

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة الاستغلال

(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

تخصص: المسؤولية المهنية

إشراف:

د/ صبايحي ربيعة

إعداد الطالب:

تواتي محمد

لجنة المناقشة

د. محمد سعيد جعفر، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسا

د. صبايحي ربيعة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... مشرفة ومقررة

د. معاشو فطه، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنا

تاريخ المناقشة 2013-11-11

إهداء

إلى من قال تعالى في حقهما (وقل ربي ارحمهما لما ربياني صغير) مقلدة عيني
□ أُمِّي الغالية و مثلاً الأعلى والري الذي هو عوني، ورفيقي، ومرشدي، وعلمي.

إلى الإخوة والأخوات عزاء وافتخارا.

□ إلى كل من وعمني ولو بالكلمة الطيبة أو بالردعة الصالحة.

□ إلى كل من استشهد في سبيل الوطن الغالي وبالأخص خالي الشهيد

□ سرعان مختصر.

□ إلى كل مناضلي الديمقراطية في الوطن العربي.

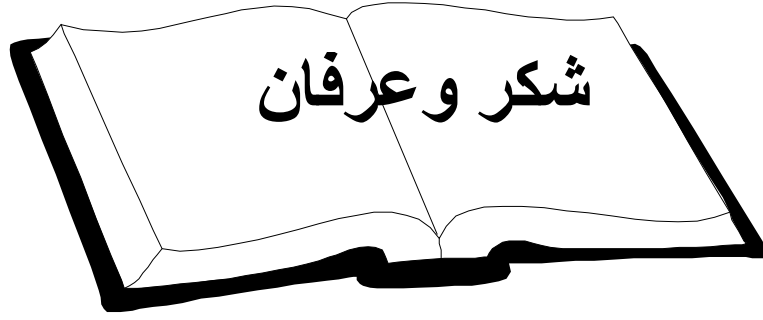
□ إلى كل من يحب القانون ويحترمه، وينفذه في السر والعلن.



□ إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا العمل الجميل



? مصدر تولاتي



□ شكر خاص

□ إلى

بعد شكري لله عز وجل أقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير
للكتورة صابحية ربيعة التي رافقتني بتوجيهاتها ونصائحها المتميزة طيلة
الفترة التي استغرقتها للإتمام هذا البحث المتواضع نفعا لله به.
كما أقدم بالشكر والتقدير إلى أعضاء اللجنة العلمية الذين قبلوا النظر في
موضوع بحثي وإلى كافة أساتذة القانون بجامعة تيزي وزو، وبالأخص أتوجه
بالشكر الكبير إلى الكتورة واووي ونيسة على معاملتها المتميزة والتي
□ تركت في نفوسنا أثر كبيراً.

□ ●●●

? مصدر تولاتي

قائمة المختصرات:

1- باللغة العربية:

- ع. ص.: عدودة إلى الصفحة.
ص.: الصفحة.
ص. ص.: من صفحة إلى صفحة.
د.: دكتور.
د . م . م.: دون مكان المناقشة.
د . س . ن.: دون سنة النشر.
د . س . م.: دون سنة المناقشة.
د . د . ن.: دون دار النشر.
د . ب . ن.: دون بلد النشر.

2 باللغة الفرنسية:

- p..... Page.
N°..... numéro.
Ed..... édition.

مقدمة:

إن الإنسان مدني بطبعه، فمن أجل سد حاجياته المتنوعة والمتزايدة، والتي ليس بإمكان الفرد أن يوفرها بنفسه من جهة، ومن جهة ثانية شعوره بحاجة إلى من يستطيع تلبية رغبته عن طريق التكامل في التعاملات في إطار بيئة اجتماعية، فمن هنا كانت النظم القانونية ومنها النظام الخاص بالتعاملات العقدية التي هي وليدة بيئة اجتماعية، مما يعني تأثر القانون بالمحيط الاجتماعي.

فالعقود لم تظهر إلا بعد الحاجة إليها، والتي تعتبر الوسيلة القانونية لتبادل المنافع وفق منطق العدالة العقدية، المجسد في مبدأ سلطان الإرادة، الذي ظهر لأول مرة بهذا المدلول في أواخر العهد الروماني كما أن مروره بالعصور الإقطاعية وتأثره بالحركات الاجتماعية وصولاً إلى ما هو عليه في عصرنا، أين تداخل التطور الاجتماعي وبالنمو الاقتصادي.

فسد الحاجة وتحقيق اللذة مثلما تتحقق بالجهد الفردي تتحقق كذلك عن طريق التعاملات العقدية؛ لكن ما يشن الأمر ويجعل من اللذة نقمة عندما يكون طرفا العقد أحدهما ذا شخصية ضعيفة، تؤثر فيه المشاعر وتسوقه الأحاسيس نحو الإخفاق المادي، وهو ما يستفيد منه الطرف الثاني عن سوء قصد.

بمعنى إذا كان الأصل أن المتعاقد حر في اختيار متعاقده وإبرام اتفاق والمطالبة بتنفيذ الالتزام وفق مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وأنه ليس من حقه استغلال متعاقده باستحقاق مكاسب عقدية ما كلن الثاني ليقبل بها لو كانت إرادته في مثل إرادة الطرف الأول.

مما يعني أنه إذا كان العقد من أهم مصادر الالتزام الذي يوثق العلاقات المالية بين الأفراد وأنه قد يكون عكس ذلك، بأن يكون وسيلة غبن واستغلال، أي إضرار وإجحاف

وهو الأمر الذي لفت انتباه كتابات الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون المدني وإن كان لكل نظره وتكييفه المبني على خلفيته المدنية أو الدينية.

فالكتابات القانونية المنحدرة من الأصل الروماني وإن كانت قد تأثرت بالمسحة الدينية للقانون الكنسي و أنها كانت مترددة في إقرار حالة الغبن الفاحش باعتباره عيبا في العقد، كما أن ارتباط القانون في العصر الحديث بفكرة الدولة أو الحيز المكاني لتطبيقه لدى التقنيات الغربية وتأثر التشريعات العربية بها قد كان لهذه الظاهرة الأثر البالغ على أخلقت المعاملات العقدية .

وبما أن القانون هو أحد الوسائل التي تساعد على تحضر المجتمع الإنساني، فنمو الحضارة قد ارتبط على الدوام بالتطور التدريجي لنظام القواعد القانونية، إلا أن هذه النصوص التشريعية لم توجد من فراغ، بل كان مصدرها مبادئ خلقية متعددة المنابع، وهي مبادئ بالنسبة للتشريعات العربية قد وجد مصدرها من تعاليم الشريعة الإسلامية التي كان لفقهها الأثر الأكبر في استنباط نظام قد يحقق التوازن في التعاملات العقدية.

فمن القوانين المدنية الغربية نجد أن القانون المدني الألماني قد تأثر بالمنهج الاجتماعي، ورأى أن أي اختلال فاحش في الالتزامات بسبب ضعف الحالة النفسية إنما هو عمل ينافي الآداب وبالتالي يستوجب الفسخ، و هو ما تبنته كذلك أغلب التشريعات العربية.

وعليه لم يعد الأمر كما كان في حالة الغبن المجرد من كل خديعة وضعف، حيث كان العيب في العقد بمجرد تجاوز التفاوت اليسير، بل الأمر خلاف حينما أصبح التغيرير والخداع عنوانا للاستغلال والتريص دلالة على الباعث المشين، أين ساءت النوايا وطمست البصائر وحلة الأناثية محل حسن النية في التعامل.

ففي حالة الاستغلال لا ينظر إلى موضوع العقد وإنما ينظر إلى إرادة طرفيه، حتى يحتاط من حالة التأثير الخداع حسب الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية، أو بسبب

حالة الضعف كما في القانون المدني الجزائري، فتوهم الإرادة أن العقد الذي هي بصدد إبرامه يحمل من المزايا والصفات ما تجعله سالما من كل خداع.

فالحماية فست ضمن إطار أخلاقي يهدف إلى حماية العقد في سياق حماية المصلحة العامة التي يهدف كل نظام إلى حمايتها وليس اقتصار الأمر على المصلحة الخاصة للمتعاقدين، وهو ما عبرت عنه الشريعة الإسلامية بمبدأ الموازنة بين المنافع التي لن تكون إلا إذا كان هناك قاضي قادر على تحقيق المساواة الحقيقية بين طرفين ربما يكون أحدهما ذا شخصية ضعيفة.

وعليه فإن الإشكالية: عن دور القاضي في إعادة التوازن العقدي في حالة الاستغلال؟

إن ما يجعل العقد غير صحيحا وموقوفا، من خلال ما يشوب الإرادة من عيوب بسبب اقترانه الغبن الفاحش بحالة الضعف النفسي، لكن حتى يكون الاستغلال مؤثر في إرادة المتعاقد المغبون، أي يجب توفره حالة الاستغلال على عنصرين أحدهما مادي والآخر نفسي، وهو ما يستشف من خلال تعريفه واتضح كل جزئياته، وكذا تبيان معايير قياسه، حتى يمكن اكتشاف مدى تأثيره في صحة المتعاقدين شرعا وقانونا، وكذا معرفة مسقطاته (الفصل الأول).

إن القانون وسيلة لتحقيق الانسجام الاجتماعي، وتطوير البنيان الحضاري، عن طريق تحقيق العدالة العقدية في مجال التعاملات المالية، والتي لن تكون إلا بكبح مشاعر الاستغلال بين المتعاقدين في كافة التعاملات، وجعل من هذا الأخير مبدأ عاما عنوانه "أخلقت التعاملات الإنسانية" وهو ما يوجد بصفة مطلقة في نصوص الشريعة الإسلامية وإلى حد ما في نصوص القانون المدني.

ولهذا فإن القاضي عن طريق سلطته التقديرية هو الجهة المخولة بحماية الطرف الضعيف في التعاملات العقدية، وذلك بإعادة التوازن العقدي إلى الحد المعقول والذي لن يتأتى له ذلك إلا من خلال فهم وتكيف العقد، عن طريق تفسيره وإسقاطه على المسائل النموذجية ليصل إلى تحديد مدلوله. (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

ماهية الاستغلال في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

إن الإخلال الفادح في التعاملات العقدية وما ينجر عنه من غبن مادي يصل إلى حد وصفه بالفاحش، ضحيته طرف مغبون في مقابل إثراءٍ خراًٍ إثراءٍ غير مشروع، و قد ظل ولعصور طويلة محل نظر، و كما كانت هناك بيانات اجتماعية خلال فترات زمنية عملت على ظهور فكرة الغبن الفاحش إلى الوجود ولو في أضيق نطاق، كانت كذلك بيانات اجتماعية تلاقت خلال مراحل زمنية طورته من حالة غبن فاحش لذاته إلى مظهر مادي لحالة استغلال بسبب حالة ضعف (المبحث الأول).

وكما أن البيانات الاجتماعية التي أدت إلى ترقية وتطوير مفهوم الغبن الفاحش من غبن لذاته إلى مظهرٍ ماديٍّ لحالة استغلال حالة ضعف قد عملت على تنظيمه وفق شروط محددة حتى لا يبقى على إطلاقه وحتى لا يستعمل أداة تعسف متى ادعى كل فاشل في أي معاملة أن له حق فسخ لحالة استغلال، وهذا بالمقارنة بين الفقه الإسلامي الذي يشترط اقتران الغبن الفاحش بحالة تغرير وهو ما تبنته بعض التشريعات المدنية مع النظر في الإطار التقديرية للقاضي في كل من النظامين (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

مفهوم الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إن لكل ظاهرة تعريفًا تاريخيًا يبين ماهيتها ومفهومها وهو في أغلب حالاته تعريف مستقر مهما تغيرت الظروف والعوامل الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إلى ظهوره وهو ما أُنقِر عليه أصلاً، غير أن حالة عدم التعادلات الاقتصادية بسبب تفاوتات عقدية لطرف على حساب الآخر في أثناء إبرام العقد قد طرأ عليه تغير في المفهوم والحكم، بسبب تغير المعطيات التنظيمية والدينية (المطلب الأول).

إن التطور في مفهوم التعريف والتكييف قد أدّى إلى تطور في المقارنة بين حالة الاستغلال الذي يشوب رضا المتعاقد المغبون بغبن فاحش كان نتاج حالة ضعف، بغيره من عيب الرضا الأخرى من حيث الغاية، فالكل عمل يصيب إرادة الضعيف وإن كانت هناك اختلافات في الكيفية، إلا أن الهدف واحد، والنتيجة واحدة، عمل غير مشروع مناف لأخلاقيات التعامل الحسن (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تعريف الاستغلال في القانون المدني

كانت نظرة الفلسفة الإغريق إلى الفرد منذ القدم نظرة مادية بحتة، فهو المنطلق وإليه الغاية، فما دام يملك القوة يملك الحق، وما دام يملك المال والفرصة يملك معه الربح الفاحش ولا يهم الآخر، هذا بالرغم من ظهور المسيحية ديانة سماوية تحث على التمسك بالأساسيات الإيمانية وعدم إخراج المعاملات من دائرة الأخلاق من جهة، وكذا العوامل والظروف التي دفعت إلى ظهور فكرة الغبن الفاحش على سبيل الحصر ولو من منظور ضيق (الفرع الأول).

لكن مع ظهور الثورة الصناعية و ما صاحبها من تقدم في مفهوم الحياة المدنية، وكذا إدراك الفرد عن طريق هيأته أنه جزء لا يظلم ولا يغبن، أي مبدأ لا ضرر ولا ضرار في فكر الشريعة الإسلامية وهو ما عبر عنه بنظرية الغبن المصاحب بالتغير، والذي استلهمها منه فكر القانون المدني في نظرية الاستغلال لحالة الضعف (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المفهوم المضيق لدائرة الغبن

إن أول الدراسات التي تناولت سلوك الإنسان باعتباره مخلوق كاف على تحقيق مبعثياته بنفسه وهو ما يعبر عن حقيقة المذهب الفردي (أولاً)، و أن الفكرة الأبيقورية التي عمرت طويلاً خالفتها الديانة المسيحية المنادية بواجب التعاون وإحلال الأخلاق محل القوة (ثانياً)، وكما عمرت الإرادة الكنسية حقبة كبيرة من الزمن إلا أن الثورة الفرنسية أبعدها عن المنازعات العقدية (ثالثاً).

أولاً: المذهب الفردي

يري أنصار مذهب الحرية الاقتصادية أن العقد تعبير عن سلطان إرادة المتعاقدين، ولكل متعاقد حرية التعاقد وأنه حينما يفاوض في العقد يدافع عن مصالحه، فمتى ارتبط المتعاقد بحرية وجب أن يلتزم بتعهداته، فلا يجوز أن يحتج بعد ذلك بأنه أخطأ التقدير، ويدعم أنصار هذا الرأي موقفهم بحجة واقعية وهي أن ضرورة استقرار المعاملات المالية تتنافى مع إباحة إعادة النظر في مدى التوازن الاقتصادي للعقد بعد تمامه مما يترتب عليه انعدام الثقة في العقود، كما أن التجارة أكيد ستتدهور و تضمحل إذا كان لكل متعاقد الحق في أن يتراجع كلما غابت مصلحته¹.

¹ محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص 157.

فالمذهب الفردي في حقيقته مذهب "فلسفي" تعود جنوره الأولى إلى فلاسفة الإغريق القدامى أمثال السوفسطائيين و الأبيقوريين، الذين ينظرون إلى الفرد نظرة المنعزل والمنغلق على ذاته، فهو القادر على تحقيق أهدافه وحماية مصالحه¹، فهي نظرة معبرة عن المجتمعات القديمة التي كانت من ميزاتها ثقافة القوة في المعاملات المدنية كما هي في الحياة العسكرية، فالانتصار مبدأ يطلق على كل تعامل في حياة الفرد، والسبب في ذلك ما كانت تعيشه المجتمعات القديمة من ويلات الحروب واستعباد الشعوب الضعيفة من جهة، ومن جهة لذة و نشوة النصر يمكن تحقيقها في أي مكان وبأي طريقة كانت وفي جميع التعاملات.

ساد هذا الاتجاه . التعامل الحر . بأوسع مدى له خلال العصور الرومانية، لكن بدرجات متفاوتة بين العصر الإمبراطوري الأول والعصر الذي اعتنقت فيه الإمبراطورية الرومانية الديانة المسيحية بمرسوم من الإمبراطور قسطنطين، عندها كانت النزعة الفردية هي السائدة في ظل العصر الأول حتى طغت عليه وأصبح الفرد متشبعاً بروح الأنانية، كما أن القانون المدني كان قانون الأشراف لذلك كانت جميع فصوله مكرسة لخدمة ولصالح هذه الطبقة على حساب الغير من التجار البسطاء و كذا الأجانب والجنود العاديين . ليسوا من ذوى الرتب ولا ينتمون لفيلق الفرسان . الذين كانوا ضحايا القانون المدني²، وبهذا كان تعريف الحق في تلك الحقبة على أنه (قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص)³.

كما أن القانون الروماني كان قانوناً شكلياً في جوهره ومظهره، أي تحيطه أو ضاع معينة من حركات، وإشارات، وألفاظ، وكتابات، وكان المدين يقع عليه الالتزام إذا استوفى

¹ أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 17.

² د محمود عبد المجيد المغزني، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، د، س، ن، ص 25.

³ د أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام، القاهرة، 2003، ص 21.

الأشكال المرسومة حتى ولو لم يكن السبب الحقيقي الذي من أجله التزم المدين، أو كان مخالف للأداب، فالعقد الشكلي كان عقدا مجردا، صحته تستمد من شكله لا من موضوعه.

ثانيا: المذهب الفردي والديانة المسيحية

خلال المرحلة الثانية من تاريخ الإمبراطورية الرومانية أين تم تبني المسيحية كديانة للدولة الرومانية، حيث بدأ أثر الدين الجديد . في ذلك الوقت . يظهر في أغلب التصرفات اليومية وعلى رأسها المعاملات المالية، وذلك بحكم أن الديانة المسيحية ديانة سماوية تنادي بضرورة الالتزام بمكارم الأخلاق في كافة مناحي الحياة، مما يعني أنه لا حاجة للشكلية في العقود، وقد تطور اتجاه العدالة العقدية عند الأباطرة المسيحيين ورأوا أن التوازن منعدم بين طبقة الأثرياء وطبقة الفقراء فطالبوا الإنصاف. كما أن الأزمة الاقتصادية¹ التي مست الإمبراطورية الرومانية ومدي انعكاسها على مناحي الحياة الصعبة التي تركت أثر قدم عليها.

وبالنتيجة أخذت العقود في التحول والانتقال من عقود شكلية إلى عقود رضائية، حتى صارت الإرادة هي الأساس الأول لتكوين العقد، والعلة المنشئة له، والنشاط الذي يرتبط به العقد وجودا وعدما، فإن وجدت وجد العقد، وإن لم توجد لا يكون العقد، وإن لحقها عيب لحق العيب ذلك العقد، فأثرت في كيانه ووجوده.

¹ خلال المرحلة الثانية من تاريخ الإمبراطورية الرومانية، والتي تعرف بمرحلة الاستواء أو الذروة أين ترامت أطرافها وبعدت حدودها فكثرت التزاماتها، مما تحتم إنشاء هياكل كبيرة و استحداث العدد الهائل من الوظائف الجديدة على حساب الخزينة العامة التي كانت إراداتها من الضرائب الباهظة ، لكن من دون تخطيط سليم مسبق الأمر الذي أدى إلى انخفاض قيمة العملة وارتفاع نسبة التضخم، مما دفع الملاك إلى مبادلة أراضيهم بدلا من بيعها بأرخص الأثمان لأن الطبقات المالكة . الأرستقراطيين والإقطاعيين . استغلت الأزمة المالية والاقتصادية لشراء أجود الأراضي بأثمان منخفضة، الأمر الذي أوصل البعض من المتضررين إلى حد التمرد والعصيان.

هذه المدخلات جميعها تلاقت خلال القرن الثالث ميلادي، بالتحديد في دستور الإمبراطور دقلديانوس الذي سمح للبائع الذي تصرف في ماله بأقل من نصف قيمته بإلغاء عقد البيع ما لم يقبل المشتري أن يكمل الثمن إلى الثمن العادل، وهو ما أطلق عليه شراح المدرسة الحوشية مصطلحا فنيا هو (الغبن الفاحش)¹.

لكن بعد أن انهار الإمبراطورية الرومانية و تفتت أجزاءها إلى دويلات قائمة على أساس إقطاعي همجي² غاب عنها مفهوم الغبن الفاحش وحلت محله الهيمنة الفردية، وكأنها انتكاسة لمفهوم الحضارة، بل وازدادت من درجة حدتها خلال القرنين الثامن عشر و التاسع عشر، أين تزامنت مع ظهور الثورة الصناعية التي ظهر معها مفهوم جديد للدولة، المتمثل في خدمة الفرد والإعلاء من شأنه، بعبارة واضحة هي أن الدولة وسيلة لضمان تنفيذ الالتزام الذي ارتضاه المدين في بادئ الأمر، مما يعني أنه كان مفهوما اقتصاديا يماشي مدخلات سياسية، فكانت النتيجة التأكيد عليه والسهر على تنفيذه بوسائل قانونية أهمها الجهات القضائية إن تطلب الأمر ذلك.

وترتibia على ذلك أن للإفراد حرية التعاقد في أي مجال شاعوا دون تدخل من القانون ما دام فيه مصلحة، فمجرد رضائهما بهذا الالتزام المتبادل، فإنكافٍ ولا يحتاجوا إلا لوسائل ضبط لما بينهما مادامت الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، وبالتالي لا يجوز تعديله أو وقف تنفيذه مهما كان فيه من تفاوت بين ما يؤخذ ويعطي في العملية التبادلية بمناسبة العقد، أي أنه لا يجوز للقاضي أن يتدخل إلا من أجل تنفيذ التعهدات، فغير مسموح له

¹ د أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص59.

² وهو ما يعرف بالعصر المظلم في تاريخ الشعوب الأوروبية، حيث حل العنف محل الأمن والجهل محل العلم، الظلم محل العدل، قد كان كل ذلك بسبب التنافس بين الإقطاعيين الكنسيين على حساب العامة، لمزيد من الإيضاح انظر: كمال عدنان محمد، الصراعات الكنسية، دار المعرفة، القاهرة، 1993، ص21.

النظر في العقد من أجل إعادة التوازنات أو الفسخ بسبب التفاوت، وإلا يعتبر أنه خارج عن نطاق اختصاصه¹.

لكن إذا كان الإبقاء على الإرادة حرة في تحديد آثار العقد، فإن العدالة تقتضي ألا تكون حرية التعاقد على حساب المتعاقد الأضعف اقتصادياً، أو الأقل خبرة، أو المتعاقد المحتاج، فمن يستعمل حريته في التعاقد يجب عليه أن يستعملها ضمن المعقول وفي نطاق الحدود المشروعة، فليس من الفضيلة أن يثرى متعاقد ويخسر آخر لأن أحدهما لا يكون في ذات المركز الذي يتمتع به المتعاقد القوي².

مما يعني أن الغبن³ هو: عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العلاقة التعاقدية⁴، بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق⁵، مما يؤدي إلى خسارة المتعاقد المغبون خسارة كبيرة، وهو ما يتفق وتعريف قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 217 (التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق، والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض)⁶.

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، مطبعة السلام، القاهرة، 1987، ص 62.

² محمد علي، الغبن في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 24.

³ الغبن بالتسكين في البيع وبالتحريك في الرأي، وبالكسر ضعيف الرأي، وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أي منقوص في الثمن والتغابن أن يغبن القوم بعضهم بعضاً، ويوم التغابن أي يوم القيامة **قُلْ مَن مَّغْلَبٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَإِنَّ هَٰذَا يَوْمُ الْتَغَابَنِ** وَمَنْ يُؤْمِنْ بِاللَّهِ وَرَعِمَلٌ صَالِحًا يُكَفِّرْ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ وَيُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ جَاوِلًا تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ هَٰذَا لِلَّذِينَ خَالَفُوا بَيْنَ يَدَيْنَا قَدْ أُولِيَ الْأَمْرُ الْعَظِيمِ) سورة التغابن الآية 9، لمعرفة المزيد من المعاني عن لفظ الغبن انظر: الأمام محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، دار صادر، بيروت، 1990، ص 6.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1973، ص 386.

⁵ السوق: هو الجهاز أو الآلية الذي تجمع الباعة بالمشتريين من أجل تحويل ملكية السلع، أو كما عرفته الجمعية الأمريكية للتسويق بأنه: مجموع طلب المستهلكين المحتاجين لخدمة أو سلعة معينة، لمزيد من الإيضاح زر موقع:

www.rsscra.inro

⁶ يوسف السيد أحمد، المعاملات بين الشريعة والقانون، دار الرسالة، بيروت، 1985، ص 37.

وتبعاً لذلك كمبدلاً يؤثر الغبن في جميع العقود وإلا اضطربت المعاملات، ولكنه كاستثناء له تداعياته على البعض الآخر من العقود بشروط معينة و في حالات خاصة، استدعت تدخل التشريع لتنظيمها وهي التي تبرر حماية المتعاقد الضعيف، مما نستخلص أن الأمر بقي على حاله حتى تلك الفترة التي أعيد فيها الاعتبار لفكرة الغبن، وتدخل المشرع المدني كان لأسباب موضوعية قصد الرفع من على كاهل المتعامل الضعيف لكن في أضيق الحدود، فكانت بداية محتشمة لكن من زاوية مغايرة يعتبر اعتبار الأمر مكسباً يمكن تشمينه.

وقد أخذ القانون المدني، سواء في التقنينات العربية أو الغربية كالقانون المدني الألماني لبعض تطبيقاته لنظرية الاستغلال في جانبها المادي، فالغبن الفاحش الناتج عن استغلال أحد الطرفين للآخر اعتبر جرماً مدنياً يجب إيقافه بآلة تشريعية متكاملة و متوسعة.

ثالثاً: المذهب الفردي في ظل التقنين الفرنسي

إن القوانين الفرنسية قد مرت بمرحلتين، الأولى في العصر الملكي أين كانت التشريعات تعترف بنسبة الغبن بنطاق واسع، لأنها كانت متشعبة بالروح الكنسية، لكن بعد ثورة عام 1789 لم تعد التشريعات الفرنسية تعترف بنظرية الغبن وهو ما يشكل انحطاط في المكاسب القانونية في مجال المعاملات في هذه الفترة الزمنية بالذات، وقد كانت التبريرات التي تسوق في أن الاستغناء عن فكرة الغبن سببها كثرة دعوى الغبن التي أودعت لدى محاكم الثورة نتيجة إلغاء تحديد الأسعار، حيث طلب بائعوا العقارات إبطال البيوع بسبب الغبن، مما أدى إلى ازدحام المحاكم واختناقها، فما كان على المشرع الثوري إلا أن يأخذ

قراراً جديراً متمثلاً في إلغاء دعوى الإبطال بسبب الغبن الفاحش في بيع العقار عام 1796¹.

ولم يبق الأمر على حاله ردحا من الزمن إلا وأعاد المشرع الفرنسي نظريته لفكرة الغبن ولكن في أضيق الحدود، وهو ما يظهر من خلال حصر أحوال الغبن على بعض التطبيقات وبعض الأشخاص، وذلك بتحديد حالاته على وجه الحصر في المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي، وبعدها أورد كذلك بعض النص كما في حالة الغبن الوارد على بيع العقار المادة 1674 والغبن في القسمة المادة 887 وفي تصرف القصور الغير المأنولين والمادة 1706 في حالة المقايضة والمادة 2065 في حالة الصلح والمادة 1305، وبالتالي حسب التشريع الفرنسي فإن الغبن لا يؤثر في صحة العقد إلا في الأحوال المحددة قانوناً باعتبار أن العقد تم بإرادتين حرتين، فالمفترض أن كل متعاقد قد أبرم عقلاً وفقاً لمصالحه².

فالتقنين المدني الفرنسي أظهر نظريته الضيقة للغبن، لأن الأصل فيه استبعاد الغبن كوسيلة للطعن في العقود إلا في حالات محددة على سبيل الحصر³، وقد نصت المادة 1118 مدني فرنسي (أن الغبن لا يبطل الاتفاقات إلا في حالة عقود معينة، أو إزاء أشخاص معينين)، وهو ما يعني حالة التخبط التي تعرض لها المشرع المدني الفرنسي، فمن جهة يرفض الاعتراف بنظرية عامة للغبن، ومن جهة ثانية يعالج كثيراً من حالاته بطرق انفرادية، وهذا إنما يدل على شيء واحد وهو الصراع المستمر بين أنصار المذهب الفردي، ودعاة المذهب الاجتماعي.

¹ دكار فايضة، الغبن في العقود المدنية، مذكرة لنيل ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008، ص 49.

² رياحي أحمد، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 3، 2010، ص ص 20-25.

³ محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، د، س، ن، ص 19.

أما بالنسبة لبقية التشريعات المدنية الأخرى فالأمر لا يعدُّ و أن يكون مجرد عملية نقل واستنساخ لما يجري في التشريع المدني الفرنسي، وقد كان القانون المدني المصري القديم خير مثال على ذلك، بل وقد بقيت هذه الخاصية حتى في القانون المدني المصري الجديد، الذي أضاف نظرية الاستغلال لما هو قديم، ولتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري، والقانون المدني السوري، والقانون المدني العراقي، والكويتي، وكل من يتأثر بالتشريع المدني الفرنسي، وهي كما يلي:

ففي عقد بيع العقار المادة 1674 مدني فرنسي والتي تقابلها المادة 358 مدني جزائري (إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع)، وهي المادة المستمدة من نص المادة 425 مدني مصري (إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع).

لكن ما يجب الإشارة إليه أن نص المادة 425 مدني مصري تشترط للتمسك بالغبن في العقار أن يكون المغبون فاقدا الأهلية، بمفهوم المخالفة أن الشخص الكامل الأهلية لا يمكنه ذلك، وإنما عليه أن يلتجأ إلى تكييف الغبن على أنه ناتج عن استغلال، أي الحق في رفع دعوى الغبن يقتصر فقط على الراشد تحت الحماية القضائية ونائبه الشرعي، أما الطرف الآخر فليس سوى طرف سلبي في الدعوى.

ومن جانب آخر يمكن كذلك أن يكون الشخص السيئ النية تحت الحماية، في حين يكون المتعاقد الآخر هو الطرف المغبون، فإذا باع الراشد - تحت الحماية القضائية - شيئاً بسعر زهيد فإنه يستطيع إبطال العقد في وقت لا يستطيع الطرف الآخر أن يمنع هذا

الإبطال من خلال تكملة الثمن، مما يعني أن الشخص تحت الحماية هو الذي يملك الخيار بإبطال العقد أو تكملة الثمن.

كذلك إذا باع الشخص تحت الحماية شيئاً بسعر مرتفع فإن المتعاقد الآخر لا يمكنه إثارة مسألة الغبن التي يستأثر بها الشخص المحمي، وبالتالي إذا اشترى الشخص تحت الحماية بسعر منخفض جداً فإن الطرف الآخر . البائع . لا يمكنه أن يثير سوى الغبن التقليدي الذي يصعب أن يلاقي نجاحاً، وهو ما لا نجده في نص المادة 358 مدني جزائري، وبالتالي هي نقطة تحسب للنص الجزائري.

وكما المشرع المصري رفض الاعتراف بحالة الغبن في بيع المزداد العلني من خلال نص المادة 427 (لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزداد العلني)، كذلك الأمر نفسه في القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 360 مدني جزائري(لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزداد العلني بمقتضى القانون)،

في المقايضة المادة 415 مدني جزائري (تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقاضيين بائعاً للشيء ومشترياً للشيء الذي قايس عليه)، إلا أنه من الناحية التطبيقية يكون هناك تباين بين عقد البيع وعقد المقايضة، إذ كيف يحدد الغبن في عقد يغيب عنه التقدير النقدي، ولا يعرف البائع من المشتري، لا يكف إلا على أن كل من المتعاقدين بائع ومشتري في ل واحد¹.

وهو ما أكدته المادة 415 مدني جزائري (تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقاضيين بائعاً للشيء ومشترياً للشيء

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص856.

الذي قايس عليه)، مما يعني أن تطبيق أحكام الغبن في بيع العقار على المقايضة يعدّ به لفائدة البائع فقط كما هو معلوم في البيع العقاري¹.

أما القصر المأذونين لهم، فلهم فقط حق الطعن في العقود التي يتجاوزون فيها حدود أهليتهم وهذا حسب المادة 5 من القانون التجاري (لا يجوز للقاصر المرشد ذكر أم أنثى البالغ من العمر ثماني عشر سنة كاملة، والذي يريد مزاولة التجارة، أن يبدأ في المعاملات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية، إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة ...) ².

وقد جاء في المادة 55 من القانون النموذجي العربي الموحد (يعتبر الصغير المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي حق التقاضي بشأنه)³، ومما يعني أنه كامل الأهلية لما سمح له بمزاوله نشاطه التجاري بترخيص قضائي، أما بالنسبة للتصرفات التي تخرج عن الحدود المرسومة في الإذن فتتعدم أهلية القاصر لمباشرتها⁴.

في الوكالة بأجرة المادة 709 مدني مصري (الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل. فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة) تقابلها المادة 581 مدني جزائري (الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة

¹ دكار فايزة، مرجع سابق، ص 70.

² الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

³ قانون رقم 323-ج-24/2002 المتعلق برعاية القاصرين، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب.

⁴ رابية سالم، اكتساب صفة التاجر في القانون الجزائري وعلى ضوء التطبيقات القضائية، مذكرة نهاية التخرج، المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء باتنة، 2005، ص 23.

الوكيل. فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة).

و تشمل الوكالة الاتفاقية عقود المحامين، المهندسين، وكل الإستشاريين، هذه الشريحة من المهنيين المشرع لم يحدد قيمة أتعابهم كما حددها للسماسة، المحضرين، والوثيقين، فإذا غبن الوكيل الموكل فحدد له أجرا أكثر مما يستحق، جاز للقاضي بناء على سلطته التقديرية، وحسب ظروف كل حالة أن ينزله إلى الحد المتعارف عليه والعكس كذلك.

عقد القرض المادة 227 مدني مصري (يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين ما دفع زائدا على هذا القدر. وكل عمولة أو منفعة، أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة).

أما نص المادة 454 مدني جزائري(القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك)، أي أن الفائدة الربوية غير مسموحة بين الأفراد، وهذا على خلاف القانون المدني المصري، لكن المواد 455 (يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحددها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الانخار)، و كذا المادة 456 من قانون القرض والصرف الذي يسمح بالربا بين المؤسسات¹.

¹ قانون رقم 84-21 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1404 الموافق لـ 21 ديسمبر عام 1984 يتضمن قانون المالية لسنة 1985.

لكن من الناحية العملية فإن عقد القرض هو أوسع التطبيقات التي يقع فيها الاستغلال، بسبب اختلاف المراكز التعاقدية بين كل طرف، فالربا هي عين الاستغلال من الناحية الجوهرية، فالمستفيد من عقد الربا لا يسعى إلا إلى تحقيق ربح بدون وجه حق على حساب الطرف الثاني المغبون غبنا فاحشا من دون أن يتمكن من تحقيق القيمة الربحية التي يسعى إليها¹.

وأیضا ما أشار إليه في عقود استغلال حق المؤلف المادة 42 (يحق للمؤلف أن يرفع دعوى الفسخ بسبب الغبن أو للمطالبة بتعديل الشروط المالية المتعلقة بتحويل الحق فيما إذا كان الربح الذي يجنيه من استغلال الإنتاج لا يتناسب مطلقا مع ما تم الاتفاق عليه من قبل) ، والتي أراد من خلالها المشرع حماية شريحة المؤلفين الذين تستغل حقوق تأليفه ويتعرض لغبن من جراء عدم التوازن الحاصل بين الأدائيين في العلاقة التعاقدية.

كذلك تحدث عنه المشرع في عقود الإنقاذ البحري المادة 344 ق. ب (كل اتفاقية خاصة بالإسعاف تبرم عند وقوع الحادث وتحت تأثير الخطر، يمكن إلغاؤها أو تعديلها من طرف المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف وعندما تقدر هذه المحكمة بأن الشروط المتفق عليها ليست عادلة نظرا للخدمة التي تم أدائها، وأساس المكافأة المذكورة في المادة التالية أو عندما لا تمثل الخدمة التي تم أدائها طابع الإسعاف الحقيقي مهما كان الوصف الذي اعتمده الأطراف)².

إلا أن المادة القانونية لم تحدد رقما حسابيا لتحديد نسبة الغبن الفاحش، بل تركه المشرع في ذلك إلا تقدير القاضي بناء على سلطته التقديرية، أخذا في الاعتبار عرف التعاملات البحرية حسب كل إقليم بحري سواء كان العرف عرفا دوليا أو عرفا محليا.

¹ إسماعيل محمد، (الفرق بين البيع والربا)، مجلة البنك الإسلامي للتنمية، العدد التاسع عشر، 1997، ص ص 20-26.

² أمر رقم 76-80 المؤرخ في 1976/10/23 متضمن القانون البحري، المعدل والمتمم.

عقد القسمة إذا تجاوز الغبن الربع في القسمة المادة 887 مدني فرنسي والتي تقابلها المادة 845 مدني مصري (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة) وهو الأمر نفسه بالنسبة المادة 732 مدني جزائري(يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة).

مما يترتب على طبيعة القسمة التي تعني مراعاة الحقوق الخاصة بالشركاء المتقاسمين، والتي كانت لهم في الشيوع السابق على القسمة، فإذا لم تحترم هذه الحقوق فإن القسمة قد انتهكت في جوهرها بأن كانت قسمة مال مشاع مثلا غير عادلة، وهنا الأمر يعني أن المشرع يقيم الغبن على أساس مادي بحت، أي كاف لوحده لنقض تلك القسمة¹.

على أن المادة 723 مدني جزائري (يستطيع الشركاء إذا انعقد اجتماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون)، والإجراءات التي يفرضها القانون هي ما نص عليها في المادة 181 قانون الأسرة (في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء)²، مما يعني من الناحية العملية نادرة هي حالة الغبن الفاحش في مثل هذه الحالة بسبب إجراء الاقتسام أما الجهات القضائية خاصة مع التعديل الجديد للقانون باعتبار أن السيد وكيل الجمهورية طرف أصيل في القضية المطروحة.

والتحديد غير العادل لنصيب الشريك في الربح أو الخسارة بواسطة شريك آخر في الشركة أو بواسطة الغير المادة 1854 مدني فرنسي والمادة 515 مدني مصري (إذا اتفق

¹ محمد المنحى، دعوى القسمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص189.

² قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 المرافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها، كان عقد الشركة باطلا. ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله)، وهو نفس محتوى المادة 426 مدني جزائري (إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا)، أي أن حرمان أحد الشركاء من أرباح الشركة، أو إعفائه من المساهمة في خسائرها، يعد غبنا فاحشا يوجب بطلان عقد الشركة بسبب شرط الأسد.

ومما يستنتج من التقنين المدني الفرنسي أنه لا يجيز فكرة الغبن الفاحش إلا في عقود المعاوضة، لأنه يرى أن جوهر العقود هو المساواة بين التزامات الطرفين المتعاقدين، فكل متعاقد لم يقصد إعطاء ما يعطى فيها إلا نظير الحصول على ما يعادل قيمة ما يعطى، وهذا بالرغم من ظهور مفكرين أمثال (Pothier) الذي نادى بضرورة العدالة العقدية، وذلك بالقبول بنظرية الغبن في كل عقود المعاوضة، لأنه يعتبر الغبن هو دلالة على عدم سلامة الرضا حتى ولو لم يقم الطرف الآخر بأي حيلة ليووقعه في غلط¹.

لكن بالرغم من ذلك بقي التشريع الفرنسي متأثرا بالفكر القانوني الروماني الذي يعتبر أصل له، فهذا الأخير لم يترك للقاضي أمر تحديد الجسامة التي تعد غبنا في العقد ذاته، وليس عيبا مفترضا من عيوب الإرادة، حيث يكفي لقيامه تحقق الركن المادي فقط وذلك عندما يقل الثمن المتفق عليه عن نصف الثمن الحقيقي أو القيمة الفعلية للشيء محل التعاقد ومن ثم لا يتطلب².

فالمنهج الذي سار عليه كل من التشريع الفرنسي و المصري القديم، هو اعتبار الغبن عيب في العقد، وليس في الشخص، وبالتالي لا يؤثر في صحة التعاقد إلا في الحالات

¹ محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 21.

² أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص 126.

المحصورة قانونياً، حفاظاً على استقرار التعاملات المالية، وكذا مسايرة النظام الاقتصادي وفقاً لتركيبية سياسية معينة، لكن بالمقابل هذا الحصر والتضييق لفكرة الغبن أدى إلى مظالم كثيرة وكبيرة راح ضحيتها الضعفاء في مقابل ثراء الأغنياء، لأنهم استغلوا حاجات البسطاء، المحتاجين و السطحين في التعامل.

الفرع الثاني:

المفهوم أو اسع لدائرة الغبن

إن للتاريخ مراحلها يتعرج عندها مسار الشعوب و دهنياتهم، والثورة الفرنسية حررت العقول إلا أنها لم تحرر المغبون من حالة استغلال إلا بعد شيوع التنظيمات الاجتماعية في إطار تنظيم اجتماعي (أولاً)، أما بالنسبة للشريعة الإسلامية باعتبارها تنظيمًا سماويًا قائمًا على عدالة المعاملة الساعية إلى معيار لذلك (ثانياً).

أولاً: المذهب الجماعي

مع ظهور التيارات الاشتراكية، من أحزاب سياسية، نقابات مهنية وجمعيات حقوقية تبلورت رؤية جديدة لمفهوم العدالة العقدية، فمن دافع مادي محض للعملية التعاقدية إلى خلفيات نفسية ومعنوية، مما يفهم أن المقلب على المعاملة التعاقدية في حالات كثيرة يكون مدفوعاً من قبل مدخلات نفسية واجتماعية لا يمكنه مقاومتها، فيكون حتماً عرضه لغبن نتج عن استغلال حالته المزرية من قبل المتعاقد الثاني¹.

فأنصار المذهب الاجتماعي منادين بضرورة تدخل الدولة في التعاملات العقدية، فحق الفرد في العقد يكون مشروعاً ما دام أنه يحترم مصالح الجماعة فإذا تعارض اتجاه العقد مع غاية اجتماعية عليا . العدالة الاجتماعية . وجب على الدولة أن تتدخل لرفع الظلم عن كاهل

¹ حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القانون والمجتمع، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، أسبوط، 2009، ص42.

المتعاقد المغبون، فالعقد صحيح مادام قائماً في ظل العدالة ويتعرض للجزاء متى تنافي مع العدالة، بمعنى أن نظرية الاستغلال تشتمل الغبن ويكون من التدخل الاقتصادي للمشرع، أي اعتنق مبدأ التدخل في العقد لإعادة التوازن الاقتصادي¹.

ومن هنا عادت فكرة الغبن الفاحش² وأثرها لكن ليس باعتباره المادي البحت، بل مع إضافة العنصر النفسي والمعنوي إليه، فيبحث في نفسية الطرف المغبون، ويفسر قبوله للعقد بهذا الشكل من الغبن الفاحش على أنه كان تحت ظرف غير طبيعي، إما بوجود ضعف فيه، أو حاجته الملحة واضطراره إلى المعقود عليه، وبهذا وجدة الصلة القوية أو الرابطة السببية بين الجانب النفسي للعائد وبين الضرر الذي يلحق به، بل والبحث في نفسية المتعاقد المستفيد، والسبب في قدرته على الإفادة من الحالة النفسية للمغبون.

مما يعني تطور لنظرة الغبن، فبعد أن كانت نظرية مادية قاصرة فقط على مجرد فقدان التعادل، أي على اختلال التوازن الاقتصادي للعقد أصبحت في الاستغلال نظرية نفسية، وأصبح الغبن عيباً يشوب الإرادة، بعد أن كان مجرد عيب في العقد في أحوال استثنائية، ففقدان التعادل المصحوب باستغلال أحد المتعاقدين نظراً لما يعترى نفسية المتعاقد الآخر المغبون، ففي هذه الحالة تصبح الإرادة غير حرة بسبب حالة ضعف³.

يتحقق الركن المادي للاستغلال كلما كان هناك تفاوت وعدم تعادل فاحش وغير مألوف بين الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية، وهي العقود التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطيه غالبية التصرفات القانونية لكن كذلك أن الأفراد يندفعون إلي

¹ محمد حسني عباس، مرجع سابق، ص 159.

² لقد لعبت الحرية العقدية دوراً بارزاً في القضاء على الغبن واركتب باسمها الكثير مما لا يتفق وقواعد العدالة والأخلاق، وقد كان كل ذلك في عصر الثورة الفرنسية، التي رفضت حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة، وكذا حرمة الغبن في بيع العقارات، لمزيد من الإيضاح انظر: د علي محيي الدين علي القره داغي، الرضا في العقود، مكتبة العلم للجميع، بيروت، 2001، ص 710.

³ أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 261.

العقود التبرعية كما في عقد الهبة والوصية والوقف، ففي عقد الهبة يتجرد الواهب عن ملكيته دون أي مقابل كما أن الموهوب له لا يعطي شيئاً مقابل ما يأخذ وهذا ما نستشفه من المادة 56 (يكون العقد ملزماً لشخص أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخريين دون التزام من هؤلاء الآخرين).

فهذا الطابع الذي يتميز به العقود التبرعية من شأنه أن يؤدي إلى عدم إمكانية المقارنة بين الالتزامات المتبادلة وهو الأمر الضروري واللازم لتصور العنصر المادي في الاستغلال، لأن في ذلك أداء من جانب واحد وهو ما يظهر من خلال تعريف الهبة في من خلال المادة 202 قانون الأسرة (الهبة تملك بلا عوض)، وهو نفس المفهوم الفقه الإسلامي، فقد عرفها ابن عرفة المالكي بأنها (تملك في الحياة بغير عوض)¹، وعرفها الفقه الشافعي بأنها (تمليك بلا عوض)²، وعرفها الفقه الحنفي (تمليك العين بلا شرط ولا عوض)³ فأخرجوا بالتمليك العارية والوقف وغيرهما، لأنهما تملك منافع دون الذات ولوجه المعطى.

كما أنه ليس من السهل دائماً معرفة ما إن كان العقد معاوضة أو بإرادة منفردة، فالأمر يتعدّد أحياناً من الناحية العملية لذلك كان لابد من تحليل العمل التبرعي بقصد الوصول إلى العناصر المميزة له والمتمثلة في العنصر الاقتصادي الذي يناله المستفيد من جهة الموهوب له، وكذا العنصر النفسي الذي ينحصر في نية التبرع من قبل الواهب، بمعنى إذا تخلف من هذين الركنين تخلفت معه نية التبرع.

¹ الإمام محمد ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص

² الإمام محمد بن أبي العباس بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1989، ص404.

³ ابن محمد ابن عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني على الشرح الكبير، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، بيروت، د.س.ن. ص246.

إلا أن الأمر ليس دائما بهذه السذاجة بأن يهب شخص جزء من ماله أو كاملة لشخص دون أي مقابل سواء من قريب أو بعيد في وقت نجده حريصا كل الحرص في تعاملاته المالية الأخرى، مما يعني أنه فيه قرينة على مصلحة اللواهب الذي يسعى إلى تحقيقها من الموهوب له ولو من بعيد والذي يتسم بطابع المصلحة، وبالتالي يكون هذا التعامل بالإرادة المنفردة في خانة الهبات ذات التكاليف وهو أداء يجبر القيام به من قبل الموهوب له ويكون اللواهب مصلحة في تنفيذه.

فالتكاليف التي تنتج عن عقد الهبة لم يتناولها المشرع الجزائري على خلاف المشرع اللبناني المادة 169فقرة 2 (وتبقى للعقد صفة المجانية ولو كان الفريق المنتفع ملزما ببعض تكاليف أو موجبات وإن تكن عائدة إلى مصلحة المنتفع منه، إذ أنه ينظر إلى العقد بجملته وبحسب الروح التي أنشئ بها).

وقد أثرت مسألة العقود التبرعية منذ العصور الوسطى و احتدم الجدل حولها فعلى الرغم من أن القانون الروماني لم يكن يعرف الغبن إلا في عقود البيع، إلا أن أحكامه مدت إلى كل العقود بما فيها عقود الهبة¹ وكانوا يهدفون إلى توسعة نطاق الغبن من أجل توسعة نطاق الحماية، وقد كان للكنسية دور كبير في ذلك بسبب أنها ترى أن الشخص اللواهب ممكن أن يقع في حالة غبن بسبب ضعف شخصية، كحالة المتدين الذي يهب جميع ممتلكاته للمجمع الكنسي بقصد الحصول على مغفرة ورحمة الكنيسة. صكوك الغفران . كي يتخلص من جميع الخطايا والذنوب.

وقد أعيد إثارة الجدل من جديد لكن في أروقة السلطة التشريعية بالنسبة للمشروع نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، فقد ورد في نص المادة 179 من المشروع التمهيدي (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقا مع ما حصل عليه هذا

¹ أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، منشورات زين الحقوقية، بيروت، د.س.ن، ص229.

المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يكون مفروضاً، تبعاً للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف.

فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويسري هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي حصل من الطرف المغبون تبرعاً. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن).

وقد وافق عليه مجلس النواب، إلا أن اللجنة القانونية لمجلس الشيوخ اتجهت إلى حذفه في بادئ الأمر لكن النقاش المطول بخصوص المشروع أدى إلى حل توافقي بتقييد حالات الاستغلال¹، فكانت الآتي (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين 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 جامع، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن).

وكذلك الأمر بالنسبة لمتلقي التبرع لا يمكن أن يحتج بوجود غبن، لأنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغبن، فعقد التبرع، أو الوصية، أو الوقف، هي تصرفات بالإرادة المنفردة، أي التزام من جانب واحد حسب التعريف القانوني

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 391.

أما عقد الزواج فإن الغرر أو الاستغلال لا يؤثر فيه، لأن الزواج ليس معاوضة صرفة أو تبرعا صرفا، بل بين أن يغتفر فيه الغرر أكثر من أن يغتفر في المعاوضات، وأيسر من مما يغتفر في التبرعات، للتوسط بين هذين الطرفين، فالمهر لا يؤثر الغرر فيه، لأنه مبني على المسامحة و المكارمة في الناحية المالية¹.

ويستخلص من التعارف السابق . تعريف الاستغلال وتعريف الهبة . عدم إمكان توفر التعادل بصدد عقود التبرع، فبالنسبة إلى عقود التبرع، لأنه من طبيعة العقود ألا يحصل أحد المتعاقدين على عوض عما يعطيه، لأن عدم التعادل يفترض أن يكون هناك إعطاء من جانب وأخذ من جانب آخر، وبالتالي فإنه لا يمكن الطعن في هذه العقود بعيب الاستغلال وإنما يجب البحث عن عيب آخر².

مما يتحتم العودة إلى نظرية أخرى التي هي من وضع القضاء الفرنسي والمعروفة بنظرية التسلط والاستهواء، فالتسلط تعني النفوذ الأدبي والشوكة، وتعني عبارة الاستهواء الإيحاء، والتي تخضع في هذا الأمر لأحكام استثنائية، فبينما نجد أن التصرف في نطاق المعاملات التجارية تملئها روح المصلحة ويترتب عليها الحصول على مقابل، فإن التبرعات تملئها روح البر وعمل الخير ويترتب عليها افتقار المتصرف دون مقابل³.

لكن في حالات كثيرة تكون هذه المفاهيم مرتبطة بمناورات غير شريفة استخدمها شخص كي يحث شخصا آخر على إبرام عقد مجاني أو ذي عوض ما كان ليقعه في غيابها، من هنا يظهر الوصف القانون الدقيق للخداع بالإحالة إلى مفهومي التسلط و

¹ ياسين أحمد إبراهيم، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1973، ص102.

² محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهيئة في قانون الأسرة الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص138.

³ أحمد محمد ديب حجال، مرجع سابق، ص234.

الاستهواء اللذين يمكن مماثلتهما به، ليسا عيبي رضا، بل عملان ينشئان العيب في رضا من أضل عن طريق الخداع، أي أن طبيعتهما الجوهرية مشابهة لطبيعة الإكراه المعنوي، الذي غالبا ما يتظاهر المستفيد منه بمشاعر عاطفية في العلاقات الاجتماعية، أو المدح والثناء، باعثها الوحيد المصلحة المادية المحضة، وإن كان في بادئ أمره يظهر بمظهر حسن النية¹ بمعنى هو خداع وإكراه للمستفيد وحالت ما قبل السفه أو مقدمة السفه بالنسبة للمغبون.

إلا أنه هناك من الفقهاء² من لا يري مانعا من مد نظرية الاستغلال إلى عقود التبرعات، لأن الغبن يمكن أن يكون في التبرعات أشد متى توافر عنصر الاستغلال إذا ما اعتمدنا على نظرية العدالة في إنصاف الحقوق، لأنه كثيرا ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشا بينا أو هوى جامحا، مثل ذلك أن يتزوج شيخ من فتاة، فيقع تحت سلطانها وتستغل ضعفه وهواه، وتستكتبه من الهبات المستترة منها ولأولادها ما تشاء، وقد يلقي الطيش والنزق بشاب ثري في أيدي بطانة من السوء يستغلون طيشه ويبترون ماله³.

فهم يرون أن التعادل ينعدم أصلا في عقود التبرع بحيث يمكن الطعن فيها بعيب الاستغلال إذا توافرت عناصره، وهو يستند إلى ما نصت عليه المادة 90 مدني في فقرتها الثالثة (يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن)، أي أن مفهوم المخالفة يفيد أن الطعن في عقود التبرع بعيب الاستغلال ممكن لرفع الغبن، ولكن لا يجوز توقي دعوى إبطالها برفع ما قد يوجد بها من

¹ أحمد محمد ديب حجال، نفس المرجع، ص 236.

² عبد المنعم البدر، عيوب الرضا، منشأة المعارف، الإسكندرية، د، س، ن، ص 322.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 86.

غبن¹، لأن الزوج المسن مثلاً الذي أهّاب ماله لزوجته الثانية الشابة قد تم ذلك تحت تأثيرها، وبالتالي تخضع الهبة لعيب استغلالي².

وحسن³ ما فعل المشرع السوداني من خلال المادة 115 مدني منه (إذا كان التصرف تبرعاً وكانت التزامات المتصرف لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته أو ما يؤلف المتبرع به في مثل ظروفه جاز للمحكمة بناء على طلب المتصرف أن تبطل التصرف كلياً أو جزئياً)، مما يتبين أن المشرع السوداني كان متأثراً تأثيراً كبيراً بما استقرت عليه محاكم العدالة الإنجليزية من خلال نظرية التأثير غير المشروع.

ومن الحالات الأخرى التي يمكن بها كحالة السفه التي هي صفة في الإنسان تدفعه على التصرف في المال بخلاف مقتضى العقل، مع عدم اختلال العقل³، لذلك وجب الحجر عليه خوفاً على ماله ومال غيره، أما من اتصف بالطيش البين أو الهوى الجامح فلا يحجر عليه، لأن الأمر يقتصر فقط على عيب طارئ في الإرادة كما في الغلط، التدليس والإكراه⁴.

ثانياً: في الفقه الإسلامي

لم يحدد الفقه الإسلامي . كأصل عام . حداً حسابياً لربح التاجر في تجارته⁵، فالمنتبع لآيات القرآن الكريم ولأحاديث الرسول . صلى الله عليه وسلم . لا يجد أي أثر لتحديد مقدار أرباحهم، بل تركت ذلك لظروف التجارة، وللسماحة والتيسير، وعدم الاستغلال، وقد ورد عن عروة أن النبي . صلى الله عليه وسلم . أنه أعطاه ديناراً ليشتري له به شاة فأشترى له به

¹ محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 139.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، الجزائر، 2006، ص 56.

³ محمد الخضري بك، أصول الفقه، الطبعة السادسة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1969، ص 102.

⁴ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 265.

⁵ الإمام محمد الأمير، الإكليل في شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مكتبة القاهرة، القاهرة، د.س.ن، ص 250.

شأتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه¹، فمما يؤخذ على هذا الحديث أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد أقر نسبة الربح الكبيرة ما لم يصاحبها خداع، أو احتكار، أو استغلال وتزيف حقيقة الربح الذي يعود بالضرر على المتعاقد الآخر.

لكن عندما أسيء استخدام هذه الحرية في التعاقد، وتعسف الناس في استعمال حقوقهم² لتحقيق المصالح الذاتية لهم، فخرجت بذلك تصرفاتهم ومعاملاتهم عن السنن المشروعة، فأضرت بالناس، أو استغلت حاجاتهم مما أدى بهم إلى الإرهاق والخسارة الفادحة، أي الخروج على مقاصد الشرع في نماء المال بأسلوب متبع لا يضر المتعامل الثاني، فالمال وسيلة لإسعاد كل متعامل وليس وسيلة هدم، أو إفلاس لمن لم يحالفه الحظ بسبب سوء نية المتعاقد الغابن.

هذه المدخلات دفع الفقه الإسلامي إلى تنظيم مسألة العلاقات التعاقدية بشكل موسع، ولكن هذا الاتساع في التنظيم أدى إلى عدم حصر مسألة الغبن في قاعدة واحدة، بل نظريتان، نظرية مادية، وأخرى شخصية، فالنظرية المادية تعتد بالغبن في العقد في حالات معينة وإن لم يصاحبه تغرير، وفي الثانية لا يعتد بالغبن في العقد بذاته حيث، بل يجب أن يراد فيه تغرير³، وهذا من أجل استقرار التعاملات العقدية، وهو ما انتهلت منه التشريعات العربية سواء الغبن بالتغرير كالقانون المدني العراقي، أو غبن بدون تغرير كالقانون المدني الجزائري والمصري.

¹ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري، الجزء السابع، المكتبة السلفية، الرياض، د.س.ن، ص445.

² هنالك من يري أن الغبن هو نتاج عن التعسف في استعمال الحق، لأن الطرف الغابن يستعمل حقه في التعاقد لكن الغبن في أن يحصل على مبتغاه بأقل الأثمان، أي الفداحة الكبيرة في التعامل بالنسبة للطرف المغبون، بمعنى أن يحصل الطرف الغابن على فائدة قليلة مقارنة بالخسارة الكبيرة التي ممكن قد تصيب المغبون غبنا فاحشا: لمزيد من الإيضاح أنظر د أحمد محمد ديب حجال، مرجع سابق، ص130.

³ هشام معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف للمطبوعات، د.ب.ن، 1996، ص394.

أما مقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين المدنية الوضعية، فإننا نجد أن الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح الاستغلال، ولا الطيش البين أو الهوى الجامح كما عرفتاهما التشريعات الحديثة، وذلك ربما لتوقف الحركة الاجتهادية بسبب ضعف الدولة الإسلامية، لأن حضارة الأمم تملو بقوة الدولة وتضعف بضعفها، فقل باب الاجتهاد خاصة في أواخر عهد الخلافة العثمانية، وكذا دخول معظم الأقطار الإسلامية تحت هيمنة وسيطرة المستعمر الاستعماري، أثرى سلبا على الفقه الإسلامي لفترة من فترات الزمن الطويل¹، لذلك ينظر إلى فكرة الاستغلال، من خلال اتجاهاته في معالجة الغبن بصفة عامة، فالاستغلال إذا لم يكن بغبن فاحش تبقى نظرية بلا اثر ودون تطبيق².

فالفقه الإسلامي ينظر إلى الاستغلال من زاوية الغبن كنظرية عامة، قال الإمام الشافعي . رحمه الله . (يتحقق الغبن في كل معاوضة، لأنه بيع مال بمال)³، مما يعني البحث في كل حالة تعاقدية قد يساء إلى الطرف الضعيف فيها كنظرية الاضطرار، الاسترسال، والاستئمان، والاحتكار الذي يصدق على كل سلعة يحتاج الناس إليها في حياتهم ويصيبهم الضرر من حبسها سواء كانت قد اشترت وقت الغلاء أو وقت الرخاء مادامت قد اختزلت بقصد التضيق على الناس، قال الرسول . صلى الله عليه وسلم . (من احتكر فهو خاطئ)⁴، وهنا يتوافق الفقه الإسلامي وبعض التشريعات المدنية، كالتشريع السوري والعراقي اللذان يعتبران أن الضيق هو حالة من حالات الاستغلال⁵.

¹ عبد المتعال الصعيدي، القضايا الكبرى في الإسلام، دار اشرفية للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، د، س، ن، ص304.

² علي شاكور علي، (دراسة في تاريخ القانون المدني العثماني وتطبيقه في القانون العراقي)، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية، العدد الأول، المجلد السادس، السنة الأولى، كلية التربية، د، س، ن، ص ص 3-7.

³ الإمام الحسين بن يوسف بن الطاهر، تذكرة الفقهاء، الجزء الخامس عشر، دار إحياء التراث، د.ب.ن، د.س.ن، ص12.

⁴ الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص95.

⁵ نبيل محمود، الغبن في الفقه الإسلامي، مكتبة الرسالة، بيروت، د.ب.ن، د.س.ن، ص57.

فبيع المسترسل هو الجهل بالقيمة، لذلك يسلم المغبون أمره لغابنه فلا يساوم ولا يماكس، وبالتالي يدخل في حكم الغبن لما أصابه من ضرر والدليل على ذلك ما ورد عن ابن عمر . رضي الله عنه . أن رجل كان يتاجر فيخادع، لأن في عقده . أي في عقله . ضعف فأتى أهله إلى الرسول . صلى الله عليه وسلم . من أجل أن يحجر عليه فدعه الرسول . صلى الله عليه وسلم . ونهاه فقال يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع فقال رسول الله إن كنت غير تارك للبيع فقل هاء هاء ، أي يداً بيدٍ ولا خلافة، أي لا خديعة).

فبيع الاسترسال يكون فيه أحياناً المشتري جاهلاً بسعر السلعة وليست له خبرة في هذا المجال، فيسترسل إلى البائع ويطلب إليه أن يبيعه كما يبيع إلى الناس، ويشتري منه من غير مماكسة بعد أن يعلنه عن حالته، فيستغل البائع ذلك ويبيع منه بثمان يغبنه غبناً فاحشاً، وقد تشدد بعض من السادة المالكية في فبيع الاسترسال، وأقروا أن مجرد الغبن اليسير فيه يكون قابلاً للرد¹

قال الشيخ الدردير (إلا أن يستسلم المغبون ويخبر بجهله، بأن يقول المشتري للبائع: بعني كما تباع للناس، فاني لا أعلم القيمة، أو يقول البائع للمشتري: اشتري مني كما تشتري من غيري، أو غير ذلك، أو يستأمنه بأن يقول أحدهما للآخر: ما قيمته لأشتري بها أو لأبيع بها، فيقول له قيمته كذا والحال ليس كذلك، فله الرد حينئذ قطعاً، أو لا يرد مطلقاً)².

وقال الإمام الدسوقي (أن موجب الرد جهل البائع أو المشتري وكذب الآخر عليه، فمتى كان هناك جهل من أحدهما وكذب عليه الآخر فله رده، وإن لم يكن جهل فلا رد،

¹ الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، الجزء التاسع، مطبعة السعادة، مصر، د.س.ن، ص159

² الإمام محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن، ص141.

قوله فله الرد حينئذ، أي حين أخبره بجهله أو استأمنه فكذب عليه، ولو كان الغبن بأقل من الثلث¹.

فيدخل تحت حكم الاضطرار بيع التلجئة، و التلجئة لغة: لجأ، أي، أي اضطر إليه²، التلجئة³ إما أن تكون في أصل العقد، كأن تكون في إنشاء البيع، وذلك باتفاق المتعاقدين في السر على إظهار البيع ولكن لا يوجد بينهما بيع في حقيقة الأمر وهذا باطل بطلانا مطلقا، أو أن يكون في الإقرار بالبيع، كما إذا اتفقا على الإقرار ببيع لم يكن فأقرا بذلك ثم اتفقا على أنه لم يكن فالبيع باطل بطلان مطلقا كذلك ولا مجال للإجازة فيه، لأن الإجازة لا تحتمل المعدوم.

أما إذا كانت التلجئة في الثمن، كأن يتفقا المتعاقدين سرا على كون البيع بألف دينار مثلا ثم يتبايعان ظاهر بألفين، فالمعتبر هنا هو ما ذكرناه عند العقد ظاهرا، إلا إذا بينا أن الألف الثاني رياء وسمعة، فالثمن ثمن السر والزيادة باطلة، أو أن التلجئة في جنسه، بأن يتفقا سرا على أن الثمن ألف دينار ثم يظهر أن البيع بمائة دينار، فإن لم يقلوا في الوضعية . الحطيطة . بأن الاتفاق في السر على أمر من الأمور والظاهر مخالف لذلك بأن ثمن العلانية رياء وسمعة فالثمن لم تعاقده عليه وإن قال ذلك فالقياس ببطلان العقد، قال بن تيمية (وأما التلجئة فالذي عليه أصحابنا أنها إذا تباعا شيء بثمن ذكره على أن ذلك تلجئة لا حقيقة معها، ثم تعاقدا البيع قبل أن يبطلا ما تراضيا عليه فالبيع تلجئة، وهو باطل وإن لم يقلوا في العقد قد تباعنا تلجئة⁴).

¹ الإمام محمد عرفة الدسوقي، نفس المرجع، ص142.

² الإمام زين الدين محمد الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، دار الكتاب العربي، بيروت، 2004، ص287.

³ هناك فرق بين التلجئة والهزل، فالهزل هو ما لا يقصد به ما صلح له الكلام بطريقة الحقيقة أو المجاز، مما يعني أن وجه التلاقي بينهما في أن كل من هما بتكلم صاحبه بكلام لا يقصد حقيقته: انظر أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، مرجع سابق، الجزء السادس، ص308.

⁴ الإمام أحمد بن تيمية الكراكي، الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، مكتبة المنشي، بغداد، د.س.ن، ص152.

ومما يدخل كذلك تحت حكم الحاجة الملحة حالة البرد و الجوع، قال ابن القيم الجوزية (فإذا قدر أن قوما اضطر إلى السكنى في بيت إنسان لا يجدون سواه، أو النزول في خان مملوك، أو استعارة ثوب يستدفئون بها، أو غير ذلك وجب على صاحبه بذله بلا نزاع ... ومن جوز له أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة على أجر المثل)¹.

كذلك يكون الاضطرار إلى التعاقد بسبب الخوف، أي عند توقع مكروه، أو فوات محبوب، والخوف هو: سلوك يتميز بصبغة انفعالية غير سارة، ويصاحبه نشاط في بعض أعضاء الجسم، كما يتميز صاحبه برود فعل حركية، وأوضاع مختلفة كالاhtزاز والتثلل والهروب، لكنه يختلف عن الرهبة أو الخوف المرضي².

يختلف الخوف عن الإكراه، لأن الخوف هو: الأثر عن حدوث مكروه في الحال أو توقع حدوثه في المآل، أما الإكراه الإلزام أو الإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً، فالخوف لا يفقد الإرادة أو الاختيار، لأنه يستطيع أن يفعل الشيء الذي يخاف منه ويستطيع الامتناع عنه، أما المكروه فإنه فاقد لإرادته واختياره، والخوف يترتب عليه أثره في الحكم سواء أكان الضرر سيحصل عاجلاً أم آجلاً، أما الإكراه فمن شروطه أن يكون الضرر المترتب عليه عاجلاً، والعجلة تقاس بحسب الظرو³ ف³، لكن الفقه الظاهري يرى أن بيع وشراء المضطر صحيح لازم⁴، لكن يبقى رأي شاذ عن الجمهور.

أما بالنسبة لبيع تلق الركبان: وهو تلقي تجار المدينة القادمين بمنعهم وشراء منهم إياها، وهو ما نهى عنه الرسول - صلى الله عليه وسلم - حيث قال (لا يبيع حاضر لباد،

¹ ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، المطبع العلمي، بيروت، 2001، ص 339.

² إبراهيم بن يحيى بن محمد عطيف، أثار الخوف في الأحكام الفقهية، المجلد الأول، مكتبة الرشاد، الرياض، 2000، ص 30.

³ الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الرابع، دار ابن حزم، بيروت، د.س.ن، ص 10.

⁴ الإمام ابن حزم الظاهري، المحلى، الجزء التاسع، المكتب التجاري للطباعة، بيروت، د.س.ن، ص 22.

دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض¹، وقد أعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن لفظ البادي ينطبق على المقيم في البادية، للحالة الغالبة، وليست قيّداً، لذلك ألحقوا بالبادي كل غريب جالب للبلد سواء كان بدوياً أو قروياً أو من بلد آخر².

فالشراء من الركبان يحل في جوهره غرر بأصحاب السلعة و الإضرار بأهل البلد، لذلك جاء المنع سد لذريعة ممكن أن يغرر بالسوم السابق على معرفة أحوال السوق، فالغابن سيعمل على إحباط من معنويات وطمح التاجر القابل، بأن السوق يعان من كساد أو أن السلعة غير مرغوب فيها وما إلى ذلك، لكن في الحقيقة الأمر غير لك وإنما غرر الغابن للطرف الآخر لأجل الشراء منه بأقل ثمن ممكن.

وكذلك الأمر بالنسبة لبيع الأمانة، هي البيوع القائمة على الائتمان³، لأن أحد المتعاقدين ائتمن المتعاقد الآخر، شريطة الابتعاد عن الكذب والخيانة⁴، ومن هذه البيوع: بيع التولية، المراجعة، الإشراف، والوضيعة، قال تعالى: (الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهََ الرَّسُولَ وَ تَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)⁵، فقياس الكذب أو الخيانة من أجل تغيير الطرف الآخر في مثل هذه العقود يعتبر خيانة لله ولرسوله، أي أنه إثم عظيم من الناحية الدينية، أما من الناحية الدنيوية إبطال عقد بسبب الغبن الناتج عن التغيير.

¹ أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار الفكر، بيروت، 2002، ص284.

² علاء الدين أبي بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، ص231.

³ لكن يجب التنويه إلى الاختلاف الكبير بين بيع الأمانة وبيع الاسترسال، فالبيان يصدر في الأخيرة من البائع، أما في بيع الاسترسال فيمكن أن يصدر من البائع أو من المشتري، كما أن المتبايعين في بيع الأمانة يتخذان كلفة المبيع على صاحبه أساساً لتحديد الثمن، أما في بيع الاسترسال فإن تحديد الثمن يقوم على سعر السوق ومقياس العرض والطلب، لمزيد من الإيضاح أنظر: الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الهمام، شرح القدير، الجزء الخامس، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، 1316هـ، ص252.

⁴ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، نفس المرجع، الجزء السابع، ص3200.

⁵ سورة الأنفال الآية 27.

وبيوع الأمانة الأصل فيها الحضر، لأنها تبني على اعتقاد بالثقة الكاملة وهو ما يعتبر أمر نسبي خاصة باختلاف الأزمنة والأمكنة، بل وقد يرد الحضر في مرحلة التعاقد، كأن يقول المشتري للبائع بعني كما تبيع الناس فقال له نعم وأعطاه السلعة وانصرف بها دون أن يعلم كيف يبيع الناس لكان العقد فاسداً، لأنه انصرف بالسلعة على ثمن مجهول¹.

أما عن بيع التولية، التولية لغة: أدبر وأعرض عنه²، شرعا كل بيع بمثل الثمن الأول بدون زيادة أو نقصان³، وقد يكون ذلك لركادة السوق بين العرض والطلب فيقبل البائع على بيع بضاعته بمثل الثمن الذي اشتراها به من دون زيادة في الفائدة عن رأس ماله.

أما بالنسبة لبيع المواضعة أو الحطيطة لغة: الإسقاط⁴، أما شرعا كل بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم⁵، أي التخفيض في السوق من قيمة المنتج قصد التخلص منه ولو بتحمل قليلا من الخسارة خير من الإفلاس، ويكون ذلك عن فوات موسم المنتج أو ظهور منتج أحسن منه بكثير وبثمن تنافسي⁶.

وبالتالي فالإخبار بالثمن بخلاف الواقع، أو ظهر أنه أقل مما أخبر به، كما لو باعه ساعة بمائة دينار، فجاء رجل وقال: بعته برأس ماله، فقال له: رأس ماله مائة وخمسون ديناراً،

¹ الإمام محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل في المسائل المستخرجة، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الغرب الإسلامية، بيروت، 1988، ص432.

² الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص46.

³ كفاح عبد القادر الصروي، التغير وأثره في العقود، دار الفكر، الأردن، 2007، ص113.

⁴ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، نفس المرجع، ص297.

⁵ محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوجيهي، مختصر الفقه الإسلامي، دار اصراء المجتمع، الطبعة الحادي عشر، الرياض، 2010، ص717.

⁶ محمد محمد الغزالي، مشكلة الإغراق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص38.

فباعه عليه بذلك، ثم تبين كذب البائع، فللمشتري الخيار بين الإمساك وأخذ الفرق، أو الفسخ وأخذ القيمة، وقياساً على ذلك كل بيع الأمانة¹.

والاستغلال غالباً ما يكون نتيجة الأخبار والإعلانات الكاذبة والمضللة بما يدفع إلى التعاقد بشروط باهظة، أو بما لا تتعادل معه الأدعاءات المتقابلة، فالشريعة الإسلامية قد حرمة الكذب في جميع التعاملات وجعلته من أقبح الصفات قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا أتمن خان وا إذا حدث كذب وا إذا عاهد غدر وا إذا خاصم فجر)².

فمع متطلبات الحياة المدنية الجديدة التي أصبح فيها المستهلك ضعيفاً في ظل ترويج المبيعات التي تحفز على الشراء من خلال العروض الترويجية والإعلانات الكاذبة والمضللة التي تستغل عدم خبرة بعض الفئات من شريحة المستهلكين، قصد الإلحاح على التسوق من أجل الاقتناء على أساس أن هذا المنتج سحري وفعال بنسبة لا تخطر على البال، لدرجة تجعل المستهلك لا يترتب في التفكير وإعطاء الأولوية لما يجيب على ما بعينه³.

فكل الأحكام السابقة تستمد عن ما رواه أبي هريرة - رضي الله عنه - أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال (لا تلقوا الركبان، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تتاجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا تصروا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر)⁴.

¹ محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوبجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، د.ب.ن، د.س.ن، 2009، ص460.

² الإمام يحيى ابن الشريف الدين النووي، شرح متن الأربعين النووية، الطبعة الرابعة، مكتبة دار الفتح، دمشق، 1984، ص45.

³ أحمد إبراهيم عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص444.

⁴ الأمام أبي الحسين مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء الخامس، دار ابن حزم، بيروت، 1995، ص5.

فحسب الفكر الإسلامي الربا هي إحدى المظاهر التي يتغابن فيها الناس، وهو غل جهود الغير مما يخلق طبقة قوية تستغل طبقة ضعيفة فهي زيادة بدون عوض ولا تستند إلى سبب مشروع، فالمتعاقدين المستفيد يأخذ هذه الزيادة من المحتاج المضطر إلى التعاقد بسبب عسره الشديد¹، كما تدخل في الربا عملية الاقتراض التبادلي، قال الإمام الحطاب (ولا خلاف في البيع من أن يسلف الإنسان شخصا ليسلفه بعد ذلك)²، لأنه شرط عقد في عقد.

وقد حرمت الشريعة الإسلامية الربا باعتبارها مظهرا للظلم وأعلنت حربا عليها، فقد أشرط الرسول . صلى الله عليه وسلم . التساوي الكامل عند إتحاد الجنس حيث ورد في الحديث الصحيح نهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين³.

وفي الحديث السابق، قال عنه ابن رشد (لما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضا وأن تحفظ أموالهم) كما قال أيضا (ولكن إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر . والله أعلم . أن حرمة الربا في الكيل، أو الوزن أولى العلل، وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لكان الغبن الكثير الذي فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعني تقديرها)⁴.

¹ عسالي عرارة، نظرية الاستغلال، أطروحة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997، ص80.

² الإمام محمد بن محمد الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الرابع، مكتبة النجاح، ليبيا، د.س.ن، ص391.

³ الإمام أبي الحسين مسلم النيسابوري، نفس المرجع، الجزء الثالث، ص1208.

⁴ الإمام محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.س.ن، ص131.

فالشريعة الإسلامية قد جعلت لمقتضيات العدالة العقدية المقام الأول في العقود التبادلية، وذلك بإمكان الفسخ لمن شاب رضاه بعيب تجاوز ذلك إلى تحريم الاستغلال، فقد ورد في السنة النبوية تحريم بيع المضطر بيعاً كان أو شراءً، وكذا تحريم الاحتكار، وتحريم بيع المسترسل، وذلك باعتبارهم تصرفات ربوية، ولعل هذا أيقن تفسير لعدم اتجاه الفقهاء المسلمين إلى بناء نظريات مسبقة تتحكم في التطبيق، فالشريعة الإسلامية لم تتحدث عن الاستغلال كحالة بل تحدثت بإسهاب عن الربا كمؤشر على عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة¹.

مما يعني من كل هذا أن الفقه الإسلامي قد جعل قاعدة مفادها أن الغبن الناتج عن غرر يؤثر في سائر عقود المعاوضات المالية²، قياساً على عقد البيع الذي ورد النص بتأثير الغرر فيه، غير أن الظاهرية يختلفون عن الجمهور اختلافاً قد يمتد إلى أصل القاعدة، وذلك نتيجة لعدم اعترافهم بالقياس³، فهم لا يعتبرون الإجارة كالبيع من حيث الحكم⁴، بالرغم من أنها كذلك، لأنها تملك المنافع، أي بيع المنافع بعوض، إلا أنها أعطيت اسم خاصاً⁵، قال الإمام مالك (الأجير لا يستأجر إلا بشيء مسمى، ولا تجوز الإجارة إلا بذلك، وإنما الإجارة بيع من البيوع، إنما يشتري منه عمله، ولا يصلح ذلك إذا دخله الغرر، لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الغرر)⁶.

¹ عسالي عرعار، نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص 80.

² عامر عاشور عبد الله، (القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني والخمسون، السنة السابع عشر، كلية الحقوق، جامعة كركوك، د، س، ن، ص ص 65-71.

³ الإمام ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 22.

⁴ لمزيد من الإيضاح في فكرة إن كان البيع بالإيجار، أنظر: حميل نواره، عقد البيع بالإيجار، مجلة الباحث، العدد الخامس، جامعة تيز وزو، 2007، ص ص 175-181.

⁵ أبو محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الخامس، دار المنار، د.ب.ن، 1957، ص 32.

⁶ الإمام أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1952، ص 126.

أم بالنسبة للمعيار الشخصي فالفقه الإسلامي فسر الطيش البين على أنه عدم التفكير في عواقب الأمور، فالشاب الذي يرث فجأة أموالا كثيرة وانغمس في إشباع حاجياته، من ملذات وشهوات عابرة بلا مبرر شرعي، وبمقابل يعتبر على أنه غيب فاحش من قبل متعاقدين آخرين، فالفقه الإسلامي عالج الأمر على أن الخيار للمغبون¹، وهو مقارنة للبيع بالخيار، أي أنه خيار بسبب عيب في الرضا، لأن الشخص المغبون لو كان في مثل حالت الرجل العادي الحريص على ماله لما أقدم على مثل هذه التصرفات، والتي تعتبر قرينة على أن المغبون لم يكن في المركز التي يفترض أن يكون فيه.

كما أن للفقه الإسلامي تكيف أخرى للاستغلال، فالغبن الناتج عن عقد أبرمه المستغل مع الشاب استعمال معه طرقا احتيالية، والتصرفات التي تكون أساسها تنطبق عليها قاعدة ما كان غير مشروعة فما ينتج عنه يكون غير مشروع، استنادا إلى القاعدة الأصولية ما بني على باطل فهو باطل، مما يعني أنه بإمكان الطرف المغبون أن يطالب بإبطال الالتزام التعاقدي، لأن الطرف الأول لم يكن صادقا معه النية.

كما أن الشخص المغبون إن أثبت أنه صرفها في ملذاته وشهواته الأنانية بمقابل لا يتلاءم وقيمتها الحقيقية فيحجر عليه، لإدخاله في خانة السفهاء، الذين لا يعطون قيمة حقيقية للمال، ويكون الحجر من قبل الجهات القضائية²، فالسفيه تنتابه خفة في النفس تدفعه على التصرف في المال بخلاف التدبير ومقتضى العقل مع عدم اختلال العقل³.

¹ يوسف السيد أحمد، مرجع سابق، ص 51.

² الحجر في الإسلام أو القوانين الوضعية يرد على حالاتي السفه وذا الغفلة خلافا للمجنون، المعتوه والصغير، الذين لا يعتبرون محجور عليهم لذاتهم، بل لابد من حكم بالحجر عليهم، لأنهم يشكلون حالة شاذة يجب استثنائها

³ محمد الخضري بك، أصول الفقه، الطبعة السادسة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1969، ص 102.

مما يعني أن الحكم القضائي بالحجر قرينة قاطعة على عدم كمال شخصية وإدراك الشخص المغبون¹، وبالتالي يتم إبطال جميع تصرفاته التعاقدية حتى ولو كانت بالإرادة المنفردة²، بل ويتم إبطال التصرفات التعاقدية حتى قبل إصدار الحكم بالحجر إن كان المتعاقد المستفيد يعلم بضعف شخصية المغبون.

أما عن الهوى الجامح الذي فسره فقها القانون المدني على أنه ميل النفس ورغبتها المتحكم فيها من قبل المغبون³، كاستغلال زوجة شابة هوى زوجها المسن الواقع في حبها، فيتنازل لها عن ممتلكاته كلها أو جلها، أو يتعاقد معها بغبن فاحش، فقد عالج الفقه الإسلامي مثل هذه الحالات بأثر الغبن الفاحش مطلقاً، وللمتعاقد المغبون الخيار إن صاحب العقد تغرير، أو على أن المتعاقد المغبون في مرحلة الخرف، التي تبطل كل تصرف قانوني، اعتباراً أنها من مراحل الأولى لمرض الموت، وإلا فلا.

أما عن الحاجة التي فسرت في التقنين المدني العراقي على أنها ضعف يؤدي بالمغبون إلى الالتجاء للغير من أجل المساعدة الملحة، كأن يحتاج المريض إلى دواء معين لا يوجد إلا في صيدلية معينة، أو مادة غذائية واسعة الاستهلاك غير موجودة إلى عند الغابن، فإن الفقه الإسلامي فسرها على أنها حالة اضطرار.

¹ إبراهيم عنتر، (السفه في الفقه الإسلامي والقانون)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، العدد الثاني، السنة الأولى، ص 157-163.

² عمار خضير علامي، (دور الإرادة المنفردة في إنهاء العقد)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، د، س، ع، ص 200-206.

³ محمود عبد الرحمان محمود، مرجع سابق، ص 117.

وفي ألمانيا أضاف القضاء العالي عدت أمور تحت مصطلح الحاجة، كالصحة، والشرف، فقد قبل على سبيل المثال أن هذه الحالة - الغبن الناتج عن استغلال - تعد متوافرة عندما يطلب منقذ يعمل في جبال الألب مبلغا كبيرا لإنقاذ شخص وقع في صدع جبلي¹.

كذلك الأمر بالنسبة للفقهاء الإسلامي الذي اعتبر الحاجة الملحة سببا من أسباب الاستغلال، إلا أنه لا يفرق بين الحاجة والضرورة في اللفظ، قال السيوطي (الحاجة أن الجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك، بل يكون في جهد ومشقة وهذا لا يبيح الحرام ولا يبيح الفطر في الصوم) وقال أيضا (الضرورة بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قار ب)².

فهذا التوحيد بين اللفظين أدّى إلى توحيد في الغرر الذي لا يفرقون فيه بين الحاجة والضرورة، فيستعملون الضرورة مكان الحاجة والمشقة، قال الإمام الدريبي (واغتر غرر يسير إجماعا للحاجة)³ ويقول الإمام النووي (الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه فأما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن الاحتراز عنه، فهذا يصح بيعه بالإجماع)⁴ ويقول بن تيمية (ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه)⁵.

أما عن ضعف الإدراك فقد فسر النقتين المدني العراقي ذلك على أنه عدم القدرة على التمييز الجيد من الرديء، أي حالة من حالات الهلوسة، بمعنى ضعف قدرة الشخص على

¹ أحمد الحراكي، (الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني دراسة مقارنة تحليلية نقدية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد الواحد والعشرين، العدد الأول، دمشق، 2005، ص 129-136.

² الإمام جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في الفروع، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.س.ن، ص 85.

³ الإمام محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 24.

⁴ الإمام محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، الجزء التاسع، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، د.س.ن، ص 280.

⁵ الإمام أحمد بن تيمية الحراكي، القواعد النورانية، مطبعة دار الندوة الجديدة، بيروت، د.س.ن، ص 118.

وزن التصرف القانوني وتبين ما فيه من نفع أو ضرر، ويتحقق هذا الضعف عادة إما بسبب كون الشخص طاعنا في السن، أو بسبب قيام حالة مرضية أو نفسية لديه كحالة السفه¹ وذو الغفلة² قبل صدور قرار الحجر عليهما، لأن تصرفاتهما تعتبر صحيحة نافذة، فالاستغلال في مثل هذه الحالات يفسر في الفقه الإسلامي على حسب الاتجاه الأول، أي في أن الخيار للمغبون مطلقا فيها، بسبب عدم تساوي إدراك الطرفين في مرحلة إبرام العقد، أما لو كانت الهلوسة أثناء التنفيذ فإنها لا تؤثر على صحة التعاقد.

فتكيف الحالة في الفقه الإسلامي على أنها تصرفات ذي الغفلة، يكون من اختصاص القاضي، فالسلطة التقديرية في ذلك تكمن من خلال الإطلاع الكافي بحيثيات القضية، ومعرفة مزاج وشخصية كل متعاقد، عندها يستند القاضي إلى القاعدة الفقهية إن الخيار يثبت لكل من كان في مثل ضعف الإدراك والرأي³.

وبالتالي يتبين أن الفقه الإسلامي قد عالج مسائل الاستغلال من خلال النظرية العامة للغبن الفاحش كما علاجها أيضا من خلال نظريات أخرى، فنظرية الغبن الفاحش الموجودة في الفقه الإسلامي تغني عن نظرية الاستغلال، لأنها تحمل في طياتها المعيار الموضوعي المرن، حيث يعاد تقدير الغبن الفاحش إلى العرف والعادة التجارية⁴

¹ لم يعرف القانون المدني السفه في حين عرفته مجلة الأحكام العدلية من خلال المادة 146 (السفه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبدد في مصارفه ويضيع أمواله وينفقها بالإسراف، والذي لا يزالون يغفلون في أخذهم وأعضائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضا من السفهاء).

² كذلك لم يعرف القانون المدني ذي الغفلة في حين عرفته مجلة الأحكام العدلية من خلال المادة 110 (الذي لا يهتدي إلى التصرفات الربحية المفيدة فيغيب في المعاملات لسلامة نيته، وهو في حكم السفه).

³ الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 337.

⁴ علي علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، 1970، ص 38.

ومن خلال الإطلاع على المادة 356 مجلة الأحكام العدلية (إذ وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع) ونصت كذلك المادة 438 من مشروع قانون المعاملات الشرعية (لا رد بغبن فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال فإن ثبت التغرير وتحقق أن في البيع غبنا فاحشا فللمغبون فسخه)¹.

نخلص إلى أن الغبن المادي لا يوجد عند جمهور الفقه الإسلامي . سواء المتقدمون أو المتأخرون . إلا في عقود المعاوضة، ولا يتصور وجوده في عقود التبرع، لأن عقود التبرع لا يكون فيها مقابل لما يعطيه، ومن هنا يعتبر الغبن عيب في العقد، وليس عيبا في الرضا، بسبب وجوده بمجرد وجود التفاوت المادي المقدر له سلفا وفقا للقوانين الاقتصادية أو لما يحدده قانون العرض والطلب، حتى ولو كانت إرادة المتعاقد المغبون سليمة من عيب من عيوب الإرادة².

وقد قرر المذهب المالكي قاعدة عامة بالنسبة للغرر في عقود التبرعات هي: أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها، قال الإمام القرافي (وقد فصل مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة، و انقسمت التصرفات عنده إلى ثلاثة أقسام، طرفان و واسطة، فالطرفان أحدهما: معاوضة صرفة، فيجتنب فيها ذلك، إلا ما دعت الضرورة إليه عادة، وثانيهما ما هو إحسان صرف، لا يقصد به تنمية المال، كالصدقة والهبة، فإن هذه التصرفات إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، لأنه لم يبذل شيئا بخلاف القسم الأول، إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته، فقد قضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه

¹ محمد قنري باشا، مرشد الحبران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، 1891، ص70.

² يوسف السيد أحمد، مرجع سابق، ص54.

(¹)، وقد أكد على ذلك الإمام ابن رشد حيث قال (ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع وجوده، وبالجمله كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر)(²).

إلا أن المذهب الشافعي يقبل الغرر في عقد الهبة، قال ابن تيمية عن الشافعي (وقاس على بيع الغرر جميع العقود من التبرعات و المعاوضات)(³)، والسبب في ذلك أنهم يشترطون في الموهب ما يشترط في المبيع، قال الشيرازي (وما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته، لأنه عقد يقصد به تمليك المال في حال الحياة)(⁴).

أما الاستغلال في القانون المدني فهو أوسع مدى من الغبن المادي المحض، لأنه يعتد بعنصر عدم التعادل بين ما أعطاه أحد المتعاقدين وما يأخذه على نحو يتحقق معه الإفراط كمظهر مادي لتعيب الإرادة، بسبب استغلال أحدهما لنقطة ضعف، كحالة الطيش البين أو الهوى الجامح، أو حالة الضيق أو عدم الخبرة بالنسبة لبعض التشريعات في الطرف الآخر⁵، بمعنى الاستغلال يكمن في قيمة الشيء في نظر الطرف المستغل، وليس بقيمته المادية وفقا لقانون العرض والطلب .

مما يعني أن الغبن لا يوجد إلا في عقود المعاوضة المحددة، ولا يتصور وجوده في عقود التبرع أو عقود المعاوضة الاحتمالية، أي أن المشرع اعتد فيه بالنظرية الموضوعية،

¹ الإمام أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، إدارار الشروق على أنواع الفروق، الجزء الأول، المكتبة العلمية، بيروت، ص150.

² الإمام محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، الجزء الثالث، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة، د.س.ن، ص342.

³ الإمام أحمد بن تيمية الحراكي، القواعد النورانية، مرجع سابق، ص122.

⁴ الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، نشر المعهد الإسلامي للبحوث والتريبات، جدة، 1993، ص36.

⁵ رباحي أحمد، مرجع سابق، ص23.

بالمقابل فإن الاستغلال أوسع من ذلك بحيث يمكن تصوره في عقود المعاوضة، محددة كانت أو احتمالية، بل وفي عقود التبرع، وذلك بسبب أن الطرف المغبون لم يقصد النزول عن بعض حقه للطرف الآخر، ولم يقصد التبرع بماله، وإنما نتج هذا التصرف نتيجة ضعف في إرادته استغله الطرف الآخر، وعليه يكون منطقياً الاعتداد بحالات الغبن حتى في عقود التبرع¹، لأن الأساس هي النظرية الشخصية.

وبالنسبة للفقهاء الإسلامي فإنه كذلك يعتد بالنظريتين، الشخصية والموضوعية، لكن النظرية الشخصية . نظرية الاستغلال . أكثر اتساعاً من مما هي عليه في التشريعات الحديثة، الأمر الذي دفع بعض التشريعات المدنية العربية كالقانون المدني العراقي وقانون المعاملات السوداني، وحتى بعض التشريعات الغربية كالقانون المدني الألماني، إلى التأثر بالفقهاء الإسلامي ولو بدرجات متفاوتة، حيث أن التأثر التام كان في القانون السوداني وهو ما يستنتج من نص المادة 73 منه (إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد)، مما يعني الاعتداد بالغبن كنظرية عامة على في كل العقود، إذا كان فاحشاً وصاحبه تغير، هذا على غرار الشريعة الإسلامية.

لكن في مقابل آخر نجد حالات نفور وتقاطع بين الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية في غالبيتها بخصوص مسألة الفائدة الربوية، فالشريعة الإسلامية تعتبر الفائدة الربوية أيما كانت طبيعتها أو مقدارها محرمة شرعاً² لمخالفتها لنظام العام في الشريعة الإسلامية³، قال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ)⁴.

¹ محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص 14.

² عبد العظيم جلال أبو زيد، فقه الربا، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، 2004، ص 345.

³ سعد بن حمدان اللحاني، (القروض التبادلية)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، العدد 14، ص ص 107-113.

⁴ سورة البقرة الآية 378.

في مقابل ذلك فإننا نجد غالبية القوانين المدنية تجيزها لأسباب اقتصادية، فالمادة 454 مدني واكبت الشريعة الإسلامية في عدم الاعتداد بها بين الأفراد، لكن المادة 455 مدني ذاتها توجيزها لمؤسسات القرض، وهي المادة التي استلهمت من المادة 226 مدني مصري، التي ترى إمكانية قيام الغبن الفاحش بسبب سعر الفائدة الاتفاقية.

وبالتالي يقصد بالغبن اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما أخذه كل عاقد فيه وما يعطيه، فهي الخسارة التي تلحق بأحد المتعاقدين في ذلك العقد، أي هو المظهر المادي للاستغلال، وأما الاستغلال فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا تقابلها منفعة لهذا الأخير.

المطلب الثاني:

القواسم المشتركة بين الاستغلال وعيوب الإرادة الأخرى

إن الغبن الفاحش لم يخرج في أول أمره على أنه عيب في العقد، والطعن فيه لا يكون إلا لخلل حسابي بالرغم من وجود كتابات تعتبره أكثر من ذلك، وهذا على خلاف الفقه الإسلامي الذي يعتبر المرسخ الحقيقي لمفهوم الاستغلال على أنه عيب رابع يقترب من كافة العيوب الأخرى بسبب وصفه بحالة من الضعف (الفرع الأول).

وبما أن الغبن المادي الناتج عن استغلال حالة الضعف فإنه قد يصدم بالحسّ السليم، لأنه عمل غير مشروع، لمخالفته مقتضيات العدالة وإفساده لحقيقة المعاملات التعاقدية النموذجية الحق، لذلك إقراره إقراراً للعلاقة بين الدين والأخلاق وإهداره إهداراً ذكراً لعلاقة القانون بالأخلاق (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الاستغلال عيب من عيوب الإرادة

إن لكل دراسة تأصيلها التاريخي وللغن الفاحش أصله الروماني باعتباره عيبا في العقد، أما أنه ركن مادي في بسبب ضعف نفسي فلشرح القانون الروماني ذلك (أولا)، وكما للأحكام تقيدانها ولحياة الإنسان مراحلها، فكذا للإدعاء بحالة الاستغلال مراحلها العمرية (ثانيا).

أولا: تاريخ اعتبار الغبن عيب في الرضا

كان الغبن الفاحش في القانون الروماني عيبا قائما بذاته مستقلا عن عيوب الإرادة، وهو عيب في العقد وليس عيب في الرضا، وأي اختلال بين الثمن المتفق عليه والقيمة الحقيقية للشيء المبيع، يصل مباشرة هذا الاختلال إلى رقم محدد، مما يعني أن الغبن كان عند الرومان مفهوما ماديا بحتا وكفي لقيامه أن يثبت المغبون إنما باعه بثمن يقل عن نصف القيمة الفعلية للشيء المبيع، والعبرة في ذلك بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية.

لكن من الناحية التاريخية الحوشيون¹ هم أول من ربط فكرة الغبن الفاحش وعيوب الإرادة، لأنه لا يمكن . حسبهم . القول أن من باع بأقل من نصف الثمن الحقيقي قد تصرف عن رضا تام، فقد ذهب البعض إلى اعتبار الغبن الفاحش إحدى تطبيقات البطلان للغلط

¹ الحوشيون أو مدرسة الشرح على المتن، هي حركة فكرية عملت على إحياء ودراسة القانون الروماني والتي أطلقت عليه مجموعة القانون المدني تميزا له عن القانون الكنسي، وسمية بمدرسة الشرح على المتن لتمييز دارسها بالتعليق على القانون الروماني في صورة حواشي تكتب على هوامش أو بين سطور القانون الروماني.

الذي وقع فيه المتعاقد المغبون، بل وهناك منهم . الحوشيون . من ألحقه بالتدليس، على أساس أن المغبون الذي كان يجهل القيمة الحقيقية للشيء قد خدع¹.

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي قد نظر للغبن من خلال المعيار المادي، لذلك من الصعب إدراجه تحت عنوان عيوب الرضا، وهو ما يلاحظ من الناحية التطبيقية، إذ لا يوجد أي إشارة إلى عيوب الرضا في قضايا الغبن الفاحش، فحتى الشخص الذي يكون تحت الحماية ليس بحاجة إلى إثبات عيب في الرضا وقت انعقاد العقد كما هو مقرر في القواعد العامة²، لكن على خلاف من ذلك كان العلامة ريبير يرى أن الغبن قرينة على وجود عيب في رضا المغبون، وما المظهر المادي للغبن إلا قرينة على ذلك³.

أما بالنسبة للقانون المدني الألماني فإن المادة 138 فقرة 2 منه (يعد باطلا بشكل خاص كل تصرف قانوني تم بالاستفادة من حالة إكراه، أو قلة خبرة، أو عدم قدرة على التصرف، أو ضعف في التفكير لدى شخص آخر، بحيث يحصل الشخص الذي قام بهذا التصرف على ميزات مالية تتجاوز الميزات التي حصل عليها الطرف الآخر، بحيث يكون هذا التفاوت واضحا للعيان)⁴.

مما يتبين أن القانون المدني الألماني كان على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي لم يعترف بالغبن الفاحش الناتج عن استغلال أحد المتعاقدين للطرف الآخر في العملية التعاقدية، فالكتابات القانونية في ألمانيا كانت متشعبة بروح الجماعة منذ عهد بسمرك، لذلك اعتبر عيب في إرادة المتعاقدين المغبون.

¹ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص 180.

² Weill.(Q), TERRE.F, doit civil, les personnes, les incapacités, 5°, Dalloz, 1993, p 912.

³ عبد الرزاق أحمد السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 401.

⁴ أحمد الحراكي، مرجع سابق، ص 120.

أما عن اعتبار الاستغلال عيب من عيوب الإرادة في التقنيات المدنية العربية فقد كان من خلال الكتابات القانونية المنتشرة بروح النقد البناء، الذي يعمل على توجيه وتقويم العملية نحو الأحسن، ويعود الفضل لأمثال الفقيه الأستاذ أحمد عبد الرحمان السنهوري الذي دعا إلى ذلك من خلال نقده للقانون المدني المصري القديم وإشراف على كتابة القانون المدني المصري الحالي، وكذا إشرافه على كتابة الكثير من قوانين البلدان العربية.

والاستغلال يعتبر عيباً رابعاً من عيوب الإرادة، إلا أنه ليس عيباً مستقلاً تماماً عن عيوب الإرادة الأخرى، فهو يقترب من الإكراه إن لم يكن أكرهاً كما في حالة الهوى الجامح، كما أنه يقترب من الغلط أو التغرير مع الغبن كما في حالة الطيش البين، فهو إذن لا يختلف في طبيعته عن العيوب الأخرى من حيث تأثيره في الإرادة وإن اختلف عنها من حيث الدرجة، كما أن إثبات هذه العيوب في نطاق الاستغلال أيسر، لأنها مفترضة من مجرد إقامة الدليل على توافر عنصر الاستغلال.

ثانياً: الاستغلال ومدى تأثيره على الرضا

لكي نتبين حقيقة أن الاستغلال عيب من عيوب الإرادة ينبغي تحديد مدلول الرضا، لذلك فالرضا لغة مصدر رضي، أي سر قلبه¹ أَقْبَلَ تَهَالِيَّ بَعِ رَضُوْا نَ اللهُ كَمَنْ بَاءَ خَطٍ مِنَ اللهِ وَمَا وَاهُ جَهَنَّمُ وَيُنْسَ الْمَصِيرُ²، أما التراضي فهو توافق وتطابق الإرادتين، لأن التراضي هو مكان التفاعل لرضا كل من الطرفين، فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى آمَنُوا لَا تُلْكَؤُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍكُمْ³ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا³، ومن السنة النبوية قوله - صلى الله عليه وسلم - (

¹ الإمام محمد بن مكرم بن منظور ، الجزء التاسع عشر، مرجع سابق، ص 1663.

² سورة آل عمران الآية 162.

³ سورة النساء الآية 29.

إنما البيع عن تراض¹ وقال كذلك . عليه الصلاة والسلام . (لا يحل لأمرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه)².

وبهذا اعتبر جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي على أن الرضا هو ركن من أركان العقد، فلا يقوم العقد إلا بقيامه ويزول العقد بزواله، قال الإمام الشاطبي (إذا عريت - أي ي الأقوال والأفعال - عن المقاصد لم تتعلق الأحكام بها)³، كما نصت المدونة المالكية على اعتبار الرضا ركناً أساسياً لصحة العقد فقالت (ينعقد البيع بما يدل على الرضا)⁴، فالرضا قصد الشيء واختياره لترتيب عليه أثاره، وبهذا المعنى هو يختلف عن النية التي تعتبر القصد من الشيء والغرض من الإقدام.

ويظهر جلياً معنى الرضا من خلال تعريف المذهب الحنفي لها: بأنها حالة تتكون من ركنين، ركن نفسي معنوي، والآخر مادي، فالعنصر النفسي هو الإيثار والاستحسان الذي ينبعث من القلب ولا يمكن للإنسان الإطلاع عليه، أما الركن المادي المحسوس فيها ظهور آثار السرور على وجهه - أي المتعاقد - بحيث يتحسس منه رضاؤه وفرحه بالتعاقد لأنه فيه قضاء حاجة أو تسهيل مشقة⁵.

وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الحديثة التي جعلت التراضي ركناً أساسياً في جميع العقود، حتى ولو اشترط فيها المشرع نوعاً من الشكلية إلا أنها لا تتم بدون تراضي وهذا ما

¹ الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القرويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت، ص17.

² الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، سنن الصغير، الجزء السادس، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، 1989، ص97.

³ الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي لشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، دار ابن عفان، بيروت، د.س. ن، ص149.

⁴ الإمام صالح عبد السمع الأزهرى، جواهر الإكليل، الجزء الثاني، دار الفكر، لبنان، د.س. ن، ص2.

⁵ الإمام عبد الله بن محمود النسقي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص954.

جاءت به المادة 59 مدني جزائري(يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية)، وعلى غرار ذلك بقية التشريعات المدنية التي جعلت من التراضي الصحيح ركنا أساسيا للعقد، ولن يكون الرضا صحيحا إلا إذا كان قصد عاقده صحيحا، وكذا تمتعه بأهلية صحيحة.

لذلك فالقصد هنا هو الاعتزام والتوجه نحو الشيء¹، أي هو العزم على إحداث أثر حقيقي، قال الإمام الغزالي (فكما أنه يشترط في تحقيق الرضا قصد العبارات فلا بد أيضا من قصد أثارها، وهذا مالا يمكن أن يتحقق إلا بعد الإحاطة بصفات المقصود)²، وبهذا يخرج من دائرة القصد الهزل والصوربة، لأنه لا يتحقق معهما القصد الحقيقي، قال الحنفكي (ولم ينعقد - أي البيع - مع الهزل لعدم الرضا يحكمه معه)³، وكذلك الأمر بالنسبة للتعاقد الصوري، الذي يعرف في الفقه الإسلامي بعقد التلجئة، بأن يتفق العاقدان في الخفية على عقد ثم يعقدان في الظاهر عقدا آخر هو عقد باطل، لأنه بحكم عقد الهازل⁴.

ويجب أن يكون الرضا صادرا عن من له أهلية كاملة لذلك فالأهلية لغة: الصلاحية، والجدارة، والكفاءة لأمر من الأمور⁵، وهو ما نجد المعني ذاته في المجال القانوني حسب المادة 40 فقرة أولى مدني جزائري(كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية).

وبالتالي أن فاقد الأهلية هو من لا يدرك حقيقة الأشياء، كالمجنون الذي أصيب باختلال في العقل يفقده الإدراك تماما أو في حالات متقطعة، فتصير تعاملاته باطلة بطلانا

¹ الإمام محمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق، الجزء السادس عشر، ص 3642.

² الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في شرح المذهب، الجزء الثاني، دار السلام، القاهرة، 1997ص596.

³ الإمام محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الرابع، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، د.س.ن، ص507.

⁴ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص 176.

⁵ محمد بن يعقوب القيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، د. ب. ن، د. س. ن، ص1862.

مطلقاً، وكذا المعتوه الذي فيه نوع من الجنون، لكن الفرق بين المعتوه والمجنون في أن المجنون يصاحبه نوع من الاضطراب، بل أحياناً يصل إلى درجة الهيجان، أما المعتوه فلا يصاحبه ذلك، أي أن يظل هادئاً مسالماً بالرغم من زوال عقله، ففي الغالب يتصرف بتصرف العقلاء إلا أن هناك فترات يعتريه نوع من الاضطراب.

ويدخل في حكم فاقد الأهلية أو التميز كما يسميها فقهاء الشريعة الإسلامية الصبي الغير المميز وهذا طبقاً للمادة 42 مدني جزائري (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة)، وقد أحسن أبي محمد الخبازي حينما قسم حالات فقد الأهلية إلى عوارض سماوية وأخرى مكتسبة، فالعوارض السماوية كالجنون، العته، الصغر، والموت، أما العوارض المكتسبة ففيها نوعان، منه ومن غيره، فأما التي منه كالفقه، والجهل، وأما التي من غيره فهي كالإكراه، والضيق¹.

وبالتالي فإن القانون المدني المصري ومن ورائه الجزائري وكذا القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 499 منه قد ساءروا الفقه الإسلامي في اعتبار أن فاقد الأهلية، من مجانين ومعتوهين و كذا الأطفال صغار السن تصرفاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً، وهذا من أجل إضفاء عليهم حماية خاصة تحول بينهم وبين من يريدون أن يترصص به، وبالتالي يتم استبعاد نظرية الاستغلال بالنسبة لهذه الشريحة الاجتماعية المصابة بأمراض عقلية كالمجانين والمعتوهين، أو بالنسبة للشريحة العمرية الخاصة بالأطفال الصغار.

أما عن من هو ناقص الأهلية فهو من كان له الإدراك إلا أنه غير متكامل أو اعتراه ضعف فيه، كالصبي المميز والسفيه وذو الغفلة وهذا طبقاً للمادة 43 مدني جزائري (كل

¹ أبي محمد عمر بن محمد الخبازي، المغنى في أصول الفقه، مكتبة إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، 1982، ص369.

من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون).

وبالتالي تكون تصرفات الصبي المميز دائرة بين النفع والضرر، فما يعتبر تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً، كهبية أو وقف منه ونحوهما، مما يؤدي إلى خروج شيء من ذمته دون مقابل فهو باطل بطلاناً مطلقاً¹، إلا إذا كان مأذوناً له في تصرفه من قبل الجهات المختصة فإن تصرفه يكون صحيحاً حتى ولو أخفق في تعاملات المالية لأنه شخص مرشد حسب المادة 5 من القانون التجاري.

فهذا الخروج عن القاعدة العامة وترتيب جميع آثار التعاقد والمعاملات المالية على المدين المرشد تحرمه من الاحتفاء خلف القاعدة العامة في تميز التصرف الضار من النافع، مما يعني أن يدعي بالنظرية العامة لحماية المغبون غبناً فاحشاً ناتجاً عن حالة استغلال حسب المادة 90 مدني.

أما بالنسبة للشخص الكامل الأهلية - أهلية الأداء الكاملة - تعتبر تصرفاته تصرفات قانونية، ويكون بإمكانه أن يبرم ما يشاء من عقود مالية وفي حالة وقوعه في غبن فاحش بسبب حالة استغلال نتج عن حالة ضعف، كحالة الطيش البين أو الهوى الجامح، أو بمصاحبة ذلك بحالة تغرير كما في الفقه الإسلامي وكذا القانون المدني العراقي، مما يعني توفير الحماية العقدية له في حدود درجة الاستغلال.

¹ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 65.

الفرع الثاني:

الطابع الغير المشروع للاستغلال.

إن العقد في جوهره ما هو إلا تنافس بين متعاقدين في التقليل أو الإكثار في حظوظ الطرفين والغبن الفاحش يهدم كل محاولة جادة لذلك، لذلك فهو عمل منافي للتنافس العادل (أولاً)، كما أنه عمل مشين ومنافي للآداب في نظر الكثيرين (ثانياً)، وهو تصرف مخالف للأخلاق الحمية في نظر الشريعة الإسلامية (ثالثاً).

أولاً: منافي للتنافس العادل

إن الهدف ليس تحقيق نتيجة عادلة، وإنما الهدف هو تحقيق تنافس عادل بين الأفراد، فالغبن مسموح به طالما كان هناك تكافؤ في التنافس بين المتعاقدين وساد التكافؤ بينهما من حيث سلامة إرادتهما ومن حيث الظروف التي وجدا فيها وقت التعاقد، فالقانون لا يسعى إلى حماية بإقامة مساواة حسابية، بل إلى جعل كل من المتعاقدين في نفس المستوى من المقومات النفسية.

فنظرية الغبن الفاحش نظرية أخلاقية في جوهرها¹، فهي تعد حلقة الاتصال بين الأخلاق والقانون ومن ثم نجد أن التشريعات التي أقامت فاصلاً حاداً بين الأخلاق والقانون لم تأخذ الغبن الفاحش في الاعتبار، وهو ما يميز القانون الروماني في بادئ أمره أين كان هناك فاصل بين الدين والقانون، وبين القانون والأخلاق، لأن الفصل بين الدين والقانون

¹ سميرة حسن محسن، (الغبن وأثره في تعيب العقد دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، جامعة القادسية، العراق، 2009، ص ص 124-192.

يؤدي إلى الفصل بين القانون والأخلاق مما يعني أن القاعدة القانونية كان مصدرها النشاط الإنساني، أي إما عرف معاملات أو تشريع مؤسسات¹.

والفصل بين الدين، باعتباره وسيلة الاتصال الروحية بين العبد وربّه من جهة، وبين القاعدة القانونية باعتباره الوسيلة الحضارية لتحديد مركز الفرد في محيطه الاجتماعي من جهة ثانية، فمن الأرجح أن تعم الفوضى بدل الاستقرار و الأناية بدل التعاون²، بل والهمجية بدل الحضارة، لذلك نجد أن المجتمعات القديمة وخاصة المجتمع الروماني لم يعرف النظريات التي تستند في جوهرها على أسس أخلاقية، مثل نظرية الغبن الفاحش، ولا نظرية الاستغلال، ولا القاعدة التي تلزم المتعاقد باحترام كل ما تعهد به، ولا نظرية القوة القاهرة. الجائحة. ولا نظرية الإثراء بلا سبب، ولا نظرية التعسف في استعمال الحق³.

ثانيا: منافيا للآداب

لقد كان المشروع الألماني الأول الخاص بالفقرة الأولى من المادة 138 يجعل من الاستغلال عملا مخالفا للنظام العام والآداب العامة إلا أن اللجنة القانونية الثانية لصياغة القانون المدني حذفت عبارة مخالف للنظام العام، وهذا لخطورة وحساسية العبارة المتعلقة بالنظام العام و رفضت استبدال عبارة الآداب العامة بعبارة الأخلاق العامة، لأن عبارة الأخلاق تفسح المجال أمام سلطة القاضي التقديرية للتفرقة ما بين تصرفات قانونية يعتبرها مشينة للأخلاق وأخرى لا، أما الآداب العامة المجتمع وليس القاضي، لأن العبرة بما توافق عليه الناس لا بما يراه القاضي⁴.

¹ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص20.

² ميشال بونشير، مرجع سابق، ص25.

³ إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، د، ب، ن، 2012/2011، ص18.

⁴ أحمد ديب حبال، مرجع سابق، ص250.

ومن أهم التطبيقات للاتفاقيات المخلة بالآداب العامة ما ورد ته الفقرة الثانية من المادة 138 مدني ألماني بخصوص الاستغلال (يكون باطلا بنوع خاص كل تصرف قانوني يستغل بموجبه أحد المتعاقدين حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه أو عدم تجربته ليحمله على أن يتعهد له أو للغير أو أن يكفل بأي طريق آخر في مقابل ما حصل عليه، من منافع ذات قيمة مالية تزيد على قيمة هذا المقابل، بحيث تختل النسبة بين القيمتين اختلالا فادحا نظرا لظروف الحال¹.

لأنه لا يجوز أن يسعى الفرد مستغلا طيش أو هوى الآخر ليقوض من مصلحته، وهذا ما يتعارض ومجموعة القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأخلاقي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصل، وما جرى به العرف وتعارف عليه الناس²، فهي الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة، أي تمثل الحالة الخلقية السائدة في بيئة معينة وفي عصر معين.

ثالثا: منافيا للأخلاق

أما الوضع في الشريعة الإسلامية فمصدر الحكم نص قاطع، قال تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ)³، فالأخلاق في الشريعة الإسلامية هي روح الرسالة السماوية⁴ التي تجلت في قضيتها الفاضلة وما تحدثه في المجتمع من قيم إنسانية التي أعتمد منهج

وَأَوْفُوا بِعَهْدِكُمْ لِلَّهِ الَّذِي كَفَّلَكُمْ هَذِهِ الْأَرْضَ فَكُلُوا مِنْهَا وَلَا تَتَذَكَّرُوا إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كَيْدُهَا وَقَدْ

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص45.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص400.

³ سورة النحل الآية 91.

⁴ كان تأثر التشريع المدني الفرنسي بالفقه الإسلامي واضحا من خلال اقتباس الكثير من الأحكام خاصة في مجال العقود والالتزامات مما يدل على أن القانون المدني الفرنسي قد تفاعلت تفاعلا إيجابيا مع حاشية المعاملات الإسلامية، لمزيد من الإيضاح أنظر: عبد العزيز بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، دار الغرب الإسلامي، 1983، ص41.

ثُمَّ اللَّهُ َعَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ اللَّهَ َعَمَّا تَفْعَلُونَ ¹، فأخلاقيات القرآن في صورتها الإيمانية تتمثل في نموذجها وتتحرك في أشخاصها، مما يعني أن الأخلاق الكريمة هي ثمرة الإيمان القوي الصادق، قال عليه الصلاة والسلام (الدين حسن الخلق) ²، وبالتالي هناك ربط قوي بين الارتقاء في مراتب الكمال الإيماني وبين الارتقاء في درجات حسن الخلق ³.

فالعقود في الشريعة الإسلامية مبنية على التساوي العادل قدر الإمكان وأن العدالة التعاقدية مطلوبة في كل تعامل مَالِيٍّ، قَالُوا لِلْمَكِيلِ إِذَا كِلْتُمْ وَزَرْتُوا بِالْقِسْطِ أَسِ الْمُسْتَقِيمِ ۚ ذَا لِكَ خَائِضُونَ تَأْوِيلًا ⁴، وليس معنى القسط – أي العدل – هو التوازن في الميزان الذي به المعقود عليه فحسب، وإنما المراد الوزن بالميزان الصحيح المستقيم في كل شيء بما في ذلك الثمن والمثمن، فإذا كان العدل مطلوباً في الميزان عند البيع والشراء وأن التضيق فيهما محرم مردود، قال تَوَالِيًّا لِلْمُطَفِّينِ الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ كَالْمِيزَانِ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ (3) ⁵.

وقد تحدث القرآن الكريم عن المال بما يوضح أنه ملك لله سبحانه، وهي ملكية أصلية وما للبشر إلا لهم حق الاستغلال والانتفاع به، قال تَعَالَى اللَّهُ مَالِكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ ۚ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ⁶ وقالوا أَيُّهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ⁷ وقال نَحْنُ نَحْنُ (مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ) ⁸، هذا الاستخلاف يشير إلى أن

¹ سورة النحل الآية 91.

² الأمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 267.

³ محمود أحمد محمود مخلص، الوفاء بالعهد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 19.

⁴ سورة الإسراء الآية 35.

⁵ سورة المطففين الآية 1-3.

⁶ سورة المائدة الآية 120.

⁷ سورة النور الآية 33.

⁸ سورة الحديد الآية 7.

ملكية البشر للمال ملكية انتفاع الغاية منها تلبية الحاجة وقضاء المعروف من الخير، لا أن يكون مصدر قوة وظلم، لأن المال مال الله وهو في يد الإنسان أمانة.

وبالتالي فإن المنهج الإسلامي للمال يخالف المنهج الغربي الذي يجعل منه كل شيء ويطلق العنان لمالكه يتصرف فيه كيف يشأ دون حسب أو رقيب، فالمنهج الإسلامي الذي يبنى المعاملات المالية على مبدأ الإحسان في التعامل، لأنه ينبغي للمسلم أن يقتصر في تعامله على العدل واجتناب الظلم وألا يدع أبواب الإحسان¹، **قُلْ أَتَحْلِسُونَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْهِمْ² وَالْقُلُوبُ أَيْعَلْمُهُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ³** وقال **كَذَلِكَ كَفَّلْتَنَا اللَّهُ قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ⁴**.

فالإحسان أن لا يغبن أي من المتعاقدين الثاني بما لا يتغابن فيه في العادة، لأن الغبن الكثير هو تضييع مال من غير أجر ولا حمد، كما أن الإحسان فيه يعني المساهلة⁵، وهو بمثابة التيسير و رفع الحرج عن الآخر وجعل المعاملات العقدية وسلة لقضاء الحاجات وقف فرص متساوية، لأن المعاملات المالية هي الحالة التي يضبط على أساسها نزاهة المتعامل في الإسلام، فلا يجتمع الإيمان والضرر المسبب للغير في شخصية المسلم.

لذلك فكل التشريعات السابقة التي كانت تمنع الاستغلال كانت مرجعيتها في ذلك الأخلاق التي هي بدورها وليدة معتقدات دينية، قال دور كايم (إن الأخلاق والدين قد ارتبطا ارتباطا وثيقا مدام بعيد وظلا طوال قرون عديدة متشابكين، فلم تصبح العلاقات خارجية أو ظاهرية ولم يعد من السهل فصلهما بعملية يسيرة كما نتصوره)⁶، وقد قام فقهاء الكنيسة

¹ الأمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 80.

² سورة القصص 77.

³ سورة النحل الآية 90.

⁴ سورة الأعراف الآية 56.

⁵ يوسف بن إسماعيل النبهاني، دليل التجار إلى أخلاق الأخيار، شركة الشهاب، الجزائر، 1990، ص 41.

⁶ إميل دور كايم، التربية الأخلاقية، دار المعرفة، بيروت، 2000 ص 11.

بمحاولة نقل التعاليم الدينية¹، كالوفاء بالعهود والنذور إلى أسس تقوم عليها التعاملات الاجتماعية، بحيث يكون هذا الالتزام في شكل قالب أخلاقي تحميه الكنيسة، وذلك بتوقيع عقوبة قد تصل إلى الطرد من رحمة الكنيسة.

فكل الرسائل السماوية اشتركت في الالتزام بمبادئ الأخلاق، قال تَعَالَى: ﴿لَكُمْ مِنْ بِهِ نُوْحًا وَآلِيهِ أَوْ حَيْثُمَا إِلَيْكُمْ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ يَمُؤُوا الْقِيْنَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾²، وبالتالي كل التشريعات السابقة تحمل في جوهره فكرة إسلامية تتمثل في إعلاء مكانة الأخلاق المتمثلة في الضمير الإنساني، وذلك بالاهتمام بالنهاي عن المنكر وجلب المصالح، من خلال قواعد وأحكام أساسية في ميادين المعاملات المالية، قائمة على المساواة العادلة³.

لكن ما يلاحظ أن القانون الكنسي لم يطبق إلا على شريحة المتدين - المؤمنين - لأن غيرهم بإمكانهم ألا يوفوا بالتزاماتهم بالرغم من تهديدات الكنيسة لهم، والسبب في ذلك يعود إلى جوهر الدين المسيحي القائم على معالجة الناحية الخلقية والروحية للمؤمن فقط، كما أن إنجيل لوقا نص على أن المسيح . عليه السلام . رفض أن يقوم بدور القاضي حينما جاءه شخص يلتمس منه أن يأمر أخاه بمقاسمته الميراث قائلا (يا إنسان من أقامني عليكما قاضيا أو قاسما)⁴، هذا الأمر الذي تطور إلى أن أصبح شعارهم (ما لله وما لقيصر

¹ تعود بداية تأثير الديانة المسيحية في المجتمعات الغربية إلى القرن الرابع ميلادي، أين تم إقرار الديانة المسيحية ديانة رسمية للإمبراطورية الرومانية، وبالمقابل حرم الإمبراطور الروماني ثيودور إقامة الشعائر الوثنية، كما أنشأت لأول مرة في عهد الإمبراطور قسطنطين المحاكم الكنسية وكان قضاتها من رجال الدين، وهو ما أدى إلى ظهور القانون الكنسي: لمزيد من الإيضاح انظر: توفيق حسن فرج، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص108.

² سورة الشورى الآية 13.

³ عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص23.

⁴ الكتاب المقدس، العهد القديم، سفر الإصحاح، فقرة 21.

لنقيصر)، وهو بذلك فصل كلي للدين عن الدولة، الأمر الذي جعل من فكرة حماية الطرف المغبون في التعاملات العقدية فكرة غريبة عن الفقه الغربي في أول الأمر.

وهذا على خلاف الدين الإسلامي الذي هو دين ودولة ، بحيث جعل من الوفاء بالتزام أمر يحميه الدين في الآخرة وتحميه الدولة في الدنيا، وقال **تَعْلَقُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا**¹، وأن العقوبة لا تنحصر في يوم القيامة، قال **تَعْلَقُهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ**² فالإسلام منذ وهلته الأولى أدرك قيمة وحساسية مرفق **فَلَا تَقْضَايَكُمْ فَالِ تَعْلَقُكُمْ** (يُونُ) **حَتَّىٰ يَدُكَمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**³ وقال تعالى أيضا (يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق و لا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله)⁴.

فالشريعة الإسلامية تهتم على وجه الدوام بصيانة العدل بين المتعاقدين عن طريق تحقيق المساواة الحقيقية والتامة بينهم، هذه المساواة المرتبة بحسن الخلق التي تظهر في قالب حسن النية التي تجب أن تحكم كل العلاقات ويقع اللوم على من يستغل ضعف الطرف الآخر بخصوص علاقته التعاقدية⁵، وهو ما استوجب فسخ كل علاقة عقدية مبنية على الخداع والاستغلال، لأنها منافية لروح مقاصد الشريعة الإسلامية، قال الرسول . صلى الله عليه وسلم . (إنما أنا بشر وأنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته

¹ سورة الإسراء الآية 34.

² سورة البقرة الآية 114.

³ سورة النساء الآية 65.

⁴ سورة المائدة الآية 49.

⁵ حمدي محمود بارود، (الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد)، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، غزة، 2012، ص ص 547-553.

من بعض واقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ فإنما أقطع له قطعة من النار)¹.

إن وجوب الحكم بالقاعدة الفقهية (لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي²، والمراد بالسبب الشرعي: ما جعله الشرع سبباً للملك وجواز التصرف، وهي قاعدة تفيد أحكاماً شرعية مبناها على حيطة ورعاية الملكية الخاصة، أي تحريم أخذ مال الغير والاستيلاء عليه بغير سبب شرعي يجيز ذلك، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفس منه)، لأنه إذا لم يكن للشخص حق التصرف القولي في مال الغير بلا إذنه فبالأولى ألا يأخذ مال غيره بلا مسوغ شرعي.

وبالتالي يتبين أن الأخلاق تسهم بنصيب وافر في تقييد الحق وحمايته سعياً من أجل خلق جو من التكافل الاجتماعي، فما قيد حق شخص إلا صيانة لحق غيره، ذلك أن الشريعة الإسلامية إذ تأمر بالامتناع عن الضرر وتحرمه إنما هو واجب خلقي في الأساس، وكل نهى أو أمر يقيد سلوك الفرد في الإسلام، لم يشرع لمجرد الأمر أو النهي، بل يقصد بذلك ترسيخ قيمة خلقية، وهي وجوب المحافظة على الغير³، على أن القاعدة الخلقية قد تترقى إلى قاعدة شرعية فقهية تحدد سلوك الفرد بالنسبة للغير إذا ترتب على الإخلال بها ضرر بالناس.

و بما أن الفقه الإسلامي ديني الصبغة فإنه يتذرع بكل قاعدة خلقية كانت أم دينية . لتأكيد الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية، وهو جلب المنافع ودرء المفسدات، ومما لا شك فيه أن في أعمال القواعد الخلقية درء للمفسدات، بالتدفع ذاتياً عن جميع أسبابها،

¹ الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل ابن برزويه البخاري، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 320. رقم الحديث 6967.

² محمد صدقي بن أحمد البورنو، مرجع سابق، ص 998.

³ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده بين الشريعة والقانون، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص 88.

وبذلك تمتاز عن القوانين الوضعية التي لا تولى عنايتها بمخاطبة الفرد ليسمو في نفسه، ويحقق كماله الذاتي.

أما عن الفقهاء الجزائريين فقد كتب د العربي بلحاج على أنها (هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وزمن معين، أي مجموعة المبادئ التي يبعثها الدين والعرف والتقاليد في المجتمع وتدخل من ثم في فكرة النظام العام وتعتبر الشق الخلقى منه)¹، أما عن المصرين فقد قال د أنور سلطان (أن قوام فكرة الآداب هو الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية يبعثها الدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين في زمان معين)².

وبالتالي يتبين أن الأخلاق في الشريعة الإسلامية هي غاية مثالية، تهدف بالسمو الإنساني نحو الكمال، وغاية القانون غاية واقعية نفعية، وذلك بإقامة نظام اجتماعي على أساس الأمن والاستقرار، فقواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة إلى الفرد بقصد تطهير نفسه وروحه، وقواعد القانون متجهة إليه بقصد تحقيق مصالح الجماعة، فالأخلاق تحدد سلوك الفرد بالنظر لذاته فتخضعه لضميره والقانون يحدد سلوكه بالنظر للمجتمع، أي أن محكمة الأخلاق هي الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يطرح النفع والضرر الاجتماعي.

هذا التباين الواضح هو الذي دفع الكثير من الفقهاء القانونية بأن ينادونا بضرورة أن تكون القاعدة القانونية تسكب وتصفق في قالب الأخلاق حتى ليكاد القانون يختلط ويتحد

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص 153.

² أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 137.

بالأخلاق¹، لكن مع وضع ضابط عمل لمفهوم الأخلاق، لأن الأخيرة غير واضحة المعالم ومتغيرة، قال ريبار (إن فقدان الدقة في مفهوم الأخلاق الحميدة لا يفسرها إلا على أنها واجب حسن النية في التعاملات العقدية)².

وإذا اختلف في الغاية اختلفا في نطاق العمل بكل منهما، لذلك نجد أن القانون يحل في بعض الحالات ما تحرمه الأخلاق كالغبن الفاحش الخارج عن الحالات المحددة حصر في القانون المدني ولم يكن بسبب طيش بين أو هوى جامع، وتتبع ذلك بالاختلاف في الجزاء، فالأخلاق في القانون المدني لا يمكنها أن تتعدى تأنيب الضمير على خلاف المادة القانونية التي تضع جزاء ماديا ملموسا³.

المبحث الثاني:

شروط الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

إن الاستغلال في أغلب التشريعات المدنية قد نظرت إليه مثلما نظرت للحالات الأخرى التي تشوب إرادة المتعاقد الضعيف، فقد جعل المشرع له شروط وحالات يجب أن تتوفر في شخصية المتعاقد الغابن حتى يحكم بسوء نيته، لأنه لا يدعى أحد الإضرار التعاقد خلاف الأصل ما لم يكن ذلك موجود ولا نية إضرار ما لم يكن قصد سابق لذلك (**المطلب الأول**).

¹ محمد مصطفى شلبي، (الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول للسنة التاسعة، مطبعة الجامعة، الإسكندرية، 1960، ص13.

² حسين بن سلامة، حسن النية في تنفيذ العقود، دار المطابع الموحدة، تونس، 1993، ص30.

³ ميشال بونشير، مدخل للقانون، دار القصبة للنشر، حيرة، 2004، ص25.

وكذلك الأمر بالنسبة للطرف الآخر في المعاملة العقدية الذي يدعي تأثره بحالة الغبن المادي، فالأصل الإباحة واليسر في التعامل، ما لم يثبت أن المتعامل الغابن قد استغل حالة الضعف و جاوز المسموح في القيمتين (المطلب الثاني).

المطلب الثاني:

الشروط الواردة بحق المستغل في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إن كافة التشريعات تقر أن فكرة الغابن الناتج عن حالة ضعف يجب أن يكون في مرحلة إبرام المعاملة العقدية الناتج عن عقد معاوضة أيا كانت صورته أو طريقته مادام أنه عقد أدى إلى تبادل القيمتين بين الطرفين وفق أركانه وشروطه التي فيها بعض من التمايز بين شروطه في القانون الوضعي والفقه الإسلامي (الفرع الأول).

لكن لا يكفي مجرد عقد معاوضة كي يحكم على الدائن من العملية التعاقدية انه استغل ضعف الطرف المغبون ما لم يكن هذا التعاقد مصحوبا بسوء نية الغابن في جر المتعاقد المغبون المدين على التعاقد واستغلال لحالة ضعفه التي كان يعلم بها سلفا أو علم بها أثناء التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

نية استغلال حالة الضعف لدى المتعاقد المغبون.

إن العقد باعتباره تصرفا قانونيا لا يخلو من سبب كان دافعا دفعا قريبا، في تبادل المنافع وهو أمر لا يخل منه عقد، أو كان دفعا غير مباشر كان سببا في حالة الاستغلال (أولا)، أما في الشريعة الإسلامية فقد زادة على ذلك بأن يكون الباعث، أي النية موافقة لمقاصد الشرع (ثانيا).

أولاً: باعث الاستغلال في القانون المدني

تشتترط أحكام المادة 90 مدني أن يستغل المتعاقد الغابن حالة الضعف، من طيش بين أو هوى جامح، مما يدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد قصد انتهاز الفرصة المؤقت في الاستغلال، أي الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة كثيرة، وعليه فإن عملية استغلال الضعف النفسي تقتضي علم المتعاقد بالضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون، وبالتالي فإن ما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع، لأنه كما تقول القاعدة الفقهية¹ (قصد و وجدة).

وهو ما استقر عليه قضاء النقض المصري بخصوص تعريف الاستغلال حيث جاء (المقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بغفلة شخص، فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة)².

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (يشترط لتطبيق المادة 129 من القانون المدني أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً معني أن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع)³.

¹ القاعدة الفقهية هي: حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منها، لمزيد من الإيضاح انظر: ابن نجم المصري، غمز عيون البصائر، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ص51.

² عبد الحكيم فوده، البطالان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر القانون، المنصورة، 1999، ص185.

³ عبد الحكيم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني، الجزء الأول، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، د.س.ن، ص458.

مما يعني أن السبب أو الغرض الذي من أجله التزم العاقد، أي لما التزم المدين، والسبب يتنوع في العقد الواحد بين أطراف العقد، ففي عقد العمل يوجد سبب للعامل وآخر لرب العمل، وفي عقد البيع هناك سبب للبائع وآخر للمشتري، فمعلوم في كل الحالات أن الحاجة هي التي تدفع إلى التعاقد من أجل تلبية المتطلبات سواء كانت أساسية أم كمالية.

أما إن كان الأمر يتعلق بعقود التبرع فلا يتصور إلى سبب واحد دافع إلى التعاقد، نية التبرع على الأرجح، لأنه معروف أن الإثراء في عقود التبرع يكون من جانب واحد وهو الشخص أو الجهة الموهوب لها، فهو دائن غير مدين، لذلك فإن أغلب الدراسات الفقهية لا تعطي اهتماماً للسبب العقدي في العقود البسيطة، كعقد الهبة، أو الوقف، أو الوصية.

والسبب الذي نحن بصدد دراسته في هذا الفرع ليس السبب المنشأ للالتزام ولا السبب القصد القريب من التعاقد الذي هو أمر موضوعي داخل في العقد وغير متغير ومتبادل¹، فسبب البائع من العقد الحصول على الثمن، وسبب المشتري هو الحصول على المثل، وهو أمر لا يتغير في كل العقود ويتصور أن يكون في العقود المعاوضة سواء في عقود المسماة، كالبيع، والإيجار، و الشركة، والوكالة.

فالنظرية الحديثة للسبب . نظرية القضاء في سبب العقد . التي تذهب إلى أن البحث عن السبب يجب أن لا يقف عند الغرض المباشر الذي يهدف المتعاقد الوصول إليه، بل البحث عن البواعث العميقة وغير المباشرة التي دفعت طرفي العقد إلى إبرامه²، فإذا اشترى شخص منزلاً بقصد إعادة بيعه لمن يهواه بثمن بخص حتى لا يتخلى عنه وعلم الثاني بذلك وقبل لكان غنياً فاحشاً، فالتزام الغابن بنقل الملكية يجب أن تنقضي من الغرض لكل من

¹ عبد الله عبد الأمير، (الأثار المترتبة على الباعث الدافع إلى التعاقد)، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2010، ص ص 217-223.

² أسعد فاضل مندوب، (أثر الباعث غير المشروع على الإلتزامات العقدية دراسة مقارنة)، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الرابع، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة القادسية، 2006، ص ص 290-295.

الطرفين لتحمل الالتزام، ولا جدال أنه قصد بذلك الحصول على مقابل المبيع، أي غرض أول، وهو غرض مشروع، لكن لا يجب الوقوف عند هذا الحد كما تفعل النظرية التقليدية¹.

فالسبب الدافع إلى التعاقد يختلف من عقد لآخر، و من متعاقد إلى آخر، لأن نطاق العقد تقوم في نفس المتعاقد التي بدورها تجعل القصد الدافع إلى تعاقد قصد خارج العقد وغير مباشر وبشروط في كل سبب أن يكون مشروعاً وقد جاء في المادة 98 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري (كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقوم الدليل على غير ذلك)، وهو ما تشير إليه القاعدة الأصولية² في الشريعة الإسلامية بأن الأصل في الأفراد الحسن³.

وبما أن لكل طرف سبب، فيجب أن يكون السببين متقابلين في المظهر والمضمون وإلا كان السبب غير صحيح، كما هو في حالة الاستغلال بسبب الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد الآخر، وبالتالي فإن الاستغلال له مفهوم شخصي من خلال تقصي البواعث والدوافع الشخصية الدافعة إلى إبرام العقد وهذا ما استقر عليه القضاء بخصوص الدافع الموجه الذي يصفه بأنه أمر خفي وخارج عن نطاق العقد، لذلك يقوم القاضي من خلال سلطته التقديرية من أن يبحث عن هذه الدوافع خارج العقد.

ويكون ذلك من خلال البحث في نية كل متعاقد وكذا دوافعه الشخصية على ذلك ولن يتأتى هذا إلا من خلال دراسة الحالة السابقة على التعاقد وكذا آثار العقد والتي تعرف بالسبب المستقبلي، فالقاضي يفترض أولاً أن هناك حسن نية في التعاقد، ومبنى ذلك أنه

¹ محمد سليمان الأحمر، النظرية العامة للقصد المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص198.

² هناك فرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، فالقاعدة الأصولية موضوعها استخراج الأحكام من القاعدة الفقهية، أي هي وسيط بين الأدلة والأحكام، أي هي منهج يضبط للقاضي طريقة استخراج الأحكام الشرعية من الأدلة المقمنة، أما القاعدة الفقهية فموضوعها المكلف من حيث حكم أفعاله وتصرفاته فتسلط القاعدة عليه مباشرة، دون حاجة إلى واسطة بينهما، لمزيد من الإيضاح انظر: عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، مرجع سابق، ص63.

³ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، بيروت، 1989، ص105.

ظاهرة مستقرة اطمئن إليها كل متعاقد في بادئ الأمر وهي ما تعد من أصول القانون وفق نظرية التصرف المجرد¹.

ثانيا: باعث الاستغلال في الفقه الإسلامي

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإنه لم يقتصر على البحث عن البواعث أو النيات، بل اعتبر أن العقد تصرفا يجب أن يكون مطابقا لإرادة الشارع في غايته التي يصب إليها، ولذلك فهو يقوم بدور الحماية الاجتماعية من التصرفات الغير المشروعة لأن الشارع يشترط أن يكون العقد موافق لمقاصد الشارع والعمل من أجل هذا أمر مندوب في المعاملات المالية، قال الشاطبي (المندوب إذا اعتبرته اعتبارا أعم وجبته خادما للواجب، لأنه إما مقدمة له أو تنكارا به)².

فلم يكن مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية وليد اجتهاد فقه، بل هو مقرر في المصدران الأصليان . القرآن الكريم والسنة النبوية . **قَالَ تَعَالَى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَتُمْنُونُ بِالْعَدْلِ وَالْإِيمَانِ حَسَنًا)**³ **تَقَالِي وَكَذَلِكَ فَضَّلَ بَيْنَكُمْ** **إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**⁴ وغير ذلك من الآيات الكثيرات التي تتحدث عن حسن النية في التعاملات المالية ومن السنة النبوية المطهرة قوله . صلى الله عليه وسلم . لمعاذ بن جبل (**أوصيك بتقوى الله والصدق في الحديث ووفاء العهد، وأداء الأمانة وترك الخيانة**)⁵ وقوله . صلى الله عليه وسلم . **كذلك (خيركم أحسنكم قضاء)**⁶، لذلك قال الإمام بن تيمية (النية روح العمل ولبنته وقوامه وهو

¹ عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1975، ص4.

² محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص 54.

³ سورة النحل الآية 90.

⁴ سورة البقرة الآية 237.

⁵ الإمام أبي الحسين مسلم النيسابوري، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص321.

⁶ الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل ابن برزنجي البخاري، مرجع سابق، الجزء الثاني، 91.

تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها)¹، فحسن النية هي مزيج مابين الدين، والأخلاق، والقانون وعلى ذلك تعارف أفراد المجتمع، و بها يرقا مفهوم الحضارة، لأنها وفاء بالتزام وتقرب إلى الله عز وجل.

وكذلك قال عنها ابن القيم الجوزية (بأنها علم الفاعل بما يفعله وقصده به، والعاقل المختار لا يفعل فعلا يسبق تصوره وإرادته وذلك حقيقة النية)، وكذلك قال الإمام السيوطي (النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضرر)²، أي قصد الإنسان ما يريد فعله، من باب العزم والإرادة، أي علم الفاعل بما يفعل وما يبتغي³.

ومعيار حسن النية في الفقه الإسلامي قوله تَهْلِكُ فِي اللَّهِ تَفْسًا إِلَّا وَدْعَهَا⁴ وقوله . صلى الله عليه وسلم . (لا ضرر ولا ضرار)⁵، فهي قاعدة تدل على التدخل لنفي الضرر وإقامة العدل بين المتعاقدين، بدل أخذ مال الناس بغير وجه حق واستغلال حاجتهم وجهلهم⁶.

إلا أن الفقه الإسلامي دخل في جدلية الترانف بين النية والقصد، قال بن تيمية (النية هي الإرادة، وهي القصد)⁷، ولكنه يشير في موضع آخر إلى الفرق بين الإرادة والنية بقوله (لكن من الناس من يقول: إنها أخص من الإرادة، فإن إرادة الإنسان تتعلق بعمله وعمل

¹ الإمام أحمد بن تيمية الحراني، أعلام الموقعين، دار الحديث، القاهرة، 2002، ص85.

² الإمام جلال الدين السيوطي، مرجع سابق، ص

³ الإمام أبي العباس أحمد بن إدريس، الأمنية في إدراك النية، مكتبة الحرمين، الرياض، 1988، ص116.

⁴ سورة البقرة الآية 268.

⁵ الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص158.

⁶ عبد السلام إبراهيم بن محمد الحصبين، مرجع سابق، ص157.

⁷ الإمام أحمد بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، الجزء السادس عشر، دار الوفاء للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، المنصورة، 2005، ص342.

غير، والنية لا تكون إلا لعمله، فإنك تقول: أردت من فلان كذا، ولا تقول نويت من فلان كذا¹، مما يعني أن النية إرادة متقدمة للفعل بأوقات، أي أن النية ما كان بينها وبين الفعل زمن، والقصد هو ما كان مقارنا للفعل، وبالتالي حسب الإمام بن تيمية أن يقوم القاضي وفقا لسلطته التقديرية بالبحث في النية ثم القصد كلا على إنفراد.

أما في القانون المدني فالأمر مقتصر على السبب الدافع إلى التعاقد في عقود الاستغلال، فهو المعيار المعتمد في ذلك لأنه باستغلال الطرف الضعيف الموجود في حالة إرادة معيبة، إرادة ضل بها الطيش البين، أو ضغط عليها الهوى الجامح، وقد دفع بها إلى التعاقد، مما يعني أن يكون هناك من سيستفيد من مركز غير ملائم وجد فيه هذا المتعاقد، فلولا طيشه لا ربما ما كان ليقبل عليه الغابن بعرض سخيف في مقابل التزام باهظ، ولولا الهوى الجامح ما كان هو المغبون ليقبل بالتزام ممكن أن يجره إلى حد الإفلاس.

إذا غالبا ما تكون الخطوة الأولى من جهة المغبون مدفوعا في هذه الحالة التي وجد فيها وما هو عليه من حالة الضعف ويقتصر دور الطرف الثاني على الاستفادة من ذلك²، وحالة الضعف التي تصيب المستغل من طيش بين أو هوى جامح، أو حالة ضعف بصفة عامة، لا يشترط أن تكون في عقد واحد بل كل حالة على حدة.

لكن لا يكفي أن يكون الطرف الضعيف في العلاقة الاستغلالية مصاب بهوى جامح، أو طيش بينا، بل يجب أن ترافقه معطيات أخرى ترتبط بالمتعاقد الآخر، وهي علمه بحالة المغبون ومن ثم الرغبة في استغلالها عن طريق التعاقد وهذا ما أشرطته المادة 90 مدني جزائري (إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش بين أو هوى جامح)،

¹ الإمام أحمد بن تيمية الحراني، نفس المرجع، الجزء الثامن عشر، ص252.

² أحمد محمد ديب حجال، مرجع سابق، ص232.

فعبارة " قد استغل"، فقد تفيد إما التحقيق، أو التكثير، أي أن الواردة في النص تعني النية والرغبة.

فنية الاستغلال لدى المتعاقد المستغل على حساب المتعاقد المستغل تكون بمجرد قبوله للعرض الذي تقدم به المغبون، للحصول على منفعة لا يمكن له الحصول عليها بدون استغلال، عندها يعتبر الاستغلال صادرا من المتعاقد الآخر بمجرد علمه بضعف المتعاقد معه واستغلاله، حتى ولو كان ما حل بهذا المتعاقد من ضعف في الإرادة قد وقع بسبب شخص أجنبي عن العقد، أما إذا لم يكن المتعاقد يعلم بقيام حالة الضعف لدى المتعاقد الآخر، أو أنه تعاقد دون ما نظر إلى هذه الحالة فإن الاستغلال لا يتحقق¹.

مما يعني أنه لا يكفي لوجود الاستغلال المعتبر عيبا في الإرادة أن يوجد لدى الطرف المغبون طيش بين، أو هوى جامح، بل لابد أن يعلم به الطرف الآخر، وهو الذي حمل الطرف المغبون على التعاقد، أي أن يكون الغبن نتيجة استغلال هذا الطيش البين، أو الهوى الجامح²، أي لن يكون المتعاقد الثاني في حكم المستغل إلا إذا علم أن المتعاقد المغبون في حالة طيش بين أو هوى جامح وهو ما يثبت بكافة الطرق.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الألماني يرى أن مجرد العلم بحالة الضعف كاف لأن يكون المتعاقد الثاني سيئ النية، لأنه علم بنقطة ضعف المتعاقد الآخر وأقدم على اغتنام فرصة الطيش البين، أو الهوى الجامح لتقيده بالتزامات تعاقدية ما كان ليرضي بها لو كان في حالته العادية.

وبالتالي على القاضي أن يتحقق من أن الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، بمعنى أن يكون المتعاقد الآخر هو الذي سعى إلى حمل الضحية على ارتضاء العقد على نحو ما

¹ محمد ليبب شنب، موجز في مصادر الالتزام، دار المعرفة، بيروت، 1970، ص186.

² أنور العمروسي، مرجع سابق، ص266.

ارتضاه عليه، بحيث أنه ما كان ليرضيه على هذا النحو لولاه، فلو تبين أن المتعاقد المغبون كان سيتعاقد في كل الأحوال فلا يتحقق الاستغلال ولو تحقق الغبن، حتى لو صاحبه وجود مظاهر الضعف، لأن المادة 90 مدني جزائري لا تعتبر الغبن لوحده عيباً مستقلاً.

مما يعني أن حسن النية يستشف في المرحلة السابقة على التعاقد، أي في مرحلة المفاوضات¹، بل وممكن حتى في المرحلة التي تسبق مرحلة المفاوضات في بعض الحالات، فليست كل التعاملات التعاقدية على شاكلة واحدة²، فهناك تعاملات عقدية عادية روتينية وهناك تعاملات لأتحدث إلا نادراً، خاصة بالنسبة للحالة النفسية التي يكون عليه أحد المتعاقدين، كحالة الطيش البين، أو الهوى الجامح، لذلك معروف عن المتعاقد سيء النية أنه يتحري عن مثل هؤلاء ضعاف النفوس قصد الحصول منهم على مغنم بمقابل يمكن اعتباره ثمناً رمزياً أو زهيداً.

فمبدأ حسن النية له مكانته الجوهرية في إبرام العقد وهو ما أشارت إليه المادة 107 فقرة 1 مدني جزائري (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية)، وهي المادة التي تقابلها المادة 1337 مدني إيطالي (لتتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن النية) فحسن النية أساساً لأخلاقيات وآداب التعاقد، وذلك بالابتعاد عن الأساليب المؤثرة من تباهي وتفاخر، وبالالتزام بالصدق، والصراحة، والأمانة، والحكمة، واللباقة، وحسن التصرف التي تولد الشعور بالارتياح والرضا، والسرور لدى الطرف الآخر وتدعم المهنية والسمعة الطيبة للمفاوض ومرونته، ومؤهلاته في الحوار والإقناع³.

¹ عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بابل، كلية الحقوق، 2008، ص 10.

² وعود كاتب الأنباري، (المفاوضات العقدية عبر الإنترنت)، مجلة رسالة الحقوق، الجزء الأول، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2009، ص 200-207.

³ العربي أحمد بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، 2011، ص 66.

فالالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام بتحقيق نتيجة¹، أي يكون المدين المفاوض ملزماً بقطع النظر عن الحالات التي يكون الطرف الآخر عليها، كحالة الطيش البين، أو الهوى الجامح فعليه أن يفاوض من أجل إبرام العملية التعاقدية بكل صراحة وشفافية، ووفقاً لما تقتضيه نزاهة التعامل، فلا يستطيع المفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لكي يكون حسن النية ولم يستطع وهو ما عبرت عنه الشريعة الإسلامية بالالتزام بالأمانة، فالمتعاقد ينبغي أن يبذل أقصى درجات الصدق والصراحة في تعاملاته المالية **لَا تَقُولِينَ لِمَن تَعْلَمُونَ لَأَمَانَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ**².

وبالتالي يجب أن تتطابق حسنة النية مع القصد المشترك للمتعاقدين، أي تبرير الالتزامات التي من خلالها يتمكن القاضي من استظهار نوايا المتعاقدان، وذلك بالبحث عن مفهومهما المشترك وعن خلفياتهما للمعاملة المالية، فإذا كان سلوك أحدهما مخالفاً للمبدأ العام في وجوب حسن النية في التعاملات العقدية كانت المخالفة قرينة على سوء نية المتعاقد³، وفي ذلك جاء قرار المحكمة العليا بخصوص سوء نية المتعاقد بتقريرها (أن الشخص الذي يجعل تحت تصرفه السكن على وجه الإعارة والإحسان ثم يسعى ليصبح مستفيداً بدل من الإحسان إليه لا يمكن بأي وجه اعتباره ذا نية حسنة)⁴.

وفي الفقه الإسلامي على القاضي أن يلاحظ تلك البواعث وينظر إلى تلك المقاصد، ويجعل لها تأثيراً في إصدار الحكم عليها، فيجعل الشيء صحيحاً أو فاسداً، أو صحيحاً من وجه وفسداً من جانب آخر إن أمكن تجزئة العقد، فيكون صحيح في شقه الذي حو حسن

¹ كمال محمد يوسف، النية في التعاقد، مشورات زين الحقوقية، بيروت، 2005، ص21.

² سورة المؤمنون الآية8.

³ لباب فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، منكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص28.

⁴ المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 28121، بتاريخ 1983/03/21، المجلة القضائية، عدد01، دس.ن، ص184.

النية وهو الشيء المفترض حتى يثبت العكس، ومن جهة ثانية يزيل أو يبطل الشق الذي دنس بسوء نية أحد المتعاقدين.

لكن على العموم في الفقه الإسلامي أن المتعاقد إما أن يكون قاصدا للتصرف ومريدا له، وعندها لا يخلو من حالتين، إما أن يكون عالما بغايته ومتصورا لآثاره المترتبة عليه، وعندها كذلك لا يخلو من أمرين، أن يكون قاصدا لهذه الآثار مريدا الحصول عليها، فحينئذ تترتب الأحكام على تصرفه، ويلزمه ما ألزم نفسه به.

أما الحالات الثانية أن لا يكون غير عالم بأثر تصرفه، بل هي حركات وأصوات لا معنى لها بالنسبة إليه، فحينئذ لا يترتب على تصرفه الآثار التي يمكن ترتيبها عليه¹.

الفرع الثاني:

ارتباط حالة الاستغلال بعقود المعاوضة

إن العملية التعاقدية تسبقها في الغالبية مرحلة مفاوضات، وهي دعاية من طرف واستكشافية من الطرف الثاني ولذلك هي غير مشتملة بالحماية من الاستغلال (أولا)، مما يعني أن مرحلة إبرام العقدي هي المعنية، سواء كان بين حاضرين أم غائبين (ثانيا)، وليس كل عقد يعد صحيحا في نظري القانون المدني هو كذلك في الفقه الإسلامي (ثالثا).

أولا: مرحلة ما قبل التعاقد

جاء في نص المادة 90 مدني جزائري (... بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر...)، مما يعني أن يكون عقد بينهما، أي ارتباط بين إيجاب وقبول حتى يلزم العقد

¹ ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، جزء الثالث، ص133.

ويعتقد بصحته من ناحية المبدأ، قال الإمام المرغاني (وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب)¹.

تكمن فائدة التطرق أولاً إلى مرحلة ما قبل التعاقد، وذلك لما لها من أهمية بالغة من الناحية القانونية والعملية، فقد أدى التقدم التكنولوجي الهائل لوسائل الاتصال والدعاية إلى تزايد عدد العقود واتسع نطاقها وتطور الأساليب التي تتم بصورة متزايدة، وهو ما يظهر من خلال العروض التجارية عن طريق وسائل الاتصال المباشرة والغير المباشرة، ولما لها من أثار على نفسية المستهلك في فترة الترويج للمنتج².

فهذه المرحلة الزمنية من مراحل إبرام العقد هي أول ما يستهدف وقتها المستهلك إلى قبول المنتج كما هو ولو بأسعار لا تتألم وثمرته الحقيقي، والسبب في ذلك تبسيط طرق وكيفيات التعاقد من جهة، ومن جهة ثانية إظهار مميزات المنتج. ولو كانت حقيقية. التي يتميز بها عن غيره ومدي انعكاسه على شخصية المستهلك.

وما يميز المرحلة السابقة على التعاقد إنها مرحلة ترويجية دعائية إشهاري في أغلب الحالات³، سواء كانت الدعاية ترد على عقود مدنية أم تجارية، وسواء كانت تعاقدات من أجل تقديم خدمات أو سلع، فكل ما يميزها أنها تحاصر المستهلك، بحيث يصعب عليه التفكير والتريث إن لم نقل يفقد تركيز الرجل العادي في التعاملات المالية، وبالتالي تبدأ أولى دلالات الاستغلال⁴، أي التهيئة النفسية والحسية، فيبدأ الإدراك الجيد والجدي في

¹ أبو محمد بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 482.

² [مجلة الفقه والقانون/ www.majalah.new.ma/](http://www.majalah.new.ma/)

³ قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 135.

⁴ خالد محمد السباتين، (الحماية القانونية للمستهلك)، مجلة الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، العدد الخامس عشر، رام الله، 2002، ص ص 12-17.

التراجع فاسحا المجال للامبالاة والتصرف بدون مسؤولية، فهي مرحلة جوهرية يجب التركيز عليها في عملية تقصي أولى الدلالات.

لكن بالرغم من هذا فإن فكرة الاستغلال مستبعدة من الناحية القضائية، واعتبار أن هذه المرحلة مرحلة اختيار المتعاقد الثاني للعملية العقدية، لأن العملية التعاقدية تنطلق من خلال المناقشة والحوار أو ما يسمى بالتفاعل الاقتصادي، الغرض من هذه المرحلة الوصول إلى اتفاق مشترك على أساسه تتحقق مصالح مشتركة، وسواء طالت هذه المرحلة أم قصرت فالأمر سيان من حيث الآثار، اللهم إلا إذا أنجر عنها أثار فتكون واجب المسؤولية التقصيرية.

وتجدر الإشارة إلى التنويه إلى أنه كلما كانت النوايا حسنة كلما سادت المرونة في المفاوضات والعكس كذلك¹، كما أن في هذه المرحلة كل طرف يسعى إلى إقناع الطرف الآخر بما يريده من مضمون العقد وشروطه، والذي يكون باستطلاع الطرف الآخر بمدى استعداد الطرف الآخر للتعاقد من جهة، ومن جهة أخرى مدى استعداده لتقديم التنازلات وهذا طبقا لحاجيات الطرف الضعيف².

وتعتبر هذه المرحلة بالمرحلة التمهيدية في الطريق إلى إبرام العقد ففي هذه المرحلة يتم التحضير لإبرام العقد النهائي فهي تخلق من أي التزام يقع على الطرفين³، لأنها تمهد في النهاية إلى تحقيق الالتزام فهي ممكن أن تؤدي إلى تعاقد أو لا، فإذا فشل الطرفان في

¹ أكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبد الله، (أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع والأربعون، السنة السادسة عشر، 2011، ص ص 407-413.

² العربي أحمد بلحاج، مرجع سابق، ص 40.

³ REMY. (C), *Droit des obligations*, 4^{ed}, Dalloz, 2000 P 62.

مرحلة المفاوضات فلا مجال للحديث عن الاستغلال، لأنه لا مكان لمسؤولية نتيجة الإخلال بالتزامات النزاهة وحسن النية في التعامل¹.

ثانياً: مرحلة التعاقد

فالمرحلة الثانية فهي مرحلة إبرام العقد، والعقد: لغة الشد والربط² وفي اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء التزم في مقابل التزام آخر أم لا³، فالمراد بالالتزام في معناه اللغوي هو التزام الشخص لنفسه ما لم يكن واجبا عليه⁴ وأما الباء في - بالوفاء - للابتدائية أن يبدأ بارتباط الإيجاب بالقبول، أو للباء السببية - الارتباط الحسي - أي تعلق الإيجاب بالقبول وفق ما يقتضيه عرف التعاملات المالية، وحتى يترتب الوفاء الحكمي يجب أن يفيا الطرفان بما تعهدا به، لذلك اعتبرا الشافعية أن العقد شيء وأثاره شيء آخر، فالعقد سبب والأثر مسببا⁵.

مما يعني أن الالتزام في الفقه الإسلامي هو: شغل ذمة شخص بشيء إلى شخص آخر مفرداً، أو جماعة، ويسمى الأول ملتزماً، والثاني ملتزماً له، ويكون الالتزام إعطاء كالبيع، وقد يكون منعا كعقد المهادنة، وقد يكون فعلاً كشركة العمل، وقد يكون تركاً كما في إعطاء الزوجة لزوجها على ألا يتزوج عليها، ولذلك قال الحطاب (التزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية)⁶.

¹ عروبة شافي عرطالمعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير في القانون المدني، جامعة بابل، العراق، 2008، ص 65.

² الإمام محمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق، الجزء الثامن، ص 3030.

³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1977، ص 120.

⁴ محمد بن يعقوب القبروز أبادي، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 177.

⁵ الإمام جلال الدين السيوطي، مرجع سابق، ص 312.

⁶ الإمام محمد بن محمد الحطاب، مرجع سابق، ص 222.

أما العقد في القانون هو ما نصت عليه المادة 54 مدني جزائري (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أعدم فعل شيء ما.) وهو نص منقول حرفياً من نص المادة 1101 مدني فرنسي، أما المشرع المصري فلم يعرف العقد، لأنه يرى أن ذلك من صميم عمل الفقه والقضاء المدنيين، لكن إذا تمعنا في تعريف المشرع المدني الجزائري ومن قبله المشرع الفرنسي لفكرة العقد لوجدنا أنهما أجمعا على أن العقد يطلق على توافق إرادتين فأكثر مما يعنى أن الإرادة المنفردة حسب هذا التعريف لا تسمى عقداً.

لكن هناك فرق بين العقد والاتفاق، فالاتفاق هو توافق إرادة شخص أو أكثر على شيء ينتج عنه نتيجة قانونية، والتعاقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على شيء ينتج التزامات، مما يعني أن الاتفاق هو الجنس والتعاقد النوع، فكل اتفاق تعاقد، وليس كل تعاقد اتفاق، وإن كانت شروطهما وقواعدهما واحدة.

لكن إذا تمعنا النظر بطريقة المقارنة بين تعريف الفقه الإسلامي للعقد من جهة والتعريف القانوني له من جهة ثاني، لو جدنا أن الفقه الإسلامي يأخذ بالنزعة الموضوعية للعقد، حيث أنه ينظر إلى الثمن والمثمن باعتبارهما الأساس الأول في العملية التعاقدية، أي نظرته للعقد نظرة مادية أكثر من أنها نظرة شخصية، بمعنى أكثر المحل أولاً من الأطراف، بل أن الحنفية يعرفونه حسب الورشكي (معنى يقع على المعقود عليه فيتغير من حال إلى حال)¹ وقد ترتب على هذا آثار كثيرة منها انتقال الالتزام، والأخذ بمبدأ النيابة في التعاقد، وكذا الحوالة الدين، والحق وغيرهما مما يتماشى وطبيعة التعاملات.

¹ الإمام محمد بن عبد الواحد السيواشي، فتح القدير، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص341.

أما القانون المدني الذي أستمّد تعريفه الأولى من القانون المدني الروماني الذي كان ينظر إلى العقد نظرة شخصية فقط¹، مما أدى إلى الاهتمام بأطرافه أكثر مما هتم بمحلّه²، لذلك لم يجوز مبدأ توكيل الغير في إنشاء العقد لأنهم حصروا العقد في الصيغة، أي مجموع الإيجاب والقبول فقط دون الثمن والمثمن³، فهو اهتمام بإحداث الأثر القانوني، أو نقله، أو انقضائه.

فإذا ما نقبنا عن نظرية الاستغلال من خلال نظرية العقد فإننا حتما سنجدّها في عقود المعاوضة، وبالذات في شقها المالي، سواء كان تمليك عين المال أو منفعة بمقابل كالمقايضة، أو مال بنقد كالبيع، أو مال بمنفعة كالإيجار والإستصناع، أو كان مال بما ليس بمال كالزواج والخلع، لأنه عقد إسقاط حق بمقابل تدفعه الزوجة⁴، أو كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع، لكن حسب المادة 90 مدني جزائري لا تدخل فيها عقود التبرعات وهي ما كان التملك فيها من غير مقابل، مثل الهبة، والوصية، والوقف، والإعارة.

أ- التعاقد مابين حاضرين.

وأول خطوات إبرام العلاقة التعاقدية أن يعلن الراغب قبوله الذي هو التعبير الصادر أولا على إثبات تعهد⁵، سواء أكان بقول، أو فعل، أو نحوهما إلا أن المذاهب الفقهية قد تختلف في كون الإيجاب يكون بلفظ الخبر دون الإنشاء، وبصيغة الماضي دون المضارع أو أن يكون موجها إلى شخص سواء كان معينا أم غير معين، لأنه لا يكون التعبير الأول إلا إذا كان فيه احتمال ثاني مقابل، إلا إذا كان بينهما وسيط، قال النووي (إذا قال السمسار

¹CRISTIAN.(L), *Droit civil*, Dalloz, Aris, 1996 ,P 45.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص111.

³ علي محيي الدين علي القره داغي، مرجع سابق، ص123.

⁴ أما الطلاق فلا، لأنه إسقاط حق بدون مقابل مالي؛ وكذا يخرج منها - أي نظرية الاستغلال - التنازل عن حق الشفعة لأنه إسقاط لحق محض.

⁵BENCHENEB. (A), *Le droit algérien des contrats*, Ajed, 2011p 43.

المتوسط بينهما للبائع بعث بكذا فقال: نعم لصح الإيجاب)، أما الحنفية فيشترطون المخاطبة في أحدهما، قال ابن الهمام (ولو قال: بعته بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال: اشتريت، ولو يقل منك صح وكذا على العكس)¹.

أما الحنابلة فإنهم يشترطون المخاطبة في الإيجاب فقط، في حين لا يبالون به في القبول²، وأما بالنسبة للمالكية فلم يشترطوا المخاطبة، أي بدون كاف الخاطب، قال الدسوقي في الشرح الكبير (وأما لو عرض رجل سلعته للبيع وقال: من أتاني بعشرة فهي له فأثاه رجل بذلك : إن سمع كلامه، أو بلغه فالبيع لازم)³، وهو ما يتماشى ونص المادة 60 مدني جزائري(التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، والكتابة ، أو الإشارة 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.)، وهو ما يعني أن الإيجاب هو أول خطوات صحيحة في تكوين الأساس القانوني للالتزام.

فالإيجاب في القانون لا يشترط فيه أن يكون موجها لشخص بعينه، بل يمكن أن يكون موجها إلى الجمهور وهذا هو الغالب في التعاملات المالية الحديثة، كالإجابة الذي يكون عن طريق العروض المقدمة من قبل نقاط البيع أو على نوافذ ألتنت أو على صفحات المتواصلات الاجتماعية التابعة للشركات التجارية⁴، ففي بعض الأحيان يتم استبعاد فكرة الاستغلال في هذه العقود لأن الموجب لا يعلم سلفا من الطرف الآخر المقبل على التعاملات العقدية، فإن وقع في غبن فيكون غبنا على حسن النية، إلا إذا كان العرض

¹ الإمام إبراهيم بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص 520.

² الإمام محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، الجزء السابع، مؤسسة الرسالة، دمشق، 2003، ص227.

³ الإمام محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص4.

⁴ ARCHAMBAULT.(L), *La formation du contrat de vente en liche et la portion du consommateur*, mémoire magistère, Université Paris1, Panthéon, Sorbonne, 2003-2004., P55.

يستهدف شريحة اجتماعية بعينها، كشريحة الشباب من من هم في حالة عاطفية جياشة، بأن تعرض عليهم مثلا خدمات تخصصهم، كبيع الهدايا بمناسبة أعياد شبابية بأسعار خيالية.

وبالتالي تنتهي مرحلة المفاوضات بصياغة تصور مشترك لمشروع العقد الذي يسعى أطراف المفاوضات إلى إبرامه عن طريق الإيجاب، لأنه تعبير بات عن إرادة الشخص دال على الرضا بالتعاقد على الأمر الذي يعرضه الموجب، بمعنى أنه مرحلة وسط بين مرحلة المفاوضات ومرحلة القبول أين تنتهي العملية التعاقدية لتظهر التزامات أخرى¹.

وتتميز مرحلة الإيجاب بسعي الطرفان إلى القيام بعمل مشترك للعقد ووضع الإيجاب في صيغة ملموسة، أي تجاوز مرحلة جس النبض والدخول في مرحلة صياغة الإيجاب النهائي وفقا لما تم التوصل إليه من حلول في مرحلة المفاوضات، أي أن يصدر الإيجاب عن نية قاطعة وحاسمة، ويعكس عزمًا نهائيًا على التعاقد بحيث ينشأ العقد بمجرد قبوله دون توقف على أمر آخر².

ويكون الإيجاب ضمنيا إذا لم يعلن صاحب العرض عن نيته بالتعاقد بشكل صريح ولكن هذه النية تستخلص ضمنيا من الظروف المحيطة بالعرض، ويكون ذلك باتخاذ موقف لا يدع مجال للشك، كالمستأجر الذي يبقى في العقار بعد انتهاء مدة الإيجار، فهو لم يستعمل كتابة، ولا قولًا، ولا إشارة بل اتخذ موقفا يستنتج منه أنه يعرض على المؤجر تجديد الإيجار³، وهذا طبقا للمادة 60 مدني جزائري.

¹ الإمام يحيى بن الشريف الدين النووي، روضة الطالبين، الجزء الثالث، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، بيروت، 1991، ص365.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوجيز في النظرية العامة الالتزام مكتبة الحلبي للحقوقيات، الطبعة الثانية، بيروت، 1997، ص68.

³ عودة شافي عرط العموري، المرجع السابق، ص91.

ويستطيع من صدر منه الإيجاب العدول عن إيجابه مادام لم يتصل بعلم من وجه إليه طبقا للمادة 61 مدني جزائري، بل ويستطيع أيضا الرجوع في إجابته بعد وصوله مادام غير ملزم، والإيجاب لا يكون ملزما إلا خلال فترة معينة يتفق عليها الطرفان أو تتحدد وفقا لظروف الحال وطبيعة المعاملة هذا طبقا للمادة 63 مدني جزائري، فالتعاملات المالية ذات ميزة التغير والتقلب بسرعة كما في عقود الصرف التي لا تحتل التأخير على عكس التعاملات الآخرة.

لكن الإيجاب لن يبقى بلا حد، فإما أن يتلاقى بقبول كي ينعقد العقد أو مآله السقوط، بل أن مفعوله يضمن بانشغال الموجب بأمر آخر، وهو ما يفهم منه أنه تراجع عن إيجابه أو إذا رفضه الطرف الثاني أو لم يجد من يقبله بقبول أو تغيير محله، أو بتعديل شروطه، إذ يعتبر هذا التعديل إيجابا جديدا، كما أن الإيجاب الذي لم يقترن بمهلة ينتهي أمره بإفضاء مجلس العقد دون أن يتصل به قبول وهذا حسب المادة 64 مدني جزائري (إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا)، وهو ما يعني سقوطه الحتمي.

إلا أن هناك عقود لا يمكن للموجب الرجوع في إيجابه حسب الشريعة الإسلامية، وهذا في حالة الإيجاب بصفة الماضي، أو في العقود التي يكون مبنائها ليس على المال، مثل الطلاق على المال - الخلع - الذي لا يرد إيجابه¹، لأنه إسقاط لبعض التمليك بعوض حتى وإن كان بالإرادة المنفردة ولا تحتاج إلى قبول.

¹ الإمام محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 384.

أما القبول فهو الإرادة الثانية في العقد¹، حيث يرتضي المتعاقد الثاني الإيجاب الذي وجه إليه بكل عناصره، حتى يتم التوافق بين قبوله وبين الإيجاب الصادر من الموجب²، وبذلك يكون رجال القانون قد أخذوا بما ذهب إليه المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية³، وهو تعبير من من وجه إليه الإيجاب عن رضاه بالتعاقد على أساس الشروط التي عرضها الموجب، قال ابن الهمام (والمراد هنا - أي في القبول - إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع ثانيا سواء وقع من البائع أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك بكذا فيقول البائع قبلة، والقبول الفعل الثاني لذلك سمي الإثبات الثاني قبولاً تميزاً له عن الإثبات الأول)⁴.

لكن يشترط على ذلك توافق الإرادتين⁵، لأنه من البداهة أن يكون توافق بين الإيجاب والقبول لأجل أن يتكون العقد من مجموعهما وهو دلالة على توافق الإرادتين وتلاقي الرغبتين⁶، فإذا كان أحدهما مخالفاً للآخر، كإيراد الإيجاب على موضوع والقبول على غيره، أو ورد الإيجاب مقيداً بوصف والقبول جاء مقيداً بوصف آخر فلا يعتبر أن الإرادتين قد تلاقتا، مما يعني عدم وجود من أصله، لأن التوافق بين الإرادتين هو حقيقة العقد⁷.

إلا أن الفرق بين القانون المدني الحديث - الفرنسي ومن يدور في فلكه - والقانون الروماني في أن مجرد قبول التعاقد لا يكفي على العموم لإيجاد أي التزام، بل يلزم أن يكون

¹ لم يرد نص صريح في القانون - المدني الجزائري أو القوانين الأخرى المستعملة - يبين ماهية القبول، والسبب في ذلك ربما متروك لرجال الفقه والقضاء للقيام بمهمة تعريفه.

² أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 42.

³ علي علي منصور، مرجع سابق، ص 38.

⁴ الإمام محمد بن عبد الواحد السيواشي، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص 74.

⁵ TERRE. (F), Droit civil. Les obligations, éditions Cujas, Paris, 2001, P 62.

⁶ أحمد عين عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والاقتصادية، المجلد الثالث عشر، دار العاصمة، الرياض، 1999، ص 30.

⁷ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 202.

قبول التعاقد مصاحبا لبعض أشياء أخرى، كالنطق بكلام مقدس، أو بتسجيله في سجل خاص، بخلاف القانون المدني الحديث، في أن مجرد الرضا كاف لإنشاء التعاقد، ما عدا بعض عقود يشترط القانون فيها العلنية ويخضع وجودها إلى شكل خاص.

من أجل احتساب مدة أو نسبة الغبن الفاحش يجب معرفة اللحظة التي تم فيها التعاقد، لذلك فالعقد يوجد من وقت تقابل الإيجاب . العرض . مع القبول، مما يعني تحديد اللحظة التي تترتب عليه آثاره، ولكي يكون تقابل الإيجاب بالقبول تقابلا قانونيا يجب:

1 - أن يكون الإيجاب قائما، بمعنى لم يعدل عنه الموجب لأنه بسقوط الإيجاب لا يمكن الاتصال، قال الإمام النووي (إذا وجد أحد شقي العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر واشترط بقاءهما على أهلية العقد، فلو رجع عنه قبل وجود الشق الآخر بطل الإيجاب فلو قبل الآخر بعده لم يصح، ولو قال للمشتري بعثك فمات المشتري قبل القبول بطل العقد وهذا هو المذهب)¹، لأن الإيجاب مشروع ومادام لم يقترن بقبول فهو حق للموجب يتصرف فيه كيف ما شاء، سواء بالإبقاء أو السحب.

2 - أن يكون الإيجاب والقبول متطابقين²، بأن يردا على محل واحد وأوصاف واحدة وإلا لن يتحقق العقد، أما إذا كان القبول مخالفا للإيجاب أو أن الإيجاب مقيد بوصف والقبول بوصف آخر، أو أن الإيجاب وارد على بعض والقبول على الكل، أو العكس بأن الإيجاب وارد على الكل والقبول على البعض فلا ينقد العقد، قال الكاستاني (وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع

¹ الإمام محي الدين بن شرف الدين النووي، المجموع في شرح المذهب، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 179.

² GERARD.(L), *Droit civil, les obligations*, 16ed, Dalloz, 1998. P57.

(¹)، وهي التي عبر عنها المشرع المدني الجزائري من خلال نص المادة 59 مدني (يتم العقد بمجرد أن يتبادلا الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين).

أما ما ورد في التطابق كما قال عنها العلامة الكاستاني كذلك (فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه ، أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق)(²)، فهي دعوة للتعاقد من جديد وهي ما عبر عنها المشرع كذلك من خلال نص المادة 66 مدني جزائري (لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا).

3- حصول العلم بالإيجاب والقبول لكل من الطرفين، قال ابن الهمام (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول، يعني إذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمع ولم يسمع به صمم وسمعه في المجلس لا صدق)(³)، وبالتالي هو معيار موضوعي، أما المالكية الإيجاب عندهم ملزم للموجب، وبالتالي لفائدة بعلم بقبول القابل حتى يتم العقد لأن العقد ينعقد بمجرد القبول⁴ دون حاجة إلى وصول خبر القبول إلى الموجب، قال الرافعي (الشرط أن يقبل المكتوب إليه كما اطلع على الكتاب على الأصح ليقترن القبول بالإيجاب بحسب الإمكان)(⁵)، فهو توافق ما بين المذهب الحنبلي والمالكي بخصوص هذا الأمر.

4 - أن يضم الإيجاب والقبول مجلس العقد⁶، والمراد به لحظة إقرار الالتزام الذي تتم فيه عملية التعاقد، ويبدأ مجلس العقد من وقت صدور الإيجاب إلا أن يفترقا حكما، لأن المجلس هو الزمان الذي ينصهر فيه رضا الطرفان، قال الكاستاني (وأما الذي يرجع إلى

¹ الإمام حافظ محمد بن محمد بن شهاب بن بزاز الكردى، الفتاوى الهندية، الجزء الثالث، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثانية، 1900، ص7.

² الإمام محمد بن محمد بن شهاب بن بزاز الكردى ، نفس المرجع، ص7.

³ الإمام محمد بن عبد الواحد السيواسي، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص74.

⁴ الإمام محمد بن عرفة السوقي، مرجع سابق، ص 3.

⁵ الإمام محمد بن عبد الواحد السيواسي، نفس المرجع، الجزء الثامن، ص103.

⁶ الإمام محمد بن عرفة السوقي، مرجع سابق، ص91.

مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلاف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر)¹.

أما الأستاذ السنهاوي فقد عرفه (بأنه الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد، دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد وينتهي بالتفريق، وهو مغادرة أحد العاقدان للمكان الذي حصل فيه العقد وفي حكم التفرق حصول التخيير، وهو أن يخير أحدهما الآخر في إمضاء العقد أو رده)²،

وأما المتعاقدان فلهما الخيار ما دام المجلس قائما، قال ابن رشد (ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخي أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس - أعني - أنه متى قال البائع قد بعث سلعتي بكذا أو كذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت فإنه لا يلزم ذلك البائع)³، وهو ما يقابله نص المادة 64 مدني جزائري (إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا).

وينتهي حكم المجلس بتلاقي إرادة المتعاقدين⁴، لأن الغاية منه إما أن تكون قد تحققت أو تلاشت، حتى وإن بقي المجلس قائما حقيقة، قال ابن العربي (إنما يدل مطلق الآية على أن التجارة على الرضا وذلك ينقضي بالعقد وينقطع بالتجاوب، وبقاء التخابر في المجلس لا

¹ الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، الجزء السادس، ص 2992.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوي، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، مكتبة الطلبي للحقوقيات، بيروت، د.س.ن، ص 13.

³ الإمام محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 170.

⁴ الإمام محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 91.

تشهد له الآية¹، فإذا اتصل الإيجاب والقبول فلا يجوز للقابل أن يرجع، لأن رجوعه يؤثر على استقرار التعاملات العقدية، كما أنه يؤثر على إرادة الموجب لأنه يلغي إيجابه، قال ابن الهمام (وأما القياس فعلى النكاح والخلع على المال كل منهما عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس، أي بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع)².

فالمجلس عند المذهب المالكي ينفذ بتفرق الألفاظ لا بافتراق الأبدان، وبالتالي لا يبقى للمجلس حينئذ أي أثر، كان هذا تفسيره لحديث الرسول - صلى الله عليه وسلم (البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار)³، فهذا حتى لا تحدث زعزعة في التعاملات المالية وهو ما يؤكد عرف المعاملات التعاقدية⁴.

ب - التعاقد ما بين غائبين

أما معيار التعاقد ما بين غائبين هو تأخر القبول عن الإيجاب⁵، وذلك بحكم أن المتعاقدين لا يجمعهما زمان واحد في صدور الإيجاب والقبول، كما في حالة التعاقد بالرسالة أو الرسول الحامل للإيجاب، فمجلس العقد هنا هو مجلس وصول الخطاب، وبالتالي ينعقد العقد بقبول القابل في مجلس وصوله - الخبر إليه - إلا أن الموجب له حق الخيار في إيجابه مادام لم يقبله الآخر سواء علم به الطرف الآخر بالرجوع أو لم يعلم، أما إذا وكل شخصا بالتعاقد ثم عزله فالعقد نافذ عند المالكية إذا كان بصيغة الماضي⁶.

¹ الإمام أبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت، 2003، ص 409.

² الإمام محمد بن عبد الواحد السيواسي، مرجع سابق، الجزء الخامس مرجع سابق، ص 82.

³ الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن برزويه البخاري، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 328.

⁴ لقد انتقد المذهب المالكي علي هذا الموقف من قبل المذاهب الفقهية الأخرى، لمزيد من الإيضاح أنظر الإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، مرجع سابق، ص 56.

⁵ GERARD.(L), op.cit, 64.

⁶ الإمام محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 5.

كذلك الأمر في القانون المدني حسب نص المادة 61 مدني جزائري، فالمسافة الزمنية بين الإيجاب والقبول هي معيار التفرقة بين التعاقد بين حاضرين أم غائبين، فالاختلاف المكاني لم تعدل له أهمية كبيرة خاصة في ظل التعاقدات المالية في عصرنا هذا، فالتعاقد عن طريق نوافذ الانترنت الإشهارية¹ وكذا مواقع المتواصلات الاجتماعية من تويتر و فيسبوك وياهو، وكذلك التعاقد بالرسائل النصية القصيرة كالأس ماس و الأماماس²، و إن كان التفاوض فيها مباشرة اتخذ صفة التعاقد بين حاضرين³، أما إن كان على شكل رسائل نصية متروكة على العنوان الإلكتروني كان حكمها حكم التعاقد بالمراسلة، أي التعاقد بين غائبين⁴.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون للمادة 140 مدني مصري (التعاقد بالهاتف لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين، لأن الفرق الزمني بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم، أو هو في حكم المعدوم فليس للتفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية، لأنهما شيء واحد، وتقريبا على ذلك يعتبر التعاقد بالهاتف تاما في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب فقبله وهذا الوقت بذاته هو الذي يعلم فيه الموجب

¹ التعاقد عن طريق الانترنت هو: اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل، أو هي ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونية، وتنشئ التزاما تعاقدية. لمزيد من التعمق تفحص موقع www.tashreaat.com/view-studies2.asp?id

² دراسة منشورة عبر شبكة الانترنت بعنوان الحماية الإلكترونية للمستهلك: www.islamonline.net/arabic

³ عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2009، ص 68.

⁴ مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012، ص 160.

بالقبول، ويترتب على إعطاء التعاقد بالهاتف حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمن الانعقاد¹.

إلا أن الفقه المدني الحديث وبالنظر إلى خلفية كل تشريع فإنه لم يتوقف على رأي واحد، بخصوص التعاقد ما بين غائبين بل تفرعت عنه أربعة نظريات هي.

أ - نظرية إعلان القبول: ويتم من خلالها على أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول، فهي أخذ بالنظرية العامة في توافق الإرادتين لكن بعلم الموجب².

ب نظرية تصدير القبول: أن يكون القبول نهائياً لا رجعة فيه، أي أرسله فعلاً إلى الموجب فلا يملك حق رده³.

ج نظرية تسليم القبول: هي تزيد عن نظرية إعلان القبول وعن نظرية تصدير القبول، بأن يصل القبول - الرسالة أو الرسول - فعلاً حينها يتم العقد في إنتاج آثاره سواء علم الموجب أو لم يعلم⁴.

د نظرية العلم بالقبول: هي تزيد على كل النظريات السابقة، بأن يعلم الموجب القبول عندها تكون لحضت بدء آثار العقد⁵.

إن الأخذ بنظرية الإعلان من شأنها كسب الوقت، حيث أن العقد ينشأ بمجرد إعلان القبول، في حين أنه على ضوء نظرية العلم ينبغي انتظار ورود الموافقة إلى علم الموجب وقد يستدعي ذلك انتظار أياماً هذا التأخير قد يترتب عليه إضرار بالطرف المغبون، لأن

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 52.

² عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة، 2005، بيروت، ص 74.

³ عبد القادر الفار، نفس المرجع، ص 75.

⁴ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2005، ص 44.

⁵ خليل أحمد حسن قدامة، نفس المرجع، ص 44.

العقود الواردة على تعاملات مالية الغابن يعلم مسبقا بأن المغبون الواقع في حالة استغلال سيقبل مسبقا لا محالة، أما عن علم بالقبول فهو دليل إثبات لا دليل انعقاد، لكن من الأحسن أن نكيف كل حالة تعاقدية على حسب أوضاعها.

ففي التعاملات المالية العادية التي ليس فيها غبنا فاحشا فمن الأحسن الأخذ بنظرية إعلان القبول، لأنه قوته الإلزامية مستمدة من قوله وتعالى (قُوا بِالْعَهْدِ)¹، وبالتالي علم الموجب بقبول القابل ما هو إلا دليل أثبات لا دليل انعقاد. كما قلنا سلفا. أما فيما يتعلق بالعقود التي بها غبنا فاحش مطلقا لكن ليس بها استغلال، ولا من الحالات التي استثنىها المشرع الجزائري بنص خاص المادة 91 مدني فمن الأحسن الأخذ بنظرية العلم بالقبول، كي يكون هناك متسع من الوقت ومزيذا من الفرص للمتعاقد المغبون في أن يعدل عن قبوله، وأما وإن وصل القبول للموجب وعلم به تكون الأضرار قليلة بالمقارنة لو أخذ بنظرية إعلان القبول.

وقد حسم المشرع الجزائري أمره من خلال المادة 61 مدني جزائري (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك)، فهو ميل واضح لنظرية العلم بالقبول، بل ولم يكتفي بهذا بل وذكر في إحدى تطبيقاته في نص خاص المادة 67 مدني جزائري (يعتبر القبول ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك).

فما يظهر أن مشرعنا الوطني نقل المادتان - 61 و 67 - حرفيا عن المادتين - 91 و 97 - مدني مصري، بل والأكثر من ذلك فقد وقع في الأخطاء التي وقع فيها المشرع المصري، والمتمثلة في الإطناب بخصوص المادة 76 مدني والتي تقابلها المادة 97 مدني

¹ سورة الإسراء الآية 34.

مصري والتي يمكن الاستغناء عنها من خلال إضافتها كاستثناء في المادة 61 مدني، و المادة نفسها فيها نوعا من التذبذب وعدم الاستقرار، فتارة يأخذ فيها بنظرية العلم بالقبول (بعلم من وجه إليه)، وتارة أخرى بنظرية تسليم القبول (و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به).

وبالتالي لا يمكن الحديث عن الغبن الفاحش إلا إذا كانت الخسارة متحققة عند إنشاء العقد¹، أما إذا نفذ العقد ثم تغيرت الظروف فارتفعت أداوات أحد الطرفين، بسبب تحكم قانون العرض والطلب²، وكذلك إذا كان الغبن لظرف طارئ في أثناء تنفيذ العقد وبعد انعقاده لم يكن بصدد غبن، بل كان أمام حالة ظرف طارئ³.

ثالثا: شروط التعاقد.

إن كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني قد أريفا مجموعة شروط في العقد كي يكون صحيحا، أي قابلا للتعامل فيه من حيث المبدأ، وقد تلاقى في ذلك الفقه الإسلامية و قواعد القانون المدني في أغلب الشروط باستثناء شرط طهارة المبيع، أو البذل . في عقود المقايضة . وإلا كان باطلا، عكس التشريع المدنية الني لا يولي له أي بال.

أ- أن يكون المثلن طاهرا، أو يمكن تطهيره⁴، والطاهر ما حل ملاسته ومباشرته وحمله⁵ وإذا كان الأصل أكل الشيء أو ملاسته أو مباشرته لطهارته، أي ما لم يرد دليل على نجاسة عين من الأعيان فهي طاهرة، لكن ليس كل عين من الأعيان متفق على

¹ الإمام أبي القاسم بن محمد النواتي، مرجع المشكلات في المعاملات، مكتبة النجاح، الطبعة الأولى، طرابلس، د، س، ن، ص76.

² عد إلى صفحة .. قانون العرض و الطلب

³ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص257.

⁴ الإمام أبي عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، الجزء الخامس، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثانية، بولاق، 1913، ص8.

⁵ الإمام أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، النخيرة، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994 ص104.

نجاستها، وبالتالي حرمة بيعها لحرمة الانتفاع بها، بل هناك من الأعيان الذي أجاز الشرع الانتفاع بها إذا ما زالت عنها صفة النجاسة بطريق شرعي كالدباغ لجلود الميتة¹.

وبالتالي كل عين ما من الأعيان طاهر أو ناجسا له علاقة بمشروعية الانتفاع به وعدمه، وتتضح هذه العلاقة إذا ما علمنا أن الحكم بنجاسة العين مقتضاه تحريم الله تعالى على العباد التلبس بها في صلاتهم وأغذيتهم ولبسهم... إلخ، وهي ما يتعارض و أوجه الانتفاع في حالة الاختيار².

ب- أن يكون الانتفاع به انتفاعا شرعيا، أي من مقاصد العقلاء³، ومقاصد العقلاء في الفقه الإسلامي مرتبطة بالمصلحة التي تبناها الشارع من تشريع الأحكام التي تدرج تحت قاعدة (أن الحل يتبع الطيب، والحرمة تتبع الخبث والضرر)⁴، قال تعقل (نَمَّا حَرَّمَ فَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْذَّبْعِيَّ بَيِّنَ الْحَقِّ)⁵، والشئ المشتمل على منفعة محرمة شرعا لا يعتبر مالا عند الفقهاء⁶، ومن ثم فالتعامل فيه تنتفي معه حقيقة المعاوضة التي هي جور كل تعاقد مالي، لذلك قال الفقهاء أن الممنوع شرعا كالمعذور حسنا⁷، أي أن الشئ المشتمل على منفعة محرمة لا منفعة فيه أصلا، قال تعالى (لَا

¹ الإمام محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 85.

² الإمام أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، النخبة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 154.

³ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص 136.

⁴ الإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، الجزء الأول، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، الطبعة الخامسة عشر، بيروت، 1989، ص 14.

⁵ سورة الأعراف الآية 33.

⁶ الإمام أبي بكر بن مسعود الكاساني، نفس المرجع، الجزء السادس، ص 300.

⁷ حسن صلاح الصغير، صلاحية المبيع للانتفاع به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 143.

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ¹، ومنع بيع المحرم هو سد لذريعة الانتفاع به، لأن إنزال حكم البيع على حكم الانتفاع بالمبيع، فمنافع الأشياء هي المقصودة من التحريم.

لكن إذا تمعنا النظر في المقاربة بين التشريع المدني والفقه الإسلامي فإن التشريع الوضع يقترب من الفقه الإسلامي فيما يتعلق بفكرة المشروعية في التعامل²، فكل من الفقه الإسلامي والقانون المدني قد اعتبرا أن الأصل في التعامل الإباحة³ فالمادة 98 مدني جزائري(كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك).

إلا أنه بالرغم من هذا التقارب الظاهر للفكر القانوني من الفكر الفقه الإسلامي إلا أن هذا لا يطمس البون الشاسع بين الأساس العام لفكرة الحلال والحرام في الإسلام وعدم المشروعية في القانون المدني، فالأساس في الفقه الإسلامي هو الكتاب والسنة، وكذا الإجماع والقياس، أما في القانون المدني فالأساس يتحدد على فكرة النظام العام والآداب العامة، أي على أعراف الناس ومصالحهم.

ج- غير منهي عن بيعه⁴، أي لا يكفي لصحة التعاقد مجرد اشتغال المبيع . مثلاً . على المنفعة، ولكن المنفعة التي اشتمل عليها المبيع منفعة مشروعة غير محرمة، وهو ما نصت عليه القاعدة الأصولية (الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم)⁵، والتحليل والتحريم في الشريعة الإسلامية هو حق لله وحده، قال تعالى (وَقُولُوا لِمَا تَصِفُ ُ الْكَذِبَ هَٰذَا دَلَالٌ وَ هَٰذَا حَرَامٌ وَلَقَدْ تَرَوْهُ بِالْكِتَابِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يُفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ)⁶، والقاضي إن وصل إلى حكم في الواقعة من الوقائع المطروحة عليه،

¹ سورة البقرة الآية 188.

² حسن صلاح الصغير، مرجع سابق، ص148.

³ محمد الخضري بك، مرجع سابق، ص55.

⁴ الإمام محمد بن محمد الخطاب، مرجع سابق، ص267.

⁵ الإمام أبي إسحق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص27.

⁶ سورة النحل الآية 116.

فهو إنما يصل إلى حكم الله تعالى، لأن القاضي يعتمد في وصوله إلى ذلك الحكم على الطرق التي جعلها الشارع إمارات تدل على أحكامه.

ومن هنا يتضح أن الحاجة . المنفعة ¹ يجب أن تدور في دائرة الشرع الذي يولي اهتماما كبير للأخلاق والصحة، وغيرهما من الأمور المفيدة للمجتمع، أي أن المنفعة التي نقصدها . هنا . لا تنحصر بالمعنى الاقتصادي المحض، فكون المنفعة خاصة في الشيء تجعله قادرا على إشباع حاجة الفرد، بل يجب أن تكون المصلحة مشتركة ما بين المتعاقدين، وقد كان الفقه الإسلامي منذ الوهلة الأولى دقيق اللفظ حينما أطلق عليها مصطلح (المنفعة).

د - مقدورا على تسليمه، قال ابن عرفة (يطلب في المعقود عليه أن يكون مقدورا على تسليمه)²، فلا طير في السماء ولا سمك في الماء، فالمادة 93 مدني جزائري (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا)، وهي ما يقابلها في الفقه الإسلامي قول الكاساني (المقدرة على التسليم لذا العاقد شرط انعقاد في العقد، لأنه لا ينعقد إلا لفائدة، ولا يفيد إذا لم يكن قادرا على التسليم)³.

و - عدم الجهل به، فلا يصح بيع مجهول الذات، ولا القدر ولا الصفة⁴، أي انه يشترط في المعقود عليه . من ثمن ومثمن . أن يكون معلوما علما نافيا للجهالة، ويتحقق العلم بأحد الأمرين: إما الرؤية قبل أو أثناء التعاقد، أو بالوصف النافي للجهالة الفاحشة، فإذا كان

¹ يقول الفقيه بنتام Bentham (المنفعة تعني: خاصية في أي شيء بها يميل الإنتاج النفع، لفائدة اللذة، الخير، أو السعادة ...)، لمزيد من الإيضاح: أنظر كتو مجيد حميد العنكي، أثر المصلحة في التشريعات، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2002، ص21.

² الإمام محمد بن يوسف العبدى ، التاج والكليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ص268.

³ علاء الدين أبي بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، الجزء السادس، ص3015.

⁴ الإمام أحمد الدريري، الشرح الصغير على أقرب المسالك، الجزء الثالث، المطبعة الأميرة الكبرى، الطبعة الثانية، بولاق، ص4.

معينا بالذات وصف وصفا دقيقا يمنع الجهالة الفاحشة، كأن يبيع فرسه وليس له سواه، أما بالمتليات وجب بيان جنس المبيع ونوعه وقدره، والثمن في كل ذلك كالمبيع¹.

والعبرة في تقدير الاستغلال بوقت انعقاد العقد، ويدخل في ذلك كافة أنواع عقود المعاوضات: كالعقد المعلق على شرط فاسخ، الذي ينتج التصرف آثاره كما لو كان تصرفا باتا، وكذلك المعلق على شرط واقف، فهو موجود فعلا ولكن تنفيذه معلق على شرط لم يعرف هل يتحقق الشرط أم لا يتحقق، وفي الأول أن الالتزامات موجودة من وقت الاتفاق بينما إذا ما كان هناك غبن ناتج عن استغلال أحد المتعاقدين للآخر أم لا.

لكن بالنسبة للعقد الذي كان قد سبقه وعد بإبرامه، فإنه يتعين في تقدير عدم التعادل الاعتداء بوقت صدور الوعد لا الوقت الذي ينقضي فيه العقد الموعود به، بإبداء الموعود له رغبته في إبرامه، ذلك أن اختلال التعادل ليس إلا المظهر المادي لغيب الإرادة، فيعتد في تقديره بوقت صدور الرضا².

المطلب الثاني:

الشروط الواردة في حق المٌستغل في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

إن اختلال التعاملات العقدية من حيث القيمة النفعية بين طرفيه يعد أمرا مألوفاً ولا مناص منه بسبب طبيعة المعاملات، سواء في العقود المسماة أو غيرها، وسواء في عقود بيع العين أو المنفعة، فالدافع حاجة الأفراد المتزايدة والمتشعبة، حيث يكون فيها أمر الغبن أمر مشاعا ومباحا مادام لم يخرج عن المعتاد، مما يعني بمفهوم المخالفة أن كل تعامل خرج عن ما هو متعارف عليه أو تجاوز ما يشار إليه برقم حسابي صنف على أنه تعامل

¹ د حسن صلاح الصغير، مرجع سابق، 32.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 55.

شاذ بسبب حالة الغبن الفاحش الناتج عن حالة الفرق بين قيمة الأدائيين الغير المألوفة، بل وأن الفقه الإسلامي زاد بشرط الخلابة في زمن الغبن الفاحش (الفرع الأول).

وبما أن نظرية الغبن المادي قد تطورت كذلك من عيب بسبب الغبن الفاحش لذاته إلى عين مادي يعبر عن حالة استغلال أحد طرفي المعاملات العقدية للأخر، نتاج ما أصاب الثاني من حالة ضعف بسبب هوى جامح أو طيش بين على سبيل الحصر حسب تشريعات النضرة الضيقة، أو بسبب حالات، كالحالات الضيق وضعف الإدراك وعدم الخبرة حسب تشريعات النظرة الموسعة، أو بأي حالات تغير كانت حسب فقه الشريعة الإسلامية، للقاضي التقدير في ذلك. (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المعيار المادي في تقدير الغبن الفاحش

إن مما تقتضيه المعاملات الاقتصادية إن يحقق من وراء كل عقد فائدة مالية، مما يحتم القبول بغبن يسير لم يتجاوز الحد المعقول (أولاً)، لكن تجاوز الثمن خارج السوم المعتاد إلا ويكون الضرر على أحدهما بسبب حالة الغبن الفاحش الذي وصل حد الفداحة (ثانياً).

أولاً: الغبن اليسير

إن اختلال التعادل في التزامات الطرفين يعتقد أمراً مشرعاً أصلاً، ففيما يتعلق باختلال التعادل بين ما أخذه المتعاقد وما أعطاه وهذه هي فلسفة البيع والشراء منذ الأزل، بل وحتى قبل ظهور فكرة البيع أين كانت المعاملات العقدية مقتصرة على المقايضة كوسيلة ليد الحاجيات، لأن التجارة في مفهومها العام العمل على تحقيق الربح المادي من أي مبادلة

هكته، والمستهلك يسعى لاقتناء حاجياته ومستلزماته وإن تطلب الأمر التخلي ولو بالقدر القليل عن مكتسباته المالية المساوية للقيمة المالية.

فالغبين اليسير يغتفر في أغلب العقود لا يكون سببا في الإبطال العقد، لأنه يقع كثيرا في المعاملات اليومية، مما يعني أنه من السهل احتمالها، وبالتالي لا ظلم فيه، إلا أن هناك استثناء يحص بيع التركات المدنية بدين مستغرق في مرض الموت، فإذا باع منه هو في مرض الموت بعض أمواله بغبين يسير وتركته مستغرقة بالدين، ثم مات في مرضه هذا، كان للدائنين أن يفسخوا البيع إلا أن يزيد المشتري بما يدفع الغبن¹.

والسبب في ذلك أن حق الدائنين تعلق بما تركه المريض مرض الموت، ومن جهة ثانية أن مالية الأشياء تقد بقيمتها، فلا بد إذن أن تسلم لهم القيمة، فإذا نقصت ولو بمقدار يتسامح الناس فيه عادت كان من حقهم المطالبة بسد هذا النقص.

أما ما عدى هذه الحالة فإذا لم يكن تفاوت كبيرا وهذا بحسب المنتج أول على حسب عرف التجارة فلا يعتبر أن أحد المتعاقدين قد غبن من الطرف الآخر وعادة ما يقع الغبن في عقود المعاوضة ولكن لا يمنع وقوعه في العقود الاحتمالية، أما عقود التبرع فلا يتصور فيها اختلال التعادل ولا الغبن الفاحش، وإن كان يتصور فيها الاستغلال².

والتفاوت بين التزامات المغبون والفائدة، يفيد أن اختلال التعادلات يكون في الفرق بين التزامات المتعاقد المغبون والفائدة التي قد تكون غاية معنوية، والتي تكون في كما في عقود التبرع، إلا أنها مادامت فائدة معنوية فإنها لا يعتد بها، فأساس التجارة الربح المادي و ماعدا ذلك لا ينظر إليه على أنه تعامل تعاقد في إطار تصرفات تجارية.

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص463.

² علي فيلاي، النظرية العامة للالتزامات، موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2005، ص96.

كما أن عنصر الضرر المادي في عقود الاستغلال لا يقتصر على عقد من العقود أو حالة من الحالات، ففي عقد البيع¹ تتم المقارنة بين الثمن والمثمن إذا كان بين تقابلها تفاوت كبير، بحيث أن الثمن بخص مقارنة بالمبيع الغالي، أو ذو النوعية النادرة، أو الجيدة، أو العكس في حالة ما إذا ما كان الثمن مرتفع والمنتج تجاوز قيمته الحقيقية في السوق والسوق على حسب طبيعة التعاملات إن كانت محلية أم جهوية أم أنها وطنية بل حتى دولية أحيانا على حسب معطيات التجارة الدولية، إذ أصبحت مجموعة من أسواق الوطنية متداخلة فيما بينها في سوق افتراضي والذي من خلاله يحدد سعر السوق وهو سعر دولي كما نشاهدها في أسواق البورصة العالمية لمجموعة من التعاملات المالية كسعر السكر، والزيت، والنحاس، والخشب ومالي ذلك.

كما يمكن أن يكون المظهر المادي للاستغلال كذلك في عقود الإيجار²، وذلك إذا ما كانت لأجرة مبالغاً فيها أو منخفضة إلى درجة كبيرة، بسبب خلال نفسي تحكم في أحد المتعاقدين، والإيجار بشئ أنواعه سواء كان في المنقولات، كإيجار السيارة، أو في العقارات كإيجار السكنات، أو غرف الفنادق ذات النجوم المتعددة، أو تلك التي لها شرفات شاطئية، أو بالنسبة للمخيمات الصيفية إن كانت ذو ميزة شبابية مثلاً.

كما يمكن كذلك أن يكون الاستغلال في عقود العمل في حالة عدم تعادل الالتزامات بين العامل ورب العمل، فالترام فتاة كعارضة أزياء، أو بالقيام بدور سينمائي بثمن بخص يمكن اعتباره كذلك، لأن في مثل هذه الأنوار أن القائم بالإعمال يعلم مسبقاً بأن المتعاقدة

¹ هناك أقسام الناس في البيع، فمن الناس من يبيع بالعدل، ومنهم من يبيع بالظلم، ومنهم من يبيع بالإحسان، فالذي يبيع بالعدل هو الذي يعطى الشيء ويأخذ ثمنه بالعدل، فلا يظلم ولا يظلم، والذي يبيع بالظلم والجور كالغشاش والكذاب والغشاش ونحوهم، والذي يبيع بالإحسان هو من كان سمحاً في البيع والشراء، ويمهل في القضاء ويباد بالوفاء ولا يزيد في الثمن، لمزيد من الإيضاح انظر: محمد إبراهيم بن عبد الله التويجري، مرجع سابق، الجزء الحادية عشر، ص 7020.

² قياساً على البيع في ذلك، لمزيد من الإيضاح أنظر: أبو محمد بن قدامه المقدسي، مرجع سابق، ص 32.

ستقبل بالمقابل المالي في كل الأحوال خاصة إذا كانت من صنف المبتدآت، لأن الحلم بالقيام بدور سينمائي أمنية قلما تتحقق بالنسبة لمثيلاتها.

لكن ليس كل تعامل مالي كان نتيجة استغلال طرف للأخر، إذا ما نظرنا إلى التعاقدات المالية بصورة عامة ومجردة، فالعقد وأن كان ذو تكيف قانونية بالنسبة لمظهره الخارجي أو بالنسبة للحركة التي أتخذها طرفها للتعبير عن إرادتيهما، بل إنه ذو طبيعة اقتصادية بالنسبة للحركات التحويلية بين الممتلكات والمنافع المتقابلة¹، بمعنى أنه لا يمكن أن نفصل التكيف القانوني عن القيمة الاقتصادية بالنسبة للدراسة الغبن كمظهر مادي لحلة الغبن الناتج عن استغلال أحد المتعاقدين للأخر نتيجة طيش بين أو هوي جامع².

وبالتالي يمكن استبعاد فكرة الاستغلال إذا كانت المفاوضات السابقة على العملية العقدية قد دار رحاه في جو من المساومة و المفاشة مع أخذ الأمر بجيدة، بوضوح كل الاحتمالات، و أخذ كل التكاليف في الحسبان³، أي تحديد قيمة المثلن أو الخدمة بصورة مسبقة، وإن كانت بصورة تقريبية، وهو ما يتضح من خلال دراسة دلالات التحديد.

أ - طريقة تحديد الثمن

يوجد العديد من الطرق التي تستخدم في تحيد الثمن، كالمساومة، والمزايدة، وبيع الأمانة ويكون لكل طريقة أكثر من صورة منها المساومة مثلاً، هي الطريقة الأكثر استعمالاً لتحديد الثمن، و التساوم بين اثنين، أن يعرض البائع سلعته بثمن ما ويطلبها المشتري بثمن دونه، ففيه سوم للبائع وسوم للمشتري أدني منهن والصورة الشائعة للمساومة هي أن يبدأ أحد

¹ نبيل عمر الحمداني، البيع في المعاملات الحديثة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006، ص21.

² عامر عاشور عبد الله، (تكيف العقد في القانون المدني)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد السادس، السنة الثانية، صص 166-172.

³ الإمام أبي القاسم محمد بن أحمد الغرناطي، القوانين الفقهية، د، د، ن، الكويت، د.س.ن، ص419.

الطرفين بسلوك فيقبله الطرف الآخر أو يعد منه أم بالتخفيض أو التعديل وتستمر العملية حتى يتفقا علي سعر معين أو يفترقا دون اتفاق¹.

والمساومان يكون ليهما في العادة تصور عن قيمة المبيع، وبافتراض رشدهما وتساوي معلوماتهما، أي أن القيمة بين سوميهما والطرف الأحوج للتعامل هو الذي ينشئ العقد، فإن كان المشتري هو الأحوج فإنه ينشئ التعاقد بارتقائه إلى عرض البائع وقبول، وإن كان البائع هو الأحوج قبل ونزل إلى المشتري، ومدي الحاجة تحكمها عوامل أخرى تتعلق بالقيمة، مثل استئثار أحد المتعاملين بمعلومات جديدة حول البيع، أو تتعلق بالقيمة كحاجة البائع إلى السيولة النقدية للوفاء بالتزاماته الحالية، أو قصر الوقت المتاح للتسوق بالنسبة للمشتري، أو اضطرار المشتري إلى إنشاء العقد بسبب الاحتكار، أو مجرد ثقة المشتري بعدالة السعر السائد، كما في حالة المسترسل الذي يختار طوعاً أن ينشئ العقد عند سوم الطرف الآخر.

ونجد كذلك الأمر ذاته في الأسواق التي يتعدد فيها البائعون والمشترون، مثل الأسواق المالية التي تكون فيها العروض والطلبات عادة معلنة، ويتم تحدد الأسعار في ظل تعدد الباعة والمشتريين بواسطة مزايده مغلقة، وذلك باستعمال ما يسمى بآلية سوق النداء والتي تنتهي في الغالب بسعر واحد، بمعنى أن مقارنة التعامل لتقويمه للسوق يتحدد بالعرض والطلب السائدين في السوق، أي الإقدام على الشراء، أو البيع، أو الاكتفاء بالسوم وتفقد الأسعار.

وبالتالي يمكن حصر الغبن اليسير في الحالات التي يكون فيها الثمن متساويا للطلب، أو العرض، أو بينهما، في حين يقع الغبن الفاحش خارج الفرق أي إذا تمت المبادلة عند سعر أعلى بكثير من الحد المسموح به، أو أدنى بكثير وفق طبيعة التعامل حسب العادة،

¹ الإمام محمد بن فراموز، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، من د.س.ن، ص184.

بمعني إذا كانت القيمة التوازنية للفرق موجهة في السوق فإنه لابد من وقوع غب في كل العقود، وبالتالي فإن هذا النوع من الغبن أمر لابد منه ولا يمكن التحرز عنه لأنه أحد خصائص توازن السوق ولوازمه، بل الفرق يكون موجباً بسبب وجود تكاليف لعملية التبادل والتي تقسم إلي مكونين.

ب - التكاليف الإجرائية

وتكون مصاحبة للعقد، ابتداء من ظهور الرغبة في البيع أو الشراء إلى تسوية العقد، وتتضمن تكاليف البحث عن المنتج المطلوب، أو الممتاز، أو الموسمي وكذا الإشهار والانتظار خاصة إذا كان المنتج يقتضي تخزين وبدون أن ننسي عمولات الوسطاء¹، فهذه إجراءات تسبق عملية التعاقد وبعدها تأتي تكاليف التوثيق من أجل نقل الملكية وكذا تكاليف النقل، فبسبب هذه التكاليف يدفع المتعاملون . الأعوان الاقتصاديون .² إلى إعلان سوم يختلف عن القيمة الحقيقية للمنتج، أي برفع قيمة عرضه والمشتري إلى التخفيض بحيث يتحمل المشتري الأوج فارق الزيادة.

كما يدخل ضمن هذه التكاليف عامل مؤسسي يحدد تنظيم السوق، وهو طبيعة كون السعر متغير ومنفصل في حين أن القيمة متغير ومتصلة، ويعني هذا أن أسعار العقود . الصفقات . تقفز من رقم إلى آخر في حين لا تتأثر القيمة بهذا القيد المؤسسي، ويؤدي هذا القيد المؤسسي إلى وجود حد أدنى للفرق بين عرض البائع وسومي المشتري حتى بافتراض عدم وجود تكاليف أخرى للتبادل، ومن مزايا هذا الحد للتغير في السعر أنه يقلل من احتمال

¹ عادة غالب يوسف رضور، عقد السمسرة بين الواقع والقانون دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري الاريني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008، 73.

² قانون رقم 02-04 مؤرخ في 5 جماد الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة علي الممارسات التجارية ومنها المادة 3فقرة 1 (العون الاقتصادي: هو كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها).

الخطأ خاصة في الأسواق التي تكثر فيها التعاقدات، فيجعل المتعاملين يقللون من احتمالية الغبن الفاحش، كما يشجع المتعاملون على الإعلان عن رغبتهم في التعاقد بسبب أن هناك غبن يسير لا يؤثر على العملية التعاقدية.

والتكاليف الإجرائية تؤدي إلى تأرجح الثمن بين العرض والطلب حتى بافتراض عدم وجود أي تغير في القيمة، إذ أن قانون السوق يفرض واقعه بين المتعاقدين المحتاجين للتعامل حتى في ظل ثبات القيمة خلال فترة معينة، إلى تقلب الأسعار بين العرض والطلب، فقيمة منتج أجنبي يزيد في القيمة عن المنتج الوطني إذا ما نظرنا إلى تكاليف النقل والجمركة . ضريبة الدخول . فكل مدخلة إجرائية يتحملها المستهلك برفع جزء من قيمة المبيع.

ج - تكاليف تباين المعلومات

ويشتمل تكاليف المخاطر التي يواجهها من يختار الإعلان عن عرضه في السوق، وأهم مصادر هذه المخاطر تفاوت معلومات طرفي المبادلة، وذلك بأن يكون لدا أحدهما معلومات خاصة و مؤثرة في القيمة يجهلها الطرف الآخر . خطر الاختيار المعاكس . فالتصرف الرشيد والمتوقع هو أن يسعى العارض إلى رفع السعر والمشتري إلى تنزيل الطلب بمعدل متناسب مع درجة ثبات المعلومات في السوق¹.

كذلك هنالك خيار مجاني يعتمد على مدى تقلب قيمة المبيع وقدرة المتعامل على التراجع عن عرضه أو تبديله بسرعة، مثلاً بائعاً يعلن استعدادة للبيع عند عرض معين خلال مدة محددة فهو بذلك يقدم خياراً مجانياً لبقية المتعاملين في السوق، فلو أن الأسعار

¹ محمد بن إبراهيم السحيباني، (الغبن اليسير والفاحش: تحليل اقتصادي)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، ص ص 37-46.

تجاوزت هذا العرض لأصبح الشراء من هذا البائع مربحاً^١ ومن ثم تأثيره في حجم الفرق على مدى تقلب القيمة، ومدى قدرة المتعامل على تعديل سعره بسرعة حيث أن لعنصر الوقت دوراً مهماً في تحديد قيمة عقد الخيار.

إلا أن بعض المتعاملين وبالرغم من عدم اضطلاعهم بالمعلومات الخاصة إلا أنهم يستطيعون استنباطها مع مرور الوقت من خلال ملاحظتهم لحركة البيع والشراء في السوق وبالتالي يقومون بتحديث توقعاتهم حول قيمة المبيعات المتداولة مع استمرار إطلاعهم، ومن هذا يظهر أن من وظائف السوق كونه نظام اتصالات بين المتعاملين يسهم بشكل فعال في نقل المعلومات وتضمينها في الأسعار.

إذاً من أسباب تفاوت الغبن في المبيعات هو مدى تباين معلومات المتعاملين حول قيمتها بحيث أن الغبن الفاحش يتفاوت في العقارات وعروض التجارة، والأساس في هذا أن ظهور القيمة ووضوحها وضوحاً^١ بئزاً^١ في بعض المبيعات وإخفائها إلا على أهل الخبرة العارفين فيها كالعقارات وترددها بين الخفاء والظهور، وقد تكون إلى الخفاء أقرب، كما في الحيوانات نظراً لخفية الشراء، إن كان الحصان للجر أم الفروسية مثلاً، وقد تكون إلى الظهور أقرب كما في عروض التجارة التي ليس لها أثمان محددة، كما في الأعمال الفنية الرائعة.

وقد كان موقف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية على تجاوز الغبن اليسير، فلا يعدونه مؤثراً في صحة العقد بل واعتبروا هذا التجاوز من ضرورات استقرار المعاملات بحيث لا يمكن التحرز عنه، لأن التغاضي عنه استثناء من الأصل وهو تحريم الغبن، قال ابن عربي (إن الغبن في الدنيا ممنوع بإجماع في حكم الدين، إذ هو من باب الخداع المحرم شرعاً^١ في

كل ملة، لكن اليسير منه لا يمكن الاحتراز منه لأحد فمضى في البيوع، إذ لو حكمنا برده ما نفذ بيع أبدًا، لأنه لا يخلو منه حتى إذا كان كثيرًا أمكن الاحتراز منه ووجب الرد به¹.

وكذلك قال الإمام الجزيري (البيع والشراء مشروع ليربح الناس بعضهم من بعض، فأصل المغابنة لا بد منها لأن كلاً من البائع والمشتري يرغب في اللوح كثيرًا والشارع لم ينه عن الربح في البيع والشراء ولم يحدد له قدرًا²). وهو الموقف الذي ذهب إليه كذلك الإمام أبو حامد الغزالي بقوله (الغبن في الأموال مأنون فيه، لأن البيع للربح ولا يمكن ذلك إلا بغبن ما)³، بل أن الإمام أبو حامد الغزالي يرى فيه مصلحة، والمصلحة تجلب منفعة موافقة للشرع و العرف ما لم يخالف نص شرعيًا، أما إذا تعدت عن الحد فتأول إلى مصلحة شهد الشرع ببطانها وذلك بوجود نص يدل على حكم في واقعة ناقضة الحكم الذي تمليه المصلحة⁴.

ومن المصلحة كذلك معرفة اختلاف أنواع المبيعات في سهولة و رواجها اختلافًا كبيرًا، فالأصل في سهولة الرواج الذي يعتمد على خفة النقل وإمكانية الادخار ووفرة الرغبات في التحصيل، وتيسير التجزئة إلى أجزاء قليلة، فالحبوب من القمح والشعير ونحوهما أيسر رواجًا من التمر والزبيب والتين المجفف، وأخف نقلاً وأطول ادخارًا وأكثر مرغوبة وأيسر تجزئة، والفواكه دون ذلك في جميع هذه الصفات، فالموز قليل المرغوبة وأعسر ادخاراً وأرفع تكلفتاً، والألبان واللحوم ضعيفة في جميعها وكذا السمن والعسل مستويان في صفة

¹ الإمام محمد بن عبد الله ابن العربي، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص1816.

² الإمام عبد الرحمن الجزيري، الفقه علي المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، 1986، ص283.

³ الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص76.

⁴ حسين حامد حسان، فقه المصلحة العامة وتطبيقاتها المعاصرة، دار المعرفة، بيروت، 1992، ص25.

الادخار والنقل ومختلفان في وفرة المرغوبة على اختلاف المواسم، والأنعام أقوى مرغوبة وخفة النقل وأعسر ادخارا وتجزئة¹.

وبالتالي يمكن اعتبار أن الغبن اليسير في الفقه الإسلامي حالة استحسان إذا ما أخذنا بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فهذا صريح في أن الاستحسان اعتباره استدلال بالمصلحة المرسل التي شهدت النصوص الشرعية لجنسها.

مما يجز بالقول إذا كان القياس بمعنى القاعدة أو الأصل في المنع من الغرر في المعاملات جملة، وإذا كانت المصلحة المرسل تقضي بأن الضرر اليسير في البيع لا يؤثر، وذلك لأن في إبطال البيع مع الغرر كثيره وقليله سدا لباب البيع جملة، وهو ضروري وفي المنع منه مشقة شديدة، والشريعة الإسلامية شاهدة بمنع الحرج والمشقة من جهة، ومن جهة أخرى فإن أصل البيع ضروري أو حاجي، ونفى الغرر مكمل لهذا الضروري أو الحاجي.

مما يدفع إلى الاستدلال الحكمي كذلك أن منع الغرر جملة يؤدي إلى عدم تحصيل المصلحة المقصودة من النص، بمعنى أن منع الغرر مطلقا يسد باب البيع وهو من المصالحة الأصلية، وإذا فانت إحدى المصلحة الأصلية فانت المصالحة المكمل قطعا، لأنها مع المصالحة الأصلية كالصفة مع الموصوف.

ثانيا: الغبن الفاحش

وتعبير الغبن الفاحش، يعني الضرر الجسيم الناتج عن العملية التعاقدية وهو ما وجد في نصوص القانون الروماني، عكس تعبير الغبن الفاحش الذي هو من ابتداع فقهاء القانون

¹ سليم رستم باز اللبناني، (شرح مجلة الأحكام)، مجلة المعهد الإسلامي للبحوث والتدريبات، العدد الثالث عشر، البنك الإسلامي للتنمية، الرياض، 1998، ص74.

الروماني في العصور الوسطى¹، بمعنى أن الركن الأساسي لنظرية الغبن الفاحش أن يتواجد تفاوت كبير بين الثمن المتفق عليه والتمن الحقيقي أو القيمة الحقيقية للشيء محل التعاقد، وهو ركن يكفي في حد ذاته لقيام الغبن الفاحش .

وبالتالي يجب أن يكون الغبن الفاحش مناهضا لما يسلم به الإنسان في تعامله مع الغير، ففاحش أن الفارق بين القيمة الحقيقية للشيء وما ورد بشأنها في العقد كبيرا بحيث يبدو للعيان أن هناك عدم توازن بين وظاهر بصورة تجعل كل إنسان عاقل يصدف في حسه السليم عند إجرائه المقارنة بين القيمة الحقيقية وما ورد في العقد².

وبالتالي يتحقق العنصر المادي . الموضوعي . بعدم التكافؤ الواضح بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه، وهو الأمر الذي اشتركت فيها جميع القوانين التي تبنت نظرية الاستغلال كالقانون المدني العراقي من خلال المادة 125، والمصري من خلال المادة 129، والمادة 22 من المشروع الفرنسي الإيطالي، والمادة 138 ألماني تحت مصطلح (الاختلال الفادح disproportion chocumte).

مما يعني أن الغبن يتم تحريمه عند وقوع الثمن خارج السوم المعتاد على حسب طبيعة التعامل، وبناء عليه يلتزم التحقق من وقوع الغبن الفاحش مقارنة بتقدير القيمة والسوم السائد لكل من البائع والمشتري وكذا بالاعتماد على كمية ونوعية المعلومات المتاحة للمتعاملين وكذا في تفسير المعلومات المتاحة بالسوية، فالمعلومات التي تبني عليها التوقعات قد تكون خاصة أو عامة، دقيقة أو غامضة، حقيقية أو وهمية، رشيدة أم سفيهية، متفائلة أو متشائمة، مبصرة أم طائشة³.

¹ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص122.

² مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، مؤسسة عبد الحفيظ للتجليد والنشر، الطبعة الثالثة، بيروت، 2003، ص426

³ فقط أريدنا أن نشير إليها لضرورة تناسق الأفكار، إلا أننا سنتحدث عنها باستفاضة في الفرع الموالي.

ولهذا يكون لكل طرف في الغالب تقدير للقيمة قد يتماثل أو يتباين تبايناً يسيراً¹ أو كبيراً عن تقدير الطرف المقابل والغابن هو من يملك المعلومات الأخص والأدق ويفهم مغزاها وتأثيرها في القيمة، بل وأسعار العقود السابقة واتجاه سوق البيع والشراء، ولهذا فإن سلطة القاضي التقديرية محدودة إذا ما كان الأمر يتعلق بغبن في عقود التعامل فيها واضح وفقاً لعرف التعامل.

والغبن وحده في العقود لا يعيب الرضا ما لم يصاحبه شيء من الخلاصة¹ في الفقه الإسلامي، ذلك لأن الغبن المجرد من كل خديعة لا يدل إلا على تقصير العاقد المغبون في تحري معرفة الأسعار ومعرفة البدائل العادلة ولا يدل كذلك على مكر من المتعاقد الآخر²، ولكل إنسان أن يطلب المزيد من المنفعة بالطرق المشروعة، وهنا ليس أحق بأن يمنع التغابن المجرد من كل غش، أو خديعة، أو نحوهما وإنما كيف يمكن أن تقوم عملية تعاقدية على قدم المساواة في الأهلية والقدرة وعندها يكون لكل متعاقد حرصه على مصلحته.

واختلاف المتعاقدين في تقدير القيمة مع تماثل ما لديهما من معلومات حول المبيع، ومن ذلك الغلط العفوي الذي يقع فيه المغبون دون خلاصة أو خداع من الغابن، وهذا بسبب اختلاف منفعة المبيع لكل منهما أو مقدار ما لديهما منه، وقد يحدث غبن فاحش نتيجة تدافع المشتريين إلى السوق لأسباب لها علاقة لها بالتغير في القيمة مما يؤدي إلى نفاذ الكمية المتاحة من السلعة عند العرض السائد وبالتالي ارتفاع الأسعار عن القيمة بنسبة أعلى من نسبة الغبن اليسير، الذي يؤدي إلى غبن المشتري غبناً فاحشاً بسبب ارتفاع الأسعار فوق العرض المعتاد أو القيمة الحقيقية، بل ونظراً لعدم تغير القيمة فإن الثمن يعود

¹ الخلاصة معناها الخداع والاستغلال لمزيد من الإيضاح انظر: همام عبد الرحيم سعيد و د محمد همام عبد الرحيم، أحكام المعاملات المالية، دار الكوثر، الرياض، 2010، ص394.

² أبي القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص419.

بعد حين إلى القيمة الحقيقية لكن إظلموا بالغبن مسبقاً وكان حرّاً في الاختيار وطابت به نفسه فهو جائز ولا مانع في ذلك.

لكن الغلط أحياناً يكون في القيمة، جاء في التاج والإكليل (وقال اللخمي إذا اختلف إذا تباين الرجلان في السلعة وأحدهما يعرف سوقها دون الآخر، هل لمن جهل السوق منهما على من علمه مقال، والأصل أن ينظر إلى مدعى الجهل، فإن كان معروفاً بذلك اجتهد له الحاكم)¹

وبالتالي أن تباين معلومات الطرفين المجريين من الخديعة، يحدث عادة بسبب تقصير المغبون في تقصي أو في معزي المعلومات العامة المتاحة، ويدخل في هذه الحالة الجاهل الذي يقبل على التعامل كما في حالة تلقي الركبان في الفقه الإسلامي، أو ما يفهم بالوسطاء بلغة التعامل الاقتصادي حالياً، الذين يستحوذون على البضاعة من دون أن يعرف المنتج أوضاع السوق، وفي هذه الحالة يكون الاستغلال بسبب جهل المنتج دون أن يتخذ معه شيئاً من أساليب الخداع.

ولكن الأمر قد يستبدل ذلك بخبرة، في أن السوق يعاني من كساد، أو أن التعامل في مثل هذه البضاعة لم يعد كما كان وأن هذا المنتج غير مرغوب فيه بسبب فوات موسمه، أو غياب مريده وبالتالي يشعر المتعامل الآخر بفشل تعاملاته لأسباب فرضها قانون السوق، كل هذا ليشتري منه سلعته بغبن، وهنا يدخل فعله تحت الغبن الفاحش بسبب التغير وهذا ما نهت عنه المادة 26 من قانون المنافسة (تمنع كل الممارسات التجارية غير النزيفة المخالفة للأعراف التجارية النظيفة والنزيفة والتي من خلالها يتعدي عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين).

¹ الإمام محمد بن يوسف العبدى، التاج والإكليل، الجزء الرابع، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، ص468.

بل إن طبيعة السوق نفسها قد تؤدي إلى تقلب الأسعار ليس بسبب عدم التراضي أو تقابل قوى العرض والطلب دون تأثير، بل إنه قد يدفع الطمع بعض المتعاقدين إلى الانتظار بالسعر المعلق حتى يقل العرض ويرتفع السعر ثم يصدر الجميع بقطع السعر مرة واحدة، فتكثر المبيعات وتزيد كمية العرض وينخفض السعر كما ارتفعت قبل ذلك بالإمساك عن القطع رغم أن السلع موجودة والطلب الحقيقي عليها موجود من المحتاجين إليها.

كما أن تفاوت معلومات الطرفين حول المبيع نتيجة استئثار الغابن دون خديعة بمعلومات خاصة بالمبيع، ويحدث هذا في الغالب بسبب اجتهاد الغابن في التقويم من خلال تقصي المعلومات المؤثرة في القيمة بعد استطلاعها على أحوال السوق وتحليلها بأن القيمة الحقيقية للمبيع أكبر من ذلك بكثير، وبالتالي يغبن المتعامل الآخر غبناً فاحشاً لأنه باع السلعة بسعر أقل من قيمة الطلب الذي يتناسب مع القيمة الفعلية الجديدة للمبيع.

فتفاوت معلومات الطرفين حول قيمة المبيع بسبب سعي أحدهما إلى إفساد معلومات الطرف المقابل، والتي تدخل تحت الممارسات الغير الشريفة، حيث يقوم الغابن بالتأثير على احتمالي القيمة في نظر المغبون من خلال زيادة من إيجابيات المنتج من قبل البائع أو من خلال التقليل من أهميته من قبل المشتري، من الناحية القانون لا تدخل هذان الاحتمالان تحت دائرة الغبن الفاحش الناتج عن استغلال أحدهما للآخر.

هذا وقد عرفه الفقه الإسلامي التردد (بأنه اختيار بين أمرين أحدهما والثاني علي خلاف)¹. والتردد الذي يحدث لبسا في إرادة المتعاقد الآخر وهذا ما جاءت به المادة 5 من قانون حماية المستهلك (يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية و مقروءة. يجب أن تعد أو توزن أو تكال السلع المعروضة للبيع

¹ الإمام محمد بن عرفة السوقي، مرجع سابق، ص 55.

سواء كانت بالوحدة أو بالوزن أو بالكيل أمام موزونة أو مكيلة، يجب وضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن).

كما أن تساوي الطرفين في عملية التعاقد، يكون له أثر في تباين القيمة بين الطرفين مع إمكانية تساوي القيمة المتوقعة في نظرهما ويحدث هذا الغرر الفاحش في حالة الجهالة الظاهرة والميسرة، فيكون المغبون في عقد الغرر محقق لاحقاً، لأن الثمن المسمى الذي ستنتم به علمية التعاقد يكون في الغالب خارج دائرة الغبن اليسير ولكن غير متعين على أحدهما سلفاً، وبالتالي فإن الجهالة الظاهرة من الضوابط التي تجعل التعاقد منهي عنه، لأنه لا بد أن يغبن أحدهما الآخر غبناً فاحشاً من حيث لا يدري وبالتالي إما غانم أو غارم وهذا هو الميسر بعينه.

كما أن دفع أحد الطرفين الآخر إلى إبرام العقد عند سعر لا يرضي به، والغبن الفاحش في هذه الحالة لا يرتبط بتباين المعلومات بل بسبب استغلال الطرف الأقوى لحاجة الطرف الأضعف، كما في حالة عقود الإذعان، فالمغبون وبالرغم من علمه يضطر إلى قبوله بسبب ضعف قوته التفاوضية أمام الغابن، وكذلك الأمر في حالة الاحتكار، وبالتالي الغبن يزداد فحشاً وافتقاراً إلى الرضا مع زيادة درجة الإكراه التي تتفاوت من الإكراه الناقص الذي يفقد الرضا ولا يفسد الخيار.

أ - معيار الفداحة

فمعيار الفداحة معيار مادي¹، لكنه ليس رقماً ثابتاً، سواء بالنسبة للشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي، بل إن للظروف والملابسات الدور الكبير، لذلك فإن القاضي يعتمد في بعض الحالات الغير الثابتة من خلال حكم قاطع بناء على سلطته التقديرية من أجل تحديد

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 386.

كل حالة فداحة بمقدار الإخلال المادي فيها، إذا لم يكن هناك رقم حسابي تنطلق منه الفداحة المادية، أو إذا لم يكن هناك عرف يحدد حدود قيمة ومقدار التعامل العقدي.

مما يعني أن القاضي هو الذي يحدد معيار الفداحة، وينظر في ذلك إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى، أي محتوى القضية هنا يدور حول مسألة واقع لا مسألة قانون، وبالتالي لا رقابة على القاضي من قبل المحكمة العليا في ذلك، إلا من حيث التسبب الذي يبين الأسباب التي جعلت جهة الحكم تقدر أن الاختلال في التعامل فادح، وإذا كان بيانها في ذلك كافياً فلا تعقيب لمحكمة القانون على محكمة الموضوع.

إلا أنه لا ينظر في كل تقدير إلى القيمة المادية للشيء، بل في حالات هي الأكثر معيارها القيمة الشخصية لدى المتعاقدين في حالات الاستغلال، لأن قيمة الشيء كثيراً ما تختلف مكانتها من شخص لآخر، ومن سن إلى سن، بل والأكثر من ذلك أن الاختلاف يكون متنوع من حالة إلى حالة مغايرة في نفس الشخصية .

فقد تكون قيمة أربعة ملايين دينار جزائري مثلاً فيرغب شخص في شرائه بخمس ملايين، لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن، فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى، ولو اشترى الراغب فيه بخمسة ملايين أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين ما دفعه واعتبر قيمة شخصية للمنزل فإن العنصر الموضوعي للاستغلال لا يتحقق¹.

ولا يلتجأ إلى التمييز بين الغبن الفاحش واليسير إلا إذا كانت أسعار المعقود عليه غير معروفة في السوق، فإذا كان السعر معروفاً كما هو الحال بالنسبة للسلع المتداولة، فإن أية

¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 219.

مخالفة لهذا السعر تعتبر غبنا بغض النظر عما إذا كان الغبن يسيرا أم فاحشا، زيادة أو إنقاصا¹.

وتظهر الفداحة بشكل أكثر وأوضح في عقود المعاوضات المحددة، حيث يعرف العاقد على وجه الدقة وقت العقد قدر ما أعطى، وقدر ما أخذ، لكن هذا لا يعني عدم وقوع الاستغلال في العقود الاحتمالية، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد للقانون المدني المصري (أن العقود الاحتمالية . كعقد التأمين . يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن)²، بمعنى أن حتى العقود الاحتمالية يجب أن يتحقق فيها قدرا معقولا من التعادل بالنسبة لكل عاقد بين احتمال الكسب وقيمته وبين احتمال الخسارة وقيمتها من ناحية ثانية.

فلو أن شخص قام بالتأمين على عقار من خطر الزلازل، وكان خطر الزلازل لا يؤثر في طبيعة العقار بحكم أنه عقار فلاحى، بيد أن صاحب العقار لم يقوم بعملية التأمين إلا بناء على ما تفرضه القوانين المنظمة للعقود العقارية، واشترطت شركة التأمين من بدفع أقساط مرتفعة بالرغم من أن خطر الزلازل حدث لا يغير من طبيعة العقار في شيء ، فاحتمال عدم تحقق الخطر أرجح بكثير من احتمال تحققه، وبالتالي سوف تحقق شركة التأمين ربحا فاحشا من وراء هذا التأمين الغير المتكافئ.

لكن الملفت للانتباه ما تميز به قانون موجبات وعقود اللبناني عن كافة التشريعات المدنية من خلال نص المادة 214 (إذا كان الغبن فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة)، وهو ما يعتبر دقة في الصواب، فقد تكون القيمة المادية للشيء أكبر من قيمته المحددة في العقد، بل وربما يكون التفاوت بين القيمة فادحا ومع ذلك يظل مستساغا بحكم العادات التي

¹ الإمام محمد بن الحسين الأنقروى، الفتاوى الأنقروية، الجزء الأول، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، 1871، ص258.

² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص191.

تحكم العلاقات بين المتعاقدين كما أن المادة 90 مدني لم تعدد العقود التي تسرى عليها في عقود المعاوضات.

فليس نادرا أن يبيع الوالد عقارا لابنه بثمان لا يتناسب مع قيمته، ذلك أن العلاقة بين الأب و الابن لا تجعل الوالد يتوخى الاستغلال في تعاقد مع ابنه منفعة مادية صرفة، إذ الواقع أثبت أن الوالد يتساهل كثيرا مع فلذة كبده في المعاملات وغيرها، وليس هذا مما يشذ عن المألوف طالما أن التفاوت بين الموجبات لم يكن شاذا عن العلاقات التي تتحكم بالمعاملات بين الطرفين في أوسط الاجتماعي الذي يعيشان فيه.

فالمشرع الأردني تبني منهج الفقه الإسلامي في تحديد الضابط المميز للغبن الفاحش عن اليسير بصفة مطلقة، وذلك بأن جعل من عرف المعاملة التجارية هي الضابط لذلك، وهو بذلك خالف كافة التشريعات العربية التي تبنت الضابط الحسابي في تحديد نسبت الغبن في بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر، حتى وإن كانت قد استعانت بضابط الفداحة والخروج عن المألوف مسيلة لذلك في حالات الغبن المادي الناتج عن حالات الاستغلال.

ويعود المعيار الحسابي إلى القانون الروماني . كما رأينا سابقا . وهو أن يوجد تفاوت كبير بين الثمن المتفق عليه والثن الحقيقي للشيء محل العقد، أي أن يقل الثمن المتفق عليه عن نصف الثمن الحقيقي أو القيمة الحقيقية للشيء محل التعاقد¹، أما بالنسبة للتشريعات المدنية الحديثة منها كالتشريع المدني الجزائري فقد حدد الغبن في العقارات بالخمس، كمعيار حسابي بين ما اتفق عليه المتعاقدان وبين الثمن الحقيقي للعقار.

إلا أن جمهور الفقه الإسلامي لم يقف على معيار ثابت، بل كان هناك تباين بين في المواقف بين المذاهب الفقهية، التي اختلفت في تحديد الغبن الفاحش عن اليسير، فهناك من

¹ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص122.

اعتمد على المعيار الحسابي كالقانون الروماني، وهناك من اعتمد على ضابط مرن متغير حسب الظروف، بل وفي المذهب الفقهي الواحد هناك تباين بين المعيار الحسابي والضابط العرفي.

فهناك من الفقهاء من حدد نسبة الغبن الفاحش بما بلغ نصف العشر، وقد جاء في المادة 165 من مجلة الأحكام العدلية (إن نسبة الغبن الفاحش ما بلغه نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار)، والسبب في التفرقة بين نسبة الغبن بين الحالات الواردة في المادة السالفة أن التصرف يكثر وجوده في العروض، ويقل في العقار، ويتوسط في الحيوانات، وكثرة الغبن لقلة التصرف¹، كما أن المالكية منهم من حدد نسبة الغبن بثلاث العشر، في قولهم²، وكذلك الحنابلة الذين حدد ونسبة الغبن بالسدس ومن هم من قدره بالربع³.

وهناك من الفقهاء⁴ من لم يضع رقما حسابيا لتحديد نسبة الغبن الفاحش، وتركوا الأمر للقاضي وفقا لسلطته التقديرية، فقد قال الحنفية أن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، قال ابن عابدين (الغبن كما لو وقع البيع بعشرة دنانير ثم إن بعض المقومين يقول يساوي خمسة دنانير وآخر يقول يساوي سبعة، فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد)⁵، وكذلك قال الإمام الحطاب . المالكي . (قد اختلف الأصحاب في تقدير الغبن المؤثر فمنهم من حده بالتثلث فأكثر، ومنهم من قال: لا حد له، وإنما العبرة فيه

¹ علي محي الدين علي القره داغي، مرجع سابق، ص 737.

² الإمام محمد بن عرفة السوقي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 140.

³ الإمام علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء الرابع، د.ب.ن، 1956 ص 394.

⁴ الإمام محمد بن محمد الحطاب، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 471.

⁵ الإمام محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 143.

العادة بين التجار، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار¹، وهذا تماشياً والقاعدة الفقهية (الغبن المثبت للخيار ما يخرج عن العادة)²

وهناك من حاول أن يضع ضابط لتمييز الغرر اليسير عن الكثير، قال الإمام الباجي (ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لا خلاف في البيع منه، وأما يسير الغرر لأنه لا يؤثر في فساد عقد بيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه)³، لكن مما يلاحظ أن الضابط الذي اعتمده الإمام الباجي للغرر الكثير تميزاً له عن القليل غير كاف، لأنه لا يضع حداً مميزاً بين النوعين، إذ العقد الذي غلب عليه الغرر حتى صار يوصف به والعقد الذي لا يكاد يخلو عقد منه بينهما فرق واسع.

أما الإمام الدسوقي عن الغرر اليسير، قال (ما شأن الناس التسامح فيه)⁴، ومما يلاحظ أن هذا الضابط يشير إلى الدقة في التمييز، لكن بالرغم من ذلك يجب القول أن أعراف الناس تختلف في التسامح، مما يجعل معيار الإمام الدسوقي معيار غير منضبط، لذلك على القاضي في أعمال لسلطته التقديرية في تحديد الغبن الفاحش أن يراعى الأزمنة، والبيئة، بل وكذا مستوى التطور الحضاري.

وبالتالي فإن الفقه الإسلامي هو من وضع اللبنة الأولى لمفهوم السلطة التقديرية للقاضي وهو ما يشهده له الأستاذ السنهاوري حيث قال (على أن الواجب يقتضي أن نسجل هنا للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى، فهو اتخذ للغرر معايير مرنة، أمكن معها تضارب الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر، ولاشك في أن النظام القانوني الذي

¹ الإمام محمد بن محمد الحطاب، نفس المرجع، ص 472.

² محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، الجزء الخامس، دار ابن حزم، الرياض، 200، ص 498.

³ الإمام البيهقي، المنتقى، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 41.

⁴ الإمام محمد بن عرفة الدسوقي، الجزء الثالث، نفس المرجع، ص 60.

يتخذ المعايير المرنة . دون القواعد الجامدة . إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجارى بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحا للبقاء في العصور المتتالية)¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 91 مدني جزائري (يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود)، مما يستوجب . علينا . النضر في قيمة الغبن بالنسبة للعقود التي يقع فيها غبن حتى ولو يكن مصحوبة باستغلال، لأن الغبن في العقارات لا يشترط استغلال وهذا ما جاءت به المادة 358 مدني جزائري(إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس)، في السابق كانوا يعتقدون أن العقار على الإطلاق هو أكثر وأكبر قيمة من أي منقول كان لذا نصوا على الغبن في العقارات.

إلا أن المادة 82 مدني جزائري أشارة إلى الغبن الناتج عن غلط جوهري، فهنا يكون الفرق بين الغبن الواقع بسبب الوعد بالتعاقد، ففي هذه الحالة يقدر الغبن وقت الوعد، أما في حالة الوقوع في غبن يكون بالنسبة للموعد له فيعذر وقت الإعلان عن الرغبة كما يجب أن يكون المبيع عقارا لا منقولا ويستوي أن يكون حق ملكية كالأرض أو أن يكون حقا عينيا كحق انتفاع بأرض أو حق ارتفاق².

ب - استثناء معيار الفداحة

أي أن هناك استثناء يقتضي استبعاد فكرة الغبن حتى ولو كان تفاوت مادي وهو ما أشارة إليه المادة 360 مدني جزائري (لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون)، فهذه المادة عبارة عن استثناء عن القاعدة العامة بالنسبة للغبن، بحيث أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريقة المزاد العلني، لأنه يشترط أن يكون

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص51.

² علي علي منصور، مرجع سابق، ص 38.

البيع بالرضا بين البائع والمشتري والعبرة من ذلك أن البيع بالمزاد العلني يوصل الثمن إلى أعلى ثمن ممكن.

ويقع الغبن الفاحش بسبب الإذعان كذلك حتى في ظل معرفة الطرف الآخر بالقيمة، لأن الغابن في موقف تفاوضي أقوى من موقف المغبون الذي يقبل بالتعاقد عند سعر لا يتناسب والقيمة في الأحوال العادية، وهو ما يجد نفسه تحت الممارسات التعاقدية التعسفية المادة من 29 من قانون المنافسة (تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير: 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات متماثلة. 2- فرض التزامات فورية ونهائية علي المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد. 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك. 4- التفرد بحق تفسير شروط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ القرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط العقدية. 5- التزام المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في متكافئة. 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزامات في ذمته. 7- التفرد بتغيير أجال تسليم المنتج أو أجال تنفيذ خدمة. 8- تهديد حماية مصالح المستهلكين بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة).

لكن ما بالود قوله هو أن الغبن الفاحش يقع على كلى المتعاقدين، فقد يغبن البائع، إذا كان الثمن بخص كما وقد باعه المالك بأقل من ذلك، كما يقع الغبن على المشتري، إذا كان الثمن باهظا أما ولم تكن هنالك تبريرات مقبولة لتجاوزه الحد المعقول والمتعارف عليه، وهو المنهج الذي سار عليه الفقه الإسلامي¹.

¹ أحمد رابح، المعاملات في الفقه الإسلامي، دار الرسالة، دمشق، 2003، ص56.

وبالتالي ويترتب على الفرق بين الغبن والاستغلال أن قيمة الشيء الذي وقع فيه الغبن تقدر بحسب سعره في الأسواق، أي طبقاً لقانون العرض والطلب، فهو يتعلق بالكم ويحدده القانون عادة بنسبة معينة كالخمس أو الثلث، ولا ينظر فيه إلى نفسية المتعاقد، أما الاستغلال فأساسه أن نفسية المتعاقد قد شابها عيب أدى إلى الاختلال الفادح بين ما أعطى وما تلقى بسبب عيوب، أي قيمة الشيء الذي استغل بصدد أحد المتعاقدين فتحدد بناء على اعتبارات شخصية¹.

الفرع الثاني:

الشروط المعنوية في تقدير وجود حالة الاستغلال

إن للعنصر النفسي دور في تقدير حالة الضعف، والتي تكمل إما بسبب ميل النفس إلى شيء لا اعتقادها بكمال الأوصاف بسبب الهوى الجامح (أولاً)، أو بسبب نزق وخفة وعدم تقدير الأشياء بسبب الطيش البين (ثانياً)، أو بسبب عسر مالي أو عدم خبرة وهي حالة أخرى (ثالثاً).

يقصد بالعنصر النفسي أن أحد المتعاقدين يريد أن يستغل في التعاقد المغبون، طيشاً بيناً أو هو دجامحاً، فيتعاقد معه تعاقدًا يلحق به الغبن الفاحش، وهو دجامح هو الميل الجارف الذي يضعف الإرادة فتتقاد لحكمه بالاستسلام²، فمن استغل رغبة زوجته بالطلاق

¹ محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د.س.ن، ص 283.

² والإرادة منقولة من راد يرود إذا سعى في طلب الشيء، وهي اسم بمعنى النزوع عن إحساس أو تخيل، فهناك الإرادة الصالحة التي تعمل بمقتضى الواجب، وهناك الإرادة الكلية التي تحل محل الإرادة الفردية فيعدل فيها كل فرد عن أنانيته وينزل عن نفسه وحقوقه للمجتمع بأكمله، كما هناك إرادة الاعتقاد بمعنى القدرة على الإيمان، وهناك أيضاً إرادة الحياة بمعنى الذي يتجلى في مختلف الموجودات وهذا الاختلاف هو لأصل تعارض هذه الموجودات وتصارعها، كما أن هناك إرادة القوة فهي فردية تحب ذاتها وتقسو على الآخرين، بل تقسو على نفسها لأنها ترى في المخاطر والألم ضرورة لها

لتنزوج بمن تحب فاستكتبها ديناً كبيراً لتحقيق ذلك يكون قد استغل هوى جامحاً في زوجته نحو تحقيق هذه الرغبة العارمة.

و يجب التنويه إلى أنه يختلف نطاق الغبن الفاحش وفق نظرية الاستغلال من حيث حالات الضعف التي يستغل بها المتعاقد المغبون من قانون لآخر، فالقانون الجزائري والمصري ليسا كاللبناني، بحيث أن التشريع المصري والجزائري قد حصرا حالات الاستغلال في الطيش البين والهوى الجامح، بالرغم من المحاولة الأولى لمشروع القانون المدني المصري الذي كان يضم كل مسلوب للإرادة دون أن يكون ذلك راجع إلى طيش بين أو هوى جامح.

بمعنى كان مشروع لتوسع في تقرير حالات الضعف التي يمكن أن تكون محل استغلال في المتعاقد المغبون، إلا أن لجنة مناقشة مشروع القانون المدني رأت ألا تصل إلى هذا الحد من التوسع، وأن تجعل النص قاصراً على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح، إمعاناً في تضيق الدائرة ورغبنا في انضباط التعامل واستقراره.

وبالتالي يتبن من أن واضعي هذا المشروع قد أرادوا التوسع في تقدير نواحي الضعف التي يصح أن تكون محل استغلال في المتعاقد المغبون، بيد أن لجنة من مجلس الشيوخ رأت ألا تصل إلى هذا الحد من التوسع وأن تجعل النص قاصراً على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح، إمعاناً في تضيق الدائرة التي يضيق فيها الاستغلال خشية من التحكم في التعاملات واستقرارها.

فقلوب مبادئ القيم المتعارف عليها رأساً على عقب من أجل أن تضع القوة مبدأً أولاً لها: لمزيد من الإيضاح انظر: زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 17.

فالعنصر النفسي في الاستغلال محصور في الطيش البين والهوى الجامح، لأن الغبن الفاحش لا يعتبر في حد ذاته سبباً قانونياً لإبطال العقد أو تعديله ما لم يكن مصحوباً بعوامل استغل من خلالها أحد المتعاقدين طيش أو هوى المتعاقد الآخر¹، فإن ثبت أن العقد المتفق عليه جرى بدافع الطيش البين أو الهوى الجامح فإنه يقتضي إيجاد التعادل بين التزامات الطرفين، أما إذا كان الطرف المغبون كامل الإرادة حين العقد فإن الفرق بين الثمن الحقيقي والمسمي في العقد لا يشكل غبناً فاحشاً يستوجب النظر في قيمة كل من الثمن والمثمن.

ويلاحظ من أن نص المادة 129 مدني مصري بوضعها الحالي عجزاً عن مواجهة الحالات التي يبرم فيها الشخص العقد وهو مسلوب الإرادة، دون أن يكون ذلك راجعاً إلى طيش بين أو هوى جامح، وقد كان القضاء المصري يعتمد في ذلك نظرية التسلط على الإرادة التي أخذ بها عن القضاء الفرنسي في كثير من الحالات التي كانت تعرض عليه²، حيث قضي بإبطال عقد بيع لفساد رضا البائع كونه متقدماً في السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف إرادته، فيصير سهلاً لانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه في المنزل أو لزاوجته إذا كان يكبرها بكثير³.

وقد أثير هذا النقاش عندما طرح ذلك بتساؤل حول الحل الذي ينبغي إتباعه في حالة وقوع استغلال حالة ضعف لدى المتعاقد في حالة لا تتطوي تحت أي من الحالات المنصوص عليها في القانون المدني؟ فأجاب الأستاذ السنهاوري بضرورة التجاء القاضي إلى

¹ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 286.

² أنور العمروسي، نفس المرجع، ص 287.

³ أنور العمروسي، نفس المرجع، ص 287.

القواعد العامة لتلبس العاج في عيب الرضا، أو في قواعد العدالة، كما كان يفعل من قبل في ظل القانون القديم¹.

لكن ما يهمنا . في هذا البحث . هي حالات الاستغلال المنصوص عليها في التشريعات المدنية المختلفة ومقارنتها بمثيلاتها من الحالات التي نص عليها الفقه الإسلامي حتى وإن اختلفت الآراء أو التسميات بين الفقه الإسلامي والتشريعات المدنية، فما يهم هو محتوى جوهر الفكرة، بعدها يكون من اليسير القيام بالإسقاطات المقارنة والقيام بعملية التحليل والترجيح.

أولاً: الهوى الجامح

فالهوى الجامح هو: الميل الشديد للنفس إلى شيء ورغبتها فيه دون مراعاة العواقب²، أي لأي سبب كان لفتته لاعتقاده بكمال الأوصاف، فيكون لمن يهواه كالمملوك حتى لا يكون له منه شيء، فهو كامل الأوصاف في منظوره فيؤثره على ماله، ونفسه، وسمعته وربما على خصوصيته، أي راضاً بأفعاله تجاه من يهواه، فيبطل الإحساس بالألم حتى يجري عليه المؤلم ولا يحس وتصيبه جراحة ولا يدرك ألمها ويهان ولا يبالي، أي يستغل وهو راضي، فهو كالرجل المحارب الذي تصيبه جراح ولا يحس بها لانشغال إدراكه، والسبب أن العقل إذا صار مستغرقاً بأمر من الأمور مستوفي به لم يدرك ما عداه، فالصوت العذب جعل السامع جامحاً بهوى النوتات المتزنات خاصة إذا كان ذا أذن موسيقية مهووسة ولم يجد غير نسخة واحدة نادرة للمعزوفة التي طاش عقله لها فيقبل على اقتنائها بدون أن يبالي بالقيمة، وكما يغيب الإدراك لحاسة السمع فانه يفتن بحاسة البصر.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 399.

² محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 95.

ومن القرائن ما هو أبلغ من ذلك قطع النسوة أيديهن بملاحظة جمال النبي يوسف عليه السلام حتى ما أحسن بذلك، أي توقفن عن إدراك الألم، قال تَفَالَيْمًا سَمِعَتْ مِنْ أَرْسَلَتْ إِلَيْهِنَّ وَأَعْتَدَتْ لَهُنَّ مُكَلًّا وَاحِدَةً مِنْهُنَّ سَكِينًا وَقَالَتْ اخْرِجِي أَكْبَرُتُهُ وَقَطَّعْنَ أَيْدِيَهُنَّ وَقُلْنَ حَاشَ لِلَّهِ مَا هَذَا بَشَرًا إِنْ هَذَا إِلَّا مَلَكٌ كَرِيمٌ¹، فكيف هو الحال إذا ما نظرنا إلى التعاملات المالية، وكم في الحياة من فقد ماله بسبب من يهواه ولا يدرك له بال إلا بعد فوات الأوان فتدرك نفسه أنه كان ضحية استغلال والوسيلة في ذلك الهوى الجامح.

مما يعني أن الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة بسبب ما يملك من عواطف ملتهبة نحو شخص آخر، بما يمكن أن يؤدي إلى وقوع ضغط على إرادة المتعاقد، والهوى الجامح لا يوجد إلا بالنسبة لشخص معين، فيجوب الهوى الإرادة في تيار ما كانت لتتدفع إليه لو كانت ملكة زمامها، لذلك قد يكون الاستغلال هنا أقرب إلى الإكراه منه إلى أمر آخر².

وبالتالي أن الإكراه لم يقع من خارج العقد، من الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية أو من شخص آخر، وإنما وقع على إرادة الطرف المغبون من داخل العقد، أي من ذات نفسه، فولعه بمن يهوى ولعا شديدا لا قبل له بدفعه، مما يمكن القول بأن حالة الضعف هذه قد قاربت درجة الإكراه³.

¹ سورة يوسف، الآية 31.

² أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 266.

³ أنور سلطان، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 202.

ثانيا: الطيش البين

فالطيش البين فهو النزق والخفة¹، ويفيد معنى الاندفاع وعدم تقدير العواقب، فالشاب الثري قد تستغل حاجته للإنفاق فيستكتب تصرفات في أمواله بغبن فاحش وسوء التقدير للأمور وهو لا يبلغ درجة العته، ويعتبر الطيش البين موجودا إذا كان الشخص المغبون لم ينتبه عن إهمال منه وعدم مبالاة إلى النتائج التي قد تتولد ضد مصلحته في العقود التي يجريها، كمن ينفق جميع ماله في ملذات هاشية، أو من يقبل بخوض تجربة حتى وإن كانت مبالغها مكلفة ونتائجها فاشلة، المهم في اعتقاده إشباع فضوله والترويح عن نفسه.

وليس من الضرورة أن يكون الطيش حالته المعتادة، بل يكفي ظهوره عند التعاقد المقترنة بالغبن الفاحش، بمعنى أن تظهر سلوكيات الطيش البين على من يعتبر في حالة ضعف إرادي، هذا الضعف أمره سيان بين من ينتابه لأول مرة وبين من هو في مرحلة متقدمة منه.

فمتى تبين أن البائع كان طائشا ومبذرا ومقامرا ومرهقا بالديون، وأن حالته هذه كانت معروفة من المشتري الذي هو ابن بلدته وقريته، أو أنه صديقه، أو أن الشخص الطائش قد ذاع صيته بحالته هذه وتم التعاقد معه من أجل الاستثمار في حالة ضعفه عندها تعتبر أن النية كانت سيئة بالنسبة للمتعاقد الثاني.

لكن لا تعتبر حالة الطيش البين متوفرة إذا كان الشخص قد أبرم العقد بعد عدة استشارات، فإذا قام بتلك الاستشارات فليس له أن يستند إلى طيشه لإبطال تصرف ألحق به الغبن الفاحش، ولو لم يتبع الاستشارات لأن الظروف تكشف عن أنه لم يقدم على التصرف بخفة واندفاع.

¹ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 94.

لكن ما يلاحظ أن المشرع المصري و المشرع الجزائري حينما قصر الغبن وفق النظرية الشخصية، على حالة الهوى الجامح، أو الطيش البين واستبعادهم بصورة صريحة استغلال الحاجة وعدم الخبرة على الرغم ما لهاتين الحالتين من أهمية كبيرة في مقاومة الاستغلال بحجة الحفاظ على استقرار المعاملات، لأنه في حالة إقرارها سيؤدي ذلك إلى إرباك المعاملات وعدم استقرارها.

لكن كان أجدد بالمشرع الجزائري أن يكون أكثر شجاعة من خلال المادة 90 مدني، بأن يقر بالضيق، وعدم الخبرة، لأن الضيق أو الحاج هي حال انعدام الإرادة على نحو بين بجانب الهوى الجامح والطيش البين لمقام الاستغلال، وذلك لعدم كفايتهما لحماية الطرف الضعيف في العملية التعاقدية.

ثالثاً: حالات أخرى

وبالمقابل فإن القانون اللبناني . موجبات وعقود¹ . ومن خلال المادة 214 التي تنص (إذا كان قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون)، مما يكشف أن القانون اللبناني أكثر اتساعاً من التقنينيين الجزائري والمصري، لأنه تصدي لعدم الخبرة بالنسبة لشخصية المغبون وإن كان أخطأ بين عديم الخبرة وعديم الإدراك، والعراقي أفضل بكثير من كافة القوانين العربية و كذا الغربية كثير من التشريعات الغربية كالتشريع الالتزامات السويسري، لأنه أورد حالات لم تنص عليها هذه القوانين الأخيرة، أن المشروع الفرنسي الإيطالي هو الأوسع منهم كلهم، فالرضا الذي لم يصدر عن اختيار كاف يستوعب

¹ كانت لبنان إحدى الولايات العثمانية، لذلك كانت مجلة الأحكام العدلية هي المطبقة فيها كغيرها من الولايات، إلا أنها كانت أول إقليم في المشرق العربي استعاض عن المجلة بتقنين مدني حديث، وقد عهد إلي الأستاذ روبري roppers بوضع المشروع والذي عرض على اللجنة الاستشارية التشريعية فعدلت منه حالات وتحفظت عن حالات أخرى كانت متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ليعرض بعد ذلك على المجلس النيابي ويصادق عليه وينشر في 11 نيسان 1932.

حالات الضيق الواردة في هذه النصوص، فهو راع العدالة التعاقدية أكثر من مما راع استقرار التعاملات العقدية، لذا سنتطرق لحالتي الضيق وعدم الخبرة.

فالضيق يقصد به العسر المالي الذي يؤثر في نفسية الشخص، فيحمله على قبول التعاقد بشروط مجحفة أو تنال من كرامته أو سمعته المالية وبالنظر إلى مركزه الاجتماعي وظروفه وكذا حالته الصحية، لأنه غالباً ما يكون في وقت العقد بحالة الضيق التي عناها المشرع اللبناني، وهو ما يتفق والفقهاء الإسلامي الذي اعتبره متعاقد مضطر¹.

والضيق هو الذي يحمل المرء على التعاقد مع شخص آخر بشروط مجحفة، فإذا أضطر البائع لإجراء العقد مع شخص بشروط مجحفة اجتتاباً للمطالبات أو الملاحظات قد تنال من كرامته الشخصية أو من سمعته المالية، خاصة إذا ما نظر إلى مركزه الاجتماعي أو إلى ظروف معيشته المزرية أو إلى حالته الصحية أنه في وقت إبرام العقد كان في حالة ضيق.

بينما يرى فريق آخر أن الضيق هو الحاجة الماسة للمال والتي من شأنها أن تعرض الشخص إلى الحالة الاقتصادية بصورة فعلية، لكن هنالك من يرى أن الضيق هو انعدام الثروة المالية بحيث يتعذر على الشخص تأمين الحاجيات الأساسية والعائلية، وهناك من يرى أن حالة الضيق يمكن أن تتصرف إلى أي حالة يمكن أن تعكر طمأنينة المتعاقد، وخير مثال على ذلك حالة الخوف.

ولأن الخوف هو تألم القلب بسبب توقع مكروه في المستقبل²، والخوف يدرك على حسب العلم أو الحالة أو على حسب العمل، أي يكون بالسبب المفضي إلى المكروه كمن يعلم بأن البضاعة التي بين يديه لم تعد مطلوبة في الأسواق وهي سريعة التلف وهو الذي

¹ محمد بن إبراهيم بن عبد الله، مرجع سابق، ص 381.

² الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 147.

اشتراها بمبلغ باهظ، ويكون خوفه بحسب درجة علمه أو تعامله، كمن أقبل على شراء أسهم في البورصة بقيمة مرتفعة ثم بعد مدة من التداول اكتشف أن الأسهم التي بين يديه تشكل الانهيار التعاملات لمن يراهن عليها، وكان هذا الخائف عاطلا عن كل وسيلة.

والخوف عندما يقوى يفسد الإرادة ويورث القنوط واليأس، وبالتالي كما تقول الحكمة من حاف الشيء هرب منه، مما يعني من الممكن أن يكون الخوف من ضمن حالات الضيق، بالرغم من أن الضيق ليس ربما بسبب العسر المالي بل ربما فقدان الملكية من أساسها، كمن يخاف من جائحة فيبيع المحصول بأرخص الأثمان.

لكن ليس كل خوف يفسد الإرادة والتدبير ويكون سببا للاستغلال، فهناك الخوف العادي، أي القاصر الذي يخطر ببال المتعاقد، كمن يخاف أن يدخل في تعاملات مالية ولا يجني من ورائها ربحه المنشود أو أن يخاف أحدهم أن يغامر ويراهن على حصان محدد خشية ألا يفوز في سباق الفروسية، أو أن الرقم الذي راهن عليه في لعبة الحظ ألا يكون هو، فهذا الخوف لا يفسد القصد ولا يبطل العقد.

أما الخوف الذي يفسد القصد ويبطل العقد المخوف المفرط، لأنه يجاوز حد الاعتدال حتى يرجح إلى اليأس والقنوط، ومنشأ هذا الجهل والعجز، فالجاهل لأنه لا يدري عاقبة أمره كمن اقتني بضاعة من أجل إعادة بيعها وقد فات زمانها، فهو لا يدري ما يفعل بها، أو من يمتلك مجموعة من الحيوانات، كالبقرة مثلا ولما علم بانتشار وباء جنون البقر، وأن النتيجة الحتمية هي التخلص منها من قبل مصلحة مكافحة داء الكلب، وأنه لن ينال أي تعويض عنها بسبب عدم اشتراكه في أقساط التأمين، مما يعنى حالة إفلاس، فهولا يعلم ما يفعل بها إلا بيعها إلى مجموعة السمسرة، فجهله وتشتت إدراكه وعجزه عن التدبير والتخطيط أثرا سلبا على إرادته.

وكذلك الشأن بالنسبة لعدم الخبرة، الذي لا يتوفر على معلومات كافية عما يريد التعاقد بشأنه، والجهل بالشئ يمكن أن يكون عاما، كمن يقبل على تعاقد شيء وهو لا يملك عنه أي معلومات عن قيمته السوقية أو نوعيته الحقيقية، بل كل ما هنالك أن قناعته التعاقدية بناها على ما ادعاه المنتج من قيمة تنافسية ونوعية جيدة.

فعدم الخبرة كما قال د مصطفى العوجي (عدم الخبرة يصادف عند المغتربين الذين ابتعدوا عن الوطن ربحا من الزمن أفقدهم الاتصال به، وبالتالي غابت عنهم التطورات الاقتصادية وأسعار الأراضي فاستغلوا من قبل وسطاء ذهبوا إليهم مدعين تفاهة أسعار الأراضي في القرى النازحين مما جعلهم يستحصلون على عند بيعها من المقيمين، وعند عودة المغتربين إلى الوطن فوجئوا بالتفاوت الكبير بين الأسعار التي باعوا بها أراضيهم بواسطة الوسطاء وتلك الحقيقية)¹.

فعدم الخبرة في هذه الحالة شبيهة ببيع الأمانة في الفقه الإسلام، حيث أن المشتري يسلم أمره بعدم المماكسة التعاقدية اعتقادا منه أن ما طرحه البائع ممن منتج، وأن ما صاحبه من تصريحات بمحدودية الفائدة، وأن مواصفات المنتج² من مميزاته وخصاله هي حقيقة ما تم الإدلاء به في مرحلة المفاوضات السابقة على وقت التعاقد³.

لكن ما بالود قوله هو أن طريقة التعداد على سبيل الحصر هذه تجعل من وضع معيار الغبن الفاحش معيار محدد لقياس مظاهر الضعف الإنساني أمرا متعذرا أيضا، لأن الحالات المذكورة هي حالات نفسية وتمثل اعتداء على أخلاقيات التعامل وحسن النية، لذلك

¹ مصطفى العوجي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 429.

² جعفر محمد جواد الفضلي، (بيع الأمانة دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث، السنة العاشرة، جامعة الموصل، 2005، ص ص 15 - 21.

³ أبو محمد عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، الجزء الأول، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، د، س، ن، ص 363.

ينبغي أن يستعين القاضي بالمعيار الذاتي حتى يتمكن من القيام في البحث في حقيقة قيام أحد المتعاقدين باستغلال حاجة المتعاقد الآخر، بسبب طيشه البين أو هواه الجامح، أو بسبب كذلك حالت اضطراره أو عدم خبرته.

إلا أن القانون المدني العراقي قد زاد عن ذلك بأن اشترط في حالات الضعف النفسي مصاحبتها لحالة تغرير وهو ما نصت عليه المادة 125 مدني عراقي (إذا كانت أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحشاً ...)، كما نصت المادة 356 مجلة الأحكام العدلية (إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع)، بمعنى إذا لم يستخدم أحد المتعاقدين أساليب خداع فعلية أو قوليه لإيهام العاقد الآخر غير الواقع وحمله على إبرام العقد فلا حق له في الفسخ، وهو ما تأكده المادة 357 مجلة الأحكام العدلية (إذا غر أحد المبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً، فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ).

والغرر في هذا الأمر يجد أصله من الشريعة الإسلامية، الذي هو: التردد بين أمرين أحدهما على الغر والثاني على خلاف¹، وعرفه ابن تيمية (مجهول العاقبة)²، بمعنى أن الغر يدور حول جهالة في المبيع، أو الشك، أو انطواء واستتار العاقبة، مما يعني حالة الغر شبيهة إلى حد كبير بحالة عدم الخبرة، لتشابههما في أن المتعاقد المغبون لا يتوفر على معلومات كافية تنفي عنه الجهالة المحققة به.

لكن لا يمكن حمل الحكم على إطلاقه، إذا أن هناك من يعتد بالغبن الفاحش لوحده ولو لم يصاحبه تغرير، وذلك لأن الغبن الفاحش ظلم والظلم يجب إزالته، واستدل فقهاء هذا الرأي بما رواه محمد بن سيرين أن رجلاً قدم المدينة المنورة، فنزل على ابن عمر، فقال (يا

¹ الإمام محمد بن عرفة السوقي، مرجع سابق، ص 55.

² الإمام أحمد بن تيمية الحراني، الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 275.

أبا عبد الرحمن غبنت بسبعمائة درهم، فأتى ابن عمر إلى عبد الله بن جعفر فقال: إما أن يعطيها إياه، وإما أن يرد عليه، فقال ابن جعفر: بل نعطيه إياه، فوجه الاستدلال أنه رد المبيع لمجرد وقوع الغبن في القيمة¹، كما جاء في القوانين الفقهية (الغبن وهو على ثلاثة أنواع الأول غبن لا يقام به وهو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمسامحة، والثاني غبن يقام به قل أو كثر، وهو الغبن في بيع الاسترسال واستلام المشتري للبائع، والثالث اختلاف فيه، وهو ما عدا ذلك وعلى القول بالقيام فيقوم المغبون سواء كان بائعاً أو مشترياً)².

بل والأكثر من ذلك هناك من يعتبر أن الغبن والتغيرير مفسدا عقود المعاوضات مطلقاً ولو لم يقترن أحدهما بالآخر، وذلك لأن الغبن ضرر و الضرر يجب أن يزال، ولأن التغيرير مغل بربضا المغرور، وبالتالي من حقه أن يزيل الالتزام لمجرد التغيرير، ثم إن الغبن والتغيرير مفهومان متغيران، فقد يتحقق الغبن دون التغيرير، كما لو كان المشتري جاهلاً فاشترى الشيء بأضعافه دون أن يكون له أحد جره له، وقد يتحقق التغيرير من غير غبن وتقييد الغبن بالتغيرير واهن غير سديد.

أما في التشريعات الوضعية فقد عرف المشرع الأردني الغرر من خلال نص المادة 143 مدني جزائري (الغرر هو أن يخدع أحد العاقلين الآخر بوسائل احتيالية قوليه أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها) ، وكذا المادة 164 من مجلة الأحكام العدلية (توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية ترغيباً له به)، لكن ينبغي التنويه إلى الفرق بين الغرر والتغيرير.

¹ محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 67.

² ابن جزىء محمد بن أحمد الغرناطي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 190.

أ - من جهة المتعاقدين، فالتغريب يكون نتيجة استعمال أساليب خداع قوليه أو فعلية أو بكتمان الحقيقة من قبل المدين عن الدائن، بمعنى أن المدين يعلم بالخداع والغش والدائن جاهل له، بينما قي الغرر فالمتعاقدان سواء بالجهالة في حقيقة الأمر.

ب - التغريب يقع العقد معه صحيحا، ويثبت للشخص المغرور الخيار لكون التغريب عيب من عيوب الرضا، والرضا شرط من شروط صحة العقد، فإذا ما اختل هذا الشرط بالنسبة لأحد المتعاقدان فيثبت الخيار له، أما الغرر فالعقد غير صحيح في الشريعة الإسلامية، فالمنع منه كان لحق الله تعالى، فلا يجوز للعبد إسقاط¹.

و الغرر ينقسم إلى غرر فعلي قولي و غرر سكوتي.

الغرر الفعلي: وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظهر به للمشتري كاملا²، كأن يكون بتزوير وصف في محل العقد، بتوهم المتعاقد في المعقود عليه على غير حقيقية³، كطاء الأثاث والأدوات القديمة لتظهر أنها جيدة، ومن أشهر الأمثلة عن التغريب الفعلي في الفقه الإسلامي بيع المصارات، وهو صر حليب الحيوان . شاة، أو ناقة، أو غيرها . مدة من الزمن في ضرعها، فيضنه المشتري أنها ذوا لبن غزير، لذلك قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه غير النظريين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر)⁴.

أما التغريب القولي وهو الكذب المتعمد من أحد المتعاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل المتعاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن⁵، كأن يقول أحد المتعاقدين للآخر هذه السلعة

¹ كفاح عبد القادر الصوري، مرجع سابق، ص58.

² الإمام محمد بن عرفة السوقي، مرجع سابق، ص55.

³ د مصطفى أحمد الرزقا، المدخل للفقه العام، الجزء الأول، دار الرسالة، دمشق، 1998، ص561.

⁴ الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل ابن برزويه البخاري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 361.

⁵ كفاح عبد القادر الصوري، مرجع سابق، ص95.

بعشرة آلاف دينار فيغتر العقد الآخر بقوله، وفي الواقع لا يساوي المبيع المبلغ الذي ذكره، أو أن يصف العاقد محل العقد، كأن يدعى أن القطعة الأرضية صالحة للزراعة وفي باطنها ماء حلو لا يتعدى بعده أمتاراً معدودة، أو أن يصف بائع سيارته بأوصاف ترغب الآخرين، كان يدعي بتوفرها على نظام الإخطار الآلي، أو أن قدرتها على التحمل أكثر من مثيلاتها، ولكنها في حقيقة الأمر أوصاف كاذبة وغير صحيحة.

كذلك من التغيرير القولي الذي يصدر من غير المتعاقد فهو حالات النجش¹، وهو أن يزيد شخص في السلعة المعروضة للبيع ولا رغبة له بشرائها فيغري المشتري بالزيادة لينفع صاحبها²، بمعنى أن يحضر البائع المثلث فيساوم الناجش بسوم ملائم للبائع وهو لا يريد الشراء، وهذا ليقنّدي به غيره فيق. بلون بأكثر مما لو كانوا لم يسمعوا سومه³.

لكن المالكية أجازوا الزيادة في الثمن إلى أن تبلغ السلعة قيمتها وما زاد عن القيمة فهو حرام لما فيه من الخداع للمشتري⁴ وهذا هو الرأي عند جمهور الفقهاء تماشياً وقوله . صلى الله عليه وسلم . (لا ضرر ولا ضرار)⁵، والزيادة إلى أن تبلغ السلعة قيمتها ففيها منفعة للبائع ولا تضر المشتري، وحرمت الزيادة في الثمن عن القيمة لرفع الضرر عن المشتري.

كذلك يكون التغيرير القولي في الفقه الإسلامي في بيع تلقي الركبان، وهو أن يسمع أحد بقدوم سلعة فيعترضها قبل دخولها السوق، فعن عبد الله بن عمر أن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . قال (لا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تلقوا السلعة حتى يهبط بها إلي السوق)⁶، والهدف من ذلك الخرج لتلقي الجالبين للمبيع هو: الشراء منهم بثمن أدنى من

¹ حامد عبده الفقي، بيع النجش في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص23.

² محمد البشار، أسهل المسالك في مذهب الإمام مالك، الأتلس الجديد، مصر 2009، ص183.

³ الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الثالث، دار الشعب، مصر، د.س.ن، ص91.

⁴ الإمام أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأسهل المسالك، مرجع سابق، ص36.

⁵ محمد محمد الغزالي، مرجع سابق، ص241.

⁶ الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ابن برزويه البخاري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص372.

التمن الحقيقي في السوق ثم بيعه مرة ثانية بتمن أعلى من التمن الحقيقي الاحتكار بهدف الزيادة في التمن.

كذلك الأمر في أن يشتري السلعة من الجالب بأقل من سعر السوق مع جهل البائع بالتمن الحقيقي وجاء النهي دفعا للخديعة والغبن، وكثير ما يعاني جمهور المستهلكين خاصة في الظروف الاستثنائية من حالة عدم التوازن بين العرض والطلب، خاصة إذا تعلق الأمر بالسلع الغذائية منها بصفة أخص الأساسية ومن أجل منع الاحتكار والتدليس بها وتحقيق وفرتها ومنع التلاعب بها.

التغريير بالكتمان: وهو تصرف سلبي بمجرد سكوت المتعاقد عن بيان ما يعرفه من عيب في السلعة وعدم تصريحه بالحقيقة للمتعاقد الآخر، وذلك كان يتعاقد طرفين على سيارة والبائع يعلم أن المشتري أقبل على السيارة لاعتقاده أنها تتميز بخصائص ومميزات تجعلها فريد على مثيلاتها، إلا أن في حقيقة أمرها أنها خالية من كل هذه المميزات، وهو ما نص عليه في القانون المدني الأردني المادة 144 (يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغرييراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد بعد علمه بتلك الواقعة أو هذه الملابسة)، ووجب على البائع أن يعلم المشتري¹.

ومن الشريعة الإسلامية ما رواه عقبة بن عامر . رضي الله عنه . قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . (المسلم أخو لمسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له)²، فالتغريير بالكتمان كالتغريير اللفظ أو الفعل، إلا أن الأول اتخذ موقفاً سلباً وهما اتخذاً موقفاً إيجابياً من خلال التظليل القولي كالكذب، أو الفعلي كالتدليس.

¹ قانون رقم 04-02 المادة 3 فقرة 2 (يقصد في مفهوم هذا القانون المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني).

² الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القيرواني، مرجع سابق، الجزء الثاني، حديث رقم 1823، ص 22.

لذلك فالتدليس أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري¹ وعند الشافعية (هو إخفاء العيب، والعيب من الظلمة ، والتدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري لهم بذلك عيب العيب الباطن ويكتمه إياه فإذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس، وعند الحنابلة (هو كتمان العيب في السلعة عن المشتري أو فعل يزيد به الثمن وإن لم يكن عيباً)².

والتدليس أو التغرير أعم من العيب الخفي، فمن حيث المعنى التدليس أعم من العيب الخفي، لأن التدليس قد يكون بكتمان العيب عن العاقد وقد يكون باستعمال الطرق احتيالية تضفي صفات مرجوة في المعقود عليه، بينما خيار العيب يثبت عند وجود عيب في السلعة، كما يشترط لثبوت الخيار التدليس أن يكون البائع عالماً بالعيب وأخفاه عن المشتري أما في العيب الخفي فلا يشترط ذلك.

و عند العقد إذا اشترط البائع البراءة من كل عيب، فيبرأ من عيب لا يعلمه ولا يبرأ من عيب يعلمه، ويعتبر شرطه هذا للاحتياط وليس للاحتيال، ومن من ذهب إلى هذا مذهب الإمام مالك³.

من حيث الجزاء، فالجزاء المترتب على كل الخيارين واحد وهو ثبوت الخيار غير أن طبيعة هذا الجزاء تختلف من الناحية الدينية، فالتدليس حرام أما العيب الخفي فلا إثم لكون البائع كان جاهلاً بوجود العيب وإلا فخلافاً لذلك.

أما عن الغش هو أن يوهم بوجود مفقود مقصود بوجوده في المبيع، أو يكتم وجود مقصود فقده، وجاء في بلغة السالك (إظهار وجود ما ليس بجيد كنفخ اللحم بعد السلخ أو

¹ الإمام محمد بن عرفة السوقي، مرجع سابق، ص 170.

² كفاح عبد القادر الصوري، مرجع سابق، ص 49.

³ الإمام محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.س.ن، ص 200.

خلط شيء بغيره كخلط اللبن بالماء أو برديء من جنسه كقمح جيد برديء¹، والغش أعم من التدليس لكونه إذا مضى زمن على المبيع عند البائع ولم يذكر ذلك فهو غاش ولا يعتبر مدلساً²، ولكون الغش أعم من التدليس لشموليته كل الطرق الاحتيالية، فعن أبو هريرة - رضي الله عنه - أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال (من غشنا فليس منا)³.

أما عن الخلابة فمعناها الخديعة، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (إذا بايعت فقل لا خلابة)³، أي البراءة من الكذب في ثمنها أو مئتمنها، بمعنى ألا يخدع أحد المتعاقدين الآخر ولو بالقدر القليل، وهذا وفق مبدأ (أحب لأخيك كما تحب لنفسك)، كما يعتبر هذا التصرف هو إجراء لإظهار حسن النية في التعامل ما بين المتعاقدين، وهو أمر تميزت وانفردت به الشريعة الإسلامية.

وبالتالي فبمجرد توفر شروط حالة الضعف التي أدت إلى استغلال أحد المتعاقدين للثاني السالفة الذكر كان للمتعاقد المغبون أن يطالب من الجهات بإبطال العقد أو إنقاص التزاماته الفاحشة، التي توصف بأنها فادحة حتى تتعادل الالتزامات ما بين الطرفين.

لكن الأمر ليس بهذا الوضوح للقاضي، فهناك من شرائح المجتمع كشريحة الهواة التي تستدعي شيئاً من الدقة في الحكم عند استخدام القاضي لسلطته التقديرية، مما يجعل مهمة القاضي في منتهي الصعوبة، وذلك لاختلال التقدير في ذلك اختلالاً كبيراً تبعاً للأشخاص والظروف، وليس أمام القاضي في هذه الحالة إلا أن يبحث كل قضية على حدة آخذاً بعين الاعتبار نية الهاوي وإرادته، وهل كانت هذه الإرادة حرة أم واقعة تحت تأثير الطيش البين أو

¹ الإمام أحمد بن محمد الصاوي، مرجع سابق، ص 69.

² الإمام أحمد بن حجر العسقلاني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 99.

³ الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 33.

الهوى الجامح أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك، ثم عليه أن يأخذ بعين الاعتبار نية الطرف الآخر . تطرقنا لها سابق . ومدى استغلاله لموقف الهاوي.

الفصل الثاني:

آليات تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن العقدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

إن قاضي الفقه الإسلامي أو القانون المدني أول ما يقوم به قبل الفصل في المنازعة أن يقوم بتفسير وتكييف ما طرح عليه في القضية التي بين يديه وذلك لأن التفسير هو من إحدى الآليات التي تساعد على تجيد التوازن العقدي ، فهو لا يمكنه أن يفصل في أمر وهو لا يدري ما حقيقته ولا ما هو جوهر النزاع، ولا خصوصية القضية، ولأن يتأتى له هذا الأمر إلا من خلال تفسيره للعقد . بناسبة حالات الاستغلال . ومعرفة للإرادة المشتركة بين المتعاقدين حتى يعرف إن كان هناك استغلال لحالة ضعف أم لا (المبحث الأول).

وما إن يقم القاضي المختص بتفسيره للعقد الذي طرح بين يديه والوقوف على حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، واقتناعه بناء على سلطته التقديرية في التفسير والتكيف والتحليل إن كانت إرادة الطرفين متساوية أم لا، فإن كانت إرادة الطرفين متساوية من الناحية القانونية، بحيث لم تكن هناك حالات استغلال لأي منهما حكم إما برفض الدعوى، وإما بإلزام المدين بتنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه إذا لم يكن يخالف أمر من غير مشروع، وإما يحكم بهما معا، وهنا لا مجالا لإعمال سلطته التقديرية

وأما إن كان هناك غبن فاحش لأحدهما بسبب الآخر الذي استغل حالة ضعف المغبون فإن القاضي يدخل من أجل فرض العدالة العقدية التي حاول الغابن المستغل أن يتعدها بإثراء يرى القاضي أن يحكم إما أن يحكم بإعادة التوازن العقد إلى الحقيقة التي كان يجب أن يكون عليها أو أنه ببطلان العملية التعاقدية وإعادة كل منهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

تفسير العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

إن القاضي عند تناوله لنص العقد فإنه أول ما يقوم به هو النظر والتدقيق في عبارة العاقد من أجل الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي يسعى لاكتشافها من نصوص وعبارات العقد المشتركة بينهما، فالقاضي أولاً لن يترك الموجود . في النص . ويبحث عن المجهول، وفي حالة كانت عبارة النص واضحة لا غبار عليها يثير الشك فإنه يفقد سلطته التقديرية في التأويل والبحث، وإن كانت عبارات النص تثير إشكالا في الفهم فإنه يستعيد ما فده في المرحلة الأولى من أجل الوقوف على حقيقة ما أرادها الطرفين (المطلب الأول).

والقاضي لا يمكن الوقوف على حقيقة الرضا المشتركة للطرفين إلا من خلال الاستعانة بالآليات مكملة في التفسير الاستعانة بمعرفة إرادة المتعاقدين من خلال دلالة العبارات والأخذ بالإرادة المساعدة على ذلك، ولأن المتعاقدين يخضعان كذلك في تصرفاتهما لبيئة لا يمكنهما أن يخرجوا كعرفهما وكذا مدا حسن نية الطرفين في تعاملها، وهي آليات يأخذها القاضي على سبيل الاحتياط (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

حالات تفسير العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

إن القاضي المنوط به الفصل منازعة عقدية عليه أولاً ما يقوم به تفسير عبارات ألفاظها ومحاولة الوقوف على حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين والتي تكتشف من خلال الألفاظ الصريحة الواضحة التي لا لبس فيها، والتي تسلب القاضي سلطته التقديرية في محاولة التفسير مكثفياً بما وضعه الطرفان من معالم لحقيقة تلاقي إرادتهما (الفرع الأول).

لكن إذا كانت عبارات المتعاقدين قد شابها لبس، أو غموض، أو كانت واضحة لكنها لا تؤدي إلى حقيقة التعاقد، خاصة وأنا القاضي في مرحلة الأولوية قبل أن ينزل على العقد صفة الأحكام الشرعية المترتبة عليه، لذلك فلا مناص من أن يتطرق القاضي بالضرورة إلى الإرادة الباطنية، بغية التفسير الكشف عن النية المشتركة للعاقدين، و يختلف في ذلك بين القاضي في الفقه الإسلامي والقاضي المدني (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

حالة وضوح عبارة العقد.

إن العبارات الواضحة وضوحاً لا يخالف الظروف المحيطة هي العبارة التي توصل إلى مقصود الدلالة دون محاولة التحليل (أولاً) وحتى إذا كانت عبارة العقد واضحة إلى إنها تخالف بعض الشيء الظروف المحيطة بإرادة المتعاقد فللقاضي العمل بروح المادة (ثانياً).

تفسير العقد يعني التعرف على القصد المشترك للمتعاقدين، وذلك من خلال العبارات المستعملة في التعبير عن الإرادة، لذلك التفسير هو نوع من الاجتهاد القضائي، فالقاضي ملزم سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه المدني بتطبيق الأحكام القانونية، لأنها القانون الواجب التطبيق وستلزمه في ذلك القيام بمسألة أولية هي تفسير العقد الذي هو نوع من البيان، أي الكشف عن الحقيقة وإظهارها¹، إلا أن بيان الألفاظ ودلالاتها على الأحكام تقوض إرادة القاضي في الخروج عنها.

¹ فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص141.

المادة 111 (إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين)، والتي تقابلها المادة 150 مدني مصري (إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين)، وهنا يظهر الاختلاف في العبارة بين التشريع الجزائري والمصري، فالجزائري يرد عبارة التأويل، بينما المصري يرد عبارة التفسير.

إلا أن في حقيقة الأمر أن التأويل هو صرف اللفظ عن معناه الظاهر بمعنى آخر محتمل منه لقيام الدليل عليه، وهو ما يستشف من علم أصول الفقه الإسلامي¹، في أن التأويل تبين المراد من الكلام على سبيل الظن، بينما التفسير تبين المراد على سبيل القطع، مما يؤدي بنا إلا أن النص إذا كان مفهوم الظاهر فتدخل القضاء يسمى تفسير لأن النص إما أن يكون مفسرا أو صريحا، أما إذا كان غمض الدلالة فيكون قابلا للتأويل على سبيل الظن لا القطع.

مما يعني أن التفسير هو استجلاء معنى العقد بالوقوف عند الإرادة المشتركة للعاقدين، أما التأويل حيث المعنى ظاهر غير خفي لكنه متعدد الاحتمالات، لأن العبارة تحتل أكثر من معنى يمكن أن تدل عليه بحيث يكون متعين الوقوف عند واحدة منها وبالتالي الظهور هو قوام التأويل الذي يؤدي إلى أحد المعاني الظاهرة، بينما التفسير هو الوصول إلى المعني الخفي غير الظاهر².

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية بخصوص العبارات الواضحة (لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب العاقد من آثار، بيد أن هذه الإرادة هي ذاتية بطبيعتها، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية، هي عبارة العقد ذاتها، فأن كانت هذه

¹ مثني عارف داؤد الجراح، (التأويل في أصول الفقه)، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد التاسع، العدد الأول،

كلية العلوم الإسلامية، جامعة الموصل، 2009، ص 108-115

² وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 142.

العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة، ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستسقاء ما أراده العاقدان من طريق التفسير أو التأويل، تلك قاعدة تقتضي استقرار التعامل وهو حرصاً بالغاً يجب مراعاتها ¹.

أولاً: معنى العبارة الواضحة

ليس المقصود بوضوح عبارات العقد وضوح كل جملة على حدة، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من العبارات، لأن العقد يعتبر جزء لا يتجزأ و وحدة متكاملة متصلة الأجزاء، أي يشرح كل مثلها الآخر ويوضحه، وإذا ثار نزاع بصدد أحد الشروط تعين فهمه على ضوء باقي الشروط الأخرى، سواء ما سبق منها الشرط محل النزاع أو لحقه، أي عند التعارض بين شرط خاص وآخر عام يفضل الشرط الخاص لأنه يعبر عن نية الطرفين في العدول عن حكم الشرط العام إلى الحكم الذي يعطيه الشرط الخاص، بمعنى أن القاضي لا ينظر إلى عبارة على أنها تقيد في المعنى دون النظر إلى ما تبقى من العبارات.

وبالتالي الغموض في الأجزاء هو غموض في مكوناته أو ماهيته إذا ما أدت إلى اختلال المعنى أو تعسر الفهم في كليات العقد، أما إذا كان عسر الجزء لا يعسر فهم الكل أو لا يشكل تصادم في المعنى والماهية فلا حرج، لأن الغاية فهم العقد على شاكلته العام، ويبقى بين هذا وذاك دور كبير للقاضي في النظر في الجزيئات إن كانت تشكل عسر في الفهم أم لا.

لكن يبقى أن إرادة المتعاقدين هي المرجع الأول فيما يترتب من آثار بين المتعاقدين ولا يتم استخلاص هذه الآثار إلا من خلال العبارات الواردة في العقد ذاته²، فإذا كانت واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ولا يجوز الخروج عنها وإلا اعتبر

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 296.

² خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 137.

تعديا على تشريعا داخلينا أقره المتعاقدان وفقا لإرادتهما المشتركة هذا من جهة، ومن جهة أخرى حرصا على استقرار التعاملات العقدية.

ولا تتور مشكلة بالنسبة للعبارات التي يحتويها عقد من العقود الشكلية المحررة من قبل جهة مختصة¹ في ذلك كأن يكون المحرر موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة هذا طبقا للمادة 342 هـ، وصياغة العبارات المعبرة عن الإرادة المشتركة والتي تتضمن كافة ما اتفقا عليه، فمحل التفسير هنا هو بنود هذه الوثيقة غير أن الأمر ليس دائما بهذه البساطة ، فكثير ما يكون هناك وثائق أخرى قدمها أحد الطرفين للآخر أو حتى بالنسبة للعقود الرضائية فإن استخلاص الإرادة المشتركة يكون بالاعتماد على أدلة في الغالب تصريحات الطرفين.

ويكون هذا عندما يستخدم الطرفين ألفاظا أو كتابات أو إشارات واضحة التي يمكن الوقوف على النية المشتركة لطرفي المعاملة العقدية دون إهمال الظروف والعوامل الخارجية والتي تكون في العادة محيطة بالعملية العقدية، لأن المعاملة المالية تكون في الغالب وليد ظروف وملابسات تفرضها طبيعة التعاملات.

فالأصل هو أن يلتزم القاضي بالمعنى الواضح للعبارة فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود، إلا أن ذلك مشروط بألا تخرج في تفسيرها عما عليه عبارات تلك العقود أو تجاوز المعنى الظاهر، بمعنى على القاضي أن يأخذ عبارات المتعاقدين كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، لأن المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ، إلا أن الأصل يعبر بصدق عما تقصده الإرادة².

¹ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 28.

² شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005، ص 140.

فعبارة العقد الواضحة لا تجيز للقاضي الانحراف عنها من طريق التفسير للتعرف على إرادة المتعاقدين، لأن الخروج عن هذه القاعدة يعد مخالفة لأحكام المادة 111 مدني لما فيه من تحريف ومسح وتشويه لعبارة العقد الواضحة ويخضع القاضي في هذه الحالة لرقابت المحكمة العليا التي لا تقبل بتأويل العبارات لأنها تعبير صادق عن إرادة المتعاقدين، وهو ما يسعى إليه القاضي منذ مباشرته لموضوع الخصومة.

لكن إذا لم يعبر عن الإرادة الحقيقية لطرفيه أو إذا كانت عبارات العقد مضاربة فيما بينها ومتعارضة في المفهوم العام¹ عندها يمكن للقاضي العدول عن المعنى الظاهر إلى المعنى المتفق والإرادة الحقيقية وهو ما يظهر من خلال الحجج التشريعية والقضائية، فبالنسبة للحجج التشريعية ما نص عليه المادة 60 مدني (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو الإشارة المتداولة عرفا كما باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

أما بالنسبة للحجج القضائية فهي ما استقر عليه قضاء النقض المصري بالنسبة لقانون المعاملات المصرية من إباحة العدول عن المعنى الظاهر للألفاظ إلى معنى مغاير متفق مع إرادة الطرفين شريطة التسبب الكافي والمقنع لهذا العدول².

وبالتالي يظهر أن المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ، فقد يكون اللفظ واضحا في ذاته ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنا اختيار وسيلة التعبير عن حقيقة قصدها، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ بل عليه أن يعدل عليه إلى معنى الذي قصد إليه المتعاقدين متى قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 601.

² عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 253.

فلا يمكن أن تكون العبارة واضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن الإرادة، ويكون هذا عندما يستخدم المتعاقدون ألفاظا واضحة ولكنها تكشف بظواهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية، فالمعني الظاهر الذي توحى به الألفاظ ليس المعني هو مقصود الطرفين، إذ يقصدان أمرا مغايرا ولكنها يعبرا عنه بألفاظ لا تستقيم مع إبراز هذا الأمر وتكشف عن هذا ظروف الواقع وملابساته.

ثانيا: العبارات الواضحة المناقضة للظروف المحيطة

فإذا كانت عبارات الواضحة تناقض الظروف المحيطة التي تعد الشرط الثاني في معرفة الإرادة الحقيقية بما تنطوي عليه، لذلك فإن القاضي يأخذها في الحسبان ولا يهملها، لأن العقد ينشأ ويستمر في ظل بيانات اقتصادية، واجتماعية، وحتى نفسانية يكون العقد في النهاية مسائرا لهذه الحتميات، بالتالي أمكن للقاضي التدخل من أجل تحليل تلك الظروف المحيطة بالمتعاقدين وهنا إعمال لسلطته التقديرية في التفسير¹.

وبالتالي يتم تحديد المقصود بالعبارة الواضحة في ذاتها وهو ليس بالهدف، لأن العبارة ما هي إلا مجرد وسيلة تؤدي إلى الغاية المقصودة وهي الإرادة الواضحة، بمعنى أنه إذا كان وضوح العبارات لا يكشف عن الإرادة الحقيقية جاز الانحراف عنها ولا يعتبر عمل القاضي في هذه الحالة مخالف للنص التشريعي بل على العكس من ذلك بحيث أن قصد من عمله روح المادة التي ترمي إلى البحث والتحري عن الإرادة الواضحة، وبالتالي فإن تطبيقه لذلك تطبيقا سليما وهذا ما قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا تحضر تفسير العبارة الواضحة كمبدأ وإنما ينحصر الحضر في تفسير الإرادة الواضحة المستقاة من التعبير بمفهومه الواسع

¹ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر، الجزائر، 1979، ص417.

طالما لم يرق من الظروف الخارجية ما يناقض التعبير المادي ويلقى ظلا لا من الشك على المفهوم المتبادر منه¹.

كما أن القاعدة الفقهية (الكلام المبهم إذا اقترن به أو تعقبه تفسير كان الحكم لذلك التفسير)²، بمعنى إذا ورد الكلام مبهما مجملا أو مطلقا غير مقيد، ثم اقترن به أو تلاه واتصل به تفسير وبيان لذلك الإبهام أو تقييد لذلك المطلق كان الحكم مبنيا على ذلك التفسير والبيان.

الفرع الثاني:

حالة العبارات الغامضة

إن المتعاقدين كثيرا ما يستعملون عبارات تناقض مدلولها مما يتحتم تصنيفها في خانة العبارات الغامضة التي تتحمل أكثر من معنى (أولا) ولغموض العبارات أسباب تتداخل فيها مجموعة عوامل يحاول القاضي الوقوف عليها (ثانيا).

أولا: معنى العبارات الغامضة

المادة 111فقرة 2 (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 وثيقة بين المتعاقدين، وثيقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات)، فهذا الاستثناء الذي أورده الفقرة الثانية هو خروج عن

¹ عبد الحكيم فوده، إنها القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص215.

² محمد صدقي بن أحمد البورنو، مرجع سابق، ص322.

القاعدة العامة خاصة في الحالات التي ينشأ فيها تناقض بين العبارات الواضحة للعقد والإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على الفقرة الثانية من المادة 150 مدني مصري بقولها (إذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة، بحيث تحتل في جزئياتها أو في مجملها أكثر من معنى تعنى الالتجاء إلى التفسير، والجوهرى في هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل الإرادة الفردية لكل منهما وهذه الإرادة والتي كانت ذاتية إلا أنه يجب استخلاصها دائما بوسائل مادية، فليس ينبغي الوقوف في هذا الشأن عند المعنى الحرفي للألفاظ)¹.

وتكون عبارات العقد غامضة غير واضحة عندما تحتل أكثر من معنى، وبهذه الحالة تكون جسدا بلا روح لأنها لا يمكن لها أن تؤدي الهدف المنشود لها وهو تبادل المراكز القانونية بين المتعاقدين، والسبب في ذلك تعطل الوسيلة المادية التي تخرج نية كل متعامل من أفكار كامنة ونيات حبيسة رغبات إلى آليات محسوس الأداء، فالعبارة مكانتها كبيرة ودورها مهم لذلك وجب البحث والتقيب عن حقيقتها وفق المسالك المرسومة والآليات الموجودة.

وفي هذا الصدد يسترجع القاضي دوره الإيجابي في التفسير الذي كان قد حرّمته منه الفقرة الأولى من المادة السابقة وقصرته إلى علي البحث في الظروف الخارجية بحيث كان، يوفق فقط بين اللفظ والظرف الخارجي وهي مهمة التي كانت حتى محل شك وريب من قبل العديد من الفقهاء²، وبالتالي هنا القاضي المدني يسترجع دوره الإيجابي كامل غير منقوص

¹ المذكرة الاضاحية للمشرع القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص296.

² عبد الحكيم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص209.

لأنه الجهة المنوط بها البحث في إرادة المتعاقدين من أجل الوقوف على حقيقة النية المشتركة لكل منهما¹.

ثانيا: أسباب غموض العبارات

و من الأمور التي تؤدي إلى غموض الإرادة الحقيقية، بحيث تجعل من الوقوف عند بوابة العقد والبحث عن النية المشتركة أمر مهم وهي الإرادة المشتركة للمتعاقدين والأمر ليس بالسهولة السالفة في كما في حالة وضوح العبارة بل أنها جاءت يشوبها عيب الانفصال بين اللفظ والفكرة رغم سلامة ظاهرها، إلا أن الإعلان الرئيسي للمتعاقدين والظرف الخارجي متعارضين وهذا التعرض يجب إزالته وإلا تعطلت مصالح المتعاقدين والتي في الغالب مصالح مالية متبادلة التي كان يعول كل منهما على العملية العقدية من إكساب لمركز قانوني يحقق من ورائه حقوق ابتغها.

ففي الغالب غموض العبارة يرجع إلى مجموعة من العوامل منها ما يرجع إلى المتعاقدين أنفسهم، فربما يخطأ في استخدام ألفاظا في غير محلها، ففي عوض تكون عبارة بيع كانت إيجار، أو عوض الإيجار كانت إعارة، أو عوض الجائزة كانت هبة، أو عوض الهبة كانت الوصية، في مجملها في الغالب تتداخل على المتعاملين إذا لم يكون ممن يفقهون التعاملات المالية جيدا فعندهم لا فرق بين اللفظ والآخر عند بداية التعامل، وهو ما يستعمله الكثير كوسيلة انتهازية للإيقاع بالآخر في تعامل لا يفقه عواقبه مما سيدفع بأنه لم يكن قصدا ما هو معبر عنه سلفا.

أو أنه ربما يعود إلى الاستعمال المفرط في لغة الوصف، وذلك باستعمال ألفاظا مطاطية لا يعلم حد بدايتها الحقيقي ولا نهيته الالتزام وتكون في الغالب من أحد المتعاقدين الذي يريد أن يكسب لنفسه مساحة أوسع من الآخر في تحديد نطاق الالتزام فهو داء في

¹ الغرفة المدنية، قرار رقم 149300، المؤرخ في 1997/07/23، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني، ص51.

الغالب غير مدين وإن كان مدين فبأقل التكاليف، وبالمقابل يجد الثاني نفسه مغبون الحال، لأنه مدين غير دائن فمن الناحية الاقتصادية وبلغة الحساب خاسر غير رابح في أغلب الاحتمالات، وهو الأمر الذي يكون في الغالب عندما يحرر الدائن العقد إن كان كتابيا بنفسه أو أنه يتلفظ بالتنكير في مرحلة التنفيذ إن كان العقد رضائي¹.

كما يمكن أن يعود السبب إلى التعارض بين الجزء والكل في ببيان لفظ العقد، فالجزئيات التي تختص في الغالب بسرد شروط العقد وكيفية التنفيذ ومكان وزمان ذلك وعن الفوائد والتعويض في حالة القيام المسؤولية وكذا الشرط الجزائي أو ما يعرف بالمسؤولية الاتفاقية وكذا الخدمات الإضافية، وهو الذي يعرف بالعرف بالاتفاقي بحيث إن احدهم سيجد نفسه مرغما على دفعي أكثر من الذي كان محل اتفاق في مجلس العقد².

فالاختلال أو التصادم في الألفاظ يؤديان إلى التصادم في الأفكار وهو ما يعطل إن لم نقل يقارب على هدم البناء الجوهري للعقد والمتمثل في أثره، وبالتالي جعل التعاملات المالية في خطر ألا استقرار وهذا ما ينبذه الجميع، لذلك فإن دور القاضي في التفسير الألفاظ الغامضة والبحث عن النية المشتركة باستعمال أسلوب التأويل عملا وقائيا من أجل إبقاء العملية التعاقدية على ما هي، لكن فقط إخضاع اللفظ إلى تحليل مخبري حتى يومكن من الكشف عن مدلولها³.

ففي بعض الأحيان تستعمل مصطلحات لا تعبر عن المدلول الحقيقي للهدف المنشود وذلك لعدة احتمالات ومنها ربما أن المتعاقدين استعمالا محسنا بدعية على حساب الألفاظ التعاقدية، التي تعتبر مصطلحات لقانونهما الخاص بموجب العملية التعاقدية، أو أن المصطلحات قد تجاوزها الزمن أو المكان، أو أنها واضحة في جزئياتها لكنها متنافرة في

¹ عبد الحكيم فوده، تفسير العقد، مرجع سابق، ص255.

² عبد الحكيم فوده، تفسير العقد، نفس المرجع، ص256.

³ عبد الحكيم فوده، تفسير العقد، نفس المرجع، ص256.

مجمّلها، أو بإدخال حالة في العقد لا يعرف إن كان على سبيل المثال أو على سبيل الحصر.

والقاضي يمكنه أن يستدل على إرادة المتعاقدين من خلال الدلائل الإستثنائية، وإن يستعين بالقواعد الأصولية في فهم النصوص من هذه القواعد، فقاعدة اليقين لا يزول بالشك، ومعني القاعدة أنه إذا ثبت أمر من الأمور على وجه يقيني ثم طرأ الشك عليه فإنه يستمر على اليقين وقد ورد عن الإمام الشافعي قوله (إن ما ثبت يقين لا يرفع إلا بيقين)، ومن تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير حمل على القليل، لأنه بيقين ولا بد في اليقين أن يكون على وجه الجزم بدليل يفيد¹.

المطلب الثاني:

قواعد تفسير العقد الذي يرد على حالة الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

إن القاضي في أثناء تفسيره للعقد المطروح أمامه بغية تفسيره ثم الفصل فيه لن يكتفي في حالة غموض الألفاظ على حالة العبارات الواردة في العقد من وضوح وغموض إذ عليه أن يبحث إلى ما هو أكبر من ذلك من خلال الاعتماد على دلالة تستشف من ألفاظه والخارجية، أو من خلال ما قصده مكنوناته الداخلية، وفقد الاتجاه المتبع بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنية وهو ما يتجلى من خلال القواعد الأساسية في تفسير العقد، (الفرع الأول).

¹ فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص 162.

لكن على القاضي كذلك ألا يقتصر في حالة فشله في الوصول إلى حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدین خاصة في المنازعات التي ترد على حالة استغلال في أن يقف على حد القواعد الأساسية، بل عليه أن يتخطاها إلى ما يملئه عرف المعاملة العقدية وإلى حسن النية في التعاقد وما يمليه ضمير المعاملة الأخلاقية، والتي يعني بها القاضي في الفقه الإسلامي أكثر من القاضي المدني، بسبب سلطته الكبيرة في الاختيار بين الخيارات المتعددة، (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

القواعد الأساسية لتفسير العقد.

على القاضي عند تفسيره للعقد بغية الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدین وحتى يتسنى له وضع المسألة المطروحة عليه في موضعها الصحيح من التكيف المنطقي عليه أن يتطرق إلى العوامل والظروف الداخلية (أولا) و كذلك على القاضي أن يلم ببعض الظروف الخارجية، من عادات ومعتقدات التي قد تكون أحاطت بكل من المتعاقدین (ثانيا).

أولا: الظروف الداخلية

وهي الحالة التي يكون عليها المتعاقدین أثناء العملية المالية ، إن كان في حالته العادية مثله في ذلك مثل الرجل المراهن على عملية تبادلية للمنافع بقصد تحقيق أكبر قدر من الربح المتاح وهو حريص في ذلك حرص الرجل المعتاد على ماله أم لا، فالطائش المقامر ليس كالحكيم المتقن للتدبير ولا المغبون بهواه الجامح كالذي تجاوز هذه المرحلة أو لم يصب بها.

لكن معرفة الظروف الداخلية لو حداها غير كافية بالرغم ما تقدمه من خدمة لمعرفة ما إن كان المتعاقد المغبون حريص على ماله حرص الرجل المشتد في ذلك أم لا، بل هناك

تقيدان سواء في فقه الشريعة الإسلامية أو القوانين المدنية دارة رحاها بين الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنية عند عملية تفسير العقد.

أ - الإرادة الظاهرة

إن الإرادة التي يعتد بوجودها ويعول على أثارها في إقامة العلاقات التعاقدية هي الإرادة التي يمكن أن يكون لها موجود خراجي محسوس لكل من المتعاقدين، فالعبرة بالشيء الذي يستطيع القانون أن يحيط به دون البحث على ما انطوت عليه النفس في أعماقها¹.

لأنه منطقيا يستحيل التعرف على الإرادة الباطنية عن طريق الإطلاع على مكنون النفس ونوايا الضمير، والإرادة الوحيدة التي يمكن التعرف عليها هي الإرادة الظاهرة العلنية، وهي الإرادة المعول عليها في بحث نفسية المتعاقد، لأن عدم الأخذ بها سيؤدي إلى زعزعة الثقة المشروعة التي هي أساس استقرار التعاملات العقدية.

وتعود جذورها التاريخية الأولى إلى زمن القانون الروماني الأول، أين كان الاعتبار كل الاعتبار للجانب الشكلي إلى درجة القداسة في كل تعامل عقدي، مما يعني أن كل تعامل يفسر على أساس الإجراءات الشكلية التي يتم بها².

وحتى بعد أن تخلصت التعاملات العقدية من الطابع الملزم للشكلية واقتصاره على بعض التعاملات، وإحلال مبدأ الرضائية محلها بسبب الأثر الواضح للديانة المسيحية بما تدعوا إليه من وجوب الوفاء بالعهد، إلا أن كثيرا من الكتابات الفقهية ظلت مدافعة عن ما تفرزه الشكلية في العقود، وهو الأمر الذي أخذ مظهر تشريعي كما هو الحال في القانون المدني الألماني.

¹ لبني مختل، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 10.

² محمد إقبال ياسين المشهداني، (الشكلية في القانون والشريعة الإسلامية)، مجلة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد الرابع، العدد الأول، د، ب، ن، سنة 2009، ص ص 178-185.

فجذور القانون المدني الجرمني تعود في هذا الشأن إلى قواعد القانون الروماني، فالتعبير لا يصور في القانون الروماني على أنه أداة تترجم الإرادة، بل هو يعكس في حقيقة الأمر مضمون التصرف القانوني ذاته، ومن ثم كان التصرف ومضمونه في القانون الروماني يكونان وحدة عضوية غير قابلة للتجزئة، لذلك كانوا يستترشدون في تفسير التعبير عن الإرادة بمعيار موضوعي ولا يبحثون عن نية المتعاقد، بل يكتفون بالوقوف عند المظهر الخارجي لهذا التعبير دون البحث عما تكنه نفسية من عبر عن إرادته، ويفسرون ما يصدر عنه من عبارات بحسب المؤلف بين الناس لا بحسب ما كان يقصده المتعاقد شخصياً¹.

أما في الشريعة الإسلامية فقد كان موقف كل من الحنفية والشافعية وكذا البعض من مذاهب الشيعة بالأخذ بالإرادة الظاهرة وكذا بعض المذاهب الفرعية، لأنهم يعولون على الألفاظ والعبارات لا النيات أو البواعث، إلا إذا أمكن استخلاصها من محل العقد ذاته أو كان في الصياغة ما يشير إليه، لأن هدف المذهبين السالفين هو استقرار المعاملات المالية²، وقد قال الإمام الشافعي رحمه الله عليه (أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعبارة بين المتبايعين و أجزته بصحة الظاهر)³، بل الأكثر من ذلك أن المذهب الشافعي لا يبالى بالاعتداد بالنية ما دام العقد صحيحاً⁴.

وكذلك الأمر بالنسبة في بعض من فقه الشيعة الذين يعولون على الإرادة الظاهرة دون النوايا الكامنة في باطن النفس حيث يقول صاحب البحر الزخار (فإن تواطأ على التحليل ولم يشترط عند العقد صح)⁵، أي أنهم يضعون الألفاظ في المقام الأول دون الوقوف عند النية مادام استخلاصها من الصيغة أو المحل رغبة في استقرار التعاملات المالية.

¹ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص28.

² الإمام حافظ محمد بن محمد بن شهاب بن بزاز الكردى، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص35.

³ الإمام محمد بن محمد بن شهاب البرازي، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص179.

⁴ فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص147.

⁵ فؤاد محمود معوض، نفس المرجع، ص152.

يرجعون في ذلك إلى مجموعة من الأدلة القرآنية، قال تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم)¹ ، كما يستدلون على ذلك من السنة النبوية المطهرة بقول الرسول . صلى الله عليه وسلم . (إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس، ولا أشق بطونهم)²، وقول كذلك أيضا (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإن قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله)³.

فالفقه الشافعي ومن ورائه الكثير يولي الأهمية القصوى للعبارات التي تنقسم إلى عدة دلالات من ناحية وضوحها ومدى قوت وضوحها عند التفسير واستخراج الإرادة المشتركة منها، فالعبارة الواحدة تدل على معان متعددة بطرق مختلفة لكنها تؤدي الغرض ذاته في البحث والتتقيب عن ما عسر فهمه عند الوهلة الأولى وهي الإرادة المشتركة التي بدورها توصل إلى النية المشتركة، ومن هنا كان البحث في الدلالات اللفظية والتي تنقسم إلى دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، ودلالة النص، ودلالة الاقتضاء، وإلى مفهوم المخالفة.

فدلالة العبارة هي: المعني المفهوم من العبارة على حسب قوة اللفظ، أو الإشارة، أو أي وسيلة كانت في التعبير عن الإرادة، بمعنى أن المهم هو: المفهوم العام من اللفظ سواء أكان ظاهرا فيها أم كان نصا، وسواء كان محكما أم كان غير محكم، فكل ما يفهم من ذات اللفظ الذي وضع له مهما تكون قوة وضوح اللفظ عليه يعد من قبيل دلالة العبارة⁴.

أما دلالة النص فهي المفهوم الأولى للعبارة التي تدل على مدلول النص من غير استنباط وهذا هو الفرق بين دلالة النص ودلالة القياس، بل يستوي في إدراكها أصحاب الإرادة المشتركة وهما أطراف العقد أو حتى الغير الذين لا يمتد إليهم آثار العقد فمجرد

¹ سورة الإسراء الآية 36.

² الأمام أبي الحسين مسلم النيسابوري، مرجع سابق، الجزء الاول، ص 38.

³ الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل ابن برزويه البخاري، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 420.

⁴ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص 139.

الاطلاع عليه يتبادر مدلوله، ومن دلالة النص العبارات الواضحة التي لا لبس فيها ولا غموض فألفاظها سهلة وأفكارها بسيطة وشروطها معروفة ولا تحتاج إلى جهد فكري لفهم معانيها¹.

أما دلالة الاقتضاء فهي دلالة اللفظ على كل أمر لا يستقيم المعني إلا بتقديره، أي تقدير كل مضاف محذوف يقتضيه الكلام، فهي دلالة لا تفهم من اللفظ ولكن بالتقدير وفي ذلك المبدأ الشهير أن الثابت بالاقتضاء ليس ثابتا بالعبارة بل بصحة الكلام واستقامته². أي دلالة اللفظ على سكوت عنه يتفق صدق الكلام عليه³.

فكثيرا ما يستعمل المتعاقدين المقدر المحذوف كأن يتحدثان سوى عن أساسيات العقد دون تفصيلاته، فعقد البيع حتى ولو لم يتحدثا أثناء وقت الالتزامات كل طرف إلا أنها مقدرة على ذلك، وكذلك الأمر بالنسبة لعقد الإجارة، بمعنى أن ليك التزام أساسيات لابد منها حتى وإن لم تذكر وذلك ربما لطبيعة عرف المعاملة اللفظية، وإنما يستدل عليها من خلال الاستنتاج والنظر⁴.

ويمكن للقاضي أن يستعين بدلالة الاقتضاء كثيرا في عقود نقل الخبرة، أو التكنولوجيا، فمما هو منطقي أن أي عقد يرد على مثل هذه التعاملات أن يلتزم المدين بتعليم الدائن تعليما ينفي عنه الجهالة وإلا اعتبر المدين مقصرا تقصيرا تعاقديا في حق الدائن، بمعنى أنه لم يفي بما عليه من التزام تعاقدية.

¹ محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص143.

² محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص143.

³ محمد الخضري بك، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة السادسة، القاهرة، 1969، ص121.

⁴ د رمزي محمد على دراز، السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص147.

كذلك يمكن للقاضي أن يستعين بدلالة الاقتضاء في تفسير عقود خدمات الإجارة، فإجارة مسكن يعني إيجاره بأساسياته وإن لم يتم ذكرها في بنود العقد كمأرب . مستودع . السيارة، فلا يمكن فصل الجزء عن الكل في حالة التفسير حتى وإن لم يتم ذكرها ما دامت أنها من مقتضياته¹.

أما عن إشارة النص فهي: ما تدل عليه العبارة بغير صياغتها، أي يجيء نتيجة لهذه العبارة فهو يفهم من اللفظ أو من الإشارة أو من الحالة التي عليها أحد المتعاقدين، بمعنى أن العبارة لم تدل دلالة صريحة ولكن اتجاه أحد المتعاقدين أو كليهما أظهرها ماهية وحقيقة التعامل، بمعنى ما يفهم من فحواها لا من صيغتها وقد عرفه الأصوليون أن المنطوق ما دل عليه اللفظ في محل النطق، والمفهوم ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق بل في محل الفهم.²

فهناك وساطة بين المنطوق والمفهوم أو ما تعرف بإشارة الدلالة الغير الصريحة التي تفهم بمجرد الإيماء وقد صدق العرب قديما عندما قالوا (إن اللبيب بالإشارة يفهم)

ولإدراك إشارة النص لا بد من فهمه فهما صحيحا من قبل القاضي المدني، وذلك بإدراك معانيها وخلفياتها ومسبباتها، لأنه كل جزئياتها تعتبر حلقات متكاملات إذا ما نقصت حلقة فإن المعنى يختفي، لذلك على القاضي أن يجري تفسيره بطريقة تحليلية و تفكيكية حتى يتمكن من فهم الحالة، لأنه المكل إليه استخراج تلك المعاني الإلزامية.

وإشارة النص هي على خلاف دلالة النص التي يفهما القريب والبعيد، الفقيه والمتخصص لأن إشارة النص لا يفهما إلا من كان متخصصا في لسانيات التعاملات وأعراف وعادات المتعاملين ، فالعرب يتعاملون بالإشارة.

¹ منذر الفضل، العقود المسماة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1993، ص217.

² محمد الأمين الشنقيطي، مرجع سابق، ص367.

أما عن مفهوم المخالفة فهو: نقيض الدلالات السابقة التي تأخذ من العبارات، لذلك سمية دلالات المنطوق وبمقابل دلالة المنطوق توجد دلالة المفهوم والتي يراد بها مفهوم المخالفة التي هي ما تم النطق به، وللقاضي أن يستعمل سلطته الواسعة في فهم وإدراك مفهوم المخالفة مما هو مطروح عليه.

والتي هي إثبات نقيض حكم المنطوق، أي المسكوت عنه إذا قيدت العبارة بقيد يجعل الحكم مقصورا على حال هذا القيد، فالعبارة يدل منطوقها على الحكم المنصوص عليه ويدل بمفهوم المخالفة على عكسه في غيره موضع القصد وإلا لما كان التقدير، ويكون لعرف التعامل التجاري الدور الكبير في مثل هذه الإشكالية التعاقدية.

ففي الغالب يكون الإشكال في أن أحد أطراف المعاملة العقدية أعلننا قبوله وهو لم يفهم مفهوم مخالفة الإيجاب وبعد انتفاض مجل العقد وحلول فترة التنفيذ يجد نفسه في حالة غرر أو أنه في حالة غبن فاحش بسبب أن أحد مميزات العقد تم استبعادها من العقد أو أنها منقوصة، فهنا تحل سلطة القاضي الواسعة في فهم وإلمام بالفكرة العامة للعقد وتحديد ما قصدته العبارات وما استثنته من أجل الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

إلا أن الحنابلة لا يعتدون بمفهوم المخالفة كطريق من طرق التفسير، لأنه لا يمكن الحكم على مسكوت عنه من خلال منطوقه، وعليه يأخذون فقط بالدلالة المشتقة من المنطوق أو المتلاقية معه في الحكم²، وهو ما يعتبر تفرد عن الجمهور في مسألة اعتبار السكوت دلالة يمكن الاعتداد بها.

¹ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 147.

² محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 150.

ب- الإرادة الباطنية

أما المالكية والحنابلة فإنهم لا يقفون عند حد النص بل يتعديانه إلى البحث عن القصد والدافع فالقصد أولى من اللفظ الذي هو وسيلة إيصال الفكرة وبالتالي العبرة بالنية قال - صلى الله عليه وسلم - (**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوا**)¹ كما أن الإمام ابن تيمية يري أن اللفظ بغير قصد من المتكلم، لسهو وسبق لسن لا يترتب عليه حكم².

وذلك لأن صيغة العقود في الألفاظ التي هي قوالب يعبر بها عن المعاني الموجودة في النفس، فأى لفظ دل على مقصود المتكلم وأبان عن نية فهو المعول عليه، لأن المقصود هو معرفة مواد المتكلم ونيته، ومقصوده من الألفاظ التي يستعملها، فليس للعقود صيغ خاصة، بحيث تنعقد بها دون غيرها، فالعبرة في العقود بالمعاني دون الألفاظ.

وفي هذا قال ابن تيمية (ومما يوضح من أن المقصود في العقود معتبرة دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها، بمعنى أن صيغ العقود ك بعت، واشتريت، وتزوجت، وأجرت، إما اخبارات وإما إنشاءات وإما أنها متضمنة الأمرين، فهي إخبارات عما في النفس من المعاني التي تدل على المعقود، وإما إنشاءات لحصول العقود في الخارج، فلفظها موجب لمعناها في الخارج، وهي إخبار عما في النفس من تلك المعاني، ولا بد في صحتها من مطابقة خبرها، فإذا لم تكن تلك المعاني في النفس كانت خبرا كاذبا، أي إنشاء باطلا)³.

فما يفهم من أحكام الجمهور أن العبارات المنشئة للعقد تكون تلك العبارات ترجمة عما في النفس ودليل على رغباتها وغاياتها، فإذا لم تتوفر في العبارات تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار، لأن العبارات حينئذ لا تدل على القصد النفسي، فلا يكون اختيار في مجرد قصد

¹ الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن برزويه البخاري، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص231.

² الإمام أحمد بن تيمية الحراني، الفتاوى الكبرى، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص161.

³ ابن القيم الجوزية، القواعد الفقهية، دار ابن القيم الجوزية، د.ب.ن، 2001، ص249.

النطق، وعلى ذلك لا يتحقق الاختيار مع عدمها كالهزل، لأن العبارات التي قصد النطق بها في كل هذه الأحوال لا تدل على قصد نفسي وليست ترجما على ما يخالج النفس من رغبات¹.

وهو ما يتماشى والقاعدة الفقهية (مقاصد اللفظ على نية اللفظ)²، وهي قاعد تتدرج تحت القاعدة الكلية الكبرى (الأعمال بالنيات) وتترع عليها، فالمتكلم والمتلفظ بالألفاظ له من وراء لفظه وكلامه مقاصد ونيات يرجوها ويريدها، لذلك فإن مقاصد اللفظ وما يراد بها إنما يعتد بها ويعتمد فيها على نية المتكلم، وقد يكون ظاهر اللفظ غير مراد المتكلم فيعمل بنيته وقصده من لفظه بشرط دلائل وأمارات تدل على تلك النية ما دامت النية والقصد أمران قليبان.

وبالتالي يترتب على الأخذ بنظرية الإرادة الباطنية في كل من القانون المدني والشريعة الإسلامية، أن في القانون المدني في حالة ما اضرمت المتعاقدين في نفسه أمرا لم يظهره وهو ما يعرف بالتحفظ الذهني فإنه يعتد به لأنه جزء من الإرادة الحقيقية، وفي حالة التعبير بالمراسلة فإذا وردت عبارة لا تدل على نفسية المرسل فإنه لا معني للعقد وبالتالي عملا بالإرادة الباطنية سيوسع من سلطة القاضي التقديرية في العقود التي توصف بأنها عقود استغلال وهذا مالا تسمح به الإرادة الظاهرة.

أما بالنسبة الآثار المترتبة عن الأخذ بالإرادة الباطنة في مذهب المالكية والحنابلة أنهما اعتدوا بمقصد العقد، فالعوامل المحيطة لها مكانتها فكل عقد فيه مضنة إلي مفسدة يعتبر بدوره فاسدا حتى ولو كان في ظاهره صحيحا وبذلك سد للزريعة، قال القرطبي (إن الأمر

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، 223.

² محمد صدقي بن أحمد البورنو، مرجع سابق، ص 804.

ليس ممنوعاً في ذاته وأنه يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع¹ ومنها منع بيع الغرر لأنها ذريعة لأكل أموال الناس بالباطل و نتيجتها بطلان عقود المزارعة التي لم يبدو صلاحها كما أبطلوا العقود التي تيرم تحت ضغط أيا كان².

لكن الجمع بين الإرادة الظاهرة والباطنية في الفقه الإسلامي، لأن الشافعية والحنفية والشيعة يعتقدون بالإرادة الظاهرة، الذين يرون أن النية مخبأة في النفس وهي عرضة للتبديل والتغير، مما عني أنها لا تصلح ضابط للحكم، وعلى الجانب الآخر نجد كل من الفقه المالكية والحنابلة يعتقدون بالإرادة الباطنية، فالمقصد هو الضابط للحكم حتى ولو كانت العبارات الظاهرة خلاف ذلك³.

المتكلم بصيغ العقود إما أن يكون قاصداً، فإن لم يقصد التكلم بها كالمكروه والنائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله وقلبه، لم يترتب عليه شيء، لأن أقوال هؤلاء كلها هدر، وإن كان قاصداً التكلم بها، فإما أن يكون عالماً بغاياتها، متصور لها، أو لا يدري معانيها البتة، بل هي عنده كأصوات ينطق بها، فإن لم يكن عالماً بمعانيها ولا متصوراً له لم يترتب عليه أحكامها أيضاً، وإن كان متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها، فإما أن يكون قاصداً لها أولاً، فإن كان قاصداً لها ترتب أحكامها في حقه و لزمته.

وإن كان قاصداً التكلم بها، فإما أن يكون عالماً بغاياتها، متصور لها، أولاً يدري معانيها البتة، بل هي عنده كأصوات ينطق بها، فإن لم يكن عالماً بمعناها ولا متصوراً له لم يترتب عليه أحكامها أيضاً، وإن كان متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها، فإما أن يكون قاصداً لها أولاً، فإن كان قاصداً لها ترتب أحكامها في حقه و لزمته، وأن لم يكن قاصداً لها، فإما

¹ الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، دمشق، د.س.ن، ص59.

² عبد الله بن بيه، (سد الذرائع وتطبيقاتها في مجال المعاملات)، مجلة البنك الإسلامي للتنمية، العدد الثامن عشر، 1997، ص ص30-39.

³ فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص 152.

أن يقصد خلافها، أو لا يقصد معناها ولا غير معناها، فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل، وإن قصد غير معناها فيما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا، فإن قصد ما يجوز له قصده نحو أن يقصد.

وأما في الحكم فإن قترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضا، لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه، وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلا وادعى ذلك دعوة مجردة لم تقبل منه، وإن قصد بها ما لا يجوز بها قصده، فالتكلم بـ "بعت واشتريت بقصد الربا، فهذا لا يحصل مقصوده الذي قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه¹.

ثانيا: الظروف الخارجية

والقاضي في أعماله لسلطته التقديرية، وحتى يكون حكمه صائبا قدر الإمكان عليه أن يلم جميع الظروف المحيطة بالمتعاقدين للوقوف على حقيقة الأمر، قال ابن تيمية () ومما يجب التنبيه له أن التفسير لا يكون إلا بعد إستقراغ الواسع²، ومن الأمور الواسعة التي ينبغ للقاضي النظر إليها لاكتمل اقتناعه الحالة الاستهلاكية والاجتماعية للمغبون.

فلكل مجتمع ثقافته وحضارته ذات الطابع الخاص، فثقافة هي عبارة عن تراكمات تكتلت عبر مئات السنين التي تشكل شخصيته بالمقارنة بالمجتمعات الأخرى، وثقافة وحضارة المجتمع هي مجموعة القيم الجوهرية للمجتمع، التي تتمحور حول عاداته وتقاليد ومعتقداته التي تقوم على شق معنوي تجريدي يمثل القيم الجوهرية للمجتمع، وآخر مادي يتمثل في الناتج المادي لأفراد المجتمع، ويؤدي التفاعل

¹ ابن القيم الجوزية، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص260.

² عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، مرجع سابق، ص235.

المستمر بينهما، ناتج الفرد وقيم المجتمع إلي تحديد نوعية وكيفية الحصول على الحاجيات وقضاء الرغبات¹.

فهناك مجتمعات . الغربية . تسمح لها حضارتها بأن يتعاقد الفرد كيف ما شاء ويحقق ما يريد ولا حرج عليه، انطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية، فله الحرية أن يعقد اتفاقاً على ما يريد وبالطريقة التي يريد، كما تسمح لها حضارتها بأن ينظر إلى التعاقد على أنه وسيلة قانونية من أجل تحقيق حاجيات اقتصادية، وما ينتج عنها لا يخرج مفهوم ربح وخاصرة، فالحياة عندهم فرص في شكل عرض وطلب.

وبالمقابل فإن هذه السلوكيات غير مقبولة في مجتمعات أخرى خاصة المجتمعات الإسلامية، لأن قيمها الجوهرية لا تقر ذلك ولا تسمح به، فالجعلية في الإسلام تنهج منهاجاً خاصاً، بالقول آثار العقد من جعل الشارع الإسلامي ولا سلطان للمتعاقد عليها².

ويكون من السهل على القاضي تفسير عقد والوقوف على حقيقة الإرادة المشتركة لطرفيه إن كانوا ينتمون إلى نفس الطبقة الاجتماعية، لأن قيمهم تكون قيماً متشابهة، فمثلاً من المعروف عن الأثرياء حبهم الشديد لمبدأ الوجاهة في الحياة، فتجدهم يفتنون مستلزمات ثانوية أو كمالية بأثمان باهظة، المهم أن يقال عنها أنها تشكل موضة الساعة.

فالطبقة الاجتماعية التي ينتمي إليها الفرد تأثر على سلوكياته الاستهلاكية، فالقواعد والمعايير التي تحكم سلوك الأفراد المنتمين إلى طبقة اجتماعية معينة تؤثر في أنواع وأسعار السلع والخدمات التي يشترونها وكذا الخدمات التي يحتاجون إليها، سواء كانت خدمة عامة أو خاصة، موسمية أو أساسية.

¹ محمد محمد نبيل، سلوكيات المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 93.

² فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص 101.

فالطبقة العليا من المجتمع، والتي تعتبر طبقة الصفوة الاجتماعية، فأعضائها يتميزون بالفعالية والتأثير في المجتمع، كما أن المنتسبين إلى هذه الطبقة يميلون إلى أنواق وقيم الطبقة الأرستقراطية، وبالتالي من المستبعد إحادة حالة غبن فاحش جراء استغلال من قبل متعاقد آخر على عضو من أعضاء الطبقة، إلا في حالات شادة.

أما بالنسبة للطبقة الوسطى، والتي تتشكل من أسر وأفراد المهنيين، والحرفيين الناجحين، فمعروف عن عملياتهم التعاقدية غالبا ما تأخذ طابع الترشيده، والتريث قبل اتخاذ القرار، لكن هذا التريث لا يمنع من وقوع غبن فاحش في كثير من التعاملات المالية، إلا أن الغبن الواقع في غالب الأمر ليس بسبب طيش بين أو هوى جامع، وإما بسبب عدم الخبرة أو الحالة الضيق التي يعاني منها المقبل على العملية التعاقدية.

أما بالنسبة للطبقة الدنيا قليلة هي الحالات الغبن الفاحش التي يقع المنتسب إليها فيه، وذلك نظرا لقلّة التعاملات المالية الموصوفة بأنها باهظة الثمن، خاصة مع ضعف القدرة الشرائية وارتفاع نسبة التضخم، فضعيف الدخل لا يغدو أن يتعدى التعاقد من أجل الحاجيات الأساسية، التي يستبعد منها عادة الغبن الفاحش، وذلك نظر إما لتفاهة قيمتها المالية، أو لشيوع قيمتها السوقية.

فالطبقة الاجتماعية يمكن أن تساعد في تفسير بعض الحالات النفسية التي كانت السبب في وجود طيش بين أم لا، إذا ما كنا نأخذ في الحسبان أن غالبية ضحايا الطيش البين هم من ميسوري الدخل¹، والذين لا يهتمهم في وقت من الأوقات قيمة المنتج بقدر ما يهتمهم الحصول عليه.

لذلك يمكن القول أن الدخل والطبقة الاجتماعية يؤثران في السلوك الشرائي، لأن الدخل يحكم القدرة على التعاقد من أجل منتجات مثلاً ولو بغبن فاحش، كما أن الطبقة الاجتماعية

¹ محمد محمد نبيل، مرجع سابق، ص 97.

تؤثر في قيم الفرد وفيما يفضل، وبالتالي في مشترياته، فالمنتسب للطبقة الدنيا لا يمكن أن يحتج أنه كان ضحية غبن فاحش بسبب الطيش البين، أي أنه لم يعر أي اهتماما عند عملياته التعاقدية¹.

كذلك تؤثر الثقافة على سلوك المستهلك، مما يعني على القاضي عند الباحث في إرادة الطرفين أن ينظر ولو بقدر المستطاع في مكتسبات كل طرف فيما يتعلق بالتراكمات الثقافية، فالأنوات المستخدمة، و المنتجات، وسلوك المستهلك في أماكن الشراء كلها دلالات تحدد المعيار الثقافي للمتعاقد².

كما أن الإطار الزمني يمكن أن يكون له الدور المهم للوقوف على حقيقة إدراك وقدرة المتعاقد على التريث والتفكير، وبالتالي تلاقي الإرادتين بالصورة التطابقية النموذجية، أم أن أحد المتعاقدين استغل الظرف الزمني للمتعاقد الثاني ليقوعه في غبن فاحش بسبب عملية تعاقدية، فمثلا الشخص المتدين والمتقدم في السن الذي لديه رغبة جياشة في قضاء أواخر شهر رمضان بالبقاع المقدسة، وذلك بسبب الحاجة إلى الاستقرار النفسي والروحي، فتأثير عاملي الديانة والظرف الزمني يمكن أن يجعله ضحية استغلال من قبل شركات الأسفار.

فالحاجة هي التي تؤدي إلى اضطراب سلوك الفرد وبالتالي فقدان القدرة على التركيز والتريث، وهذا ما ينبغي على القاضي أن يحث عنه وفقا لسلطته التقديرية، لأن مجرد الاضطراب يعني عدم توافق الإرادتين نموذجيا، مما يعني كذلك أن العقد قد نشأ و به عيب.

فالحاجة تولد النقص، والنقص يولد الاضطراب النفسي، مما يعني عدم التوازن العقدي وهو ما يؤكد علماء النفس والاجتماع والمختصين بدراسة سلوك المستهلك في مجال

¹ طلعت أسعد عبد الحميد، سلوك المستهلك، مكتبة الشقري، الرياض، 2006، ص329.

² ياسر عبد الخطيب، سلوك المستهلك، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2005، ص303.

التسويق¹، فالفرد ضحية ضغوطات اجتماعية خارجية التي يكون لها التأثير المباشر على إرادة وإدراك المتعاقد المغبون.

فقدرة الدافع المحرك من قبل الاحتياجات كافية في حالات عديدة باتخاذ قرار التعاقد ولو بغبن فاحش، لأن منشأ الدافع يعتمد على وجود الحاجة، لكن الحاجة التي دفع المستغل في أن يتعاقد ولو بغبن فاحش هي حاجة جوهرية في إدراكه وغير قابلة للاستبدال، فالرجل الذي يتوود لخطيبته بأن تقبل به ممكن أن يشتري أي شيء تطلبه إن كان ذلك يدفعها للقبول به.

فالقاضي بإمكانه أن يفسر العقد بناء على سلوكيات المتعاقد، إن كان المغبون فعلاً في حالة طيش أو هوى جامح، وذلك من خلال . كما أسلفنا في الذكر . التقصي عن مكانته الاجتماعية، و نوعية الارتباطات العملية أو العاطفية، حتى يتمكن من الوقوف على الخلفية الحقيقية الدافعة إلى التعاقد ولو بغبن فاحش، وقد لا يكون الدافع هو المستغل بل قديد يكون طرف ثالث وهو المستفيد في كل الأحوال، لأن المخطوبة التي تحتم على خطيبها بأن يشتري لها هدية من المعدن الثمين بمناسبة حدث ما قد لا تكون هي المتعاقد وبالتالي ليست هي المستفيدة من حالات الغبن المادي الناتج عن الهوى الجامح من الناحية التعاقدية، بل هناك التاجر الذي استغل الفرصة السامحة لحالة المغبون.

لكن يظهر تفسير القاضي بناء على سلوكيات المتعاقد المغبون بشكل أكثر وضوحاً في القانون المدني العراقي، الذي يعتبر أن حالة الضيق هي حالة من حالات الاستغلال، فالمتعاقد المغبون الذي أقدمي على اقتناء مستلزمات الأطفال بمناسبة العيد، بثمن يتجاوز ثمنها الحقيقي بكثير، يعتبر أنه ضحية استغلال إذا ما نظرنا إلى الطرف الزمني الذي هو حدث لا يمكن تجاهله ولو بغبن شديد.

¹ محمود جاسم الصميدعي، سلوك المستهلك، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص106.

أو أن العروس المقبلة على موعد زفافها، فإنها كذلك يمكن أن تكون ضحية استغلال من قبل كثيرا من التجار، كغلاء المجوهرات بشكل ملفت للانتباه في موسم الأعراس، فحدث الزفاف هو ما يعتبر بالأداة الدافعة إلى الضيق من أجل إبرام عقد لشراء المجوهرات ولو بغبن شديد.

فالمستهلك حسب القانون المدني العراقي كذلك يمكن أن يكون ضحية استغلال بسبب عدم الخبرة، وهو ما يعني عدم التكافؤ بين المستهلك البسيط والعون الاقتصادي المحترف في مجال تعاقد، فالزبون الذي يقتني منتجا من معرض تحت تأثير دعاية بأن البضاعة تعتبر الأخيرة ونادرة الوجود إلا في المعارض الموسمية، مما تدفع بالمستغل إلا القبول بالعقد ولو بغبن فاحش، في حين أنه يجهل أن المنتج عادي ومتوفر بكميات كبيرة وأنه كان ضحية دعاية كاذبة.

وبالتالي تفسير العقد بناء على الظروف الخارجية يزيد في فهم القاضي، فمن جهة يقف على حقيقة إرادة كل متعاقد تجاه المتعاقد الثاني وما الذي كان يقصده ومن وراء إقباله على العملية العقدية، وهو ما يشترك مع جميع حالات التفسير السابقة، ومن جهة ثانية يفهم الحالة النفسية وكذا الوضعية الاجتماعية لكل متعاقد، مما يعني تحديد مركز كل متعاقد، ومن هو المؤثر ومن المتأثر.

فالقاضي عند تفعيله لسلطته التقديرية لا يمكنه أن يبني قناعته الذاتية بعيدا عن الجانب النفسي والاجتماعي لكل طرف في المنازعة العقدية، لذلك ينبغي عليه أن يحلل ويفكك حالة كل طرف، وذلك بأن يفهما الدوافع والمؤثرات التي كانت في شكل صورة الحاجة، الحاجة التي تعتبر المدخل الرئيسي في إرادة المتعاقد الذي يقبل بالعقد ولو بغبن فاحش.

فحالة الضيق عند الإمام أبو حامد الغزالي، حالة تحول بين المحتاج و المحتاج إليه، وقد أحسن عندما استخدم مصطلح سد الحاجة حيث قال (المال خلق لحكمة مقصودة وهو صلاحه لحاجات الخلق)¹، فمفهوم سد الحاجات بدلا من مفهوم الإشباع، لأن الإشباع فيه مبالغة في سد الحاجة، مما يعني تجاوزه لدائرة الغبن بسبب الضيق الشديد.

فعلى الرغم من أن بعض السلع تعد ضرورة، إلا أن زيادة الكمية المستهلك منها عن الكميات المستهلكة حد الكفاية يحول الكمية الزائدة منها إلى سلعة تكميلية²، مما يعني على القاضي و وفقا لسلطته التقديرية أن يعتبر ما زاد عن الحاجة الاستهلاكية الضرورية خروجاً عن دائرة الاستغلال، لأن الضيق مرتبط في الحاجة في هذه الحالة.

مما يعني أن على القاضي في الفقه الإسلامي عليه في كل حالة أن يحلل الجانب النفسي والاجتماعي لكل متعاقد، فحالة الضيق هي حالة نفسية في شخصية الفرد، لأنها تجعله قليل المقاومة والتأثير في الآخر، وبالتالي يقبل بأي شطر كان إذا ما كان يؤدي إلى الغرض المطلوب، أما حالة عدم الخبرة فهي حالة نقص اجتماعية، خاصة في ظل التطور الهائل والكبير للمنتجات التكنولوجية المتعددة والمتلاحقة.

فالقاضي عليه أن يعرف الخلفية التي كانت وراء إبرام العقد، وعليه كذلك أن يعرف الطريقة التي دفعة بالمغبون إلى قبول إبرام العقد، وهو في هذا لن يبذل جهدا كبيرا، فإذا كانت الوسيلة الدعائية، خاصة القنوات الإشهارية المتخصصة، فمبدئياً يضع المستهلك في خانة عديم الخبرة، أما إذا كان الطرف الزمني هو الدافع التي التعاقد ولو بغبن فاحش فإن القاضي كذلك مبدئياً يضع المستهلك في خانة المصاب بحالة ضيق شديد.

¹ الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص259.

² حنين صليحة، دراسة سلوك المستهلك الجزائري خلال شهر رمضان 1988، رسالة مقامة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1994، ص25.

لكن ما يعزنا أن التقنين المدني الجزائري لا يعتبر الضيق وعدم الخبرة من حالات الاستغلال، وبالتالي عدم شملهما بالحماية اللازمة، أي عدم اعتبارهما حق واجب الاحترام، لأن الحق هو ما ينشئه القانون ويحميه¹، والنتيجة الحتمية لذلك أن القاضي المدني الجزائري لا يمكنه أن يضع في الحسبان حالات الضيق وعدم الخبرة عند بحثه عن الإرادة المشتركة للعقد، وبالتالي تحديد المركز القانونية لكل متعاقد بعيد عن الحالات المستبعدة.

لكن التفسير الصحيح هو ما اجتمع فيه القصد إلى الفعل، وما يترتب عليه من آثار والعبارة الدالة على الإنشاء مع خلوه من يناقض مقصود الشارع، أي أن القاضي عند تفسير للعقد لا يقف عند حد الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل عليه أن يواصل العمل التحليلي من أجل معرفة قصد كل واحد من أطراف العملية التعاقدية إن كان هناك سوء نية التعاقد، وبالتالي غبن أحدهما غبنا فاحشا بسبب استغلال حالة ضعفه.

الفرع الثاني:

القواعد الاحتياطية لتفسير العقد.

إن على القاضي في حالة عجزه في التوصل إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين أن يفسر العقد على أساس ما استقر عليه عرف المعاملة (أولا) ولا على أساس ما استقرت على قواعد العدالة، من مبادئ الأخلاق والقيم الدينية (ثانيا).

أولا: تفسير العقد وفق عرف المعاملة المالية

كثيرا ما يعجز القاضي في التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين، بسبب عدم فهمه لماهية التعامل مما يكون عليه حسب نص المادة 111 فقرة 2 مدني (مع الاستهداء في

¹ أسعد إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 205.

ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات).

فدور القاضي في هذه المرحلة يتعاضد بالبحث عن إعطاء الوصف القانوني أو الشرعي لهذه الواقعة، التي كان الأطراف قد منحوها وصفا سابقا على انعقاد الخصومة، إلا أن ما يميز الوصف السابق أنه وصف ذاتي كل على حسب تفكيره وتكيفه للواقعة، بل وكل على حسب المنحي الذي يكسبه حقا ويسقط عنه مسؤولية أو يهدره الهدف الذي يصب إليه، ولهذا يكون تكيف كل من هما مناقض للتكيف الآخر على الغالب، من هنا كان الوصف التكيف الذي ينزله القاضي بوصفه إنزالا موضوعيا فيما يفترض، وعليه يقوم هذه الأخير بتطبيق القاعدة العامة والمجردة وهذا بإعمال مقارنة بسيطة بين الواقعة المطروحة عليه وبين الواقعة النموذجية المنصوص عليها تشريعا أو ما تعرف بالصورة الحكيمة في فقه الشريعة الإسلامية.

وبالتالي فإن سلطة القاضي في التكيف، تكون في الاختيار بين العديد من النماذج المنصوص عليها تشريعا أو دينيا أما في الأحوال التي لا يوجد فيها نص مكتوب أو قاعدة عرفية، مما يعني على القاضي أن يعود في ذلك مقتضيات العدالة.

وإن كان الأمر يبدو للوهلة الأولى بالشيء العادي فيما يتعلق بالقضايا العادية والتي توصف منازعاتها بالمنازعات الروتينية بالنسبة لقاضي عقود المعاملات المالية، فإن الأمر يكون خلاف ذلك بالنسبة للمعاملات المالية المعقدة، والتي يكون فيها أكثر من عقد مالي بين الطرفين وجميع هذه العقود عقود متداخلة في بعضها البعض والتأثير على الجزء منها يعني التأثير عليها ككل، لهذا تجد القاضي يلتجأ من نموذج إلى آخر، ومن مبدأ فقه إلى آخر.

وأساس القاضي في ذلك أن كل قضية تتكون من عنصرين، الواقعة عند القانونيين أو الفرض عند جمهور الأصوليين في الشريعة الإسلامية، وكذا من عنصر ثاني وهو الحكم عند القانونيين أو الحل عند الأصوليين وحتى يتمكن القاضي من إسقاط أو إنزال الواقعة الأولى، وهي واقعة متجدد ومتغيرة على حسب كل حالة فإن القاضي عليه أن يعدو ثلاثة مراحل، مرحلة التحقيق من وجود الوقائع محل النزاع، ثم مرحلة البحث عن التعريف القانوني لها، وصولاً إلى مرحلة استخلاص النتائج القانونية أو المبادئ التي ينطق بها القاضي على الخصومة المطروحة عليه.

وقد جاء في نص المادة 111 فقرة مدني (أما إذا كان هنالك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

العر ف لغة: المعروف، أي ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم¹، بمعنى مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اضطراد سلوك الناس على نحو معين في إتباعها زمناً طويلاً مع اعتقادهم بالزامها، وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي²، فالقواعد القانونية العرفية تنشأ في ضمير الجماعة، وفي العلاقة بين أفراد المجتمع دون تدخل من سلطة خارجية، وبالتالي تكتسب صفتها الإلزامية نتيجة لاستمرار العمل بها على وجه التكرار واعتقاد المعنيين بها بلزوم إتباع أحكامها في الحالات المماثلة³.

¹ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص 210.

² محمد سعيد جعفر، المدخل إلى العلوم القانونية: نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2011، ص

³ حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 48.

و العرف هو المصر الثالث في القانون المدني الجزائري طبقا للمادة الأولى الفقرة الثانية منه (وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف)¹.

أما في الشريعة الإسلامية فالعرف فيها يحتل المكانة الثانية، أي المصادر الاحتياطية بعد المصادر الأصلية، الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس وهي ما تعرف بالمصادر الأصلية المتفق عليها، قال تعالى (خذ العرف وأمر بالمعروف) وقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم . (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله أمر حسن)²، مما يعني أن العرف هو وسيلة من وسائل الأحكام الفقهية والقضائية في الإسلام.

لكن يجب التنويه إلى أن هناك فرق بين العرف والإجماع، بحيث يتفق العرف والإجماع في أن كليهما اتفاق مجموع إرادات على أمر معين إلا أن هناك فروقا بينهما، ومنها أن المعتبر في العرف توافق أغلب الناس على أمر معين عامهم وخاصهم، أما الإجماع فالمعتبر فيه اتفاق مجتهدى الأمة خاصة، كما أن العرف يتحقق بتوافق الأغلبية أو الأكثرية، أما الإجماع فيتطلب اتفاق الجميع دون استثناء، وبالتالي فالثابت بالإجماع كالثابت بالنصر لا مجال للاجتهاد فيه بعد ثبوته، أما الحكم الثابت بالعرف فهو يقبل التغير إذا تغير العرف الذي أسس عليه.

وقد كان للعرف دور مهم في المجتمعات القديمة خاصة المجتمعات القبلية³ كما هو الحال عند العرب في فترة الجاهلية و استمر الحال عليه لكن مع اعتباره كمصدر احتياطي

¹ أما العرف في القانون المدني المصري فإنه يحتل المرتبة الثانية، بحيث أنه يتقدم على الشريعة الإسلامية و ذلك نظرا لاختلاف الطوائف الدينية والجماعات الإثنية، لذلك فإن للعرف دور محوري في جعل المجتمع مجتمعا متجانسا، أما في بالنسبة للمجتمع الجزائري فالوضع مختلف بسبب وحدة الدين وغالبية المذهب المالكي قد جعلنا للعرف دور ثانوي هامشي.

² محمد عبد الجوار محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص144

³ للعرف دور مهم في حل المنازعات بالنسبة للمجتمع الأمازيغي منذ القديم، وتوجد هيأت . تاجماعت . متكونة من أعيان وكبار عقلاء المجتمع الأمازيغي، وهي بمثابة الجمعية العامة للقرية التي تتولى مهمة حل المنازعات وفق ما تعارف عليه

سواء في الحكم أو التفسير ، وكذلك بالنسبة للنظام الأنجلوساكسوني الذي يعتمد فيها القاضي على السابقة القضائية في أحكامه وتفسيراته، ولا وجود عندهم لتقنين للمعاملات المالية¹.

ويستمد العرف حجته الملزمة، من إرادة المشرع حسب المادة الأولى مدني، كما يستمد العرف قوته الملزمة من الضرورات الاجتماعية، لأن حاجة الناس إلى قاعدة تحكم علاقاتهم اقتضت نشوء العادة و اطراد الناس على إتباعها أفضي إلى استقرارها وشعورهم بضرورة الالتزام مما أدى إلى انقلابها عرفاً، فرتقاها من عادة اجتماعية إلى قاعدة عرفية يكسبها ركنان هما.

لكن ما يهم . في هذا البحث . أن العرف التفسيري يستمد قوته من نص المادة 111 فقرة 2 مدني، والتي جاءت خاصة بتفسير العقود، حيث أعطى سلطة التفسير وفقاً لما يقتضيه العرف الجاري العمل به في المسألة التي ثار التساؤل حولها، فيشترط لإعمال العرف أن يكون هناك إبهام في العقد².

ولإعمال العرف كآلية لتفسير العقد يجب التفريق بينه وبين ما يشبهه من آليات فالفرق بين العادة والعرف، فالعادة هي مرحلة أولية لتكوين العرف، مما يعني أن العرف يؤخذ عليه، أما العادة فلا حتى ترسخ عندها تصبح عرفاً، أما فقها الشريعة الإسلامية فلا يفرقون بين العرف والعادة، فهم يتحدثون عن اعتبار العادة عرفاً³.

السكان، وفي الحالات المستجدة تفوض اختصاصاتها وسلطاتها للقضاة المحكمين، لكن تبقى لها سلطة تنفيذ أحكام المحكمين مع تسجيل الأحكام الحساسة في سجل خاص يحتفظ به رئيس القرية. لمزيد من الإيضاح أنظر لحسن بن شيخ أث ملويا، القانون العرفي الأمازيغي، دار هومة، 2001، الجزائر، ص 66.

¹ محمد عبد الجوار محمد، مرجع سابق، ص 138.

² عاشور فاطمية، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 51.

³ الإمام جلال الدين السيوطي، مرجع سابق، ص 81.

وبالمقابل كذلك نجد أن الفقه الشريعة الإسلامية كذلك اعتمدت على العرف كوسيلة لتفسير العقود طبقاً للقاعدة الفقهية (أن المطلق من الكلام يتقيد بدلالة العرف)¹، أي تعلق دلالة اللفظ عند الإطلاق وما الذي يقيد ذلك الإطلاق، فنعند إطلاق الكلام أو الألفاظ تحمل مدلولاتها على معاني كلام الناس وما يقصدونه وما يفهمونه بينهم بناء على العرف والعادة السائدين بينهم، ولا يجوز حملها على معانيها اللغوية إلا إذا قامت الأدلة على إرادة ذلك، لأن العرف كما يفيد أفعال الناس يفيد كذلك مخاطبتهم، ما لم يدل دليل أو قرينة حال أو قصد على خلاف العرف أو العادة².

أما إذا خالف العرف نص قاطعاً، كتعامل بالربا فهو مردود التفسير على أساسه، وإلا كان إهمال لنصوص قاطعة، لأن الشريعة جاءت لتبطل المفسد والعرف هو وسيلة تقرير حقوق طبقاً لما استقر عليه تعامل المجموعة وهو بمثابة إجماع مما يجعل المرحلة الأولى لتشكل القاعدة الفقهية سواء في الحكم أو التفسير، فعمل أهل المدينة في التعاملات المالية من المصادر التي أعتمد بها الأمام مالك في مذهبه لذلك يقال أنه مذهب أهل المدينة.

والعرف نوعان إما عام أو خاص، فالعام الذي اتفق غالبية الناس وهوة بمثابة إجماع مجتمع كعمل أهل المدينة . كما شرحنا آنفاً³ . وهنا لما مشكلة للقاضي بأن يستتبط بفضله الإرادة المشتركة للمتعاقدين و بعدها يسقط عليه الحكم الواجب التطبيق، أما العرف الخاص هو الذي يسود طائفة من الناس كعرف التجار أو عرف الزراع ونحو ذلك³، وبالتالي على القاضي أن يبني اجتهاده في التفسير على عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف

¹ محمد صدقي بن أحمد البورنو، مرجع سابق، ص 677.

² داود صالح عبد الله، (أثر العرف في الفتوى وتطبيقاته في البيوع عند الحنفية، كتاب الاختيار نمونجا)، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد السابع، العدد الثالث، كلية الإمام الأعظم، د ، ب ، ن، ص ص 105-115.

³ محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، إجابة السائل شرح بغية الأمل في أصول الفقه، مكتبة الجيل الجديد، الطبعة الثانية، صنعاء، 1988، ص 262.

الحادث وكان أمامه عرف زمان غير الحادث لقال بخلاف مقاله في زمان العرف الأول¹، ولذلك لا بد من معرفة عادات الناس وطبائعهم لأن الأحكام تختلف باختلاف الزمان والمكان ولأن مبدأ الشريعة الإسلامية التخفيف من أجل دفع الضرر لبقاء استقرار التعاملات.

والعرف يمكن القاضي من استعمال سلطته التقديرية فهو حر في الأخذ بأي حكم أي كان، لذلك نجد أن المتأخرين خالفوا المتقدمين في كثير من المسائل المبنية على العرف الماضي إذا خالفت العرف الحاضر بل و شراح مدونات المتون خالفوا الأعلام².

وفي هذا قال ابن عابدين (لا بد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به الصائق والكاذب ثم يطابق هذا وهذا فيقضى الواقع حكمه من الواجب ولا يجزى الواجب مخالفا للواقع وكذلك المفتى الذي يفتى بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام وأنه مخالف للنص أولا ولا بدله من التخريج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل)³ فالقاضي عندما يطرح عليه النزاع ويكون العرف هو الملجأ الأول في المصادر الغير المكتوبة، فله سلطة الأخذ أو الرد ولا سلطان عليه إلا من ناحية التسبب الكافي وهو قانون قبلي يقضى به لمن طلبه⁴.

والعرف كذلك إما قولي أو فعلي، فالقولي كأن يكون الناس قد تعارفوا على اللفظ العام على بعض أفرادهم ولهذا اتفق الأصوليون⁵ على تخصيص العام لأن الشارع إنما يخاطب الناس بما تعارفه من الإطلاق، أما العرف العملي فهو أن يكون اللفظ سمى عام لم يتعارف

¹ إسرائ فهمي ناجي، (العرف ودوره في استنباط الحكم الشرعي)، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثالث، كلية القانون، جامعة كربلاء، سنة 2011، صص 117-125.

² ومن ذلك تضمين الأجبر حيث شاع الفساد وخيانة الأمانة فأصبح الاحتياط يوجب تضمينه ليحفظ ما تحت يده، لمزيد من الإيضاح أنظر: علي محي الدين علي القره داغي، مرجع سابق، ص32.

³ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، من دون بلد نشر، 1958، ص277.

⁴ أبي العباس أحمد بن يحيى الوئرشى، المعيار المعرب، الجزء الثالث، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1981، ص36.

⁵ حسام الدين بن موسى عفانه، شرح الورقات، د.ب.ن، د.س.ن، 1999، ص92.

اناس إطلاقه في بعض أفرادهم ولكنهم لا يستعملون إلا بعض أفرادهم، مثال ذلك كلمة (الطعام) فإنها موضوعة في اللغة لكل ما يطعم ويستعملها الناس في ذلك¹.

والقاضي في تفسيره للعقد وفقا للعرف المعتاد فإنه يفسره وفقا للمعيار الموضوعي، أي الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة التي تعطي قيمة كبيرة للعبارات والألفاظ ، فالألفاظ التي ثم بها صياغة العقد لها قيمتها في حد ذاتها لأن العقد ليس مجرد آداة لتبادل الأموال والخدمات بل يجب الوقوف عند حد العبارة والتخلي عن المجاز وعن النية المشتركة للمتعاقدين واللجوء إلى العرف وطبيعة المعاملة للتوصل إلى تفسير العقد وهذا أمر منطقي للقاضي إذا لم تسعفه نظرية الإرادة الباطنية².

ثانيا: تفسير العقد وفق قواعد العدالة

العدالة لغة: الاستقامة، أما في الاصطلاح الفقهي هي القواعد المستمدة من وحي العقل التي ترمي إلى تعميم مفهوم الأحكام وتوسيعها³، مما يعني إنها مجموعة قواعد تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلو منصفة، فالعدالة تعني التعبير عن الشعور بالمساواة التي تبني على الوضع الغالب في المجتمع، أي الشعور بالإنصاف، وهو شعور كامن في النفس البشرية يكشف عنه العقل السليم بوحي من الضمير النقي مراعيًا دقائق الظروف بشكل يهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه.

فقواعد العدالة في حقيقة أمرها هي جوهر القانون الذي يستهدفه المشرع في وضع القواعد التشريعية، لذلك هي عامل من العوامل الاجتماعية شأنها شأن القيم الدينية والأخلاقية التي تتفاعل وتتحد مع العوامل الأخرى الطبيعية والاقتصادية والسياسية لتكون

¹ محمد الخضري بك، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة السادسة، مصر، 1969، ص185.

² وليد صلاح مرسى رمضان، مرجع سابق، 152.

³ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة العاشرة، الجزائر 2008، ص

المادة الأولى للقانون¹، مما يعني أن قواعد العدالة تقيد المشرع بحيث يلتزم بعدم الخروج على المبادئ التي تملئها عليه بما يسن من قوانين، أما القاضي يتأثر بها بشكل أشد لأنه يلتجأ إليها عندما لا تمده مصادر القانون الرسمية الأخرى بقواعد تمكنه من حل النزاع المعروض عليه.

يرى أنصار مذهب العدالة الاجتماعية أن القانون كظاهرة اجتماعية، مشتق من المشاهدة والتجربة، لا على أساس من مثل عليا . مما وراء الطبيعة . أو على أساس فلسفي متلما يراها أنصار المذهب الفردي، لأنه محض خيال، فالفرد لا يمكن أن يعيش إلا في وسط بيئة اجتماعية متضامنة فيما بينها، بحيث يشكل كل جزء حلقة مهمة في تركيبة الكل.

لذلك فإن المشرع من خلال المادة 111 فقرة 2 مدني قد استعانة بمفهوم العدالة من أجل تفسير العقد، وذلك بإصدار حكم موضوعي بأن الشك يؤول للمدني كقاعدة عامة في حالة استحالة الوصول إلى حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أي التفسير موضوعي² لحالة العقد وفق لمظهره الخارجي أو لما يجب أن يكون عليه، والسبب في ذلك أن القاضي استحال عليه الوصول إلى معرف الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي يدعي أحدهما أنه عند إبرام العقد إرادته لم تكن في مثل إرادة الطرف الثاني مما جعله ضحية استغلال مفرط.

لكن الاستعانة في مثل هكذا حالت لتفسير العقد على أساس قواعد العدالة من أجل الوصول إلى معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا ترشد إلى وسيلة يمكن معها معرفة حقيقة نية كل متعاقد خاصة نية الطرف الغائب، إن كان حقيقة سوء نيته أم أنها مجرد افتراءات من قبل متعاقد قد خاب ظنه في ربح كان يقصده.

¹ محمد رضوان بن خضراء، (قواعد العدالة)، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد الحادي والثلاثون، مطبعة جامعة الدول العربية، القاهرة، 2005، ص ص 93 - 103.

² خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 137.

وبالتالي فإن تفسير القاضي للعقد على أساس قواعد العدالة لا تعطيه حلول قطعية ثابتة، وإنما تملأ نفسه شعورا بالإنصاف، فهي لا تملئ عليه حكما قاطعا ولا تلهمه معيارا دقيقا ثابتا، وإنما يتجلى أثرها في التخفيف من صرامة الأحكام من جهة وفي سد المنافذ أمام القاضي عن طريق النكول عن الأحكام بحجة انتقاد المصادر الرسمية للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق في التفسير على ما يعرض عليه من قضايا من جهة.

كما أن قواعد العدالة يشوبها الغموض والنشئت¹، فيها ليست واضحة المعالم والمدلول بسبب تغير مفاهيمها وحدودها بتغير الظروف والحاجات، كما أنها لا تستقر في موطن واحد، لأنها تستمد من مثل أعلى يلهم النفوس شعورا بالإنصاف، وبسبب ذلك يتعذر التعرف بدقة على هذه القواعد كما يعسر الإمام سلفا بأحكامها ولذلك يكون جزاءها أدبيا، لأنها أضعف قوة من القواعد القانونية وهو ما يعني إفراغها من محتواها القضائي².

المبحث الثاني:

دور القاضي في معالجة حالة الاستغلال العقدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

بعد أن ينتهي القاضي من المرحلة الأولية والأساسية في فهم ووقوفه على حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين من تفسير وتحليل ألفاظ المتعاقدين يقوم القاضي بالتدخل كطرف تفرضه الحاجة الملحة من أجل استتباب العدالة العقدية، فإن التزامات الطرفين متساوية من الناحية القانونية بأن لم يصل لحالة الغبن الفاحش حكم بإلزام الطرفين بالوفاء بما عليهما من

¹ دينيس لوليد، فكرة القانون، عالم الكتب، الكويت، 1981، ص112.

² محمد رضوان بن خضراء، مرجع سابق، ص91.

التزامات، وإن كان محل لتعديل كفة الالتزامات تدخل وفق سلطته التقديرية لذلك (المطلب الأول).

لكن إذا استحالة التسوية العقدية، عن طريق التقليل من حدة الغبن الفاحش بسبب تعنت الطرف الغابن، وعدم اكترائه لفداحة الالتزام الذي منى به المتعاقد الثاني بسبب الغبن الفاحش، فإن الأمر لن يبقى حالة حتمية، بل القاضي يتدخل بناء من المغبون لفسخ ما كان بين المتعاقدين من التزام وإعادة كل متعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد من دون أن تكون له سلطة في ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إعادة التوازن العقدي في العقد الذي يرد على حالة الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الأصل العام أنه لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يعدلا العقد ولا يمكنه التجرد من التزام قد ساهم في تشييده وفق لمبدأ حسن النية، الذي يمنح مشروعية المطالب الوفاء بالالتزام، سواء إن تعلق بتسليم شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فبنود العقد لا تقل عن النصوص القانونية عند القاضي باعتباره رجل السلطة المشرف على تطبيقه وفقط وهذا سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني (الفرع الأول).

لكن هذا الأمر الأخير لا يمكن إطلاقه بلا قيد، فحدوث حالة الاختلال الفادح في التوازن العقدي يدفع بالقاضي إلى التدخل من أجل تحقيق للعدالة العقدية وتخفيفا عن كاهل المتعاقد الضعيف ورفعاً للغبن المسلط عليه وللقاضي الدور الكامل وإن كان قاضي الفقه الإسلامي يحوز سلطة أكبر مما يحوزها قاضي القانون المدني، فمبدأ الجعالة واعتبار الآثار مقدرة مسبقا وما على الطرفين إلا تقفي الأثر (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تنفيذ العقد كأصل عام

إن العقد الصحيح المبني على حسن النية وشرف التعامل يولد التزاما على عاتق المدين المطالب بواجب التنفيذ عن طريق الالتزام بالتسليم إن العقد يرد على بيع (أولا) وبالقيام بعمل في عقود الخدمات (ثانيا) بل حتى الامتناع عن عمل في التي تعتبر خدمة في حد ذاتها (ثالثا).

أولا: الالتزام بالتسليم

طبقا للمادة 160فقرة 1 مدني (المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به)، فتنفيذ الالتزام يعني، التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، مما يعني عدم جواز نقض العقد، أو تعديله - كقاعدة عامة - إلا باتفاق الطرفين، طبقا للمادة 106 مدني، وكذا عدم جواز تدخل القاضي ليزيد أو ينقص من التزامات العقد - كقاعدة عامة أيضا - على جميع ما تعهد به، وهو ما يفرضه حسن النية في التعامل.

فالمادة 107 مدني (يجب أن ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية)، أي تنفيذ العقد ومقتضيات حسن النية، وهو ما يتضح جيدا من خلال المادة 197 مدني كويتي (...على أن طريقة تنفيذ العقد يجب أن تتمشى مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل)، وبالمقارنة تتضح أن المادة 107 مدني والتي تقابلها المادة 148 مدني مصري والمادة 1134 مدني فرنسي قد اعتدوا بمعيار ذاتي وهو نية المتعاقد، بينما المشرع الكويتي قد جمع بين معيارين أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد والثاني طريقة المعاملة¹.

¹ أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقد من الفسخ، المكتبة العصرية ، د.ب.ن، 2007، ص19.

فالعقد الصحيح، المبني على حسن النية وشرف التعامل يولد التزامات على عاتق المدين¹ المطالب بتنفيذه فوراً طبقاً للمادة 281 فقرة 1 مدني (يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)، والالتزامات المطالب بتنفيذها هي الأداءات المحددة في العقد الذي يعتبر مصدر للالتزام، وهو ما يقصد به تنفيذ التزامات العقد التي يتم التوصل إليها عن طريق تفسير العقد وتحديد نطاقه سواء كانت هذه الالتزامات اشتمل عليها العقد أم كانت من مستلزماته، ففي عقد البيع مثلاً يلتزم البائع بتسليم الثمن وتسليم المثلث والعكس كذلك صحيح بالنسبة للمشتري².

وفي عقد الإيجار يلتزم المجر تسليم عين الإيجار في الوقت الذي يلتزم المستأجر بتقديم مقابل الإيجار، وفي عقد النقل، الأشخاص أو الحيوانات أم الأشياء فإن الناقل يلتزم بإيصالهم إلى الوجهة المحددة سلفاً وأن يوصلهم على أحسن وجه ممكن، في المقابل يلتزم الركاب أو الملاك الحيوانات أو الأشياء بدفع قيمة تذكرة الركوب، فهذا الأمر وإن لم يكن منصوص عليه إلا أنه يعتبر من مستلزماته طبقاً للقواعد العامة للعقود.

فتنفيذ الالتزام هو دين على كل مدين في العملية التعاقدية، أي أنه حق للدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني ولا يجوز للمدين أن يمتنع عنه، بل يجبر على القيام به متى كان ذلك ممكناً ولا يستطيع المدين إجبار الدائن على قبول التنفيذ عن طريقة التعويض³، كما أن تنفيذ الالتزام هو حق كذلك للمدين، فالدائن ملزم بأن يقبل ما قام به المدين في حدود ما اتفقا عليه، ولا يقبل منه رفضه والعدول عنه إلى طلب التعويض.

¹ يقول الاقتصاديون: إن الإنسان خلق مديناً لمثله، فعلى كل واحد عمل يؤديه نحو مشابهه، لكن القانونيون يقولون: خلق الإنسان حراً غير ملزم بعمل نحو مشابهه من التزام ما لم يكن هناك ما يلزمه، كالعقد.

² فريدريك رسل، أسس فن البيع، دار المعارف المصرية، مصر، 1969، ص 62.

³ أحمد محمد أحمد كامل، العقد، المكتبة الجامعية، القاهرة، 1989، ص 37.

ومن ناحية ثانية التزام المتعاقدين قاصر على من يكون داخلا في نطاق العقد سواء كان هذا الالتزام منصوص عليه في بنود العقد، أو كان من مستلزماته وملحقاته، وبالتالي لا يمكن بأي حال أن يجبر المتعاقد على تنفيذ التزام لم يكن واردا في نطاق العقد، إلا ما كان ما يعتبر من ملحقاته أو أن طبيعة التعامل تفرضه إلى جانبه.

فإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء معين بالنوع، كأن يلتزم البائع بتسليم المبيع كأصل عام، لكن هناك حالات تنتقل الملكية من تلقاء نفسه وبحكم القانون، بل يشترط لانتقالها أن يقوم البائع بإفراز الشيء المراد بيعه عن باقي الكميات الأخرى المختلطة به، أي أن الملكية تنتقل من لحضت الإفراز¹ وهو ما نصت عليه المادة 166 فقرة 1 مدني (إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء)، ويكون ذلك في الأشياء التي لا يتم تعيينها إلا بعد إفرازها عن مثيلاتها.

ثانيا: الالتزام بالقيام بعمل،

قال الإمام القسطلاني في تعريف العمل (حركة البدن ب كله أو بعضه، فعلى هذا يقال: العمل إحداث أمر، قولاً كان أو فعلاً بالجراحة)²، وقال كذلك الإمام الغزالي (وعلى هذا يكون المراد بالأعمال هنا ما يشمل أفعال الجوارح من قول أو فعل، ويدخل في ذلك الترك، فإنها فعل على الراجح من أقوال أهل العلم)³، والالتزام بالقيام بعمل قد يكون التنفيذ العيني فيه ممكناً دون تدخل المدين، كالالتزام بنقل الركاب، أو نقل حيوانات، أو بنقل بضاعة، وقد لا يكون ممكناً إلا بتدخل المدين ذاته كالالتزام بأداء دور مسرحي أو

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص426.

² عبد السلام إبراهيم بن محمد الحصين، القواعد والضوابط الفقهية، الجزء الأول، دار التأصيل، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002، ص321.

³ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، الجزء الأول، مرجع سابق، ص90.

غناء، في الحالة الأولى متى امتنع المدين عن التنفيذ أمكن الوصول إلى التنفيذ العيني، لكن على نفقة المدين الممتنع.

فالمادة 170 مدني تنص (في الالتزام بعمل، إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً)، أما في الحالة الثانية فلا مفر من اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض وهو ما نصت عليه المادة 169 مدني (في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين)، وهو ما سيسمح بالمساعدة على أساس المسؤولية العقدية¹، و محل الالتزام قد يكون التزام بالقيام بعمل، وقد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية.

أ- الالتزام بتحقيق نتيجة، معناه الوصول إلى الغاية المرسومة سلفاً، كالالتزام بدفع مبلغ النقود أو تشيد المنزل أو دفع قسط التأمين المادة ... قانون التأمين²، أو دفع قيمة أتعاب الطبيب المادة 145³ أو قيمة أتعاب المحاماة، وبالمقابل فإن المتعاقد الثاني إن كان من شريحة الحرفين فإن التزاماتهم فيها شق كبير يلتزم المدين فيها كذلك بتحقيق نتيجة، كإجراء الطبيب للفحوصات اللازمة للمتعاقد⁴، أو إيصاله إلى النقطة التي يريد الوصول إليها، أو تسليمه البضاعة التي ينتظرها، وبالتالي يكون الإخلال بالتزام تعاقدى بمجرد عدم تحققها، ولو بذل الملتزم كل جهده.

¹ دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص13.

² أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتضمن قانون التأمينات، معدل ومتمم.

³ مرسوم تنفيذ رقم 29-276، مؤرخ في 06 جويلية 1992، يتضمن قانون أخلاقيات الطب، معدل ومتمم.

⁴ لا يمكن إطلاق صفة المريض على كل من يتعاقد مع شريحة الأطباء، لأن هناك مجال واسع لفحوصات طبية لكن ليست على أساس مرضي، بل ممكن استشارات روتينية، أو العقود الطبية المتعلقة بالهندسة الجمالية، أو الاستشارات الطبية العامة، كأن تتعاقد قناة إعلامية على أساس أن يجيب الطبيب على جميع تدخلات وإنشغالات المتابعين للحصة التي تقدمها الجهة الإعلامية، فالعقد المبرم ما بين القناة الإعلامية والجهة الطبية، سواء كان طبيباً عاماً أو متخصصاً، وسواء كان طبيباً واحداً أو فريقاً طبياً.

ب - الالتزام ببذل عناية، معناه بذل قدرا معيناً من الحرص من أجل الوصول إلى الهدف المعين، دون الالتزام بتحقيق هذا الهدف ذاته، أي عمل لا يضمن المدين من خلاله تحقيقه للنتيجة المنتظرة، ومعياره في ذلك معيار الرجل المعتاد وهذا ما نصت عليه المادة 127 فقرة 1 مدني (في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك).

فالالتزام الطبيب ببذل عناية إيجاد الدواء القادر على تحقيق الفعالية المطلوبة¹دون التزام بنتيجة الشفاء – لأنها بيد الله جلا شأنه – فما على الطبيب إلا بذل العناية المطلوبة منه، وهي عناية صادقة يقظة، حريصة في أداء الواجب دون أي تهاون.

لكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون الاتفاق على تحقيق نتيجة، ومن ذلك كجراحات الهندسة التجميلية – عملية التجميل – لأن المتعاقد الدائن لولا الغاية التي يصب إليها لما قبل بأن يخاطر بجسده وتحمل العواقب في حالت الفشل، ولذلك تكون التعهدات في هذا النوع من التعاقدات بأن يبذل عناية أكبر من عناية الرجل العادي – كقاعدة عامة – مما يعني أنها زيادة في التزام من جهة المختص بذلك.

ثالثا: محل الالتزام بالامتناع عن عمل

¹ معيار الرجل العادة – كقاعدة عامة – يمكن إسقاطها على الطبيب المتعاقد من خلال التزام طبيب عادي، مشابه له من حيث الإمكانيات المادية، من تجهيزات ومعدات، وكذا مشابه له من حيث المستوى العلمي، فالطبيب العام ليس كالمختص، وكذا مشابه له من حيث الزمان والمكان، فطبيب المدينة ليس كطبيب القرية وطبيب العاصمة أو المستشفيات الجامعية ليس كطبيب في قرية في أقصى الجنوب الجزائري، أما من حيث الزمان فإن طبيب السبعينيات ليس كطبيب ليس كطبيب الأيام هذه، لأن الأبحاث العلمية تقدمية و الكشافات الطبية التحليلية تعمقت، والنتيجة تحقق تقدم علمي هائل.

ويكون تنفيذ هذا الالتزام بعدم القيام بعمل، سواء أكان عام أو خاص على حسب مقتضيات العقد أو العرف، كأن يلتزم فنان في مجال الغناء ألا يحيي أي حفلة أخرى، وأن يبقى حكرًا على المتعاقد ولا يتعامل مع أيًا كان، مما يعني أن مجرد امتناعه عن دعوة غيره للغناء يعتبر وفاء للالتزام، وفي حالة قبوله للعرض يعتبر إخلال بما عليه من التزام، وبالتالي توجب مسألتها مدنياً، المادة 137 مدني (إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين)¹،

إن نص المادة 106 (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون) فالأصل أن العقد يلزم أطرافه بكل ما ورد فيه، فله القوة الملزمة التي تحتم على أطرافه تنفيذ كل ما اشتمل عليه، فهو شريعتهم التي لا يستطيع أحدهم بحسب الأصل أن يغير منها بالنقض ولا بالتعديل، فالعقد يعد بمثابة القانون الذي يطبق في علاقة أطرافه، أي أن القاضي يطبق بنود العقد كما جاءت كما لو كان يطبق القانون في قواعده الآمرة.

وإذا كان في بداية الأمر أن أساس العقد شريعة المتعاقدين هو مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني، بمعنى الفرد لا يلتزم إلا بمأراد، وإذا كان أساسها في الفقه الإسلامي احترام العهد، قال تعالى (**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً**)² إلا أن في العصر الحديث قد ترسخ مبدأ ثلاث حتى تستقر التعاملات الاقتصادية ولا تضطرب المراكز القانونية.

¹ إن هذه المادة الأخيرة تحمل في طياتها بذور فنائها من الناحية العملية، لأنه كيف يمكن أن يطالب بإزالة ما وقع بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل، كما أن المادة أحرجه القاضي في إدخاله في أمر ليس من اختصاصه وهو بناء العقد، فالقاضي يفسر العقد وكذلك يحدد قيمة التعويض لكن لا يمكنه البحث عن من يوفي بالالتزام بالامتناع عن عمل مكان المدين الأول.

² سورة الإسراء الآية 34.

فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين مؤداها عدم استقلالية أي من طرفي العقد بنقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون، ويبنى على ذلك أنه إذا توافرت في العقد أركانه من تراضي ومحل وسبب فإنه يقع صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين ما لا يكن القانون قد نص على خلاف ذلك في حالة لم يكن فيها عيب مس مبدأ سلطان الإرادة، لأن العقد قانون العاقدین، فالخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون العام¹.

وينتج عن تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن يلتزم الطرفان بأداء ما يقع عليهما من التزامات متبادلة سواء كانت طبيعة العقد الالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل حسب المادة 54 مدني².

أما الأثر لغة: الخبر والتبعية³ فكل عقد له أثره الخاص به، فعقد البيع أثاره نقل ملكية المبيع إلى المشتري والتمن للبائع، وفي الإيجار يترتب عليه حق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة وحق المؤجر في تمليك الأجرة، وفي عقد العمل نقل قيمة الإعتاب للعامل والمنفعة للرب العمل، وفي التأمينات نقل القسط لجهة الضامنة وكذا الحماية للمتضرر عند تحقق الخطر...إلخ.

والعقد الصحيح في الفقه الإسلامي إما أن يكون فيه خيار أو لا، والذي لا خيار فيه ففيه أحكام أصلية وأخرى فرعية، ففي الأصلية ثبوت الملك للمشتري والتمن للبائع، وبالتالي لا بد من معرفة الثمن والمثمن لمعرفة حكم البيع إن كان فيه غبن أم لا، أما بيان صفة الحكم فله أمران، إما اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدین بالفسخ، والأمر الثاني الحلول وثبوت

¹ أكرم محمود حسين و محمد صديق محمد عبد الله، (موضوعية الإرادة التعاقدية دراسة تحليلية)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد التاسع، العدد الحادي والثلاثون، السنة الثالثة، 2007، ص ص 65 - 72.

² عد إلى الصفحة رقم

³ محمد بن يعقوب القيروز أبادي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 375.

المالك في البدلين في الحال، هذا بخلاف البيع بشرط الخيار، لأن الخيار يمنع انعقاد البيع وبالتالي لا يكون وجه للتملك.

فمن أحكام البيع، مثلاً وجوب التسليم المتبادل بين الثمن والمثمن، لأن العقد أوجب المالك في البدلين¹، قال السيوطي (كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده وأثاره فهو باطل لا يعتد به)² وعند المالكية تتحقق آثار العقد بمجرد تحقق العقد في الحال³، البيع في المثليات، إلا إذا كانت طبيعة العقد تقتضي التحقق المستقبلي كعقد السلم والبيع المؤجلة.

الفرع الثاني:

تعديل الالتزام العقدي في حالة الاستغلال.

إن القاضي في الشريعة الإسلامية يجد أساسه من أن المسببات من فعل الأفراد والمسببات من إرادة الشارع وعلى القاضي ألا ينحرف عن قاعدة الجعالة (أولاً) أما بالنسب للقاضي في القانون المدني فأساسه مصلحة إرادة المتعاقدين (ثانياً).

أولاً: أساس تعديل الالتزام في الفقه الإسلامي

ليس من العدالة الإبقاء على احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إذا ما كان العقد لا يتمش ومتطلبات الآثار النموذجية للالتزامات، لأن العقد السليم المولد للالتزام ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزامات فحسب، وإنما هو أيضاً العقد الذي تتناسب فيه منافع الطرفين، وذلك لأن العقد يقوم بوظيفة اجتماعية، فلا يقتصر أثره على المتعاقدين، بل حتى أن أثره تنعكس على المجتمع⁴، ولذلك كان من حق الفقه الإسلامي، ومن حق الجماعة في المفهوم القانوني أن تراقبه، و تخضعه لمقياس العدالة.

¹ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، الجزء السابع، ص3223.

² الإمام جلال الدين السيوطي، مرجع سابق، ص310.

³ الإمام جلال الدين السيوطي، نفس المرجع، ص312.

⁴ عبد الحميد بن شنييتي، مرجع سابق، ص8.

فإقامة التوازن بين الالتزامات هي في الأساس فكرة فلسفية وقد كان أشهر من نادي بها هو الفيلسوف أرسطو، حيث ذهب إلى أن أساس العدل المساواة التي تتجلى في العدل التبادلي . عدل المعاوضة . وهو العدل في العلاقات التبادلية بين الأفراد وأساسه المساواة الحقيقية لا العددية¹، ومقتضاه تقدير الأشياء والأفعال وفقا لقيمتها الموضوعي باعتبار الأفراد المتعلمين متساوين والحرص على أن يبقى مركز كل من الطرفين المتعاقدين مساويا لمركز الآخر، فلا يغني أحدهما الآخر إلا بقدر ما يأخذ منه.

لذلك الفقه الإسلامي بكافة أطيافه ومذاهبه يجمع على أن الآثار العقدية ليست من نتائج الإرادة التعاقدية، بل هي جعلية - أي رتب الشرع أثارها مسبقا - فالعقد سبب ظاهري يترتب عليه أثاره بأمر من الشارع، أما عن إرادة الطرفين فتتوقف وينتهي دورها عند إنشاء العقد وهذا ما أكده الأصوليون، قال القرافي (الأسباب القولية كالبيع، والهبة، والصدقة، و القرض، و ما هو في الشرع من الأقوال سبب انتقال الملك، والسبب التام إذا أذن فيه من قبل صاحب الشرع وجب أن يترتب عليه مسببه، لأن وجود السبب المأذون فيه دون المسبب خلاف القواعد).

وقال الإمام الغزالي (إن لحل الأموال و الابضاع وحرمتها أسباب ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره وإن نصب هذه الأسباب أسبابا للأحكام إنما هو بحكم الشرع فهي لا توجب الحكم بذاتها بل بإيجاب الله تعالى، فهو الذي شرعها ورتب أحكامها)² وفي ذلك أيضا قال البزدوى (أن العلل الشرعية كالعقد غير موجودة بأنفسها بل أن الموجب للأحكام وهو الله تعالى إذ له ولاية الإيجاب وهو قادر على أن يشرع العلل التي أن إيجابه غيبي عن العباد وهم عاجزون عن إدراكه شرع العلل التي يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام

¹ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص146.

² الإمام أبو حامد الغزالي المستصفى في علم الأصول، الجزء الأول، مرجع سابق ص93.

في حق العمل ونسب الوجوب إليها بين العباد تيسيرا فصارت العلل موجبة في الظاهر بجعل الله إياها كذلك، أي موجبه لا بأنفسها ¹.

ويؤكد الإمام الشاطبي على أن المسببات من فعل الله و الأسباب من فعل المكلف حيث يقول (أن الذي للمكلف تعاطي الأسباب وإِنما المسببات من فعل الله تعالى وحكمه لا كسب فيه للمكلف) ²، هذه المواقف الأصولية تبناها فقها الشريعة الإسلامية والتي على أساسها أصيغت القواعد العامة - الكليات الفقهية - في أن سلطان الإرادة في التعاقدات المالية أو غير المالية تتوقف عند إنشاء العقد نشأتا صحيحة لتبقى آثاره المعلومة سلفا من تحديد الشرع، قال الإمام ابن تيمية (أن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام و الشرع أثبت الحكم لثبوت سببه منا) ³، فحسبها يتم العقد بمجرد أن يتبدلا الطرفان التعبيرات الصحيحة بينهما، فهذا أمر من صنع الشرع ولا دخل للعاقدين فيه.

فمعني قوله تعالى (يأيها الذين امنوا أوفوا بالعقود) ⁴ وهو التزام بالوفاء، على أن العقود التي أوجب الله الوفاء بها هي العقود التي روعيت في إبرامها الشروط التي أوجب الشارع مراعاتها، فالعقد تكون له قوته الملزمة متى كان صحيحا نافذا، أما إذا كان غير ذلك فتكون قوته متوقفة ويستطيع المتضرر أن يتحلل من التزاماته وهو ما يسمى بالعقد غير التزم.

ثانيا: أساس تعديل الالتزام في القانون المدني

أما الأمر بالنسبة للقانون الوضعي خلاف ذلك الأمر في التشريعات الغربية المتشعبة بالروح الفردية في كل مجالات الحياة منذ القدم حتى بلغة الذروة خلال القرن الثامن عشر،

¹ فخر الإسلامى البيزودى، كشف الأسرار، الجزء الرابع، المكتبة الأميرية الكبرى، بولاق، ص171.

² الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص128.

³ الأمام أحمد بن تيمية الحراكى، الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص354.

⁴ سورة المائدة الآية1.

أين تم بناء صرح قانوني مبني على حرية الفرد واستقلاليته¹، أي فالفرد هو السيد وصاحب الحق وليس الجماعة أو الدين، فالدولة حصرت وظائفها في حفظ الأمن والنظام، بل أن هذه الأخيرة ليست إلا منحة من الفرد، أما عن الدين فقد شاع عنه بأن أصل القانون ليست القوة الإلهية، بل الفرد نفسه²، الذي يصنع القوانين بنفسه ولنفسه، وبالتالي لا وجود لسلطة قضائية تحد من تعاملاته³.

مما يعني أن وفق المذهب الفرد الغبن الفاحش هو أمر لا يعدو أن يكون مجرد ربح و خاصة بين المتعاقدين، فكل مفاوضة أنكياؤها، ولكل عقد أبطاله، وللمغفلين و الحمق دموع وخسارة تبقى ما بقية حماقة، وقد بقي الأمر على حاله حتى ظهر فكر مغاير، نادى بحماية حقوق الضعفاء عن طري تعديل التعاقدات المالية⁴.

فهذا التدخل هو ظاهرة جديدة ومعاصرة للقاضي في القوانين الغربية من أجل إقامة الموازنة بين مصالح المتعاقدين⁵، على عكس السابق أين كان يرفض تدخله، مما يعني تجريده من سلطته التقديرية، وكان يسيطر على أصحاب الاتجاه الرافض لتدخل القاضي مبدأ أن القانون يتسم دائما بالكمال ولا يوجد به أي نقص ومن ثم لا مجال للسلطة التقديرية للقاضي⁶.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص179.

² علي محبي الدين علي القره داغي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص59.

³ إبراهيم بن حريز، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، د. س. م، ص7.

⁴ عادل عبد الفضيل عيد، الربح والخسارة في معاملات المصارف الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص70.

⁵ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص134.

⁶ إبراهيم بن حريز، نفس المرجع، ص7.

لكن بعدها تطور الأمر في شكل اتجاه وسط بمنح القاضي سلطة استثنائية¹، فهي ليس مطلقة ولا مقيدة، أي في أذيق الحالات²، أما الأمر في الشريعة الإسلامية الأمر خلاف ذلك، بحيث أنها نصبت القاضي كأداة لتحقيق مقاصد الشرع منذ البداية، فوسعت من سلطته التقديرية لكن بضوابط ينبغي عليه أن يلتزم بها، وذلك لما يعرف عن الشريعة الإسلامية من الانضباط والوسطية³.

فالقاضي أثناء ممارسته لصلاحياته فإنه يستمد سلطته من سلطة المشرع هذا في القوانين الوضعية ومع ظهور مفهوم الدولة خاصتنا بشكلها الحديث⁴، أما في الفقه الإسلام فإن القاضي عندما يمارس صلاحياته القضائية فهو يستمد سلطته من سلطة الله جلت عدالته وقدرته⁵، ولهاذ نجد أن القاضي في المفهوم الإسلامي أكثر وضوحاً منها عن المفهوم القانوني، ففي القوانين الوضعية نجد أن القاضي يكابد من أجل صلاحيات أوسع تماشياً والحدثة والحضارة وما تقتضيه معطيات الإنسان هذا من أجل تحقيق العدالة المنشودة.

أما القاضي في الشريعة الإسلامية فإن هذه الصلاحيات قد منحت له بموجب التشريع الإله، قال تعالى (**يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الولدين والأقربين**)⁶ والتقدير لغة: إمكانية التقرير⁷، أي القدرة على الاختيار بين عدت خيارات، وتقدير القاضي سواء تعلق بفهم الواقعة المعروضة عليه، أو في أعمال القاعدة القانونية، فسلطته التقديرية مرتبطة بولايته الزمنية، أي تعاصرها بين الزمان والاختصاص

¹FRANCOIS. (A), *Droit civils, Les obligations*, Mantchrestien, Paris 1997. P 138

² أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص28.

³ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2007، ص149.

⁴ حمة سوسن، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2009، ص19.

⁵ عبد الباسط جاسم، (الاختصاص القضائي في التشريع العراقي والفقه الإسلامي)، مجلة جامعة الانبار للعلوم الإسلامية، المجلد الأول، العدد الرابع، 2009، ص ص 305-311.

⁶ سورة النساء الآية 135.

⁷ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع سابق، 46.

من أجل تفعيل سلطته التقديرية وهو ما تخول له المفاضلة بين وسائل الفن التشريعي، بأن يأخذ منها ما تكون أقدر من غيرها على تحقيق ما تصبو إليه العدالة.

وبالتالي الاعتراف للقاضي المدني بالسلطة التقديرية كان من أجل ملائمة الأحكام مع نصوص القانون المدني¹، والملائمة ليس أن يخضع القاضي لأهوائه ورغباته بل عليه أن يكون مقيدا بسلطان أرادة الأطراف أولا ثم بنصوص القانون المدني ثانيا ولهاذا يشترط في القاضي أن يكون مشهود له بالعدل والصدق والعفاف والكفاءة والخبرة، بحيث تكون أسباب التقي فيه موجودة وأسباب التهم مفقودة².

ومبدأ الشرعية بصورته التقليدية أصبح لا يتماشى مع معطيات الفكر الحديث، فلو بقي القاضي مكتوف اليدين أمام الوقائع الجديدة والتغيرات الحاصلة واكتفى بتطبيق النصوص القديمة لكان الضرر عظيما، هذا ما تبناه الفقه الإسلامي من أجل استنباط الأحكام الواجب تطبيقها في المسائل التي يكون النص فيها غير قطعي الدلالة على الحكم، فيكون الاستدلال بين المعاني التي يتحملها النص دون الخروج عنها.

فالاجتهاد للتوصل إلى حكم شرعي بتطبيق قاعدة كلية دون أن يكون فيها نص خاص يكون اجتهاد بالرأي، ولهذا توسع الفقه الإسلامي في مفهوم السلطة التقديرية للقاضي، وذلك بأن يصدر حكمه في الدعوى بناء على علمه الشخصي³ بشرط أن يكون مجتهدا وأن يبين مستنده بعلمه، أي يجب عليه أن يسبب في حكمه كيف أمكن له أن يركز في بناء اقتناعه الشخصي فهذه الحالة لا تعني إخيار القاضي، وإنما لبساطة المجتمع ولسطحيات المعاملات جعلت من إمكانية أن يبنى القاضي اقتناعه بناء على ما يعرفه هو شخصا.

¹ ياسر باسم دنون، (دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية)، مجلة الراغبين للحقوق، المجلد الثالث والثلاثون، السنة الثانية، كلية القانون، جامعة الموصل، سنة 2007، ص 109-114.

² فتحي سرور، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مطبعة القاهرة، 200، ص 130.

³ الإمام أبي عبد الله محمد بن إريس الشافعي، الأم، الجزء السابع، المكتبة الأميرية الكبرى، بولاق، ص 38.

ومن أدلت السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية قوله تعالى (وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا ءاتينا حكما وعلما)¹ وقوله . عليه الصلاة والسلام . لمعاذ بن جبل عندما أراد أن يبعثه قاضيا لليمني (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟) قال أقضي بما في كتاب الله، قال (فإن لم يكن في كتاب الله؟) قال فبسنة رسوله . صلى الله عليه وسلم . قال (فإن لم يكن في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟) قال أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله . صلى الله عليه وسلم . صدره وقال (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله).

وكذلك ما روي عن شريح القاضي أن عمر بن الخطاب . رضي الله . عنه كتب إليه (إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقض به، ولا يلفتك عنه الرجال، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة من رسول الله صلي الله عليه وسلم فانظر ما اجتمع الناس عليه فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة من رسول الله صلي الله عليه وسلم ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم، وإِنْ شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيرا لك)².

مما يعني أن الفقه الإسلامي قد تناول مسألة التوازنات العقدية، كقاعدة فقهية عامة (في أن الزيادة على ثمن المثل التي يدفعها المضطر . المحتاج . لا تلزمه) بل يلزمه ثمن المثل فقط، قال ابن قدامة (وإن امتنع من بذله إلا بأكثر من ثمن مثله فاشتراه المضطر بذلك لم يلزمه أكثر من ثمن مثله)³.

¹ سورة الأنبياء الآية 84-89.

² محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 88.

³ ابن محمد بن عبد الله بن أحمد ابن قدامة، مرجع سابق، الجزء السابع، ص 600.

فالقاضي بصفة عامة، وإن احترمت القوة الملزمة للعقد إعمالاً لمبدأ الرضائية، إلا أن ذلك رهن بحسن النية التي يفترض أن يكون العقد قد تم في إطارها حتى إذا تبين عكسها أصبح الالتزام مجعفاً بحق الطرف المغبون، فهو ضرر لم يكن ليلزمه بالعقد، ومن هنا لا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بالحق المكتسب من العقد في طلب تنفيذ الالتزام، لأن استعماله لحقه هنا إلى ضرر بالغير، وليس من مقتضى العدالة تنفيذ هذا العقد، وإلزام المتعاقد المضرور.

وذلك لأن الشريعة الإسلامية اعتبرت الغبن الفاحش مظهر من مظاهر الربا، وقد قال الإمام ابن رشد (لما كان معقول المعني في الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضاً وأن تحفظ أموالهم، ثم قال ولكن إذا توهم الأمر من طريق المعني لظهر أن علة جعل الربا حرام في الكيل أو الميزان أولى العلة لكان الغبن الكبير الذي فيه، وهو المقصود من الشرع، فالعدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي، ولذلك لما عسر إدراك فيه التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعني تقديرها)¹.

هذا على خلاف القوانين الحديثة التي تأخذ بنظرية الاستغلال، فعند تحقق عنصره المادي والمعنوي وطلب المتعاقد المغبون أن ينقص من التزاماته أمكن للقاضي أن يسمع دعواه إذا كانت قد قدمت خلال سنة من تاريخ العقد هذا حسب المادة 90 مدني جزائري والمادة 129 مدني مصري، وقد برر الفقه² موقف القانون في تحديد بسنة مع كونه يخالف تقدير المدة في عيوب الرضا الأخرى، وهو ما يجسد رغبة المشرع في سرعة حسم النزاع بخصوص العقود التي تكون محل استغلال، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة.

¹ الإمام محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 131.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 496.

فهذا الموقف لا يعطي حماية كافية للطرف المتضرر، إذ كثيرا ما تظل حالة الطيش البين أو الهوى الجامح قائمة أكثر من سنة من التعاقد، وبالتالي يحرم المغبون من الحماية، فلو كان تاريخ احتساب السنة يبدأ من زوال السبب المؤدي إلى الطيش البين أو الهوى الجامح لكانت الحماية كافية، بل والأحسن من ذلك لو كانت مدة سقوط الحق في المطالبة في عقود الاستغلال تحدد كمثيلاتها من حالات عيوب الرضا لكان أفضل.

والقاضي عند تدخله عليه أن يضع نصب عينيه مبادئ العدالة التي يجب أن تسود العقد منذ تكوينه إلى حين تنفيذه، لأن في الأساس أن التوازن العقدي هو في حد ذاته بوجه عام، أو بفكرة عامة تؤسس عليها النظريات القانونية التي يمكن أن يرجع إليها في تحديد الحقوق والالتزامات المتعاقدين، مما يعني أن فكرة التوازنات العقدية هي تجسيد لفكرة العدالة الحقيقية.

ويبدو دور القاضي من وقت رفع دعوي الاستغلال التي يقتصر الحق فيها على المتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال، فهو المتضرر من العقد وصاحب المصلحة في التخلص من أثره¹ أي أن الأمر لا ينتقل إلى خلفه العام أو خلف الخاص، وإن هو حق مرتبط بمشئنة المتعاقد الواقع في غبن فاحش، لذلك يعتبر نوعا من التقيد السلبي إذا ما نظر على شخصية المغبون الذي قد يكون لم يتخلص بعد من حالة الضعف، المتمثل في هواه الجامح مثلا.

لكن ما إن تطرح أوراق النزاع على القاضي حتى يعتبر سيد الموقف، بحيث يبدأ منذ تكيفه للوقائع ومحاولة فهمها وإعطائها الوصف القانوني الحقيقي من خلال محاولة التفسير معتمد في ذلك على آليته القانونية من أجل الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ومن ثم إجراء الموازنة الحكمية بينهما، عليه أن يعتبر بنود الاتفاق على أنها نصوص قانون، في الوقت الذي ينظر إلى آثار الالتزامات مجرد وقائع مادية.

¹ عبد المجيد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، د.س.م، ص 36.

وينظر إلى الغبن الفاحش على أنه مسألة واقع لا مسألة قانون، بحيث يستجيب موضوعيا لمعطيات النزاع المطروحة عليه، سواء كان هذا التكيف قد اهتدى إليه الخصوم أم لم يهتدوا إليه فمسلك الخصوم في تمسكهم بقواعد قانونية معينة لا يكون له إلا تأثير واقعي على القاضي ويظل هو الخبير الأعلى في المسائل القانونية، لأنه ينظر على إليها في البداية على أنها واقعة خالية من أي وصف قانوني، ويكون هذا عن طريق نشاطه الذهني الذي نصب على ما قصده المشرع من أثر قانونية ثم يسقطها على الحالة التي بين يديه حتى يحدد حكما في التعديل المراكز التعاقدية الغير المتوازنة¹.

لكن ما يجب التنويه إليه أن منح القاضي هذه السلطة التقديرية في هذه المرحلة بالذات هو أمر خطير في حد ذاته إذا لم تحدد بحدود لذلك، بل إن الحقيقة تقتضي القول بأن منحه سلطة تقديرية تكون من الخطورة بمكان إذا لم تكن في حالات يبد فيها أن العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتبرر هذا في ذات الوقت، الذي يستهدف من هذا معالجة التوازن الاقتصادي المختل بين التزامات المتعاقدين².

لكن طرح وقائع النزاع وتحديد سببه ومحلّه، هذا مما يعني أن على القاضي أن ينقيد بطلباتهم و دفوعهم، إلا أن هذا لا يحول دون تمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية بصدد تقديره للدلائل المقدم له، فله أن يأخذ إن اقتنع به، وله أيضا أن يطرحه جانبا إذا حام حوله شك في وجدانه، فهذا التقدير يعد من صميم عمل قاضي الموضوع التقديري³.

¹ إبراهيم بن حرير، مرجع سابق، ص19.

² عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازنات الاقتصادية للعقد ودور القاضي في معالجته دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1978، ص153.

³ إبراهيم بن حرير، مرجع سابق، ص18.

كما أن دور القاضي علاج أكثر منه بتر ي، فالمادة 99 مدني تنص (إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق)بمعني أنه لا يجوز الحكم بإبطال التعامل العقدي مباشرة، وهذا حفاظا على استقرار التعاملات المالية وحتى لا تحدث فوضى في الأحكام القضائية، مما يعني أن له دور إصلاح ما أفسده الغبن في شقه المادي في حالة الاستغلال.

ويتوصل القاضي إلى اختلال التعادل اختلالا فادحا بين قيمة المبيع والتمن من خلال معطيات تطبيقية، أي بتحديد السعر القياسي، وذلك باحتساب متوسط الطلب والعرض . منتصف الفرق . وقت المبادلة أو قبلها أو بعدها بفترة، وكذلك باحتساب السعر لفترة معينة . يوم، أسبوع، شهر . ويتطلب لتفسير هذا المتوسط توافر بيانات أسعار العقود، وكذلك احتساب أو ل وآخر، وأعلى، وأدنى سعر خلال فترة زمنية معينة . كما حددتها قبل . مع دراسة الحدث، الدافع إلى الشراء¹.

ويقع على الطرف المغبون إثبات الفداحة في اختلال التعادل، ويكون الغبن الفاحش وحده عيبا مؤثرا في العقد بالنسبة للحالات التي السابقة التي تحتوي على غبن فاحش مجرد، دون الحاجة لاقتترانه بأي عيب من عيوب الإرادة الأخرى، والغبن بهذه الصورة واقعة مادية يجوز إثباتها وفقا للقواعد العامة بكافة طرق الإثبات، كالاستعانة بأهل الخبرة لتقدير قيمة الغبن في العقد².

لكن الجانب العملي في معرفة الغبن الفاحش يكون بتعين آل خبرة، للتأكد من وجود غبن فاحش من عدمه، ومن المعروف أن الأصل العام الذي لا يخفى على أي قانوني أن

¹ محمد بن إبراهيم السحيباني، (الغبن اليسير والفاحش: تحليل اقتصادي)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، ص ص 37-43.

² محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، د.س.ن، ص 16.

تقرير تعيين خبير يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي يطلب منه ذلك للكشف و التحليل والوصول عن طريقة حسابية إن كان هناك غبن فاحش أم لا، لكن يبقى الدليل المقدم خاضعا لسلطة القاضي التقديرية، إن شاء استدل به وحكم على أساسه وإن شاء طرحه جانبا ونسمعه على وجه الاستئناس.

أما الإثبات بالنسبة للغبن الفاحش الذي اقترن باستغلال أو بتغريب كما في الشريعة الإسلامية أو كما في بعض القوانين العربية الأخرى . كالقانون المدني العراقي . فإنه في هذه الحالة لا يكفي من مدعي الغبن أن يثبت الغبن الفاحش وحده بل عليه أن يثبت بالإضافة إلى ذلك بأن هناك تغريبا، أو استغلالا لناحية من نواحي الضعف الإنساني التي كانت هي الدافع وراء العقد، وهذا ليس بالأمر اليسير¹.

فعملية إقناع القاضي في مثل هذه الحالة تكون من الصعوبة بمكان، وهو ما انعكس سلبا من الناحية العملية على مدعي الغبن الفاحش، لأننا لم نجد من الناحية العملية أي قضية تم الفصل فيها على أساس الغبن الفاحش بسبب الطيش البين أو الهوى الجامح في القضاء الجزائري.

فالقاضي مطالبا في هذه الحالة أن يتقمص دور الأخصائي النفسي وليس الاستعانة بخبير نفسي، والسبب في ذلك أن حالة الهوى الجامح ليست مزاجا نفسيا ثابتا حتى يتم إدراكه بالخبرة العلمية، مما يعني بقاء المادة القانونية حبرا على ورق أو جسدا بلا روح، وهذا على خلاف القاضي في الفقه الإسلامي الذي اعتد بالغبن كنظرية عامة من دون شرط الضعف النفسي للشخص المغبون.

¹ محمود علي، مرجع سابق، ص 270.

والمغبون في العادة يطلب إنقاص التزاماته كوسيلة لرفع الغبن الفاحش عنه، وهي الدعوى التي يراها اتجاه من الفقهاء¹ بأنها الأحق، لأن القاضي عندما يعتمد إلى إنقاص الالتزامات لا يتعين عليه إزالة كامل الغبن، وإنما يتعين عليه إزالة الغبن الكثير كما عبرت عنه المادة 90 مدني، أو الغبن الفاحش كما عبر عنه الفقه، وبالتالي يتعين على القاضي إزالة الأداءات المتقابلة الضارة والإبقاء على الغبن اليسير الذي لا يشكل سببا في تعديل العقد.

بينما يذهب اتجاه ثاني في الاعتقاد بأن للقاضي سلطة واسعة في تعديل العقد بموجب الاستغلال، وأن سلطته غير محصورة في وسيلة الإنقاص فقط، بل أنه إذا طلب المغبون إنقاص التزاماته، فليس هناك ما يمنع القاضي من أن يرفض الطلب ويحكم بزيادة التزامات المتعاقد الآخر بناء على طلب هذا الأخير، إذا قدر القاضي أن ذلك أدعي إلى تحقيق العدالة بالنظر إلى الظروف، كما لو كان المغبون قد باع كمية معينة من سلعة ما بثمن بخس وطلب إنقاص الكمية التي يلتزم التي يلتزم بها بمقتضى العقد وعرض المشتري زيادة الثمن².

بل ويجوز كذلك للقاضي طلب زيادة التزامات المتعاقد الآخر، فليس هناك أيضا ما يمنع القاضي من أن يرفض الطلب، ويحكم بناء على طلب المتعاقد الآخر بإنقاص التزامات المغبون، كما لو كان الذي اشترى الكمية بثمن باهظ وطلب زيادة الكمية التي يلتزم بها البائع، وعرض البائع إنقاص الثمن الذي التزم به المشتري، لكن على العموم ينظر إلى

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 498.

² عبد المجيد بن شنتيتي، مرجع سابق، ص 38.

الحالة التي آلا إليها العقد في حالة التبخيص، لأن العقد أعيد فيه النظر بدلا من تركيبته الأولية¹.

فإذا كان العقد بيعا وطلب البائع إبطاله للاستغلال جاز للمشتري أن يعرض زيادة الثمن تكفي لرفع الغبن عن البائع، في حالة ما كانت المراكز ما بين الغابن والمغبون قد تغيرت بين مركزي الدائن والمدين، فليس بالمبدأ أن يكون دائما المشتري أو المستهلك هو المغبون نتيجة استغلال بين أو هوى جامع، فالحياة المعيشية تكشف عن الكثير من من يقبلون على بيع ممتلكاتهم ربما حتى التي تتميز عن مثيلاتها بخصوصيات بالنسبة للمقبل على التعاقد ومع ذلك من أن يغبن فيها.

في الفقه الإسلامي الغبن لوحده لا يبطل العقد، وقد وقعت حادثة في مسألة الغبن في عهد الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه، قال عبد الله بن عمر (بعث أمير المؤمنين عثمان بن عفان . رضي الله عنه . مالا بالواد بمال له بخير ولما وجب بيني وبينه رأيت أنني قد أذيت به بأذى مسبق... إلى أرض ثمود بثلاث ليالي، وساقني إلى المدينة بثلاث ليالي..)²، فالشاهد هنا كذلك أن عثمان بن عفان لم يفسخ العقد في حالة الغبن الفاحش.

أما إذا رفع المغبون دعوى الإبطال ولم يتوقاها المستغل بالإنقاص فالقاضي هنا لا يمكنه إنقاص الالتزامات، لأن القاضي لا يحكم بأكثر مما طلب منه وإلا كان منحازا لأحدهما وهذا ما يعرضه للنقض من قبل المحكمة العليا، باعتبار أن القاضي قد أخطأ في تطبيق القاعدة القانونية تطبيقا سليما.

¹ آلان بينابنت، القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2004، ص225.

² الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل برزويه البخاري، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص334.

وكذلك الأمر بالنسبة للقاضي إذا طلب منه إلغاء الشرط ولكنه لم يلغي الشرط، ولكن رفع من قيمة الثمن المقابل فيعتبر خروج عن الأصل في الحكم عما طلب منه، لأن في القضاء الخاص المدعى هو الذي يحدد المسار الذي ينبغي للقاضي أن يتبعه، ما لم يجابه بطلبات عارضة من قبل المدعي عليه، عندها يمكن أن تكون له سلطة الموازنة.

أما الأمر بالنسبة للزيادة أو النقصان باتفاق الطرفين عندها يكون الأمر متروكاً لسلطة القاضي التقديرية، فإذا كان العقد بيعاً جاز للقاضي أن ينقص من المبيع الذي يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش من المشتري ولو بقي في ذلك غبن يسير، أما إذا تعلق بشرط فالأمر كذلك سيان بأن يلغي الشرط الذي جر غبن، ما دام أنه يملك طلبات أصلية وطلبات عارضة وإلا لا.

ولا يتحول القاضي عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة في التزامات المشتري وهذا ما لا يجيزه القانون المدني الجزائري، لأن المادة 90 مدني (أو ينقص التزامات هذا المتعاقد)، والسبب في ذلك حسب رأي المشرع أن إنقاص مقدار المبيع لا يؤدي البائع، بل يرفع عنه الغبن، فالزيادة في الثمن قد تؤدي بالمشتري إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة، وإنما تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك¹.

أما الأصل أن التعديل يكون إما بزيادة التزامات الطرف الغائب، أو إنقاص التزامات الطرف المغبون من أجل إعادة العدل التعاقدية، وقد أخذت بهذا الاتجاه مجموعة من التشريعات المدنية منها القانون المدني الكويتي في مادته 160، وكذا القانون المدني العراقي في نص المادة 125، وهذا على خلاف التشريعات الأخرى كالتشريع الجزائري والمصري والسوري، بإعطاء الحق للمغبون بالطلب من القضاء بإنقاص التزامه لرفع الغبن، كما أن

¹ أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 257.

الفقه المدني يرى بأن عدم النص على توقي طلب المغبون إنقاص التزامه عن طريق زيادة التزامات الطرف الغابن، فإن الفقه يرى أن للطرف الغابن الحق بتوقي طلب الإنقاص بفرض الزيادة¹.

لكن الأجدد أن تعبير (رفع الغبن) ينصرف إلى طلب إنقاص التزامات المغبون الباهظة وكذلك طلب زيادة التزامات المتعاقد المستغل، والقاضي هو الذي يحدد سلطة تقديرية واسعة، أي من الأمرين أنفع للمتعاقد من حيث المحافظة على استقرار التعامل المالي من جهة، ومن جهة ثانية كيفية تحقيق العدالة العقدية.

ففي عقد البيع . مثلا . إذا كان المشتري هو المستغل بإمكانه أن يطلب تخفيض ثمن المبيع إلى الحد المعقول الذي يرفع الغبن عنه، أما إذا كان المشتري هو المستغل فبإمكانه البائع أن يطلب زيادة ثمن المبيع إلى الحد المعقول الذي يرفع الغبن عن البائع أو إنقاص مقدار المبيع.

على أنه إذا كان العقد معاوضة، فقد نصت الفقرة 3 من المادة 90 مدني (على أن يجوز للطرف الغابن أن يتوقى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن)، أي يجوز للطرف المغبون إذا أراد زيادة التزامات الطرف الآخر أن يطلب إبطال العقد، فيستنتج القاضي أن يهدد الطرف الآخر بالإبطال كي يحمله على أن يعرض من تلقاء نفسه أو على أن يقبل زيادة التزاماته².

هنا تظهر نية المشرع في الحد بقدر المستطاع لما قد ينتج عن تطبيق نظرية الاستغلال التي ستهدد استقرار المعاملات والثقة بين المتعاملين، وتمتع المتعاقد المستغل

¹ محمود علي، مرجع سابق، ص 164.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، القاهرة، 1987، ص 420.

وحده بحق الخيار بين عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، أو تحمل نتائج الإبطال، مما يعني أن الخيارات ستكون لأحدهما على الآخر وهو ما كان يهدم . لو لم يكن الحق المستغل في العرض لما يراه كافيا . وهو ما يتنافى وروح عدالة التقاضي.

فالمشرع أراد أن يتفادى ما قد يترتب على تطبيق نظرية الاستغلال من نتائج خطيرة تمس استقرار المعاملات، وبالتالي فإنه اتجه إلى التضييق من نطاق إبطال العقود التي تتوفر فيها عناصر الاستغلال، وقد تشمل ذلك في تخويل المستغل الحق في أن يتوقى دعوى إبطال العقد، وذلك بأن يعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، أي عرض زيادة التزاماته إلى الحد الذي يراه القاضي كافيا لاختفاء عدم التعادل الفاحش.

وتبدو سلطة القاضي التقديرية واضحة للعيان من خلال تقديره لما يعرضه المستغل من تقدير كافيا لرفع الغبن، من عدمه، كما أن المادة 90 مدني والتي تماثلها المادة 129 مدني مصري تتطلب أن يعرض الطرف المستغل (ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن)، لكن ما يمكن ملاحظته أن الأخيرة لم تصفه بالغبن الفاحش، لكن مع ذلك لا يمكن إطلاقه على سائر الغبن، الذي يعني عدم التعادل بين الالتزامات أيا كانت درجته¹.

ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة المبيع، بل يكفي أن تكون بحيث تجعل المغبون الذي يتحملة البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش، والمسألة مرجعها إلى تقدير القاضي على ضوء الظروف ولا معقب عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا مادام التسبيب وافيا.

لكن الذي يجد التذكير به هو اختلاف الفقهاء في الموعد الذي ينبغي على المستغل أن يعرض فيه الزيادة الكافية لرفع الغبن، فقد ذهب البعض إلى أنه يجب أن يتم قبل صدور

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 405.

الحكم بالإبطال، في حين يرى البعض الآخر أنه يجوز عرض الزيادة حتى بعد صدور الحكم بالإبطال ، متأثرين في هذا الرأي بما هو مقرر في فرنسا بشأن دعوى نقص بيع العقار إذا زاد الغبن على 12/7 من قيمته¹.

ومما لا شك فيه أن هذا الإنقاص قد يكون أنفع للمتعاقد المغبون من إبطال العقد، ويتحقق ذلك في كل حال تكون له فيها مصلحة في الإبقاء على العقد بشروط أخرى أقل إجحافاً من الشروط الأولى، وبالتالي لا يصح للقاضي أن يحكم بالبطلان، ويقتصر ما يجوز له أن يحكم به عندئذ على الإنقاص المطلوب، على أساس أن القاضي لا يحق له أن يقضي بأكثر مما طلب منه.

فعدم تدخل القاضي مرهون من جهة بمدى رضا المغبون بقيمة التوقي التي أعلنها عنها الغابن من جهة، وبمدى قدرة الغابن توفير ما تعهد به، وذلك بإنقاص الالتزام المرهق نتيجة غبن فاحش إلى الحد المعقول، و هو ما تحدده له الجهة الفاصلة في النزاع بناء إما على نصوص سابقة أو بما جرى عليه عرف المعاملة التجارية، وبالتالي التزام المتعاقد الغابن بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون هو في حد ذاته التزام ثاني، لكن باختلاف المراكز القانونية، بحيث ارتقا الطرف المغبون من شخصية المدين إلى شخصية الدائن، وبالمقابل فإن الطرف الغابن قد انحدر من شخصية الدائن إلى شخصية المدين.

ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشيء، بل يكفي بحيث تجعل الغبن الذي يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش، أي لا يمكن للقاضي أن يضع المتعاقدين في درجة التساوي العددية، وإلا اعتبر تفويت فرصة بالنسبة للشخص المثري من العملية التعاقدية التي أصبحت في حد ذاتها حقا يكفله القانون ويحميه.

¹ عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص 180.

مما يعني أن القاضي لا يلزم في هذا الصدد أن يجعل التزامات الطرفين متعادلة تماماً، وإنما يكفي في ذلك إعادة توازن الاقتصادي المختل وإزالة الغبن الفاحش، وتعتبر هذه المسألة مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع حسب سلطته التقديرية دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا.

وكذلك الأمر بالنسبة لعقود الاحتمالية، فإن سلطة القاضي تكمل في إيجاد توازن عادل يقوم على نوع من التعادل المعقول بين احتمال الكسب وقيمته من جهة، واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى، فإذا اختل هذا التعادل اختلالاً فادحاً تحقق العنصر الموضوعي للاستغلال، وعلى القاضي أن ينظر إلى عقود الاحتمالات من خلال النظرية العامة للعقود، ومن خلال النظرية العامة للاستغلال، ولا يتعامل معها بخصوصية العقد الاحتمالي ولا ضاعت عليه القدرة على تحديد مقدار الغبن الفاحش.

وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الذي هو إحداث التزام في العقد لم يكن يدل عليه لولاه، فالعقد ليس مطلقاً بخصوص الشرط، لذا أوجب الفقه الإسلامي أربعة شروط في الشرط حتى لا يتعرض للنقد من قبل القاضي¹ وهي: شرط يقتضيه العقد، أي موجب أثره، كاشتراط تسليم المبيع ونقل الملكية، أو الانتفاع بالعين المؤجرة، و شرط ملائم للعقد، أي هي ليست من مقتضياته، بل تأكيد لما يجب به كأن يشترط البائع على المشتري إعطاء رهن أو كفيل، فهذا الأمر ليس من مقتضيات العقد لكنه توثيقاً له، وهذا ما يضعنا أمام حالة تكون فيها التوازنان العقدية مختلة وهي حالة العربون.

أما عن الشرط الذي ليس من مقتضيات العقد، كتأجيل الثمن إلى أجل معلوم، وكاشتراط الخيار إلى لمدة معينة، فالخيار لمدة معينة أمر ربما مقبول لكن تأجيل الثمن إلى

¹ الإمام أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك، مرجع سابق، ص 438.

أجل آخر حتى ولو كان معلوم إلى أنه يبقى فيه محل شبهة الغبن، كما هو الحال في عقود الصرف، أما عن الشرط الذي جرى عليه العرف، ولم يتوفر فيه أحد الأمور السابقة، كاشتراط بيع الجزر بحشيشه، فالفائدة للبائع والخسارة للمشتري لأنه لا يلزمه، مما يعني أن كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه غبن لأحد المتعاقدين يجب إزالته من قبل القاضي مع الإبقاء على العقد¹.

مما يعني أنه يدخل في نطاق التصرف كل شرط يفرض على المتعاقد التزاما حتى ولو لم يكن يقوم بمال، وعلى هذا الأساس تقوم المقارنة بين التزامات الطرفين في مجموعها، إذ تؤخذ بعين الاعتبار التزامات المتعاقدين والفائدة التي يحصل عليها المتعاقد الغابن بموجب العقد، فلو أن شخصا اشترى قطعة أرض والتزام في العقد بعدم استغلالها للبائع لمدة عشر سنوات مثلا، بسبب خوفه من أن يبيعها لغيره، فالتزامه هذا يدخل في التقدير عند تحديد المنفعة التي عادت عليه ومقارنتها بالثمن الذي دفعه، المهم على القاضي أن يضع نصب عينيه، قال الإمام الرملي (وكل شرط مناف لمقتضي العقد إنما يبطله إذا وقع في صلبه، أو بعده، أو قبل لزومه)².

والأمر بالنسبة كذلك لعقود التبرع التي لا يمكن أن يقال فيها أن التعادل قد اختل اختلالا فادحا، بل هو غير موجود أصلا ولذلك إذا تبرع شخص بأمواله لزوجته الثانية ويغلب أن يحدث هذا الأمر عن طريق الهبة في صورة بيع، فيكون هذا التبرع نتيجة استغلال من الزوجة الثانية نتيجة ضعف بسبب هوى الزوج الجامح تجاهها، خاصة إذا كان متقدما في السن وهي في مقتبل العمر أو كان قد تنوق حلاوة الحياة الزوجية معها بعد ما عان من مرارة العيش مع سابقتها كما أشرن إلى هذا سابقا.

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، تنوير الأبصار، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 141.

² الإمام محمد بن أبي العباس بن شهاب الدين الرملي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 451.

إلا أنه من الناحية القانونية يبقى عمل المشرع، لأن جميع الأحكام المتقدمة فيما عدا الأخيرة منها تنطبق على التبرعات كما على المعاوضات، فيجوز لمن وهب نتيجة استغلال أن يطلب إبطال الهبة أو نقصها، ويجوز للقاضي في حالة طلب الإبطال أن يرفضه اكتفاء بقصر الهبة إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك، أما في الحكم الأخير وبالرغم من أن الواهب استغل طيشه أو هواه لا يتمك من نقض الهبة، فلذلك كان جدير بالمشرع أن يفرق بين الاستغلال في المعاوضات وبين التسلط والاستهواء في التبرعات¹.

وبما أن الفراغ التشريعي فيما يخص حماية رضا المتصرف في الأعمال المجانية كبير كان لابد للاجتهاد من البحث عن بدائل يحقق نفس الغاية التي تحققها نظرية الاستغلال في العقود ذات العوض، كما أنه من ناحية أخرى ما دام لا يوجد نص يقيد القاضي فعليه أن يقدر الغبن المادي في عقود التبرع بصورة موسعة طالما لا يوجد نص يقيدده، عندها ستتقرر نظرية الاستهواء (la captation) في العقود المجانية مثلما تقررت نظرية الاستغلال في عقود المعاوضة.

ويجوز الإنقاص في عقود التبرع بأن ينقص الالتزام . بإعطاء شيء إلى الحد الذي ينتفي معه أثر الاستغلال²، فللواهب ولو لم يكن له حق الرجوع في الهبة، إلا أن له دعوى الإنقاص، لكن إذا قدر القاضي أن الواهب في مرحلة التبرع لم يكن مصاب حالة طيش بين أو هوى جامع امتنع عن النضر في القضية³.

¹ سليمان مرقس، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 421.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 144.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 87.

لكن بالمقابل تبقى هناك قاعدة فقهية (لا يجوز أن ينفذ العقد موجبا حكما غير الحكم الذي انعقد له)¹، بمعنى لا يجوز أن يترتب على المعقود حكم غير الحكم الذي دل عليه لفظه أو انعقد العقد له، إلا إذا قامت قرينة على أن المراد بصيغة العقد غيره.

المطلب الثاني:

جزاء الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

بعد المحاولة الفاشلة لإعادة التوازن العقدي إلى حالته الطبيعية، وبعد التأكد من أن الغابن المستغل متمادي في ضرره للمتعاقد الثاني بتصرفه الغير المشروع، يتم فسخ العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال باعتباره أخطر إجراء يلتجأ إليه القاضي وفقا لسلطته التقديرية، فهو زوال كليا للحقوق والواجبات التي رتبها أو كان سيرتبها لكل من الطرفين، مما يحتم الرجوع إلى حالة ما قبل التعاقد كإجراء حتمي واعتبار القيم المتبادلة في حكم الأمانة، مع الأخذ في الحسبان الغير الحسن النية (الفرع الأول).

لكن بالمقابل يمكن للمتعاقد المغبون غبنا ماديا نجية حالة استغلال أن يتنازل عن حقه في المطالبة به طبقا لقاعدة المُسْقَط يكون متلاشيا، عندها يعتبر زائلا ومعدوما، ولا حق له في المطالبة به بعد ذلك، ويكون الإسقاط بإحدى الآليتين القانونيتين إما بالإجازة سواء الصريحة أو الضمنية، التي تعتبر وسيلة لإسقاط وليس للتصحيح، مادام أنه عقد قابل للإبطال، أو يكون انقضاء الالتزام بانقضاء مدة سنة التقادم الخاص، وهو ما يعتبر استثناء على أصل، أما في الفقه الإسلام فالأمر خلاف (الفرع الثاني).

¹ محمد صدقي بن أحمد البورنو، مرجع سابق، ص 986.

الفرع الأول:

الأصل حل الرابطة العقدية في حالة الاستغلال.

بعد التأكد من وجود غبن فاحش بسبب حالة الاستغلال أمكن للمغبون أن يتصل بما عليه من التزام، إلا أن الجدل الفقه يكمن في كيف عملية التصل (أولا)، وعلى من ادعى تضرره من حالة الاستغلال إثبات مصلحته (ثانيا)، وبالتالي حقه في العودة إلى ما قبل مرحلة التعاقد (ثالثا).

أولا: كيف حل الرابطة العقدية.

بعد الحكم على المدين بتكملة الثمن فإن الدائن ينتظر من الأخير وفائه بما عليه من حق حتى يتمكن من محو آثار الغبن الفاحش، فالغابن المدين مطالب بما فرضته عليه السلطة القضائية، وعليه إذا لم يوفي بما عليه من التزام قضائي فورا في القانون المدني، وخلال الفترة المسموحة له في القضاء الإسلام¹، أمكن للدائن وبعد إعداره بصفة قانونية طبقا المادة 119 مدني (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه)، عندها يلتجئ إلى الإجراء الثاني المتمثل في فسخ العقد المقام بينهما، والعودة بأثر رجعي إلى حالة ما قبل العملية العقدية، فيسترد بذلك البائع المبيع وعليه هو أن يرد الثمن الذي قبضة المشتري، والعكس صحيح.

من الواضح أنه منذ دستور الإمبراطور دقلديانوس الذي قرر قواعد الغبن الفاحش أن الجزء الذي يترتب على ذلك هو قابلية العقد للبطلان وليس الفسخ²، لأن الفسخ لا يكون إلا

¹ إن ما يميز به الفقه الإسلامي عن القانون المدني في حالة الإعارة التي لم يتبناها القانون المدني الجزائري إلى يومنا هذا على خلاف كثيرا من التشريعات العربية التي إقتبسة الحكم على غرار النقتين المدني المصري.

² أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص 142.

بسبب بعض الظروف اللاحقة على إتمام العقد، كعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية، في حين أن إبطال العقد يكون لعيب شاب العقد عند تكوينه، وبما أن الغبن الفاحش يتم تقديره وقت إبرام العقد فإن الجزاء الذي يترتب على وجوده هو قابلية العقد للإبطال.

أما البطلان هو وصف يلحق التصرف القانوني الذي انعقد مخالف للأوضاع التشريعية التي نص عليها المشرع¹ أو الشرعية التي نص عليها الفقه الإسلامي، والذي يكون منه حماية سمة جوهرية في المصلحة الخاصة، مما يعني أن مناط البطلان النسبي قيام التصرف وهو في حالة عيب، فلو انتفى العيب لصح العقد.

ولقد قلنا سلف² أن الإرادة هي أساس التصرف التعاقدى التي تتجه إلى إحداث الأثر القانوني، وذلك بإنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه، مما يعني بذلك أنه عمل قانوني والعمل القانون يطلب وجود إرادة، كمبدأ عام وكذلك يجب أن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب المفسدة لها، حالة الاستغلال الناتج عن طيش بين أو هوى جامع.

والمطالبة بالبطلان هو تصرف بالإرادة المنفردة³، لأنها لا تحتاج إلى موافقة الطرف الغائب، وإلا لما استقرت المعاملات المالية ولا ضاعت الحقوق عن أصحابها، فكما أن الإرادة المنفردة بإمكانها أن تنشأ التزام إنفرادي، فكذلك بإمكانها إبطال أو فسخ الالتزام التعاقد، لكن بالالتجاء إلى آليات قانونية وقضائية لذلك.

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يأخذ بتعبير ذلك فكانت الفقرة الأولى من المادة 137 منه تجيز إبطال العقد عن طريق إعلان الإرادة المنفردة، إذا كانت تقضى بأن التمسك بهذا البطلان لا يستلزم الترافع إلى القضاء بل يكفى في ذلك وفقا لما

¹ عبد الرحمن فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999، ص20.

² ع.ص 10.

³ PHILIPPE.(M), Cours de droit civil, Dalloz, Paris, 1999, P 89.

استحدثه المشرع من أحكام نقلها عن التقنين الألماني، تصرح بحيث يكفي مجرد أن يعلن إلى العاقد الآخر إعلاناً رسمياً، وعلى المتعاقد أن يرفع الأمر إلى القضاء إذا أراد التنازع بخصوص قيام البطلان¹.

وقد أخذ القانون الألماني من خلال المادة 143 فقرة (أن البطلان يتقرر بإعلان يوجه إلى الطرف الآخر) وكذا ما نصت عليه المادة 31 مدني سويسري (أن العقد إذا سابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أجزى إذا سكت الطرف الذي لا يلزمه هذا العقد مدة سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تعميمه على إبطاله أو دون أن يسترد ما دفعه)².

وهناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من يعتبر كذلك أن إعلان البطلان هو تصرف بالإرادة المنفردة، قال بن قدامة (ولمن له خيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه، لأنه عقد جعل إلى اختياره فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه، فهو كالطلاق يجوز من غير حاكم، لأنه مجمع عليه فلم يحتج إلى حاكم)³.

لكن الأمر ليس بهذه البساطة والسهولة التي تبدو على نظام إعلان البطلان بالإرادة المنفردة، إذ يجب أن يكون يفترض أن الطرف الآخر لن يبدي أي اعتراض، فإذا ما اعترض على مشروعية إبطال أصبحت الدعوى ضرورة لابد منها، وكل ما هنالك هو تغيير الدور الذي يقوم به كل من الطرفين، فمن كان عليه القيام بدور إدعائي طالب البطلان يصبح مدعى عليه في الدعوى المتعلقة بإعلان البطلان⁴.

أما القانون التقنين اللبناني فقد كان خلاف غالبية التقنينات المدنية الأخرى، لأنه لم يتعرف بمجرد رفض المغبون للعقد إقرار بصحة الإبطال، وهو ما يستشف من خلال المادة

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 256.

² عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص 168.

³ الإمام أبي محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 73.

⁴ عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص 169.

233 موجبات وعقود (لا يجوز لغير المحكمة أن تحكم بالإبطال)، فإذا حكمت به كان ذا مفعول رجعي، أي انه يبقى قائما مادام البطلان لم يقرر قضائيا.

كما أن من حيث الحكم فقد اختلفت القوانين التي رتببت على جزاء الاستغلال البطلان المطلق كالقانون المدني الألماني، لأنه اعتبره عملا مخلا بالآداب العامة¹، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع اللبناني من خلال المادة 214 مدني إذا تكامل للغبن الفحش شروطه، و أيضا المشرع الكويتي من خلال المادة 159 مدني التي تدرجة في الجزاء إلى أن وصلت إلى إبطال العقد الذي تحقق الغبن الفحش فيه.

أما الفقه الإسلامي فإنه إنقسم بين البطلان النسبي والبطلان المطلق باعتبار أن الغبن الفاحش ظلم والظلم يجب أن يزال، فمن القائلين ببطلان التصرف بطلان مطلقا فقهاء المذهب الحنفي، لأنهم يرون في ذلك ظلم منافي للأحكام الشرعية الواجبة الإتيان، وبالتالي من حق أين كان أن يثير فكرة بطلان العقد، بل وحتى القاضي الذي بإمكانه أن يحكم في الأمر من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه ذلك، لأنه تعلق بحق عام.

أما الجمهور فيرى أن الحكم يؤول إلى البطلان النسبي²، مما يعني اقتصار حق المطالبة ببطلان العقد على من يحوز على ذي صفة، باعتباره حقا مشروعاً إن شاء أمسك وإن شاء ترك، أي أنه حق خالص للعبد في المطالبة بإسقاط ما وقع على كاهله من غبن فاحش بسبب استغلال حالة ضعف.

مما يعني أن البطلان في الفقه الإسلامي ينقسم إما باطل أو فاسد، والباطل يكون في حق العقد الملغى إلغاء عاما، كالذي خلى من أحد أركانه كالثمن أو المثمن، أو لأنه مخالف

¹ محمود علي، مرجع سابق، ص254.

² الإمام محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص74.

للشروع و الآداب العامة، أما الفساد أو الملغى إلغاء خاصا، فهو ما شابه عيب في أطراف العملية التعاقدية، أي مس ناحية فرعية غير جوهريّة¹.

وبالتالي فإن البطلان يعني النهي، والنهي لا يقتضي بطلان العقد إلا إذا أبطله المغبون منه، بمعنى أن النهي على هذه الصفة يخرج عن أن يكون مشروعا، لأن الصحة والجواز من أحكام الشرع، ومادام الفعل منهي عنه وجب ألا يكون مشروعا.

والنهي هنا عن شيء لو صف لازم له، أي أن النهي كان مقتضيا بطلان هذا الوصف فقط ما دام لم يخل بحقيقة الشيء أو أصله بوجود ركنه ومحله، فيبطل الوصف وتبقى الحقيقة على ما هي عليه، أي يبطل العقد في الجزء الذي أشتمل فيه على غبن في إحدى جزئياته إن أمكن تجزئته.

قال أبو حنيفة (أصل الماهية سالم عن المفسدة، والنص هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقا لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد، وبين السالمة عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقا لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفتها، وبين المتضمنة للفساد في صفتها وذلك غير جائز، فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد، فتعين أن يقابل الأصل بالأصل، والوصف بالوصف)².

مما يعني أن حق التمسك بإبطال العقد مقتصر على من قرره القانون لمصلحته هذا الإبطال، والمصلحة هي المائدة العملية التي تعود على الدائن من وراد إبطاله للالتزام الذي كان على عاتقه، بل والمصلحة ليست مجرد المنفعة التي يحصل عليها الدائن من وراء دعواه، وإنما أيضا الحاجة إلى حماية الحق المعتدى عليه بطريقة الاستغلال في شقه المادي.

¹ محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2009، ص103.

² وهبة الزحيلي، أصول الفقہ، الجزء الأول، مرجع سابق، ص241.

ثانيا: المصلحة في الإبطال

أي لا يكفي لأن تكون هناك مصلحة للدائن حتى يحكم ببطلان الالتزام حسب نظرية الاستغلال، بل يجب أن تكون هذه المصلحة متوفرة على أوصاف وخصائص تجعلها جديرة حتى يقضى لها ببطلان الالتزام الضار الواقع على كاهله، وذلك بأن تكون قانونية، شخصية، ومباشرة، فالمصلحة القانونية التي تقرها المادة القانونية، أي إلى حق قانوني أعتدي عليه، إما حق ماديا أو أدبيا.

أما عن المصلحة أن تكون قائمة، أي أن يكون الاعتداء قد وقع فعلا على حق يقره ويحميه القانون، فالحق يجب أن يكون قد أعتدي عليه حقا، أي أنه قد نتج عن ذلك ضرر بمصلحة المغبون، فالحاجة إلى الحكم بالبطلان لدفع الأذى الذي أصاب المدين المدعي¹.

لكن يجب التنويه إلى عدم إمكانية الغابن في المطالبة بالإبطال إذا لم يطلبه الشخص المغبون وهذا طبقا للمادة 99 مدني (إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق)، فهو حق مقتصر على من تضرر من آثار عملية عقدية شابها عيب ناتج عن سوء نية المتعاقد الغابن.

بل إن من مجددي الفقه الإسلامي المعاصر لا يقرون وجه حق في إمكانية انتقال حق المطالبة لورثت المغبون، وهو ما تنص عليه المادة 440 من مشروع قانون المعاملات الشرعية (إذا مات المغرور المغبون بغبن فاحش فلا ينتقل خيار التغيرير لوارثه)²، وقد سبقهم في ذلك ابن قدامة في قوله (وإن مات أحد المتبايعين بطل خياره، ولم يثبت لورثته، لأنه حق فسخ لا يجوز الإعتياض عنه، فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة ويتخرج أن

¹ أحمد هندی، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 298.

² محمد قدری باشا، مرجع سابق، 71.

يورث، قياساً على الأجل في الثمن، وإن جن أو أغمى عليه قام وليه مقامه، لأنه قد تعذر منه الاختيار مع بقاء ملكه، وإن خرس ولم تفهم إشارته، فهو كالمجنون¹.

كما أن عدم إمكانية الغابن في المطالبة بالإبطال يعود إلى انتفاء أي سبب آخر لذلك، وإلا لخلل استقرار التعاملات العقدية، على النقيض من ذلك نص المادة 121 مدني عراقي التي تشير إلى أنه إذا توفي من غرر بغير فاحش فإن دعوى التغيرير تنتقل لوارثه، وفي حالة صدور التغيرير من غير المتعاقدين فلا يبطل إلا إذا أثبت المتعاقد المغبون كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغيرير وقت إجراء العقد وهو ما نصت عليه المادة 122 مدني عراقي، لذلك فإن القانون المدني العراقي أخذ في الحسبان ما تفرضه روح العدالة على الأطرا ف.

إلا أن هناك جدال قد احتدم بخصوص إمكانية أن يقضي القاضي من تلقاء نفسه بالبطلان أم يتقيد بطلبات المدعين خصوصاً وأن المادة 90 مدني تنص (أن يبطل العقد)، فهناك من يدعي بأن هذه السلطة القضائية مقيدة بضوابط تحد من إطلاقها، فيلتزم أولاً أن تكون بصدد دعوى أصلية للبطلان، أو دعوى أثّرت فيها الدفع بالبطلان ولكن الخصم لم يستند إلى بطلان التصرف، فمن غير الصواب أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالبطلان.

فحسب د عبد الحكيم فوده هذا أمر لا يتفق مع العقل ولا مع المنطق²، كما أن النزاع في مثل هذه النوع من القضايا لا تخلو بالنظام العام ولا بالآداب العامة حتى تقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها بالبطلان، كما أن العقد القابل للإبطال يأخذ مظهر العقد الصحيح، والقاضي لا يستطيع أن يدخل إلى عقد لم يطعن عليه أحد ليرى أنه باطل من علمه.

¹ الإمام محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 129.

² عبد الحكيم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، مرجع سابق، ص 556.

والبطلان النسبي للعقد يرد إذا ما توافرت أركان العقد اللازمة لانعقاده ولكن لم يستوف شرطي الصحة فيرتب بصفة مبدئية آثار العقد حتى يقضي القاضي ببطلانه فيزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن، وبالتالي القابل للإبطال هو موجود قانونيا، أي لا يختلف عن العقد الصحيح حتى يتم إبطاله، مما يعني أنه مر بمرحلتين، مرحلة ترتب فيها آثاره كاملة عند إبرامه، ومرحلة ثانية يبطل فيها فيزول أثره بأثر رجعي، شأنه في ذلك العقد الباطل بطلانا مطلقا¹.

وهو ما يقابله في الفقه الإسلامي، قال ابن القيم الجوزية (إن الذين قالوا بأن العقود التي يبرمها الناس في معاملاتهم وشروطهم كلها باطلة ما لم يقيم الدليل على صحتها مفسدين بذلك ما استقر عليه التعامل بين الناس في عقودهم، وقال بخلافهم بأن الأصل في العقود وشروطها الصحة، إذ لا بطلان إلا ما أبطله الشرع، أو نهى عنه، فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله، ولا دين إلا ما شرعه الله والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم الدليل على بطلانها أو حرمتها)².

فالفسخ في الشريعة الإسلامية له دلالاته الأصولية، فدرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة، مما يعني أن الفسخ لغبن فاحش هو تعارض بين مصلحة ومفسدة ، فأولا درء المفسدة³، قال بن تيمية (إذا تعارضت المصلح والمفاسد، والحسنات والسيئات أو تزامنت فإنه يجب ترجيح الراجح منها)⁴، والدليل الثاني على ذلك أن المفسدة متروكة في الشريعة الإسلامية، وأن الأمر مقيد بالاستطاعة في حين أن النهي غير مقيد بذلك، قال الزرقا (أ ن

¹ عبد الحكيم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر و القانون، المنصورة، 1999، ص473.

² الإمام ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، الجزء الأول، ص48.

³ الإمام ابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ص442.

⁴ الإمام أحمد بن تيمية الحاركي، الفتاوى الكبرى، الجزء الثامن والعشرون، مرجع سابق، ص129.

للمفاسد سريانا وتوسعا كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان منافعها أو تأخيرها¹.

إلا أن هناك اختلاف بين المذهب الحنفي وبقية المذاهب الفقهية الأخرى حول مدلول الفاسد من الباطل كما قلنا سلفا، فالفساد عند الجمهور مساوي للبطلان، أما عند فقهاء المذهب الحنفي فيعني كون الفعل مشروع بأصله لا بوصفه، والبطلان كونه غير مشروع بأصله، وبالتالي الفاسد والباطل متباينان، إذ أن الفاسد هو اختلال في صفة عارضة على العقد غير جوهرية فيه، ووجوب الفسخ حقا للشرع².

وبالتالي سواء بالنسبة لجمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية أو القانون المدني فإن الخيار للمدين المغبون إما بفسخ العقد أو إمضائه، ليكون وسيلة إلى كمال الرضا والتأكيد من سلامته، والخيار في الفقه الإسلامي كما قلنا حق للطرف المغبون في العقد بائع كان أم مشتريا على حد سواء، فيكون ذلك في الغبن الفاحش مع التغير أو بدون في حالات كثيرة.

مما يعني القول أن القاضي يلعب دورا بارزا في تقرير إبطال العقد، وذلك إذا رأى أن الاستغلال قد عاب رضا المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد الرضا، وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليقبل بالعقد أصلا لولا هذا الاستغلال، أما إذا رأى القاضي . وفقا لسلطته التقديرية أن الاستغلال . لم يفسد الرضا إلى هذا الحد وأن المتعاقد المغبون كان يبرم العقد من دون الاستغلال فالقاضي يرفض إبطال العقد المعاوضة ويقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة.

من هنا فإنه . كقاعدة . يمكن إلغاء العقد متى سبب إلى أحد المتعاقدين غبا فاحشا، بسبب استغلال حالة ضعف، من طيش بين أو هوى جامح حسب المادة 90 مدني، والتالي

¹ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل للفقه الإسلامي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 985.

² أسامة محمد نعيم، نظرية فسخ العقد في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 192.

تقابلها المادة 129 مدني مصري، و بسبب غرر انجر عنه غبن مادي كما في المادة 125 من القانون المدني العراقي، أو بسبب غبن لوحده قاعدة عامة حسب المادة 143 من القانون المدني الأردني.

وقد كانت في السابق . قبل تقرير نظرية الاستغلال . قاعدة مفادها أنه يمكن إلغاء عقد البيع متى سبب إلى البائع غبنا فاحشا يزيد عن 12/7 حسب القانون المدني الفرنسي، التي تستمد جنورها الأولى من القانون الروماني الذي يقرر بحقيقة الغبن الفاحش القابل للإبطال بحدود نصاب 12/6¹، تم التوسع في البطلان بسبب الغبن الفاحش في حالات أخرى على سبيل الحصر، وهي الحالات التي اعتبرت التشريعات العربية حالات غبن فاحش، ولأجل المسايمة من جهة وعدم التداخل بين الحالات من جهة ثانية نصت المادة 91 مدني (يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود)، والحالات المقصود حصرا من هذه المادة هي حالات الغبن المادي التي تعيب العقد ولا تعيب الإرادة.

وبالتالي هنا يظهر التناقض الصارخ الذي يتخبط في القانون المدني بخصوص معالجته لحالات الغبن، ففي بعض الأحيان يعتبره عيب في العقد يمكن إبطاله من قبل المغبون، وحالات أخرى يعتبره عيب في الإرادة، يمكن كذلك إبطاله من قبل صاحب الحق المغبون غبنا فاحشا، بسبب حالات الضعف كالطيش البين أو الهوى الجامح، إذا فلماذا هذا التناقض و الازدواجية في المعايير؟ ولما لم يتبنى الموقف الفقه الإسلامي من إمكانية البطلان بسبب الغبن المصاحب لحالات التغير بصفة عامة؟.

وبصفة عامة إذا تقرر بطلان العقد، فإنه يزول كلياً، أي أنه ينعدم ويصبح كأن لم يكن أصلاً، فالواجبات والحقوق التي رتبها العقد أو كان سيرتبها تزول كلياً، فزوال عقد البيع بسبب الغبن الناتج عن الغبن الفاحش حتماً ستزول معه صفة البائع للمالك وكل الحقوق

¹ عبد الله على حسين، المقارنات التشريعية مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، الجزء الثاني، دار السلام، القاهرة، 2001، ص 737.

والواجبات التي اكتسبها أو تحملها بوجوب العقد، فليس له الحق في المطالبة بثمن المبيع أو مصاريف الإجار أو أتعاب الخدمات، وليس عليه أن يسلم المبيع أن كان بيعا، أو يمنح العين للإجار إن كان إجار أو يقوم بالمهمة إن كان التزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وكذلك الأمر بالنسبة للمتعاقد الثاني، فليس عليه تقديم الثمن للطرف الأول إن كان ليكون بيعا أو قيمة الإتعاب إن كانت لتكون خدمات يتعم بها، أي لم تعد تربطهم أي صلت تعاقدية، ويعتبران أجنب عن بعضهما البعض بالنسبة أو فيما يتعلق بالعقد الذي تم إبطاله بسبب الغبن الفاحش الناتج عن حالة استغلال.

ثالثا: إعادة المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد

إن من نتائج تقرير بطلان كذلك العودة بالمتعاقدين المنفصلين إلى حالة ما قبل التعاقد طبقا للمادة 103 مدني (يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله)، و يقابل النص الجزائري نص المادة 160 مدني مصري، والتي جاء بخصوصها في المذكرة المدنية الخاصة بمشروع القانون المدني المصري (يترتب على الفسخ انعدام العقد انعداماً يستند أثره، فيعتبر كأن لم يكن، وبهذا يعود المتعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد، بعد أن تم فسخه، وإذا أصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملتزم وفقا للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق¹).

وهو ما يقابله في الفقه الإسلامي أن كل موضوع فساد عقده لا يحصل به الملك وإن قبض، لأنه مقبوض بعقد فاسد فأشته به ما لو كان الثمن تصرف المشتري فيه، وعليه رده

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 329.

بنمائه المنفصل والمتصل، وأجرة مثله مدة مقامه في يده، ويضمنه إن تلف أو نقص بما يضمن به المغصوب، لأنه ملك غيره حصل في يديه بغير إذن الشرع أشبه المغصوب¹.

و سواء كان البطلان من وقت الانعقاد، أي لم يمر عليه وقت بعد، على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذي قضى بإبطاله أي أنه إذا لم يكن العقد تم لا يجبر أي منهما، أو أنه تقرر في وقت لا حق، فالأمر سياتي، بسبب انعدام كامل للأثر العقد أثر، أي أن المتعاقدان وكأنهما لا يعرفان بعضهما البعض، فإذا كان الأمر يتعلق بعقد بيع فإن المشتري يلتزم برد المبيع إلى البائع دون أن يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن النماء الحادث لسبب خارج عن إرادته، كزيادة قيمة المبيع بسبب ارتفاع الأسعار، أو بسبب الالتصاق الطبيعي كطمي النهر حسب المادة 778 مدني².

وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وهي فكرة يعود أصلها إلى القانون الروماني أين كان القاضي . البروتور . يقوم بهذا التصرف ليس اعتمادا على سلطته القضائية بل على أساس سلطته الولائية، والتي تعد أخطر وسيلة يلتجأ إلى القاضي أنا ذاك، لأنه كان ينظر إليه على أنه يهدم تصرفا صحيحا في نظر القانون، وبالتالي رد الحال إلى ما قبل التعاقد وسيلة استثنائية تعطي على سبيل الحصر، مما يعني أن البيروتور كان يملك سلطة الأمر والنهي³.

وبناء على ذلك يجب أن يرد المشتري المبيع بكل ملحقاته والثمار التي أنتجها سواء كانت طبيعية أم مدنية منذ لحظة دخول المبيع في حيازته، فإذا هلك المبيع دون خطأ من

¹ الإمام أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي، الجزء الثالث، هجر للطباعة والنشر، الجيزة، 1997، ص62.

² إن المادة 778 مدني تكشف العيوب والهفوات التي غالبا ما يقع فيها المشرع الجزائري، وذلك بعدم مراعاته لجغرافيا وخصوصية المجتمع الجزائري، فقد ورد في نص المادة (طمي يجلبه النهر)، لكن كما نعلم في واقع الأمر أنه لا يوجد نهر في الدولة الجزائرية، وكل ما هنالك مجموعة كبيرة من الأودية أطولها واد الشلف والذي يحتل المرتبة الأولى عربيا.

³ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص41.

جانبه فإن المشتري يتحلل من التزامه وتبرأ ذمته، لأنه لم يعد مشتري بل تلحقه صفة الأمين غير الضامن¹، ومن ثم لم يعد ملتزماً سواء برد المبيع أو تكملة الثمن، لكن يسأل عن الغش أو الخطأ الجسيم.

مما يعني أن البطلان هو وسيلة ومن الوسائل المتاحة للقاضي لإعادة التوازن الاقتصادي المختل للعقد عن إبطاله، أي عن طريق إعادة المتعاقدين إلى سابق عهدهما إلى الوضع الذي كانا عليه عند إبرام العقد، وهو إعادة التوازن الاقتصادي المكتمل بشكل تام وبأسلوب عارم.

فالغابن يجب أن يرد الشيء بكل ملحقاته وثماره ولكن فقط بقدر ما أثرى، فقبل الحكم بإبطال العقد كان من حقه استعمال الشيء والتصرف فيه كما يحلو له وبالطريقة التي يرى أنها ملائمة، ولا يمكن اعتبار أي تصرف من هذا القبيل خطأ من جانبه بأي حال من الأحوال، وكل ما يمكن أن يطلب منه، هو ألا يثرى على حساب المغبون، فإذا أعاد بيع الشيء محل العقد لا يلزم تجاه المغبون إلا برد ثمن إعادة البيع فقط، ولا يسأل عما أصاب الشيء من تلف وما لحقه من نقص في قيمته ما لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً².

مما يعني أنه يترتب على بطلان العقد زوال أثره القانوني الذي كان ليكون لو أن الالتزام التعاقد كان صحيحاً، أي زوال الالتزام الذي من المفترض أن ينشأ في ذمة المدين المغبون بسبب الاستغلال، وبالتالي يتغير الموقف والتكيف القانوني من التزام قانوني لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه إلى إجبار قانوني بناء على طلب المغبون المتضرر إلى حل الرابطة التعاقدية بطريقة الإبطال.

¹ الإمام محمد بن عرفة الدسوقي، الجزء الرابع. مرجع سابق، ص 235.

² أحمد إبراهيم حسن، نفس المرجع، ص 51.

وقد اختلف الفقهاء حول أساس الرد، فذهب فريق إلى أنه دفع غير المستحق¹، في حين يرى فريق آخر أن القواعد المقررة تتجافى مع منطق البطلان وأن الالتزام بالرد يجب أن ينفذ كما لو كان ناشئا عن عقد، بسبب ما كان بينهما من علاقة تعاقدية²، أي أنه لا يستطيع أن يطالب الآخر برد ما أخذه إلا بقدر ما يرده هو أيضا مما أخذه، فإذا استحال على أحدهما أن يرد ما أخذه فلا يستطيع أن يطالب الآخر بالرد.

ويترتب على الحكم ببطلان العقد آثار على العقد بوصفه تصرفا قانونيا قائما بمجموعة أحكام، التي تهدف إلى حماية الغير حسن النية، وهذا من أجل استقرار التعاملات المالية والتصرفات العقدية وهو ما نصت عليه المادة 399 مدني (إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية)، فالتعويض في هذه الحالة هو التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وليس على أساس المسؤولية العقدية.

فقاعد أن الأثر الرجعي للبطلان ليس للمتعاقدين فقط، بل وبالنسبة للغير أيضا، مثلا إذا باع زيد شيء لعمر وكان عمر قد استغلا طيش أو هوى زيد ثم إن عمر قد باع الشيء لهند وهي تعتقد أن البيع صحيح، أي اشترته على حسن النية ثم أبطل بعد ذلك عقد البيع الأول الذي كان بين زيد وعمر على أساس أن عمر قد استغل الطيش البين أو الهوى الجامح لزيد، فإن مؤدي أعمال أثر البطلان انهيار البيع بأثر يستدرج إلى الماضي، مما يعنى أن عمر لا يملك الشيء، وحين تعاقد مع هند يعتبر تعاقد من أجل بيع ملك الغير، أي عمر لا يملك شيء، وفاقد الشيء لا يعطيه.

وبالتالي حتما سيسقط عقد البيع الذي كان بين عمر وهند واعتباره كأن لم يكن، والامر سيان بالنسبة للعقود التي ترد على منقولات أو عقارات، بل وتدخل في ذلك جميع المعاملات

¹ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 291.

² عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 355.

التي ترد على عقارات، كحق الرهن أو الإجارة، وبالتالي سيكون استرداد كل منهما ما أداه عينا، فالبايع يسترد المبيع وثماره منذ إبرام العقد، والمشتري له أن يسترد ما أداه، هذا من حيث الأصل.

وبمجرد تقرير البطلان يتعين أن يعود كل من الطرفين إلى مركزه السابق، مما يعني أن كل واحد منهما ينتقل من دائن ومدين في آن واحد إلى مجرد أمين، أي أن القيم المتبادلة . ثمن ومثمن . تكون في حكم الأمانة¹، والأمين لا يضمن هلاك الأمانة، أما إذا وفر لها ما يبقياها على حالها وعدم هلاكها أو تعيرها عن طبيعتها الأصلية، عندها سينتقل من أمين إلى فضولي يحق له المطالبة بمقابل عما بذله من جهد أو ما أنفه في سبيل بقاء الشيء على حالته وعدم تعريضه لمكره.

لكن إطلاق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان يؤدي إلى عدم استقرار التعاملات المالية والتصرفات التعاقدية كما قلنا سلفا، وبالتالي الإضرار بالمتعاقدين الآخرين، خاصة إذا كان هذا الخلف الخاص حسن النية، أي لا يعلم وقت إبرام التعاقد الثاني السبب الذي سيؤدي إلى بطلان العقد الأول، لذلك نصت المادة 885 مدني (يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن).

كما أن المادة 359 فقرة 3 مدني (ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينا على العقار المبيع)، وهي تتعلق بالغبن الواقع على العقار، وقد افترض المشرع أن مشتري العقار قد يرفض تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، وهو ما ترتب عليه فسخ العقد ورد العقار إلى البائع، لكن مع الأخذ في الحسبان الغير الحسن النية.

¹ أبي الحسين أحمد البغدادي، الموسوعة الفقهية المقارنة، الجزء الخامس، دار السلام، القاهرة، 2004، ص2274.

وقد كرس المشرع هذه الحماية للغير الحسن النية في بيع العقارات بنص المادة 85 من قانون السجل العقاري بقولها (إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو إنقاصها عند ما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الأبطال أو الإلغاء أو النقص بحكم القانون تطبيقا للقانون)¹.

لكن في حالات كثيرة يمكن للمغبون أن يرجع على الغير السيئ النية، في حالة ما إذا ارتكب هذا الأخير غشا، أو تدليس، أو تواطأ مع الدائن الغابن، ويكون ذلك على أساس الدعوى البوليصية²، أي يكون له من أن يطلب من الغير إيقاف التصرف القانوني بالنسبة إلى المبيع، أي طالبا اعتبار تصرفات المدين غير نافذة، لذلك هي دعوى عدم تصرف المدين³.

والتبرير لذلك حدوث خطأ عند تكوين العقد هذه الفكرة التي أخذ بها الفقه الألماني وقد أيدته في ذلك من بعد الفقه المدني الفرنسي، و مفادها أن يتسبب في إنشاء عقد مع طرف ثاني حسن النية لما في العقد من خطأ لا يعلمه لذلك فعلى افتراض عقد ضمان فهو يلتزم بأن لا يكون هناك سبب للأبطال، أما وإن تحقق الإبطال فما على الطرف المتسبب في الإبطال أن يعرض للمتضرر الحسن النية، لكن إذا انعدم حسن النية انعدم التعويض.

وهناك من يرى أن العقد شابه حالة انتقاص أو تحول حالته الأصلية، لذلك يكون بطلانا جزئيا كبطلان شرط في العقد وعندها اقتصر أثر البطلان على هذا الشرط ويبقى

¹ المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

² أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص 144.

³ تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة في أنها أقرب إلى إجراءات التنفيذ منها إلى إجراءات التحفظ أو الوقاية، ولذلك لا يكفي فيمن يرفعها بأن يكون صاحب حق دائنيه فحسب، بل يجب أن يكون حقه قابلا للتنفيذ به لا ينقصه إلا حصوله على السند التنفيذي، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان مستحق الأداء.

العقد صحيحاً، وقد قال ابن قدامة (وإن حكمنا بفساد الشرط وحده فقال القاضي يرجع المشتري بما نقص لأنه إنما سمح به لأجل الشرط فإذا لم يحصل رجع بما سمح به)¹، غير أنه إذا اتضح أن تجزئة العقد على هذا التحول تتعارض مع مقصود العاقدين فإن العقد كله يبطل، إلى الأصل فيه أن يتحول من عقد باطل إلى عقد أدنى منه صحيح.

فبيع شيء بثمن تافه يبطل العقد إذا ما كيف على أنه بيع وكان المتعاقد المغبون قد أصابه هوى جامح أو طيش بين، ذلك أن الغبن متحقق بسبب غياب ركن الثمن في مقابل المثل، لكن إذا تحول العقد عند تكيفه من عقد بيع إلى عقد هبة فإن العقد لا يبطل، لأن المادة 90 مدني قد استبعدت العقود التي تكون بدون مقابل، مما يعني أن القاضي ووفقاً لسلطته في تحديد نوعية التعامل فهو بذلك يحكم مسبقاً إن كان بالإمكان الاستفادة من خدمات المادة 90 لا لا.

كما أن إذا كان العقد متكون من جزئين فإن البطلان يمس فقط الجزء الفاسد ويبقى الصحيح منه وهو ما نصت عليه المادة 104 مدني (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.)، وهذا إذا كان عقداً مركباً.

والعقد الباطل يجب التعويض عنه على أساس المسؤولية التقصيرية لأن الضرر كان تقصيري وليس عقدي، لأن القدر باطل ولو يعد أي أثر قانوني له، لكن آثاره المادية ربما فيها ما هو باقي كفوات الربح و لحاق الخسارة حسب المادة 182 مدني.

ومعني رد الالتزام، إعادة المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد، بأن يسلم كل منهما ما بيده للطرف الآخر ليس الفسخ، لأنه يعتبر كأن لم يكن، بل الأساس في ذلك دفع ما بيد اليد

¹ الإمام أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 62.

بدون وجه حق، لأنه إثراء بغير سبب قانوني أو شرعي¹، بل و حتى الأرباح التي جناها من وراء غبنه للطرف المستغل المادة 147فقرة 2 مدني (أما إذا كان سيء النية فإنه يلزم أيضا برد الأرباح التي جناها).

لكن إذا كان الأصل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إلا أنه يستثنى من ذلك العقود الزمنية، كعقد الإجارة وعقد العمل، فإذا فسخ العقد الزمني فلا ينسحب للماضي بل يسرى من تاريخ الحكم بالفسخ، بمعنى أن العقد موجودا في الفترة ما بين انعقاده وفسخه، والسبب في ذلك أن آثار هذه العقود تتوزع على الزمن الذي يستغرقه لأن هناك فترة سابقة على الفسخ وأخرى لا حقه عليه وما انقضي من الزمن لا يمكن رجوعه وبالتالي تتحصن هذه الآثار، أي الرد الحق يكون بالتعويض عنه²، و تبقى سوى الآثار المستقبلية التي يمكن تداركها³.

وفي مقابل إعادة المبيع فإن المشتري من حقه أن يسترد الثمن البخس الذي دفعه، مضاف إليه الفوائد القانونية من يوم الوفاء كما نصت عليه المادة 147 فقرة 2، كما له أن يسترد أيضا المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها في المحافظة على المبيع أو تحسينه، وبالتالي فهو يأخذ حكم الفضولي.

والغبن الفاحش كما رأينا يجعل العقد قابل للإبطال، إلا أن هذا الإبطال هو من نوع خاص، فرغم تحقق كل شروطه إلا أن الغابن الذي يرى أن صفقة العقد في مصلحته، يمكنه أن يتوقى البطلان وذلك بتكملة الثمن العادل، وتعد هذه المسألة من أهم السمات

¹ غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مكتبة العلم، بغداد، 1971، ص206.

² عباس علي محمد الحسيني، (رجعية العقد عند فسخه قضاء مارنية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مجلة رسالة

الحقوق، العدد الأول، السنة الرابعة، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2012، ص ص38-45.

³ عبد الحكيم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص524.

الرئيسية لنظرية الغبن الفاحش، والتي تعود جذورها الأولى إلى دستور الإمبراطور الروماني دقلديانوس¹.

وذلك لأن عقد البيع أو أي عقد من نوع آخر حتى عقود الخدمات في بعض الحالات ليست من العقود ذات الاعتبارات الشخصية، ولذلك من العدالة الإبقاء على العقد صحيحاً إذا كان الغابن على استعداد لتكملة الثمن العادل، لأن البائع في هذه الحالة لم تعد له أية مصلحة في التمسك بالبطلان، وذلك لاختفاء السند القانوني للغبن الفاحش بمجرد تكملة الثمن العادل، وبالتالي لم يعد هناك محل للدعوى.

لكن المشكلة تثار بالنسبة للثمن العادل، أي مقدار التكملة التي يجب على الغابن الوفاء بها للإبقاء على العقد حياً، بالنسبة للقانون الروماني فقد اشترط للإبقاء على عقد البيع قيام المشتري الغابن بتكملة الثمن العادل إلا أنه لم يتعرض سواء لتعريف الثمن العادل أو لبيان الأسس التي يتم على أساسها حساب هذا الثمن²، وهو الأمر نفسه بالنسبة للتشريعات الحديثة فيما يتعلق بحالات الغبن المادي الناتج عن الاستغلال.

هذا الفراغ التشريعي يدفع إلى إحدى الاحتمالين، وذلك بأن الغابن إذا أراد أن يتفادى إلغاء البيع عليه أن يكمل الثمن إلى القدر الذي يزيل الغبن الفاحش، أي أن يكمل الثمن إلى أقل من قيمته السوقية بقليل، بمفهوم المخالفة فإن الثمن الذي يكون أقل من القيمة السوقية لا يعد ثمن بخس، وعليه أن الغابن لا يلتزم إلا بدفع القدر الذي يزيل عن الثمن وصف البخس، وبعبارة أخرى فإن الثمن العادل هو الثمن الذي يساوي القيمة السوقية، وبعبارة أخرى أنه هو الثمن الحقيقي أو القيمة الفعلية للشيء.

¹ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص153.

² أحمد إبراهيم حسن، نفس المرجع، ص154.

وهناك احتمال ثاني وهو أن الثمن العادل هو الثمن الذي يعادل قيمة الفعية للشئ، وبالتالي الغابن الذي يود الإبقاء على العقد عليه دفع تكملة الثمن الحقيقي للشئ محل الغبن الفاحش ولا يقتصر على دفع أقل من قيمته الحقيقية، إلا أن هذا الضابط غير ثابت بسبب أن قيمة الشئ متغيرة حسب الزمان والمكان من جهة، ومن جهة هو تفاوت ربح للمتعاقد الغابن إذا ما اعتمدنا الثمن الحقيقية إذا ما نظرنا إلى تقلب الأسعار.

لكن النقطة التي يجب التنويه إليها وإن كانت في آخر هذه الفكرة ضرورة العودة بكل ما تم تنفيذه وقلب ما ترتب على ذلك من أوضاع مستقرة وكل هذا تتجنبه فكرة العقد الموقوف، التي تعني بقاء العقد على ما هو عليه وعدم تنفيذه إلى حين إجازته ممن له الحق في الإجازة، وهي النظرية المستمدة من الفقه الإسلام ولم يعمل بها إلا قلت من التشريعات المدنية أمثال القانون المدني العراقي¹.

الفرع الثاني:

استثناءات حل الرابطة العقدية في حالة الاستغلال.

بما أن العلاقة التعاقدية بين الطرفين ليست من النظام العام أمكن للمغبون التغاضي عن حالة الغبن وإجازته إما بطريقة صريحة أو ضمنية (أولاً)، كما يمكن للمستفيد من حالة الغبن أن يدافع عن حقه في آثار العقد بعد مضي مدة التقادم (ثانياً).

أولاً: إجازة العقد القابل للإبطال

بما أن العلاقات التعاقدية ليست من النظام العام، فإن كل ما يرد عليها من أخطاء عرضية، والتي هي محل تقدير من قبل صاحب الحق، إن شاء رفضها وأن شاء أجازها

¹ عدنان سرحان، (ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين لالتزامات)، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والعشرون، جامعة الشارقة، كلية القانون، 2005، ص ص 201-207.

بإقراره، سواء بطريقة صريحة، بتلفظه بالموافقة والاستمرارية في الحالة التعاقدية ، أو بطريقة ضمنية، باتخاذ موقف لا يدع مجال للشك، كالاستمرارية في الحالة التعاقدية وعدم اكترائه لم حصل سابقا من عيب كان قد أصاب إرادته التي شابها عيب بسبب حالة من حالات الاستغلال، وهي إرادة صريحة لا لبس فيها، باستعمال دلالة لذلك كالكتابة أو الإشارة للموافقة على الإجازة.

لكن تأخذ في الحسبان القاعدة الفقهية (لا تصح إجازة الباطل)¹، مما يعني أن الإجازة إنما تعمل في المتوقف، وأما الباطل فلا تصح إجازته لبطلانه وعدم انعقاده، فكأن الإجازة وقعت على معدوم فلا تصح.

مما يعني أن الإجازة عملية يتم بها تطهير العقد من العيب الذي كان يعتريه²، أي أنها ليست وسيلة تصحيحية تفضي إلى التخلي عن دعوى إبطال العقد، بل أنها ترمي إلى تأكيد استمرار و استقرار العقد الذي لحقه العيب، وما على القاضي إلا التخلي عن نظر الدعوى المطروحة بين يديه حتى ولو كانت في مرحلتها النهائية، لأن هذا التصرف بالذات يعتبر من أبز مقومات مبدأ سلطان الإرادة التي تستمد نفوذا ذاتيا من اعتراف القانون، بإرادة المتعاقدين المغبون هي الأساس في هذه الحالة وما على القانون إلا مسايرتها.

فالمتعاقدين الذي يتنازل عن حق خالص له وحده الحق في إنشاء ذلك التصرف الإنفراد والذي بموجبه يخرج ذلك الحق من ذمته، فيصبح في حكم المعدوم، وعليه وحده أن يتقبل جميع الآثار الناجمة عن ذلك التصرف، فليس له أن يتراجع في ذلك التنازل كما ليس له أن

¹ محمد صدقي بن أحمد البورنو، مرجع سابق، ص 848.

² محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2000، ص 11.

يحتج به في مواجهة غيره، لكن حصول المناط الشرعي مرتبط برضا صاحب الحق في الفقه الإسلامي¹.

والإجازة لا ترد إلا على العقد القابل للإبطال أو العقد الموقوف، أما العقد الباطل بطلانا مطلقا فلا ترد عليه الإجازة، وبناء عليه فلا يستفيد من الإجازة إلا صاحب الحق فيها، ويخضع العقد الذي يشوبه عيب الغبن إلى الإجازة شأنه في ذلك شأن سائر العقود التي يشوبها عيوب الإرادة الأخرى²، لذلك لا بد من شروط لها تضبطها وتحدد نطاقها، فالإجازة الصحيحة التي تنتج آثارها، أن تصدر في وقت الإجازة، ووجود من له حق الإجازة³.

فقبول التصرف للإجازة وقت صدور من ناقص الأهلية تصرف لا يملكه وليه⁴ وإن كان تصرفه باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة، ولا كذلك أن يقبل التصرف الإجازة وقت صدرها، وكذلك فيما يتعلق بالمغبون فلا بد من زوال الحائل الذي كان يحول بين المغبون وبين إجازة العقد، حيث إن بقاء هذا الحائل قائما وقت الإجازة تجعل إرادة المميز معيبة بعيب الغبن نفسه في العقد الأصلي⁵.

ولقد نصت المادة 100 مدني (يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية)، بمعنى أن الإجازة الصريحة تكون بالقول، بأن يتلفظ الغابن صراحة و يقول أمضيت العقد، أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة، كما يعتبر السكوت إجازة إن دل على الرضا عرفا، لكن القاعدة الفقهية (لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحجة بيان

¹ كمال الدين محمد بن الواحد السيواسي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 422.

² محمود علي، مرجع سابق، ص 258.

³ محمد الهادي أبو الأيقان، الكليات الفقهية، الدار العربية للكتاب، تونس، 1997، ص 148.

⁴ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت، 1998، ص 45.

⁵ محمود علي، نفس المرجع، ص 259.

(، أما بالنسبة للإجازة الضمنية بأن يتخذ المجيز دور أو يقوم بتصرف لا يكون إلا من مالك، كأن يؤجره أو يرهنه أو يبيعه أو يبني فيه أن كان أرضاً أو عمره إن كان داراً.

ولكي تقع الإجازة صحيحة يتعين أن يكون العيب قد زال وقت حصولها وإلا كانت مشبوهة بنفس العيب الذي لحق بالعقد المراد إجازته، والذي يعرف بالتأثير الغير المشروع، كما ينبغي أن يكون المتعاقد على بينة من أمره، كما ينبغي أن لا يكون واقعا تحت تأثير المتعاقد الآخر وأن تكون الظروف التي عمل فيها على التعاقد بمشروعية ليست في مصلحته قد زالت وقت صدور الإجازة.

و إذا أجز العقد الباطل بطلانا نسبيا استقر وجوده نهائيا، قال الإمام الدسوقي (منع من الرد ما يدل على الرضا بعد الإطلاع على العيب من قول أو فعل أو سكون)¹، أي أن الإجازة دلالة على الرضا التام وعدم الاكتراث لما حل بالمتعاقد المغبون إلى درجة الغبن الفاحش

والإجازة لا تصح العقد القابل للإبطال، لأنه صحيح قبلها و لكنها تزيل خطر الإبطال وإزالة خطر الإبطال للعقد ليس معناه عمله مرة أخرى، إذ أن عمل العقد مرة أخرى يقتضي بوجود شروط العقد جميعها مبتدئة، ثم يحصل التعاقد من جديد بين الطرفين.

كما أن الإجازة لا تخل بحق الغير، إذ لا يصح أن تضر بحق الغير، و يقصد بالغير هنا الخلف الخاص للمتعاقد الذي له الحق في طلب الإبطال، عندها تتغير المراكز القانونية، من مدين مغبون مضمون الحماية القانونية بموجب المادة 90 مدني، إلا مدين مطالب بالتنفيذ الاختيار وإلا بالتنفيذ الجبري، وإن تعذر الأمر فعليه التنفيذ بطريقة التعويض طبقا للمادة 176 مدني، لأنه لم يبق له مجال للتشكيك في صحة التعاقد.

¹ الإمام محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 120.

و الأفعال الدالة على خيار الإجازة قد تكون للبائع والسلعة في يده، فإن مضى أجل الخيار دليلاً على أنه اختار الفسخ، وإذا لو اختار الإجازة لا استدعى المشتري لقبضها وصرفها إليه، أو أشهد بالإجازة، وإن كانت في المشتري كان ترك إرجاعها واستدعاء البائع ردها دليلاً على أنه اختار الإجازة للبيع.

وإن كانت السلعة بيد المشتري والخيار له، فإن إبقائها في يديه دليل على اختياره الإجازة، كما أن إبقائها لها في يد من باعها دليل على أنه اختار الفسخ، وجملة الأمر أن السلعة تبقى لمن هي في يديه¹، بمعنى أن كل من العوضين هما قرائن يمكن للقاضي أن يستشف منهما نوايا الطرفين، إلا أن هذه القرائن ليست بالأدلة القاطعة، لذلك هي محل سلطة تقديرية للقاضي في شأن الاستدلال بها أو طرحها جانباً.

وبالتالي أن في إجازة العقد القابل للإبطال انتقال الملك إلى المتعاقد الثاني. بائعاً أو مشتري. في بيع الخيار بنفس العقد وما يحصل من غلة المبيع في مدة الخيار ونمائه المنفصل فهو للمشتري، لأنه نماء ملكه الداخل في ضمانه، فيدخل في قوله عليه الصلاة والسلام (الخراج بالضمن)².

وعبء إثبات حدوث الإجازة يقع على عاتق من يدعيها، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية (عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة)³ وهو إثبات غير مقيد، فيحق للمستفيد من الإجازة أن يثبتها بكافة الطرق القانونية الممكنة.

¹ أبي عبد الله محمد المازري، شرح التلخيص، الجزء الثاني، دار الغرب الإسلامية، تونس، د.س.ن، ص563.

² الأمام أبي محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي، الثالث، مرجع سابق، ص86.

³ عبد الحكيم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص524.

ثانيا: تقادم دعوى البطلان في حالة الاستغلال.

التقادم المسقط عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن¹، فيتربط على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه²، فالحق كمبدأ عام إذا لم يطالب به صاحبه خلا مدة زمنية محددة تشريعيا وبلا أي عذر شرعي، قال الإمام الدسوقي (طال بلا عذر)³، أي حال بينه وبين حقه في الإبطال مانع مادي أو معنوي.

والأصل أن جميع الالتزامات مدنية أو تجارية لا تتقادم إلا بمضي خمسة عشر سنة وهو ما نصت عليه المادة 308 مدني (يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي فيها نص خاص في القانون)، بمعنى لا يتقادم الالتزام بأقل من هذه المدة إلا بنص خاص يحدد المدة القصير والتي لا يجب التوسع فيها، عمل بالقاعدة الأصولية الخاص يقيد العام.

وبما أن نص المادة 90 فقرة 2 مدني نصت (يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة)، مما يعني أنه نص خاص ورد كاستثناء عن الأصل العام، لذلك لا ينبغي التوسع في تفسيره⁴، لكن بالمقابل فإن الفقه الإسلامي وخاصة أغلب شراح المذهب المالكي لا يقرون مبدأ سقوط دعوى الدين بمضي زمن محدد وفي ذلك، قال ابن رشد (لا تسقط بحال حتى لو كان الدائن حاضرا وقادرا على الطلب)، أي لا يبطل

¹ مزيان محمد أمين، التقادم المكسب في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007، ص8.

² محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص461.

³ الإمام محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص120.

⁴ الإمام أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، إدارار الشقوق على أنواع الفروق، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص74.

حق امرئ مسلم وإن قدم، وهو المبدأ الفقه الشهير الذي تبناه الشيخ الحطاب¹، ومنهم من خص بذلك البعيد، قال القرافي (ويمنع البعيد من أجل الخيار لأنه لا يدري ما يكون المبيع عند الأجل)².

وتحسب مدة تقادم الدعوى في قضاء الاستغلال كما تحسب في باقي القضايا المدنية الأخرى فقد نصت المادة 314 مدني (تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا بحسب اليوم الأول وتكمل المدة آخر يوم منها)، والأيام تحسب كاملة ولا تحسب أجزاء اليوم، لذلك وجب حساب مدة التقادم بالأيام من منتصف الليل إلى منتصف آخر يوم، وهو ما يتماشى وحساب الفقه الإسلامية بخصوص الأيام والليالي، وما ذكر الليالي إلا لأن التاريخ يغلب عليه التأني، قال تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة)³.

فإذا انقضت المدة المحددة لرفع الدعوى وهي انقضاء السنة، يسقط الحق في رفعها أيا كانت الظروف التي أدت إلى عدم رفعها، ويصبح العقد سليماً غير قابل للطعن، أي يصبح في حكم المجاز من تاريخ انعقاده ولا ينطبق ميعاد السنة بالنسبة للسنة فقط، بل أيضاً بالنسبة للبطلان الذي يثار بصورة دفع، والغرض الذي يتصور فيه الدفع هنا يكون في الحالة التي يرفع فيها المغبون دعوى، ولم ينفذ التزاماته خلال السنة التالية لإبرام العقد، فإذا ما طالبه الطرف الآخر بالتنفيذ فلا يمكن للمغبون في هذه الحالة أن يدفع الغبن⁴.

وفي حالة ما إذا ظهر حق جديد فيبدأ حساب معاد تقادم جديد مستقل تماماً عن التقادم الأول وإذا انتقل الحق إلى الخلف العام أو الخاص فإن المدة التي مصت من التقادم في

¹ الإمام محمد بن محمد الحطاب، مرجع سابق، الجزء السادس، ص229.

² الإمام أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، النخبة، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص24.

³ سورة الأعراف الآية 142.

⁴ محمود علي، مرجع سابق، ص267.

عهد السلف تدخل في الحساب وتضم إلى المدة السارية في عهد الخلف لاستكمال مدة التقادم، وعموما فإن مدة التقادم تحسب وفق التقويم الميلادي وليس وفق الهجري¹ وهو ما نصت عليه المادة 3 مدني (تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

لكن ما بالود قوله هو أن نص المادة 90 بخصوص مدت السقوط ترد عليها بعض الملاحظات، فمدة سنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم، والفرق بين الميعادين أن الميعاد الأول لا ينقطع ولا يقف بخلاف ميعاد التقادم القابل للانقطاع والتوقف، مما يعني أن ميعاد السقوط هو الميعاد الذي وضعه المشرع لتعيين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه حتما عمل معين، وبخاصة لتحديد الوقت الذي يجب فيه استغلال رخصة قررها القانون، فهو ميعاد حتمي، أي يجب أن يتم العمل المعين في خلال هو إلا كان باطلا.

ويختلف ميعاد السقوط عن ميعاد التقادم، لا في الحقوق التي تقر فحسب بل أيضا في كيفية إعماله، فيجوز للقاضي إثارة ميعاد السقوط من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم به، ولا ينقطع ولا يقف سريانه ولا يتخلف عنه التزام طبيعي في حين أن في ميعاد التقادم يجب على الخصم أن يتمسك به، ويجوز أن يقطع سريانه ويقف هذا السيران ويتخلف عنه التزام طبيعي².

والأكثر من ذلك أن المدة في الاستغلال تنتقد من ناحيتين، الأولى أنه يحدد للطعن بالغبن أجل أقصر من أجل الطعن بعيوب الرضا الأخرى، فالأجل . هنا . سنة واحدة وفي الإكراه أو الغلط ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة من تاريخ انكشاف الغلط أو ارتفاع الإكراه

¹ إن التقويم الهجري الذي يعود التعامل به إلى الخليفة عمر بن الخطاب عندما وليا أميرا للمؤمنين؛ كما أن هناك دول لا زالت تعتمد عليه كتقويم رسمي على غرار كل الدول العربية من خلال جرائدها الرسمية؛ وهناك دول تعتمد تقوما آخر كالدولة الليبية التي تعتمد على تاريخ وفات الرسول صلى الله عليه وسلم كتقويم رسمي.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص1000.

¹مع أن أجل رفع دعوى الغلط أو الإكراه مدة تتقادم في حين أن أجل الطعن موعد سقوط لا يقبل الوقف أو الانقطاع كمدة التقادم.²

وقد تلاقت رأي أغلب القوانين العربية في تحديد معاد السقوط بسنة واحدة على غرار القانون المدني 90 نجد المدني المصري كذلك من خلال المادة 129، الليبي المادة 129، والسوري المادة 130، متأثرين بذلك بنص المادة 2272 مدني فرنسي³، إلا أن الاستثناء كان بالنسبة لقانون الموجبات والعقود اللبناني الذي حدد المدة بعشر سنوات حسب ما نصت عليه المادة 235 وهي مدة تقادم لا مدة سقوط.

أما في الفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء بشأن تحديد وتقدير مدة الخيار⁴، فقد روي أن حيان بن منقذ الأنصاري كان يغبن في البياعات، ومع ذلك لا يدع التجارة، فشكا أهله ذلك إلى رسول الله . صلى الله عليه وسلم . أن يمنعه، فقال . صلى الله عليه وسلم . (إذا أنت بايعت فقل لا خلافة، ثم أنت بالخيار في سلعة ابتعتها ثلاث ليالي)⁵؛ إلا أن المذهب المالكي يتجه في بعض الحالات إلى عدم تحديد المدة المانعة من سماع الدعوى، بمعنى أنه يترك الأمر للقاضي الذي له السلطة التقديرية في تحديد معاد رفع الدعوى بالمفهوم الديني⁶، إلا أن شراح المذهب لم يترك الأمر على الإطلاق بل قيد القاضي في ذلك بمجموعة ضوابط منها.

¹ كان من الأفضل لو أن المشرع وحد مدة التقادم والجزاء الذي يترتب على العيوب الثلاثة، فكلها أسباب تؤدي إلى اختلال الرضا فكان من المقبول أيضا أن يكون أثرها واحد على العقد ولا يرتبط بمجرد الفترة على اكتشاف العيب قبل التنفيذ أو بعده، لمريد من الإيضاح أنظر: عدنان سرحان، مرجع سابق، ص 200.

² جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 160.

³ CHESTIN.(J), *Traité de droit civil (les obligations, le contrat)*, Paris, 1980, p641.

⁴ الإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر، ص 64.

⁵ علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاسائي، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص 281.

⁶ الإمام سحنون بن سعيد التتوخي، الجزء الرابع، ص 99.

فالنظر في أحوال الناس، يقصد بها مدى التزام الناس بتعاليم الدين، والدين في هذه الحالة لا يقتصر بالضرورة على المسلمين، فالقاضي ينظر في الحس الديني لدى الأفراد وهو بصدد رأي المدة المانعة من سماع الدعوى، فكلما ارتفع الحس الديني لدى الأفراد كلما كانت إطالة المدة الواجبة لعدم سماع الدعوى، وإذا انتشر الفساد وسادة الأثانية بين المتعاملين وجب تقصيرها¹، كما على القاضي في الفقه الإسلامي أن يأخذ بأعراف الناس وعاداتهم في ما يتعلق بميعاد الالتجاء للمطالبة بالحق، والتقاضي في مثل هذه المنازعات تختلف إجراءاتهم بخصوص المواعيد باختلاف الأزمنة والأمكنة.

لكن هناك من يرى أن إطالة المدة من أجل نظر القاضي بناء على سلطته التقديرية هو زيادة في الضرر الناتج عن الغرر وهو ما يعتبر عين المفسدة، فحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أجاز الخيار إلي شهرين، لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التأمل ليندفع الغبن، ولأن العقد انعقد فاسدا والفاقد لا ينقلب جائزا، أي أن البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو كمن تزوج امرأة وتحتة أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة وهذا المشهور عند أبي حنيفة².

إلا أن الغالبية من فقهاء الشريعة الإسلامية من يرون أن التصرف ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف الخيار كل على حسب المدة، فهناك من يرى أن الخيار ينقضي بانقضاء اليوم الثالث³، فبطلوع فجر اليوم الرابع سقط حق الخيار وهو تدليل على رواية حديث الخلابة، أي أن العقد تقرر فاسد في الحال بحكم الظاهر لأن الظاهر زال الموجب للفساد فيعود جائزا، لأن العقد لم يكن فاسد العينية بل لما فيه من تغير مقتض العقد في اليوم الرابع، فإذا زال المغير عاد جائزا.

¹ بن دروس نصيرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة وهران، 2010، ص218.

² كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح القدير، الجزء الخامس، المطبعة الأميرية الكبرى، 1316هـ، ص112.

³ الإمام محمد بن علي بن محمد الحصكفي، مرجع سابق، ص398.

لكن كان على المشرع أن يعتد في حالة الاستغلال بحالات وقف التقادم، فممكن مادية قاهرة، التي لا دخل للدائن فيها وتعذر بسببها أن يطالب بحقه ليقطع التقادم الساري ضده، فهنا من العدالة أن يقف التقادم حتى يزول هذا الظرف الاستثنائي، كحالة قيام حرب، أو نشوب ثورة، أو حلة فوضي عامة التي تمنع القضاء من أن يؤدي دوره المنشود، بل ويدخل في حكمها كحالات انقطاع المواصلات، ولا يشترط في المانع أن يصل إلى درجة القوة القاهرة¹.

وبالتالي تسقط المدة السابقة وتبدأ مدة جديدة من وقت انتهاء الأمر المترتب على هذا السبب، أي محو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها وذلك نتيجة لعمل يصدر من الدائن أو المدين على أن تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع، أي تكون المدة التي انقطعت قبل انقطاع التقادم كأنها لم تكن ولا تدخل في حساب مدة التقادم كما هو منصوص عليه المادة 319 مدني (إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الأول).

وهناك نظرة مغايرة بالنسبة للتقادم في حالات الغبن وهو ما يتميز به التشريع الأردني الذي لم يحدد مدة تسقط فيها دعوي الفسخ مخالفا بذلك كافة التشريعات العربية والغربية على حد سواء، حيث نصت المادة 150 مدني أردني (يسقط الحق في الفسخ بالتغريب والغبن، ويلزم العقد بموت من له الحق بالفسخ، وبالتصرف في المعقود عليه أو بعضه تصرفا يتضمن الإجازة، وبهلاكه، واستهلاكه، وتعيبه، وزيادته).

¹ أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965، ص 407.

ولقد نصت المادة 90 مدني (ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة)¹، فأمر المشرع يبدو غريباً للغاية، إذا كيف بالنسبة لباقي عيب الإرادة الأخرى أن المدة فيهم جميعاً تفوق مدة السنة إلا حالة الغبن الناتج عن الاستغلال فالشخص أصابه غبن نتيجة استغلال متعمد من المتعاقد الآخر الذي استغل ما أصاب المغبون من طيش بين أو هوى جامح، كما أنه ما يؤكد بأن حالة الطيش البين أو الهوى الجامح ستكون وجيزة وعرضية لا تتعدى السن، فالأمر غريب حقاً، ولا يمكن أن يفسر أمر المشرع الذي لا زالت تحكمه نزعة فردية، أو أنه ربما أراد حماية المصلحة العامة في استقرار التعاملات المالية.

كما أن الميعاد في دعوي الغبن الناتج عن استغلال على خلاف باقي عيوب الرضا الأخرى، حيث تبدأ المدة المقررة لرفع الدعوى من تاريخ اكتشاف العيب الغلط، أو التدليس، أو زوال الإكراه، وهي مدة تقادم وفي جميع الأحوال تتقادم بمضي خمس عشرة سنة، أما التشريعات العربية في مجملها جعلت مدة سقوط الدعوى بسنة واحدة من تاريخ إبرام العقد، فربما استلهموا ذلك جميعاً من نص المادة 138 مدني ألماني التي حددت مدة سقوط دعوى الاستغلال بسنة واحدة.

¹ تماثلها في المدة كل من المادة 130 مدني مصري، والمادة 161 مدني كويتي، والمادة 125 مدني عراقي، والمادة 129 مدني سوري.

خاتمة:

إن تاريخ القانون مرتبط بتاريخ الشعوب على اختلاف توجهاتها ومعتقداتها التي كان لها النصيب الأكبر في بناء حضارة أثرة الإنسانية عدالة حتى وإن كانت في مراحل عمرية عدة قد تباينت مؤشراتهما بين المزيد أو الانحطاط في المكتسبات، ففي مسألة العدالة العقدية وما يقع فيها من إشكاليات تكون نتاج استغلال طرف للآخر قد أخذت حيزا واسعا من الفكر الإنسان منذ أن كانت تأخذ طابع القداسية المباركة.

وقد كان أمر منطقي في ذلك العصر أن تكون التعاملات تبني على أساس شكلي طقوسي بسبب بساطة وندرة التعاملات العقدية من جهة، وبسبب الأنانية المفرطة والخوف من المجهول، لكن ما يقال أن الظلم في التعامل كان نادرا داخل المعابد، إلا أن هذا الحال لم يعد وقد تخلص المجتمع الإنساني بيت الصنم ودخوله دار الدينيات السماوية و ارتفاع المبعوثين إلى درجة الرسول المبشرين وفرضهم لتعاليم الوفاء بالعهد والإخلاص في النية وفي أن يحب المرء ما يحب لأخيه، وبالتالي لا ضرورة للشكلية في التعاقد.

وقد اعتبرت - الإرادة - بمثابة المعجزة إلا أن توسعة دائرة الأزمة السياسية داخل الإمبراطورية الرومانية خلال القرن الثالث والتي أثرت على المحيط الاقتصادي، وقد كانت الدلالة واضحة في انهيار بورصة التعاملات العقدية فكانت حتمية تدخل الدولة من أجل تنظيم الاقتصاد عن طريق قانون دقلديانوس الذي سمح للبائع الذي تصرف في ماله بأقل من نصف قيمته بإلغاء عقد البيع ما لم يقبل المشتري أن يكمل الثمن إلى الثمن العادل، وهو ما أطلق عليه شراح المدرسة الحوشية مصطلح الغبن الفاحش.

لكن مع انهيار الإمبراطورية الرومانية التي لم يقتصر الأمر على جندها وجدرانها بل وصل إلى تفسخ في قيمها وهو ما يعتبر انتكاسة لمفهوم الحضارة، فبفتحت الإمبراطورية

الرومانية إلى دويلات إقطاعية قائمة على الطبقة والجشع في المعاملات المالية، وهو ما يعتبر فقدا لكل جميل، ومنها نظام الغبن الفاحش.

و تواصل الأمر حتى إلى الثورة الفرنسية التي كانت إيجابية على كل شي ومكسبا للجميع إلى على المغبون في التعاملات العقدية، رغم بتبرير القائمين عليها إلا أنه لم يرتقي إلى الموضوعية في أن كثرة الدعوى المطروحة بسبب إلغاء نظام التسعيرة وما انجر عنه من غبن فاحش خاصة، إلا أن الأمر سرعان ما تم تداركه لكن في أضيق الحدود كما رسمته المادة 1118 مدني فرنسي.

وكذلك كان الأمر بالنسبة للتشريع للتقنين المدني المصري القديم باعتباره . الذي سار على درب التقنين المدني الفرنسي . الذي لم يعترف إلا بالغبن في أضيق الحدود وهو ما شكل نقدا كبيرا له من قبل كبار الفقهاء، بحجة أن البيئة مختلفة بين التقنيين، فالأول يعود في بديهياته ومسلماته إلى أصله الروماني وما هذبته القوانين الكنسية كما أنه وليد بيئة ليبرالية، أما المصري فهو في محيط يسير إلى الاتجاه الاجتماعي التضامني، كما أنه قبل كل شيء يعود في مسلماته إلى التشريع الإسلامي، من هنا جاء التقنين المدني الجديد وجاءت معه فكرة الاستغلال في التعاملات العقدية وأعتبر الغبن مجرد مظهرا ماديا لها، وهو الأمر الذي سبق إلى التقنين المدني الألماني المتأثر بفلسفة كانت الأخلاقية، وبين ذا وذاك انقسمت أغلب القوانين المدنية في فكرة إن كان الغبن مجرد مظهرا ماديا للاستغلال أم لا.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية التي تمزج ما بين العلاقة الروحية بين العبد وخالقه وما بين الإنسان وأخيه الإنسان وقف مبدأ عام (لا ضرر ولا ضرار) و(أن الظلم موقوف)، فقد اعتبرت أن الاستغلال مظهرا ماديا للاستغلال وأن نظام الاستغلال يشمل كافة التعاملات العقدية، والعلة في ذلك أن الاستغلال ما هو إلا ربا، بسبب استغلال أحد المتعاقدين لحاجة أو ضعف الطرف الآخر.

أما بالنسبة للآثار المشتركة بين الاستغلال وعيوب الإرادة الأخرى فإن الغبن الفاحش قد أعتبر عيباً قائماً بذاته مستقلاً عن عيوب الإرادة الأخرى وهذا منذ زمن القوانين الرومانية، إلا أن وصل الفقه الحوشي الذي انتقد الفكرة بربطهم الغبن الفاحش بعيب في الإرادة، لأن . حسبهم . المغبون لا يكون قد تصرف عن رضا تام، وهو المنهج الذي سار عليه الفقه الإسلامي، في أن الغبن الفاحش قد أثر على الإرادة التي هي ركن في العقد وتبعها في ذلك كثير من التشريعات العربية على غرار الجزائري، المصري، العراقي، السوداني، والسوري.

كذلك الاستغلال يشترك في العيوب الأخرى في أنه منافياً للتنافس العادل، فالهدف منه ليس تحقيق نتيجة عادلة، بل تحقيق تنافس عادل بين المتعاقدين، أي أنه مسموح به طالما كان هناك تكافؤ في التنافس من حيث سلامة إرادتهما، من حيث الظروف التي وجدا فيها وقت التعاقد، لأن الغاية ليست تحقيق المساواة الحسابية بل المساواة النفسية والإرادية، وهو ما يجعل نظرية الاستغلال نظرية أخلاقية في جوهرها، وهو ما هي ما عبر عنها المشرع الألماني صراحة من خلال المادة 138، أي اعتبارها ترابطاً بين الأخلاق والقانون، أو بالأحرى بين الدين والقانون، مادام الدين منبع الأخلاق.

أما بالنسبة لشروط الاستغلال فقد انقسمت التشريعات العربية بين التضييق وحصره في الاستغلال البين أو الطيش البين، ونجد في ذلك كل من القانون المدني الجزائري والمصري، وبين من يوسع في دائرة حالات الاستغلال كحالات الضيق وحالة العجز ونجد في ذلك القانون المدني السوري، والعراقي، والسوداني، وكذا مجلة الأحكام اللبنانية.

لكن جميع التشريعات تتفق في الاعتداد بالبائع العميق وغير المباشر عند إبرام العقد في حالت التتقيب عن الاستغلال، دون الوقوف على البائع أو السبب المباشر، الذي لا تختلف فيه كل العقود، وهو الأمر المستمد كذلك من الشريعة الإسلامية، إلا أنها بقية زائدة

على التشريعات العربية في ضرورة أن تكون كل العقود موافقة للشرع في غايتها سواء القريبة أو البعيدة وإلا اعتبرت باطلة بطلاناً مطلقاً.

والبحث في الباعث العميق الذي يمكن من خلاله أن يستشف الاستغلال الفادح للعقد لا يظهر في إلا من خلال البحث في نية كل متعاقد من أطراف العقد، فوجوب حسن النية مبدأ قد أكدت عليه كل الشرائع العامة، منها المادة 107 مدني، أي البحث في مدى تطابق الإرادتين وفقاً لحسن أو سوء نية كل طرف.

لكن ليس كل اختلال في التعاملات العقدية عد على أنه تجاوز لمحظور، فليس كل غبن هو غبن فاحش وإلا ما كانت هناك تعاملات عقدية، فالمصلحة والريح المادي هو الدافع للحركة الاقتصادية، لذلك كان الغبن اليسير غبناً مغتوراً منذ الأزل وهو ما أكدت عليه الشريعة الإسلامية وسارت عليه كل الشرائع العامة.

وعليه كانت هناك مجموعة من المؤشرات التي بها يمكن التمييز بين اليسير والفاحش منها معيار تحديد الثمن، وهو أول معيار اهتدى إليه التشريع الروماني ولازال إلى يومنا هذا، لكن مع الأخذ في الحسبان كافة التكاليف الإجرائية التكون مصحوبة للعقد بل وما يدخل فيها حتى بعض التكاليف الغير القابلة للحساب، كما يجب الأخذ كذلك في الحسبان تكاليف تبيان المعلومات، وهي المعلومات المقدرة للقيمة السوقية للشيء محل العقد.

أما الغبن الفاحش والذي يعني الضرر الجسيم على حد تعبير النصوص الرومانية، ومعياره ما يعتبر مخالفاً لما يسلم به الإنسان العادي في تعاملاته مع الغير، إلا أن الأمر بالنسبة للفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية العامة كالقانون المدني العراقي فقد زاداً على ذلك بأن يكون الغبن الفاحش مصحوباً بشرط الخلابة وإلا لما اعتد به، وأعتبر على أنه تقصير من قبل المغبون، ذلك أن كل غبن مجرد من كل خديعة لا يدل إلا على تقصير وعدم تحرر في الأسعار ومعرفة البدائل.

إلا أن معيار الفداحة فقد وافقت كل التشريعات العامة الشريعة الإسلامية في أن هذا الأمر يعود تقديره لقاضي الموضوع وفقا لسلطته التقديرية، وهي سلطة لا معقب عليها في مجال البحث والتحري في جميع الملبسات الأخرى المحيطة بالمتعاقدين من ظروف داخلية أو خارجية لها ارتباط وتأثير على أحدهما.

أما بالنسبة للآليات التي يعتمد عليها القاضي من إعادة التوازنات بين المتعاقدين في العقد الذي وردة عليه حالة الاستغلال، فإن القاضي أول ما يقوم به هو عملية تفسير العقد والتي تعتبر بمثابة عملية تشريح وتشخيص للحالة الماثلة أمامه، من أجل الوقف على حقيقة إرادتهم والتي لن يصل إليها إلى من خلال الوقف على حقيقة الإرادة الباطنة لكل متعاقد، وهذا بعد المرور، وهي نفس الآلية التي اعتمدت عليها أغلب المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية.

كما يمكن كذلك تفسير العقد على أساس عرف المعاملة العقدية وهذا طبقا لما جاءت به المادة 111 مدني وهو الأمر الذي يصعب فهمه ما لم نعد به إلى الشريعة الإسلامية التي تعتبر أول تشريع فسر اللفظ أو ما يقوم مقامه على أساس العرف وفق المبدأ العام في علم الأصول (المطلق من الكلام يتقيد بدلالة العرف).

كذلك يمكن تفسيره على أساس مقتضيات العدالة حسب القانون المدني، وهنا على القاضي يجد نفسه ينتقل من مطبق للقانون إلى صانع للقانون، وهو أمر في الحقيقة منوط بقاضي المحاكم الأنجلوساكسونية وليس قاضي القوانين اللاتينية، أما بالنسبة للشريعة الإسلامية لم تتحدث عنه كثيرا والسبب في ذلك أنه يعتبر من مستلزمات القاضي وإلا لا يمكنه أن ينصف كل ذي حق حقه.

وما إن يتوصل القاضي إلى النية المشتركة بين المتعاقدين حتى يشرع في مراقبة تنفيذ الالتزام بدون تأخير مستندا على ما جاءت به المادة 160 مدني مادام أن النية المشتركة

بينهما تدل كأصل عام على حسن نية طبقا للمادة 107 مدني وهو ما أجمعت عليه كذلك كل المذاهب الفقهية في الفقه الإسلامية في أن القاضي يجرد من سلطته التقديرية.

أما في حالة الغبن الفاحش بسبب استغلال أحد المتعاقدين للآخر، فإن القاضي تعود له سلطته ويعود له دوره الحيوي في إعادة التوازن العقدي، من خلال إجبار المستغل على تعديل الالتزام كما أجبر المدين في الحالة العادية على التنفيذ، معتمد في ذلك على جميع الوقائع والدلالة المثبت لذلك.

لكن ما يميز القاضي في الفقه الإسلامي عنه في القانون المدني أنه في الفقه الإسلامي عند تناوله لموضوع العقد يعلم أنه ليس نتاج للإرادة المتعاقدين، بل هو أمر جعالة، أي رتب الشرع لها أثارا مسبقا عكس القانون المدني الذي هو نتاج إرادة الطرفين هو ما يظهر التفوق للفقه الإسلامي على حساب القانون المدني.

كما أن القاضي في الفقه الإسلامي يستمد صلاحيته وقدرته من قدرة الشارع، أما القاضي في القانون المدني فيستمد صلاحيته من إرادة المتعاقدين وإلا من إرادة المذهب الحاكم، لذلك إن القاضي في الفقه الإسلامي يتمتع بصلاحيات أكبر من زميله في القانون المدني.

وفي الأخير يخلص القاضي سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني في حالة استحالة إعادة التوازن للعقدي إلى حل الرابطة العقدية بين الطرفين وإعادة الوضع إلى ما قبل حالة التعاقد، من خلال إعادة كل طرف ما تملكه أو استلمه إلى الطرف المقابل، وبالنسبة للحالة التي يكون فيه من الاستحالة إلى العودة إلى ما قبل التعاقد كحالة التعاقد على الخدمات فإن القاضي يقدر تعويضا مناسبا ينوب عن العودة إلى ما قبل حالة التعاقد.

لكن ليس الأمر على إطلاقه، لأن أمر الفسخ ليس من النظام العام، وبالتالي يمكن أن يسقط حق المتضرر في المطالبة بالحق إذ سار عليه أجل التقادم المسقط، كما إذا أقر

بإجازته، فالإجازة لا تصحح العقد ولكن تقبله على كغله واإن كان لا يوثير أي اعتبار من الناحية التطبيقية.

وبمناسبة هذا البحث المتواضع نقترح:

- 1- أن يوسع المشرع من حالات الاستغلال لتشمل صاحب الحاجة وكذا عديم الخبرة.
- 2- أن يتبنى مبدأ التقادم بدل مدة السقوط كما فعل المشرع الأردني.
- 3- أن يكون احتساب مدة التقادم بعد زوال حالة الضعف التي أصابت المغبون.
- 4- أن تجرى دراسة تعتمد على المنهج المقارن لحالة الضعف النفسي للمتعاقد ما بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب

أ. المراجع العامة

أ. المراجع العامة في الشريعة الإسلامية

القرآن الكريم

01- ابن البزاز الكردي، الفتاوى البزازية، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، د، س، ن.

02- ابن الحسين مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، بيروت، د، س، ن.

03- ابن حزم الظاهري، المحلى، المكتب التجاري للطباعة، بيروت، د، س، ن.

04- ابن عابدين ، تنوير الأبصار، المكتبة العلمية، بيروت، 1998.

05- —، منحة الخالق على البحر الرائق، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

06- —، الحاشية، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، د، س، ن.

07- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت، د، س، ن.

- 08- ابن محمد ابن عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني على الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، د، س، ن.
- 09- —، الكافي، هجر للطباعة والنشر، الجيزة، 1997.
- 10- أبو القاسم بن محمد التواتي، مرجع المشكلات في المعاملات، مكتبة النجاح، طرابلس.
- 11- أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1957.
- 12- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في أصول الفقه، د، د، ن، جدة، د، س، ن.
- 13- —، الوسيط في شرح المذهب، دار السلام، القاهرة، 1997.
- 14- —، إحياء علوم الدين، دار الفكر، الطبعة الثالثة، بيروت، 1985.
- 15- أبو عبد الله محمد الخرشبي، شرح مختصر خليل للشيخ خليل، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثانية، مصر، 1317هـ.
- 16- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بيروت، 1953.
- 17- أبو محمد بن قدامة المقدسي، المغنى، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الرياض، 1997.
- 18- أبو محمد عبد الباقي بن يوسف الزر قاني، شرح الزر قاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1978.

- 19- أبو محمد عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، د، س، ن.
- 20- أبي إسحق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د، س، ن.
- 21- أبي الحسين أحمد البغدادي، الموسوعة الفقهية المقارنة، دار السلام، القاهرة، 2004.
- 22- —، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- 23- —، إدرار الشروق على أنواع الفروق، المكتبة العلمية، بيروت، 1998.
- 24- أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1981.
- 25- أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الأنلسي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، 1952.
- 26- أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 27- أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الصغير، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، 1989.
- 28- أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، بيروت، 1974.

- 29- أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.
- 30- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.
- 31- أبي زكريا محي الدين شرف النووي، المجموع في شرح المذهب، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، د.س.ن.
- 32- أبي عبد الله محمد المازري، شرح الثلقين، دار الغرب الإسلامية، تونس، د.س.ن.
- 33- أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، دمشق، د.س.ن.
- 34- أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، مختصر كتاب الأم في الفقه، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، د.س.ن.
- 35- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003.
- 36- أبي محمد عبد الحق الاشبيلي، الأحكام الشرعية الصغيرة الصحيحة، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1993.
- 37- أبي محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، الطبعة الخامسة عشر، بيروت، 1989.

- 38- أبي محمد عمر بن محمد الخبازي، المغنى في أصول الفقه، مكتبة إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، 1982.
- 39- أحمد بن تيمية الحراني، الفتاوى الكبرى، دار المنار، بغداد، 1988.
- 40- —، مجموع الفتاوى، دار الوفاء للطباعة و النشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، المنصورة، 2005.
- 41- — القواعد النورانية، مطبعة دار الندوة الجديدة، بيروت، د، س، ن.
- 42- أحمد بن عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، دار العاصمة، الرياض، 1999.
- 43- أحمد بن محمد الدريد، الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن.
- 44- أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1952.
- 45- أحمد على بن حجر العسقلاني، فتح الباري، المكتبة السلفية، د.س.ن.
- 46- أحمد عين عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والاقتصادية، دار العاصمة، الرياض، 1999.
- 47- حسام الدين بن موسى عفانه، شرح الورقات، د.د.ن، د.ب.ن، 1999.
- 48- حسن بن منصور الأوزجندی، الفتاوى الهندية، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثانية، بولاق، د.س.ن.
- 49- سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، القاهرة، 2001.

- 50- شمس الدين الأنصاري، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1989.
- 51- صالح عبد السمع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل، دار الفكر، لبنان، د.س.ن.
- 52- عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في الفروع، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.س.ن.
- 53- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، بيروت، 1986.
- 54- عبد العزيز بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، دار الغرب الإسلامي، تونس، 1983.
- 55- عبد الله بن محمود النسقي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.
- 56- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- 57- علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، د.د.ن، د.ب.ن، 1956.
- 58- علي بن محمد بن عباس البعلی، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، دار العاصمة، الرياض، د.س.ن.
- 59- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الهمام، شرح القدير، المطبعة الأميرية الكبرى، 1316هـ.

- 60- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، 1994.
- 61- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بيروت، 1958.
- 62- محمد أبي العباس بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.
- 63- محمد الأمير، الإكليل في شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، القاهرة، د.س.ن.
- 64- محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، الطبعة الخامسة، المدينة المنورة، 2001.
- 65- محمد الخضري بك، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة السادسة، مصر، 1969.
- 66- محمد الهادي أبو الأيقان، الكليات الفقهية، الدار العربية للكتاب، تونس، 1997.
- 67- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التريجري، مختصر الفقه الإسلامي، دار اصراء المجتمع، الطبعة الحادي عشر، الرياض، 2010.
- 68- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التريجري، موسوعة الفقه الإسلامي، د.د.ن، د.ب.ن، 2009.
- 69- محمد بن أبي بكر المعروف بابن الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت، 1977.

- 70- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.
- 71- محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة، مصر، 1952.
- 72- —، البيان والتحصيل في المسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامية، الطبعة الثانية، بيروت، 1988.
- 73- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، إجابة السائل شرح بغية الأمل في أصول الفقه، مكتبة الجيل الجديد، الطبعة الثانية، صنعاء، 1988.
- 74- محمد بن الحسين الأنقروى، الفتاوى الأنقروية، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، 1871.
- 75- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.
- 76- محمد بن علي بن محمد الحصكفى، تنوير الأبصار وجامع البحار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 77- —، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 78- محمد بن فراموز، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، د.س.ن.
- 79- محمد بن فرحون، تبصير الأحكام في أصول الأفقية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، د.س.ن.

- 80- محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مكتبة النجاح، ليبيا، د.س.ن.
- 81- محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، مؤسسة الرسالة، دمشق، 2003.
- 82- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1990.
- 83- محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن.
- 84- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الشهير بتفسير المنار المنار، دار المعرفة، الطبعة الثانية، بيروت، د.س.ن.
- 85- محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مكتبة التوبة، الرياض 200.
- 86- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن.
- 87- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثانية، بولاق، 1891.
- 88- محمد مصطفى الزحلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، 2006.
- 89- مصطفى أحمد الرزقا، المدخل للفقه العام، دار الرسالة، دمشق، 1998.
- 90- —، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 1998.
- 91- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامية، دار الفكر، دمشق، 1986.

92- يحي الدين بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، بيروت، 1991.

93- يحي الدين بن شرف الدين النووي، شرح متن الأربعين النونية، مكتبة دار الفتح، الطبعة الرابعة، دمشق، 1984.

94- الكتاب المقدس، العهد القديم، دار الكتاب المقدس، القاهرة.

I. المراجعة العامة في القانون

01- أسعد إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

02- آلان بينابنت، القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع،

03- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.

04- إميل دور كايم، التربية الأخلاقية، دار المعرفة، بيروت، 2000.

05- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

06- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.

- 07- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1987.
- 08- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، ص426.
- 09- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 10- عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 11- علي محيي الدين علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر، بيروت، 2001.
- 12- لحسن بن شيخ أث ملويا، القانون العرفي الأمازيغي، دار هومة، الجزائر، 2001.
- 13- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006.
- 14- محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية: نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 15- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996.

16- محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، د.س.ن.

17- مصطفى العوجي، القانون المدني، مؤسسة عبد الحفيظ للتجليد والنشر، الطبعة الثالثة، بيروت، 2003.

18- ميشال بونشير، مدخل للقانون، دار القصبة للنشر، حيدرة، 2004.

19- ميشال بونشير، مدخل للقانون، دار القصبة للنشر، حيدرة، 2004.

20- همام عبد الرحيم سعيد و د محمد همام عبد الرحيم، أحكام المعاملات المالية، دار الكوثر، الرياض، 2010.

21- يوسف السيد أحمد، المعاملات بين الشريعة والقانون، دار الرسالة، بيروت، 1985.

22- يوسف بن إسماعيل النبهاني، دليل التجار إلى أخلاق الأُخيار، شركة الشهاب، الجزائر، 1990.

.II المراجعة المتخصصة

.I المراجعة المتخصصة في الشريعة الإسلامية

- 01- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت، 1998.
- 02- أبي العباس أحمد إدريس القرافي، الأمانة في إدراك النية، مكتبة الحرمين، الرياض، 1988.
- 03- —، العقد المنظوم في الخصوص و العموم، دار الكتب، د.ب.ن، 1999.
- 04- أبي القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، د. د. ن، الكويت، من د.س.ن.
- 05- أبي عبد الرحمن عبد المجيد جمعه الجزائري، القواعد الفقهية، دار ابن القيم الجوزية، د.ب.ن، 2001.
- 06- أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقد من الفسخ، المكتبة العصرية ، د.ب.ن، 2007.
- 07- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، بيروت، 1989
- 08- أحمد بن تيمية الحراني ، العقود، دار السنة المحمدية، القاهرة، د.س.ن.
- 09- أسامة محمد نعيم، نظرية فسخ العقد في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2006.
- 10- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

- 11- أنور سلطان، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 12- حامد عبده الفقى، بيع النجش في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 13- حسن صلاح الصغير، صلاحية المبيع للانتفاع به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 14- الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، نشر المعهد الإسلامي للبحوث والتدريبات، جدة، 1993.
- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، 1998.
- 16- عبد السلام إبراهيم بن محمد الحصين، القواعد والضوابط الفقهية، دار التأصيل، القاهرة، 2002.
- 17- علاء الدين حسين رحال، معالم وضوابط الاجتهاد عند شيخ الإسلام ابن تيمية،
- 18- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1977.
- 19- محمد ناصر الدين الألباني، فقه الواقع، المكتبة الإسلامية، الطبعة الثانية، الأردن، د. س. ن.

- 20- محمود أحمد محمود مخلص، الوفاء بالعهد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2007.
- 21- رمزي محمد علي دراز، السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
- 22- نبيل عمر الحمداني، البيع في المعاملات الحديثة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006.
- 23- نبيل محمود، الغبن في الفقه الإسلامي، مكتبة الرسالة، بيروت، د.س.ن.
- 24- هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف للمطبوعات، د.ب.ن، 1996.
- 25- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 1979.
- 26- يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، د.د.ن، د.ب.ن، 2008.

II. مراجع متخصصة في القانون

- 01- أحمد محمد أحمد كامل، العقد، المكتبة الجامعية، القاهرة، 1989.
- 02- أحمد محمد ديب حبال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، منشورات زين الحقوقية، بيروت، د.س.ن.
- 03- أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام، القاهرة، 2003.
- 04- أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 05- أحمد هندی، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 06- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 07- أنور مغيث، أزمة القيم ومتغيرات العدالة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، 2008.
- 08- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 09- حسن إبراهيم، التاريخ الإسلامي العام، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1963.
- 10- حسين بن سلامة، حسن النية في تنفيذ العقود، دار المطابع الموحدة، تونس، 1993.
- 11- حسين حامد حسان، فقه المصلحة العامة وتطبيقاتها المعاصرة، دار المعرفة، بيروت، 1992.

- 12- دربال عبد القادو أحكام الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2004.
- 13- دينيس لوليد، فكرة القانون، عالم الكتب، الكويت، 1981.
- 14- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 15- سامي فتح الله ياقوت، التنظيم السياسي في مصر، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، د.س.ن.
- 16- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998.
- 17- شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005.
- 18- طلعت أسعد عبد الحميد، سلوك المستهلك، مكتبة الشقري، الرياض، 2006.
- 19- عادل عبد الفضيل عيد، الربح والخسارة في معاملات المصارف الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 20- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1975.
- 21- عبد الحكيم فوده، تفسير العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 22- —، جوهر القانون بين المثالية و الواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

- 23- —، إنها القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
- 24- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة، الإسكندرية، 2005.
- 25- عبد المنعم البدرأوي، عيوب الرضا، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.
- 26- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين في البلاد العربية، النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 27- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006.
- 28- العربي أحمد بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، 2011.
- 29- علي فيلاي، النظرية العامة للالتزامات، موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2005.
- 30- علي محي الدين علي القره داغي، الرضا في العقود، مكتبة العلم للجميع، بيروت، 2001.
- 31- غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مكتبة العلم، بغداد، 1971.
- 32- فتحب الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده بين الشريعة والقانون، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 33- فريدريك رسل، أسس فن البيع، دار المعارف المصرية، مصر، 1969.

- 34- كفاح عبد القادر الصروي، التغير وأثره في العقود، دار الفكر، الأردن، 2007.
- 35- كمال الدين أحمد، سلوكيات المستهلك المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 36- كمال محمد يوسف، النية في التعاقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2005.
- 37- لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1984.
- 38- محمد المنحى، دعوى القسمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 39- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، د.س.ن.
- 40- محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2000.
- 41- محمد سليمان الأحمر، النظرية العامة للقصد المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 42- محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، دار المعرفة، بيروت، 1970.
- 43- محمد محمد الغزالي، مشكلة الإغراق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

- 44- محمود جاسم الصميدعي، سلوك المستهلك، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 45- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د.س.ن.
- 46- منذر الفضل، العقود المسماة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1993.
- 47- نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- 48- وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية، القانون المدني، د.ب.ن، د.س.ن.
- 49- وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- 50- ياسر عبد الخطيب، سلوك المستهلك، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2005.

2- المذكرات

أ- المذكرات الجامعية

أطروحات الدكتوراه

01- بن دروس نضيرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة وهران، 2010.

02- عبد المجيد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بدون سنة المناقشة.

03- عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازنات الاقتصادية للعقد ودور القاضي في معالجته دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1978.

04- مزيان محمد أمين، التقادم المكسب في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007.

05- ياسين أحمد إبراهيم، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقہ المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1973.

II. مذكرات الماجستير

01- إبراهيم بن حرير، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، من دون ذكر سنة المناقشة.

02- إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية، مذكرات ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، د.ب.م، 2012/2011.

03- حنين صليحة، دراسة سلوك المستهلك الجزائري خلال شهر رمضان 1988، مذكرات ماجستير في العلوم الاقتصادية، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1994.

04- قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرات لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

05- عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، مذكرات ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2009.

06-عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بابل، كلية الحقوق، 2008.

07-غادة غالب يوسف رصور، عقد السمسرة بين الواقع والقانون دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري الأردني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008.

08-مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012.

III. مذكرات التخرج

01-حمة سوسن، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2009.

رابعاً:المقالات العلمية

أ- مقالات في الشريعة الإسلامية

01- إبراهيم عنتر، (السفه في الفقه الإسلامي والقانون)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الأولى، كلية القانون، د ، س ، ن، ص ص 157-163

02- إسراء فهم ناجي، (العرف ودوره في استنباط الحكم الشرعي)، مجلة رسالة

الحقوق، العدد الثالث، السنة الثالثة، كلية القانون، جامعة كربلاء، سنة

2011، ص ص 117- 125.

03- إسماعيل محمد، (الفرق بين البيع والربا)، مجلة المعهد الإسلامي للبحوث

والتدريبات، العدد التاسع عشر، البنك الإسلامي للتنمية، الرياض، 1997،

ص ص 20-26.

04- جعفور محمد جواد الفضلي، (بيع الأمانة دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين

للحقوق، المجلد الثالث، السنة العاشرة، جامعة الموصل، سنة 2005. ص

ص 25-29.

05- حسين حامد حسان، (فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة، مجلة المعهد

الإسلامي للبحوث والتدريبات)، العدد الرابع، البنك الإسلامي للتنمية،

الرياض، 1992، ص ص

06- داود صالح عبد الله، (أثر العرف في الفتوى وتطبيقاته في البيوع عند

الحنفية كتاب الاختيار نموذجاً)، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد

السابع، العدد الثالث، كلية الغمام الأعظم، د ، ب ، ن، سنة 2008، ص

ص 105-115.

07- سليم رستم باز اللبناني، (شرح مجلة الأحكام)، مجلة المعهد الإسلامي

للبحوث والتدريبات، العدد الثالث عشر، البنك الإسلامي للتنمية، الرياض،

1998، ص ص

08- عبد الله بن بيه، (سد الذرائع وتطبيقاتها في مجال المعاملات)، مجلة البنك

الإسلامي للتنمية، العدد الثامن عشر، 1997، ص ص 30-39.

09- مثنى عارف داؤد الجرح، (التأويل في أصول الفقه)، مجلة أبحاث التربية

الأساسية، المجلد التاسع، العدد الأول، كلية العلوم الإسلامية، جامعة

الموصل، 2009، ص ص 108-115.

10- محمد المختار السلامي، (القياس وتطبيقاته المعاصرة، مجلة المعهد

الإسلامي للبحوث والتدريبات)، العدد الخامس عشر، البنك الإسلامي

للتنمية، الرياض، 1998، ص ص

11- محمد مصطفى شلبي، (الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية)، مجلة

الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول للسنة التاسعة، مطبعة

الجامعة، الإسكندرية، 1960، ص ص

12- ياسر باسم ذنون، (دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى

المدنية)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد التاسع، العدد الثالث والثلاثون،

السنة الثانية عشر، كلية الحقوق، جامعة الموصل، سنة، 2007، ص

ص 109-114.

ب- مقالات في القانون المدني

01- أسعد فاضل مندوب، (أثر الباعث غير المشروع على الالتزامات العقدية

دراسة مقارنة)، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الرابع، العدد الثاني،

كلية القانون، جامعة القادسية، 2006، ص ص 249-290.

02- أكرم محمود حسين و محمد صديق محمد عبد الله، (أثر موضوعية الإرادة في مرحلة المفاوضات)، مجلة الرافدين للحقوقيات، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع والأربعون، السنة السادسة عشر، د. س . ن، ص ص 407-413.

03- أكرم محمود حسين و محمد صديق محمد عبد الله، (موضوعية الإرادة التعاقدية دراسة تحليلية)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد التاسع، العدد الحادي والثلاثون، السنة الثالثة عشر، 2007، ص ص 65-72.

04- حمدي محمود بارود، (الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد)، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، غزة، 2012، ص ص 547-552.

05- حميل نواره، (عقد البيع بالإجار)، مجلة الباحث، العدد الخامس، جامعة تيز وزو، 2007، ص ص 175-181.

06- رباحي أحمد، (المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية)، جامعة حسبية بن بوعلی، الشلف، العدد الثالث، 2010، ص ص 20-25.

07- سميرة حسن محسن، (الغبن وأثره في تعيب العقد دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، جامعة القادسية، العراق، 2009، ص ص 124-192.

08- عامر عاشور عبد الله، (تكيف العقد في القانون المدني)، مجلة جامعة

تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، السنة الثانية، د ، س، ن،

ص ص 38-45.

09- عامر عاشور عبد الله، (القياس في القانون المدني والفقہ الإسلامي)،

مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني والخمسون،

السنة السابع عشرة، كلية القانون، جامعة كربلاء، د ، س ، ن، ص ص

65-71.

10- عباس علي محمد الحسين، (رجعية العقد عند فسخه قضاء مقارنة بين

الفقہ الإسلامي والقانون المدني)، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، كلية

القانون، جامعة كربلاء، 2012، ص ص 166-172.

11- عبد الباسط جاسم، (الاختصاص القضائي في التشريع العراقي والفقہ

الإسلامي)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد الأول، العدد

الرابع، 2009، ص ص 305-311.

12- عبد الله عبد الأمير طه، (الآثار المترتبة على الباعث الدافع إلى التعاقد)،

مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثالثة، كلية القانون، جامعة

كربلاء، 2010، ص ص 217-223.

13- عدنان سرحان، (ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين

للالتزامات)، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والعشرون، جامعة

الشارقة، كلية القانون، 2005، ص ص

- 14- علي شاكر علي، (دراسة في تاريخ القانون مدني العثماني وتطبيقه في العراق)، مجلة جامعة كربلاء للدراسات الإنسانية، المجلد السادس، العدد الأول، السنة السادسة، د، س، ن، ص ص 03-07.
- 15- عماد خضر علاوي، (دور الإرادة المنفردة في إنهاء العقد)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، د، س، ن، ص ص 200-206.
- 16- محمد إقبال ياسين المسهداني، (الشكلية في القانون والشرعية الإسلامية)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد الأول، العدد الرابع، سنة 2009، ص ص 65-72.
- 17- محمد بن إبراهيم السحبياني، (الغبن اليسير والفاحش: تحليل اقتصادي)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، الرياض، 2005، ص ص 37-46.
- 18- محمد رضوان بن خضراء، (قواعد العدالة، المجلة العربية للفقهاء والقضاء)، العدد الحادي والثلاثون، المنظمة العربية للعلوم والثقافة، مطبعة جامعة الدول العربية، القاهرة، 2005، ص ص 93-103.
- 19- وعود كاتب الأنباري، (المفاوضات العقدية عبر الإنترنت)، مجلة رسالة الحقوق، الجزء الأول، العدد الثاني، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2009، ص ص 200-207.

خامساً: النصوص القانونية

- 01- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني، ج، ر، ر، 78، الصادرة بتاريخ 30-09-1977 معدل ومتمم.
- 02- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون التجاري، ج، ر، ر، 78، 19-12-1975 معدل ومتمم.
- 03- الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23/10/1976 متضمن القانون البحري، ج، ر، ر، 29، الصادرة بتاريخ 10-04-1977 معدل ومتمم.
- 04- قانون رقم 84-21 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1404 الموافق لـ 21 ديسمبر عام 1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985. ج، ر، ر، 72، الصادرة بتاريخ 13-12-1985.
- 05- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج، ر، ر، 24 الصادرة بتاريخ 12-06-1984 معدل ومتمم.
- 06- مرسوم تنفيذ رقم: 92-276 مؤرخ في 06 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج، ر، ر، 52 الصادرة بتاريخ 08-07-1992 معدل ومتمم.
- 07- قانون رقم 323-ج 24-3/4/2002 المتعلق برعاية القاصرين، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب.
- 08- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جماد الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة علي الممارسات التجارية، ج، ر، ر، 41 الصادرة بتاريخ 27-06-2004 معدل ومتمم.

- 09- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995 متضمن قانون التأمينات، ج، ر، ر، 13، الصادرة بتاريخ 08-03-1995 معدل ومتمم.
- 10- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج، ر، ع 21 الصادرة بتاريخ 23-04-2008.

سادسا:الاجتهادات القضائية

- 01 المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 28121، بتاريخ 21/03/1983، المجلة القضائية، العدد الأولي، د، س، ن.
- 02 المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 149300، المؤرخ في 23/07/1997، المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1997.

ثانيا:المراجع باللغة الفرنسية

1-ouvrages

- 01 **BENCHENEB.(A)**, *Le droit algérien des contrats*, Ajed, 2011.
- 02 **Weill.(Q), TERRE.(F)**, *doit civil, les personnes, les incapacités*, 5, Dalloz, 1993.
- 03 **CRISTIAN. (L)**, *Droit civil*, Dalloz, Aris, 1996.

04 CHESTIN.(J), *Traité de droit civil (les obligations, le contrat)*, Paris, 1980.

05TERRE. F, *Droit civil. Les obligations*, éditions Cujas, Paris, 2001.

06 FRANCOIS. (A), *Droit civils, Les obligations*, Mantchrestien, Paris 1997.

07 PHILIPPE. (M), *Cours de droit civil*, Dalloz, Paris, 1999.

08 GERARD.(L), *Droit civil, les obligations*, 16ed, Dalloz, 1998.

09 REMY.(C), *Droit des obligations*, 4ed, Dalloz, 2000.

2- mémoire

ARCHAMBAULT.(L), *La formation du contrat du vente en liche et la portion du consommateur*, mémoire magistère, Université Paris1, Panthéon, Sorbonne, 2003-2004.

ثالثا:المراجع الرقمية

www.rsscrrs.inro الجمعية الأمريكية للتسوق

www.majalah.new.ma _مجلة الفقه والقانون

www.tashreaat.com/view-studies2 صيغ التعاقد عن طريق الشبكة
العنكبوتية

www.Islamonlin.net/arbic دراسات في حماية المستهلك

	فهرس
01	مقدمة:.....
05	الفصل الأول: ماهية الاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني
06	المبحث الأول: مفهوم الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.....
06	المطلب الأول: تعريف الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.....
07	الفرع الأول: الاتجاه المضيق لدائرة الغبن.....
07	أولاً: المذهب الفردي.....
09	ثانياً: المذهب الفردي والديانة المسيحية.....
12	ثالثاً: المذهب الفردي في ظل الثورة الفرنسية.....
21	الفرع الثاني: الاتجاه الموسع لدائرة الغبن.....
21	أولاً: المذهب الجماعي.....
29	ثانياً: في الفقه الإسلامي.....
47	المطلب الثاني: القواسم المشتركة بين الاستغلال والعيوب الإرادة الأخرى في الفقه الإسلامي والقانون المدني.....
47	الفرع الأول: الاستغلال عيب من عيوب الإرادة.....
48	أولاً: التأصيل التاريخي لاعتبار الغبن عيباً في الرضا.....
50	ثانياً: الاستغلال ومدى تأثيره على الرضا.....
54	الفرع الثاني: الطابع الغير المشروع للاستغلال.....
55	أولاً: الاستغلال عيباً منافياً للتنافس العادل.....

56	ثانيا: الاستغلال عيبا منافيا للآداب.....
57	ثالثا: الاستغلال عيبا منافيا للأخلاق.....
64	المبحث الثاني: شروط حالة الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.....
65	المطلب الأول: الشروط الواردة بحق المستغل في الفقه الإسلامي والقانون المدني.
65	الفرع الأول: نية استغلال حالة الضعف لدى المتعاقد المغبون.....
66	أولا: باعث الاستغلال في القانون المدني.....
69	ثانيا: باعث الاستغلال في الفقه الإسلامي.....
75	الفرع الثاني: ارتباط حالة الاستغلال بعقد معاوضة.....
76	أولا: مرحلة ما قبل التعاقد.....
78	ثانيا: مرحلة التعاقد.....
93	رابعا: شروط التعاقد.....
97	المطلب الثاني: الشروط الواردة بحق المستغل في الفقه الإسلامي والقانون المدني
98	الفرع الأول: الشرط المادي في تقدير حالة الغبن الفاحش.....
98	أولا: الغبن اليسير.....
107	ثانيا: الغبن الفاحش.....
120	الفرع الثاني: الشروط المعنوية في تقدير حالة الاستغلال.....
123	أولا: الهوى الجامح.....
125	ثانيا: الطيش البين.....
126	ثالثا: حالات أخرى.....

138	الفصل الثاني: آليات تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني
139	المبحث الأول: تفسير العقد الذي يرد على حالة استغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.....
140	المطلب الأول: حالات تفسير العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني.....
140	الفرع الأول: حالة وضوح عبارات العقد.....
142	أولاً: معني العبارات الواضحة.....
145	ثانياً: العبارات الواضحة المناقضة للظروف المحيطة.....
147	الفرع الثاني: حالة العبارات الغامضة.....
147	أولاً: معني العبارات الغامضة.....
148	ثانياً: أسباب غموض العبارات.....
151	المطلب الثاني: قواعد تفسير العقد الذي يرد على حالة الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني.....
151	الفرع الأول: القواعد الأساسية للتفسير العقدي.....
152	أولاً: الظروف الداخلية للعقد.....
162	ثانياً: الظروف الخارجية للعقد.....
169	الفرع الثاني: القواعد الاحتياطية لتفسير العقد.....
170	أولاً: تفسير العقد وفق عرف المعاملة المالية.....
176	ثانياً: تفسير العقد وفق قواعد العدالة.....
179	المبحث الثاني: دور القاضي في معالجة حالة الاستغلال العقدي بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.....

180	المطلب الأول: سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.....
180	الفرع الأول: تنفيذ الالتزام كأصل عام.....
181	أولاً: الالتزام بالتسليم.....
183	ثانياً: الالتزام بالقيام بالعمل.....
185	ثالثاً: الالتزام بالامتناع عن عمل.....
188	الفرع الثاني: تعديل التزام العقدي في حالة الاستغلال.....
188	أولاً: أساس تعديل الالتزام في الفقه الإسلامي.....
190	ثانياً: أساس تعديل الالتزام في القانون المدني.....
209	المطلب الثاني: جزاء الاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.....
210	الفرع الأول: الأصل حل الرابطة العقدية في حالة الاستغلال.....
210	أولاً: كيف حل الرابطة العقدية.....
215	ثانياً: المصلحة في الإبطال.....
221	ثالثاً: إعادة المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد.....
230	الفرع الثاني: استثناءات حل الرابطة العقدية في حالة الاستغلال.....
230	أولاً: إجازة العقد القابل للإبطال.....
234	ثانياً: تقادم دعوى البطلان.....
242	خاتمة.....
249	المراجع.....
282	فهرس.....

ملخص

إن الهدف من تبني نظرية الاستغلال في القانون المدني هو حماية التوازن العقدي، عن طريق السلطة التقديرية للقاضي، وذلك بحماية من يعاني من ضعف في الحالة النفسية أثناء مرحلة التعاقد، بسبب ما أصابه من غبن فاحش، وهو ما أدركه الفكر القانوني بعد نضال تأكد بوصول التيار الاجتماعي من جهة، ومن جهة ثانية بعد البحث في الدراسات الإسلامية.

وعليه فالاعترا ف بمكانة الشريعة الإسلامية بين النظم القانونية العالمية إنما يرجع إلى إتباع منهج الدراسات المقارنة التي لد ت إلى التعرف على مبلد ؤ هذه الشريعة ومدى تأثيرها في الفكر القانوني ذى الأصول الغربية.

Résumé :

L'objectif de l'adoption de la théorie de l'exploitations dans le code civil est de protéger l'équilibre contractuel à travers le pouvoir discrétionnaire du juge, et ce, en offrant une protection aux personnes vulnérables psychologiquement en raison des influences qu'ils pourraient subir lors de la cou chiton de contrats.

La pensée juridique a assimilé cela après une lutte concrétisée par le courant social, ainsi que per la recherche menée sur les études islamiques.

La reconnaissance de la place de la droit musulman parmi les systèmes juridiques à travers le monde s'est faite grâce aux partisans de l'approche de l'étude comparative, qui a fait connaître les principes de cette charia et lui a permis d'influencer la pensée juridique occidentale.