكمة القضاء الإداري.²

لكن هذا الجهاز لم يشكل بعد ووجوده يعتبر وجودا على الورق، والأمر يتطلب الإسراع بتشكيله ليكون له الدور الفعال من خلال قيامه بمراجعة معظم عقود الإذعان خاصة التي تتصل بالحياة اليومية للمستهلك، مثل عقود الكهرباء والماء، وعقود النقل بجميع أنواعه، وعقود التأمين...

¹ المادة 12 من نفس القانون. وهو يتكون من 15 عضوا على النحو التالي: (المادة 13 نفس القانون) رئيس متفرغ من ذوي الخبرة الواسعة باختصاصات الجهاز وأعماله-عضوان يمثلان الوزارة المختصة بالتجارة والصناعة- أحد نواب رئيس مجلس الدولة يتم اختياره طبقا للقانون المنظم لمجلس الدولة- أربعة أعضاء يمثلون الجمعيات يختارهم الوزير المختص بتطبيق أحكام هذا القانون بناء على ترشيح مجالس إدارتها-عضو يمثل الاتحاد النوعي لحماية المستهلك بناء على ترشيح مجالس إدارته-عضو يمثل الاتحاد التعاوني الاستهلاكي المركزي بناء على ترشيح مجلس إدارته- عضو يمثل الاتحاد العام للغرف التجارية وعضو يمثل اتحاد الصناعات المصرية بناء على ترشيح مجالس إدارتهما-ثلاثة أعضاء من ذوي الخبرة.

وتكون مدة العضوية ثلاث سنوات ويجوز تجديدها مرة واحدة ويتضمن قرار التشكيل تعيين للرئيس من بين الأعضاء وتحديد المعاملة المالية لرئيس وأعضاء الجهاز دون التقيد باللوائح والنظم الحكومية عليها في أي قانون آخر.

² المادة 01/21 من نفس القانون.

المطلب الرابع: مواجهة الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية من خلال القواعد

العامّة

إن الشريعة الإسلامية سبقت القانون في إيجاد قواعد لمواجهة الشروط التعسفية، ونلاحظ ذلك في العديد من القواعد الفقهية التي يزخر بها الفقه الإسلامي ومن بينها قاعدة الضرر يزال، فسيقت هذه القاعدة لبيان وجوب إزالة الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع، وقد جعل الفقهاء هذه القاعدة إحدى القواعد الخمس الكبرى المعروفة، ومن ثم بنوا عليها قواعد أخرى.¹

وهناك قواعد عامة أخرى نعالجها فيما يلي:

الفرع الأول: بعض القواعد التي تؤدي إلى الحماية من الشروط التعسفية

أولاً: الرقابة الذاتية

المسلم دائماً يستشعر معية الله عز وجل، وأن الله يراقبه في جميع أعماله في السر والعلانية يقول الله عز وجل: { وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ }.² وقوله تعالى: { إِنَّ اللَّهَ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ }.³ وقوله تعالى: { وَإِنْ تَجَهَّرَ بِالْقَوْلِ فَإِنَّهُ يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى }.⁴

فالمسلم يتعهد نفسه فيلاحظها ويرعاها في الأقوال والأفعال، والنية والسلوك لتستقيم على المنهج السديد والحياة الرشيدة ومن وجوه المراقبة:

. أن يحفظ المسلم تعاليم الله وحدود الإسلام فلا يتعد الحدود، قال تعالى: { تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا }.⁵

¹ مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 1989م، ص 179.

² سورة الحديد، الآية 04.

³ سورة آل عمران، الآية 05.

⁴ سورة طه، الآية 07.

⁵ سورة آل عمران، الآية 05.

. مراقبة المسلم لأعمال الطاعة التي يقوم بها فيلاحظها ويتابعها ليتقنها حتى لا يقع في المخالفة.
كذلك الابتعاد عن الغش بجميع أنواعه المختلفة، فبعض الناس يتهاونون في ذلك، ويعتبرون الغش في المعاملة من باب الحذق والذكاء في التجارة والعقود مع أن النبي ﷺ تبرأ من الإنسان الذي يغش غيره.

. وكذلك الابتعاد عن الكذب وهو من الذنوب العظيمة.

فحين يستشعر المسلم بأنه لن يستطيع الإفلات من رقابة الله، حتى لو تمكن من الإفلات من رقابة السلطة، فإن ذلك في حد ذاته أكبر ضمان لسلامة السلوك الاجتماعي وعدم انحراف النشاط الاقتصادي.¹

وينبغي على كل من يزاول مهنة التجارة أن يتعلم فقه المعاملات، لكي لا يقع في المحظورات الشرعية دون شعور بذلك، فقد وجب على كل تاجر أن يتعلم فقهها، وقد أثر عن عمر رضي الله عنه قوله: (لا يبيع في سوقنا، إلا من يفقه، وإلا أكل الربا، شاء أم أبي).

يقول تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ... }².

وقال عز من قائل: { وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ... }³.

أي لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا القمار والخداع والغصب ووجد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكة، أو حرمة الشريعة وإن طابت به نفس مالكة، كمهر البغي، وحلوان الكاهن وأثمان الخمر والخنازير وغير ذلك.⁴

¹ محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 57.

² سورة النساء، آية رقم 29.

³ سورة البقرة، آية رقم 188.

⁴ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، (225/02). ومحمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير، المرجع السابق، (235/1).

وقال ﷺ: « يا معشر التجار». فاستجابوا لرسول الله ﷺ، ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه، فقال: « إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا، إلا من اتقى الله وبر وصدق».¹

وقد سئل رسول الله ﷺ أي الكسب أطيب وأفضل؟ قال: « عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور».²

ثانيا: التربية الصحيحة

يعتمد الإسلام في قيادته لأفراده ومجتمعاته على التربية الإسلامية الصحيحة، باعتبارها سلاحا فعالا في محاربة كل الجرائم، ومنها الجرائم الاقتصادية، فالإسلام يعتمد في حماية المستهلك في جانبها الوقائي على عقيدة الفرد والتزامه بتعاليم دينه الحنيف، ويولي ذلك قيام ولي الأمر بتنفيذ هذه التعاليم في المجتمع، ومتابعة تنفيذ الأفراد لها.³

ولذلك وجب على الأمة أن تعلم أبناءها تعاليم دينها الصحيح عقيدة ومعاملة وخلقا.

ثالثا: الصدق في المعاملات والوفاء بالعهود

في مقدمة قيم التبادل: الصدق رأس أخلاق الإيمان، وأبرز خصائص المؤمنين، بل خصائص النبيين، وبغيره لا يقوم دين، ولا تستقر دنيا ورأسه الكذب رأس شعب النفاق، وخصال المنافقين، وآفة الأسواق التجارية في عالمنا، فأكثر ما يشوه التجارة: الكذب والتزييف، ولبس الحق بالباطل، سواء كان كذبا قي بيان مزايا السلعة، وتفضيلها على غيرها، أم في الإخبار عن سعر شرائها...⁴

¹ الترمذي، الجامع الكبير، أبواب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، رقم الحديث: 1210، (499/2). وقال هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب التوقي في التجار، رقم الحديث: 2146، (514/3)، والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب كراهية اليمين في البيع، رقم الحديث: 10413، (436/5).

² البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب إباحة التجارة، رقم الحديث: 10397، (463/5).

³ محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 56.

⁴ يوسف القرضاوي، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1422هـ/2002م، ص 286.

يقول تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ} ¹.

وقال عليه الصلاة والسلام: «التاجر الصدوق الأمين، مع النبيين والصديقين والشهداء» ².

وقال أيضا ﷺ: «إن الصدق يهدي إلى البر، وإن البر يهدي إلى الجنة، وإن الرجل ليصدق حتى يكون صديقا، وإن الكذب يهدي إلى الفجور، وإن الفجور يهدي إلى النار، وإن الرجل ليكذب حتى يكتب عند الله كذابا» ³.

فالإنسان الذي يريد أن يوفقه الله سبحانه وتعالى إلى أعمال البر وكثرة الخير عليه أن يتحرى الصدق في أقواله وفي أفعاله وفي نيته، فالبر من نتائج الصدق، وصاحب البر يهديه بره إلى الجنة والجنة غاية كل مطلب.

وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أئتمن خان» ⁴.

رابعاً: النصيحة

وما يكمل قيمة الصدق والأمانة ويؤكددها هنا أن يجب الخير والمنفعة للآخرين، كما يجبها لنفسه، ويبين لهم ما في السلعة من عيوب خفية يعرفها هو، ولكن المشتري لا يستطيع أن يبصرها

5 ...

¹ سورة التوبة، آية رقم 119.

² الترمذي، الجامع الكبير، أبواب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، رقم الحديث: 1209، (498/2). وقال حديث حسن.

³ حديث متفق عليه، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البر والصلة، باب قول الله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ} وما ينهى عن الكذب، (109/4). مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب قبح الكذب وحسن الصدق وفضله، (29/8). الترمذي، الجامع الكبير، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في الصدق والكذب، رقم الحديث: 1971، (516/3).

⁴ سبق تخريجه. ص 16.

⁵ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 286.

عن عقبه بن عامر الجهني قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «المسلم أخو المسلم، ولا يجل لمسلم إن باع من أخيه بيعة أن لا يبينه له»¹.

وعن تميم الداري أن النبي ﷺ قال: «الدين النصيحة»، قلنا لمن؟ قال: «لله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم»².

خامسا: تنظيم الدولة لمجال التجارة

القطاع التجاري من أحوج القطاعات إلى التنظيم، لكونه قطاع علاقات: أي علاقة التاجر بالمنتجين، والمصدرين، في الداخل والخارج، وعلاقته بالأجراء، والعاملين، وعلاقته بالمستهلكين، وعلاقته بالجهات الرسمية، وعلاقته بجهات التوريد والنقل...

والأصل في وضع التنظيمات الإباحة، وقد يترقى إلى الاستحباب أو الوجوب، بحسب الظروف والأحوال، ويستعان في وضعها بأهل الخبرة والضبط، ويرى محمد سليمان الأشقر لوضع التنظيمات أربعة ضوابط:³

الضابط الأول: أن لا تخالف التنظيمات حكما شرعيا، وذلك بأن لا تجيز معاملة محرمة شرعا، إلا في أحوال الضرورات، ولا تمنع أمرا واجبا شرعا، ولا تغفل عن تطبيق أمر أوجبه الشرع يختص بتلك المعاملة والعاملين فيها، وأما المباحات ونحوها فلا مانع من وضع القيود عليها عندما يظهر في التقييد وجه المصلحة.

الضابط الثاني: أن يلتزم بكون الهدف من وضع التنظيم تحقيق المصالح العامة للمجتمع.

الضابط الثالث: أن يكون لدى الواضعين للتنظيم الخبرة والكفاءة لتقدير تلك المصالح وتقدير العواقب المنظورة وغير المنظورة، التي تنتج عن وضع تلك التنظيمات موضع العمل.

¹ سبق تخريجه، ص 205.

² صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، باب بيان أن الدين النصيحة، رقم 55، دار الفكر العربي، بيروت، 1995، (32/2).

³ انظر محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الأسس والقواعد التي تحكم النشاط التجاري في الإسلام، دار الفنائس، الأردن، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998. (142/1).

الضابط الرابع: معرفة ما كان لدى المسلمين من التنظيمات في عصر النبوة والخلافة الراشدة، ثم عبر عصور حضارتهم. واستمداد تركيبة الهيكل التنظيمي منه بعد تطويرها بما يلائم مقتضيات العصر.

الفرع الثاني: دور الحسبة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

أولاً: التعريف بالحسبة

الحسبة الحِسبة بالكسر بمعنى الأجر، واسم من الاحتساب، والاحتساب طلب الأجر.¹ وقد عرفها ابن تيمية بما يلي: (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مما ليس من خصائص الولاية والقضاة وأهل الديوان ونحوهم).² وعرفها الماوردي³: (بأنها أمر بالمعروف إذا تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله).⁴ والحسبة من قواعد الأمور الدينية، وقد كان أئمة الصدر الأول يباشرونها بأنفسهم لعموم صلاحها وحزيل ثوابها.⁵

ثانياً: أدلة مشروعية الحسبة

1. من الكتاب:

الحسبة أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، ومن هنا فإن من يتدبر القرآن الكريم يجد أن هناك عدة آيات تحث على ذلك من بينها:

¹ ابن منظور، المرجع السابق، مادة (ح س ب)، (317/1)، الرازي، المرجع السابق، 57.

² انظر رسالة (الحسبة) لابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (43/28).

³ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، المعروف بالماوردي، الفقيه الشافعي، من مؤلفاته: (الحاوي)، (تفسير القرآن الكريم)، (أدب الدنيا والدين)، (ت450هـ)، [ابن خلّكان، المرجع السابق، (282/3)، شمس الدين محمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1986م. (254/18)]

⁴ الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، الطبعة الأولى، 1409هـ/1989م، ص 315.

⁵ الماوردي، المرجع نفسه، ص 339.

. قوله تعالى: {وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ} .¹

دلّت هذه الآية الكريمة على مشروعية الحسبة، حيث أمر الله عز وجل بأن تكون في الأمة مجموعة أو طائفة من الناس تسند إليهم وظيفة الدعوة إلى الخير والنهي عن المنكر وهو مقتضى مفهوم الحسبة.

. قوله تعالى: {يَا بَنِي آدَمَ اصْبِرُوا وَارْكَبُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَنْتُمْ عَنْ الْمُنْكَرِ وَاصِبُونَ عَلَى مَا أَصَابَكُمْ إِنَّ ذَلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ} .²

وفي هذه الآية أمر الحق تعالى سيدنا لقمان عليه السلام بإقامة الصلاة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بل أكثر من ذلك فقد قرن ذلك بالصبر على ما ينتج من ذلك من أذى.

. قوله تعالى: {كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ} .³

بين سبحانه عز وجل أن هذه الأمة خير الأمم للناس، فهم أنفعهم لهم، وأعظمهم إحساناً إليهم، لأنهم كملوا أمر الناس بالمعروف ونهيه عن المنكر من جهة الصفة والقدر، حيث أمروا بكل معروف، ونهوا عن كل منكر لكل أحد، وأقاموا ذلك بالجهاد في سبيل الله بأنفسهم وأموالهم، وهذا كمال النفع للخلق.⁴

فالإسلام لا يكتفي من الناس أن يصلحوا أنفسهم حتى يعملوا على إصلاح غيرهم سواء كانوا رجالاً أم نساء.

¹ سورة آل عمران، الآية 104.

² سورة المائدة، الآية 78، 79.

³ سورة آل عمران، الآية 110.

⁴ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (72/28).

. قوله تعالى: {لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُدَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوْا وَكَانُوا يَعْتَدُونَ * كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنِ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ} ¹.

فقد دلت هذه الآية على وجوب إقامة الحسبة بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حيث وجبت لعنة الأنبياء والرسل لمن يترك هذا الأمر العظيم، فاقترضى ذلك وجوب إقامة الحسبة، حيث أن اللعن لا يتأتى إلا على شيء واجب، واللعن هو الطرد من الرحمة، ولا يقال بأن ذلك خاص ببني إسرائيل إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ومن ثم فقد مدح الحق تبارك وتعالى أمة من أهل الكتاب لإقامتهم لمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بقوله ². {لَيْسُوا سَوَاءً مِمَّنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ * يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَأُولَئِكَ مِنَ الصَّالِحِينَ} ³.
وهناك عديدة في القرآن الكريم تحت على الدعوة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

2. من السنة النبوية:

كما دلت السنة النبوية الشريفة على وجوب إقامة الحسبة فهناك أحاديث عديدة أمرت بالدعوة إلى المعروف والنهي عن المنكر نذكر منها:
. قول رسول الله ﷺ: « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان» ⁴.

¹ سورة لقمان، الآية 17.

² أسامة السيد عبد السمیع، الحسبة في الإسلام ودورها في حماية المستهلك، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2011، ص21.

³ سورة آل عمران، الآية 113، 114.

⁴ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، وأن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب، (50/1). الترمذي، الجامع الكبير، أبواب الفتن، باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب رقم الحديث: 1172، (34/4)، وقال هذا حديث حسن. وقال هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء في صلاة العيدين، رقم الحديث: 1275، (431/2). وقال إسناده صحيح.

يقول الإمام النووي¹: (ثم أنه قد يتعين كما إذا كان في موضع لا يعلم به إلا هو أو لا يتمكم من إزالته إلا هو، كمن يرى زوجته وأولاده على منكر، أو تقصير في المعروف، قال العلماء رضي الله عنهم: ولا يسقط عن المكلف الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بكونه لا يفيد في ظنه، بل يجب عليه فعله، فإن الذكرى تنفع المؤمنين، وقد قال العلماء: إنه لا يختص الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بأصحاب الولايات، بل ذلك جائز لآحاد المسلمين).²

. وقام أبو بكر فحمد الله وأثنى عليه. ثم قال: يا أيها الناس! إنكم تقرؤون هذه الآية: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسَكُمْ لَا يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ} .³ وإنا سمعنا رسول الله ﷺ يقول: « إن الناس إذا رأوا المنكر لا يغيرونه، أو شك أن يعمهم الله بعقابه ».⁴

فقد دل الحديث على وجوب العمل بالحسبة، وذلك بتغيير المنكر من المسلمين، كما سبق في الحديث الذي قبله، فإن لم يفعلوا ذلك عمهم العقاب جميعا.

. قوله عليه الصلاة والسلام: « والذي نفسي بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقابا منه ثم تدعونه فلا يستجاب لكم ».⁵

وزاد في هذا الحديث على تعميم العذاب عدم استجابة الدعوة.

¹ هو يحيى بن شرف بن حسن أبو زكرياء محي الدين النووي، فقيه شافعي، ولد سنة واحد وثلاثين وستمائة بنوى، وتوفى سنة ست وسبعين وستمائة، من مصنفاته (شرح مسلم) و (تهديب الأسماء واللغات) و (الأذكار) و (شرح المهذب). [تاج الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، المرجع السابق، (395/8)].

² صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، المرجع السابق، (23/2).

³ سورة المائدة، الآية 105.

⁴ الترمذي، الجامع الكبير، أبواب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، رقم الحديث: 1210، (499/2). وقال هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، رقم الحديث: 4005، (481/5). وقال إسناده صحيح.

⁵ الترمذي، الجامع الكبير، أبواب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، رقم الحديث: 2169، (41/4)، وقال هذا حديث حسن.

ثالثا: الإجماع

أجمع علماء الأمة الإسلامية على وجوب الحسبة، فهي فريضة وشعيرة لا قيام للدين إلا بها. وفي هذه الآية قدمت على الصلاة والزكاة: {وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ} ¹.

حكم الحسبة:

قال ابن تيمية: (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يجب على كل أحد بعينه، بل هو على الكفاية، كما دل عليه القرآن). ² ويقول: (وذلك يكون تارة بالقلب وتارة باللسان، وتارة باليد، فأما بالقلب فيجب بكل حال، إذ لا ضرر في فعله، ومن لم يفعله فليس هو بمؤمن). ³ وقال الماوردي: (إن الحسبة فرض كفاية في حق المحتسب المتطوع، وتتعين على المعين بحكم ولايته، وبين الفرق بين المتطوع والمعين؛ حيث أن المعين لا يجوز له الانشغال عنها بحكم الولاية، بينما المتطوع تعد في حقه نفلا وتطوعا، ويجوز له الانشغال عنها بغيرها). ⁴

رابعا: أركان الحسبة

وللحسبة أربعة أركان هي:

¹ سورة التوبة، الآية 71.

² ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (73/28).

³ المرجع نفسه، (74/28).

⁴ الماوردي، المرجع السابق، ص 315.

1. المحتسب: المحتسب هو الشخص الذي يقوم بالاحتساب، أي هو الذي يقوم بإنكار المنكر والأمر بالمعروف، وهو إما أن يكون معيناً من قبل الدولة (والي الحسبة)، أو من يقوم بها دون تعيين ولا تكليف ويعرف بالمتطوع.¹

وشروط المحتسب هي:

. أن يكون مكلفاً: فلا يخفى وجه اشتراطه فإن غير المكلف لا يلزمه أمر.²

. أن يكون مسلماً: اشترط الفقهاء في المحتسب أن يكون مسلماً، ذلك أن الأصل في الحسبة أنها ولاية من الولايات الدينية، ومن ثم فإنه لا يجوز أن يكون للكافر ولاية على المسلم، قال تعالى: **{وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}**.³

يقول الفقهاء: (إن في الأمر والنهي نصرة للدين فلا يكون من أهلها، من هو جاحد لأصل الدين وعدو له).⁴

. أن يكون حراً بالغاً عاقلاً: حيث لا يجوز أن يكون المحتسب عبداً أو صبياً أو مجنوناً، وهذا بالنسبة لوالي الحسبة المكلف، أما المحتسب المتطوع فقد أجاز البعض أن يمارس الحسبة حتى ولو كان صبياً أو عبداً، طالما كان عالماً بما.⁵

فبالنسبة لغير البالغ لا يجري عليه تكليف شرعي ولا يتعلق بقوله عن نفسه حكم فكان من الأولى ألا يتعلق بقوله حكم على غيره.

¹ عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1418هـ/1997م، ص 269. وقد ذكر الماوردي، تسعة أوجه يختلف فيها المتطوع عن المحتسب. منها أن المحتسب فرضه متعين عليه بحكم الولاية وفرضه على غيره داخل في فروض الكفاية، والثاني أن قيام المحتسب به من حقوق تصرفه الذي لا يجوز الانشغال عنه وقيام المتطوع به من نوافل عمله الذي يجوز أن يتشاغل عنه بغيره.. انظر أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ص 315.

² الغزالي، إحياء علوم الدين، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1419هـ/1998م، (421/2).

³ سورة النساء، الآية 141.

⁴ الغزالي، إحياء علوم الدين، المرجع نفسه، (421/2).

⁵ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 48.

وبالنسبة للحرية فإنما اشترطت الحرية في الحسبة لأن نقص العبد من ولاية نفسه يمنع من انعقاد ولايته على غيره، ولأن الرق لما منع من قبول الشهادة كان أولى أن يمنع من انعقاد الولاية.

وأما اشتراط العقل في الحسبة فلأن العقل هو مناط التكليف ولاشترطه في جميع العقود بالإجماع.

. أن يكون المحتسب عدلاً: والمقصود بالعدالة أن يكون الشخص صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم التي حرمها الله متوخياً ما لا يوقعه في الإثم بعيداً من الريب وسوء السمعة مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه، فإذا تكاملت فيه هذه الخصال فهي العدالة التي يجوز بها شهادته وتصح معها ولايته.¹

فقد اعتبرها قوم وقالوا ليس للفاسق أن يحتسب.²

. أن يكون قادراً: وهو أن يكون قادراً على إنكار المنكر وإقرار المعروف غير عاجز على ذلك، فالعاجز لا سلطة عليه على الاحتساب إلا إذا تعلق الأمر بالإنكار القلبي.

. أن يكون عالماً بالأمور الشرعية:³ وعلمه بما يشتمل على أصولها والارتباط بفروعها.

. أن يكون متمتعاً ببعض الخصال الحميدة ومنها:

- على المحتسب أن يتخلى بالصبر في عمله محتسباً أمره إلى الله، و لا يتصور أن يزاول الحسبة شخص يفتقد للصبر قال الله تعالى: {وَكَايِن مِّن نَّبِيٍّ قَاتَلَ مَعَهُ رِيثُونَ كَثِيرٌ فَمَا وَهَنُوا لِمَا أَصَابَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَمَا ضَعُفُوا وَمَا اسْتَكَانُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الصَّابِرِينَ }⁴.

¹ الماوردي، المرجع السابق، ص 89.

² الغزالي، إحياء علوم الدين، المرجع نفسه، (2/421).

³ الماوردي، المرجع السابق، ص 89.

⁴ سورة آل عمران الآية، 146.

. اللين والرفق فعن أنس¹ أن رسول الله ﷺ قال: « ما كان الفحش في شيء قط، إلا شانه، ولا كان الحياء في شيء قط، إلا زانه»² ، وقال رسول الله ﷺ: « من يجرم الرفق يجرم الخير كله »³. وقال رسول الله ﷺ: « ليس المؤمن بالطعان ولا اللعان ولا الفاحش ولا البذيء »⁴.

- أن يكون قدوة صالحة، وذلك أن يجتهد بأن يتناسب فعله مع قوله، ويتساوى حاله في السر والعلانية، قال تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ *كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ }⁵.

- وليس للمحتسب أن يتحسس عن المحظورات ولا أن يهتك الأستار حذرا من الاستتار بها،⁶ لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا... }⁷. وقال النبي ﷺ: « إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث. ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تناجشوا ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا »⁸.

وقوله ﷺ: « أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله، من أصاب من هذه القاذورات

¹ أنس بن مالك بن ضمضم بن زيد بن حرام بن جندب بن عامر بن عدي بن النجار، أمه أم سليم كان مقدم الرسول ﷺ وهو ابن 10 سنين وقيل 8 سنين، (ت 93)، [ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، المرجع السابق، (109/1)، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري المعروف بابن سعد، المرجع السابق، (115/5)].

² تحفة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي ، رقم : كتاب أبواب البر والصلة عن رسول الله ﷺ ، باب ما جاء في الفحش رقم: 2040 ، (94/6). وصحيح سنن النسائي، كتاب البر، باب ما جاء في الفحش والتفحش، رقم: 1971، (368/2).

³ سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في الرفق ، رقم الحديث: 4808، 4809، (256،255/4) .

⁴ الترمذي ، كتاب أبواب البر والصلة عن رسول الله ﷺ ، باب ما جاء في اللعنة، رقم الحديث: 1977، (520/3)، وقال حديث حسن غريب. وصحيح سنن النسائي، كتاب البر، باب ما جاء في التعبير، رقم الحديث: 1977، (370/2).

⁵ سورة الصف الآية، 2، 3.

⁶ الماوردي، المرجع السابق، ص330.

⁷ سورة الحجرات الآية، 12.

⁸ حديث متفق عليه، البخاري، الجامع الصحيح ، كتاب الأدب، باب قول الله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا } ، رقم الحديث: 2066، (103/4، 104). مسلم، الجامع الصحيح ، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناجش وغيرها، (10/8).

شيئا، فليستتر بستر الله، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»¹.

2. المحتسب عليه: هو الشخص الذي يصدر منه فعل المنكر، أو يترك المعروف. ومنهم الأقارب والقضاة وأعوانهم والأمراء ورجال السلطة التنفيذية وأصحاب المهن المختلفة كالحرفين وغيرهم، والاحتساب على غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام من الذميين والمستأمنين.²

3. المحتسب فيه: ويسمى كذلك ما تجري عليه الحسبة، وباعتبار أن الحسبة هي عبارة عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فكل ما يدخل تحت هذه العبارة يكون محلا لها، لذا فإن هذا المجال واسع ولا يمكن حصره، لكن يمكن القول أن الأمور التي تكون محلا للحسبة منها: ما يتصل بحقوق الله، ومنها ما يتعلق بحقوق الناس، ومنها ما يتعلق بالحقوق المشتركة بين الله وعباد.³ وعباد.³

وشروط ما فيه الحسبة ما يلي:⁴

. كونه منكرا، أن يكون محذور الوقوع في الشرع، والمنكر أعم من المعصية.

. أن يكون موجودا في الحال.

. أن يكون المنكر ظاهرا للمحتسب بغير تجسس.

4. الاحتساب : وهي مزاولة الحسبة بالفعل. فعلى المحتسب أن يأمر العامة بالصلوات الخمس في مواقيتها، ويتعهد الأئمة والمؤذنين، ويأمر بالجمعة والجماعات، وبصدق الحديث وأداء الأمانات، وينهى عن المنكرات من الكذب والخيانة، وما يدخل في ذلك من تطفيف المكيال والميزان، والغش في الصناعات والبياعات، والديانات، ونحو ذلك.⁵

¹ مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا، ص 435.

² عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 279.

³ انظر أبو يعلى محمد بن الحسن الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، تعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1403هـ/ 1983 م، ص 287 وما بعدها. والماوردي، المرجع السابق، ص 324 وما بعدها.

⁴ الغزالي، إحياء علوم الدين، المرجع السابق، (2/448 وما بعدها).

⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (28/43 وما بعدها).

ونستطيع أن نشبه الدور الذي تقوم به الحسبة بالدور المنوط بالمجلس الوطني لحماية المستهلكين ومن أهم الأمور التي تقوم بها الحسبة في هذا المجال:

. نهي المحتسب عن المعاملات والبيوع المنهي عنها ومنع أي شرط يؤدي إليها ومنها:

- 1- تجنيب المتعاقدين الوقوع في الربا.
 - 2- حماية المستهلك من التعاقد بعقود الغرر.
 - 3- حماية المستهلك من الغش والخداع.
 - 4- منع كل المعاملات التي تفضي إلى عدم الاستقرار وبعث الريبة بين المتعاقدين.
- . فضلا عن ذلك يقوم المحتسب بتفقد وضعية السوق، ومراقبة المكاييل والموازن.

خلاصة الفصل الثالث:

. تقوم جمعيات حماية المستهلك بالعمل المباشر على حماية مصالح المستهلكين في مواجهة أصحاب المشروعات والمهنيون الذين يعرضون مصالح المستهلكين للخطر، ومن بينها حمايتهم من الشروط التعسفية ولكن هذا الأمر يتطلب وجود وعي قانوني كبير لديها للإحاطة بهذا الموضوع.

. لهذه الجمعيات طرق عديدة في هذا المجال منها التوعية والتحسيس باستعمال كل الطرق المتاحة خاصة منها طرق الاتصال الحديثة كالهاتف والانترنت، وعن جمع المعلومات على المنتج وإذا اقتضى الأمر الدعوة إلى المقاطعة.

. قد تلجأ جمعيات حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني أمام القضاء المختص عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل، وهذه الأضرار ذات أصل مشترك. فتقوم هذه الجمعيات برفع الدعوى من أجل إلغاء مثل هذه الشروط. أو ترفع دعوى تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية.

- تلعب لجنة البنود التعسفية دورا كبيرا في الحماية من الشروط التعسفية وإن كان دورها يعتر استشاريا فقط، فتبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات، كما يمكن أن تقوم بأي دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود على المستهلكين...

- توفر الشريعة الإسلامية من خلال عقيدة الفرد والتزامه بتعاليم دينه الحنيف، وأحكامها المتعلقة بالمعاملات التجارية يعط نوعا من الحماية للمستهلك فهي تحث على الصدق في المعاملة والوفاء بالعهود و إدلاء النصح للمسلمين وهي تنهى عن الكذب والغش والخداع في المعاملات وتحرم الربا والغبن...

وفي نفس الوقت هناك نظام الحسبة الذي يقوم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

الفصل الرابع

ماهية الشروط الجزائية

والشروط التعسفية في عقد التأمين

يعتبر الشرط الجزائي صنف من أصناف الشروط التعسفية فهو يتحول إلى شرط تعسفي عند مبالغة الطرف الآخر في تحديد التعويض، وإذا كان القانون قد أعطى طرفي العقد في وضع الشرط الجزائي الحرية الكاملة، إلا أنه في نفس الوقت منح للقاضي إمكانية مراجعة العقد أو إبطاله وذلك حمايةً للطرف الضعيف في حالة المبالغة في تقديره، ويظهر التعسف عندما يستغل الطرف القوي مركزه الاقتصادي ليفرض الشروط الجزائية المبالغ فيها والمضرة بمصلحة الطرف الآخر الذي لا يملك إلا قبول هذه الشروط دون مفاوضة أو مساومة، و الشروط الجزائية من المفاهيم القانونية المعاصرة التي تستوجب التعريف ومعرفة الطبيعة القانونية لها (المبحث الأول)، كذلك معرفة شروط استحقاقها وكيفية مواجهة التعسف الناجم عنه (المبحث الثاني).

كذلك تعتبر عقود التأمين مجالاً خصباً لوجود الشروط التعسفية، فهو يعتبر عقداً من عقود الإذعان، ويظهر ذلك من خلال عدم تحقق مبدأ التوازن بين مركز المؤمن من جهة ومركز المؤمن له من جهة ثانية، فشركات التأمين هي المتحكمة والمسيطرّة في سوق التأمين مما يجعلها تستفرد بوضع الشروط القاسية التي تنطوي على جانب كبير من الظلم والتعسف، ومخالفة هذه الشروط تؤدي إلى سقوط حق المؤمن له (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التعريف بالشرط الجزائي وطبيعته القانونية

الشرط الجزائي من المفاهيم القانونية المعاصرة، ولا يوجد في الفقه الإسلامي مثل هذا المصطلح، وإنما يكون بحثه من الجانب الفقهي يدل على مرونة الشريعة، وعلى مسابرة الفقه للتطورات المستجدة.

فالشرط الجزائي من أهم النظم القانونية في التشريعات الحديثة ومن بينها القانون الجزائري الذي أطلق عليها مصطلح التعويض الاتفاقي.

المطلب الأول: التعريف بالشرط الجزائي

الفرع الأول: الشرط في الاصطلاح اللغوي والشرعي والقانوني¹

الفرع الثاني: الجزء في الاصطلاح اللغوي والشرعي والقانوني

أولاً: الجزء له في اللغة معان عديدة منها:

1- المكافأة على الشيء: جزاه به وعليه جزاء وجزاه مجازاة وجزاء.

والجزاء يكون ثواباً ويكون عقاباً، قال تعالى: {قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ} ² معناه فما عقوبته.³

قال الفراء⁴: (لا يكون جزئته إلا في الخير وجزئته يكون في الخير والشر)، وغيره يجيز جزئته في الخير والشر وجزئته في الشر).⁵

¹ انظر الصفحة 48 وما بعدها.

² سورة يوسف، الآية: 74.

³ ابن منظور، المرجع السابق، (309/9).

⁴ هو يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي أبو زكرياء المعروف بالفراء، عالم نحوي ولد سنة 144 هـ بالكوفة وتوفي سنة 207 هـ، من أشهر مصنفاته: (المقصود والممدود)، (معاني القرآن)، (المذكر والمؤنث)، (اللغات) [خير الدين الزركلي، المرجع السابق، (145/8)].

⁵ ابن منظور، المرجع السابق، (287/2).

2- القضاء: جرى عني هذا الأمر أي قضى،¹ ومنه قوله تعالى: { وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا وَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا شَفَاعَةٌ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا عَدْلٌ وَلَا هُمْ يُنصَرُونَ }².

ويقال: جزت عنك الشاة، وفي الحديث: « اجعلها مكانها ولن تجزي عن أحد بعدك»³.

ومنه قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ... }⁴. فالجزاء هنا بمعنى القضاء، والأصل: فعليه أن يجزي المقتول من الصيد مثله من النعم.⁵

3- الغناء: أجزأ بالألف والهمز، بمعنى أغنى.⁶

ومنه تأويل قوله تعالى { وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا وَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا شَفَاعَةٌ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا عَدْلٌ وَلَا هُمْ يُنصَرُونَ }⁷ فإنه يعني لا تغنى.⁸
ومنه يقال: رجل ذو غناء وجزاء.⁹

¹ الجوهري، الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1990 م، (2302/6).

² سورة البقرة، الآية 48.

³ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأضاحي، باب وقتها، (76/65). والبخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأضاحي، باب الذبح بعد الصلاة، رقم الحديث: 11، (8/4).

⁴ سورة المائدة، الآية 95.

⁵ أحمد بن يوسف الحلبي، الدر المصون في علوم الكتاب المكنون، تحقيق أحمد الخراط، دار القلم، دمشق، سوريا، د ط، (4/419).

⁶ الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، (100/1).

⁷ سورة البقرة، الآية 48.

⁸ الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق محمود محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، (27/2).

⁹ الفراهيدي، العين، تحقيق عبد الحميد الهنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ-2003م، (240/1).

4- العوض والبدل: فتقدير الكلام في قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ... }¹.
فعليه جزاء في مقابل ما أتلّف وبدل منه.²

ثانياً: الجزاء شرعاً

قال ابن العربي المالكي³: (وعليه يحمل جزاء الأعمال، لأنّه في مقابلتها ثوابا بثواب وعقابا بعقاب ودرجات و دركات).⁴

ويوضح المعنى قوله تعالى: { وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ لِيَجْزِيَ الَّذِينَ أَسَاءُوا بِمَا عَمِلُوا وَيَجْزِيَ الَّذِينَ أَحْسَنُوا بِالْحُسْنَى }⁵ فالمولى ذكر الجزاء في معرض الثواب والعقاب وفي مقابل العمل الحسن والقيح.

قال ابن الجوزي⁶: (لِيَجْزِيَ الَّذِينَ أَسَاءُوا) بمعنى أشركوا و (وَيَجْزِيَ الَّذِينَ أَحْسَنُوا) بمعنى وحدوا والحسنى الجنة. واللام في (لِيَجْزِيَ) متعلقة بمعنى الآية، لأنه إذا كان أعلم بما جاز كلا بما يستحقه وهذه لام العاقبة، وذلك لأنّ علمه بالفريقين أدّى إلى جزائهم باستحقاقهم، وإنّما يقدر على مجازاة الفريقين إذا كان واسع الملك.⁷

¹ سورة المائدة، الآية 95.

² ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، (179/2).

³ هو محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي المالكي (468-543هـ / 1076-1148م)، الحافظ المشهور، خاتمة علماء الأندلس وآخر أئمتها وحفاظها، له مصنفات عديدة منها: (عارضضة الأحوذ في شرح الترمذي)، (أحكام القرآن). [مخلف، الشجرة النور زكية في طبقات المالكية، المرجع السابق، ص 136. ابن خلكان، وفيات الأعيان، المرجع السابق، (4/226)، الذهبي، سير أعلام النبلاء، المرجع السابق (157/20)].

⁴ ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، (180/2).

⁵ سورة النجم، الآية: 31.

⁶ هو جمال الدين، عبد الرحمان بن علي أبو الفرج المعروف بابن الجوزي، الحافظ المفسر ولد سنة تسع أو عشر وخمسائة، وتوفي سنة سبع وتسعين وخمسائة، من أشهر مصنفاته: (تذكرة الأريب)، (الوجوه والنظائر)، (صفة الصفوة)، (المنتظم في التاريخ). [الذهبي، سير أعلام النبلاء، المرجع السابق، (365/21)].

⁷ ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1407هـ/1987م، (234/7).

وهو في الشريعة الإسلامية نوعان:

.جزاء أخروي: ويترتب على مخالفات يتعذر عن لم يكن مستحيلا إثباتها، كجريمة الحسد والنفاق والغيبة والنميمة وغيرها من الجرائم الخلقية مما لا يطرح أمام القضاء.¹
.وجزاء دنيوي: ويترتب على مخالفات يمكن إقامة الدليل عليها ومن شأنها أن تفسد الجماعة، كجريمة القتل والسرقة والزنا والقذف...²

ثالثا: الجزاء قانونا

يعرف الجزاء بأنه القصاص من المخالف للقانون كي يكون عبرة لمن تسول له نفسه سلوك مسلكه.³

والجزاء في القانون يتخذ صورا متعددة باختلاف نوع القاعدة التي وقعت مخالفتها، وسبب هذا الاختلاف أن الجزاء ما هو إلا وسيلة يستهدف بها تحقيق غاية معينة هي ضمان احترام قاعدة القانون.

وعلى أية حال يمكن حصر الجزاء في ثلاث بحسب موقع القاعدة القانونية من فروع القانون المختلفة، وهي الجزاء الجنائي، والجزاء المدني، والجزاء الإداري.⁴

فالجزاء الجنائي، هو أشد صور الجزاء، ويتمثل في عقوبة توقعها السلطة العامة على من يرتكب جريمة من الجرائم التي حددها القانون الجنائي، هذه العقوبة لا يقصد بها إزالة أثر مخالفة القانون من ضرر أو إيذاء، بل هي ترمي إلى تأديب وإيلاء مرتكب الجريمة سواء كانت مخالفة أو جنحة أو جناية بالدرجة التي تردعه، وتحذر غيره من الإقدام على ارتكابها.

¹ انظر محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 39.

² المرجع نفسه، ص 39.

³ جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 23.

⁴ محمود عبد الرحمن محمد، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، دت ط، ص 27. و محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 36 وما بعدها.

أما الجزء المدني وهو الأثر الذي يرتبه القانون على انتهاك إحدى قواعد القانون المدني.¹ وله عدة صور فقد يكون:

1- بالتنفيذ العيني ويقصد به إجبار الفرد على تنفيذ عين الالتزام الذي امتنع عن الوفاء به مختاراً، فإذا رفض المدين تطبيق نص القانون الذي يأمره بتنفيذ ما التزم به عن طواعية واختيار، فإنه يجبر على هذا التنفيذ عن طريق السلطة العامة.²

وتنص المادة 164 من ق م ج على أنه : (يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً).

2- أو التعويض ويتمثل في إلزام مسبب الضرر على دفع مبلغ نقدي إلى المضرور لجبر الضرر الذي لحقه نتيجة مخالفة قاعدة من قواعد القانون المدني³، أو هو جبر الضرر الذي لحق المضرور وإزالته⁴، وهو نوعان: فيكون التعويض جزءاً مباشراً أو أصلياً إذا كان من المستحل جبر الضرر بإزالة آثاره، كما لو دهس شخص بسيارته أحد المارة، فيحكم عليه بالتعويض لأهل المصاب⁵. وقد يكون التعويض جزءاً غير مباشر عندما يكون التنفيذ العيني غير ممكن إلا بتدخل المدين شخصياً، ويكون في إجباره على القيام به مساس بحريته الشخصية⁶، ومثال ذلك تعهد فنان لصاحب المسرح بعرض مسرحية ثم امتنع عن الحضور، فإنه لا يمكن إجباره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً وهو التمثيل، وهنا يتحول التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل حيث يلزم بدفع التعويض عن عدم قيامه بتنفيذ التزامه.

وفي هذا الصدد تنص المادة 176 ق م ج بأنه: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 38.

² انظر محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 29.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 39.

⁴ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 464.

⁵ انظر محمود عبد الرحمن محمد، المرجع نفسه، ص 30.

⁶ انظر المرجع نفسه، ص 30.

عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

3- أو بالإزالة المادية للمخالفة ومثاله ما نصت عليه المادة 709 ق م ج التي تنص: (لا يجوز للجار أن يكون له على جاره له مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين..). فإذا حدث ذلك فإنه عليه سد هذا المطل.

4- أو البطلان وهو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوف شروطه.¹
أو هو الجزاء الذي رتبته القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته.²
5- أو الفسخ وهو الجزاء الذي يترتب عند امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به.³

6- وقد يكون الجزاء يتمثل في عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير، ففي هذه الصورة من صور الجزاءات المدنية يكون التصرف القانوني قد نشأ صحيحا مستكملا لجميع أركانه وشروطه، إلا أن طرفيه لم يقوما بإجراء معين يفرضه القانون، ومثاله ما تنص عليه المادة 241 ق م ج: (لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير إلا إذا رضي به المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ).

أما الجزاء الإداري فيقصد به ذلك الجزاء الذي يترتب في حالة مخالفة موظفي الدولة والعاملين بها للقواعد القانونية التي تكفل السير الحسن بالجهاز الحكومي والمرافق العامة، فالقانون يفرض على الموظفين والعاملين بالدولة واجبات معينة ضمانا لأداء الخدمة المقصودة من الوظيفة أو العمل الحكومي.⁴

وللجزاء بصفة عامة خصائص وهي:

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 317.

² جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 199.

³ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع نفسه، ص 429، وهو ما تنص عليه المادة 119 ق م ج.

⁴ انظر محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 29.

- الجزء القانوني جزء مادي ومحسوس.
- الجزء القانوني جزء حال.
- الجزء القانوني توقعه السلطة العامة.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي في الاصطلاح القانوني

أولاً- في القانون المدني الفرنسي، حيث عرف الشرط الجزائي بتعريفين في المادة 1226 ق م فرنسي حيث نصت : (الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ)¹.

وقد انتقد هذا التعريف نظراً لأنه عام، ولم يشمل إلا حالة واحدة وهي حالة عدم التنفيذ.

وفي المادة 1229 من نفس القانون: (هو تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه جراء

عدم تنفيذ الالتزام).²

أما الثاني فلقد لقي معارضة شديدة من قبل مجتهدى القانون، لأنه قصر التعويض على حالة

وقوع الضرر وهذا يخالف المادة 1150 مدني فرنسي والتي مقتضاها يمكن للمشتتر الحصول

على التعويض المشتتر في حالة الإخلال ولو لم يحصل ضرر.³

ولم يعرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي واكتفى بتنظيم أحكامه عن طريق المواد 183-

187 من القانون المدني دون أن يتطرق إلى تعريفه.

وهذا الأمر ينسحب على كثير من القوانين الأخرى التي أحجمت عن تعريفه واكتفت

بالنص عليه وتنظيم أحكامه ومن بينها القانون المصري والقوانين الأخرى التي تدور في فلكه مثل

¹ نجارى عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، 1983م، ص7.

² المرجع نفسه، ص7.

³ انظر نجارى عبد الله، المرجع السابق، ص7. ومخلوف داودي، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري و أحكام الشريعة الإسلامية. دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1431هـ/2010م، ص21.

القانون السوري والبناني والعراقي والليبي.¹

ثانيا- عند بعض الفقهاء القانونيين،

- عرفه (TOLLIER) توليه بأنه: (ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أدائه مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه).²

- وعرفه قيو (Guiho) بأنه: (اتفاق تبعي للاتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ).³

- وعرفه عبد الباسط جميعي بقوله: (هو اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في تنفيذه).⁴

الملاحظة العامة التي تبدو من تعريفات هؤلاء الفقهاء الغربيين أنهم لم يذكروا الضرر لقيام أحقية الدائن في استحقاق التعويض، وهنا يظهر جليا تأثر هؤلاء ومسايرتهم للجانب الكبير من شراح القانون الروماني الذين نظروا إليه باعتباره جزاء أو عقوبة خاصة (Ponea) مقررة باتفاق الطرفين بمجرد إخلال المدين بالتزامه سواء بعدم تنفيذه أو التأخر في تنفيذه.⁵

¹ محمد مرعي صعب، البند الجزائي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2006م، ص 49.

² نجارى عبد الله، المرجع السابق، ص 14.

³ المرجع نفسه، ص 14.

⁴ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 223.

⁵ أحمد إبراهيم حسن، الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص

ولذلك اعتبر سافيني الشرط الجزائي نظاما عقابيا يهدف إلى إجبار المدين على تنفيذ ما تعهد به تجاه الدائن.¹

- وأشار إليه السنهوري بقوله: (يحدث كثيرا أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدما على تقدير التعويض، فيتفقا على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير، هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي).²

يتضح لأول وهلة من هذا الكلام أنه بيان لأنواع الشرط الجزائي باعتبار موضوعه ويعد أن يكون تعريفا ولعله قصد من عدم تعريفه نظرا لطبيعة الشرط الجزائي الملتبسة والمختلف فيها لدى فقهاء القانون واختلاف أنظارتهم حول تحديد أساسه.³

-وعرف بأنه: (اتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الواجب أدائه إذا أحل المدين بالتزامه بعدم تنفيذه أو بالتأخير في تنفيذه، ويشترط لاعتبار هذا الاتفاق شرطا جزائيا أن يتم قبل الإخلال بالالتزام، ما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر اتفاقا على تعويض مستحق بالفعل).⁴

-وعرف بأنه: (هو مبلغ جزائي يقدر به الطرفان، مقدما، التعويض الذي يستحق لأحدهما عن الضرر الذي يلحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر، ويعتبر اتفاقا يتعلق بالمسؤولية، ويفترض من ثم توافر جميع عناصرها، لأنه لا يعدو أن يكون استبدالا بالتقدير القضائي للتعويض تقديرا اتفاقا له، لا يترتب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانونية).⁵

¹ أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 79.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (2/851).

³ داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 14.

⁴ منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، بيروت، لبنان، 2002، ص 105.

⁵ محمد أبو سعد شتا، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 69.

ولقد وجدت مصطلحات أخرى استعملت بدلا من الشرط الجزائي، (كالتعويض الاتفاقي)، وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة (184)، والقانون المدني المصري في المادة (1/224)¹، وهناك من أطلق عليه (البند الجزائي) كالقانون اللبناني نقلا عن التعبير الفرنسي²، ووجدت أيضا له أسماء مثل (الجزء الاتفاقي)، و(الجزء التعاقدي)، لكن يظل مصطلح الشرط الجزائي أدق المصطلحات، لأن لفظ (الشرط) يشير إلى أن هذا الجزء، أو التعويض، بسبب شرط وضع ضمن شروط العقد، أو في اتفاق لاحق بهذا العقد، ولفظ (جزائي) يشير إلى أن ذلك التعويض جاء جزاء لمخالفة ذلك الشرط.³

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة في عقود توريد البضائع وعقود المقاولات وعقود البيع. كأن يشترط المشتري على البائع دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم المبيع. بل إنه من النادر أن نجد عقدا يتسم بالأهمية لا يتضمن مثل هذا الشرط. وقد يلجأ المتعاقدون إلى الشرط الجزائي لتقدير التعويض بما يجنبهم تدخل القضاء، بالإضافة إلى ما يعنيه ذلك الشرط من إعفاء الدائن من عبء إثبات حصول الضرر، كذلك يفيد الشرط الجزائي في تعديل أحكام المسؤولية. وكأنه في ذلك من شروط تعطيل المسؤولية. بالاتفاق على مبلغ يزيد أو يقل كثيرا عن الضرر المتوقع حصوله.⁴

¹ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م، ص 107.

² صبحي محمضاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1983، ص 469.

³ القره داغي علي محي الدين، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1428 هـ / 2007م، ص 112.

⁴ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 224.

الفرع الرابع: في الاصطلاح الشرعي

- عرفه الزحيلي بأنه: (اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه).¹
- وعرفه أحمد مصطفى الزرقاء بأنه: (تعهد بالضمان المالي جزاء للنكول أو التأخر عن تنفيذ الالتزام).²
- وعرفه شبير بأنه: (اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق، ويشترط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخير عنه فيه).³

¹ وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م، ص245.

² أحمد مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، (765/2).

³ شبير محمد عثمان، صيانة المديونات ومعالجتها في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1418هـ/1998م، (855/2).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

لقد تعددت النظريات الفقهية القانونية حول تحديد طبيعة الشرط الجزائي، وذلك تبعا لاختلاف أنظار رجال الفقه القانوني، فقد كان كل فريق منهم يرى أن نظريته تعتبر الأساس القانوني للشرط الجزائي.

ويذكر في هذا الإطار النظريات التالية:

أ- نظرية العقوبة الخاصة:

تعود جذور هذه النظرية إلى القانون الروماني الذي كان ينظر إلى الشرط الجزائي على أنه عقوبة حقيقية.¹

ولقد ترتب على هذه الصبغة العقابية للشرط الجزائي عند الرومان نتائج، أنه يتحقق بمجرد إخلال المدين بالتزامه، سواء كان الإخلال راجعا إلى عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وبغض النظر عن توافر شروط استحقاق التعويض أو عدم توافرها، وبغض النظر عن قيام المدين بتنفيذ جزء من الأداء الذي التزم به أو عدم قيامه بالتنفيذ كلية، وبغض النظر عن كون المدين قد تأخر بالوفاء رغم إعداره، أم أن الإعدار لم يحدث أصلا.²

لكن هذه النظرية قد نالها قسط كبير من الانتقادات، وذلك لأن الشرط الجزائي مبني على حرية الإرادة، ولا يمكن أن يضافى على هذه الحرية الإرادية صفة العقوبة، ولذلك رأى البعض أنه هذا الإضفاء العقابي ضد الطبيعة الحقيقية للشرط الجزائي، ومن هنا هبت على هذه النظرية رياح نقد شديدة فاقتلعتها من جذورها.³

ب- نظرية التعويض الاحتمالي:

الشرط الجزائي عند أصحاب هذه النظرية ما هو إلا تقدير مسبق للتعويض المحتمل نتيجة

¹ أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 18.

² المرجع نفسه، ص 70 وما بعدها.

³ القره داغي علي محي الدين، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص 112.

عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه.

ولقد تبنى هذه النظرية بعض شراح القانون الروماني مثل: (azon)، و(dumoulin)، و(porhie) الذين اعتبر وأن الشرط الجزائي ليس إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام الأصلي، والذي يعد الشرط الجزائي تابعا له، فالشرط الجزائي في جوهره، بالنسبة لهم ليس إلا تقدير جزائي لتعويض الأضرار التي يمكن أن تنشأ من عدم تنفيذ أو التأخر في عدم تنفيذ الالتزام.¹

وقد رتب أنصار هذا الرأي النتائج المنطقية المترتبة على تلك الفكرة، فطبقوا على الشرط الجزائي جميع القواعد التي تطبق على تعويض الأضرار من حيث الإعدار، وتحقق وقوع الضرر، وخطأ المدين.²

ولقد أورد المعارضون لهذه النظرية تحفظات من ذلك أنها تلغي الحكمة التي من أجلها وضع الشرط الجزائي في العقد، وتهدم احترام الإرادة التعاقدية.³

ج- نظرية الاتفاق:

تذهب هذه النظرية إلى أن الشرط الجزائي أساسه إرادة العاقدين واتفاقهما على التعويض المستحق في حال عدم الالتزام أو التأخر فيه.

فالشرط الجزائي حسب هذه النظرية يلزم المدين بدفع الشرط الجزائي المتفق عليه، دون أن يلتزم الدائن ببيان الضرر أو بيان مقداره، وذلك نتيجة منطقية لهذه النظرية.⁴

وعلى هذا فمن نتائجها، أنه لا يمكن للمدين أن يطلب تخفيض الشرط الجزائي إذا كان أكبر من الضرر، كما لا يمكنه طلب إلغاءه في حالة انعدام الضرر كما لا يمكن للدائن طلب رفع

¹ أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص76.

² المرجع نفسه، ص76.

³ القره داغي، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، المرجع نفسه، ص113.

⁴ المرجع نفسه، ص113.

مبلغ الشرط الجزائي إذا كان أقل من الضرر الواقع فعلا.¹

وانتقدت هذه النظرية بأنها تركز على مبدأ سلطان الإرادة الذي يخول الأفراد أن ينشئوا من العقود ويرتبوا من الالتزامات على أنفسهم ما يريدون، ما لم يخالف النظام العام أو الآداب.² وهذا المبدأ لم يعد في معظم التشريعات الوضعية أساسا صالحا لكل عقد، بعدما شكل التمسك الحرفي به قدرا من المساوىء والمظالم مما استدعى إطلاق يد القاضي في كثير من العقود ليحقق التوازن بين الإدعاءات.³

د- النظرية المركبة:

يقول مؤيدو هذه النظرية بأن الأساس الصحيح للشرط الجزائي يكمن في كونه تعويضا له بعض آثار العقوبة، لأنه لو كان عقوبة محضة، فإنه لا يستحق على المدين إلا إذا كان مخطئا، لأن الهدف من العقوبة إجبار المدين على تنفيذ التزاماته ولو كان تقديرا للتعويض الاحتمالي، فإن خطأ المدين قد لا يؤخذ في الاعتبار، إذ أن المدين قد يتحمل مخاطر العقد بتعهده بدفع التعويض ولو لم يكن مخطئا.⁴

إن هذه النظرية تقر بالتعويض من خلال افتراض الخطأ كشرط لترتب المسؤولية ومن خلال استحقاق الشرط الجزائي بوقوع الضرر أو عدم استحقاقه إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.

كما أنها تقر العقوبة من خلال إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي لحقه ليحكم به، وإلقاء عبء إثباته على المدين ليتخلص من الحكم عليه به.⁵

¹ عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مخطوطة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م، ص 83.

² عبد المحسن سعد الرويشد، المرجع السابق، ص 87.

³ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 115.

⁴ عبد المحسن سعد الرويشد، المرجع نفسه، ص 87.

⁵ المرجع نفسه، ص 87.

أما عن موقف القانون الجزائري من هذه النظريات الفقهية

فيلاحظ من خلال النصوص المنظمة لأحكام الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري أن فكرة التعويض هي المهيمنة على أحكام الشرط الجزائي، مستبعدة بذلك فكرة العقوبة التي ينظرمتبنوها إلى الشرط الجزائي على أنه جزاء خاص أو عقوبة خاصة مبتوت الصلة بنظام التعويض.¹

فلقد أضفى المشرع الجزائري طابع التعويض على الشرط الجزائي بالنص على شرط وجود الضرر لاستحقاق التعويض، وجواز تدخل القاضي لتعديل مبلغ التعويض، حيث قضت المادة 184 من القانون المدني الجزائري على أنه: (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر).

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه).

وكذلك ما اقتضته المواد 176-177-181-183 من القانون المدني التي أخضعت الشرط الجزائي لقيود وأحكام التعويض.

¹ داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 47.

المطلب الثالث: خصائص الشرط الجزائي وتمييزه عن أنظمة قانونية مشابهة له

الفرع الأول: خصائص الشرط الجزائي

01- الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض

الشرط الجزائي منشأه الاتفاق وهذا ما نصت عليه المادة 183 ق م ج: (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق....). فموجب هذا النص أعطى المشرع الجزائري الحرية للأطراف في اشتراط الشرط الجزائي، وتقدير قيمته، ولكن مع مراعاة أحكام المواد 176-181 من نفس القانون التي أحضعت الشرط الجزائي لقواعد التعويض، وأعطت للقاضي سلطة التدخل لتعديل قيمة الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان حتى يتناسب نسبيا حجم التعويض مع حجم الضرر.¹

2- الشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي

الهدف من وراء اشتراط الشرط الجزائي كما نصت على ذلك المادة 183 ق م ج هو تقدير التعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزامه أو التأخر فيه، وهو ما يعني أن الشرط الجزائي لا ينشأ بصفة مستقلة، بل بالتبعية للالتزام أصلي، فالتزام المدين بالشرط الجزائي هو التزم تابع للالتزام الأصلي الذي قد يكون مصدره العقد أو غيره من مصادر الالتزام.²

وهذه الخاصية يترتب عليها نتائج هي كالاتي:

1. العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي: الشرط الجزائي لا ينشأ التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الأصلي بدليل أن المدين لا يتمسك إلا بالالتزام الأصلي لينفذه المدين مادام ممكنا، وعلى هذا فهو ليس بالتزام تخيري، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي مادام هذا ممكنا،

1 داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 47.

2 نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002م، ص 81.

ولأن المدين هو أيضا لا يملك هذا الخيار، بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك، والشروط الجزائي ليس بالالتزام بدلي، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي.¹

2. بطلان الالتزام الأصلي يستلزم بطلان الشرط الجزائي دون العكس:

تعتبر هذه النتيجة من أظهر نتائج تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي، وهنا وجب التفريق بين أثر بطلان الالتزام الأصلي على الشرط الجزائي والأثر المعاكس أي: أثر بطلان الشرط الجزائي على الالتزام الأصلي.

أ- أثر بطلان الالتزام الأصلي على الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي ما هو إلا التزام تبعي فمصيره هو مصير الالتزام الأصلي، فإذا كان هذا الأخير باطلا استتبع بطلان الشرط الجزائي كقاعدة عامة إلا أن القانون الفرنسي نص على ذلك صراحة في المادة 1227 ق م فرنسي التي تنص: (بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي).²

أما في القانون الجزائري فإن الحكم معمول به دون نص لكونه قاعدة عامة- كما أسلفنا- معلومة من القوانين بالضرورة.

والأمثلة على ذلك كثيرة فمن ذلك إذا عقد الالتزام من غير ذي أهلية أو غير ذي صفة أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغا معيناً كشرط جزائي، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلا.³

وقد عرفت هذه القاعدة في القانون الجزائري استثناء أي: أن الشرط الجزائي يبقى صحيحاً رغم بطلان الالتزام الأصلي وذلك في حالة بيع ملك الغير والذي يكون من نتائجه بطلان البيع

¹ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، آثار الالتزام نتائجه وتوابعه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003 م، ص 126.

² محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 99.

³ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (2/862).

وبالتبعية ينشأ للمشتري الحق في طلب التعويض عند استحقاق البيع في يده،¹ وهذا طبقا للمادة 399 ق م ج التي تنص: (إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية).

والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي هنا ليس تابعا لالتزام باطل نشأ عن ملك الغير، وإلا كان الشرط الجزائي ذاته باطلا أيضا، وإنما هو تابع لالتزام نشأ عن مسؤولية البائع لملك غيره، وهي مسؤولية تقصيرية قائمة، فيقوم معها الشرط الجزائي.²

ب- أثر بطلان الشرط الجزائي على الالتزام الأصلي:

بطلان الشرط الجزائي لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي، وذلك لأن مصير الأصل لا يتعلق بمصير التابع، وإن انعدام التابع لا يفضي إلى انعدام المتبوع ومثال ذلك أن يشترط الدائن المرتهن على المدين أنه إذا لم يوفه حقه عند حلول أجل الدين، يبيع العين المرهونة أو يتملكها دون إتباع الإجراءات المقدرة قانونا، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا رغم صحة الالتزام الأصلي.³

كما يترتب عن كون الالتزام بالشرط الجزائي التزاما تابعا أن الدائن إذا اختار عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي سقط الالتزام الأصلي وسقط الشرط الجزائي وتحدد التعويضات في هذه الحالة حسب تقدير القاضي استنادا إلى القواعد العامة، إلا إذا كان الشرط الجزائي قد أريد به مواجهة الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة هذا الفسخ.⁴

¹ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 54.

² الشهاوي، المرجع السابق، ص 126.

³ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 100.

⁴ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، دار الكتاب الحديث،

الجزائر، 2004 م، ص 81.

3- الشرط الجزائي طريق احتياطي

لقد تقرر سابقا أن الشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي لكونه تعويضا اتفاقيا يستحق في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، لأن الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا وهنا تظهر الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي التي يترتب عليها أنه لا يحكم بالشرط الجزائي إلا إذا استحال التنفيذ العيني وعليه فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي مادام تنفيذه ممكنا، كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي.¹

ولقد قرر هذه الصفة الاحتياطية المشرع الجزائري من إحالة المادة 186 ق م ج للمادة 176 من نفس القانون حيث نصت : (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتعويض)، وهنا المشرع الجزائري ساير المبدأ العام القاضي بالأصل في التنفيذ أن يكون عينيا، وينبني على ذلك أن الشرط الجزائي لا يعتبر التزاما تخييريا فالدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما، ولا هو بالتزام بدلي، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي.²

لقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم إضفاء الصفة الاحتياطية والصفة التبعية على الشرط الجزائي فأعطوا للدائن حرية الاختيار والجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي، واستدلوا ببعض القوانين التي نصت على ذلك، فمن ذلك القانون الألماني في المادة 340 مدني الذي أجاز للدائن المطالبة بالشرط الجزائي حتى ولو كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن بشرط التنازل عنه.

وفي قانون الالتزامات السويسري في نص المادة 160 حيث أعطت للأطراف المتعاقدة حرية الاتفاق والاختيار بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي، وهم بهذا قضوا على أهم خاصية من

¹ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص83.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع سابق، (2/861).

خصائص الشرط الجزائي وهي اعتباره التزاما تابعا.¹

الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة له

أولا: الشرط الجزائي والعربون

العربون هو: (مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، على حساب تنفيذه، أو دلالة على إتمام العقد).²

قد يكون الغرض من دفع العربون إما الاحتفاظ لكل من الطرفين بحق العدول عن العقد، أو أنه يكون القصد منه تأكيد انعقاد العقد، وقد أخذت معظم القوانين العربية بدلالة العدول، كالقانون المصري والليبي والسوري، بينما أخذت بعض القوانين بدلالة البتات، كالقانون العراقي، والتونسي، والمغربي.³

أما القانون المدني الجزائري فقد نص في المادة 72 مكرر: (يمنح العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك، فإذا عدل عن دفع العربون فقدته، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر).

ويتبين من نص هذه المادة أن القانون الجزائري أخذ بدلالة العدول وهو ما عليه القوانين اللاتينية وخاصة القانون الفرنسي، وأغلب القوانين العربية التي ترى في العربون أن المتعاقدين قصدا به اشتراط الكل منهما حق العدول عن العقد في مقابل ترك العربون ممن دفعه أوردّه مضعفا ممن قبضه.⁴

تبيّن مما سبق أنّه قد يقصد بالعربون تأكيد انعقاد العقد، عندئذ يكون العربون جزء من

¹ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص47.

² محمد عبد الله الدليمي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1998م، ص72.

³ المرجع نفسه، ص72.

⁴ فاضلي يوسف، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، د ط، 2007 م، ص62.

المقابل، وفي هذه الحالة لا يختلط العربون بالشروط الجزائي، ولكن قد تكون دلالة العربون هي جواز أن يكون لكل من المتعاقدين الحق في الرجوع عن العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون - وهو ما أخذ به القانون الجزائري ومعظم القوانين العربية واللاتينية كما أسلفنا - فعندئذ قد يتشابه العربون مع الشرط الجزائي حيث قد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض عن العدول عن العقد، كما أن كلا منهما ينشأ بالاتفاق، ولكن هذا التشابه الظاهري يزول عند الوقوف على الفروق بينهما ويظهر ذلك فيما يلي:

1. أنّ العربون هو ثمن للعدول يستحق عند استعمال أحد المتعاقدين لخيار العدول عن العقد، ولذلك فالعربون - في هذه الحالة يستحق ولو لم يترتب عن العدول أية أضرار بالمتعاقدين الآخر، أو كان الضرر أقل من قيمة العربون أو أزيد منه - فالأمر هنا لا يتعلق بخطأ وإنما هو مقابل لاستعمال خيار العدول، أما الشرط الجزائي فهو تقدير اتفاقي لتعويض يستحق عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، ولهذا لا بد من ثبوت أركان استحقاق هذا التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا وقع ضرر للدائن، أما العربون فيستحق بمجرد العدول دون حاجة إلى إثبات ضرر قد لحق بالطرف الآخر.¹

2. العربون لا يجوز تخفيضه، سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقدين الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أو غير مناسب، بل إنه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق الطرف الآخر أي ضرر من العدول عن العقد، أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر.²

3. يمكن تكييف العربون بأنه البديل في التزام بدلي، ففي البيع مع العربون مثلاً، يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي - دفع الثمن

¹ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (864/2). رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص102.

² انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع نفسه، (865/2).

في مقابل أخذ المبيع . إلى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل. أما الشرط الجزائي فتكليفه القانوني هو تكليف التعويض كما قدمنا : لا هو بالتزام تخييري ولا هو بالتزام بدلي. ومن ثم لا يكون المدين حرا . بخلاف المشتري في المثال المتقدم . في العدول عن تنفيذ التزامه الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائي، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي إذا طلب الدائن ذلك.¹

ثانيا: الشرط الجزائي والتهديد المالي

التهديد المالي أو ما يسمى أيضا الغرامة التهديدية عرفها الفقه القانوني بأنها: (مبلغ من المال يحكم القاضي على المدين بدفعه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية وحدة زمنية أخرى يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم عليه به مقترنا بتلك الغرامة التهديدية).² وتظهر فائدة الغرامة التهديدية في الحالات التي يمكن فيها تنفيذ الالتزام بغير تدخل المدين شخصيا، ونظرا لاستحالة الإكراه البدني عليه، فلا تكون هناك وسيلة أخرى مقبولة أفضل من الضغط النفسي على المدين عن تهديده بزيادة المبالغ التي سيحكم بها عليه كلما تأخر في التنفيذ العيني لالتزامه.³

من خلال هذا التعريف تظهر عدة فروق بين الشرط الجزائي والتهديد المالي وذلك فيما يلي:

1. ليس التهديد المالي إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني.⁴
2. التهديد المالي يحكم به القاضي، أما الشرط الجزائي فهو اتفاق بين طرفي العقد.⁵

¹ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (2/865).

² محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002م، ص 398.

³ المرجع نفسه، ص 398.

⁴ الشهاوي، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 136.

⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 103.

3. التهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقياس الضرر، وإنما يقصد بها لتغلب على عناد المدين، فينظر إلى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط، أما الشرط الجزائي فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر.¹

4. التهديد المالي حكم وقفي تهديدي، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي، ويترتب على ذلك أنه يخضع تقديرها مطلقا لتقدير القاضي، فإذا لم يصب الدائن أي ضرر من التأخر في التنفيذ فلا يحكم بالتعويض، وكذلك الحال إذا رأى القاضي إن المدين لم يكن متعنتا في تأخير التنفيذ،² أما الشرط الجزائي فليس بوقفي ولا تهديدي، وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله. وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائي للمبالغة في التقدير، إلا أن الأصل فيه عدم التخفيض. أما التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض، لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقي، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائي.³

5. التهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه، أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضا عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، فإذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادة باعتباره مبلغا مقطوعا.⁴

ثالثا: الشرط الجزائي والشرط المقيّد أو المحدد للمسؤولية

قد يتفق الطرفان بموجب الشرط المقيّد أو المحدد للمسؤولية على حد أقصى لمقدار مسؤولية المدين لا يجوز تجاوزه كاشتراط هيئة السكك الحديدية وهيئة البريد على ألا تتجاوز مسؤوليتها بسبب فقد أو ضياع طرد أو رسالة عن مبلغ معين.

وينحصر أثر هذا الشرط المقيّد أو المحدد للمسؤولية في عدم جواز الحكم بأزيد من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه، أما إذا قلّ الضرر عن هذا المبلغ تولّى القاضي تقدير التعويض على

¹ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع نفسه، (866/2).

² محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 47.

³ الشهاوي، المرجع السابق، ص 137.

⁴ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (866/).

أساس مقدار الضرر الفعلي. وهو بذلك يتميز عنه الشرط الجزائي الذي يقدر فيه التعويض تقديرا جزافيا بحيث لا يجوز للقاضي التعديل فيه إلا في الأحوال المبينة في القانون.¹

كذلك يتميز الشرط الجزائي عن الشرط المقيد أو المحدد للمسؤولية من حيث المصلحة، فالشرط الجزائي شرع لمصلحة الدائن، في حين نجد في المقابل أنّ شرط تحديد المسؤولية قد تقرّر لمصلحة المدين وحده، ومن الفروق التي تذكر أنّ عبء إثبات الضرر في شرط تحديد المسؤولية يقع على الدائن بحد أقصى بخلاف الشرط الجزائي الذي يفترض فيه وقوع الضرر بمجرد تحقق واقعة عدم التنفيذ أو التأخر فيه.²

رابعا: الشرط الجزائي والصلح

يتميز الشرط الجزائي عن الصلح، في أن الأول يتم قبل وقوع الضرر، أما الصلح فهو اتفاق الدائن مع المدين على تقدير التعويض بعد وقوع الضرر بالفعل.³

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص104.

² نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص66.

³ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص79-80.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي ومواجهة التعسف الناجم عنه

يتناول هذا المبحث شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي (المطلب الأول)، وكيفية مواجهة التعسف الناجم عن الشروط الجزائية (المطلب الثاني)، ثم سلطة القاضي تجاه الشرط الجزائي في القانون و الفقهاء الإسلامي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

الفرع الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون الجزائري

تنص المادة 182 ق م ج : (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أوفي اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181). ويتبين من النص السالف الذكر أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي، وتكييفه القانوني هو انه التزام تابع لا التزام أصلي.¹

وعلى ذلك فإن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض وهي: الخطأ والضرر والإعذار، حيث نصت المادة 1/184 م ج صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، ولما كان إيراد الشرط الجزائي يؤدي إلى افتراض وقوع الضرر، فإن الدائن يعفى من إثباته، ويقع على المدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أن يثبت ذلك خلافا للقواعد العامة.²

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (854/2).

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص 65.

أولاً: شرط الخطأ

حتى يكون الشرط الجزائي مستحقاً يجب كما في حالة التعويض أن يكون المدين مخطئاً وهذا معنى الإحالة على نص المادة 1/176 مدني جزائري.¹

والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقدياً ... فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين فلا مسؤولية في جانبه، ولا يكون التعويض مستحقاً.²

ويقصد بالخطأ بأنه: (الإخلال بواجب قانوني صادر عن شخص مميز)³ ، وعرف كذلك على أنه: ⁴ (إخلال بالتزام سابق) ومنهم من أضاف أنه: (إخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو عن القانون أو قواعد الأخلاق).

وعرفه محمد صبري السعدي بأنه : (هو الإخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير من شخص مميز، إذ يجب على الشخص أن يلتزم الحيطة والتبصر في سلوكه نحو غيره حتى لا يضر به).⁵

ولقد أخذ التشريع الجزائري، كما يتضح ذلك من المواد 124 و124 مكرر و125 بالمفهوم التقليدي للخطأ الذي يقتضي إلى جانب التعدي توفر عنصر الإدراك لدى الفاعل حتى يسأل.⁶

¹ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 113.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (2/856)

³ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 366.

⁴ علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 53.

⁵ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين مليلة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004م ، ص 28.

⁶ علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المرجع نفسه، ص 56.

ثانيا: شرط الضرر

لا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقا، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة.¹

ويمكن تعريف الضرر بأنه: (الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك).²
وعرف كذلك بأنه: (الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة أو بحق من حقوقه).³

وجاء في المادة 01/184 ق م ج: (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر).

ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائي، بالنسبة إلى وقوع الضرر، لا يخلو من فائدة. فوجود هذا الشرط يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين، ولذلك يفترض وقوع الضرر، ولا يكلف الدائن إثباته، وعلى المدين، إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، أن يثبت ذلك. فعبد إثبات الضرر إذن . خلافا للقواعد العامة . ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي.⁴

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى لو مل يثبت الدائن أن هناك

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (2/ 856).

² السعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، الجزائر، 1982، ص 27، نقلا عن علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 283.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 75.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (2/ 858).

ضررا أصابه، فإن اتفاق الطرفين على شرط جزائي، وتقديرهما مقدما للتعويض المستحق، معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه. المتعاقدين، وقد نصت المادة 1152 من القانون الفرنسي على أنه: (إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغا معيناً من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطي لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل).

ثالثا: شرط العلاقة السببية

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أمر مفترض، إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك، ولهذا لا يطلب من الدائن إثبات وجود علاقة سببية، وإنما على المدين أن ينفي وجود علاقة السببية، وذلك بإقامة الدليل على السبب الأجنبي.¹

وهذا ما جاء في المادة 176 ق م ج التي تنص: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، مال م يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

ولا يستحق الشرط الجزائي إلا في حالة قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرة ولكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض، فلا محل لإعمال الشرط الجزائي.²

رابعا: شرط الإعذار

والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي، في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين.

¹ علي حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، 154.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (2/859).

أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعذار، فإنه لا يشترط.¹ وبذلك لا يكون هناك مجال لإعمال الشرط الجزائي إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في الأحوال التي يجب فيها، وبذلك لا يكون التعويض مستحقا. وهذا ما أكدته المادة 179 ق م ج التي أحالت إليها المادة 183 من نفس القانون و التي تنص: (لا يستحق التعويض إلا بإعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك).² والإعذار هو وضعه قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني، بل لابد من إعذاره.³

الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

أولا: شرط الخطأ

الخطأ عند فقهاء الإسلام له مدلول يختلف عن مدلوله عند القانونيين، وإنما يعبرون عنه . في الغالب . بلفظ (التعدي) . وقد يعبرون عنه أحيانا بألفاظ أخرى، كالتقصير والإهمال، والتفريط، وعدم التحرز أو الاحتياط.⁴ و يتحقق الخطأ إذا أحل الملتزم بالشرط الجزائي بالتزامه، إما بعد تنفيذ الالتزام، أو التأخير في التنفيذ، أو بتنفيذ الالتزام تنفيذا معيبا، أو تنفيذا جزئيا وغير ذلك مما فيه إخلال بالالتزام ما لم

¹ المرجع نفسه، (2/ 859).

² قد يتفق الأطراف المتعاقدة على الإعفاء من الإعذار حسب ما جاء في المادة 180 ق م ج، و المشرع الجزائري قد نص على حالات يعفى فيها من الإعذار وهو ما جاء في المادة 181 ق م ج: (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين،
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر،
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك،
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه).

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، (2/ 830).

⁴ محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 47.

يكن أمرا خارجا عن إرادته.¹

ثانيا: شرط الضرر

الضرر هو: (كل أذى يلحق الشخص سواء كان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أو

عرض مصون).²

ثالثا: شرط العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

في الفقه الإسلامي لا تنتهض المسؤولية أو يحكم بالتضمنين إلا بعد تحقق العلاقة بين الفعل الضار ونتيجته من الضرر، عن طريق المباشرة أو التسبب.³

ويقصد بالعلاقة (التلازم) الذي لا انفكاك له بين السبب، وهو الفعل الضار على وجه التعدي وبين ما أدى إليه من نتيجة وهي الضرر، أو بين العلة ومعلولها عند انتفاء المانع، وهذا التلازم هو ما يطلق عليه الإفضاء.⁴

وبناء على ذلك فلكي يكون الشرط الجزائي مستحقا لابد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر بمعنى أن يكون الضرر بسبب الخطأ، وذلك بأن يكون الضرر نتيجة طبيعية لإحلال المدين بالتزامه، إما بعدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير في التنفيذ، أو بتنفيذ الالتزام تنفيذا معيبا، أو لتنفيذه إياه بصورة جزئية، وتنتفي هذه العلاقة بوجود السبب الأجنبي فإذا وجد هذا السبب الأجنبي لا يكون الشرط الجزائي مستحقا كما لو تأخر مقاول في التنفيذ بسبب الأمطار الغزيرة، فهذا سبب أجنبي يعفى المقاول من المسؤولية.⁵

¹ عبد الله بن محمد آل سليمان الشهري ، الشرط الجزائي وتطبيقاته في احكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة الرياض، المرجع السابق، ص190.

² محمد المدني بو ساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1419 هـ / 1999م، ص28.

³ الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص205.

⁴ المرجع نفسه ، ص205.

⁵ الشهري، الشرط الجزائي، المرجع السابق، ص214.

ويمكن أن نجد في الفقه الإسلامي أن هناك ما يقابل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وكثيرا ما يسمى بالآفة السماوية، ثم نجد أن خطأ المضرور أو خطأ الغير، وكثيرا ما يسمى بفعل الأجنبي، له أثر كبير في الضمان.¹

ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإسلامي للآفة السماوية الحريق الغالب، وغرق السفينة، وأمر السلطان، وسقوط الآنية بغير فعل المدين، وانزلاق الحيوان، والبرد والقحط،...²

رابعا: شرط الإعذار

لقد أخذ الفقه الإسلامي بشرط الإعذار كشرط من شروط استحقاق الشرط الجزائي وهذا ما يستفاد من بعض نصوص مشروع القانون المدني الموحد على أساس الفقه الإسلامي، حيث نصت المادة 313 ق م ج: (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على خلاف ذلك).

كما نصت المادة 314 من نفس القانون على كيفية الإعذار حيث جاء فيها: (يكون إعذار المدين بإنذاره كتابة على الوجه المبين في القانون بلزوم تنفيذ التزامه بلا تأخير).
أما المادة (315) منه فقد أشارت إلى الحالات التي يسقط فيها شرط الإعذار حيث نصت: (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية :

- إذا اتفق الطرفان كتابة على تنفيذ الالتزام بمجرد حلول أجله دون حاجة إلى إعذار.
- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.
- إذا كان موضوع الالتزام ردّ شيء تسلمه المدين دون حق وهو عالم بذلك.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (6/124).

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (6/125).

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه).

فمن خلال هذه النصوص من مشروع القانون المدني العربي الموحد على أساس الفقه الإسلامي الذي شارك في صياغته بعض العلماء المعاصرين كالزرقا والضريير، يتبين أن الإعدار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في جميع الأحوال ما لم ينص الاتفاق أو النظام على عدم وجوب ذلك.¹

الفرع الثالث: موازنة بين شروط استحقاق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

1- الظاهر عند المقارنة بين معيار الخطأ وضابطه في كل من الفقه الإسلامي والقانون نجد أنهما يتفقان على أنه معيار موضوعي، فمعيار التعدي في الفقه القانوني هو: الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد مع إدراك الشخص لذلك.²

أما في الفقه الإسلامي فضابط التعدي مرجعه إلى الشرع، ثم إلى عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة أو تعديا في مألوفهم.³

2- من خلال ما سبق تبين أن الخطأ العقدي ركن أساسي لقيام المسؤولية العقدية، ويتمثل هذا الخطأ العقدي في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال أو بغير ذلك،⁴ ويمكن القول في الفقه الإسلامي، كما أمكن القول في الفقه الغربي، بأن المدين إذا لم يقوم بتنفيذ العقد كان هذا هو الخطأ العقدي، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ العقد ناشئا عن عمد أو عن إهماله أو عن فعله.⁵

¹ أحمد مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 341-342. وهو بهذا لا يختلف عن نظام الإعدار في القانون المدني الجزائري.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 28.

³ النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 147.

⁴ فاضلي يوسف، المرجع السابق، ص 144.

⁵ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (98/6).

لكن وقع الاختلاف في الفقه الإسلامي في التعويض عن الخطأ العقدي فذهب بعض الفقهاء إلى أن المسؤولية العقدية في القانون لا تعني ضمان العقد في الفقه الإسلامي، وبالتالي تأخير تنفيذ الالتزام لا يقابل بالتعويض المالي في الفقه الإسلامي، إذ التعويض المالي شرعا، إنما يعني قيام مال بدل مال أتلّف وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض فيه.¹

3- من خلال ما سبق بيانه لتعريف الضرر في كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني نخلص أنّه لا خلاف بينهما في معنى الضرر، فقد سلك كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني نفس المنهج، فضمنوا تعريف الضرر كل ما يتعلق بالمساس بجسم الإنسان أو ماله أو شرفه أو نحو ذلك.²

4- فقهاء القانون المدني قسموا الضرر إلى قسمين (مادي وأدبي)، وجعلوا الضرر المادي شاملا لما يصيب الشخص من أذى على الجسم أو المال فينتقص من ذمته المالية عما كانت عليه قبل ذلك، وجعلوا الضرر الأدبي شاملا لما يصيب الشخص في شعوره وعاطفته ونحو ذلك مما يؤثر في ذمته المالية .

فهذا التقسيم يتشابه إلى حد كبير مع تقسيم العلماء للضرر في الفقه الإسلامي فبالمقارنة بين أنواع الضرر في الفقه القانوني والفقه الإسلامي نجد أنّهما يتشابهان إلى حد كبير، حيث اتفقا الفقهاء إلى تقسيم الضرر إلى ضرر مادي وضرر معنوي.³

5- أن الفقه الإسلامي لم يعرف مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، وسند الفقهاء في ذلك أنه لما كان التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المعادلة، وجب أن يكون الضرر المقابل له ضررا ماليا أي بفقد المال، أما غير المال فلا يقوم بالمال ولا يعوض عنه بالمال.⁴

أما في القانون المدني الجزائري فقد رأينا أنه يختلف عن مسلك الشريعة حيث أوجب

¹ الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص226.

² أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية في الفقه الإسلامي والقانونية الوضعي، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2007 م، ص61.

³ أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص72.

⁴ سلطان أنور، المرجع السابق، ص246.

التعويض . بحكم قاطع . عن الضرر الأدبي وهذا بموجب نص المادة 182 مكرراتي أضافها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم: 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

6- لا يعرف الفقه الإسلامي التعويض عن الضرر المحتمل . شأنه في ذلك شأن الفقه القانوني مع اختلاف بينهم، حيث أن فقهاء الشريعة لا يقولون بالتعويض عن الضرر المحتمل عموماً، وعليه فلا يعرف الفقه الإسلامي ما يسمى بالتعويض عن تفويت الفرصة، لأن الضرر هنا غير متحقق فليس فيه تعويض.¹

لكن وقع التفريق والتمييز في الفقه القانوني بين الضرر المحتمل والضرر المتمثل في تفويت الفرصة فالفرصة وإن كانت أمراً محتملاً ولكن تفويتها أمر محقق فوجب التعويض عنه.²

7- من خلال ما سبق تبين أن حكم عبء إثبات الضرر في القانون الجزائري والذي يقع على المدين يتوافق مع مضمون الفقرة السادسة من قرار المجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر رقم: 109(3/12).³

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص79.

² المرجع نفسه، ص79.

³ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد12، (91/2).

المطلب الثاني: مواجهة التعسف الناجم عن الشروط الجزائية

يعتبر الشرط الجزائي صنف من أصناف الشروط التعسفية نظرا لأن الغلو في تقدير قيمة التعويض المستحق عن تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه لا يمكن للشخص العادي أن يتقبله إلا إذا كان مضطرا أو غير خبير بصيغ التعامل وما تؤدي إليه من نتائج عمليه.¹

فالشرط الجزائي، يتحول إلى شرط تعسفي عند مبالغة الطرف الآخر في تحديد التعويض.²

فلما لاحظ المشرع الفرنسي التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة فيه وخاصة في مجال القروض، تدخل حماية للمتعاقد الضعيف.³

وبينما تعمل الشروط الجزائية لصالح الطرف الأكثر قدرة أو خبرة من المحترفين، فإنها لا تعطي للطرف الضعيف أي مقابل لما يحصل عليه المحترف حينما يتخلف هذا الأخير عن الوفاء بالتزامه أو يتأخر فيه، بل أن المحترف يعتمد بالإضافة إلى ما يضعه من شروط جزائية لمصلحته إلى وضع شروط أخرى لغل يد الطرف الآخر عن طلب فسخ العقد أو عن الدفع بعدم التنفيذ أو عن الامتناع ولو جزئيا عن الوفاء ببعض التزاماته، إذا لم يحترم المحترف التزاماته التعاقدية.

وتتفشى الشروط الجزائية التعسفية بشكل واضح في الصور الحديثة من العقود، فعلى سبيل المثال، قضت محكمة استئناف باريس بأن وضع شروط بتقدير تعويض يساوي قيمة المعدات الجديدة في عقد الإيجار الائتماني (crédit bail) في حالة فسخ العقد من جانب المستأجر، يعد من قبيل الشروط الجزائية المححفة والجائرة التي باتت تتكرر في هذا النمط من العقود.⁴

وقد كان القانون الفرنسي في البداية لا يمنح للقضاء أي سلطة تقديرية لتعديل الشروط

¹ انظر حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 224.

² جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001/2002، ص 65.

³ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 65.

⁴ انظر حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 225.

الجزائية المحففة¹، لأنه تدخل حماية للمتعاقد الضعيف بموجب القانون رقم 75-597 الصادر في 09 جويلية 1975، معترفا للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط التعسفي إذا كان مبالغا فيه أو تافها، وذلك استثناء من مبدأ سلطان الإرادة، فقم بتعديل المادة 1152 بإضافة فقرة ثانية إليها.

وقد منح القانون المدني الجزائري كذلك من جهته القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين وهما:

. إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه.

. وإذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.²

ولقد نصت المادة 02/184 على بطلان كل اتفاق يخالف ذلك، مما يعني تعلق الأحكام بالنظام العام الذي يحرص المشرع على ترسيخه.

كما أجاز من جهة أخرى للقاضي زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.³

¹ حيث تنص المادة 1152 من التقنين الفرنسي بأنه: (لا يجوز للقاضي بأي حجة أن يعطي الطرف الآخر مبلغا أكبر أو أقل من المبلغ الذي تضمنه الاتفاق المسبق على التعويض...). ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على عدم قدرتها على تعديل قيمة الشرط الجزائي في حكمها الصادر في 23 ماي 1940، حيث نقضت حكم محكمة الاستئناف الصادر بخفض مبلغ التعويض الاتفاقي والذي استندت محكمة الاستئناف فيه إلى قواعد العدالة وتوازن العقد، وقد حاول قضاة الموضوع مقاومة هذه الشروط التعسفية ولكن باءت محاولتهم بالفشل حينما تنبه المحترفون إلى أن استخدام القضاء لما تسمح به المادة 1231 من التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي لا يعيقهم عن اشتراط استبعاد العمل بنص هذه المادة لكونها لا تتعلق بالنظام العام، و بالتالي جردت شروط التعاقد القضاء من كل سلطة تقديرية في مواجهة الشروط الجزائية التعسفية. انظر حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 227.

² في المادة 01/184 التي تنص: (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر). ويقابلها المادة 1231 ق م فرنسي والمادة 224 ق م مصري.

³ في المادة 185 التي تنص: (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر منه هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما). ويقابلها المادة 225 ق م مصري. وهكذا يمكن للقاضي أن يتدخل بتعديل مقدار التعويض الاتفاقي بالزيادة حينما يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، كأن يتعمد عدم تنفيذ الالتزام إضرارا بالدائن.

وقد أضاف التقنين المدني الفرنسي فقرة جديدة لنص المادة 1152 بموجب القانون الصادر في: 11 أكتوبر 1985 تجيز للقاضي مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم.¹ وبذلك يكون قد خطا خطوة جديدة في مجال الابتعاد عن المبادئ العامة المرتبطة بسلطان الإرادة والحرية التعاقدية . بل ومن مبادئ عدم جواز الفصل والقضاء في الدعاوى بما لم يطلبه الخصوم . من أجل تحقيق قدر أوفر من الحماية للطرف المغلوب على أمره.²

¹ انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 229. محمد بودالي، المرجع السابق، ص 66.

² انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 229.

المطلب الثالث: سلطة القاضي تجاه الشرط الجزائي في القانون و الفقه الإسلامي

الأصل هو متى توفرت شروط إعمال الشرط الجزائي، أي إصابة الدائن بضرر نتيجة إخلال المدين بالتزامه، تعين على القاضي الحكم بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، بصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع .

لكن استثناء من هذا الأصل العام منح المشرع الجزائري القاضي سلطة خاصة ذات نطاق واسع يمكنه بمقتضاها ممارسة رقابته على الشرط الجزائي ومدى التزام الأفراد بقواعد تقدير التعويض بلا مغالاة أو تعسف. ومؤدى ذلك أنه يستطيع التدخل ليعدل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة حسب الحالة.

الفرع الأول: سلطة القاضي تجاه الشرط الجزائي في القانون الجزائري

أولاً: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

تنص المادة 02/184 ق م ج: (ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه). وهذا النص يتطابق كلياً مع نص المادة 2/224 من القانون المدني المصري وهو يكون بذلك قد سايره فيمنحه للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما: حالة تنفيذ المدين لجزء من التزامه، وحالة المبالغة الكبيرة في تقدير الشرط الجزائي.

1. حالة تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي

إذا كان الشرط الجزائي مشروطاً عن عدم التنفيذ، وكان المدين قد نفذ الالتزام تنفيذاً جزئياً، فإن للقاضي أن ينقص مقدار التعويض إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ الالتزام ولا يشكل هذا التخفيض أي مساس بما اتفق عليه المتعاقدان بل هو احترام لإرادتهما، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على عاتق المدين.¹

¹ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 87.

ويراعى أنه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، فإن التخفيض لا يكون إلى حد التساوي بين المبلغ المحكوم به وقدر الضرر الذي وقع فعلا، وإنما يكون الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي من دون تنفيذ من الالتزام الأصلي، ويحكم بالمبلغ الباقي ولو كانت قيمة الضرر الذي أصاب الدائن تقل فعلا عن هذا المبلغ، إلا إذا كان الفرق يصل إلى الحد الذي يصبح فيه هذا المبلغ، كتعويض عن الضرر الواقع، مبالغا فيه إلى حد كبير، عندئذ يجوز تخفيضه إلى الحد المناسب.¹

وتجدر الإشارة أن هذه الأحكام تنطبق أيضا في حالة الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ، حيث يجوز تخفيضه بنسبة ما نفذ من الالتزام في الميعاد إلى القدر الذي يتناسب مع الجزء الذي تأخر تنفيذه.²

ويلاحظ أن المشرع الجزائري وتبع في ذلك المشرع المصري حيث جعل التخفيض جوازيا للقاضي، وعلى ذلك فقد لا يرى القاضي مبررا لتخفيض الشرط الجزائي، إذا أثبت أن الجزء الذي تم تنفيذه تافها، أو لم يتحقق من التنفيذ الجزئي أي فائدة للدائن.³

2. حالة كون تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة:

الفرض هنا أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي، فلا يوجد إذن سبب خارجي لتخفيض الشرط الجزائي - كما هو الحال في حالة التنفيذ الجزئي - فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائي؟

تنص المادة 02/184 بأنه: (يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين

أنّ التقدير كان مفرطا).⁴

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص109.

² نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص87،88.

³ رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص109.

⁴ أما القانون المدني الفرنسي في المرحلة السابقة لإضافة الفقرة الثانية من المادة 1152 كان المبدأ المكرس بنص هذه المادة

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

تنص المادة 185 ق م ج على ما يلي: (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما).

يتضح من نص هذه المادة أنه إذا تبين أن التعويض المقدر ليس مبالغا فيه بل هو أقل من الضرر الواقع. فإن المحكمة لا يجوز لها زيادته حتى يتساوى مع الضرر، بل تحكم به كما هو وإلا فقد الشرط الجزائي معناه، وبالتالي لا تستجيب لطلب الدائن بزيادته حتى ولو كان الضرر الحقيقي يتجاوز بكثير قيمة الشرط الجزائي، ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة شرط مخفف لمسؤولية المدين، ومثل هذا الاتفاق جائز إعمالا لحكم المادة 178 ق م ج والتي تطابق نص المادة 217 مدني مصري والتي تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم.¹

ولكن يتقيد هذا الحكم إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا بأن أثبت سوء نيته في عدم تنفيذه لالتزامه، أو ارتكب خطأ جسيما فإن القاضي يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في الشرط الجزائي، فإن الدائن باتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم، ولا

يقضي بإلزامية الاتفاق وعدم قابليته لأي تعديل، وبالتالي تكريس مبدأ ثبات الشرط الجزائي، مطبقا بمنتهى الشدة من خلال اجتهاد وفير وثابت، وتبدو هذه الشدة بشكل خاص في القرار الذي ألغى حكما يعتبر أنه بإمكان المحكمة تخفيض البند الجزائي مستندة إلى العدل والخير والعدالة، فمحكمة التمييز الفرنسية هنا تمسكت بحرفية نص المادة 1152 دون ربطه بالمبادئ القانونية الأخرى المكتملة له. أما في المرحلة اللاحقة لإضافة الفقرة الثانية من المادة 1152 مدني فرنسي بموجب القانون الصادر في 1975/10/11م فقد أعطى المشرع الفرنسي القاضي الحق بأن يخفض أو يزيد الجزاء المتفق عليه إذا ظهر بصورة واضحة أنه مبالغ فيه أو تافه وكل اتفاق مخالف يعتبر غير موجود. وأضاف القانون الصادر في 1985/10/11م بأنه يحق للقاضي ممارسة رقابته عفو أي حتى دون طلب من المتقاضين فيعدل في قيمة البند الجزائي وفقا لما يراه مناسباً. انظر مرعي صعب، البند الجزائي، المرجع السابق، ص 366، 367.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 111.

ينبغي أن يحسب في هذا الحساب.¹

ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ الالتزام، وهذا طبقاً للمادة 02/178 ق م ج التي تنص: (غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)، ويترتب على ذلك أنه يجب إعمال الشرط الجزائي كما هو، ولا تجوز زيادته، بالرغم من أن الضرر يزيد عن التعويض المقدر فيه، إذا كان هذا الضرر مرجعه الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه.²

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (878/2).

² نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 91.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تدخل القضاء لتعديل الشرط الجزائي

يمكن إجمال سلطة القضاء لتعديل الشرط الجزائي في حالتين:

أولاً: حالة تخفيض الشرط الجزائي

يقوم القاضي بتخفيض الشرط الجزائي مستعينا بأهل الخبرة، إذا كانت قيمة الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر الواقع، فإن ذلك يعتبر ضرراً لا بد من إزالته تطبيقاً لقاعدة (الضرر يزال)، وتطبيقاً لقواعد العدل والإنصاف التي تقوم عليها المعاملات في الإسلام.¹

ولقد صدرت بهذا الشأن فتوى هيئة كبار العلماء أنه: (إذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو ما لحق من مضرة. ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر).²

أما مجمع الفقه الإسلامي الدولي فقد جاء في الفقرة السابعة من قراره رقم: 109(12/3): (يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه).³

ثانياً: حالة زيادة الشرط الجزائي

إذا كان الشرط الجزائي المتضمن لمقدار التعويض التزاماً ممن أوقع الضرر أثناء العقد، وكان أقل بكثير من الضرر الواقع فإنه يلزم بدفع تعويض جميع الضرر، ولا يبرئ بالشرط الذي ألزم نفسه به من جميع التعويض.⁴

ثالثاً: الأسس الحاكمة في تقدير التعويض:

¹ عبد الله بن محمد المطلق، عقد التوريد، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، العدد 10، 1414هـ/1993م، ص 65.

² هيئة كبار العلماء المسلمين، الشرط الجزائي، دار الآثار، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م، ص 199.

³ مجلة المجمع الفقه الإسلامي، عدد 12، (91/2).

⁴ عبد الله بن محمد المطلق، المرجع السابق، ص 63.

إن القاضي عندما يحكم بصحة الشرط الجزائي لتحقيق شروط استحقاقه لا بد أن يراعي الأسس والمبادئ والقواعد العامة التي تحكم التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي عموماً وهي كالاتي:

. **المماثلة**، فلكي يكون التعويض محققاً للغرض من إيجابه، فلا بد من مراعاة مبدأ المماثلة فيه، وذلك في كل ضرر نشأ تعدياً أو عن تقصير وإهمال.

وعليه فالواجب على القاضي والخبراء مراعاة هذا المبدأ، وذلك بالمساواة بين الضرر والتعويض.¹ ولقد جاءت نصوص كثيرة تراعي مبدأ المماثلة بين التعويض والضرر فمن ذلك قوله ﷺ: « **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** ».²

فبمراعاة هذه القاعدة في التعويض في الفقه الإسلامي يكون الفقه الإسلامي قد خالف مسلك التقنينات ومن بينها التقنين الجزائري التي أعطت للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي على النحو الذي يتناسب مع الضرر دون أن يكون مساوياً له، ومعنى ذلك أنّ التعويض يمكن أن يزيد عن الضرر بالقدر المعقول، ولا يجوز تخفيضه إذا كانت الزيادة فيه لا تنطوي على مبالغة كبيرة.³

. أن التعويض ينصب على الضرر المالي الواقع فعلاً، فلا تعويض على الضرر المعنوي. وهذا ما نص عليه قرار المجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر 1421هـ رقم 109، حيث جاء في الفقرة الخامسة من القرار: (الضرر الذي يجوز التعويض عنه - أي بالشرط الجزائي - يشمل الضرر المالي الفعلي وما لحق لمضور من خسارة حقيقية وما فاته من كسب مؤكد ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي).⁴

¹ محمد مدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1419هـ/1999م، ص263.

² ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب العارية، رقم الحديث: 2400، ص409.

³ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص89.

⁴ مجلة المجمع الفقه الإسلامي، عدد12، (91/2).

المبحث الثالث: الشروط التعسفية في عقد التأمين

يعتبر عقد التأمين من بين أهم العقود التي تحتوي على الشروط التعسفية من خلال ما تفرضه شركات التأمين من شروط، ويتناول هذا المبحث التعريف بعقد التأمين وخصائصه (المطلب الأول)، ويتناول كذلك التراضي في عقد التأمين (المطلب الأول)، ثم أقوال الفقهاء المعاصرين في التأمين (المطلب الثالث)، وبعض الشروط التعسفية في عقد التأمين (المطلب الرابع).

المطلب الأول: التعريف بعقد التأمين وخصائصه

الفرع الأول: في التشريع

من التعارف القانونية للتأمين تعريف القانون المدني الجزائري في مادته 619 بأنه: (هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط، أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن¹). وهو مطابق للتعريف في القانون المدني المصري الجديد في مادته 747.

ولهذا التعريف خصائص عديدة أهمها:

. أنه أبرز العناصر الأساسية لعقد التأمين سواء من حيث الأشخاص (وهم المؤمن والمؤمن له كطرفي عقد التأمين، فضلا عن المستفيد متى كان شخصا آخر غير المؤمن له)، أو من حيث الخطر المؤمن منه، أو القسط الذي يلتزم المؤمن له بدفعه إلى المؤمن كمقابل لقيام المؤمن بتغطية الخطر المؤمن ضده عن طريق العوض المالي الذي يلتزم بدفعه المؤمن عند وقوع الحادث أو تحقق الخطر المحدد بالعقد.²

- كما أنه يمتاز بأنه يتجنب الإشارة إلى الصفة التعويضية لعقد التأمين، إذ ينطبق على تأمين

¹ وفي هذا المعنى انظر المادة 02 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات.

² انظر إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1985، ص44. و خالد جمال أحمد حسن، الوسيط في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1424هـ / 2004م، ص34.

الأضرار، كما أنه ينطبق على تأمين الأشخاص.¹

وبرغم المزايا التي اتسم بها التعريف التشريعي لعقد التأمين وأنه جاء شاملا لجميع العناصر القانونية للتأمين، إلا أنه لم يسلم من بعض العيوب وهي:

- هذا التعريف تجاهل الجانب الفني أو الأسس الفنية لعقد التأمين فلم يتناول من التأمين إلا الجانب القانوني المتمثل في العلاقة القانونية بين المؤمن والمؤمن له، غير أن هذا الجانب القانوني من التأمين في الحقيقة والواقع ليس إلا مظهرا خارجيا لعملية فنية يقوم عليها التأمين، وتتمثل الأسس الفنية لعقد التأمين في التعاون بين المؤمن لهم، والمقاصة بين المخاطر وفقا لقانون الإحصاء.²

وهو بهذا المسلك المعيب صور عقد التأمين وكأنه علاقة فردية تنشأ بين المؤمن ومؤمن له وحيد، يترتب عليها نقل الخطر المؤمن ضده من على عاتق المؤمن له إلى عاتق المؤمن، وبذلك يضحى هذا العقد عقد مراهنة أو مقامرة على تحمل تبعات الخطر عند وقوعه، مما يتنافى مع حقيقة عقد التأمين الذي يعد، وفقا لأسسه الفنية وجوانبه القانونية، عملية جماعية يجتمع فيها عدد غير قليل من راغبي التأمين ضد خطر معين ويدفعون أقساطا دورية لتغطية ما قد يحدث من خسارات في المستقبل عند تحقق هذا الخطر، يتولى فيها المؤمن لهم عن طريق إجراء المقاصة بين المخاطر المتشابهة وفقا لقانون الإحصاء.³

¹ انظر إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1985، ص 44. و خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 34.

² انظر خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 34، 35. و جديدي معراج، المرجع السابق، ص 12، 13.

³ انظر خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 35.

الفرع الثاني: في الفقه القانوني

عرفه هيمار (Hemard) بأنه: (عقد بموجبه يحصل أحد المتعاقدين، وهو المؤمن له، في نظير مقابل يدفعه على تعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير، إذا تحقق خطر معين للمتعاقد الآخر وهو المؤمن، الذي يدخل في عهده مجموعة من هذه الأخطار يجري مقاصة فيما بينها طبقا لقواعد إحصائية).¹ وهذا التعريف قد اتجه إليه معظم فقهاء القانون، وهذا التعريف لم يغفل الإشارة إلى الأسس الفنية لعقد التأمين، إلى جانب إبرازه لجوانبه وعناصره القانونية.

وعرفه زهدي يكن كما يلي: (عملية يحصل أحد الفريقين، وهو المضمون، لقاء دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الفريق الثاني، وهو الضامن، يتعهد بمقتضاه هذا الأخير أداء مبلغ معين، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر ثم يجري المقاصة فيما بينها وفقا لقوانين الإحصاء).²

وعرفه بلانيول (Planiol) بأنه: (عقد يتعهد بمقتضاه شخص، يسمى الضامن، بأن يعوض شخصا آخر، يسمى المضمون، عن مخاطر معينة قد يتعرض لها هذا الأخير مقابل دفع مبلغ من النقود هو القسط الذي يدفعه إلى الضامن).³

وعرفه جوسران بأنه: (عقد بمقتضاه يأخذ الضامن على عاتقه المخاطر التي يتوقعها الفريقان أثناء العقد، والتي لا يرغب المضمون أن تحمل وحده نتائجها النهائية لقاء ما يدفعه هذا الأخير إليه من الأقساط والاشتراك).⁴

وعرفه سيميان (Sumien) بأنه: (اتفاق على تعويض الضرر الحاصل للمؤمن له في حدود الضمان الموعود به من طرف المؤمن).⁵

¹ انظر إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 43 ما يليها. وعبد اللطيف محمود آل محمود، التأمين الاجتماعي في ظل الشريعة الإسلامية، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م، ص 32. وجددي معراج، مدخل إلى دراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2004، ص 11.

² عبد اللطيف محمود آل محمود، المرجع السابق، ص 32.

³ عبد اللطيف محمود آل محمود، المرجع نفسه، ص 32. و جددي معراج، المرجع نفسه، ص 10.

⁴ عبد اللطيف محمود آل محمود، المرجع نفسه، ص 32.

⁵ عبد اللطيف محمود آل محمود، المرجع السابق، ص 32. و جددي معراج، المرجع السابق، ص 10.

الفرع الثالث: خصائص عقد التأمين

يتميز عقد التأمين بخصائص متعددة، يمكن إجمالها في أنه عقد رضائي، وهو عقد معاوضة، ملزم للجانبين، وهو عقد احتمالي، وهو من العقود الزمنية، وهو عقد من عقود الإذعان، وهو عقد مدني أو تجاري بحسب صفة أطرافه، هذا بالإضافة إلى كونه من عقود حسن النية، وتفصيل ذلك كما يلي :

أولاً: عقد التأمين عقد رضائي

لم يتطلب المشرع لإبرام عقد التأمين شكلاً خاصاً يفرغ فيه رضا المتعاقدين، وعلى ذلك يكفي تبادل الإيجاب والقبول لينعقد العقد دون حاجة إلى إفراغ ذلك في أي شكل.¹ ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من الاتفاق على اشتراط الكتابة لانعقاد العقد، وذلك هو ما يجري عليه العمل حيث يشترط المؤمن عادة أن عقد التأمين لا ينعقد إلا بتوقيع وثيقة التأمين، فيصبح العقد في هذه الحالة عقداً شكلياً بموجب هذا الشرط وتصبح وثيقة التأمين ضرورية لانعقاد وليس لمجرد الإثبات، فعقد التأمين ينعقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين، ولا يؤثر في رضائية عقد التأمين اشتراط كتابة العقد، لأن الكتابة في هذه الحالة تكون شرطاً لإثبات العقد وليست ركن من أركان انعقاده .

والمشرع الجزائري يشترط لإبرام عقد التأمين أن يكون مكتوباً ولم يحدد كيفية إفراغ هذه الكتابة في محرر رسمي أو في محرر عرقي، وقد جرى العمل في هذا المجال على أن تفرغ هذه العقود في نماذج معدة ومطبوعة مسبقاً من قبل شركات التأمين.²

وقد يصبح عقد التأمين من العقود العينية إذا اشترط المؤمن على المؤمن له ألا يتم إلا بدفع القسط

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 77.

² ويشترط المشرع الجزائري بأن يتضمن عقد التأمين بعض البيانات: كاسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهم، والشيء المؤمن عليه، ونوع الأخطر المضمونة، وتاريخ إبرام العقد ... بالإضافة إلى توقيع الأطراف المتعاقدة، انظر المادة 07 من = الأمر 07-95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006.

الأول، وهذا كذلك لا يؤثر على رضائية العقد، لأنه يعتبر شرط من شروط نفاذه، وليس شرطا من شروط انعقاده.

ثانيا : عقد التأمين من عقود المعاوضة

وذلك أن كل طرف يأخذ مقابلا لما يعطيه، فالمؤمن يتحمل الخطر مقابل الأقساط التي يدفعها المؤمن له، والمؤمن له يحصل على مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه مقابل الأقساط التي يدفعها.

ولا ينفي عن عقد التأمين صفة المعاوضة عدم تحقق الخطر أحيانا كما لو أن المؤمن له دفع الأقساط وانتهت مدة العقد ولم يحدث الخطر المؤمن منه، وبالتالي فإنه قد لا يحصل على مقابل الأقساط التي دفعها، ففي هذه الحالة أيضا يكون المؤمن قد أعطى للمؤمن له الأمان والاطمئنان طوال مدة العقد مقابل ما حصل عليه من أقساط.¹

كما لا ينفي عن هذا العقد كونه من عقود المعاوضة بالنسبة للمؤمن له الذي يلتزم بدفع الأقساط أنه قد يعين مستفيدا من التأمين تعود إليه الفائدة من التأمين.

ثالثا : عقد التأمين من العقود الاحتمالية

بمعنى أن ينصب على موضوع أو محل ما لم يكن موجودا وقت إبرام العقد.² وعقد التأمين عقد احتمالي، ذلك أن مقدار التزامه أو كسب كلا المتعاقدين معلق على أمر غير محقق الوقوع، وهو الخطر المؤمن منه، فالمؤمن له لا يعلم وقت العقد مقدار ما يحققه من كسب من هذا العقد، وكذلك المؤمن فإن مقدار التزامه بدفع مبلغ التأمين وما سيحصل عليه من أقساط مقابل ذلك أمر غير معلوم ومتوقف على تحقق الخطر أو عدم تحققه.³

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 77.

² جديدي معراج، المرجع السابق، ص 12، 13.

³ محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 79.

رابعاً : عقد التأمين عقد ملزم للجانبين

ويقصد بذلك أن كلا من الطرفين يلتزم تجاه الآخر، فالمؤمن له يلتزم بأن يدفع القسط مقابل إلقاء المخاطر على المؤمن الذي يلتزم بتغطية المخاطر المتفق عليها عن طريق دفع مبلغ التأمين عندما تتحقق الكارثة، وهذا واضح من تعريف المشرع لعقد التأمين حيث يبين أن المؤمن (الضامن) يلتزم بأن يؤدي إلى المؤمن له (المضمون) أو المستفيد مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له إلى المؤمن.¹

ورغم ذلك فقد شكك البعض في الصفة التبادلية لعقد التأمين وذهب إلى أنه بما أن المؤمن لا يدفع للمؤمن له عوض التأمين إلا إذا تحقق الخطر، فمعنى ذلك أن التزام المؤمن لا يكون محققاً أو منجزاً وإنما معلق على شرط، هو تحقق الخطر، ولما كان الخطر غير محقق فإنه في الحالات التي لن يتحقق فيها الخطر لا يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين ومن ثم لا يكون عقد التأمين في الحالات ملزماً للمؤمن.

ولكن هذا الرأي مردود عليه من عدة نواحي، فمن ناحية يلاحظ أنه ليس من الضروري في التأمين أن يكون الخطر غير محقق الوقوع، فالخطر قد يكون محقق الوقوع في ذاته، وإن كان غير محقق في تاريخ وقوعه، كالموت مثلاً في التأمين على الحياة ومن ناحية أخرى، فإن الشرط لنشأة التزام المؤمن بل هو شرط لتنفيذه التزامه، بمعنى أن التزام المؤمن بتغطية خطر معين ينشأ بمجرد إبرام عقد التأمين، وهو موجود سواء تحقق الخطر أم لم يتحقق، فإذا تحقق الخطر دفع مبلغ التأمين وإذا لم يتحقق فإن ذلك لا يؤثر على وجود التزامه ولا يكون للمؤمن له استرداد الأقساط التي دفعها، ذلك لأنها مقابل التزام المؤمن بتحمل عبء الخطر ومنح الأمان و الطمأنينة له طوال مدة العقد.² وأخيراً فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يعلق تنفيذ التزام المؤمن على شرط معين هو تحقق الخطر،

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 79.

² نزيه حماد، المرجع السابق، ص 199.

فعقد التأمين من العقود الاحتمالية، وهذه العقود تتميز بأن تنفيذ التزام أحد طرفيها أو كليهما يكون معلقا على أمر غير محقق الوقوع، والصفة الاحتمالية لا تمنع كون العقد تبادليا ملزما للجانبين، ما دام أن هناك التزاما من كلا الجانبين، وما دام أن هناك ارتباطا بين الالتزامين المتقابلين.¹

فجوهر العقد يكمن في التقابل القائم ما بين الالتزامين،² وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 55 ق م التي تنص : (يكون العقد ملوما للطرفين متى تبادل المتعاقدين التزام بعضهما البعض).

خامسا : عقد التأمين عقد زمني مستمر

يدخل عقد التأمين في طائفة العقود المستمرة، والعقد المستمر هو العقد الذي يلعب الزمن دورا رئيسيا فيه بحيث تكون الالتزامات الناشئة عنه عبارة عن أداءات متكررة يستمر الوفاء بها مدة من الزمن.

فبالنسبة للمؤمن لا شك في ارتباط التزامه بالضمان بمدة العقد فهو يلتزم بمنح المؤمن له الأمان والطمأنينة طوال مدة العقد، فهو يتحمل تبعة تغطية الخطر المؤمن منه بصفة مستمرة.³ وكذلك بالنسبة للمؤمن له، فهو يلتزم بدفع الأقساط المتفق عليها بصفة دورية مستمرة، وحتى لو دفع القسط دفعة واحدة فإن العقد يعتبر مستمرا بالنسبة له، لأنه يبقى خاضعا لالتزامات أخرى طوال مدة العقد منها التزامه بالامتناع عن أي عمل من شأنه زيادة الخطر المؤمن منه.⁴

سادسا : عقد التأمين عقد إذعان

يعد عقد التأمين عقدا من عقود الإذعان، ويظهر ذلك من خلال عدم تحقق مبدأ التوازن بين مركز المؤمن من جهة ومركز المؤمن له من جهة ثانية، حيث أن الخاصة المميزة لهذه العقود هي

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 81.

² جديدي معراج، المرجع السابق، ص 36.

³ محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 81.

⁴ المرجع نفسه، ص 81.

انفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط التعاقد وتحديد مضمونه بحيث لا يكون أمام المتعاقد الآخر، إذا ما أراد التعاقد، إلا أن يقبل هذه الشروط المعدة سلفاً، دون أن يكون له حق مناقشة هذه الشروط، أو دون جدوى من وراء هذه المناقشة إذا ما توافرت، وتعتبر هذه الفئة من العقود تعبيراً عن انعدام التكافؤ بين الطرفين من الناحية الاقتصادية.¹

ويصدق ما سبق على عقد التأمين حيث ينفرد المؤمن بوضع شروط معدة سلفاً و مطبوعة تعرض على من يرغب في التعاقد معه دون أن يكون للأخير حق مناقشة هذه الشروط أو تعديلها، فليس أمام من يطلب التأمين إلا قبول الشروط المعروضة من قبل المؤمن كما هي إذا ما رغب في التعاقد.

هذا المركز القوي الذي يوجد فيه المؤمن يخشى معه على مصالح المؤمن له، فقد يسيء المؤمن مركزه بفرض شروط تعسفية إضراراً بمصالح المؤمن له، لذلك كن لا بد من البحث عن الوسائل القانونية التي يمكن من خلالها حماية مصالح المؤمن له، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تنشأ بينه وبين المؤمن.²

سابعا : الصفة المدنية أو التجارية لعقد التأمين

اعتبار التأمين عقداً تجارياً أو مدنياً يتوقف على صفة أطرافه، المؤمن والمؤمن له.³ فبالنسبة إلى المؤمن، يعتبر التأمين عقداً تجارياً إذا أبرمته شركة من شركات التأمين بقسط ثابت، ذلك أن المؤمن يقوم بدور الوساطة بين المؤمن لهم بتوزيع المخاطر.

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 82.

² المرجع نفسه، ص 83.

المرجع نفسه، ص 87.

كما يسعى إلى تحقيق الربح من جهة أخرى.¹

ويكون عقد التأمين عقدا مدنيا بالنسبة للمؤمن وذلك في عمليات التأمين التبادلي أو التعاوني، حيث أن المؤمن في هذا النوع من التأمين هو المؤمن له، كما أن فكرة تحقيق الربح منعدمة فيه.²

أما بالنسبة للمؤمن له، فالأصل أن التأمين يعتبر عقدا مدنيا بالنسبة له، وذلك لأنه لا يرمي إلى تحقيق الربح، وإنما هدفه تغطية خطر معين. غير أن التأمين قد يكون عقدا تجاريا بالنسبة للمؤمن له وذلك في حالة التأمين الذي يبرمه التاجر بسبب أعمال تجارته، وذلك إعمالا لفكرة التبعية. مثال ذلك تأمين التاجر على محله التجاري أو على السيارات أو الآلات التي يستخدمها في مصنعه أو تجارته. ويعتبر العقد تجاريا في هذه الحالة بالنسبة للتاجر أيا كان نوع التأمين أو شركة التأمين التي يؤمن لديها، سواء كان تأمينا بقسط ثابت أم تأمينا تبادليا.³ وتظهر أهمية الصفة المدنية أو التجارية لعقد التأمين بالنسبة لتحديد جهة القضاء المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن عقد التأمين.

والقاعدة في هذا الصدد أن جهة الاختصاص تتحدد حسب صفة العقد بالنسبة للمدعي عليه، ومع ذلك ففي الأعمال المختلطة حيث يكون العمل مدنيا بالنسبة لطرف وتجاريا بالنسبة للآخر، فإنه من المقرر انه للطرف الذي يعتبر العقد مدنيا بالنسبة له الخيار في مقاضاة خصمه التاجر أمام المحاكم المدنية أو التجارية، في حين يلتزم من كان العقد تجاريا بالنسبة له برفع النزاع أمام المحاكم المدنية متى كان العقد بالنسبة لخصمه مدنيا، وعلى ذلك إذا كان العقد بالنسبة للمؤمن له عقدا مدنيا فإن بإمكانه مقاضاة شركة التأمين التي يعتبر التأمين بها عملا تجاريا أمام المحاكم المدنية أو التجارية، أما شركة التأمين إذا أرادت رفع دعوى على هذا المؤمن له فلا يمكنها رفعها إلا أمام المحاكم المدنية، وتطبيقا لذلك أيضا يختص القضاء التجاري وحده بنظر

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 87.

² المرجع نفسه، ص 87.

³ المرجع نفسه، ص 87.

المنازعات الناشئة عن عقد التأمين متى كان العقد تجاريا بالنسبة للمؤمن وبالنسبة للمؤمن له.¹

ثامنا: عقد التأمين من عقود حسن النية

لا شك أن مراعاة حسن النية من المبادئ العامة التي تسري على كافة العقود، لذلك يجدر التنويه بأن وصف عقد التأمين بأنه من عقود حسن النية لا يقصد به أن هذا الوصف ينحسر عن عقود أخرى، فالقاعدة أن جميع العقود يجب أن ترم وتنفذ وفقا لما يقتضيه حسن النية، وفي هذا تنص المادة 1/107 ق م ج على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية)، وتقضي المادة 2/150 من ذات القانون بأنه: (إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات). ولذلك يرى الفقه أن وصف عقد التأمين بأنه من عقود حسن النية إنما يغلب أن يكون المقصود به: (بيان أن حسن النية يلعب في عقد التأمين، سواء في انعقاده أو تنفيذه، دورا أكبر من الدور الذي يلعبه أي عقد آخر).²

ويرجع ذلك إلى أنه عند انعقاد عقد التأمين يعتمد المؤمن في تقرير قبول على صحة البيانات التي يدلي بها المؤمن له عن حقيقة الخطر المؤمن منه ومدى جسامته والظروف المحيطة به، لهذا وجب على المؤمن له التزامه حسن النية عند الإدلاء بتلك البيانات. وفي تنفيذ العقد يلتزم المؤمن له بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يؤدي على تفاقم الخطر المؤمن منه، وعليه إخطار المؤمن بكل ظرف يؤدي إلى زيادة احتمال وقوع الخطر، وعليه أن يمتنع عن كل ما من شأنه وقوع الكارثة، وكذلك العمل على الحد من آثار الكارثة إذا وقعت. وخروج المؤمن له عن مقتضيات حسن النية هو الذي يفسر بطلان عقد التأمين إذا أدلى المؤمن له ببيانات كاذبة عن الخطر المؤمن منه، وكذلك سقوط حقه في التأمين لعدم التزامه بحسن النية في تنفيذ العقد.³

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 89.

² المرجع نفسه، ص 89.

³ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 90.

المطلب الثاني: التراضي في عقد التأمين

يقتضي بحث التراضي في عقد التأمين أن نعرض لطرفي هذا العقد، ثم لوجود وصحة

التراضي...

الفرع الأول: طرفا العقد

يتم عقد التأمين بين شخصين هما المؤمن والمؤمن له، غير أن الواقع يشهد كثيرا قيام شخص مقام المؤمن بإبرام عقد التأمين، وكذا الحال بالنسبة للمؤمن له، فضلا عن ذلك فإن المؤمن له قد يكون هو المتعاقد نفسه الذي يبرم عقد التأمين مع الطرف الآخر وتنصرف إليه آثار العقد فيتحمل الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، ويحصل على مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه، وفي هذه الحالة يكون الشخص متعاقدا ومؤمنا له ومستفيدا في ذات الوقت، غير أنه في حالات أخرى قد تنفصل هذه الصفات، فقد يكون المتعاقد شخصا منفصلا عن المؤمن له والمستفيد.¹

أولا: المؤمن

الغالب أن يكون المؤمن شركة مساهمة، وقد يتخذ المؤمن شكلا آخر، وهو جمعية التأمين التبادلي أو التعاوني. ولا يثير تحديد أطراف عقد التأمين في حالة التأمين التبادلي أو التعاوني صعوبة خاصة، إذ أن كل عضو في جمعية التأمين التبادلي أو التعاوني يعتبر مؤمنا ومؤمنا له في ذات الوقت.²

أما بالنسبة إلى شركات التأمين، حيث تنفصل شخصية المؤمن عن شخصية المؤمن له، فالتعاقد يتم في الأصل بين شركة التأمين باعتبارهم المؤمن وبين العملاء وهو المؤمن لهم، والهيئات التي تمارس عمليات التأمين في الجزائر هي شركات التأمين وإعادة التأمين، ويشترط أن تتخذ هذه الشركات شكل شركة ذات أسهم، أو شركة ذات شكل تعاضدي (المادة 205 من قانون التأمينات).

¹ محمد حسن قاسم، محاضرات في عقد التأمين، المرجع السابق، ص 92.

² المرجع نفسه، ص 96.

ثانياً: المؤمن له

الطرف الآخر في عقد التأمين، وهو المؤمن له، وفي هذا يجب التمييز بين ثلاثة أشخاص وهم: الشخص الذي يتعاقد مع المؤمن أو الوسيط ويطلق عليه طالب التأمين، والشخص الذي يكون مهدداً بالخطر ويطلق عليه المؤمن له أو المؤمن عليه، والثالث هو الذي يحصل على مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه و يطلق عليه المستفيد.

الفرع الثاني: عناصر عقد التأمين

أولاً: عنصر الخطر

يعتبر الخطر من بين أهم وأبرز عناصر العقد، فهو العنصر الأساس الذي من أجله نشأ التأمين بين طرفيه لضمانه، وهو الأساس في تحديد محل التزام كل من طرفي العقد. وتنبغي الإشارة في البداية إلى أن مفهوم الخطر في التأمين يختلف عن المفاهيم العامة الأخرى، فإذا كان مفهوم الخطر بمعناه العام يتمثل فيما يهدد الإنسان من وقوع أحداث ضارة فإن معناه في التأمين قد لا يقتصر على ذلك بل يحقق في العديد من المناسبات ولبعض الأطراف أحداث سارة تنتفي فيها فكرة الضرر، ويتحقق ذلك في كثير من الفرص بالنسبة للمؤمن له، كالتأمين لحالة بلوغ سن معينة، وتأمين الزواج، إذ يتحصل المؤمن له أو المستفيد من مبلغ مالي إذ تزوج بعد بلوغ سن معينة، وتأمين الأولاد بقصد الحصول على مبلغ التأمين كلما ازداد للمؤمن له طفلاً...¹

وتختلف مواصفات الخطر، ويمكن ترتيبها حسب الأصناف التالية:

الصنف الأول: الأخطار القابلة للتأمين والأخطار غير القابلة للتأمين

يعتبر الشخص حر في التأمين أو عدم التأمين على المخاطر بوجه عام ما عدا ما هو إجباري بمقتضى القانون، فيحق للشخص بذلك أن يؤمن على كل ما له مصلحة فيه، وقد أقر

¹ جديدي معراج، المرجع السابق، ص 40.

المشرع الجزائري هذا المبدأ بمقتضى أحكام القانون المدني وكذلك بموجب أحكام قانون التأمين فنصت في هذا السياق المادة 621 ق م ج بأن: (تكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة للشخص من عدم تحقق الخطر). وتؤكد المادة 29 من قانون التأمين على أنه: (يمكن لكل شخص له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في حفظ مال أو في عدم وقوع خطر أن يؤمنه).

لكن هناك مخاطر تكون غير قابلة للتأمين سواء بحكم درجة جسامة ضررها أو التكفل بها من جهات أخرى غير شركات التأمين، أو أن يكون محل هذه المخاطر غير مشروع ومن أمثلة ذلك مخاطر الحروب بمختلف أشكالها سواء كانت دولية أو كانت حروب داخلية، وكذلك عدم قابلية التأمين لبعض المخاطر التي تحدث بفعل الطبيعة، وتوجد كذلك مخاطر غير قابلة للتأمين لمخالفتها للنظام العام و الآداب العامة.¹

الصف الثاني : الأخطار الثابتة والأخطار المتغيرة

إن المخاطر ليست في درجة واحدة من حيث احتمال وقوعها، فقد تكون درجة احتمال وقوعها ثابتة وقد تكون احتمالات الوقوع متغيرة.²

فالخطر الثابت هو ذلك الخطر الذي يتسم بالثبات النسبي في معدلات وقوعه خلال مدة التأمين أو أثناء وحدة زمنية معينة، بحيث يسهل على نحو ثابت تقريبا حساب درجات احتمال تحققه خلال تلك الفترة.³

فتكون ثابتة إذا بقيت ظروف تحققها ثابتة لمدة معينة من الزمن، وهذه المدة قد تحدد حسب طبيعة العقد بسنة أو بخمس سنوات فأكثر، وكل ذلك في الواقع يبقى أمر نسبي لأن الخطر قد يتعرض خلال هذه الفترة التي أخذت في الحسبان إلى تغييرات قد تكون مؤقتة تغير من

¹ جديدي معراج، المرجع السابق، ص 41.

² المرجع نفسه، ص 42.

³ خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 176.

حيث درجة تحقق هذه المخاطر من وقت لآخر، كالحريق مثلا تتضاعف نسبة احتمال تحققه في الصيف، كذلك حوادث السيارات قد تزداد فرصة تحقق هذه الحوادث في فصل الشتاء. ويكون الخطر متغيرا عندما تختلف فرصة وقوعه من فترة لأخرى سواء بالزيادة أو النقصان، ومثاله خطر الموت أو الوفاة فتتزايد درجة احتمال وقوع الخطر كلما مر الزمن وتقدم المؤمن له في السن.

الصنف الثالث : الأخطار المتجانسة والأخطار المتفرقة.

إن الأخطار المتجانسة هي تلك التي تتشابه من حيث طبيعتها ومداها، فمن حيث الطبيعة يتطلب المر في كثير من عمليات التأمين الجمع بين أنواع مختلفة من المخاطر وينبغي أن تكون هذه المخاطر متجانسة، كمخاطر الحريق والسرقة، ومخاطر حوادث المرور والمخاطر الناجمة عن المسؤولية المدنية.¹

وينبغي كذلك النظر إلى مدى هذه المخاطر، هل هي مخاطر تقع على الأشخاص أو على الأموال، ويجب في هذا المجال التفرقة بين أنواع مختلفة من الأموال كالأموال المنقولة و العقارية وغير ذلك، وينبغي في هذا السياق معرفة طرق وتواريخ استعمال هذه الأموال وكذا قيمتها الحقيقية، ولذا ينبغي أن تكون هذه المخاطر لا تمثل تفاوتا كبيرا في القيمة حتى ولو كان ذلك أمرا نسبيا تأخذ به شركات التأمين في تقديراتها بين القسط وتغطية المخاطر، وإذا كانت هذه الأنواع متجانسة فيجوز ضمها في عملية تأمينية واحدة.²

أما التفرقة أو تواتر الأخطار ونعني بذلك الجمع بين العديد من المخاطر التي لا يتحقق منها غلا العدد القليل، ولن نتحقق في وقت واحد و إنما في فترات متباعدة حيث تسمح لشركات التأمين بتقديراتها بحسب عدد الأخطار محتملة الوقوع من جهة وعدد الحوادث الضارة من جهة ثانية، ويفترض في ذلك أن الأخطار لا تصيب المستأمنين جميعها وأن لا تكون شاملة، وإذا توقعنا ذلك يكون التأمين أمرا مستحيلا على الأقل من الناحية الاقتصادية، إذ أن فكرة تفرق الأخطار تقضي

¹ جديدي معراج، المرجع السابق، ص 43.

² المرجع نفسه، ص 43.

الاعتماد بالدرجة الأولى على مبدأ المبادلة لتحقيق الموازنة بين الرصيد المشترك وتغطية الخاطر عند حلول الكارثة، وعليه تنهت شركات التأمين من عمليات التأمين على مخاطر الكوارث الطبيعية، لأنها ليست من المخاطر المتفرقة وكذلك مخاطر الحروب.

الصف الرابع : الأخطار المعينة والأخطار غير المعينة

الخطر المعين هو ذلك الذي يقع الاحتمال فيه على محل معين وقت إبرام العقد، كالتأمين على محل تجاري من الحريق، فهنا محل التأمين معين.¹

والخطر غير المعين ينصب الاحتمال فيه على محل غير معين وقت التعاقد، ويتعلق الأمر في هذه الحالة بأن يكون قابلاً للتعيين وقت وقوع الخطر، وتتجلى هذه الصورة في التأمين من المسؤولية المدنية في حوادث السيارات على وجه الخصوص، حيث أن المحل لم يكن معيناً وقت إبرام العقد، وإنما يكون معيناً عند وقوع الحادث، ويتمثل المحل (محل المخاطر) سواء في الغير (الضحية) أو السائق أو الراكب على متن هذه السيارة أو أشخاص لسيارة أخرى يقع معها التصادم.²

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الخطر

الشرط الأول: أن يكون الخطر حادثاً مستقبلياً

إن عقد التأمين في الواقع لا ينصب إلا على خطر مستقبلي، بحيث لا يكون وقت تحقق الخطر معروفاً، ولا يكون قد وقع وقت إبرام العقد بحيث أنه لا يجوز أن يؤمن شخص على متجر من خطر الحريق ويكون ذلك قد حدث قبل إبرام العقد، أو أن يؤمن شخص على الحياة شخص آخر ويكون هذا الأخير قد توفي قبل إبرام العقد، ففي مثل هذه الحالات يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم وجود المحل (المخاطر) ويقرر المشرع الجزائري في هذا المجال بالأخذ بنية المؤمن

¹ خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 178. وجددي معراج، المرجع السابق، ص 44.

² جددي معراج، المرجع نفسه، ص 44.

له،¹ حيث نصت المادة 43 من قانون التأمينات على أنه : (إذا تلف الشيء المؤمن عليه أو أصبح غير معرض للأخطار عند اكتتاب العقد، يعد هذا الاكتتاب عديم الأثر، ويجب إعادة الأقساط المدفوعة للمؤمن له حسن النية، وفي حالة سوء نية يحتفظ المؤمن له بالأقساط المدفوعة).

الشرط 2 : أن يكون الحادث محتمل الوقوع

ينبغي أن يكون الحادث المؤمن منه محتمل الوقوع، ويقتضي ذلك أولاً أن لا يكون الحادث محقق الوقوع وأن لا يمكن تحديد الوقت الذي سيقع فيه ، ثانياً أن لا يكون الحادث مستحيل الوقوع حيث أن الأحداث المستحيلة لا تصلح أن تكون محلاً للتأمين، والاستحالة قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية.²

الشرط 3 : أن يكون الحادث مستقلاً عن إرادة الطرفين³

لكي يتحقق الخطر يجب أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود باعتبار أن التأمين يقوم على الاحتمال وذلك يتطلب ألا يتدخل أطراف العقد في حدوث الخطر، بل ينبغي أن يتحقق الحادث بفعل عنصر أجنبي، ولذلك لا يجوز التعويض عن الأخطار التي يتسبب فيها المؤمن له بخطئه العمدي أو بطريق الغش أو التدليس، ومثال ذلك كما لو قام المؤمن له عمداً بإحراق الأموال المؤمن عليها، أو إذا تسبب المستفيد في اغتيال المؤمن له في نظام التأمين على الحياة.

الشرط 4 : أن يكون محل الخطر مشروعاً⁴

لكي يكون الخطر قابلاً للتأمين يجب أن يكون مشروعاً، بمعنى أن لا يكون مخالفاً للنظام العام والقوانين التي تحظر ممارسة عمل معين والآداب العامة فلا يجوز أن ينصب التأمين على مخاطر يكون موضوعها التهريب أو الاتجار بالمخدرات لأن هذه الأشياء إما أن تكون محظورة بنص

¹ جديدي معراج، المرجع السابق، ص 44، 45.

² المرجع نفسه، ص 45.

³ المرجع نفسه، ص 44.

⁴ المرجع نفسه، ص 46.

القانون، أو لتصادمها بالنظام العام.

ثالثاً: عنصر القسط

القسط هو الأداء المالي الذي يلتزم المؤمن له بتقديمه إلى المؤمن مقابل التزام الأخير بتحمل تبعه ضمان الخطر المؤمن ضده.¹

مبلغ التأمين (أداء المؤمن)

وهو ذلك المبلغ من المال الذي يلتزم المؤمن بأدائه عند تحقق الخطر للمؤمن له أو المستفيد أو الغير وهو يمثل في الواقع مقابل التزام المؤمن له بدفع القسط ويرتبط به ارتباطاً كلياً بالزيادة أو النقصان وكلما زاد القسط ارتفع معه مبلغ التأمين، ويتطلب الأمر في المقام الأول معرفة كيفية تحديد مبلغ التأمين، وسنلاحظ أن الأمر في يختلف باختلاف نوع وطبيعة التأمين ذاته، فيختلف بالنسبة للتأمين على الأشخاص والتأمين على الأضرار.²

¹ خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 182.

² جديدي معراج، المرجع نفسه، ص 50.

المطلب الثالث: أقوال الفقهاء المعاصرين في التأمين

التأمين نوعان: تأمين تعاوني، وتأمين تجاري.

أما التأمين التعاوني: فهو أن يتفق عدة أشخاص على أن يدفع كل منهم اشتراكا معيناً، لتعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين.¹

وأما التأمين التجاري وهو الذي يراد من كلمة التأمين إذا أطلقت، وقد سمي هذا التأمين تجارياً لأن الشركات والمؤسسات التي تقوم به لا تقصد سوى الربح عن طريق بيع التأمين للناس.²

والفرق بينهما أن الذي يتولى التأمين التعاوني ليس هيئة مستقلة عن المؤمن لهم، ولا يسعى أعضاؤه إلى تحقيق ربح، وإنما يسعون إلى تخفيف الخسائر التي تلحق بعض الأعضاء، أما التأمين التجاري فيتولاه المؤمن (شركة مساهمة) الذي يهدف لإلى تحقيق ربح، على حساب المشتركين المؤمن لهم.

والتأمين التعاوني لا شك في جوازه لأنه يدخل في عقود التبرعات، ومن قبيل التعاون على البر، لأن كل مشترك يدفع اشتراكه بطيب نفس لتخفيف آثار المخاطر وترميم الأضرار التي تصيب أحد المشتركين، أيا كان نوع الضرر، سواء في التأمين على الحياة، أو الحوادث الجسمانية، أو الأشياء (بسبب الحريق أو السرقة أو موت الحيوان) أو صد المسؤولية من حوادث السير أو حوادث العمل.³

إن عقد التأمين في شكله الحالي هو عقد جديد مستحدث إذ أنه لم يرد فيه نص ولم يعرفه المسلمون الأوائل ولذلك لم يتعرض له الفقهاء قديماً، وقد جاءت آراء الفقهاء المعاصرين فيه متعارضة وتتلخص فيما يلي.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، (442/4)، و أبي الفضل هانئ الحديدي المالكي الإسكندري، التأمين أنواعه المعاصرة، دار العصماء، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1429هـ/2012م، ص 33.

² أبي الفضل هانئ الحديدي المالكي الإسكندري، المرجع السابق، ص 33.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، (442/4)

أولاً: الاتجاه القائل بجواز عقد التأمين بجميع أنواعه

يمكن إجمال آراء هذا الفريق في القول بأنهم استندوا إلى القياس في الحكم والرأي الذي توصلوا إليه، وهنا سيكتفى بذكر بعض هذه الآراء:

1. أن الأصل في العقود الإباحية إلا ما دل الدليل الشرعي على تحريمه ومن هذه المباحات عقد التأمين كأحد العقود التي لم يرد نص بتحريمه.¹

2. القول بضمان خطر الطريق وهو مذهب الحنفية ويرى هذا الفريق أن بين التأمين وضمان خطر الطريق شبهة يسمح بقياس التأمين عليه فالتزام ضامن خطر الطريق هو عين التزام شركة التأمين بضمان المؤمن عليه عند وقوع الخطر، وبما أن ضمان خطر الطريق جائز شرعاً فكذلك التأمين.²

وصورته قول أحدهم لآخر: (اسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن)، فأخذ ماله فإن القائل يضمن.³

3. عقد التأمين كعقد الحراسة، وذلك أن عمل الأجير المستأجر عليه ليس له أثر أو نتيجة سوى تحقيق الأمان للمستأجر على الشيء المحروس واطمئنانه على استمرار سلامته من العدوان وتلك هي غاية عقد الحراسة، والتأمين كذلك إذ أن المؤمن له يبذل للمؤمن جزءاً من ماله في سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التي يخشاها.⁴

¹ لقد ذهب عدد من الفقهاء بكل أنواعه إذا خلا من الربا، وذلك على أساس أنه يقوم على التعاون والتضامن، ولم يرد نص بمنعه... ومن هؤلاء الفقهاء علي الخفيف، عبد الرحمن عيسى، الطيب النجار، محمد البهي، مصطفى الزرقاء، عبد الحميد السايح، آية الله علي آل كاشف الغطاء، عبد المنصف محمود، عبد الوهاب خلاف، محمد يوسف موسى، توفيق علي وهبة، وصبحي الصالح. انظر الطاهر مهاوة، التأمين في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 1988/1989، ص 85.

² عثمان بابكر أحمد، قطاع التأمين في السودان، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1418هـ، ص 22.

³ ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، (4/170).

⁴ أبي الفضل هانئ الحديدي المالكي الإسكندري، المرجع السابق، ص 86. الطاهر مهاوة، المرجع السابق، ص 126.

4. يرى جماعة المحييين أن من أقوى الأدلة على مشروعية التأمين هو عقد الموالاة، إذ يحتجون بأن بعض صور التأمين مثل التأمين ضد المسؤولية، يمكن قياسها على عقد الموالاة في مذهب من أجازة من الفقهاء، ووجه القياس - في رأيهم - أن المؤمن يتحمل عن المؤمن له.¹
- وعقد الموالاة جائز عند أبي حنيفة والرواية الثانية عن أحمد، خلافاً لمالك والشافعي وأحمد في المعتمد من مذهبه.²
- وصورته أن يقول شخص مجهول النسب لآخر: (أنت وليّ تعقل عني إذا جنيت، وترثني إذا مت)، فيقول: (قبلت)، أو يقول: (وليتك)، (فيقول قبلت).³
5. هناك شبه بن الجعالة والتأمين ذلك أن الشخص في الجعالة يلتزم بدفع مبلغ من المال لمن يقوم له بعمل معين، وفي التأمين يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له إذا قام بعمل معين هو دفع الأقساط. وبما أن الجعالة جائزة شرعاً فكذلك عقد التأمين.⁴
6. ومنهم من قاس التأمين على الوديعة بجامع المصلحة، فكما تستفيد الشركة المؤمنة من الأقساط المتجمعة لديها مقابل ضمانها المؤمن عليه، يستفيد المودع لديه من أجرة حفظ الوديعة، وهو يضمنها إن تلفت.⁵
7. مما استدلل به المحييون للتأمين قياسه على السلم، فقالوا إن الشارع قد أجاز السلم نظراً لحاجة الناس إليه رغم ما فيه من الجهالة حيث إنه معدوم. والناس كذلك في حاجة إلى التأمين، فيكون جائز كالسلم رغم ما قد يكون فيه من المحاذير.⁶
8. أجاز هذا الفريق التأمين قياساً على المضاربة ذلك أنه في المضاربة يدفع صاحب المال رأس

¹ عثمان بابكر أحمد، المرجع السابق، ص 23.

² أبي الفضل هانئ الحديدي المالكي الإسكندري، المرجع السابق، ص 79.

³ ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، (126، 125/6).

⁴ عثمان بابكر أحمد، المرجع السابق، ص 23.

⁵ المرجع نفسه، ص 23.

⁶ المرجع نفسه، ص 23.

المال إلى المضارب ليتاجر به ويكون الربح بينهما تراضياً، وفي التأمين يدفع المؤمن لهم أقساط التأمين ليتاجر بها المؤمن، ويكون مبلغ التأمين الذي يدفعه المؤمن عند وقوع الخطر هو ربح المؤمن له، وتكون أقساط التأمين الذي يدفعه المؤمن عند وقوع الخطر هو بح المؤمن لهم، وتكون أقساط التأمين التي يدفعها المؤمن لهم هي ربح المؤمن، وبما أن المضاربة جائزة شرعاً فكذاك يجوز التأمين.¹

9. كذلك من الحجج التي يسوقها هذا الفريق هو قياس التأمين على نظام العواقل في الإسلام، فيقول أن الشرع قد أقر مع الإلزام أن تحميل العاقلة دية الخطأ لما في ذلك من المصلحة والتعاون، فما المانع إذا في أن يستفاد من ذلك لتنظيم ذلك التعاون على ترميم الكوارث المالية يجعله ملزماً عن طريق التعاقد والإرادة الحرة كما جعله الشرع ملزماً دون تعاقد في نظام العواقل.²

10. قاعدة الالتزامات والوعد الملزم عند المالكية، وتتلخص في أنه إذا وعد شخص غيره بقرض أو بتحمل وضعية عنه أو إعارة أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه في الأصل فهل يصبح الوعد ملزماً ويُقتضى عليه بموجبه إن لم يف له أو لا يكون ملزماً؟ اختلف فقهاء المالكية في ذلك إلى أربعة آراء فصلها الخطاب في رسالته الالتزامات ونقلها عنه الشيخ محمد عليش³ في فتواه المسماة (فتح العلي المالك).⁴ وبالنظر إلى مذهب المالكية الأوسع في هذه المسألة، أي الوعد الملزم نجد في قاعدة الالتزامات هذه متسعاً لتخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من المؤمن للمستأمنين

¹ عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم، مكتبة الاقتصاد الإسلامي، مصر، الطبعة الأولى، 1398هـ/ 1978م، ص 176، وعثمان بابكر أحمد، المرجع السابق، ص 23.

² عيسى عبده، المرجع السابق، ص 176، وعثمان بابكر أحمد، المرجع السابق، ص 23.

³ أبو عبد الله محمد بن محمد عليش الطرابلسي الدار المصري القرار، شيخ السادات المالكية بما ومفتيها، وألف تأليف كثيرة كشرح المختصر وحاشية عليه وشرح مجموع الأمير وحاشية عليه، وحاشية على الأقرب المسالك، (ت 1299 هـ)، [محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المرجع السابق، ص 385].

⁴ انظر تفصيل ذلك عند عيسى عبده، المرجع السابق، ص 172 وما بعدها، وأبي الفضل هانئ الحديدي المالكي الإسكندري، المرجع السابق، ص 80.

ولو بلا مقابل.¹

11 . قياس التأمين على التقاعد، والتأمينات الاجتماعية، فإذا قبل الفقهاء نظام التقاعد والتأمينات الاجتماعية، وأقروا بشرعيتها، لما فيهما من مصلحة عامة مقبولة شرعا. وصرحوا بذلك في عدة مؤتمرات إسلامية، ولم يعارض أحد منهم مع أنهما نوع من أنواع التأمين بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى.²

ثانيا: الاتجاه القائل ببطلان عقد التأمين بجميع أنواعه

وهذا القول هو الذي ذهب إليه عدد كبير من الفقهاء المعاصرين، فهم يرون أن عقد التأمين حراما ولا يحل فيه أخذ التعويض من جانب المؤمن له، ولا أخذ القسط من جانب المؤمن، وهذه بعض الآراء والأوجه التي اعتمدها.

1 . التأمين ضرب من المقامرة،³ فعقود التأمين الحالية هي ضرب من الميسر الذي حرمه الله تعالى.⁴

2 . التأمين ينطوي على غرر، وقد عده القانون المدني في زمرة عقود الغرر.. وعقد الغرر ممنوع في الإسلام، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر، فهذا مثله.⁵

والغرر في التأمين ليس يسيرا قطعاً فهو إما من الغرر الكبير أو المتوسط ويرجع أنه من الغرر الكثير لأن من أركان عقد التأمين التي لا يوجد بدونها الخطر، والخطر هو حادثة محتملة لا تتوقف عند إرادة أحد الطرفين، والتأمين لا يجوز إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع، فالغرر عنصر ملازم لعقد التأمين ومن الخصائص التي يتميز بها، وهذا ما يجعله من الغرر المنهي عنه.⁶

¹ عثمان بابكر أحمد، المرجع السابق، ص 23.

² الطاهر مهاوة، المرجع السابق، ص 116.

³ عيسى عبده، المرجع السابق، ص 159.

⁴ أبي الفضل هانئ الحديدي المالكي الإسكندري، المرجع السابق، ص 80.

⁵ عيسى عبده، المرجع نفسه، ص 162.

⁶ عثمان بابكر أحمد، المرجع السابق، ص 26.

3 . التأمين من قبيل الرهان، والرهان ممنوع شرعا.¹

4 . إن عقود التأمين في واقعها وملايساتها تقوم على التعامل الربوي الذي حرمه الإسلام، فالحرمة إذن مزدوجة ومضاعفة لحرمة الربا التي تخالط عقود التأمين من جهة ومو كون التأمين قمارا وغررا ومجازفة ورهانا من جهة أخرى.²

وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في 10 شعبان 1398 هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي، فقد نظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة بعدما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في ذلك، وبعدها اطلع أيضا على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ 1397/04/04 هـ من التحريم للتأمين بأنواعه.

وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك، قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال.

فالتأمين التجاري لا يخلو من مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي فهو غير جائز شرعا ويجب أن يظهر من المخالفات الشرعية التي تسيطر على عقودها وإذا لم يظهر من هذه الشروط المخالفة للشرع فإنه ليست هناك ضرورة تدعو إليه لأن هناك بدائل أخرى للتأمين التجاري تتفق وأحكام الشريعة كالتأمين التعاوني.

¹ عيسى عبده، المرجع السابق، ص 160.

² أبي الفضل هاني الحديدي المالكي الإسكندري، المرجع السابق، ص 77.

المطلب الرابع: بعض الشروط التعسفية في عقد التأمين

تكون الشروط تعسفية غير مشروعة عندما تتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة أو القانون، ومشروعية هذه الشروط ترتبط بالمجالات التي تجدد فيها هذه الأخيرة غرضها وحدودها في حماية مصلحة مشروعة للمؤمن بأن تحبط كل محاولة للغش من جانب المؤمن له إضراراً به ليحفظ من كل ما عداها شروطاً غير مشروعة.¹

وقد سعى المشرع من خلال إلغاء بعض الشروط غير المشروعة حماية المؤمن له أيضاً من تعسف المؤمنين.

الفرع الأول: الالتزام بإعلان بزيادة الخطر أو تفاقمه

والمقصود بزيادة الخطر أو تفاقم الخطر، تلك الأحداث التي تطرأ بعد انعقاد العقد والتي تكون بفعل المؤمن له أو غيره، وهي تؤدي إلى زيادة احتمال وقوع الخطر المؤمن منه.²

وهذه الأحداث الطارئة لو علمها المؤمن وقت التعاقد أثرت على قبول التأمين أو تقديره الأقساط التي يلتزم بدفعها المؤمن له، ويلتزم المؤمن له بإعلان هذه الزيادة في الخطر إلى المؤمن وهذا التزام مصدره عقد التأمين.

وتنص المادة 15 من الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 25 يناير 1995³ المعدل والمتمم

بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بالتأمينات: (يلزم المؤمن له:

1- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة

أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها،

¹ محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2006/2005، ص 170.

² أحمد عبد الرحمن فايز، الشروط التعسفية في وثائق التأمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 9.

³ الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 يتعلق بالتأمينات. ج ر عدد 13، ل 08 مارس 1995، ص 02.

2. بدفع القسط أو الاشتراك في الفترات المتفق عليها،**3- بالتصريح التدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجا عن إرادة المؤمن له، خلال**

سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة

. بالتصريح المسبق للمؤمن بتغير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له...).

وحيث أن عقد التأمين من العقود المستمرة التي يجب أن يظل فيها التوازن قائما بين التزامات وحقوق كل من طرفي العقد طوال فترة تنفيذه. فإذا اختل هذا التوازن بعد انعقاد العقد فإنه يجوز لأي إن من الطرفين طلب إعادة التوازن الذي فقد بتغير الظروف وإذا لم يتحقق ذلك جاز للطرف الذي زادت التزاماته أن يطلب إنهاء العقد ... والتأمين كما هو معروف من العقود المستمرة وبالتالي إلى اختل التوازن بين التزامات كل من طرفيه جزم للطرف الذي زادت التزاماته أثناء سريان العقد أن يطلب إعادة التوازن إلى العقد أو يطلب إنجائه.¹

فإذا زادت احتمالات الخطر عما كانت عليه وقت التعاقد سواء كانت هذه الزيادة في الخطر بفعل المؤمن له أو بسبب لا يرجع إليه جزاء للمؤمن أن يطلب زيادة أقساط التأمين التي يلتزم بدفعها المؤمن له أو يطلب إنهاء العقد وذلك حسب مصلحته.

من هنا وجب على المؤمن له أن يحظر المؤمن بكل جديد عن الخطر من شأنه أن يؤدي إلى زيادة احتمالات الخطر المؤمن منه مما يؤدي إلى زيادة التزامات المؤمن عمدة كانت عليه وقت العقد وذلك حتى يقرر المؤمن على ضوء هذه الأخطار ما يراه مناسبا لتحقيق مصلحته فله أي للمؤمن أن يطلب إنهاء عقد التأمين أو يطلب زيادة أقساط التأمين التي يلتزم بها المؤمن له بالقدر الذي يتفقون مع الظروف الجديدة للخطر والتي طرأت بعد انعقاد التأمين . أي أنه يمكن القول أن إعلان المؤمن بالظروف الجديدة لخطر المؤمن منه في يساهم بدرجة كبيرة في إعادة التوازن لعقد التأمين الذي اختل لا بزيادة احتمالات الخطر.²

¹ أحمد عبد الرحمن فايز، المرجع السابق، ص 11.

² أحمد عبد الرحمن فايز، المرجع السابق، ص 11.

ويرجع وراء ذلك إلى الرغبة في حماية المصالح المشروعة للمؤمن حتى يتمكن من اتخاذ الإجراءات الرامية إلى الدفاع عن حقوقه، ولكي يتعرف أيضا على ظروف الحادثة وحدود ضمانه للمؤمن له والمسؤولية المترتبة عنها.¹ ولقد سعى المشرع في المقابل إلى حماية المؤمن له بمنع كل تخفيض لأجل سبعة (7) أيام، كما لم يرتب السقوط عن استحالة القيام بالتصريح داخل الأجل المحدد قانونا أو اتفاقا بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة.

ويشترط الإلزام المؤمن له بالإعلان عن زيادة المخاطر عدة شروط:²

1. أن تكون زيادة الخطر لاحقة على إبرام العقد.
2. أن تؤدي إلى زيادة احتمالات تحقق الخطر أو زيادة جسامته.³
3. أن تكون هذه الزيادة في الخطر معلومة للمؤمن له وغير معلومة للمؤمن.
4. يشترط أخيرا لوجود هذا التزام أن لا نكون بصدد تأمين غير تأمين الحياة.

¹ محمد الهيني، المرجع السابق، ص 176.

² أحمد عبد الرحمن فايز، المرجع نفسه، ص 16 وما بعدها.

³ ومن الأمثلة على ذلك أن يضع المؤمن له بعد إبرام التأمين مواد قابلة أو سريعة الاشتعال في العقار المؤمن عليه من الحريق. أو يغير استخدام العقار من استخدام في أغراض السكنى إلى أغراض أخرى أكثر خطورة. أو يغير المؤمن له في التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات أغراض استعمال السيارة من الاستعمال الشخصي إلى استخدامها في نقل الأفراد أو البضائع ... و في التأمين من السرقة أن يهجر المؤمن له المكان المؤمن عليه ويتركه فترة طويلة ... أن يستجد بجوار العقار المؤمن عليه من الحريق مخزون المواد الملتهبة سريعة الاشتعال أو محطة لتزويد السيارات بالوقود ..

الفرع الثاني: بطلان الشروط التعسفية في عقود التأمين

لقد تكفل المشرع الجزائري بحظر بعض الشروط بقواعد أمرة لمنع بعض الممارسات التعسفية في عقد التأمين، ذلك أن المؤمن يقوم بتحريك عقود التأمين وطباعتها، ويقتصر دور المؤمن لع على قبول العقد والتوثيق على الوثيقة المكتوبة المقدمة من طرف المؤمن.

فنصت المادة 622 ق م ج وتقابلها المادة 750 ق م مصري على أن : (يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان هذا الخرق جنائية أو جنحة عمدية.

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول،
كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه).

1. شرط السقوط لمخالفة القوانين والنظم:

تدخلت التشريعات المقارنة ومن بينها التشريع الجزائري مقرررة إبطال شروط السقوط لمخالفة القوانين واللوائح، والذي غالبا ما كان يتم النص عليه في وثائق التأمين على السيارات مما كان يؤدي إلى إفراغ عقد التأمين من كل مضمونه لإستحالة تجنب المؤمن لهم المخالفات وجنح السير غير العمدية مهما بلغ حرصهم.

كما أنها تتعارض والهدف من التأمين، الذي يجب أن يكون تشجيع النشاط الإنساني حتى بتغطية أخطاء المؤمن له، فضلا عن ذلك فإن هذا الاتجاه يوفر الحماية للطرف الضعيف في

عقد التأمين في مواجهة الشروط التعسفية، كما أنه يخدم مصالح المضرورين من حوادث السير.¹ على أن يكون هذا الخرق مخالفة، أو جناية أو جنحة غير عمدية.

2. شرط السقوط للتأخير في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات

قد يرد في وثيقة التأمين شرط يقضي بسقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إذا تأخر في إبلاغ الحادث المؤمن منه بعد وقوع وقوعه إلى السلطات المختصة، وقد أبطل المشرع هذا الشرط بالرغم من وروده في وثيقة التأمين، ويظل هذا الشرط أيا كانت الصورة التي يرد عليها أي سواء ورد ضمن الشروط العامة المطبوعة أو في صورة اتفاق خاص أو وضع بشكل ظاهر وواضح فهذا الشرط يعد باطلا في جميع الحالات لأنه ينطوي على التعسف،² وهذه السلطات تتمثل في الشرطة أو النيابة العامة أو الحماية المدنية ...

وقد اشترط المشرع لبطلان هذا الشرط أن يكون التأخر في الإبلاغ عن واقع السرقة للسلطات المختصة لعذر مقبول، وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية فيكون من حق المؤمن مطالبة المؤمن له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا التأخر في الإبلاغ،³

و يقع على المؤمن عبء إثبات التأخر غير المقبول في حق المؤمن له.

وحرصا على التوازن العقدي بين طرفي عقد التأمين تحقيقا لمبدأ العدالة حافظ المشرع على جزاء السقوط فيما يتعلق بالتأخر غير العادي عن إعلام السلطات ومنح المؤمن حق الحصول على تعويض يجبر الضرر كمقابل عن التأخر العادي والمقبول، وكأن المشرع يمنح المؤمن مقابل هذا الإخلال لرفع التعسف عن المؤمن له طبقا لمبدأ التدرج في الجزاء مراعاة لطبيعة الخطأ.⁴

¹ محمد الهيني، المرجع السابق، ص 173.

² أحمد عبد الرحمن فايز، المرجع السابق، ص 72.

³ المرجع نفسه، ص 72.

⁴ محمد الهيني، المرجع السابق، ص 175.

3. سقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في تقديم المستندات

أيضاً إذا اشترط المؤمن على المؤمن له سقوط حقه في مبلغ التأمين إذا تأخر في تقديم المستندات للمؤمن وقع هذا الشرط باطلاً وفقاً للمادة 622 ق م ج، بشرط أن يكون التأخر لعذر مقبول، وقد أبطل المشرع هذا الشرط لأنه يعد من قبيل الشروط التعسفية وذلك حتى لو كان هذا الشرط ضمن اتفاق خاص بين المؤمن والمؤمن له أو مكتوباً أو مطبوعاً بشكل بارز وظاهر.¹

ويقع على عاتق المؤمن عبء إثبات خطأ المؤمن له عند تأخره في تقديم المستندات، ويخضع تقدير العذر المقبول للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

4. الشرط المطبوع الذي لم يبرز بشكل ظاهر وكان يقضي بالبطلان أو السقوط.

إذا ورد شرط السقوط ضمن الشروط المطبوعة في وثيقة التأمين يجب . حتى يكون صحيحاً . أن يبرز بشكل ظاهر، بأن يوضع تحته خط، أو كتبت بحجم خط أكبر من حجم المكتوب به الوثيقة، أو أن يكتب بلون مختلف عن اللون الذي كتب به سائر شروط الوثيقة، ولا يحتاج بهذا الشرط إذا كان مكتوباً بنفس خط وحجم الشروط المطبوعة الأخرى.

وسقوط حق المؤمن في التأمين يخالف القواعد العامة التي تحكم إخلال المدين القيام بالتزاماته، ولذلك اعتبر المشرع الشرط المطبوع الذي يقضي بهذا السقوط إذا كان غير واضح يعتبر تعسفياً لأنه مخالف للأصل، وبالتالي يعتبر استثناء، والاستثناء يجب أن نص عليه صراحة، كما لا يجوز التوسع في تفسيره ولا القياس عليه.²

5. بطلان شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة

تعرف اتفاقية بالتحكيم على أنها تكريس لإرادة الأطراف المعلن عنها في اتفاقية، تنص

¹ أحمد عبد الرحمن فايز، المرجع السابق، ص 73.

² انظر أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 111.

على هذا الإجراء وتنظيمه، لتكليف الغير بمهمة قضائية تهدف إلى حسم النزاع،¹ وتنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: (يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها). ولقد عرفت المادة 1007 من نفس القانون على أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم. وعلى خلاف اتفاق التحكيم فشرط التحكيم يبنى على فرضية نشوب نزاع قد يطرأ في مسار العقد وقد لا يقع أبداً، فالشرط ينص على التحكيم ويحضر له، وقد انتهى الاجتهاد الفرنسي إلى أنه في حالة وجود في نفس العقد أو في عقود متتالية ومرتبطة لشرط تحكيمي مع الإشارة إلى منح اختصاص لمحكمة معينة فإن الشرط التحكيمي هو الذي يطبق، ذلك أنه يمثل اختيار لطريق من طرق تسوية النزاعات وليس فقط تعيين جهة قضائية للاختصاص.² فيختلف شرط التحكيم عن التحكيم في أن الأول يفيد اتفاق الأطراف على اللجوء إلى المحكمين قبل نشوب أي نزاع بينهم، في حين أن الثاني عبارة عن اتفاق بين الخصوم على عرض نزاع قائم بينهم على محكم بدلا من عرضه على جهة قضائية. وتكمن خطورة التحكيم على مصالح المستهلك في كون المؤمن هو الذي يضع نظام التحكيم، من اختيار المحكمين إلى تحديد القانون واجب التطبيق، فضلا عن ذلك فإن القرار التحكيمي يكون واجب التنفيذ وملزما للطرفين،³ على أنه يقبل الطعن فيه بالاستئناف واعتراض الغير الخارج عم الخصومة.

ولكن يلاحظ أن المشرع الجزائري أبطل هذا الشرط إذا ورد في عقد التأمين فقط، ولكن إذا ورد هذا الشرط في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة فلا يكون باطلاً، وكان من

¹ عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 453.

² المرجع نفسه، ص 455.

³ محمد الهيني، المرجع السابق، ص 180.

الأفضل إبطال هذا الشرط على أي صورة ورد فيها، لإضفاء حماية أكبر لصالح الطرف الضعيف المتمثل في المؤمن له.

كذلك البطلان بنصب على شرط التحكيم ولا يشمل شرط الوساطة أو التسوية الودية. وهذا النص ينطوي على حماية جديدة للمؤمن له، فهو بعد أن أورد شروطا معينة رآها جائزة نص على بطلانها، بل نص على بطلان شرط مألوف، وهو شرط التحكيم إذا لم يبرز في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة حتى يوجه إليه نظر المؤمن له لأهمية، عموماً بعد التخصيص فأبطل كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه، فيكون تعسف من جانب المؤمن أن يتمسك بمثل هذا الشرط.

خلاصة الفصل الرابع:

الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه، ويلاحظ من خلال النصوص المنظمة لأحكام الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري أن فكرة التعويض هي المهيمنة على أحكام الشرط الجزائي، مستبعدة بذلك فكرة العقوبة التي ينظر متبنوها إلى الشرط الجزائي على أنه جزاء خاص أو عقوبة خاصة مبتوت الصلة بنظام التعويض.

و يعتبر الشرط الجزائي صنف من أصناف الشروط التعسفية نظرا لأن الغلو في تقدير قيمة التعويض المستحق عن تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه لا يمكن للشخص العادي أن يتقبله إلا إذا كان مضطرا أو غير خبير بصيغ التعامل وما تؤدي إليه من نتائج عملية.

و الضرر الذي يجوز التعويض عنه بالشرط الجزائي يشمل الضرر المالي الفعلي وما لحق لمضروب من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب مؤكد ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

والتأمين التجاري لا يخلو من مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي فهو غير جائز شرعا ويجب أن يظهر من المخالفات الشرعية التي تسيطر على عقودها وإذا لم يظهر من هذه الشروط المخالفة للشرع فإنه ليست هناك ضرورة تدعو إليه لأن هناك بدائل أخرى للتأمين التجاري تتفق وأحكام الشريعة كالتأمين التعاوني.

ويعد عقد التأمين عقدا من عقود الإذعان، ويظهر ذلك من خلال عدم تحقق مبدأ التوازن بين مركز المؤمن من جهة ومركز المؤمن له من جهة ثانية، حيث أن الخاصة المميزة لهذه العقود هي انفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط التعاقد وتحديد مضمونه بحيث لا يكون أمام المتعاقد الآخر، إذا ما أراد التعاقد، إلا أن يقبل هذه الشروط المعدة سلفا، دون أن يكون له حق مناقشة هذه الشروط، فعقود التأمين من أكثر العقود التي تضمن فيها الشروط التعسفية.

خاتمة:

الحمد لله الذي وفقني لإنجاز موضوع هذا البحث وهو موضوع: **الشروط التعسفية في عقد**

المعاوضة - بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . والذي خلصت فيه إلى النتائج التالية:

- أن مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية العقدية يعتبر من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي ويتجلى ذلك في مجموع النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي جعلت من الرضا أساسا للمعاملات المالية، فالإنسان له الحرية المطلقة في إنشاء ما يرى من العقود وفي أن يشترط ما يشاء شريطة ألا تخالف هذه الشروط مقتضى العقد أو تتعارض مع أصل من أصول الشريعة وقواعدها العامة.

- الإرادة في الشريعة الإسلامية هي التي تنشأ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع وليس العاقد. خلافا لما يراه أهل القانون حيث أن إرادة الطرفين هي المحددة مضمون وأحكام العقد، بالإضافة إلى آثاره.

- أساس الحماية من الشروط التعسفية في العقود مرده إلى ضعف المتعاقد وقلة خبرته الاقتصادية أو الفنية، وفي فرنسا والجزائر وبعض الدول تركز الحماية بجانب القواعد العامة في القانون المدني على القوانين الخاصة لحماية المستهلك خلافا للمشرع المصري وبعض القوانين الأخرى.

- المشرع الجزائري قام بتعريف الشروط التعسفية وتحديدها ووضع قائمة سوداء وقائمة رمادية تتضمن هذه الشروط، وقد كان المعيار الذي أخذ به هو معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد وهو ما تبناه المشرع الفرنسي وما جاء في التعلية الأوربية بخصوص ذلك.

- بالنظر إلى القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وهذا المعيار وهو معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد هو الذي تبناه المشرع الجزائري نقلا عن المشرع الفرنسي، لتقدير تعسف الشروط وإجحافها.

ونستخلص من القانون 04-02 بأنه لوصف شرط بأنه تعسفي، يجب أن تتوافر فيه الشروط أو العناصر التالية:

1. أن يكون عقد محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.

2. أن يكون العقد مكتوباً.
3. أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكاً أو عوناً اقتصادياً.
4. أن يؤدي الشرط أو البند في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.
- تعتبر الشروط التعسفية من الشروط الباطلة وحكم هذه الشروط الباطلة، أنها قد تكون شروط باطلة مبطللة للعقد، كالشرط الذي يناقض مقصود العقد، وينافي مقتضاه منفاة تامة، أو الشرط الذي يخل بالثمن، أو شرط يؤدي إلى محذور شرعي كمن باع داراً، واشترط على المشتري اتخاذها مجمعا لأهل الفساد. أو الشرط المؤدي للجهالة أو الغرر.
- . هناك شروط باطلة تلغى، ويمضي بها العقد كأن يشترط البائع على المشتري إسقاط حقه في الجائحة تصيب الثمر أو الزرع بعد بدو صلاحه وقبل طيبه
- . أن المشرع الجزائري قد حسم الخلاف الحاد والنعيف بين الفقه حول الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، قاضياً في المادة 110 ق م ج بإضفاء الصفة التعاقدية على عقود الإذعان، وأن التفاوت في مركز الطرفين، إنما هو تفاوت اقتصادي.
- . عقد الإذعان حكمه الإباحة، وأما الشروط التي يضعها أحد الطرفين في هذه العقود فإنها تخضع لما تخضع له كافة الشروط في الإسلام.
- . تختلف عقود الإذعان عن العقود النموذجية والعقود الجبرية.
- . تختلف عقود الإذعان عن بيع المعاطاة، وبيع المضطر، وبيع المكره، وبيع الاحتكار، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر لبادي وإن كان بينها بعض الشبه، وتعتبر عقود الإذعان عقود قائمة بذاتها ولها نظام خاص بها.
- . الإيجاب والقبول في عقد الإذعان ينعقد بهما العقد صحيحاً في الجملة شرعاً وقانوناً، وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي مؤيداً ذلك: (يبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحكيمين، وهما كل ما يدل عرفاً على تراضي طرفيه وتوافق إرادتيهما على إنشائه وفقاً للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكل محدد).
- . اشتغال عقد الإذعان على أي صورة من صور الاستغلال للطرف الضعيف كالشروط التعسفية أو الاحتكار يعد نوع من أنواع الظلم، ويوجب الإثم مع بطلان هذه الشروط.
- . إن الشريعة الإسلامية تتضمن الأساس القوي لتدخل القاضي في مجال العقد وتعديله بسبب الإذعان

إذا تضمن شروطا من شأنها المساس بالتوازن المطلوب بين الأداءات المتبادلة فيه وهو ما يسجل للفقهاء الإسلامي قصب السبق في محاربة الإذعان والتعسف والعمل على إيجاد التوازن العادل بين الأداءات المتبادلة في المعاوضات دون غبن أو ظلم.¹¹⁶⁷

. الأصل أن يكون تفسير العقد من عمل القاضي، إلا أنه لم يترك له كامل الحرية في تفسيره وأوجب عليه إتباع قواعد محددة في ذلك. وخلافا للقاعدة العامة في التفسير والتي تقضي بأن يكون تفسير الشك لصالح المدين فإن تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان يكون في صالح الطرف المدعى. أن الفقه الإسلامي لم يعالج قضية الشرط الجزائي معالجة مستفيضة إلا في وقتنا الحاضر وإن كانت قد وجدت سوابق للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ولكنها مبعثرة ومنعزلة وغير متجددة لم تلفت أنظار الفقهاء القدامى لضمها لنطاق الفقه. فيمكن اعتبار الشرط الجزائي معاملة مستحدثة في الفقه الإسلامي.

. الشرط الجزائي يدخل في عموم الشروط المباحة في الفقه الإسلامي، وهو مباح مثلها وهو جزء من بحث الشروط المقترنة بالعقد.

. أن الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض، فلا يجوز استيفاءه إلا إذا كان التعويض مستحقا، أي لا بد من توفر الخطأ والضرر وعلاقة سببية والإعذار.

. جواز مبدأ تدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ليتوافق مع قواعد العدل.

. يلعب الالتزام قبل التعاقد دورا هاما في الحماية من الشروط التعسفية، فهو يعطي للمتعاقد نوعا من الرضا السبيل المستنير للإقبال على التعاقد وإذا رأى بأن هناك نوع من التعسف في بعض بنود العقد كان له يفاوض فيها، أو أن يمتنع عن التعاقد.

. المشرع اشترط الشكلية كركن للانعقاد في بعض العقود، وهذه الشكلية تهدف لحماية المتعاقدين فقبل أن يقدم أحدهما على التوقيع على العقد يقوم الموثق بتلاوة بنوده وشروطه ليعطي له مهلة من التفكير، وله الحرية فيما بعد في الإقدام على التعاقد، ليعرف هل هو راض بالشروط الواردة في العقد أم لا، وهذا الإجراء يشكل نوع من الحماية للمتعاقد.

¹¹⁶⁷ محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراة، عين شمس، مصر، 1992، 275.

. القواعد العامة في القانون المدني، كمبدأ حسن النية ونظرية السبب ونظرية عيوب الإرادة وخاصة الغبن والاستغلال أثبتت نوعاً من القصور في الحماية من الشروط التعسفية.

. تلعب نماذج العقود دوراً كبيراً في انتشار الشروط التعسفية لذلك وجب وضعها تحت الرقابة الدقيقة من طرف الدولة عن طريق المجلس الوطني للمستهلكين.

. ضرورة الاهتمام بالعمل الجماعي في مجال الحماية من الشروط التعسفية هذه الأخيرة التي قد تساهم في إضفاء حماية فعالة ضد هذه الشروط، فقد تساهم الجمعيات بوضع نماذج للعقود في مجالات مختلفة ومتعددة، وهو نفس الدور الذي تلعبه لجنة البنود التعسفية. بالإضافة إلى اللجوء إلى القضاء إذا استدعى الأمر.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

الفهارس

1. فهرس الآيات القرآنية

2. فهرس الأحاديث والآثار

3. فهرس الأعلام

4. فهرس الفروع الفقهية

5. فهرس المصادر والمراجع

6. فهرس الموضوعات

1- فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	الآية	رقم الآية	السورة
329	{وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ }	48	البقرة
203	{وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا }	188	
20	{ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا }	229	
107	{ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ }	280	
106	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ }	282	
118، 106	{ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا }	283	
310	{ إِنَّ اللَّهَ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ شَيْءٌ }	02	
315	{ وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ }	104	
316	{ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ }	110	
321	{ وَكَأَيِّنْ مِنْ نَبِيٍّ قَاتَلَ مَعَهُ رِيثُونَ كَثِيرٌ فَمَا }	146	
317	{ لَيْسُوا سَوَاءً مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ }	114	
20	{ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ }	14	
14، 11، 106	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ }	29	النساء
320	{ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا }	141	

الصفحة	الآية	رقم الآية	السورة
12،15	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }	32	المائدة
20	{ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ }	03	
316	{ لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ }	78	
316	{ كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ }	79	
	{ لَبِئْسَ }		
329	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ }	95	
318	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسِكُمْ }	105	
17	{ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ }	119	
15	{ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ }		
319	{ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ }	71	التوبة
312	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ }	119	
118	{ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ }	72	يوسف
	{ }		
328	{ قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ }	74	الإسراء
15	{ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا }		
310	{ وَإِنْ بَجَّهَرُ بِالْقَوْلِ فَإِنَّهُ يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى }	7	طه
159	{ وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُدْعِينَ }	49	النور

الصفحة	الآية	رقم الآية	السورة
316	{ يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ {	17	لقمان
15	{ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُؤْلُونَ {	15	الأحزاب
49	{ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً {	18	محمد
322	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِمَّنَ الظَّنِّ {	12	الحجرات
330	{ وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ لِيَجْزِيَ {	31	النجم
310	{ وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ {	04	الحديد
322	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَمْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ {	01	الصف

2- فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	طرف الحديث
63	لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه
16	لكل غادر لواء يوم القيامة
16	أربع من كن فيه كان منافقاً
16	آية المنافق ثلاث إذا حدث
127، 16	إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج
17	اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من
17	إني لا أخيس بالعهد ولا أخيس البر
113، 105، 20	ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله
21	من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد
105	ابتاعي فاعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق
106	إذا بايعت فقل لا خلافة
107	من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها
115، 105	نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط
126، 111 هـ، 111	نهى النبي ﷺ عن بيع وسلف
111	نهى النبي ﷺ عن صفقتين
126، 112	نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين
124، 119	بعنيه بوقية
122	نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة
125	نهى عن الثنيا إلا أن تعلم
125	نهى النبي ﷺ عن شرطين في بيع

126	لا يحل بيع وسلف
126	صفقتان في صفقة ربا
63	لا ضرر ولا ضرار
369	على اليد ما أخذت حتى تؤديه
124	نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر
167	لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه
271	ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
176	نهى رسول الله ﷺ أن يُحتكر
176	من احتكر فهو خاطئ
176، 178	لا يحتكر إلا خاطئ
177	من احتكر على المسلمين طعاما
177	الجالب مرزوق والمحتكر ملعون
181	نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد
181	لا يبيع حاضر لباد، وذروا الناس
181	نهى النبي ﷺ أن تُتلقى الركبان
185	لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق
186	لا تلقوا الجلب فمن تلقاه
186	نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع
174	نهى عن بيع المضطر
204، 313	الدين النصيحة
204	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا
205	ولا تُصروا الإبل والغنم
205، 313	المسلم أخو المسلم

311	يا معشر التجار.. إن التجار يبعثون
244 هـ	غبن المسترسل ظلم
311	عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور
312	إن الصدق يهدي إلى البر، وإن البر
312	التاجر الصدوق الأمين
317	من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فليغيره
318	إن الناس إذا رأوا المنكر لا يغيرونه
318	والذي نفسي بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون
321	ما كان الفحش في شيء قط، إلاّ شأنه
321	من يحرم الرفق يحرم الخير كلّ
322	ليس المؤمن بالطعان ولا اللعان
322	إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث
169	إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ

3- فهرس الأعلام

الصفحة	العلم
22، 123، 172، 129، 184، 182، 187	أحمد
322	أنس
30، 165	أيمن سعد سليم
105، 113، 119، 127	بريرة
125	الترمذي
314	تميم الداري
22، 14، 12، 127، 123، 128، 170، 172، 315، 319	بن تيمية
125	جابر بن عبد الله
188	الجواهري
330	ابن الجوزي
19، 21، 105، 106، 107، 179	ابن حزم
217، 334	حسن جميعي
204	حكيم بن حزام
188	حماد
120، 130، 167، 177، 243	ابن رشد
171	الرويانى
115	زينب الثقفية

188 ، 129 ، 19	أبو زهرة
188	سانو
171	ابن سريح
335 ، 269 ، 166 ، 160 ، 143 ، 26	السنهوري
18	الشاطبي
52	الشوكاني
181	ابن عباس
181 ، 107 ، 16	عبد الله بن عمر
272 ، 115	عبد الله بن مسعود
330	ابن العربي المالكي
141	ابن عرفة
313	عقبة بن عامر الجهني
هامش ص 272	العلائي
311 ، 179 ، 116 ، 115 ، 18	عمر
51	الغزالي
49	ابن فارس
328	الفراء
221	ابن فرحون
188	قدري باشا
170	القدوري
53	القرافي
128 ، 61 ، 22	ابن القيم
170	الكرخي

319	هامش ص	الماوردي
391		محمد عيش
338		مصطفى أحمد الزرقاء
220		ابن مغيث
188		الندوي
318، 204، 171		النوي
126، 16		أبو هريرة
221		الونشريسي

3- فهرس الفروع الفقهية

الصفحة	المسألة
11، 12	التراضي في العقد
12	الوفاء بالعقود
13	الصيغة في عقد الزواج
14، 15، 389	حرية إنشاء العقود
14، 15، 19	حرية الاشتراط
16، 17	الوفاء بالشروط
16	عدم جواز الغدر
48، 55	الشروط في العقود
56، 57	الركن في العقد
60	التعسف في استعمال الحق
61	حكم التعسف
63	منع الضرر
105، 111، 115	النهي عن بيع وشرط
106	اشتراط أن لا خلافة
106	اشتراط الرهن
106	اشتراط أداء الثمن إلى أجل مسمى
106	اشتراط صفات المبيع
107	بيع أصول نخل فيها ثمرة..
108، 113، 117	الشرط الذي يقتضيه العقد
108	الشرط الملائم للعقد
108، 113	الشرط الذي ورد الشرع بجوازه
108	الشرط الذي جرى به العرف
108	الشرط الذي يكون على سبيل بيان الوصف

109	الشرط المؤدي إلى غرر
121، 115، 110	الشرط المؤدي إلى المحذور
126، 111	النهي عن سلف و بيع
111	النهي عن صفقتين في صفقة واحدة
126، 115، 111	النهي عن بيعتين في بيعة
112	النهي عن بيع الحصة وبيع الغرر
112	شرط فيه ضرر
118، 113	شرط فيه مصلحة للعقد
119	شرط فيه منفعة يسيرة
122	شرط مؤدي للجهالة والغرر
125	النهي عن الثنيا حتى تعلم
125	النهي عن شرطين في بيع
311، 126	تحريم الربا
145	العقود المسماة
145	العقود غير المسماة
146	العقد الصحيح
146	العقد غير الصحيح
146	عقود التملكيات
146	عقود المعاوضات
148	العقود العينية
148	العقود غير العينية
148	العقود النافذة
148	العقود الموقوفة
148	العقد اللازم
149	العقد غير اللازم

149	العقد المنجز
149	العقد المضاف
150	العقد المعلق
166	عقد المكره
170	بيع المعاطاة
174	بيع المضطر
174	النهي عن بيع المضطر
174	النهي عن بيع الغرر
174	النهي عن بيع الثمرة قبل أن تدرك
175	بيع التلحئة
176	النهي عن احتكار الطعام
181	لا يبيع حاضر لباد
185	النهي عن تلقي السلع
312، 204	الدين النصيحة
204	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا
205	النهي عن جمع اللبن في ضرع الحيوان (التصيرية)
220	توثيق العقود وكتابتها
242	الغبن في العقد
268	تفسير العقد
310	تحريم الغش في المعاملة
312، 311	الصدق في التجارة
317، 316، 315	الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
322	الدين والرفق في المعاملة
322	تحريم التجسس
337	الشرط الجزائي

356	شروط استحقاق الشرط الجزائي
369	تخفيض الشرط الجزائي
369	زيادة الشرط الجزائي
388	التأمين التعاوني
388	التأمين التجاري
389	ضمان خطر الطريق
389	عقد الحراسة
390	عقد المولاة
388	جواز التأمين التعاوني
393	تحريم التأمين على النفس
393	تحريم التأمين على البضائع التجارية والأموال
393	تحريم التأمين التجاري

4- فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً: كتب الشريعة الإسلامية

أ. كتب التفسير

- 1- الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421 هـ / 2001م.
- 2- ابن الجوزي، جمال الدين عبد الرحمان بن علي، زاد المسير في علم التفسير ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1407هـ/1987م.
- 3- ابن العربي، أبو بكر بن عبد الله المعروف، أحكام القرآن، تحقيق علي مجد اليجاوي، دار الخليل، بيروت، لبنان، د ت ط.
- 4- السيد الإمام محمد رشيد رضا، (1935م)، تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1991م .
- 5- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد فتح القدير، الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1996م.
- 6- الطبري، أبي جعفر محمد بن جرير ، (310هـ) ، تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية، 1997م .
- 7- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن ، (ت 671 هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة ، 1996م .
- 8- ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل، (774هـ)، تفسير القرآن العظيم، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1996م.

ب. كتب الحديث الشريف وشروحه:

- 9- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، السنن الصغرى، تحقيق بهجة يوسف حمد أبو الطيب، دار الجيل، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى ، 1995م .
- 10- البخاري، الجامع الصحيح، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1400.
- 11- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، السنن الكبرى ، (ت 458هـ)، دار المعرفة، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1344 هـ .

- 12- بن حبان، علاء الدين بن بلبان الفارسي، صحيح بن حبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1414 هـ/1993م.
- 13- الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام، سنن الدارمي، دار المغني، السعودية، الطبعة الأولى، 1420 هـ/2000م.
- 14- أبو داود، سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الإمام دار الجليل، بيروت، 1992م.
- 15- الدار قطني، علي بن عمر علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424 هـ/2004م.
- 16- بن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (ت463هـ)، تحقيق أسامة بن إبراهيم، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1999م.
- 17- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق بشار عماد معروف، دار الجليل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414 هـ/1998م.
- 18- مالك بن أنس، الموطأ، دار الحديث، القاهرة، 2004.
- 19- المباركفوري أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ت ط.
- 20- مسلم، الجامع الصحيح.
- 21- النووي، صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، دار الفكر العربي، بيروت، 1995.
- 22- النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ج. كتب الفقه وأصوله:**
- 23- أحمد ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، الطبعة الثالثة، 1426 هـ/2005م.
- 24- الأزهرى، عبد السميع الآلي، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1995م.

- 25- الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميدعي، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1424 هـ / 2003 م.
- 26- الإيجي عضد الدين عبد الرحمن، شرح مختصر منتهى الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- 27- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1409 هـ / 1989 م.
- 28- البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ / 1997 م.
- 29- البغدادي، عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 30- الخرخشي أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل، (ت1101هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت ط .
- 31- الدردير، أحمد بن محمد العدوي، حاشية الدسوقي، للإمام العلامة الشيخ محمد بن أحمد عرفة الدسوقي المالكي على الشرح الكبير، (1201هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996 م.
- 32- الديسي، أبو القاسم محمد الحفناوي بن الشيخ بن أبي القاسم بن سيدي إبراهيم، تعريف الخلف برجال السلف، مؤسسة الرسالة، المكتبة العتيقة، القسم الأول، بدون طبعة.
- 33- الرصاع التونسي، أبو عبد الله محمد الأنصاري، المشهور شرح حدود بن عرفة، 1992.
- 34- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414 هـ / 1993 م.
- 35- السيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ / 1998 م.
- 36- الشاطبي، إبراهيم بن موسى أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، شرحه عبد الله درّاز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 37- طاش كبرى زادة، أحمد بن مصطفى الشهرير، مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1985 .

- 38- ابن عابدين ، محمد أمين، رد المختار على الدرّ المختار ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1994.
- 39- عرفة، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د ط، د ت ط.
- 40- الغزالي، أبو محمد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1419هـ/1998م.
- 41- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.
- 42- الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبد القوي، مختصر الروضة، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1407 هـ / 1987م.
- 43- الفراء الحنبلي، أبو يعلى محمد بن الحسن، الأحكام السلطانية، تعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1403 هـ / 1983 م.
- 44- الفتوحي الحنبلي، محمد أحمد عبد العزيز، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي، نزيه جماد، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1413 هـ / 1993 م.
- 45- القرافي، تنقيح الفصول في اختصار المحصول، تحقيق محمد عبد الرحمن الشاغول، دار السعادة، القاهرة، مصر، 2005 م.
- 46- ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـ/1996م.
- 47- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، الطبعة الأولى، 1409هـ/1989م.
- 48- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق محمد علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994.

49- النيسابوري، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، المستدرک علی الصحیحین، دار الکتب العلمیة، بیروت، لبنان.

50- الونشریسی، أبو العباس أحمد بن یحیی بن عبد الواحد، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنی اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق (مخطوط).

د. کتب حدیثة فی الفقه الإسلامی

51- أسامة السید عبد السمیع، الحسبة فی الإسلام ودورها فی حماية المستهلك، دار الکتب القانونیة، القاهرة، مصر، 2011.

52- أسامة عبد العلیم الشیخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار فی نطاق المعاملات المالیة والأعمال الطبیة المعاصرة فی الفقه الإسلامی والقانون الوضعی، دار الجامعیة الجدیة، الإسكندیة، مصر، د ط، 2007 م.

53- الحیب بن طاهر، الفقه المالکی وأدلته، مؤسسة المعارف، بیروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1430 هـ/2009 م .

54- رمضان علی الشریاصی، النظریات العامة فی الفقه الإسلامی، دار الجامعة الجدیة للنشر، الإسكندیة، مصر، 2003 م .

55- شبیر محمد عثمان، صیانة المدیونات ومعالجتها فی الفقه الإسلامی، دار النفائس للنشر والتوزیع، عمان، الأردن، 1418 هـ/1998 م.

56- صبحی محمصانی، فلسفة التشریع فی الإسلام، دار العلم للملایین، بیروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1961.

57- صبحی محمصانی، النظریة العامة للموجبات والعقود فی الشریعة الإسلامیة، دار العلم للملایین، بیروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1983.

58- عثمان بابکر أحمد، قطاع التأمین فی السودان، البنك الإسلامی للتنمیة، المعهد الإسلامی للبحوث والتدریب، 1418 هـ.

59- فتحي الدرنی، نظریة التعسف فی استعمال الحق فی الفقه الإسلامی، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، 1988.

- 60- أبو الفضل هانىء الحديدي المالكي الإسكندري، التأمين أنواعه المعاصرة، دار العصماء، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1429هـ/2012م.
- 61- القره داغي علي محي الدين، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، دار البشائر الإسلامية للطباعة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.
- 62- القره داغي علي محي الدين، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1428 هـ / 2007م.
- 63- ماجد أبو رحية، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الاحتكار دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن.
- 64- عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الوضعي، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
- 65- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1418هـ/1997م.
- 66- عبد الكريم بن علي النملة، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1417 هـ / 1996 م .
- 67- عبد اللطيف محمود آل محمود، التأمين الاجتماعي في ظل الشريعة الإسلامية، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.
- 68- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1423 هـ / 2003م.
- 69- عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم، مكتبة الاقتصاد الإسلامي، مصر، الطبعة الأولى، 1398هـ/1978م.
- 70- المحمدي أحمد أبو عيسى، النظرية العامة للاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2004.
- 71- محمد خضر بك، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، 1389 هـ / 1969م.
- 72- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.

- 73- محمد سلام مدكور، المدخل للفقہ الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1425هـ/2005م.
- 74- محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الأسس والقواعد التي تحكم النشاط التجاري في الإسلام، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998.
- 75- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الميساوي، دار النفائس، عمان، الأردن، 2001.
- 76- محمد مدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلام دار أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1419هـ/1999م.
- 77- مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة التاسعة.
- 78- مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 1989م.
- 79- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 80- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1406 هـ / 1986م.
- 81- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م.
- 82- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.
- 83- يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- 84- يوسف القرضاوي، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1422هـ/2002م.
- 85- هيئة كبار العلماء المسلمين، الشرط الجزائي، دار الآثار، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م.

ثانياً: كتب السير والتراجم

- 86- ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ/1997م.
- 87- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1992م.
- 88- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، (ت852هـ)، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1995م.
- 89- ابن خلكان، شمس الدين أحمد أبو العباس، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق، إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان، 1977م.
- 90- الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة 11، 1995.
- 91- السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلوة، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، (6/189).
- 92- ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري المعروف، الطبقات الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1997م.
- 93- شمس الدين محمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1986م.
- 94- الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك، الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرناؤوط، تركي مصطفى، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1420-2000م.
- 95- ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق مأمون بن محي الدين جنان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417 هـ/1996م.
- 96- ابن عساكر، تاريخ مدينة دمشق، دار الفكر، بيروت، 1995.
- 97- ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1992م.

98- مخلوف محمد بن محمد ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، دت ط.

ثالثا: المعاجم والقواميس

99- الجوهري إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1990 م.

100- جبرار كورنار، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1998.

101- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، د ط، 1399هـ.

102- الفراهيدي، الخليل بن أحمد، العين، تحقيق عبد الحميد الهنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ-2003م، (240/1).

103- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1994 م.

104- الفيروز آبادي، مجد الدين بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي ، القاموس المحيط، دار الكتب العلميّة ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، 1995 .

105- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ، بيروت ، لبنان ، طبعة جديدة ، 1995 م .

رابعا: الكتب القانونية

106- إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1985.

107- أحمد إبراهيم حسن، الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.

108- أحمد عبد الرحمن فايز، الشروط التعسفية في وثائق التأمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

- 109- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- 110- أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2013.
- 111- أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
- 112- أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 113- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
- 114- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 115- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- 116- جديدي معراج، مدخل إلى دراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2004.
- 117- جلال العدوي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، 1993.
- 118- جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2010.
- 119- جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.
- 120- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 121- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك . الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 122- حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008.

- 123- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد.
- 124- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997.
- 125- حسام الدين كمال الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
- 126- خالد جمال أحمد حسن، الوسيط في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1424هـ / 2004م.
- 127- الدليمي محمد عبد الله، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1998م.
- 128- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 129- سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1999.
- 130- سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م.
- 131- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1990.
- 132- السيد محمد عمران السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986.
- 133- شويحة زينب، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09، دار أسامة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
- 134- عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 135- عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 1999.

- 136- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 137- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- 138- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1998.
- 139- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2011.
- 140- عبد الفتاح القاضي، مذكرات التوثيق الشرعية، مقرر على طبعة السنة أولى من قسم تخصص القضاء الشرعي بكلية الشريعة الإسلامية بمصر، (1934-1935).
- 141- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة السادسة، 2001.
- 142- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.
- 143- عبد المنعم البدر اوي، التأمين في القانون المصري والمقارن، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1957.
- 144- عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مطبعة جامعة طنطا، مصر، 2009.
- 145- علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 146- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 م.
- 147- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 148- فاضلي يوسف، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، قصر الكتاب، بلدية، الجزائر، د ط، 2007 م.
- 149- محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968.

- 150- محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002م.
- 151- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008م.
- 152- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 153- محمد حسين منصور، قانون الإثبات وطرقه، الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، طبعة 2002.
- 154- محمد أبو سعد شتا، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 155- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 156- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004م.
- 157- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء، دار هومة، الطبعة الأولى، سنة 2008.
- 158- محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2008.
- 159- محمود عبد الرحمن محمد، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، د ت ط.
- 160- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008.
- 161- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 2009م.
- 162- منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، بيروت، لبنان، 2002.

- 163- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري و دار زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى، 2011.
- 164- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002م.
- 165- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1982.
- 166- همام محمد محمود زهران، الوجيز الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر طبعة، 2003 .
- 167- وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2009.

خامسا: الرسائل العلمية

أ- الدكتوراة:

- 168- حميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، معهد الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.
- 169- رشوان حسن رشوان حسن أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، 1994، جامعة القاهرة، مصر.
- 170- محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005/2002.
- 171- محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراة، عين شمس، مصر، 1992.
- 172- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1425/1425 هـ.

ب- الماجستير:

- 173- أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى، 1431 هـ/2010م.
- 174- أحمد يحيىوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010/2011.
- 175- جرعود الياقوت ، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001/2002.
- 176- حدوم ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000/2001.
- 177- دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ، 2011 - 2012.
- 178- راضية العطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010/2011م.
- 179- الطاهر مهاوة، التأمين في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 1988/1989.
- 180- عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مخطوطة، كلية الحقوق ،جامعة القاهرة، 1983م.
- 181- عززي جميلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2002/2003.
- 182- فهيمة نصري، جمعيات حماية المستهلك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2004.
- 183- لخضر حليس، تقييد الإرادة في مفهومها. مذكرة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، 2010.
- 184- لعشب محفوظ بن حامد، عقود الإذعان في القانون الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990م.
- 185- محمد علو شيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، دار الأمة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1417 هـ / 1997م.

186- محمد المهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2006/2005.

187- محمد مرعي صعب، البند الجزائي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2006م.

188- مخلوف داودي، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري و أحكام الشريعة الإسلامية . دراسة مقارنة . رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1431هـ/ 2010م.

189- منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008

190- نجارى عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، 1983م.

191- هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2014.

سادسا: الدوريات

192- أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المحففة فيها، مجلة الحقوق، السنة السادسة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس- يونيو 1992/ شعبان- ذو القعدة، 1412 هـ

193- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، المغرب، العدد الثالث، 2003.

194- إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد 16 ، 2003.

195- إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعدم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ديسمبر 2006م.

196- بورييس زيدان، الطرق و الإجراءات العملية لتحديد العقد التوثيقي، مجلة الموثق، العدد 5، سنة 2002.

- 197- تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، كلية الشرطة، العدد 20، 2009.
- 198- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد.
- 199- سباغ محمد، التوثيق والعقود الرسمية، مجلة الموثق، العدد 5، ديسمبر 1998.
- 200- عبد القادر بوتشنت، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان أمن المستهلك، مجلة العلوم القانونية، جامعة مختار باجي، عنابة، العدد 12، 2008.
- 201- عبد الله بن محمد المطلق، عقد التوريد، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، العدد 10، 1414هـ/1993م.
- 202- العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، العدد 4، سنة 1992.
- 203- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، العدد 54.

سابعا: القوانين والمراسيم

- 204- القانون المدني الجزائري.
- 205- القانون المدني المصري.
- 206- قانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 22 ماي 2001 يعدل و يتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في: 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف. ج ر عدد 22.
- 207- القانون رقم: 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 يحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، ل 72 يونيو سنة 2004.
- 208- القانون رقم: 06-02 المتعلق بالتوثيق، المؤرخ في 20 فبراير 2006.
- 209- القانون رقم: 06-04 المؤرخ في 21 محرم سنة 1427 الموافق 20 يناير سنة 2006 يتعلق يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 والمتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 15، ل 12 مارس 2006.

210-القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر عدد 21 المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1423 هـ ، الموافق 23 أبريل 2008.

211-القانون 03-09: المتعلق بتحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 08 مارس 2009م، ج ر عدد 15، لـ 08 مارس 2009.

212-القانون رقم 11-04 المؤرخ في: 14 ربيع الأول 1432هـ الموافق 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. ج ر عدد 14، لـ 06 مارس 2011

213-القانون رقم: 12-02 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012 يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 33، لـ 15 يناير 2012 .

214-الأمر رقم: 95 - 07، المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 يتعلق بالتأمينات. ج ر عدد 13، لـ 08 مارس 1995 .

215-المرسوم التنفيذي رقم: 12-355 المؤرخ في 16 ذي القعدة 1433هـ الموافق لـ 02 أكتوبر 2012م، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، ج ر عدد 56، لـ 11 أكتوبر 2012 .

216-المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 ،المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات ج ر، عدد40

217-المرسوم التنفيذي رقم: 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف. ج ر عدد 21، لـ 08 ماي 1991، معدل بالقانون 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001. ج ر عدد 29، لـ 23 ماي 2001. وبالقانون 02-10.

218- المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المؤرخ في 17 شعبان سنة 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006. يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. ج ر عدد 56، لـ 11 سبتمبر 2006.

219- المرسوم التنفيذي رقم: 13-378 المؤرخ في 05 محرم 1435هـ الموافق 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ج ر عدد 58، ل 18 نوفمبر 2013، ص 08.

220- قانون الاستهلاك المصري.

221- قانون الاستهلاك المغربي.

ثامنا: الانترنت

222- Droitcivil.over-blog.com/article-5144865.html

منير البصري و أحمد المنصوري ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

6- فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
-	الإهداء
-	الشكر
أ.ز	مقدمة
195.1	الباب الأول الإطار المفاهيمي للشروط التعسفية في العقود
45-3	الفصل الأول أصول مشكلة الشروط التعسفية في العقود
5	المبحث الأول: أسباب ظهور مشكلة الشروط التعسفية في العقود
5	المطلب الأول: الاستناد إلى مبدأ سلطان الإرادة
5	الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة في النظم القانونية الوضعية
8	الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة
11	الفرع الثالث: مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية
22	الفرع الرابع: موازنة بين الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية في هذه المسألة
23	المطلب الثاني: اختلال التوازن المعرفي بين طرفي العقد
29	المطلب الثالث: أثر نماذج العقود على انتشار الشروط التعسفية
29	الفرع الأول: التعريف بنماذج العقود
31	الفرع الثاني: أسباب انتشار العقود النموذجية
32	الفرع الثالث: تقدير نماذج العقود
34	المبحث الثاني: تطور التنظيم التشريعي للشروط التعسفية
34	المطلب الأول: التطور التاريخي للنصوص التشريعية المنظمة لها
38	المطلب الثاني: نطاق تطبيق النصوص المنظمة للشروط التعسفية
38	الفرع الأول: من حيث طبيعة العقود وشكلها
41	الفرع الثاني: من حيث طبيعة الأشخاص
45	خلاصة الفصل الأول

102.46	الفصل الثاني ماهية الشروط التعسفية في العقود
48	المبحث الأول: تعريف الشروط التعسفية في العقود
48	المطلب الأول: تعريف الشرط
48	الفرع الأول: الشرط في الاصطلاح اللغوي
50	الفرع الثاني: الشرط في اصطلاح الأصوليين
56	الفرع الثالث: الفرق بين الركن والشرط
57	الفرع الرابع: الشرط في الاصطلاح القانوني
60	المطلب الثاني: تعريف التعسف
60	الفرع الأول: التعسف في الاصطلاح اللغوي
60	الفرع الثاني: التعسف في الاصطلاح الشرعي
61	الفرع الثالث: التعسف في الاصطلاح القانوني
61	الفرع الرابع: حكم التعسف في الشريعة الإسلامية
64	الفرع الخامس: التعسف في القانون المدني الجزائري
66	المطلب الثالث: تعريف الشرط التعسفي
66	الفرع الأول: التعريف الفقهي
67	الفرع الثاني: التعريف التشريعي
74	المبحث الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية وتمييزها عن الشروط الأخرى
74	المطلب الأول: معايير تحديد الشروط التعسفية
74	الفرع الأول: معايير تحديد الشروط التعسفية في فرنسا
78	الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري
85	المطلب الثاني: تمييز الشروط التعسفية عما يشابهها من شروط
85	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بشكل العقد
85	الفرع الثاني: الشروط المخالفة لنصوص أمرة في القانون
86	الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بأركان العقد، والشروط المالية
87	الفرع الرابع: الشروط التنظيمية

89	المطلب الثالث: تعدد أنواع الشروط التعسفية
89	الفرع الأول: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد
90	الفرع الثاني: الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد
90	الفرع الثالث: الشروط التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ الالتزامات المتعاقدية
93	المطلب الرابع: تحديد الشروط التعسفية
93	الفرع الأول: تحديد الشروط التعسفية بواسطة المشرع
99	الفرع الثاني: تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة مختصة
101	الفرع الثالث: تحديد الشروط التعسفية بواسطة القضاء
102	خلاصة الفصل الثاني
103	الفصل الثالث التكييف الشرعي للشروط التعسفية
105	المبحث الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية والحنفية والشافعية
105	المطلب الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية
108	المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية
108	الفرع الأول: الشروط الصحيحة
109	الفرع الثاني: الشروط الفاسدة
112	الفرع الثالث: الشروط الباطلة
113	المطلب الثالث: الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية
113	الفرع الأول: الشروط الصحيحة
114	الفرع الثاني: الشروط الباطلة
117	المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية والحنابلة
117	المطلب الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية
117	الفرع الأول: الشروط الصحيحة
120	الفرع الثاني: الشروط الباطلة
123	المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة
123	الفرع الأول: الشروط الصحيحة

125	الفرع الثاني: الشروط الباطلة
127	الفرع الثالث: الشروط المقترنة بالعقد عند ابن تيمية
129	الفرع الرابع: المقارنة والترجيح
134	خلاصة الفصل الثالث
192-135	الفصل الرابع الشروط التعسفية في عقود الإذعان
137	المبحث الأول: تعريف العقد وأقسامه
137	المطلب الأول: تعريف العقد
137	الفرع الأول: العقد في الاصطلاح اللغوي
138	الفرع الثاني: العقد في الاصطلاح الشرعي
139	الفرع الثالث: العقد في الاصطلاح القانوني
139	الفرع الرابع: مقارنة بين التعريف في الاصطلاح الشرعي والاصطلاح القانوني
141	المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالعقد
141	الفرع الأول: العقد والوعد
142	الفرع الثاني: العقد والالتزام
143	الفرع الثالث: العقد والتصرف
144	الفرع الرابع: العقد والاتفاق
145	المطلب الثالث: أقسام العقود في الفقه الإسلامي وعند المشرع والفقه القانوني
145	الفرع الأول: أقسام العقود في الفقه الإسلامي
151	الفرع الثاني: أقسام العقود عند المشرع وفي الفقه القانوني
159	المبحث الثاني: ماهية عقود الإذعان
159	المطلب الأول: التعريف بعقود الإذعان وطبيعتها
159	الفرع الأول: الإذعان في الاصطلاح اللغوي
159	الفرع الثاني: الإذعان في الاصطلاح القانوني
162	الفرع الثالث: طبيعة عقود الإذعان
164	المطلب الثاني: تمييز عقد الإذعان عن غيره من العقود المشابهة

164	الفرع الأول: تمييز عقد الإذعان عن العقد الجبري
165	الفرع الثاني: تمييز عقد الإذعان عن العقد النموذجي
166	المبحث الثالث: التكييف الشرعي لعقود الإذعان
170	المطلب الثاني: عقود الإذعان وبيع المعاطاة
174	المطلب الثالث: عقود الإذعان وبيع المضطر
175	المطلب الرابع: عقود الإذعان وبيع التلجئة
176	المطلب الخامس: عقود الإذعان والاحتكار
181	المطلب السادس: عقود الإذعان وبيع حاضر لعمودي (لباد)
185	المطلب السابع: عقود الإذعان وبيع تلقي الركبان
188	المطلب الثامن: آراء الفقهاء المعاصرين في عقود الإذعان
189	المبحث الرابع: ركن الرضا في عقود الإذعان
189	المطلب الأول: الإيجاب والقبول في عقود الإذعان
189	الفرع الأول: الإيجاب و القبول اصطلاحا
192	الفرع الثاني: الإيجاب في عقود الإذعان
193	الفرع الثالث: القبول في عقود الإذعان
195	خلاصة الفصل الرابع
402-196	الباب الثاني الحماية من الشروط التعسفية في عقد المعاوضة
231 -198	الفصل الأول الحماية القبلية من الشروط التعسفية
199	المبحث الأول: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام
200	المطلب الأول: التعريف بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام
200	الفرع الأول: في الاصطلاح اللغوي
200	الفرع الثاني: في اصطلاح فقهاء القانون
203	الفرع الثالث: الالتزام قبل التعاقد في الشريعة الإسلامية
205	المطلب الثاني: مبررات نشأة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام
208	المطلب الثالث: التمييز بين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام وبعض الالتزامات الأخرى

	المشاهدة.
208	الفرع الأول: التمييز بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام التعاقدي بتقديم الاستشارات الفنية
209	الفرع الثاني: التمييز بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام التعاقدي بالإعلام
209	الفرع الثالث: التمييز بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام بالتحذير
211	المطلب الرابع: محل الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وجزء تخلفه
211	الفرع الأول: محل الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام
213	الفرع الثاني: بعض تطبيقات الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام
206	الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام
219	المبحث الثاني: اشتراط الشكلية في بعض العقود
220	المطلب الأول: التوثيق في الاصطلاح اللغوي والشعري والقانوني
220	الفرع الأول: التوثيق في الاصطلاح اللغوي
220	الفرع الثاني: التوثيق في الاصطلاح الشعري
222	الفرع الثالث: التوثيق في الاصطلاح القانوني
223	المطلب الثاني: تحرير العقد التوثيقي وإضفاء الصيغة الرسمية
226	المطلب الثالث: تدخل المشرع بإلزام المتعاقدين بإدراج بعض الشروط لتوقي آثار التعسف
228	المطلب الرابع: محاربة الشروط التعسفية عن طريق نظام القائمة
228	الفرع الأول: القائمة المنصوص عليها في القانون رقم 04-02
229	الفرع الثاني: القائمة المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 06-306
231	خلاصة الفصل الأول
279-232	الفصل الثاني الحماية القضائية والتشريعية من الشروط التعسفية في العقود
234	المبحث الأول: سلطة القضاء في مراجعة الشروط التعسفية
234	المطلب الأول: قصور بعض المبادئ العامة في القانون في مواجهة الشروط التعسفية
234	الفرع الأول: دور مبدأ حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية

238	الفرع الثاني: اعتماد نظرية السبب لمواجهة الشروط التعسفية
242	الفرع الثالث: دور الغبن في مواجهة الشروط التعسفية
248	المطلب الثاني: سلطة القضاء في تفسير الشروط التعسفية و تعديلها أو استبعادها وترتيب الجزاءات
249	الفرع الأول: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية
254	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها
255	الفرع الثالث: الجزاء المدني والجزائي العقابي
262	المبحث الثاني: الحماية التشريعية للطرف المدعن من الشروط التعسفية
263	المطلب الأول: إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها
268	المطلب الثاني: إمكانية تدخل المشرع في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان
268	الفرع الأول: تفسير العقد في الفقه الإسلامي
273	الفرع الثاني: تفسير العقد في القانون
277	الفرع الثالث: الاستثناء وتفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعن
279	خلاصة الفصل الثاني
325-280	الفصل الثالث دور أجهزة الدولة وجمعيات حماية المستهلك في الحماية
282	المبحث الأول: دور جمعيات حماية المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية
282	المطلب الأول: الأساليب العامة لحماية المستهلك عن طريق جمعيات حماية المستهلكين
282	الفرع الأول: الإعلام والتحسيس
284	الفرع الثاني: جمع المعلومات على المنتج
285	الفرع الثالث: الدعوة للمقاطعة
286	المطلب الثاني: حق جمعيات حماية المستهلكين في رفع الدعاوى القضائية
286	الفرع الأول: في القانون الفرنسي
290	الفرع الثاني: في القانون المصري
292	الفرع الثالث: في القانون الجزائري

300	المبحث الثاني: دور لجنة الشروط التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية
300	المطلب الأول: لجنة الشروط التعسفية في فرنسا
300	الفرع الأول: التعريف بلجنة الشروط التعسفية
302	الفرع الثاني: مهام لجنة الشروط التعسفية
303	المطلب الثاني: لجنة الشروط التعسفية في الجزائر
304	الفرع الأول: الدعوة إلى الانعقاد
305	الفرع الثاني: مهام لجنة البنود التعسفية
306	المطلب الثالث: دور المجلس الوطني لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية
306	الفرع الأول: التعريف بالمجلس واختصاصاته
307	الفرع الثاني: تشكيلة المجلس
310	المطلب الرابع: مواجهة الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية من خلال القواعد العامة
310	الفرع الأول: بعض القواعد التي تؤدي إلى الحماية من الشروط التعسفية
315	الفرع الثاني: دور الحسبة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية
325	خلاصة الفصل الثالث
402-326	الفصل الرابع: ماهية الشروط الجزائية والشروط التعسفية في عقد التأمين
328	المبحث الأول: التعريف بالشرط الجزائي وطبيعته القانونية
328	المطلب الأول: التعريف بالشرط الجزائي
328	الفرع الأول: الشرط في الاصطلاح اللغوي والشرعي والقانوني
328	الفرع الثاني: الجزء في الاصطلاح اللغوي والشرعي والقانوني
334	الفرع الثالث: الشرط الجزائي في الاصطلاح القانوني
337	الفرع الرابع: في الاصطلاح الشرعي
339	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي
339	الفرع الأول: النظريات الفقهية القانونية وموقف المشرع الجزائري منها
343	المطلب الثالث: خصائص الشرط الجزائي وتمييزه عن أنظمة قانونية مشابهة له

343	الفرع الأول: خصائص الشرط الجزائي
347	الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة له
352	المبحث الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي ومواجهة التعسف الناجم عنه
352	المطلب الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين
352	الفرع الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون الجزائري
356	الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي
359	الفرع الثالث: موازنة بين شروط استحقاق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
362	المطلب الثاني: مواجهة التعسف الناجم عن الشروط الجزائية
365	المطلب الثالث: سلطة القاضي تجاه الشرط الجزائي في القانون و الفقه الإسلامي
365	الفرع الأول: سلطة القاضي تجاه الشرط الجزائي في القانون الجزائري
369	الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تدخل القضاء لتعديل الشرط الجزائي
371	المبحث الثالث: الشروط التعسفية في عقد التأمين
371	المطلب الأول: التعريف بعقد التأمين وخصائصه
371	الفرع الأول: في التشريع
373	الفرع الثاني: في الفقه القانوني
374	الفرع الثالث: خصائص عقد التأمين
381	المطلب الثاني: التراضي في عقد التأمين
381	الفرع الأول: طرفا العقد
382	الفرع الثاني: عناصر عقد التأمين
388	المطلب الثالث: أقوال الفقهاء المعاصرين في التأمين
394	المطلب الرابع: بعض الشروط التعسفية في عقد التأمين
394	الفرع الأول: الالتزام بإعلان بزيادة الخطر أو تفاقمه
397	الفرع الثاني: بطلان الشروط التعسفية في عقود التأمين
402	خلاصة الفصل الرابع

403	خاتمة
408	فهرس الآيات القرآنية
411	فهرس الأحاديث والآثار
415	فهرس الأعلام
417	فهرس المصادر والمراجع
437	فهرس الموضوعات
-	ملخص البحث بالعربية والانجليزية والفرنسية

ملخص البحث باللغة العربية

إن الأصل الذي تقوم عليه العقود في الشريعة الإسلامية هو التراضي بين طرفي العقد، وإذا اختل هذا الركن المهم فإنه يفسد ولا تترتب عليه أية آثار، وقد انتشرت في وقتنا الحاضر أنواع من العقود مقتزنة بشروط مجحفة وتعسفية تؤثر على هذا الركن، كذلك انتشر ما يسمى بعقود الإذعان التي ينفرد فيها الطرف الأقوى الذي يقدم خدمة أو سلعة محتكرة بفرض شروطه التي في الغالب ما تحققه له مصلحته، وتضر دائما بالقابل، الذي ينحصر دوره في إبرام العقد في القبول أو الرفض.

والإرادة في الشريعة الإسلامية هي التي تنشأ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع وليس العاقد. خلافا لما يراه أهل القانون حيث أن إرادة الطرفين هي المحددة مضمون وأحكام العقد، بالإضافة إلى آثاره.

والمشروع الجزائري قام بتعريف الشروط التعسفية وتحديدتها ووضع قائمة سوداء وقائمة رمادية تتضمن هذه الشروط، وقد كان المعيار الذي أخذ به هو معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد وهو ما تبناه المشروع الفرنسي وما جاء في التعليمات الأوربية بخصوص ذلك. وبالنظر إلى القانونون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وهذا المعيار وهو معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد هو الذي تبناه المشروع الجزائري نقلا عن المشروع الفرنسي، لتقدير تعسف الشروط وإجحافها.

وتعتبر الشروط التعسفية من الشروط الباطلة وحكم هذه الشروط الباطلة، أنها قد تكون شروط باطلة مبطللة للعقد، كالشرط الذي يناقض مقصود العقد، وينافي مقتضاه منافاة تامة، أو الشرط الذي يخل بالثمن، أو شرط يؤدي إلى محذور شرعي كمن باع داراً، واشترط على المشتري اتخاذها مجتمعا لأهل الفساد. أو الشرط المؤدي للجهالة أو الغرر. وهناك شروط باطلة تلغى، ويمضي بها العقد كأن يشترط البائع على المشتري إسقاط حقه في الجائحة تصيب الثمر أو الزرع بعد بدو صلاحه وقبل طيبه

. عقد الإذعان حكمه الإباحة، وأما الشروط التي يضعها أحد الطرفين في هذه العقود فإنها تخضع لما تخضع له كافة الشروط في الإسلامواشتمال عقد الإذعان على أي صورة من صور الاستغلال للطرف الضعيف كالشروط التعسفية أو الاحتكار يعد نوع من أنواع الظلم، ويوجب الإثم مع بطلان هذه الشروط.

- إن الشريعة الإسلامية تتضمن الأساس القوي لتدخل القاضي في مجال العقد وتعديله بسبب الإذعان إذا تضمن شروطا من شأنها المساس بالتوازن المطلوب بين الأداءات المتبادلة فيه وهو ما يسجل للفقهاء الإسلامي قصب السبق في محاربة الإذعان والتعسف والعمل على إيجاد التوازن العادل بين الأداءات المتبادلة في المعاوضات دون غبن أو ظلم.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

Abstract:

The abusive conditions in netting contract in Islamic Fiqh and positive law

The basis of contracts Islamic Sharia is consensus between the two parts of the contract. If there is a disequilibrium in this very important part , the contract is null and does not produce any effects. Nowadays , there are a lot of contracts that contain many unfair conditions which affect that part.

Also there are what we call adhesion contracts in which the more powerful part which gives a service or a merchandise that it posses in a unique way puts out the conditions that goes best with its interests and makes many damages to the other part that has no solution :either it accepts or refuses the contract .

As a general rule , the contract has an equilibrium between the two parts , a matter that is being a subject to discussion. The two parts are allowed to insert all the conditions that they want in so far as they are legal. The great economical and social developments that the world know have led to a big development in industry and the needs of people. This led to a disequilibrium in the contracts which is generally in the benefit of the seller.

-Clarifying the position of Sharia and law in what concerns the abusive conditions and adhesion contracts.

-The widespread of this conditions that are abusive and leads to a disequilibrium in what the contractor gives and what he receives.

-What Islamic Fiqh holds as being realistic especially in monetary deals.

-Putting out the Fiqh dispositions is very important and necessary in new matters.

In this research , I have come to the following results:

-The principle of the sovereignty of the will is one of the vital principles of Islamic Fiqh .We can state out this from the Quranic verses and the sayings of the Prophet that made the consensus the principle of monetary deals.

-The will in Islamic Sharia constructs the contract only , but the dispositions of the contracts are organized by the legislator not the contractor , in opposition to what the laws take into consideration :the will of the contractors is the only determiner of the content and dispositions of the contract.

-The protection from the abusive conditions is put out because of the weakness of the contractor and his lack of experience.

-According the law 04-02 that establishes the rules of commercial activities, the abusive condition is a disposition or condition alone or combined with another disposition or condition and that can affect the equilibrium of rights and duties of the parts of the contract.

Praise be to Allah

ملخص البحث باللغة الفرنسية

résumé :

Les conditions abusives dans un contrat en Fiqh islamique et le droit positif déloyales qui affectent cette partie .

Il ya aussi ce que nous appelons des contrats d'adhésion dans laquelle la partie la plus puissante qui donne un service ou une marchandise qu'il possession d'une manière unique met les conditions qui va le mieux avec ses intérêts et fait beaucoup de dommages-intérêts à l'autre partie qui n'a pas de solution : soit il accepte ou refuse le contrat .

En règle générale , le contrat a un équilibre entre les deux parties , une question qui est d'être un sujet de discussion . Les deux parties sont autorisés à insérer l'ensemble des conditions qu'il souhaite dans la mesure où elles sont légales . Les grands développements économiques et sociaux que le monde connaissent ont conduit à un grand développement dans l'industrie et les besoins des personnes . Cela a conduit à un déséquilibre dans les contrats qui est généralement à l'avantage du vendeur.

et le droit positif

Aujourd'hui, il ya beaucoup de contrats qui contiennent de nombreuses conditions déloyales qui affectent cette partie .

Il ya aussi ce que nous appelons des contrats d'adhésion dans laquelle la partie la plus puissante qui donne un service ou une marchandise qu'il possession d'une manière unique met les conditions qui va le mieux avec ses intérêts et fait beaucoup de dommages-intérêts à l'autre partie qui n'a pas de solution : soit il accepte ou refuse le contrat .

Cet objet est important pour ce qui suit:

- Clarifier la position de la charia et du droit en ce qui concerne les conditions abusives et les contrats d'adhésion .- La généralisation de ces conditions qui sont abusifs et conduit à un déséquilibre en ce que l'entrepreneur donne et ce qu'il reçoit .

Qu'est - Fiqh islamique détient aussi être réaliste en particulier dans les offres monétaires .

- Mettre les dispositions du fiqh est très important et nécessaire dans de nouvelles questions .

- Le principe de la souveraineté de la volonté est l'un des principes essentiels de Fiqh islamique . Nous pouvons affirmer ce à partir des versets du Coran et les paroles du Prophète qui ont fait le consensus le principe des transactions monétaires .

- Selon la loi 04-02 qui établit les règles d'activités commerciales , la condition abusive est une disposition ou d'une condition , seul ou combiné avec une autre disposition ou condition et qui peut affecter l'équilibre des droits et obligations des parties du contrat .
contrats d'adhésion.

-La charia islamique contient une base solide pour le juge de s'immiscer dans le contrat et le modifier si il ya des conditions qui affectent l'équilibre entre les contractants.

University Hadj lalhdarof Batna
Faculty of humanities, social sciences
and Islamic sciences
Department of Islamic sciences

Vice Rectorate of postgraduation
Scientific research and external relation

The abusive conditions in netting contract in Islamic Fiqh and positive law

Thesis for obtaining the diploma of doctorate of science in Islamic
sciences

Speciality sharia and law

Prepared by
Bourzgue Ahmed

supervised by
prof. Abdelkader Benharzallah

Jury:

Full name	grade	Scientific quality	Original university
Malima makhloufi	professor	president	University batna
Abdelkader Benharzallah	professor	supervisor	University batna
Nadhira hamado	professor	member	University custunyne
Lacheha boubaker	professor	member	University alwad
Rachid darghal		member	University batna
Hatem bay		member	University custunyne

Academic year: 1435/1436 H - 2014/2015 M