



جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية



فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ:

أ.د تشوار جيلالي

من إعداد الطالب:

عليان عدة

أعضاء لجنة المناقشة :

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د حميدو زكية
مُشرفاً ومُقرراً	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د تشوار جيلالي
مُناقشاً	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د قادة بن بن علي
مُناقشاً	جامعة سعيدة	أستاذ التعليم العالي	أ.د لريد محمد أحمد

السنة الجامعية 2015-2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

سورة المائدة، الآية 01

روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:
" ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله
فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق".

أخرجه البخاري في صحيحه، حديث رقم 2726

جاء في الأثر أن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - كتب كتابا إلى واليه على مصر
جاء فيه:

" استوص بالتجار خيرا. وتفقد أمورهم بحضرتك، وفي حواشي بلادك، واعلم مع ذلك أن في
كثير منهم ضيقا فاحشا، وشحا قبيحا، واحتكارا للمنافع، وتحكما في البياعات وذلك باب مضرة
للعمامة وعيب على الولاية فامنع من الاحتكار فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع منه،
وليكن البيع سمحا، بموازين عدل وأسعار لا يححف بالفريقين، البائع والمبتاع فمن قارف حكره
بعد نهيك إياه فنكّل به وعاقب في غير إسراف".

نهج البلاغة، الجزء 03، ص 83

شكر وتقدير

إن الشكر والعرفان من تمام النعمة وحسن الفضيلة وطيبة المنبت، الحمد للمولى والبدء باسمه أولى والشكر للمجيد سبحانه هو المعين الحميد.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي على قبوله تأطير هذه الأطروحة، وعلى رحابة صدره وطول صبره، وعلى ما أحاطنا به من توجيهات وملاحظات قيّمة أنارت لنا سبيل إتمامها.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة وإبداء الملاحظات بشأنها.

وإلى كل أساتذتي على مستوى جميع مراحل التعليم

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل من يد لنا يد العون والمساعدة من بعيد أو قريب.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى الأبوين المثابرين الصابرين طلبا للرضا وخفضا لجناح الذل
من الرحمة

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء

إلى زوجتي الكريمة وابنتي الغالية مريم

إلى كل زملائي بمعهد الحقوق وجامعة التكوين المتواصل

إلى كل زملائي في منبر الدفاع

قائمة أهم المختصرات

I - باللغة العربية

جزء	ج
جريدة رسمية	ج.ر
دون تاريخ	د.ت
صفحة	ص
طبعة	ط
عدد	ع
ميلادية	م
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية	م.ج.ع.ق، إق. س
هجرية	هـ

II-Liste des principales abréviations

art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles)
C.	Code
C.	Cour
CA	Cour d'appel
cass.	Cassation
Cass. 1re civ.	Cassation 1re chambre civile
Cass. 2e civ.	Cassation 2e chambre civile
Cass. 3e civ.	Cassation 3e chambre civile
Cass. com.	Cassation chambre commerciale
CE	Conseil d'Etat
chron.	Chronique
Civ.	Civil
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Conc. consom.	Concurrence, consommation
Consum.	Consommation
D.	Dalloz- sirey (Recueil)
doc. Adm.	Document administratif
Ed	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid	Ibidem
J.- Cl.	Juris- Classeur

JCP	Juris- Classeur Périodique
JO	Journal officiel
L.G.D.J	Librairie Générale de droit et jurisprudence
n°	Numéro
obs	Observation
op. cit.	Opere citato
OPU	Office des Publications Universitaires
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
R.C.D.I.P	Revue Critique droit international Privé
réf	Référence
rev.	Revue
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commerciale
S.	Sirey (recueil)
s.	Suivant
soc.	Société (nom d'une personne morale)
somm.	Sommaire
t.	Tome
th.	Thèse
V.	Voir

مقدمة

إن فكرة وجود قواعد قانونية تحكم المجتمعات هي فكرة ملازمة لنشوء الفرد، ودخوله في الجماعة، ومما لا شك فيه أن الإنسان قد شعر منذ القدم بضرورة وضع قواعد عامة تنظم سلوكه داخل المجتمع، وعلاقته مع باقي الأفراد.

وقد بدأت معالم وضع القواعد القانونية بشكلها الحديث، تتشكل مع مطلع القرن السابع عشر، بظهور مدرسة القانون الطبيعي، على يد مؤسسها الأول الفقيه الهولندي "جروسيوس"¹ الذي كان يرى أن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان يولد مزودا بها وتحتّمها طبيعة تكوينه، وهذه هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان.

وقد تأيّد هذا المذهب باتجاه آخر كان معاصرا ومصاحبا له طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر، ويتمثل في نظرية العقد الاجتماعي²، التي كان لها هدف سياسي واضح يتمثل في إحلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الفردي، والتي انتهت بقيام الثورة الفرنسية التي حملت شعار الدفاع عن الحريات والحقوق الطبيعية للإنسان.

وقد كان مقتضى هذه الأفكار أن يتنازل كل فرد من أفراد المجتمع على قدر من حريته حتى يتمكن الجميع من أن يتمتعوا بحريتهم على قدم المساواة، وهذا يستدعي وجود قواعد موضوعية مقدما يستهدي بها الأفراد في سلوكهم ومعاملاتهم، إلى جانب وجود سلطة عامة تمثل هذا المجموع، وتستطيع بما لها من قوة ووسائل إكراه، أن تجبر الأفراد على احترام هذه القواعد، بغية تحقيق النظام والعدل والأمن في المجتمع.

وقد كانت وظيفة الدولة في المجال السياسي في هذه الفترة، مقتصرة في الأصل على

¹ - عرّف الفقيه جروسيوس القانون الطبيعي في كتابه الذي أصدره عن الحرب والسلام بعنوان "قانون الحرب والسلام" في سنة 1625 بأنه: "القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم، بأن عملا يعتبر ظلما أو عادلا تبعاً لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل/ وهو وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منها صفة الحدة والثبات والخلود، فلا يتغير بتغير الزمان أو المكان - والله بنفسه لا يملك بذلك تغييره- لأن القانون الطبيعي قانون مستخلص من الطبيعة، ومن العقل، ليسبق القوانين الوضعية ويعلوا عليها ومن ثمة فالعقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان تولد معه، فهذه الحقوق هي مبدأ أساسي من مبادئ القانون الطبيعي لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله". أنظر، إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، الطبعة 03، 1992، ص 63.

² - رغم أن أصل نظرية العقد الاجتماعي يرتد إلى كتابات الفيلسوف اليوناني أفلاطون. إلا أنه قد ذاع اعتناقها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر وشهدت إحياء وتطويرا لها على أيدي الكثير من فلاسفة هذا العصر مثل "توماس هوبز" و"جون لوك" و"جون جاك روسو". غير أن آراء هؤلاء الفلاسفة رغم إيمانهم الصادق بفكرة العقد الاجتماعي في ذاتها فقد تفاوتت آراؤهم بشأن تفصيلاتها. انظر، محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 11 وما بعدها.

كفالة الأمن، وإرساء النظام، والدفاع عن الحدود، ولم يكن لها أن تمد نشاطها فيما وراء ذلك، إلا بالفقر الضروري لإزالة التعارض بين الحريات، حتى باتت تعرف بالدولة الحارسة.

وأما على الصعيد الاقتصادي فإن تقديس الحرية الفردية بات يعني إقرار الحرية الاقتصادية الكاملة، و ترك المجال مفتوحاً أمام النشاط الفردي الحر، عملاً بالشعار الذي نادى به الفيلسوف والباحث الاقتصادي الاسكتلندي آدم سميث "دعه يعمل دعه يمر"¹.

وأما من الناحية القانونية فقد جرى التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ حرية التعاقد الذي أصبح يشكل أحد التعاليم الأساسية لهذا المذهب، فالإنسان بحكم طبيعته يتمتع من الإرادة والحرية ما يجعله سيّد نفسه ومصيره، لهذا فهو لا يلتزم إلا بمقتضى إرادته الحرة، وما يقبله بإرادته لا بد أن يكون عادلاً، وهو ما عبر عنه الفيلسوف "فوييه" بقوله: من قال عقداً فقد قال عدلاً"².

وما دام أن الإرادة قادرة على تحقيق العدل بنفسها عندما ترتبط بعلاقة تعاقدية مع طرف آخر، فإن على المشرع أن يتمتع عن التدخل في العقد. وهكذا فالعلاقات الاجتماعية لا تنظم إلا على أساس إرادي أي تعاقدية، وداخل هذا الإطار فالقانون الوضعي استخلص مبدأً طبيعياً هو ضرورة احترام العقود، فالإرادة هي المصدر الوحيد للالتزام القانوني وهي في الوقت ذاته وسيلة تحقيق العدالة³.

على أنه مع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية، والتي كانت الكثير من مجالاتها متروكة كأصل عام لحرية الأشخاص، الذين ومن منطلق الحرية التي يتمتعون بها يسعون بحكم غريزتهم إلى السيطرة وتسخير كل ما حولهم لتحقيق مصالحهم الشخصية، ولو على حساب مصالح الأشخاص الآخرين، مما أدى إلى نشوء نوع من التصارع والتضاد بينهم.

الأمر الذي جعل الدولة أمام تحدٍ حقيقي، يتمثل في كيفية التوفيق بين وفائها لمبادئ الإطلاق في الحريات والحقوق، وفي المحافظة في ذات الوقت على التوازن بين أفراد المجتمع وجماعته منعا لأي اختلال اجتماعي، فكانت فكرة النظام العام أحد أهم الأدوات القانونية التي

¹ - راجع، في تفصيلات هذه المقولة: آدم سميث، بحث في أسباب وطبيعة ثروة الأمم، ترجمة حسني زينة، طبع معهد الدراسات الاستراتيجية، بغداد، العراق، الطبعة 01، 2007.

² - تم اقتباس هذه المقولة للفيلسوف فوييه عن: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص. 27.

³ - أنظر، مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في العقد، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 2005، ص. 43.

وجدت فيها الدولة بغيتها، فاضطلعت هذه الفكرة بمهمة الحد من حرية التعاقد والتقليل من غلوائها¹.

ذلك أن هذه الفكرة كما يرى بعض الفقه، تستقيم في شكل خطاب جازم موجه إلى الأفراد المخاطبين بأحكامه، في من لهم أهلية التصرف قانونا، وهذا الخطاب ينشئ إطارا تتضغط بداخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعا، إذ تفقد من سلطانها بقدر ما تستجبه اعتبارات الانضغاط بحدود هذا الإطار، وفقدان الإرادة لسلطانها عندئذ لا يكون تخليا طوعيا وإنما نزولا جبريا، لتضحي الإرادة الفردية فاقدة لكل سلطان تقديري بخصوص التصرف المراد إتباعه، لتغدوا غير مستطيعه حيال مقتضيات أحكام النظام العام سوى الانصياع².

ومع التسليم بهذا الدور الوظيفي الذي أسند لفكرة النظام العام، في الحد من حرية التعاقد، إلا أن تدخلها كان في أضيق الحدود، ذلك أن هذه الفكرة لصيقة بالمجتمع، كونها ظهرت بنشأته وتطورت معه واتسع معناها ومداهها مع الوقت لتغزو مجالات جديدة وعديدة. فهي فكرة متطورة ومتغيرة في المدلول والمضمون بتطور وتغير المجتمع ذاته، وهو ما يعود في ناحية بالإيجاب على نظام الجماعة بحفظ قيمها العليا. كما أنها تتسم بالمرونة عموما، فيتفاوت مضمونها ضيقا واتساعا من زمن لآخر في المجتمع ذاته، وذلك تبعا للأفكار السائدة فيه.

ففي هذه المرحلة الأولى، فرضت فكرة النظام العام بعض القيود التقليدية فقط على مبدأ حرية التعاقد، وهي في أصلها قيود ارتضاها أنصاره لتحديد نطاقه، وبسبب محدودية تدخل هذه الفكرة، أصبغ الفقه القانوني عليها صفة النظام العام السياسي والأخلاقي الذي يتسم بطابع سلبي غالبا، إذ يقتصر دوره في دائرة القانون المدني³ على حظر العقود التي تعتبر غير مشروعة بالنظر إلى محل الالتزام الناشئ عن العقد أو سببه. وقد تقررت غالبية هذه القيود في مرحلة إنشاء العقد.

¹ - عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص. 54-55.

² - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص. 109.

³ - تضطلع فكرة النظام العام السياسي والأخلاقي بتحقيق أهداف أخرى في بقية فروع القانون، فهي تهدف إلى ضمان سلامة الدولة، واحترام نظامها السياسي ومؤسساتها الدستورية وكفالة حسن أدائها لوظائفها، وتشمل بالتالي سائر قواعد القانون الجنائي، والقانون الدستوري، والقانون الإداري، كما تهدف أيضا هذه الفكرة إلى حماية الأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة وضمان احترام القواعد المنظمة له. أنظر، علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، ص. 275 وما يليها.

وقد استمر هذا الدور التقليدي للنظام العام، على مدار القرن الثامن عشر، غير أن مغالاة أنصار مبدأ حرية التعاقد في تطبيقه، والذي وصل إلى حد التطرف، حيث أصبحت الإرادة عندهم ليست أساس الالتزام العقدي فحسب، بل هي أساس كل التزام أيا كان نوعه باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه شتى أحكام القانون، لأن التشريع هو تعبير عن مجموع إرادات الأفراد. الأمر الذي أدى إلى نشوء اتجاه تنامي بسرعة في ظل التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي حصلت في المجتمع، تزامنا مع ظهور المذهب الاجتماعي، فنهض الفقه والقضاء للحد من غلواء مبدأ حرية التعاقد، وكانت فكرة النظام العام مرة أخرى هي وسيلتهم في ذلك، ولكن للقيام بدور جديد أكثر اتساعا من الدور الأول، يسمح فيه بتدخل أكثر لحماية المصلحة الاقتصادية العليا من جهة، ومصالح الفئات الضعيفة في المجتمع من جهة أخرى، وتماشيا مع هذا الدور الجديد أصبغ الفقه على هذه الفكرة تسمية النظام العام الاقتصادي والاجتماعي.

وهنا يرى الأستاذ جاك غستان أن الانتقادات التي لقيها مبدأ حرية التعاقد وأدت إلى رفضه جعلت النفع والعدل مبادئ بديلة له، أي أن العقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لكونه مفيدا وعادلا، و المنفعة نوعان إحدهما خاصة تعود على الشخص بعينه، والأخرى عامة تعود على المجتمع كافة¹.

وهكذا وبموجب هذه الفكرة، أصبح التعاقد لا يبنى على الإرادة، بل هو استعمال هذه الوسيلة التي نص عليها القانون، مع وجوب احترام مقتضيات أسمى وأجل تتجلى في مقتضيات النظام العام الاقتصادي، ليصبح هذا الأخير وفق هذا المفهوم وسيلة قانونية في يد المشرع يستطيع من خلالها أن يفرض على أعضاء المجتمع سلوكا اجتماعيا وقانونيا معينا.

وعليه اختزل الفقهاء مبدأ حرية التعاقد فيما انتهى إليه، في قاعدة صاغها بعضهم بقوله: "أن النظام القانوني يهدف إلى المحافظة على الالتزامات المبرمة بكل حرية، ولكن من الصعب أن يقبل ويصادق النظام القانوني على أي عقد كيفما كان، فهو لا يساعد على تنفيذ الالتزامات التي يكون تكوينها أو مضمونها غير مقبول، فالقانون يتطلب حد أدنى من الشروط والضمانات لحماية الأطراف المتعاقدة أو الغير أو المجتمع"².

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور قاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص. 231-232.

² - مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص. 60.

والذي يبدو من خلال هذا التقديم، أن هناك نزعتين قانونيتين بشأن تحديد العلاقة بين فكرة النظام العام وحرية التعاقد، نزعة ذاتية شخصية، تميل إلى إطلاق حرية التعاقد ومنع تقييدها إلا في أضيق الحدود خدمة لمصالح الأفراد، ونزعة موضوعية إجتماعية، تميل إلى ضرورة التقييد والحد من حرية التعاقد خدمة لمصالح الجماعة.

وبين هاتين النزعتين نجد أحكام الشريعة الإسلامية ونظامها الشرعي العام، والتي انفردت بتصور خاص بها، لا يميل إلى أي من الاتجاهين كما سنرى، بل يأخذ بتصور خاص وسط يعطي لحرية التعاقد مجالها، ويضبط استعمالها بما لا يخالف مقاصد الشارع وأحكام نظامه الشرعي العام.

وأمام هذا التجاذب الحاصل ضيقا واتساعا ووسطا، كان موضوع هذه الرسالة محاولة لرصد تلك العلاقة بين فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي مقارنة أو مفارقة، حسب ما تسفر عنه الدراسة من نتائج، كل ذلك بغية الوصول إلى تحديد طبيعة هذه العلاقة .

فالنظام القانوني الجزائري، وعلى حداثته عهدته بفن الصياغة القانونية، كان مجبرا منذ البداية على وضع الأطر والحدود بين النظام العام كفكرة عامة تجد ثنائياها في جميع فروع القانون العام والخاص منها، وبين مبدأ حرية التعاقد باعتباره مبدأ عاما من المبادئ القانونية، التي قد ترقى إلى منزلة الحريات العامة الدستورية¹. فالنظام العام يقتضي بطبيعته التدخل لفرض القيود والحدود، وحرية التعاقد تقتضي في أصلها الإطلاق وعدم التقييد.

إن الدراسة في هذا المجال تتطلب في البداية تحديد نطاقها ومجالها، فهي ستكون دراسة في دائرة القانون الخاص عموما، والقانون المدني على وجه الخصوص، والعقود المالية فيه على الأخص، مستبعدين منها، الأحكام الخاصة بالعلاقات الأسرية، وعلاقات العمل، والعقود التجارية، إلا ما كان منها مشتركا في قواعده العامة مع القانون المدني. فهي دراسة في الشريعة العامة.

وسيكون المنطلق الفكري النظري في دراسة العلاقة بين فكرة النظام العام وحرية التعاقد، مبدأ متفق عليه وهو مبدأ العدل الذي لا شك ولا خلاف في أنه الغاية السامية التي تسعى جميع

¹ -راجع، في الخلاف حول التكييف القانوني لمبدأ حرية التعاقد: عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 03، سبتمبر 2013، ص. 142 وما بعدها.

القوانين والتشريعات - سماوية كانت أم وضعية- استهدفه من خلال نصوصها في لفظها أو فحواها. وفي هذا يرى الأستاذ جيني Gény أن القواعد القانونية تسعى حتما إلى تحقيق العدالة التي يتصورها الجميع في شكل فكرة - أي فكرة العدل-¹.

فالعدالة بهذا المفهوم العام، ليست شرط صحة ولا شرط وجوب، ولكنها غاية يسعى إليها الأطراف والمشرع من العقد بتطبيق القواعد القانونية تحت حماية القضاء. فلا خلاف في استهدافها ولكن يقع الخلاف في مفهومها وكيفية تحقيقها والوصول إليها.

ويصنف فقهاء القانون العدل إلى نوعين: عدل تبادلي وعدل توزيعي، فالعدل التبادلي، الأصل فيه أنه كان مقصورا على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع، أي ما يجب للفرد على الفرد ولم يبق محصورا في نطاقه الضيق من العلاقات التعاقدية بل أصبح يشمل كل ما ينشئه الأفراد من علاقات أيا كان مصدرها، وهو يقوم على أساس تساوي الأفراد وهذا التساوي يقتضي من الأفراد احترام كل منهم لحق الآخر إما بإعطائه له أو بالامتناع عن الاعتداء عليه. وهذا الحق الذي يخص كل فرد قد يكون له ابتداء، ويشمل كل ما يتعلق بوجوده أو كيانه المادي والنفسي فيعتبر ظلما اعتداء فرد على جسم فرد آخر بالضرب أو بالقتل أو الإهانة... الخ. وقد يثبت له اكتسابا، فيخص كل الحقوق التي يكتسبها الفرد بصفة مشروعة لاحقا سواء عن طريق التبادل (من بيع وشراء) أو تقديم خدمة (إيجار وعمل)، وتكون العبرة في العدل التبادلي بالمساواة المطلقة².

أما العدل التوزيعي، فيقصد به العدل الذي يجب على الجماعة اتجاه الأفراد المكونين لها في توزيع المنافع والأعباء عليهم، بحيث يكون المجتمع هو الجسد والفرد جزء منه، ويستند هذا التوزيع على المساواة أيضا، غير أنها تختلف عن ما هي عليه في العدل التبادلي، فهي مساواة نسبية لا مطلقة، تراعي اختلاف الأفراد حسب حاجاتهم وقدراتهم³. فالعدالة التبادلية تهدف إلى المساواة انطلاقا من الحرية، أما العدالة التوزيعية تأخذ بعين الاعتبار الحرية كشرط للمساواة. وبين العدل التبادلي والعدل التوزيعي، يوجد العدل القانوني، وهو العدل الذي يسود علاقة

¹- Cf. F. GENY, Science et technique en droit privé positif, 2^{ème} édition, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1922.

² - أنظر، علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، برج الكيفان، الجزائر، 2005، ص. 159.

³ - في هذا المعنى: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (دون تاريخ نشر)، ص. 162.

الفرد اتجاه الجماعة من حيث واجباته القانونية نحوها، بحيث يسخر الجزء لخدمة الكل فالصالح العام لا يتحقق إلا عن طريق الاشتراك بين الأفراد لأجل مصلحة واحدة، وهذا العدل هو الذي يبرر إخضاع الأفراد لسلطة الحاكم وقواعد النظام العام.

وقد كان لهذه المفاهيم المختلفة للعدل الأثر البالغ في ظهور النزعتين الذاتية والموضوعية، فهما وإن كانتا تستهدفان تحقيق العدل والمساواة، إلا أن نظرة كل واحدة منها تختلف عن الأخرى. ففي ظل المذهب الفردي - الذي وضعت في ظله النظرية العامة للعقد - والتي كان مبدأ حرية التعاقد عنوانا لها، لم ينشغل المشرع إلا بالمساواة السياسية في الحقوق والواجبات، والتي طالما كان المتعاقدان يتمتعان بها، فليس هنالك ما يجعل المتعاقد في حاجة لمساعدة المتعاقد معه أو لحماية القانون، على اعتبار أن كل تعاقد عادل. لذلك فقد كان تدخل فكرة النظام العام التقليدي في نطاق ضيق جدا، مستهدفا تحقيق العدل التبادلي.

على أنه ومع التطور الذي عرفه المجتمع، ظهر هناك تفاوت بين الأطراف المتعاقدة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، الأمر الذي أدى إلى ضرورة إعادة النظر في مفهوم العدل والمساواة، بحيث أصبح يعتد بالمساواة الحقيقية بدلا من المساواة السياسية، ومن ثم شهدت فكرة النظام العام تحولا وانتقالا من مفهومها التقليدي، إلى مفهوم حديث يهتم بالجانب الاقتصادي والاجتماعي، مما يستدعي تدخلا أكثر للحد من حرية التعاقد استهدفا لتحقيق العدل التوزيعي.

وفي ظل هذه المفاهيم الوضعية المتباينة، يظهر مفهوم العدل وموقعه المتميز في الشريعة الإسلامية، كما عبّر عنه ابن القيم: "فالشريعة هي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه، وظلّه في أرضه، وحكمته الدالة عليه، وعلى صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم"¹.

فعلماء الأصول ينظرون إلى مصالح العباد على أنها تعبير عن مفهوم العدل، لأنها هي المقصودة ابتداء من وضع الشريعة، إذ لا قصد للشارع إلا إحقاق الحق وترسيخ قواعد العدل. يقول الله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا

¹ - أنظر، ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء 03، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، 1965، ص.

بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعْمًا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا¹. فأفراد العدل في الآية وتخصيصه بالذكر مع أنه داخل في عموم الأمانات يدل على عظيم شأنه ورفعة مكانته فوق كل اعتبار إلا التوحيد².

والشارع سبحانه وتعالى لم يترك تحقيق العدل لإرادة البشر وعقولهم، لأن ذلك قد يناقض مقاصد الشريعة وغايتها، ويؤدي إلى انهيار نظام المصالح وضياعه، وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي عن حكمة التعبد في العاديات ما نصه: "وأما العاديات وكثير من العبادات أيضا فلها معنى مفهوم، وهو ضبط وجوب المصالح، إذ لو ترك الناس والنظر لانتشر ولم ينضبط، وتعذر الرجوع إلى أصل شرعي، والضبط أقرب إلى الانقياد ما وجد إليه سبيل، فجعل الشارع للحدود مقادير معلومة، وأسباب معلومة..."³.

وبخصوص التشريع الجزائري، فإنه حين وضعه للأحكام العامة في القانون، لاسيما القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، كان يصبوا من وراء ذلك بلا شك إلى تحقيق مبدأ العدل. وباعتبار التشريع الجزائري حديث النشأة مقارنة بباقي القوانين، خصوصا اللاتينية منها، فقد استقى فكرة النظام العام من هذه القوانين وعلى رأسها التشريع الفرنسي - والتشريع المدني منه على وجه الخصوص-. وهنا يجب التنويه إلى تلك الازدواجية التي تبناها المشرع الجزائري، فالفترة التي صدر فيها هذا القانون تميّزت بانتهاج الجزائر للاشتراكية كخيار اقتصادي، بما يفرضه من تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وتقييد لحرية التعاقد بل وإنكارها أحيانا. في حين أن جل المبادئ العامة التي جاء بها القانون المدني الجزائري مأخوذة من القانون المدني الفرنسي بنزعته الفردية الليبرالية.

ويبرر البعض هذا الموقف أن القانون المدني لم يحظ بأهمية كبيرة من قبل السلطة التي كانت تحكم البلاد والتي كانت تسعى إلى تشييد مجتمع اشتراكي، وعلى عكس القوانين الأخرى التي اعتبرت أساسية، والتي كانت تحضر وتناقش في إطار حزبي قبل المصادقة عليها من قبل مجلس الثورة، تم تحضير القانون المدني الجزائري من قبل لجنة مكونة من قضاة متأثرين

¹ - سورة النساء، الآية 58.

² - أنظر، فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997، ص. 59.

³ - أنظر، الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، الجزء 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 2003، ص. 309-308.

بالقانون الفرنسي¹.

على أن تأثر المشرع الجزائري بالقانون الفرنسي، لا يعني عدم تأثره بالفقه الإسلامي في الكثير من النظريات والحلول التي لا أصل لها في القانون الفرنسي، كنظرية التعسف في استعمال الحق، والظروف الطارئة، ونظرية مجلس العقد... الخ.

والقول بالنزعة الفردية للقانون المدني الجزائري، وما يستتبعه من إقرار لمبدأ حرية التعاقد، لا يعني أن هذا المبدأ بقي على إطلاقه حين تطبيقه في مجتمع اشتراكي، وإنما عرف العديد من التقييدات التي فرضتها فكرة النظام العام التقليدي تماشياً مع النهج الاشتراكي للدولة، ولكنه مع ذلك بقي في حدود ضيقة.

غير أنه وبتخلي الجزائر عن هذا النهج، وتوجهها تدريجياً نحو اقتصاد السوق، استعادت حرية التعاقد دورها من جديد باعتبارها وسيلة تبادل لا غنى عنها داخل السوق. ومع مرور الأيام تبين أن العقد قد يصبح مصدر لتكدس الأموال في يد طائفة ضيقة، من المحتكرين الذين يسعون إلى استغلال باقي الفئات الضعيفة من مستهلكين ومستأجرين، وتسخيرهم لخدمة مصالحهم الخاصة. فظهرت الحاجة الملحة للبحث عن آليات أخرى لفرض العدل في تقسيم وتوزيع الثروات دون التضحية بالعقد ككل، باعتباره وسيلة لا غنى عنها للتبادل الاقتصادي وتحقيق الرغبات. فكان لا مناص من الإبقاء على العقود وحرية الأشخاص في إبرامها مع ضرورة مراقبتها وضبطها²، عن طريق فكرة النظام العام الاقتصادي التي شهدت اتساعاً شديداً في مفهومها، بين حمايتها للفئات الضعيفة، وتوجيهها للاقتصاد ككل خصوصاً في مجال حماية المنافسة الحرة.

من هنا فإن الإشكالية الرئيسية لهذه الرسالة، تتمثل في تحديد مدى الدور الذي لعبته فكرة النظام العام في الحد من حرية التعاقد في القانون الجزائري مقارنة بما قرره الفقه الإسلامي؟ وهل كان تدخل النظام العام لتقييد حرية التعاقد ضرورياً؟ أم أن الحرية لوحدها كفيلة بتحقيق العدالة التعاقدية؟ وهل مازالت هذه الفكرة - خصوصاً في ظل الاتجاهات الحديثة التي تعرفها - تتجه إلى التقييد والحد من حرية التعاقد أم أنها أصبحت تؤدي دوراً جديداً من شأنه إفساح المجال أمام حرية التعاقد وحماية الإرادة؟

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 18.

² - أنظر، تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص. 01-02.

وإذا كانت فكرة النظام العام في القانون الوضعي ومن ذلك القانون الجزائري تتميز بالمرونة وعدم الثبات والتغير من زمان لآخر ومن مكان لآخر، فهل الأمر كذلك في الشريعة الإسلامية، أم أنها تتميز بطابع الثبات والديمومة باعتبار أن مصدرها الشارع الحكيم؟ وإن كان الأمر كذلك فهل يعني هذا جمود الفكرة وعدم مسابقتها للتطورات الحاصلة في المجتمع؟ أم أن الفكرة ثابتة من حيث الأساس ومرنة من حيث التطبيق؟

وهكذا فإن هذه الدراسة ستحاول الوقوف على هذا التحول والانتقال الذي حصل في الدور الذي أصبحت تلعبه فكرة النظام العام داخل المنظومة القانونية العامة، إذ بعدما كانت تتجه نحو تحقيق العدالة التبادلية أصبحت تسعى حالياً لتحقيق عدالة توزيعية، يضطلع فيها القاضي على غرار المشرع بدور كبير وبسلطة تقديرية في البحث عن قاعدة النظام العام والتدخل لمنع أي افتتات أو تعدد عليها.

على أن الوقوف على هذا التحول ليس بالأمر الهين، وإنما تعزبه العديد من الصعوبات التي واجهت إعداد هذه الرسالة، وفي مقدمتها اتساع الموضوع وشمول تطبيقاته العملية لجميع فروع القانون الخاص، مشكّلة نظرية عامة قائمة بذاتها تصلح كلياتها للتطبيق على جزئياتها نسبياً، لذلك تم الاقتصار على القانون المدني وبعض القوانين الخاصة المتفرعة عنه والتي ظهر فيها هذا التحول بجلاء، كقانون حماية المستهلك وقمع الغش، والممارسات التجارية، وقانون المنافسة.

ومن الصعوبات أيضاً عدم وجود مفهوم ثابت لفكرة النظام العام¹، فلا المشرع تمكن من

¹ تشير هنا إلى أنه كان للدراسات التي أمكن الإطلاع عليها، الأثر البالغ في تكوين التصور الحالي لموضوع الدراسة، ولعل أبرزها: رسالة الباحث مجاهدين خالد، حول مفهوم النظام العام في العقد، وهي دراسة قيمة في القانون المغربي، انطلق فيها أيضاً من مفهوم العدل، لتحديد العلاقة بين النظام العام والعقد، وإن كان قد اقتصر فيها على المجال النظري دون أن يورد تطبيقات لها. (رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 2005)، ورسالة الدكتور عماد طارق البشري، حول فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق، وقد أبدع فيها الباحث في تحديد وضبط مفهوم النظام العام في كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، غير أنه لم يتتبع التحولات الجديدة التي أفرزتها الفكرة في الوقت الحالي خصوصاً في مجال المنافسة. (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، تم طبعها من طرف المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2005). ورسالة الباحث عليان بوزيان، حول أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة، وهي دراسة قيمة في إطار القانون العام الدستوري والإداري، انطلق فيها الباحث في ضبط فكرة النظام العام من مدلول الحرية وهي فكرة متغيرة نسبياً. (رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2007)، عكس هذه الدراسة التي ستتطلب من مبدأ العدل وهو مبدأ كلي. والرسالة القيمة أيضاً للباحث تيورسي محمد، حول قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، والتي ركزت فقط على التحولات الأخيرة التي عرفها النظام العام في مجال المنافسة (رسالة دكتوراه، =

تعريفها، بل ربما قد قصد كغيره من التشريعات عدم تعريفها حتى لا يحد من فعاليتها، عملا بالمقولة القائلة بأن: " فكرة النظام العام تستمد عظمتها من ذلك الغموض الذي يحيط بها". ولا القاضي أيضا ضبط مفهومها، من خلال القرارات القضائية القليلة التي تم الوقوف عليها. وحتى معيار المصلحة العامة الذي تم تحديدها به، لا يخلو هو الآخر من العمومية وعدم الثبات باعتبارها متغيرة أيضا من زمن إلى آخر، ضيقا واتساعا.

و سيتم الاعتماد في بحث العلاقة بين فكرة النظام العام وحرية التعاقد، على منهج استقرائي تحليلي مقارن، وذلك من خلال استقراء مختلف النصوص القانونية، والاجتهادات القضائية، ومن ثم تحليلها بغية تحديد موقف المشرع في المسألة محل البحث، ثم عقد مقارنة بينها وبين نصوص بعض التشريعات المقارنة وخصوصا الفرنسي منها، والفقهاء الإسلامي، باعتبارهما مصدرين ماديين للقانون المدني الجزائري مع تفاوت في مدى اعتداد المشرع بأحدها أكثر من الآخر، وقد أفاد هذا المنهج التحليلي المقارن في الوقوف على بعض مواضع النقص أحيانا، وعدم الدقة أحيانا أخرى، التي اعترت التشريع الجزائري، في تنظيمه لهذه العلاقة، ووجب حينها التنبيه إليها حذفًا أو تعديلًا أو إضافة.

وتجب الإشارة هنا إلى أن مقارنة القانون الجزائري بالفقهاء الإسلامي، لا تعني بالضرورة المقاربة بينهما، بل قد تكون بهدف المفارقة في الكثير من الأحيان، ولذلك فإن تقسيم الخطة المعتمد في أبواب هذه الرسالة وفصولها كما سيأتي، لا ينطبق بالضرورة على النظام العام الشرعي، فهذا الأخير ثابت في مضمونه مرن في تطبيقه واتجاهه واحد، وإنما هو تقسيم ينطبق على الوضع في القانون الجزائري، الذي في داخل جزئياته نعقد مقارنة بينها وبين الفقهاء الإسلامي.

وإجابة عن الإشكالية التي طرحت سابقا، سنقسم هذه الدراسة إلى بابين أساسيين وهما:

الباب الأول: اتجاه فكرة النظام العام التقليدي نحو تحقيق العدالة التبادلية.

الباب الثاني: اتجاه فكرة النظام العام الاقتصادي نحو تحقيق العدالة التوزيعية.

= = كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، (2011). ورسالة الباحث عبد الله العتيبي، حول النظام العام للدولة المسلمة، والتي فصل فيها بامتياز النظام العام الشرعي، دون أن ينطرق للنظام العام الوضعي إلا عرضا. (رسالة دكتوراه في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وقد تم طبعها من طرف، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009)، وغيرها من الدراسات التي لا يتسع المقام لذكرها، واحتوتها قائمة مراجع الرسالة.

الباب الأول

اتجاه فكرة النظام العام التقليدي نحو تحقيق العدالة التبادلية في القانون الجزائري
والفقه الإسلامي

إن الحقيقة التي لا جدل فيها، أن الغرض الأساسي من صياغة القواعد القانونية قديماً وحديثاً في نظر الفقهاء هو تحقيق العدالة وتوسيع مفهومها ووضع قواعد للفرد لضبط السلوك داخل المجتمع بشكل حسن واختيار أحسن لهذه القواعد لرفي المجتمع.

وإذا كانت ميزة استهداف العدل وتحقيق المصلحة العامة، هي ميزة تشترك فيها جميع القواعد القانونية، فإن التشريع والفقهاء متفق على أن هناك نوع منها يوصف بصفة القواعد فوق العادية، تسموا على جميع القواعد الأخرى اصطلاحاً على تسميتها بقواعد النظام العام.

هذه القواعد متصلة اتصالاً مباشراً بالمجتمع، كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ ثوابته، لما تقوم به من ترجمة لهذه القيم والأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أياً كان مصدره.

وعليه فتبعاً لتغير نظرة الدولة إلى الأسس والقيم التي يقوم عليها نظامها، تتغير تبعاً لذلك وظيفة النظام العام داخلها، وقد سبق القول في مقدمة الرسالة، أن العدل - باعتباره أحد الأسس والأهداف السامية التي تسعى جميع التشريعات إلى تحقيقه من وراء سنّها للقواعد القانونية-، يختلف مفهومه حسب المصلحة التي يستهدفها، ما بين تبادلي وتوزيعي.

وقد ساد الاعتقاد وترسخ لدى واضعي النظرية العامة للعقد في الفقه الغربي، وبالأخص الفرنسي بداية، أن أحسن صورة لتحقيق العدل، هي بمظهره التبادلي الذي يمنح لطرفيه الحرية في وضع عدالتهما الخاصة، وهي الوصول إلى تبادل عادل تشكّل فيه حصة كل طرف في العقد حلاً وسطاً بين الربح والخسارة. ومن ثم يكون تدخل النظام العام في نطاق ضيق جداً.

وقد كان لتأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي، أثره البالغ في الاعتداد بهذا التوجه بداية، إذ لا نكاد نلاحظ مصطلح النظام العام في القانون المدني الجزائري، إلا في استعمالات محدودة جداً، كاشتراطه لمشروعية السبب، ومشروعية المحل.

وعليه سنحاول من خلال هذا الباب الوقوف عند هذا الدور التقليدي الذي اضطلعت به فكرة النظام العام التقليدي في مسيرة أدوارها الوظيفية المتعاقبة، ولن يتأتى ذلك إلا بتأصيل كل من فكرة النظام العام وحرية التعاقد للوصول إلى العلاقة الموجود بينهما (الفصل الأول)، ثم تحديد مجال تدخل النظام العام التقليدي في إطار مهمة تحقيق العدل التبادلي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

علاقة فكرة النظام العام بحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

لقد تم صياغة فكرة النظام العام التقليدي من الناحية الفلسفية في ظل المذهب الفردي على نحو متضافر مع أسس وقيم المنظومة الفلسفية للفكر الفردي الحر باعتبار أن النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة، النظام العام شرط كامن في الحرية متعين الوجود لأجل ممارستها. ففكرة النظام العام ليست سوى تنظيم لحركة الإرادات الفردية داخل الجماعة، تنظيم يحول دون تعارضها أو تصادمها. وهذا يمثل المفهوم التقليدي لفكرة النظام العام والذي اصطلح على تسميته **بالنظام العام السياسي والأخلاقي**، وقد استتبع هذا المفهوم منذ البداية فرض حدود ضيقة على حرية التعاقد، وهي أصلا حدود ارتضاها أنصاره لتحديد نطاقه.

ذلك أن مبدأ حرية التعاقد أثناء تقريره كمبدأ عام في القانون المدني، استند على عدة اعتبارات فلسفية وأخلاقية واقتصادية. فلسفيا يولد الإنسان متمتعا بحريات تقتضيها طبيعته. لذا ينبغي أن يعترف المجتمع له بأكبر قدر ممكن من الحقوق وأن يكفل تمتعه بالحرية التي تمنحها الطبيعة له. وأخلاقيا فإن أحدا لا يمكن أن يسعى بإرادته إلى أمر لا يتفق مع مصالحه والعقد باعتباره تعبير عن إرادة الأشخاص لا بد أن يكون مطابقا ومحققا لمصالحهم. وأما اقتصاديا، فإن الحرية العقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي. ولذلك فإن أي نزعة تدخلية من جانب الدولة بفرض القيود أو الحدود على النشاط الاقتصادي بعيدا عن حرية المبادرة الفردية، إنما هو عمل سيئ ولا بد أن ينتهي إلى عرقلة النمو الاقتصادي.

فالإرادة الحرة - حرية التعاقد - في ظل المذهب الفردي هي أساس القانون، والغاية التي ينتهي إليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون من خلال قواعد النظم العام، إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين. وهذا التوازن ما بين الحريات جميعا هو ما يجب على المشرع أن يعنى به. وللوقوف على حقيقة هذه العلاقة بين فكرة النظام العام وحرية التعاقد، يستلزم الأمر بداية تأصيل فكرة النظام العام في القانون الجزائري مع مقارنتها بالنظام العام الشرعي **(المبحث الأول)**. ثم تأصيل مبدأ حرية التعاقد وتتبع المخاض الزمني الطويل الذي عاشه هذا المبدأ، كنتيجة حتمية للتطورات التي عرفتها المجتمعات نفسها **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

تأصيل فكرة النظام العام في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

إن محاولة فرض منظومة قانونية موحدة في كل دولة قومية مع بداية القرن التاسع عشر في أوروبا من أجل إخضاع المبادرات الفردية والحريات التعاقدية لسلطان القانون دفع بالفكر القانوني إلى البحث عن ضابط يقوم بدور الدرع الحامي للقيم والمصالح العليا للدولة ومن ثم تم استعارة مصطلح النظام العام ليكون الأداة القانونية في الضبط الاجتماعي كحد على سلطان الإرادة وحرية التعاقد. وبذلك أصبح هذا المصطلح يتمتع بجاذبية ساحرة تأسر المشرعين والفقهاء على السواء، بما استوت عليه تلك الفكرة من مرونة غامضة جعلت الجميع يسعون خلفها، دون أن يتمكن أحد من احتوائها بتحديداتها تحديدا دقيقا أو بتعريفها تعريفا جامعا مانعا¹.

فعلى الرغم من مرور ما يقرب من قرنين على ولادة هذه الفكرة وتبلورها، فقد ظلت من الأفكار التي يكتنفها الغموض في طبيعتها إلى حد التضارب في شأنها وكيونيتها حتى صار ينظر إليها بكثير من الريب². ورغم ذلك فإن كل جماعة أي كان شكل تنظيمها بحاجة دائما إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك الأفراد داخلها تتمتع بسلطان الأمر و النهي المصحوب بجزاء يوقع على المخالف لهذه المنظومة تعبير عن أولوية المصلحة العليا العامة للدولة و للجماعة على الإيرادات الفردية والمصالح الخاصة.

ففكرة النظام العام كما عبر عنها الدكتور طارق البشري: "تعد مظلة يتعين على جميع التصرفات القانونية أن تستظل بشرعيتها و إلا كان البطلان جزاء لها"³.

ومع ظهور بعض فئات المجتمع المدني المطالبة بإشراكها في العملية السياسية والإصلاحية قصد الانفتاح على الأفكار الاشتراكية تحول مفهوم النظام العام إلى منظومة حماية لأسس المجتمع بمختلف طبقاته.

وعليه سينصب جهد الباحث في هذا المبحث، على محاولة التأصيل القانوني والشرعي للنظام العام وذلك ببيان مفهومه في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي (المطلب الأول)، ثم عرض معياره و خصائصه في القانون الجزائري و الفقهاء الإسلامي (المطلب الثاني).

1 - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 49.

2 - سليمان مرقص، مدخل العلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الثانية، 1952، ص 78.

3 - عماد طارق البشري، المرجع نفسه، ص 49.

المطلب الأول

مفهوم النظام العام في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

إن للمفهوم معنى فردي يتعايش به داخل النظرية، فالمفهوم يكون دائما محددا ودقيقا ويحتاج لفقهاء ينتصر له، حيث يعتبر نتيجة لعمل وتصور عقلي. وقد أولى التشريع والفقهاء الوضعيين مكانة هامة للنظام العام، فهو مفهوم مركزي، غير أن تعريفه وتحديده بقي للآن غير واضح، ويمتاز بعض الإبهام والغموض.

ذلك أن المشرع عند صياغته للنص القانوني قد يحاول إدخال بعض المفاهيم الغامضة مثل: قواعد العدالة والإنصاف، حسن النية، التعسف في استعمال الحق، النظام العام والآداب العامة. فهذه المفاهيم تتسم بالغموض وتساعد على تطبيق القاعدة القانونية، واللجوء إليها يوسع من سلطة التفسير. فالغموض هو العنصر المنشئ للتفسير وأساس التعليل.

وبالرجوع إلى كتابات الفقهاء التي تناولت فكرة النظام العام، نجدها قد أجمعت على صعوبة إيراد تعريف محدد للنظام العام، وأن هذه الفكرة هي فكرة غامضة. وهنا وجبت الإشارة إلى الخلط الذي قد يقع بين الصعوبة من جهة والغموض من جهة ثانية، فالغموض لا يؤدي إلى الإبهام، بل بالعكس يؤدي إلى التدخل والقيام بالتفسير وتحديد ماهو مبهم، فالغموض هو نقيض المفهوم ذو المضمون المتغير، فهذا الأخير له ارتباط بالوقائع وهي متعددة، بينما الغموض يرجع إلى القانون ولأهداف المرجوة منه، وهو يساعد على تطوره¹.

وإذا كان هذا هو حال التشريع وفقهه الوضعي بصدد تحديد مفهوم فكرة النظام العام، والغموض الذي يحيط به، فإن فكرة النظام العام في الفقه الإسلامي كما سنرى هي فكرة مضبوطة منذ البداية بأوامر ونواهي الشريعة الإسلامية.

وعليه فإن استجلاء مفهوم النظام العام، يستوجب بداية تتبع التطورات التي عرفها هذا المفهوم، للتمكن من تحديد مدلوله في القانون الجزائري مع مقارنته بمدلول الفكرة في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، على أن وضوح المفهوم لا يكتمل إلا بتحديد معيار النظام العام وأهم الخصائص المميزة له في كل من القانون الجزائري والشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

¹ - مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص 116.

الفرع الأول

تطور النظام العام وتحديد مدلوله في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

إن لفكرة النظام العام اتصالا مباشرا بالمجتمع، فهي تقوم من جهة بترجمة الأسس الدينية والسياسية والاجتماعية والإقتصادية... إلخ، التي يقوم عليها المجتمع انطلاقا من وضعه الفلسفي والادبيولوجي، في صورة قواعد قانونية لها قوة إلزام تفوق قوة إلزام القواعد القانونية العادية. وهذه وجهة نظر من حيث المقاصد والغايات. ومن جهة ثانية فهي تقوم بحماية تلك الأسس مما قد ينالها من تهديد سواء أكان داخليا على يد السلطة أو الأفراد، أم خارجيا في صورة إعتداء من قانون أجنبي عليها. وهذه وجهة نظر من حيث الوسائل التي يتم بها تحقيق المقاصد.

على أن هذا الدور المزدوج لفكرة النظام العام لا ينبغي أن يفهم منه ثبات الفكرة، بل أثبت الواقع قديما وحديثا تطورها، لا على مستوى الوسائل فقط، بل حتى على مستوى المقاصد والغايات. لذلك فإن تتبع هذا التطور يوضح مدى اختلاف فكرة النظام العام باختلاف الزمان والمكان بل والأحوال حسب الإيديولوجية الفلسفية الحاكمة للمجتمع. فما يعد في زمن معين من النظام العام قد لا يعد كذلك في زمن آخر في نفس المكان، كنظام الرق مثلا. وكذلك ما يعد في دولة ما من النظام العام قد لا يعد منه في دولة أخرى بذات الحقبة الزمنية. فنظام تعدد الزوجات الذي لا يخالف النظام العام في الدول الإسلامية، يعتبر مخالفا للنظام العام في الدول الأوروبية¹.

إن دراسة تطور فكرة النظام العام ليس المرجو منها هنا، تلك الدراسة التاريخية المحايدة، بل هناك هدف أسمى وهو أن تتبّع هذه التطورات سيساعد من جهة في إبراز الثوابت والمتغيرات الحضارية لكل جماعة، بحيث يتم الكشف عما يعد أصولا وكمليات - ثوابت - لا يمكن تجاوزها أو مخالفتها، وما لا يعد من الأصول والكمليات - أي ما ليس بثابت - مما يجوز إخضاعه لجميع أشكال التغيير والتعديل حسب المتطلبات الحضارية لكل جماعة. وبمعنى أدق، فإن فكرة النظام العام باعتبارها صمام أمان في كل مجتمع، هي التي تحدد دائرة الثابت والمتغير فيه، ومن ثم المجال المتروك للمشرع والقاضي والفقهاء - كل في مجاله -، إضافة وتعديلا وحذفا. كما أن دراسة هذا التطور سيساعد من جهة ثانية في تحديد مدلول النظام العام

¹ - علي سيد حسن، مدخل إلى علم القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1983، ص 115.

في كل من القانون الجزائري، والفقهاء الإسلامي محوري هذه الدراسة. وعليه فبعد عرض تطور النظام العام وتحديد مدلوله في القانون الجزائري (أولاً)، نتولى تحديد مدلول النظام العام في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً : تطور النظام العام وتحديد مدلوله في القانون الجزائري

إن فكرة النظام العام ترتبط نشأة وتطوراً بظهور فكرة الدولة القومية حيث المجتمع المنظم سياسياً والمقسم إلى حكام ومحكومين، وهي بذلك فكرة متصلة اتصالاً مباشراً بالمجتمع كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ ثوابته، لما تقوم به من ترجمة لهذه القيم والأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أياً كان مصدره¹. وعليه فبعد تتبع أهم التطورات التي مرت بها فكرة النظام العام (I)، نتولى تحديد مدلوله في القانون الجزائري (II)

I - تطور فكرة النظام العام

إن استعراض مختلف الأسس التي قامت عليها الأنظمة القانونية قديماً وحديثاً يكشف حقيقة في غاية الأهمية مفادها أن ثمة احتياجاً دائماً في كل جماعة - أياً ما يكون شكل تنظيمها - إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك الأفراد داخلها، فتنتمتع حيالهم بسلطان الأمر والنهي المصحوب دوماً بجزاء يوقع جراء المخالفة².

هذه المنظومة القاعدية الضاغطة على الإرادة الفردية لصالح ضرورات المجتمع، تحددها أولويات كل جماعة حسب مرجعيتها الفلسفية والخلقية والدينية، وأوضاعها ومتطلبات مصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية. فتتحرك الإرادة الفردية داخل إطار هذه المنظومة من دون إمكانية المجاوزة. هذه المنظومة وإن تداخلت خصائصها مع أكثر قواعد الضبط الاجتماعي والسلوك الإنساني، إلا أنها ما لبثت أن أخذت أبعاداً أخرى جعلت منها كيانا فكرياً

¹ - عليان بوزيان، أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2007، ص 04.

² - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 51.

متميزاً، اصطلاح على تسميته فيما بعد بالنظام العام¹.

فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلوا على مصلحة الفرد. فيجب على جميع الأفراد مراعاة المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم مناقضتها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة²، فإذا خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلاً³.

وفكرة النظام العام متغلغلة في جميع ثنايا النظرية العامة للقانون، إذ تجد مكانا بارزا لها في مختلف أفرع القانون بقسميه العام والخاص، فهي في القانون العام تعتبر هدفا يجب أن تبتغيه سلطات الضبط التشريعي والإداري والقضائي من أجل إشاعة الأمن العمومي وصيانة الصحة العمومية وتوفير السكنية العامة. وهي في القانون الخاص - مجال هذه الدراسة - مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في المجتمع في شكل قواعد آمرة ونهاية يمنع على الأفراد الاتفاق على مخالفتها في الحال والمآل، كونها تهم مصلحة المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد وهي بذلك تعد قيذا جوهريا على حرية التعاقد.

وهكذا ففكرة النظام العام بهذا المعنى الوظيفي لا يمكن حصرها في دائرة معينة، بل هي شيء متغير يضيق ويتسع حسبما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة، فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تشرف في الاعتدال بحرية الفرد وتغفل الصالح العام (أ). بينما تتسع في ظل المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية التي تضع مصلحة المجموع في المقام الأول، وتضحى في سبيلها بالمصلحة الفردية (ب).

أ- فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي

إن الصعود الذي عرفته البورجوازية بمذهبها الفردي الحر منذ مطلع القرن التاسع عشر، صاغ البناء القانوني على أصل من مفهوم فردي، يكون فيه الفرد هو القيمة العليا وحرية هي موضوع القانون، وحقوقه هي لبناته، فليس ثمة مقدس في هذه المنظومة سوى إطلاق الملكية

¹ - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 51.

² - حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 1986، ص 39.

³ - عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 59.

الفردية وحرية التصرف والتعاقد. لتضحى فكرة الحق الفردي حجر الزاوية في هذا البنيان¹. وهكذا فقد صدر القانون المدني الفرنسي سنة 1804 والذي سمي بقانون نابليون، كأول القوانين المدنية المشرعة في التاريخ الأوروبي الحديث، متبنياً مبادئ الرأسمالية، من الملكية المطلقة إلى حرية التعاقد، لتتضمن المادة السادسة منه النص على أن: "كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلاً ولا يعمل به"².

وعليه يظهر مثلما قال بعض الفقه أن اصطلاح "النظام العام"، لم يأت من القانون الروماني، ولا من القانون الفرنسي القديم، وإنما يرجع استعمال هذا المصطلح لأول مرة إلى القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، وبعده درجت قوانين الدول الأوروبية على استعارته من القانون الفرنسي، بالرغم من أن بعض سمات فكرة النظام العام وبعض خصائصها كانت قد عرفتها غالبية النظم القانونية قبل، إلا أنها لم تظهر على هذا النحو المتفرد بوصفها مفهوماً مستقلاً له مضمونه الخاص في عالم الأفكار القانونية³.

فالفرض الذي ساد في هذه الحقبة، أن على القانون أن يتحاشى ما أمكن التدخل في حرية العمل الفردي، خاصة الاقتصادي منه، بحجة أن المجتمع ما تطور إلا نتيجة للانتقال من الوضع التشريعي إلى الوضع التعاقدية، حيث أن حرية التعاقد هي رمز المجتمع المفتوح المتطور، وعليه صار أحد أهداف الدولة حماية الحرية الفردية والحفاظ عليها ومساندتها، مع تقويض كل محاولة لتقييد تلك الحرية الفردية خاصة الجانب الاقتصادي منها⁴.

وعليه صيغت فكرة النظام العام من الناحية الفلسفية في هذه الفترة على نحو متضافر مع أسس وقيم المنظومة الفلسفية للفكر الفردي الحر، باعتبار أن النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة. ففكرة النظام العام ليست سوى تنظيم لحركة الإرادات الفردية داخل الجماعة، تنظيم يحول دون تعارضها أو تصادمها. فهي ليست إلا أداة لتنظيم الممارسة الحقوقية بما يحقق التوازن في التمتع بكامل الحريات على سبيل المساواة في إطار كليات الجماعة

¹ - مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون - نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون -، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2002، ص 18.

² - « on ne peut déroger par des convention particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »

³ - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 48.

⁴ - المرجع نفسه، ص 28.

وأصولها الفلسفية¹.

ولذلك قيل: "أنه لحماية الحرية يقيد القانون الإرادة المتعسفة، وأن الحرية هي الهدف الأعلى للقانون، وكل نزول عن هذه الحرية يتطلب عذرا، والعذر الوحيد يكون في ضرورة حماية الحرية. والحرية المتضمنة احترام الآخرين تتضمن بالتالي النظام العام"².

ولما كان تدخل الدولة في ظل هذه الفلسفة الفردية محدودا، فمن ثم فإن دور النظام العام كان أيضا محدودا بصورة ملحوظة، إذ غلب عليها طابع الحرية في مجال العقود، وكان للإرادة الفردية دور غالب فيها. فلم يكن للمشرع أن يتدخل في المجال الاقتصادي بالحد من نشاط الأفراد، بحجة حماية الطرف الضعيف، أو توزيع الثروة توزيعا عادلا، أو أن يتدخل بين العاقدين لتحقيق المساواة القانونية. ولم يكن يهتم بتحقيق المساواة الاقتصادية بينهما، اللهم إلا في الأحوال النادرة جدا كتحديد السعر القانوني للفائدة³.

وهكذا فإن مجال فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي كان ضيقا جدا، ولم توكل إليها المهام التي باتت تضطلع بها حاليا، ومرد ذلك الافتراض الخاطئ الذي كان سائدا والذي مؤداه أن الصالح العام ليس إلا حصيلة أو مجموع المصالح الفردية، أي أن الصالح العام يتحقق تلقائيا بمجرد رعاية المصالح الفردية المختلفة. ولا يخفى ما في هذا التوجه من مجافاة للواقع. ذلك أن كثيرا من المصالح العامة لا يفكر الأفراد في رعايتها، بل يعملون أحيانا على ما يضر بها بدافع من الأثرة والأنانية. إضافة إلى أن الأفراد قد ثبت فشلهم في النهوض بالمشروعات الضخمة كالشركات الصناعية الكبرى وفي تسييرها على نحو يحقق المصلحة العامة، ويدراً الاستغلال. ومن هنا نشأ التناقض بين المصالح الفردية والمصالح العامة، الذي عجزت فكرة النظام العام بمفهومها التقليدي في حله، ومن ذلك مشكلة عدم التكافؤ بين أرباب العمل والعمال، ومشكلة استغلال المنتج للمستهلك... إلخ⁴.

ومن هنا بات من الضروري إعادة صياغة فكرة النظام العام وتوظيفها على نحو أكثر

¹ - محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيما علي الحريات العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1961، ص 94.

² - محمد العيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، (دون دار نشر)، 2005، ص 07.

³ - وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد، مجلة الإقتصاد، السنة الخامسة عشر، العدد 01، ص 113-114.

⁴ - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 103.

استجابة لمتطلبات الواقع و مفرزات النظام الفردي المغرق في الحرية. وهذا ما بدأت ملامحه تظهر ببزوغ المذاهب الاشتراكية المشبعة بالأفكار الاجتماعية التي تغلب مصالح المجموع على مصالح الأفراد، ومن ثم كانت فكرة النظام العام أمام تحد آخر نتولى بيانه فيما سيأتي.

ب- فكرة النظام العام في ظل المذهب الاجتماعي

انتهينا مما سبق أن تشييد البناء القانوني المعاصر على أسس الإطلاق في حركة الإرادة ومكنات الحقوق، أدى إلى خلق نوع من الصراع الصدامي بين الأفراد، صراع هو نتاج تعارض وتضارب الإرادات فضلا عن الاستخدام غير المقيد للحق. الأمر الذي بات يهدد التضامن داخل المجتمع، والذي تستلزمه ضرورات الحياة الهادئة المستقرة داخل كل جماعة بما يحفظ تماسكها الحيوي. وبالنظر إلى تلك الضرورة الحتمية لهذا التماسك الحيوي بين قوى المجتمع المختلفة يضحى تضارب الإرادات الفردية وتعارض مصالحها الحقوقية، أمر بالغ الخطورة يستوجب التصدي منعا لأي اختلال يمكن أن يصيب هذا التماسك.

الأمر الذي وضع الفكر القانوني الوضعي - منذ بداية القرن الماضي - أمام تحد حقيقي، إذ كيف يتسنى له المحافظة على مبادئ الإطلاق في الحريات والحقوق وحركة الإرادات، وفي ذات الوقت يحافظ على التوازن بين أفراد المجتمع وجماعته بما يديم تماسكه الحيوي على نحو يحول دون أي اختلالات إجتماعية. فكانت **فكرة النظام العام** أحد أهم أدوات العقل القانوني الوضعي الذي وجد فيها بغيته، فاضطلعت هذه الفكرة مجددا بمهمة الحد من حرية التعاقد والتقليل من غلوها¹.

ذلك أنه وعلى أعقاب الأزمات الاقتصادية التي أدت إلى انتشار البطالة واستغلال اليد العاملة وظهور الطبقة المتوحشة مما أدى إلى انعدام الحرية كدعامة هامة في النظام الفردي، ظهر الفكر الاشتراكي بنزعتة الإجتماعية الذي حدا بالسلطة إلى التدخل لضبط حركة الإرادات خاصة أصحاب المصالح من أبناء الطبقة البرجوازية المسيطرة على العملية الاقتصادية والسياسية، و ذلك بإعادة بناء النظام الفردي بأفكار اجتماعية تحقيقا للمساواة وضمن الحد الأدنى من المستوى المعيشي، مما يعني تدخل الدولة في الأنشطة الفردية والاجتماعية وتبني أفكار جديدة تحول دون استغلال الأطراف القوية للأطراف الأخرى بحيث لا يجوز الانفلات منها مما يعني الرجوع إلى **فكرة النظام العام**، والاستجداء بمضمونها للاضطلاع بمهمة القضاء

¹ - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 54 - 55.

على الاستغلال وتعسفات الإرادة البرجوازية كتحديد الأجور وتسعير السلع وحماية العمال. وقد ساهم القضاء في كيفية توظيف فكرة النظام العام كأداة قانونية لإعادة التوازن وتحقيق الصالح العام و من ثم إيكال مهمة ضبط التضامن الاجتماعي المرتبط اطرادا مع تطور حركة الرأسمال¹.

ومن هنا أصبحت فكرة النظام العام تتجسد شيئا فشيئا واتسع مضمونها، بحيث باتت تحمي الجانب الضعيف في العلاقة التعاقدية، وتوجه الإقتصاد بغرض توزيع الثروات توزيعا عادلا، وتنظم نشاط الأفراد لمنع الاستغلال والاحتكار. فالحرية الفردية ليست حقا طبيعيا كما كان يزعم أنصار المذهب الفردي، بل هو منحة للفرد من الجماعة ليقيد بكل القيود التي توردها عليه هذه الأخيرة لتحقيق الصالح العام، الأمر الذي أدى إلى توسيع نطاق القاعدة القانونية وزيادة تدخل الدولة تحت ستار النظام العام².

وقد اتجه أنصار هذه الفلسفة اتجاهاين: أحدهما إلى إلغاء كيان الفرد تماما حيث لا يؤمن بالملكية الفردية، والآخر وبصورة معتدلة لا يهدد كيان الفرد، وإنما يحترم وجوده وملكيته، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحة الجماعة. فالملكية وظيفة إجتماعية، وليست حقا مطلقا. ومن ثم فإن فكرة النظام العام باتت تضطلع بمهمة ضبط سلطان الإيرادات وخلق التوازن في أداء الحقوق³.

وهكذا ومع هذه التطورات التي عرفها المجتمع الأوروبي خاصة في هذه الحقبة، فإنه لم يصبح للإرادة الفردية وحريتها في التعاقد الدور الذي كان لها في ظل النظام العام التقليدي الذي ساد في المذهب الفردي، بل ظهرت العديد من القواعد الآمرة فوق العادية، والتي قيّدت من خلالها التصرفات الفردية. وظهرت بجلاء مظاهر للنظام العام باختلاف أشكاله وتفرعاته على النحو الذي سنتولى تفصيله فيما سيأتي من هذه الدراسة.

وإذا كانت فكرة النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور، فإنها تعتبر بحق المنفذ الذي تدخل من خلاله العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانوني

¹ - مصطفى أبو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة 05، 1998، ص 132 و ما بعدها.

² - أبو جعفر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقهاء مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 155.

³ - محمد بدران، مضمون النظام العام في مجال الضبط الإداري، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 21.

كي تلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين. وفي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع تقع على القاضي مهمة تحقيق هذه الملائمة¹.

وعليه نخلص مما سبق أن فكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع. فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تسرف في الاعتداد بحرية التعاقد وتغفل الصالح العام للمجموع، بينما تتسع في ظل المذاهب الإجتماعية التي تضع مصلحة المجموع في المقام الأول وتضحي في سبيلها بالمصلحة الفردية. وفي ظل هذه المرونة التي يتصف بها النظام العام يتوجب علينا تحديد القيمة القانونية التي يحتلها في التشريع الجزائري، وذلك من خلال تحديد مدلوله وهذا ما سيتم بحثه في النقطة الموالية.

II - تحديد مدلول النظام العام في القانون الجزائري

اتضح من عرض تطور فكرة النظام العام أن هذه الفكرة ليست حديثة نسبيا، وإنما هي فكرة لها جذورها التاريخية في الأنظمة القانونية الوضعية، وخصوصا مع بداية القرن التاسع عشر. وقد ساهم هذا التطور الذي عرفته فكرة النظام العام في بلورة وتحديد مدلوله شيئا فشيئا، حتى غدت هذه الفكرة حجر الزاوية في جميع الأنظمة القانونية الوضعية.

وباعتبار القانون الجزائري حديث النشأة مقارنة بباقي القوانين، خصوصا اللاتينية منها، فمما لاشك فيه أن المشرع الجزائري قد استقى فكرة النظام العام من هذه القوانين وعلى رأسها التشريع الفرنسي - والتشريع المدني منه على وجه الخصوص - . لذلك فإن تحديد مدلول فكرة النظام العام في القانون الجزائري لن يتأتى إلا بعد عرض مدلول هذه الفكرة في التشريع الفرنسي. هذا الأخير الذي رغم تبنيه فكرة النظام العام، إلا أنه لم يعط تعريفا دقيقا لها. الأمر الذي فتح شهية الفقه الفرنسي لمحاولة تحديد مدلول النظام العام (أ). ولم يحد القانون الجزائري عن هذا المسلك في تحديده لمدلول النظام العام (ب).

أ- محاولات الفقه الفرنسي لتعريف النظام العام

بالرغم من كون فكرة النظام العام عموما من الأفكار السائدة في جميع فروع القانون وتلعب دورا على جانب كبير من الأهمية في النظام القانوني لأي دولة، إلا أنه يكتنفها الكثير من الغموض والإبهام، مما جعلها تستعصي حتى الآن عن التعريف من قبل المشرعين

¹ - عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، المرجع السابق، ص 60.

و الفقهاء على حد سواء.

وقد اصطلح الشراح على صعوبة إيراد تعريف للنظام العام، فقال أحد القضاة الإنجليز: " إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما تركب حصانا جامحا لا تدري على أي أرض سيلقي بك " ¹. في حين رأى البعض أن محاولة تعريف النظام العام ضربا من المغامرة على الرمال المتحركة ². في حين شبه بعضهم محاولة التعريف كمن يسير في ممر محاط بالأشواك ³.

وتأكيدا لهذا الاتجاه عمد التقنين المدني الألماني إلى إغفال فكرة النظام العام في المادة 138 منه، فعلى إثر مناقشة جرت في مجلس النواب-الرشتاح- تم استبعاد نصوص جاء فيها ذكر العقد المخالف للنظام العام اعتقادا أن هذه الفكرة عامة ومجردة قد تجعل القاضي يبيح لنفسه أن يتخذ منها نظرية دينية أو فلسفية يبنينا على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع العامة أو رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الأخلاقية. في حين دافع الحزب الاشتراكي على نص المادة واعتبر كل عقد لا يتفق ومبادئ الطبقة العاملة مخالف للنظام العام وهو ما جعل أغلبية أعضاء المجلس ينفرون من النص المقرر للنظام العام إلى معيار عملي بحت قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة ⁴.

ومن هنا يظهر جليا مدى تردد الفقه التقليدي وإحجامه عن تعريف النظام العام. وهذا التردد لا يرجع إلى كونه يشكل فكرة تتأبى عن التعريف الدقيق كما يذهب إلى ذلك الفقيه شارل بودان، بقدر ما يرجع إلى الخوف من تقييد إطار التعامل الذي يسمح فيه للإرادة المالكة للرأس مال بممارسة الحرية التعاقدية الشيء الذي يتعارض مع حرية التجارة والصناعة التي جاءت نظرية سلطان الإرادة لتصبغ عليها الطابع القانوني ⁵.

إلا أن الخوف من كشف خبايا النظام العام هذا سرعان ما تبدد عندما أنتجت نظرية

¹ - Juge Borrough, Richardson v. Mellish (1824). 2 Bing, 252, cité par Ph. MALAURIE, L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil compare France, Angleterre, U.R.S.S).thèse, Paris, 1953, n° 1, p.01.

² - Rapport du conseiller PILON, Cass.req.,21 avril 1931 , S.,1931,1,p.377 , cité par Mustapha MEKKI, L'intérêt général et le contrat-contribution à une étude le hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Paris, 2004, p,188.

³ - ALGLAVE, Définition de L'ordre public en matière civil, RPDA,1968, p,444.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة 03، ص 229.

⁵ - محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، دبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 1983، ص 189.

سلطان الإرادة ثمارها المحتومة بقيام اضطرابات وأزمات اجتماعية خطيرة كادت أن تؤدي في أواخر القرن التاسع عشر بحرية التجارة والصناعة نفسها إلى الهلاك. فاضطر الفقهاء إلى تقبل المحذور ولو على مضمض بإعطاء تعاريف متعددة ومتنوعة للنظام العام¹.

وهكذا فبالرغم من كون فكرة النظام العام على هذه الدرجة من الصعوبة، فقد أورد الشراح بشأنها بعض التعريفات. فقد أورد الفقيه الفرنسي مالوري (Malaurie) في رسالته حول النظام العام والعقد اثنين وعشرين تعريفاً لفكرة النظام العام في الفقه والقضاء، ليخلص إلى تعريفه بأنه: "السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة"². وهو يرى ضرورة تكيف هذا التعريف مع كل قانون من القوانين للتعرف على نوعية المؤسسات الضرورية التي يضمن النظام العام سيرها الحسن، فالمؤسسات التي يضمن النظام العام سيرها الحسن في القانون الدولي الخاص هي قواعد تنازع القوانين، أما المؤسسات الضرورية التي يضمن النظام العام سيرها الحسن في القانون المدني فهي المؤسسات المدنية... وهكذا.³

ومن التعريفات التي أوردها الفقيه مالوري (Malaurie)، تعريف الفقيه هيمار (HEMART) للنظام العام بأنه: "القواعد التي وضعها الشارع لصالح الجماعة"⁴. وتعريف الفقيه جيلودي لا مورانديير (Julliot De La Monrandiere) بأنه: "تلك الفكرة التي تترجم ضرورة النظام والسلام داخل الدولة"⁵. وتعريف الفقيه بارتان (Bartin) بأنه: "يقصد على العموم بمقتضيات النظام العام في تشريع معين تلك المقتضيات التي لا يمكن لاتفاقات الأطراف مخالفتها أو تعديلها"⁶. أما الفقيه ديموغ (Demougue) فيعرفه بأنه: "يتألف من الأفكار التي كونها المجتمع مستبعدا الحرية بشأنها لأنه يعتقد بأن هذه الأفكار تشكل الحقيقة"⁷. وأما الفقيه دوغي (Duguit) فيرى بأنه: "لا يمكن أن يكون النظام العام سوى المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها"⁸. في حين يرى الفقيه دويج (De Page) بأن: "القانون

¹ - محمد شيلح، المرجع السابق، ص 189.

² - Ph.MALAUURIE, op.cit., p. 261.

³ - Ph. MALAUURIE, op.cit., p. 70.

⁴ - HEMARD, Précis élémentaire I, N ° 118, cité par Ph. MALAUURIE, op.cit., p. 262.

⁵ - Julliot De La Monrandiere, Cours 1932-1933, cité par Ph. MALAUURIE, op.cit., p. 262.

⁶ -BARTIN, Principe de droit international privé, p 91, cité par Ph. MALAUURIE, op.cit., p. 261.

⁷ -Demougue, Notion fondamentales de droit privé, p,146, cité par Ph. MALAUURIE, op.cit., p. 261.

⁸ -L.DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p 566, cité par Ph. MALAUURIE, op.cit., p. 262.

المتصف بالنظام العام هو المتعلق بالمصالح الأساسية للدولة أو المجموعة، والذي يحدد ضمن إطار القانون المدني الأسس القانونية الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي في مجتمع معين¹.

أما الفقيه كابييتان (Capitant) فعرف النظام العام بأنه: " النظام في الدولة أي مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة"². ويقول كاربونيه (Carbonnier) أن الفكرة العامة فيه هي أن الجماعة تسمو على الفرد، إنها تمثل إرادة الحياة عند الشعب الذي قد تهدده بعض المبادرات الفردية في صورة عقود، إنها جهاز الدولة التي تستطيع بواسطته أن تحرم من الاتفاقات الخاصة ما يهدد المصالح الأساسية³.

وأما الفقيه ديمولومب (Demolombe) فيميز بين القانون العام الذي غايته المباشرة أو غير المباشرة النفع العام وبين القانون الخاص الذي غايته منفعة خاصة للأفراد، وهو لا يهتم النظام العام بينما الأول يهتم النظام العام. والحقيقة أن هذه الفكرة لا تعطي شيئاً واضحاً عن النظام العام، لأن التساؤل سيبقى مطروحاً عن المقصود بالنفع العام⁴.

وأما الفقيه ماسون (Masson) فقد أقام نظرية النظام العام على فكرة حماية الحقوق وتحديدها، وعنده أن الحماية والتحديد هو الدور المزدوج لفكرة النظام العام، ففي كل نظام إجتماعي مؤسس تأسيساً جيداً يكون تحديد الحقوق ليس بأقل أهمية من ضمان مباشرتها. وفكرة النظام العام ليست بسيطة بل توجد فيها عناصر من طبيعة مختلفة، بعضها ثابت لا يتغير بالظروف الخاصة بتطور المجتمع ذاته. وبعضها قابل للتأثر بهذه الظروف⁵.

وأما الفقيه أيسمن (ESMEIN) فعرفه بقوله: "قواعد النظام العام هي تلك الموضوعة لحماية المصالح، حتى الفردية منها، والتي تعتبر أساسية للمحافظة على سلام وازدهار المجموعة الاجتماعية موضوع الاهتمام"⁶.

¹- De Page, Traité élémentaire de droit civil belge I, p. 87, cité par Ph. MALAURIE, op.cit., p. 262.

²- H. CAPITANT, Introduction du droit civil, n° 67. p.60.

³-J, CARBONNIER, Exorde, in l'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, coll. Themes et commentaires, coordination Rever (Th), p.1.

⁴-DEMOLOMBE, Cours de droit Napoléon, t. 24 et 25.

مقتبس عن: عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب في القانون المدني، رسالة دكتوراه، المطبعة العالمية، القاهرة، 1958، ص 64.

⁵-MASSON, la notion de l'ordre public, thèse, Paris, 1899, p 60.

⁶- PLANIOL et G.Ripert, Traité pratique de droit civil français VI par.P.Esmein, 2^{me} éd , p. 226, cité par Ph. MALAURIE, op.cit., p.261.

ومما يؤخذ على التعريف أنه وإن كان قد تعرض لأهم الأسس التي يقوم عليها النظام العام وهي: "حماية المصلحة" إلا أنه ساقها بشكل مجمل، وكأنه ساوى فيها بين المصلحة العامة والخاصة، وجعل كليهما في درجة واحدة ولم يبيّن أيهما أكثر مساسا بالنظام العام. وإذا كان النظام العام يقوم على أساس حماية المصالح العامة المتعلقة بالنظام الأعلى للدولة، فإن هذا لا ينفي القول بأنه يتعلق ويحمي بعض المصالح الخاصة، بل يشملها ويعمل على حمايتها؛ لأنه من المصالح الخاصة ما فيه تحقيق للمصالح العامة، ومن المصالح العامة ما فيه تحقيق وحماية للمصالح الخاصة في الغالب، كما هو الحال مثلا في وضع المجانين في مصحات الأمراض العقلية والنفسية، ففي هذا الإجراء تحقيق وحماية للمصلحة العامة لأفراد المجتمع بتخليصهم مما قد يصدر من مثل هؤلاء من سلوكات قد تضر بهم، وفي نفس الوقت تحقيق وحماية للمصلحة الخاصة للمجنون، أي بحمايته من سلوكاته التي قد تضر به هو الآخر¹.

وعليه يمكن تليخيص مفهوم الفقه الفرنسي للنظام العام وفقا لما جاء في مؤلفات الفقهاء الفرنسيين بأنه مجموع ما يعتبر مهما نوعا ما في مجتمع وزمن معينين كي يتصف بالإلزامية ولو حصل ذلك خلافا لإرادة الأفراد². وهذا المفهوم قد انتقل فيما بعد إلى التشريع الجزائري الذي سيتم بحثه في النقطة الموالية.

ب- مدلول النظام العام في القانون الجزائري

حتى يتبين مدلول النظام العام في القانون الجزائري، يتوجب بداية تحديد موقف المشرع الجزائري من تعريف النظام العام وذلك من خلال تتبع أهم النصوص القانونية التي أشارت إلى هذه الفكرة (1)، على أن المشرع الجزائري في نصه على فكرة النظام العام كثيرا ما يربطها بعبارة الآداب العامة، ومن ثم وجب أيضا تحديد العلاقة بين فكرة النظام العام وفكرة الآداب العامة في التشريع الجزائري (2).

1- موقف المشرع الجزائري من تعريف النظام العام

بالرجوع إلى التشريع الجزائري يتضح أن المشرع لم يورد تعريفا للنظام العام، وهو بذلك قد سلك مسلك المشرع الفرنسي. إذ وردت الإشارة إلى فكرة النظام العام في العديد من نصوص

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، دار التراث، 2002، ص 152.

² - مصطفى العوجي، القانون المدني - العقد مقدمة في الموجبات المدنية-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الخامسة، 2011، الجزء الأول، ص 439.

القانون المدني - باعتباره الشريعة العامة-، دون أن يحدد المشرع المقصود بهذه الفكرة. فقد أشار المشرع الجزائري إلى فكرة النظام العام لدى حديثه عن المحل والسبب باعتبارهما ركنين في العقد، إذ نصت المادة 93 قانون مدني على أنه: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". في حين نصت المادة 97 من ذات القانون على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا".

وبالإضافة إلى هذين النصين المتعلقين أساسا بالقواعد العامة في إبرام العقد، فقد أشار المشرع الجزائري إلى فكرة النظام العام في نصوص عامة أخرى، منها المادة 24 قانون مدني التي نظمت العلاقات ذات العنصر الأجنبي فيما يسمى بالنظام العام الخارجي والذي مجاله القانون الدولي الخاص حيث جاء فيها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

وكذا المادة 204 قانون مدني التي أبطلت الإلتزامات والعقود التي تكون معلقة على شرط مخالف للنظام العام أو الآداب¹. وكذا المادة 344 من ذات القانون المتعلقة بالإثبات عن طريق اليمين الحاسمة والتي منع المشرع الجزائري توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام². ويظهر من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري أورد فكرة النظام العام في القانون المدني -باعتباره الشريعة العامة-، كقيد على صحة بعض الإلتزامات بوجه عام والعقود بصفة خاصة، دون أن يحدد المقصود به. وهو بهذا التوجه قد ترك المجال للفقهاء والقضاء الجزائريين لتحديد وتعريف النظام العام. هذين الأخيرين تأثرا كثيرا بما استقر عليه الفقه الفرنسي، وكذا بعض الفقه المصري، بحيث لم تخرج تعريفاتهم للنظام العام عن التعريفات التي ذكرها هذين الفقهاء³.

¹ - حيث نصت المادة 204 قانون مدني على أنه: " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم...".

² - حيث نصت المادة 344 قانون مدني على أنه: " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام".

³ - راجع على الخصوص: علي فيلالي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 267 وما يليها؛ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، 2004، ص 117 وما يليها؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول-التصرف القانوني-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 148 وما يليها؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، =

وقد كان للاجتهاد القضائي الجزائري أيضا دوره في محاولة ضبط وتعريف النظام العام ومن ذلك ما ورد في حيثيات قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 17/01/1982: " لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توفرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة..."¹.

ولا بأس في هذا الصدد أن نورد بعض التعريفات التي أوردها الفقه العربي، مع إبداء بعض الملاحظات بشأنها. فالفقيه السنهوري عرفه بقوله: " إن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"².

كما عرّف الأستاذ حسن كيرة النظام العام بأنه: " مجموع المصالح الأساسية للجماعة أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها"³.

والتعريف ذكر أهم أسس النظام العام وهي المصلحة الجماعية، إلا أنه لم يحدد طبيعة هذه المصالح الأساسية أو الأسس والدعامات. ففي الفقه الإسلامي مثلا تعد المصالح الدينية هي الأساس والدعامة الأولى التي تبنى عليها بقية المصالح الأخرى الإجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية⁴.

كما عرّفه زهدي يّكن بقوله: "... كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (مثل أغلب روابط القانون العام)، أو إجتماعية (مثل القوانين

= = دار الهدى، الجزائر، 1993، ص 218 ومايليها؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 65 ومايليها.

¹ - هذا القرار مقتبس عن: وردة مراح، الحسبة ودورها في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004، ص 169.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 434-435.

³ - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة (دون تاريخ نشر)، ص 146.

الجزائية وما يتعلق بتكوين الأسرة وحالة الأشخاص المدنية والأهلية) واقتصادية (كالقواعد التي تنص على حماية الملكية والقواعد التي تجعل التنافس حراً أمام الجميع)، أو خلقية وهي التي يعبر عنها بقواعد الآداب"¹.

والتعريف بدوره اشتمل على أغلب المصالح التي يقوم على حمايتها النظام العام في الدولة، بيد أنه أغفل كغيره ممن تقدم ذكره الدعامة الأولى ومقدمة كل هذه المصالح، والتي فيها ثبات القواعد والمبادئ التي يبنى عليها النظام العام في الدولة وهي "المصلحة الدينية" الجامعة لتنظيم وتحقيق وحماية كل هذه المصالح المذكورة في التعريف"².

أما الأستاذ سمير تناغو فعرفه بأنه: "مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية"³.

وأما الأستاذ محمد شيلح فيرى أن النظام العام ما هو إلا منفذ تلج منه الدولة إلى ميدان العقود لقمعها بوضع حد لها عندما ترى بأن هذه العقود تهدد أو من شأنها أن تهدد الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها الدولة نفسها، ليخلص إلى تعريف النظام العام بأنه: "مجموع القواعد التي تهدف إلى الحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه لضمان المصلحة العامة وبالتالي ضمان بقاء الدولة وسيرها على نهج النظرة العامة للوجود التي تفرض بها مشروعيتها"⁴.

ومما تجب الإشارة إليه هنا أن المشرع الأردني وعلى خلاف معظم القوانين المدنية العربية، قد أورد بعض صور النظام العام على سبيل المثال لا الحصر من خلال نص المادة 163 من القانون المدني التي جاء فيها: "ويعد من النظام العام، بوجه خاص، الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية والميراث، والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور، ومال الوقف، ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"⁵.

1 - زهدي يكن، القانون الإداري، منشورات المكتبة العصرية صيدا، بيروت، (دون تاريخ نشر)، ص 77 - 78.

2 - وردة مراح، المرجع السابق، ص 168.

3 - سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، (دون تاريخ نشر)، ص 91.

4 - محمد شيلح، المرجع السابق، ص 190.

5 - راجع: محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية

وعليه ومن خلال كل المحاولات السابقة يتضح أن فكرة النظام العام هي من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها، وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع. وتعتبر فكرة النظام العام من أبرز الأمثلة على مرونة صياغة القواعد القانونية، فالقواعد المتعلقة بالنظام العام ليست هي التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع، أو تحقيق مصلحة عامة، لأن كل قواعد القانون تهدف في مجموعها إلى تحقيق هذا الغرض، فقواعد النظام العام هي التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف والمصالح العامة¹.

2- علاقة فكرة النظام العام بالآداب العامة في القانون الجزائري

أشار المشرع الجزائري كما سبق ذكره أعلاه في بعض المواد ومنها المواد 24، 96، 204 قانون مدني إلى "النظام العام والآداب العامة"، بينما اكتفى في نصوص أخرى ومنها المادتين 161، 344 من ذات القانون إلى استعمال لفظ "النظام العام" فقط. الأمر الذي يثير التساؤل حول ما إذا كنا أمام فكرتين متميزتين عن بعضهما البعض، أم أن المصطلحين وجهين لعملة واحدة.

هناك من الفقهاء من يرى ضرورة التمييز بين النظام العام من جهة والآداب العامة من جهة ثانية، انطلاقاً من أن قواعد النظام العام هي التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد. في حين أن الآداب هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الموروثة، والعادات المتصلة، وما جرى به العرف، وتواضع عليه الناس².

وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ السنهوري بأن: "القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية، أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. بينما الآداب هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية"³.

= = العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 2001، ص 31 وما بعدها.

¹ - أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 95

² - حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 31.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط- نظرية الالتزام بوجه عام-، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 399 - 400.

ويرى الدكتور محمد صبري السعدي أن الفكرتين تختلفان من حيث الأساس، ففكرة النظام العام أساسها المصلحة العامة، وهي تتضمن المصلحة الاجتماعية، والسياسية، والأدبية، والاقتصادية. بينما أساس حسن الآداب هو الرأي العام، وما يتأثر به من مثل عليا، ومبادئ أخلاقية واجتماعية مبنية على الدين والعرف والتقاليد¹.

والحقيقة أن هناك شبه إجماع لدى الفقه المعاصر على رفض التمييز بين فكرة النظام العام وفكرة حسن الآداب أو الآداب العامة، باعتبار هذه الأخيرة تشكل أحد الأسس التي يقوم عليها النظام العام، فهي الجانب الخلقي له، وهو الأساس الأخلاقي الذي يحفظ النظام العام في المجتمع، والمتمثل في واجبات الفرد سواء اتجه نفسه، أو اتجه مجتمعه، لأن هدفه هو الفضيلة والعدالة².

فالعروض الخليعة، والتحريض على الفسق، وممارسة البغاء والفحشاء، كلها أفعال تمس الأخلاق، وبالتالي الآداب العامة، ومن هنا فهي تهز النظام العام. وهذا ما حمل البعض على القول أن الآداب العامة والنظام العام وجهان لعملة واحدة³.

وعليه فإن التمييز بين النظام العام والآداب هو تمييز سطحي لأن كل منهما يفيد أولوية المجتمع على الفرد، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. والنظام العام مثله مثل الآداب يفرض على المتعاقد احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في المجالات المختلفة، لضمان التعايش والسلم المدني⁴.

وعليه يمكن القول في ختام هذا الفرع أن فكرة النظام العام، وإن كانت فكرة قديمة قدم المجتمعات والتشريعات، غير أنها لم تستقر كفكرة قانونية مسلم بها إلا في مرحلة متأخرة جداً، وهذا ما يعكس عدم ثبات هذه الفكرة وتطورها واختلافها باختلاف الزمان والمكان. وإذا كان هذا هو حال الفكرة في القوانين الوضعية ومنها القانون الجزائري، فهل هو الحال ذاته في الشريعة الإسلامية وفقهها؟ أم أن فكرة النظام العام الشرعي هي نظرية متأصلة ثابتة. هذا ما ستكشف عنه الدراسة من خلال النقطة الموالية.

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 218.

2 - محمد جلال السعيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، الرياض، 1993، ص 41.

3 - رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 75-76.

4 - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 270.

ثانياً: مدلول النظام العام في الفقه الإسلامي

إن المتأمل في كتابات فقهاء المسلمين ومؤلفاتهم، يلاحظ أنهم لم يستعملوا مصطلح النظام العام مكتملاً بشقيه، وإن كانوا قد استعملوا ألفاظاً تؤدي إليه. ومن ثم فقد انصبت كتابات وجهود الفقهاء والباحثين المعاصرين حول محاولة تأصيل فكرة النظام العام والبحث عما يقابلها في الشريعة الإسلامية.

ومن ثم فقد اختلفت تصوراتهم للفكرة، بين من يقول أن مضمون فكرة النظام العام كامن في مفهوم العدل في الإسلام¹ ومن يرى بأن مضمونها هو مضمون المصلحة المعتبرة شرعاً¹. ومن يقول بأنها كامنة ومختزنة في مجموعة النصوص والأحكام القطعية الشرعية القطعية الثبوت والدلالة والمبادئ العامة الثابتة مما هو معلوم من الدين بالضرورة². في حين هناك من جعلها مقصداً عاماً للشريعة من مقاصدها التي تخص الأمة وصالحها³. وقد حاول الدكتور عبد الله العتيبي في رسالته القيمة حول النظام العام للدولة المسلمة⁴، بعد استعراضه لمفهوم النظام العام لدى مجموعة من الفقهاء كابن أبي الربيع⁵، والماوردي⁶، ...

¹ - زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1968، ص 251؛ و حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 691؛ عبد الحميد متولي، مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الأولى، 1966، ص 796.

² - عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 18، عدد 02، 1948، ص 185.

³ - الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام، القاهرة، الطبعة الخامسة، 2012، ص 80.

⁴ - عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة، - دراسة تأصيلية مقارنة-، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 47.

⁵ - ينطلق ابن أبي الربيع في تحليله لفكرة النظام العام من أن أساس قيام الكيان الاجتماعي هو مصلحة وحاجة الناس لبعضهم البعض، ومن هذا الأساس تبرز حاجة الناس إلى النظام العام الذي يصير ضرورة لاستقرار حياة الناس وتديبير أمورهم. ويوضح ابن الربيع أن للنظام العام مقومات أربع وهي: الملك، الرعية، العدل، التدبير، وعلى هذه الأركان الأربعة تقوم المملكة، وحفظها لازم لقيام المملكة وحراستها ودوامها. أحمد بن محمد بن أبي الربيع، سلوك الممالك في تدبير الممالك، ص 456، مقتبس عن: عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 29.

⁶ - يطلق الإمام الماوردي لفظ الصلاح العام على النظام العام، وهو يرى أن مقومات الصلاح العام أو النظام العام تتمثل في مجموعة قواعد جمعها في قوله: "اعلم أن ما به تصلح الدنيا حتى تصير أحوالها منتظمة وأمورها ملتزمة ستة أشياء في قواعدها وإن تفرعت، وهي: دين متبع، وسلطان قاهر، وعدل شامل، وأمن عام، وخصب دائم، وأمل فسيح". الماوردي، أدب الدنيا والدين، ص 134-136، مقتبس عن: عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 30.

والإمام الغزالي¹، والإمام القرافي²، والإمام الشاطبي³، أن يعطي مفهوما للنظام العام لدى الفقهاء، حيث يقول: "...ومن خلال القراءة المتأملّة للنصوص السابقة نلاحظ بشكل جلي أن سياقاتهم له وتناولاتهم بشأنه لا تخرج عن إطارات ثلاثة فقط، تعد مداخل حقيقية وثابتة لتأسيس فكرة النظام لديهم وهي كالتالي: "فكرة حق الله أو الحق العام، فكرة الحكم الشرعي أو الحلال والحرام لتضمنه معنى الإلزام، وفكرة المصلحة"⁴.

وهذا المفهوم الذي انتهى إليه الدكتور العتيبي هو الذي سيكون المنطلق في تحديد مدلول النظام العام، ومن ثم فإن النظام العام هو حق الله تعالى (I)، متمثلاً في أحكامه الشرعية التي أرادها وطلبها من المكلفين (II)، لأجل مصلحة أرادها سبحانه (III).

I - مدى دلالة حق الله على النظام العام الشرعي

يذهب غير واحد من الفقهاء المعاصرين إلى أن النظام العام الشرعي هو ما يعرف بحق الله أو الحق العام. ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور السنهوري الذي يقول: "يمكن أن نجد نظيراً في الفقه الإسلامي لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي فيما يدعى بحق الله أو حق الشرع، وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، بل لعله يزيد"⁵.

¹ - يقول الإمام الغزالي للدلالة على ضرورة النظام: "السلطان ضروري في نظام الدنيا، ونظام الدين ضروري في الفوز بسعادة الآخرة وهو مقصود الأنبياء قطعاً، فكان وجوب نصب الإمام من ضروريات الشرع لا سبيل إلى تركه". الإمام الغزالي، الإقتصاد في الاعتقاد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1403 هـ.

ص 119، مقتبس عن: عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 31.

² - ومما يستخلص من كلام الإمام القرافي ودلالته على مصطلح النظام العام قوله- في معرض حديثه عن أن المحكوم عليه يجب عليه التسليم بحكم الحاكم وإن خالف ما علمه-: "إن المحكوم عليه إنما حرمت عليه المخالفة لما فيها من مفسدة مشاقة الحكم وانخرام النظام وتشويش نفوذ المصالح. وأما مخالفته بحيث لا يطلع عليه حاكم وغيره فجازة"، القرافي، الفروق، دار المعرفة، بيروت، (دون تاريخ نشر)، الجزء الرابع، ص 43.

³ - استعمل الإمام الشاطبي مصطلح النظام بمعنى النظام العام في العديد من المرات، ومنه قوله: "إذا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، وذلك على وجه لا يختل لها به نظام لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات، فإنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها، أو تختل أحكامها، لم يكن التشريع موضوعاً لها". الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 33.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1998، ص 99.

وهو نفس ما ذهب إليه الدكتور فرج الصدة بقوله: "فكرة النظام العام والآداب في القانون الوضعي نجد نظيرها في الشريعة الإسلامية في حق الله. فالقواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي تلك التي تتعلق بمصلحة عامة للمجتمع، وحق الله هو حق المجتمع، فهو كل ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فنحن بصدد تعبيرين عن فكرة واحدة. ومن ثم فبالنسبة إلى القواعد القانونية التي تتعلق بالنظام العام أو بالنسبة إلى القواعد الشرعية التي تعتبر من حق الله، لا يجوز العفو أو الإبراء أو الصلح أو الاتفاق على ما يخالف القاعدة"¹.

ونفس المعنى تقريبا عبر عنه الإمام الطاهر بن عاشور بقوله: "حقوق الله هي حقوق للأمة فيها تحصيل النفع العام أو الغالب أو حق من يعجز عن حماية حقه، وأوصى الله تعالى بحمايتها وحمل الناس عليها، ولم يجعل لأحد من الناس إسقاطها، فهي الحقوق التي تحفظ المقاصد العامة للشريعة، والتي تحفظ تصرفات الناس في اكتساب مصالحهم الخاصة بأفرادهم أو بمجموعهم من أن تتسبب في انخراط تلك المقاصد، وتحفظ حق كل من يظن به الضعف عن حماية حقه"².

فحق الله تعالى إذن هو ما يتعلق به النفع العام من غير إختصاص بأحد، وهذا الحق ينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه. وحق الله تعالى يطلق ويراد منه الحق العام، وسمي بذلك لعمومه وشموله، إذ المقصود به هو حماية المجتمع، ولترتب المصالح العامة عليه من غير اختصاص بأحد، كالأمر بالصلاة، والنهي عن الزنا والسرقه والربا وغير ذلك. وهذا الحق سواء قصد به تعظيم الله أو التقرب إليه به، كما في العبادات الخالصة، أو قصد به حماية المجتمع، فالفقهاء يطلقون عليه الحق العام، لأنه لا يختص به واحد دون الآخر، بل المصلحة فيه عامة وصيانتته تعتبر مشتركة بين جميع أفراد المجتمع"³.

ويتميز حق الله تعالى بكونه لا يجوز إسقاطه لا بعفو ولا بصلح ولا بغير ذلك، بل لا بد فيه من تطبيق العقوبة على المعتدي، فلا يجوز لأحد أن يبيح جريمة الزنا أو السرقة لنفسه، أو

¹ - عبد المنعم فرج صدة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية، الجزء الأول - نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية -، جامعة دول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، فقرة 77، ص 103.

² - الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 164.

³ - محمد علي محجوب، النظريات العامة للمعاملات في التشريع الإسلامي والقانون المصري، مطابع الأوفست الجديدة، (دون تاريخ نشر)، ص 233. مقتبس عن: وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص 319.

يسقط الحد عنه. وفي المقابل لا يجوز للمسروق منه أن يسقط حد السرقة عن السارق، لأن هذه الحقوق ليست ملكا لأحد من الناس¹.

ودليل ذلك ما روي عن عائشة- رضي الله عنها- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأسامة بن زيد لما شفع في المرأة المخزومية التي سرقت وأراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطع يدها: "أتشفع في حد من حدود الله تعالى يا أسامة؟ إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، و أيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"².

كما يتميز حق الله تعالى أيضا بأن الناس جميعا لهم حق المطالبة به والدفاع عنه ومقاضاة كل من أخل بشيء من هذا الحق والشهادة عليه والمطالبة به صيانة لهذا الحق والمحافظة عليه، ومن أجل ذلك كانت مشروعية الحسبة، وهي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر³.

وعليه ومن خلال هذه الخصائص يتضح أن حق الله تعالى، هو ما قصد به التقرب إليه قصدا أوليا، وإقامة دينه وتعظيمه سبحانه، وعبادته بسائر الطاعات، والبعد عن المحرمات، وكل ما يتعلق بالمصالح العامة وحماية المجتمع وتحقيق النفع العام من غير اختصاص بأحد. وهذه المعاني كلها يتضمنها مصطلح النظام العام⁴.

II- علاقة الأحكام الشرعية بفكرة النظام العام الشرعي

يعرف الحكم⁵ عند الأصوليين بأنه: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا"¹. وعند الفقهاء الحكم الشرعي ليس هو نفس الخطاب وإنما أثر الخطاب.

¹ - القرافي، الفروق، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 256.

² - أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب إقامة الحدود على الشريف والوضيع، حديث رقم 6778. ينظر؛ صحيح البخاري، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 278.

³ - وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 323.

⁴ - عبد الله العتبي، المرجع السابق، ص 33. وفي مقابل حقوق الله تعالى توجد حقوق العباد التي وصفها الإمام الطاهر ابن عاشور بأنها: "التصرفات التي يجلبون بها لأنفسهم ما يلائمها أو يدفعون بها عنها ما ينافرها دون أن يفضي ذلك إلى انخرام مصلحة عامة أو جلب مفسدة عامة، ولا إلى انخرام مصلحة شخص أو جلب مصلحة له أو جلب مضرة له في تحصيل مصلحة غيره". الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 164.

⁵ - الحكم معناه في اللغة المنع، فمن ذلك قولك: حكمت الرجل تحكيما إذا منعته: مما أراد. وحكمت السفية بالتخفيف وأحكمته: إذا أخذت على يده. وسمي القاضي حاكما لمنعه الخصوم من التظالم. وسميت هذه المعاني، نحو الوجوب والحظر

فالحكم التكليفي هو المستفاد من قولهم في التعريف اقتضاء أو تخييراً، والحكم الوضعي هو المستفاد من قولهم أو وضعاً. وسمي الحكم التكليفي بذلك لأن فيه تكليفاً بفعل، أو امتناع عن فعل، أو التخيير بين الفعل وعدمه، أي أن فيه كلفة ومشقة. وينقسم الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام هي: الواجب، المندوب، الحرام، المكروه، المباح. أما الحكم الوضعي فهو حكم الله المتعلق بجعل الشيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له، أو مانعاً منه، ويشمل: السبب والشرط والمانع².

فإذا تقرر بأن النظام العام هو حق الله تعالى، فإن هذا الأخير يتحتم الإتيان به على وجه الإلزام والجزم، ولا يجوز أن تتم مخالفة الأمور المتعلقة بحقوق الله تعالى، وما يكون كذلك يكون مأموراً به في جانب الإيجاب ومنهياً عنه ومحرمًا في جانب الحظر، وهذا في حقيقته هو الواجب من جهة. وهو الحرام من الجهة الأخرى.

فالواجب كما يقول الإمام الشاطبي: "الواجبات لا تستقر واجبات إلا إذا لم يسوى بينها وبين غيرها من الأحكام، فلا تترك ولا يتسامح في تركها البتة"³.

وأما الحرام فعبر عنه الشاطبي أيضاً بقوله: "إن الأوامر والنواهي في التأكيد ليست على رتبة واحدة في الطلب الفعلي أو التركي، وإنما ذلك بحسب تفاوت المصالح الناشئة عن امتثال الأوامر واجتناب النواهي، والمفاسد الناشئة عن مخالفة ذلك"⁴. وقد سبقه في بيان هذا التلازم الإمام العز بن عبد السلام حيث يقول: "...وأعلى رتب مصالح الندب دون أدنى رتب مصالح الواجب، وتفاوت إلى أن تنتهي إلى مصلحة يسيرة لو فانت لصادفنا مصالح المباح... ولا تزال مفسد الكبائر تتناقص إلى أن تنتهي إلى مفسدة لو نقصت لوقعت في أعظم رتب مفسد الصغائر...، ثم لا تزال مفسد الصغائر تتناقص إلى أن تنتهي إلى رتبة لو فانت لانتهدت إلى أعلى رتب مفسد المكروهات... ولا تزال تتناقص مفسد المكروهات إلى أن تنتهي إلى حد لو

= = والندب وغيرها أحكاماً، لأن معنى المنع موجود فيها...". نجم الدين الطوفي، شرح مختصر الروضة، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1408 هـ، ص 247-248. مقتبس عن: حمد بن حمدي الصاعدي، الحكم الوضعي ومدى انطباقه على علم أصول الفقه، دار العلوم والحكم، سوريا، 2004، ص 15-16.

¹ - أبو حامد الغزالي، المستصفى من علوم أصول الفقه، الجزء الأول، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1322 هـ، ص 65.

² - عبد الله العنبي، المرجع السابق، ص 41.

³ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 03، المرجع السابق، ص 336.

⁴ - الشاطبي، المرجع نفسه، ص 536.

زال لوقعت في المباح..."¹.

وعليه يعتبر الحرام عنصرا أساسيا من عناصر النظام العام الشرعي، ويترتب على ذلك أن كل اتفاق أو التزام يكون محله أمرا محرما يعتبر باطلا، لأنه لا يصح أن يكون المحل ممنوعا بمقتضى الشرع وواجبا بمقتضى العقد، كعقد الإجارة مثلا على ارتكاب معصية كالسرقة والزنا، فهو عقد باطل ولا يجب الوفاء به، بل لا يجوز².

وفي هذا الصدد يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "دائرة الحرام للصالح العام في نظام الإسلام أوسع منها في القانون. لأن غاية الإسلام هي حماية المثل العليا والسمو بالإنسان نحو الكمال والرفعة، لذا فإن مبادئه ذات قيم ثابتة خالدة. فتحرم الشريعة الإسلامية الفائدة مهما كانت قليلة. وتمنع البيع بثمن مجهول. وكذلك فكرة الشروط الفاسدة للعقد وفكرة الربا التي تتصل بالنظام الاقتصادي والتي تفسد العقد أيضا وسعت كثيرا دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي"³.

III- المصلحة وعلاقتها بفكرة النظام العام الشرعي

تعتبر فكرة المصلحة من الأفكار التي استند إليها الفقهاء في تجسيد فكرة النظام العام. فقد سبق القول أن حق الله تعالى هو الوعاء التي يتضمن المصلحة، بحيث تعبر فكرة الحق عن فكرة المصلحة، والحق في المقابل يستهدفه الحكم الشرعي بالتحصيل في حالة الإيجاب والنفع، وبالحظر في حال السلب والضرر⁴.

وتجب الإشارة إلى أن المصلحة التي ترتبط بالحق العام أو النظام العام هي عموم المصلحة، سواء كانت عامة أو خاصة. وفي هذا الصدد يقول الدكتور فتحي الدريني: "ليست العبرة في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتحديد نظامها الشرعي العام بموضوع الحكم، بل بالحكم نفسه، من حيث كونه مفسرا قاطعا للدلالة على معناه، أو بمصلحة أو معنى عام

¹ - العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، الجزء الأول، ص 55-56.

² - عبد الله العتبي، المرجع السابق، ص 43.

³ - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1982، ص 28-29.

⁴ - عبد الله العتبي، المرجع السابق، ص 46.

نهضت الأدلة القاطعة على ثبوته قطعاً¹.

في ختام هذا المطلب الذي انصب فيه الجهد على محاولة تحديد مدلول النظام العام في القانون الجزائري من جهة، والشريعة الإسلامية من جهة ثانية، يمكن القول أن القوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري، وكذا محاولات فقهاء القانون لم تتفق على وضع مفهوم موحد لمدلول النظام العام بل اقتصرته هذه الجهود على إيراد بعض المصطلحات والمفاهيم لتقريب الفكرة إلى الأذهان. ومن هذه المصطلحات: (المصلحة العامة، والأسس العامة، والدعامات الرئيسية، والمصالح الجوهرية، والمبادئ العليا). أما الفقه الإسلامي فقد ارتكز أيضاً على بعض المفاهيم المترابطة في تحديد لمدلول النظام العام، ومن بينها: (الحق العام أو حق الله تعالى، والنفع العام، والصالح العام، والواجب والحرام، والمصلحة المعتبرة شرعاً).

وانطلاقاً من هذه المفاهيم والمصطلحات المشتركة بين القانون والفقه الإسلامي، حاول بعض الفقه توظيفها مجتمعة ووضع تعريف جامع للنظام العام بأنه: "مجموعة الأحكام والإجراءات الموضوعية لحماية المجتمع وتحقيق النفع العام له في الدنيا والآخرة والتي لا يجوز لأحد مخالفتها أو إسقاطها أو تعديلها أو الإتفاق على خلافها"².

والحقيقة أن هذا التعريف قد وفق في تحديد مجال النظام العام لشموله الأحكام من جهة والإجراءات من جهة ثانية. ذلك أن النظرة القانونية الخالصة إلى فكرة النظام العام تدفع إلى ضرورة التمييز داخل نطاقها (كما هو الشأن في النظام القانوني نفسه) بين نوعين من القواعد الأساسية: أحدهما قواعد موضوعية، والآخر قواعد شكلية، وبتعبير دقيق قواعد تتصل بالغايات والقيم، وقواعد تتصل بالوسائل³، وهو التقسيم الذي أشار إليه غير واحد⁴ من فقهاء المقاصد من ذلك ما قاله الإمام القرافي: "وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد وهي المتضمنة للمصالح

¹ - فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الحديث، سوريا، الطبعة الأولى، 1975، ص 246.

² - عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 55.

³ - محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، (دون دار نشر)، الطبعة الأولى، 1961، ص 127. ويقصد بهذا التقسيم -أ- فما يمكن تسميته تجوزاً بالقواعد الموضوعية في نطاق النظام العام يتصل بالغايات تستهدف الجماعة تحقيقها والقيم والأوضاع التي توجب الدولة حمايتها ضد أي عدوان يقع عليها ب- وما يمكن تسميته تجوزاً بالقواعد الشكلية ينصرف إلى الوسائل التي تستخدم في الحالين. وربما أدى تحليل دقيق لخصائص هذه القواعد إلى إبراز المعاني والاتجاهات الخاصة التي يمكن أن تتشكل بها فكرة النظام العام أو تخصص؛ المرجع نفسه؛ ص 127 وما بعدها.

⁴ - راجع: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المرجع السابق، ص 07.

والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه¹.
 وواضح من كل ما سبق أن فكرة النظام العام وطيدة الصلة بالمصلحة العامة والنفع العام، بحيث تعد أهم الركائز التي تستند عليها هذه الفكرة، وستكون المصلحة محل دراسة مستفيضة لدى الحديث عن معيار النظام العام في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، في الفرع الثاني الموالي.

الفرع الثاني

معيار النظام العام في القانون الجزائري و الفقهاء الإسلامي

اتضح مما سبق بيانه أن فكرة النظام العام تعد من الأفكار الجوهرية والمحورية التي تقوم عليها الأنظمة القانونية قديما حديثا، باعتبارها مجموع المصالح الدينية والسياسية والإقتصادية والاجتماعية والأخلاقية اللازمة لحفظ قيم وأسس المجتمع في زمن مخصوص وفي مكان مخصوص. ومن ثم فلا يجوز للأفراد من خلال اتفاقاتهم الخاصة الخروج عن هذه المصالح وإلا كان البطلان جزاء لها.

وهكذا فقد غدت فكرة النظام العام قيما على حرية الأفراد في إبرام العقود، تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، أي أنه كلما أفضت حرية التعاقد إلى نتائج مناقضة ومهددة لمصلحة المجموع، كلما تدخل النظام العام بقواعده الآمرة فوق العادية لتقييد هذه الحرية بل وإلغائها أحيانا ليحل القانون محلها.

ونظرا لأن التشريع والفقهاء لم يتمكنوا من وضع تعريف جامع دقيق للنظام العام، فقد تم فقط تقريب مفهومه للأذهان، وذلك بوضع معيار ضابط لهذه الفكرة. ويظهر جليا من خلال التعريفات التي تم ذكرها سابقا، أن هذا المعيار يتمثل في المصلحة العامة، والتي بواسطتها يحكم على هذه القاعدة أو تلك بأنها قاعدة متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يتحتم مراعاتها عند إبرام العقود.

فكل عقد استهدف في أحد مرامييه وأهدافه الظاهرة أو الخفية نقض مصلحة عامة وتغليب مصلحة فردية آنية عليها، كان هذا العقد مناهضا ومخالفا للنظام العام ويكون البطلان جزاء بالنتيجة. وهذا ما سيتم بحثه في هذا الفرع من خلال معيار النظام العام في الفقهاء الإسلامي والقانون الجزائري.

¹ - القرافي، الفروق، الجزء 02، المرجع السابق، ص33.

فإذا ما تم تحديد المقصود بالمصلحة كمعيار للنظام العام - على ما يوجد من فوارق في حقيقتها بين القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي- . فلن يكتمل تحديد مفهوم فكرة النظام العام إلا بعد بيان أهم الخصائص التي امتازت بها في القانون الجزائري وفي الفقه الإسلامي -على ما بينهما من فوارق أيضا-. تلك الخصائص التي جعلت من فكرة النظام العام أحد أهم الأفكار القانونية الأكثر استجابة للتطورات الحاصلة في المجتمع. بما تميّزت به من مرونة وقابلية للتطور، وشمولية وعمومية في مجالاتها.

وهكذا أمام صعوبة وضع تعريف للنظام العام، لم يكن أمام التشريع والفقهاء الوضعي إلا اللجوء إلى فكرة المصلحة العامة لاتخاذها كمعيار لتحديد دائرة ومجال تدخل النظام العام، أي أن هدف أي قاعدة من قواعد النظام العام هو الحفاظ على مصلحة المجموع، وهذا هو الحال أيضا في التشريع الجزائري إذ لا خلاف في أن المصلحة العامة هي معيار النظام العام فيه (أولا). وبخصوص الفقه الإسلامي فإن الاستقراء الكلي لأحكام الشريعة الإسلامية، يظهر أيضا أن تحقيق المصالح الكلية يعتبر الغاية الأساسية التي يجب أن تستهدفها كافة الأنشطة والقواعد في النظام القانوني الإسلامي، فمقاصد الشريعة إجمالا حسب استقراء علماء الأصول عائدة إلى تحقيق المصالح بجلب المنافع ودرأ المفاصد (ثانيا). على أن المقارنة بين حقيقة المصلحة كمعيار للنظام العام في المنظورين الشرعي والقانوني تتم على أن هناك فوارق يتعين رصدها (ثالثا).

أولا- المصلحة العامة كمعيار للنظام العام في القانون الجزائري

الواقع أنه بالرجوع إلى أغلب كتابات الفقهاء المتعلقة بالنظام العام نجد هناك شبه إجماع لديهم على أن المصلحة العامة هي معيار النظام العام، ومن بين هؤلاء الفقهاء الأستاذ السنهوري الذي عرف النظام العام بأنه: "...يوجد دون شك من القواعد ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع، وهذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية... وهناك من روابط القانون الخاص ما يحقق مصلحة عامة إجتماعية كما في كثير من القواعد القانونية المتعلقة بالعمل، أو مصلحة عامة اقتصادية كما في القواعد التي تجعل التنافس حرا مفتوحا بابه للجميع"¹.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 فقرة 473، ص 492.

وفي نفس السياق يذهب الأستاذ **عبد الباقي عبد الفتاح** إلى القول بأن: "النظام العام كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق **بمصلحة أساسية** من مصالحها التي يلزم تحقيقها"¹. وكذا الأستاذ **شكري السباعي** بقوله: "إن معيار النظام العام هو معيار مادي أو موضوعي يتغير بتغير الزمان والمكان ويتجلى على وجه الخصوص في **المصلحة العامة** سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو إقتصادية أو خلقية"².

ومن هنا يثور التساؤل حول ما إذا كان هناك فعلا تطابق كلي بين الفكرتين، أم أن هناك نوع من التمايز بينهما ؟

لقد ظهرت فكرة **المصلحة العامة**³ كقرين لمبدأ المشروعية، ذلك أنها قد ارتبطت بفكرة القانون منذ نشأتها وصاحبت قيام الدولة القانونية باعتبارهما أي القانون والدولة من وسائل تلك الغاية، لذلك كانت المنفعة العامة حجر الزاوية عند أنصار نظرية العقد الاجتماعي⁵.
ولفكرة **المصلحة العامة** مدلولان أحدهما سياسي والأخر قانوني: ففي المدلول السياسي لا تختلف **المصلحة العامة** في طبيعتها عن **المصالح الفردية** أو **مصالح الجماعات** فهي مجرد تحكيم بين **مصالح مختلفة**، وهذا التحكيم يجري في ضوء اعتبارين:

1 - عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية القانون، مطبعة نهضة مصر، الطبعة الخامسة، 1966، ص 126.

2 - شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، 1987، ص 167.

3 - **المصلحة** في اللغة كالمصلحة وزنا ومعنى، فهي مصدر بمعنى **الصلاح**، كالمصلحة بمعنى **المنفعة**، أو هي اسم للواحدة من **المصالح**، وقد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال: **والمصلحة** **الصلاح**، **والمصلحة** **واحدة** **المصالح**. فكل ما كان فيه **نفع** - سواء كان **بالجلب** و **التحصيل** كاستحصال **الفوائد** و **الذائد**، أو **بالدفع** و **الإتقاء**، كاستبعاد **المضار** و **الآلام** - فهو **جدير** بأن يسمى **مصلحة**. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط **المصلحة** في **الشريعة الإسلامية**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، 2005، ص 37.

4 - لفظ **"العامة"** يفيد **التمام** و **الشمول** في مفهوم **المصلحة** من جهة موضوع **الصلاح**، إذ يشتمل على **الأبعاد** **المعنوية** و **الأبعاد** **المادية** في **الحياة الإنسانية**، كما يفيد **الكثرة العددية**، أو **الجماعة** **كبيرة العدد**، ف**المصلحة العامة** هي **مصلحة الجماعة** = = **كبيرة العدد**. وعليه **إطلاق** لفظ **العامة** على **المصلحة** يفيد معنى **النفع التام** **الشامل** **موضوعا** **أب** **معنويا** و **ماديا**، و **يدخل** في هذا **دفع الضرر** و **الفساد** **اللاحق** **بهذه الجماعة**. فوزي خليل، **المصلحة العامة** من منظور إسلامي و **إليه تطبيقات** **المصلحة العامة** في **عصر الخلفاء الراشدين**، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص 39، 40.

5 - محمد مصطفى حسن، **المصلحة العامة** في **القانون والتشريع الإسلامي**، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة و **العشرون**، يونيو 1983، العدد الأول، ص 07، مقتبس عن: تيورسي محمد، **قواعد المنافسة** و **النظام العام الاقتصادي**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص 214.

الأول: أن المصلحة العامة هي مصلحة الجماعة الأكثر عدداً، ومن أمثلته نزع الملكية للمنفعة العامة.

الثاني: أن المصلحة العامة لا تقدر كمّاً وإنّما كيفاً، فالمرضى بمرض لا يشترط بالضرورة أن يكونوا أكثر عدداً من جمهور الأصحاء، ولكنها قيمة الصحة للفرد وأهمية الحياة للصحة للإنسان¹.

أما عن المدلول القانوني، فإنه يستوجب تحديد السلطة التي تملك إجراء التحكيم بين المصالح ومن ثم تعيين المصلحة العامة، وفي سبيل ذلك، فإن السلطة التأسيسية قد تتدخل لتحديد بعض الغايات العامة. وقد يترك أمر تحديد الغايات للمشرع العادي، والذي يلتزم بدوره بالمبادئ الواردة في القواعد القانونية الأعلى مرتبة، والإدارة بدورها قد تحدد ببعض عناصر المصلحة العامة، وذلك في المجالات غير المحجوزة للمشرع².

وبالرغم من أن فكرة النظام العام والمصلحة العامة تصوران معانٍ مشتركة تدور في فلك واحد هو تحقيق الصالح العام للدولة والمجتمع في إطار من التنظيم، إلا أن الاتجاه الغالب يذهب إلى التمييز بين الفكرتين، إذ يرى أن النظام العام يعد عنصراً من فكرة أكثر اتساعاً وهي المصلحة العامة، بحيث تظل رعاية الصالح العام خارج نطاق الضبط. وبالتالي، يبقى الضبط مقتصرًا على رعاية النظام العام وحده، ذلك أن المصلحة العامة تنصرف إلى الغايات التي تسعى السلطة إلى تحقيقها من أجل خير ورفاهية المجتمع، بينما النظام العام يمثل طائفة من القواعد الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، والتي تشكل أسسه الحيوية³.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن تجسيد الفكرتين يختلف، بحيث نجد أن تدخل الدولة لتحقيق الصالح العام يعتمد بصفة أساسية على أساليب لا تتصل بالضبط والسلطة بقدر ما تتصل بإشباع الحاجات، تبدأ من الرقابة فالمساعدة فالالتزام وتبلغ ذروتها في أساليب المرفق العام، بينما يتحقق النظام العام خاصة بوسيلة الضبط الإداري ووسائل الضبط الأخرى المتباينة تبعاً

¹ - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 214-215.

² - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 09 وما يليها. وقد كرست هذا المعنى المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان الصادر في 26 أغسطس 1789 عقب الثورة الفرنسية حيث جاء فيها: "الناس يولدون ويظلون أحراراً متساويين في الحقوق ولا يجوز أن توجد فوارق اجتماعية إلا وفقاً للمصلحة العامة".

³ - تيورسي محمد، المرجع نفسه، ص 216

لتباين الزمان والمكان من جهة، ولتنوع الأنشطة والميادين من جهة أخرى¹.
والأكثر من ذلك، فإنه لا يجب التعسف في اللجوء لفكرة المصلحة العامة كمعيار للنظام العام، وتتاسي أنه داخل المجتمع توجد مصالح خاصة يجب حمايتها².
ففكرة المصلحة العامة التي تقوم عليها قواعد النظام العام، لم تعد تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة والمصالح العليا له (I)، بل امتدت إلى المجال الاقتصادي والاجتماعي، حيث أصبحت الدولة تلتزم أيضا بترقية الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد، وتتكفل بحماية الفئات الضعيفة (II).

I - المصلحة العليا للدولة

يقصد بالمصالح العامة والعليا للدولة، تلك التي تعني كل أفراد المجتمع، وتتمثل عموما في المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع؛ من حريات الأفراد، وتنظيم المصالح الإدارية، ونظام الحكم الذي يجسد في شكل قواعد دستورية أو قوانين مختلفة، مثل قانون العقوبات، وقانون الأسرة، وقانون المالية، وغيرها.

II - مصالح الفئات الخاصة

إن تطور المجتمع في الميدانيين الاقتصادي والاجتماعي على الخصوص دفع بالدولة إلى ضرورة التدخل لحماية مصالح بعض الفئات، كالعمال والمستأجرين والمستهلكين، وغيرهم من الفئات الضعيفة. وظاهر بداية من هذه المصالح أنها لا تهم المجتمع ككل، إلا أنها أصبحت جديرة بالحماية لاعتبارات عدة، أهمها: تزايد حاجيات الإنسان العصري نظرا للتقدم العلمي والاجتماعي، وكذا تزايد التفاوت بين رب العمل والعامل من جهة، وما بين المنتج والمستهلك من جهة أخرى. مما ترتب عنه رد فعل من قبل المعنيين أنفسهم، فتجمع الضعفاء للدفاع عن مصالحهم من خلال مفاوضات جماعية؛ ومن قبل الدولة التي تدخلت عن طريق القوانين لحمايتهم. وقد أخذت هذه الحماية أشكالا جديدة تتمثل في تحديد مضمون بعض العقود من قبل القانون، وتعديلها عند الحاجة من قبل القاضي عوض إبطالها³.

¹ - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 216.

² - مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في العقد، المرجع السابق، ص 124.

³ - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 268.

ثانياً - فكرة المصلحة المعتبرة كمعيار للنظام العام الشرعي

لم يكن الإسلام ليضع المصلحة والملكية العامة في المقام الأول كما هو حال النظام الاشتراكي أو الاجتماعي مضحياً بذلك في سبيلها بالمصلحة أو الملكية الفردية. كما أنه لم يكن ليوافق الغرب الرأسمالي بإغراقه في الفردية مقدساً لسلطان الإرادة، ويطلق العنان للحرية والملكية الفردية مغفلاً الصالح العام، وإنما كان حريصاً كل الحرص على تحقيق التوازن بين المصلحة الجماعية والفردية على حد سواء، مع تقديم المصلحة العامة على الخاصة إذا اقتضى الأمر ذلك¹.

فالشريعة الإسلامية ليست شريعة وضعية حتى تتأثر بزمن أو بظروف معينة، أو أن تخضع للإرادة الإنسانية لما يوجه هذه من دوافع نفسية، ونوازع مختلفة، فهي ذات أصول سماوية، وهي شريعة الفطرة، حيث أن مبادئها، وأصولها تتفق ومقتضى الفطرة الإنسانية التي فطر الله الناس عليها².

فقد شرعت مبدأ العدل، وإلى جانبه أقرت مبدأ الرحمة والإحسان لقوله تعالى: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى"³، وأوصت بالتسامح والعفو لقوله تعالى: "ولا تنسوا الفضل بينكم"⁴. وقوله عز وجل: "فمن عفا وأصلح فأجره على الله"⁵. ورفع الحرج لقوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج"⁶، وقوله عز وجل: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"⁷. والتخفيف عن الناس عند الضرورة لقوله تعالى: "ولقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم

¹ - وردة مراح، المرجع السابق، ص 160.

² - لقد اختلف الفقهاء في تعريف الفطرة وهم بصدد تفسيرهم لقوله تعالى في الآية رقم 30 من سورة الروم: "فأقم وجهك للدين حنيفاً فطرة الله التي فطر الناس عليها". بين من يرى أن الفطرة في اللغة هي الخلقة، وتأسيساً على هذا المعنى اللغوي فالفطرة هي الخلقة والطبيعة التي خلق الله الناس عليها. وبين من يرى أنها هي الإسلام أو الدين الحق. في حين ذهب رأي ثالث إلى صحة الإطلاقين، لأنهما مرتبطان، فالفطرة هي الإسلام، والإسلام هو الفطرة، لأن الذي فطر هو الذي شرع، وشرع لما فطر. هشام عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، (دون تاريخ)، ص 83-84.

³ - سورة النحل، الآية 99.

⁴ - سورة البقرة، الآية 237.

⁵ - سورة الشورى، الآية رقم 99.

⁶ - سورة الحج، الآية 78.

⁷ - سورة البقرة، الآية رقم 185.

إليه" ¹، ونهت عن إتيان المنكرات، والمفاسد والأضرار لقوله تعالى: "وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعظكم تذكرون" ²، إلى غيرها من المبادئ التي لا يمكن لأي تشريع يراد به تحقيق صالح الأمم الاستغناء عنها.

وعلى هذا فالأحكام الشرعية لا يكتفي فيها أن تكون موافقة لظواهر النصوص أو لمقتضى القياس، بل لا بد أن تكون موافقة لمقصد الشارع، فقد شرعت الأسباب لأجل مسبباتها، أو بعبارة أخرى شرعت التصرفات لأجل غاية أساسية قصدتها من ورائها حتى إذا لم تحقق غاياتها لم تشرع. وفي هذا يقول العز ابن عبد السلام: "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل" ³.

وفي هذا المعنى أيضا يقول الإمام الشاطبي: "...أما الدنيوية - أي المصالح الدنيوية - فإن الأعمال إذا تأملتها مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في مآلات الأفعال" ⁴.

فالنظر في مآلات الأفعال مطلوب شرعا، وهو أصل من الأصول التشريعية، ويتعين على المجتهد في التشريع الاجتهادي أن يكيف الفعل بالمشروعية أو عدمها على ضوء من تلك المآلات متبعا في ذلك سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام دون أن يبحث في الظروف الشخصية لكل فاعل على حدة. بالإضافة إلى أنه يقيد المطلق ويخصص العام تحقيقا لمقصد الشارع، لأن الأحكام الشرعية لا تؤدي دائما وفي جميع الظروف إلى الغاية التي شرعت من أجلها، حيث أنه لا يمكن أن تجد مصلحة خالية من مفسدة، أو مفسدة لا تتطوي على مصلحة، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "ليس في الدنيا محض مصلحة ولا محض مفسدة، والمقصود للشارع ما غلب منها" ⁵.

وعلى ذلك فكل فعل يفضي قطعا أو ظنا، أو في الكثير غير الغالب إلى غير الغاية التي شرع من أجلها أي إلى مآل هو مفسدة راجحة أو مساوية للمصلحة التي شرع من أجلها لم

1 - سورة البقرة، الآية 237.

2 - سورة النحل، الآية 90.

3 - العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، الجزء 02، المرجع السابق، ص 161 - 162.

4 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 04، المرجع السابق، ص 195.

5 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 27.

يبقى مشروعاً، وسواء كان ذلك بقصد من الفاعل، أو بغير قصد منه، لأن العبرة في تكييف الفعل هي النتيجة، وهي هنا مناقضة لمقصد الشارع.

وهكذا فمن خلال الاستقراء الكلي لأحكام الشريعة الإسلامية، يظهر أن تحقيق المصالح الكلية يعتبر الغاية الأساسية التي يجب أن تستهدفها كافة الأنشطة والقواعد في النظام القانوني الإسلامي. وفي هذا الخصوص يقول العلامة ابن القيم: "إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم على مصالح العباد في المعاش أي في الحاضر والمعاد أي في المستقبل وهي عدل كلها ورحمة...، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل"¹.

وعليه فمع التسليم - انطلاقاً من تتبع علماء الأصول للأحكام الشرعية ومن استقراء علما وحكما - بأن المقصد العام للتشريع الإسلامي هو تحقيق مصالح الناس - بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم - . وأن النظام العام الشرعي ليس إلا حالة عامة تطلق على المقاصد الضرورية للشريعة في مجملها². فإن تفصيل ذلك يستوجب بداية تحديد مفهوم المصلحة المعتبرة (I)، ثم بيان أقسامها أو بتعبير أدق مراتبها (II)، ثم عرض ضوابطها (III).

I - تحديد مفهوم المصلحة المعتبرة

إن النظام العام الشرعي وهو يهدف في أسمى مراميهِ إلى حماية المصالح العليا في المجتمع، بما يضعه من قيود على حرية إبرام العقود. فإن معياره في ذلك المصلحة الشرعية المعتبرة، أي المصلحة الثابتة بالشرع والمحددة في ضوء أدلته وقواعده وضوابطه وحدوده. ذلك أن المصلحة لو لم تتحدد وتبين بالشرع، لتعطلت فعلا مصالح الناس ولاضطرب نظامهم الاجتماعي والحياتي ولأختل معاشهم ومعادهم، وذلك لأن النفوس مختلفة، والعقول مضطربة، والغرائز متداخلة، والمنافع متزاحمة، والمفاسد متعاظمة، بل إن الشخص الواحد لتتضارب المصالح عنده في آن واحد، فكيف بالأزمة المختلفة والمواضع المتعددة، ولكافة الإنسانية في ضخامة أحداثها وتعاقب حضاراتها واختلاف بيئاتها وشهواتها وتعدد مذاهبها، وتنوع تقاليدها مما يدعو إلى ضبط قانون المصالح بشرع الله الحكيم³، "ألا يعلم من خلق وهو اللطيف

¹ - ابن القيم، إعلام الموقعين، الجزء 03، المرجع السابق، ص 27.

² - عليان بوزيان، المرجع السابق، ص 32.

³ - نور الدين مختار الخادمي، المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، دار ابن حزم، الطبعة 01،

الخبير"¹.

والمصلحة التي تحددت وتبيّنت بالشرع هي ماتسمى بالمصلحة المعتبرة، وخلافها المصلحة الملغاة، هذه الأخيرة قد يكون الظاهر منها الصلاح والنفع والخير، ولكن بعد البحث والنظر والاجتهاد الأصيل، يتبيّن فسادها وضررها، ويظهر هلاكها وخطرها. وليس الحكم على هذه المصلحة بالإلغاء إلاّ لأنّها في نظر الشرع كذلك، وإن بدت مناسبتها ومنطقيتها ومعقوليتها في بعض العقول والأفهام، لأنها مفوتة لمصالح أهم منها أو مساوية لها، أو جالبة لمفاسد أعظم وأخطر منها، أو لأنها مقدمة لنفع خاص أو ظرفي أو ضئيل على نفع عام أو دائم أو كثير، أو لأنها جالبة لمصلحة دنيوية على حساب مصلحة أخروية².

وهكذا فإنّ أموراً قد تعد لدى الناس مصلحة ولكنها لدى الشارع مفسدة، فقد كان العرب مثلاً قبل الإسلام يرون المصلحة في وأد البنات، ولم يكونوا يرون في شرب الخمر مفسدة، ولذلك حرص الإمام الغزالي على التفرقة بين مقاصد الشرع ومقاصد الخلق، وقرر أن المحافظة على الأولى وإن خالفت الثانية هي المصلحة الشرعية التي يجب العمل على تحصيلها إبقاءً وحفظاً باعتبارها أولى المصالح بالرعاية والاهتمام في منظور الشارع. وهذا ما يظهر جلياً في تعريفه للمصلحة بأنها: "المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: هو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"³.

في حين عرف الفخر الرازي المصلحة بأنها: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ الضرورات الخمس". والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة لها ودفع الألم أو ما كان وسيلة له، وتعبير آخر هي: اللذة تحصيلاً أو إبقاءً. فالمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة، والمراد بالإبقاء الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها"⁴.

ويقول نجم الدين الطوفي: "هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع بدفع المفاسد عن

= = 2010، ص 07.

¹ - سورة تبارك، الآية 14.

² - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 07.

³ - أبو حامد الغزالي، المستصفى، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 140.

⁴ - الفخر الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق: طه جار العلواني، الجزء الثاني، الرياض، جامعة الإمام محمد بن

سعود، الطبعة الأولى، 1980، ص 218.

الخلق"¹.

والمصلحة التي عرفها الغزالي والرازي كما سبق، يشترط فيها شرط في بناء الأحكام عليها، وهي أن تكون المصلحة مقصودة للشارع. أما المصلحة التي قصدها الخلق فهي غير معتبرة لأنها مبنية على الأهواء والشهوات، فمثلا وأد البنات في الجاهلية كان مصلحة في نظر الناس الموجودين في زمان الوأد، والمجتمع أقر هذا الفعل لمصلحة هي دفع الفقر أو العار أو الخوف من وقوعه². وهذا مردود عند الله بقوله تعالى: "ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئا كبيرا"³.

ويذهب الدكتور حسين حامد حسان إلى أن: "الذي يؤخذ من تتبع كتب اللغة أن المصلحة تطلق بإطلاقين: الأول أن المصلحة كالمنفعة لفظا ومعنى، فهي على هذا الإطلاق، إما مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، وإما اسم الواحدة من المصالح، كالمنفعة اسم الواحدة من المنافع. الثاني: تطلق المصلحة على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع، مجازا مرسلا، من باب إطلاق اسم المسبب على السبب، فقال إن التجارة مصلحة، وطلب العلم مصلحة، وذلك لأن التجارة وطلب العلم سبب المنافع المادية والمعنوية.

والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة فهما نقيضان لا يجتمعان، كما أن النفع نقيض الضرر. والمناسبة بين معنى المصلحة لغة و معناها شرعا مناسبة واضحة، تظهر عند تعريف المصلحة عند أهل الشرع. أما المنفعة فقد عرفها البعض بأنها اللذة تحصيلاً أو إبقاء. والمراد بالتحصيل جلب اللذة، والمراد بالإبقاء المحافظة عليها"⁴.

وعليه فبحسب استقراء علماء الأصول، فإن مقاصد الشريعة إجمالاً عائدة إلى تحقيق المصالح بجلب المنافع ودرأ المفساد، وهذا ما عبّر عنه العز بن عبد السلام بقوله: "ولو تتبعنا مقاصد ما في الكتاب والسنة لعلمنا أن الله أمر بكل خير، دقه وجله، وزجر عن كل شر دقه وجله، فإن الخير يعبر به عن جلب المصالح ودرأ المفساد". ثم يقول: "فالشريعة كلها مصالح: إما تدرا مفساد أو تجلب مصالح". ومن عباراته أيضا: "التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد

1 - أورد هذا التعريف: زهر الدين عبد الرحمن هاشم، مقاصد البيوع وطرق إثباتها في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 38-39.

2 - رمضان عبد الودود عبد التواب، التعليل بالمصلحة عند الأصوليين، دار الهدى، القاهرة، 1986، ص 15.

3 - سورة الإسراء، الآية 31.

4 - حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبى، القاهرة، 1981، ص 03-04.

في دنياهم وأخراهم، والله غني عن عبادة الكل، لا تتفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين". ويقول أيضا: "اعلم أن الله لم يشرع حكما من أحكامه إلا لمصلحة عاجلة أو آجلة، أو عاجلة وآجلة تفضلا منه على عباده..."¹. ويقول ابن تيمية: "أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها". كما يقول أيضا: "إن الله لم يأمرنا إلا بما فيه صلاحنا، ولم ينهنا إلا عما فيه فسادنا..".

ويقول الإمام الشاطبي "فمصالح الدين والدنيا جميعا مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة فإذا انخرمت لم يبق للدنيا وجود بالنظر إلى ما هو خاص بالمكلف والتكليف وكذلك الأمور الأخروية لا قيام لها إلا بذلك"². ويقول الشيخ مصطفى الزرقا: "المقاصد هي صيانة الأركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية، ثم ضمان ما سواها من الأمور التي تحتاج إليها الحياة الصالحة مما دون تلك الأركان الضرورية في أهميتها"³.

ويقول الإمام أبو زهرة: "المقاصد هي حفظ الشارع على الخلق دينهم، وأنفسهم، وعقولهم ونسلهم، وأموالهم، وكل ما يتضمن حفظ الأصول الخمسة بجلب المصلحة لها، ودفع الضرر عنها"⁴. ومقصود ذلك أن غاية فكرة النظام العام هي حماية مصالح وقيم الجماعة، وهو الأمر الذي تشترك فيه الشريعة مع القانون وان اختلفا في مضمون المصلحة وفي معيار الترجيح عند تزامم المصالح⁵.

ويقول ابن القيم كما سبق بيانه أن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد"، ويقول أيضا: "فان الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط والعدل الذي قامت به السموات والأرض، فإذا ظهرت أمارات الحق، وقامت أدلة العقل، وأسفر صبحه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وأماراته في نوع واحد وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر، بل بين بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة الحق والعدل وقيام الناس بالقسط، فأبي طريق استخراج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها، والطرق أسباب ووسائل لا تتراد لذواتها،

¹ - ينظر إلى هذه الأقوال الإمام العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، المرجع السابق، ص73.

² - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص02.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة التاسعة، 1968، ص92.

⁴ - محمد أبو زهرة، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص270.

⁵ - عليان بوزيان، المرجع السابق، ص30.

وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد.¹

نستخلص مما سبق أن إطلاقات الأصوليين للمصلحة يمكن حصرها في ثلاث إطلاقات: على السبب المؤدي إلى مقصود الشارع، كما قال به الغزالي، وعلى نفس المقصود للشارع، وبه قال جمهور الأصوليين كالآمدي، وعلى اللذات والأفراح، وقال به العز بن عبد السلام.

وعليه فإن المصلحة هي المقاصد نفسها، أو بعبارة أخرى هي ما أراده الشارع من تشريع الحكم، فليس المقصد والمصلحة حلقتين مستقلتين عن بعضهما، بل هما حلقتان تتكرران فيما بينهما، ويعزز كل منهما الآخر، بشكل تكون فيه المصلحة المضمون الملموس للمقصد بقدر ما يكون المقصد الشكلي الكلي أو بتعبير آخر العام، وتعيّن المصلحة المقصد وتخصّصه.² وبالتالي يمكن القول بأن فكرة المصلحة المعتبرة في الفقه الإسلامي فكرة محورية وارتكازية في مقابلة فكرة النظام العام في القانون الوضعي بمدلوله السابق، وبالتالي تكون الفكرتين غايتين متقابلتين لكل من الشريعة والقانون.³

II - مراتب المصلحة المعتبرة

انتهينا مما سبق إلى أن المصلحة المعتبرة هي أهم الدعامات والركائز التي يقوم على أساسها النظام العام الشرعي، ويسعى لتحقيقها وحمايتها. ويقسم علماء الأصول المصلحة المعتبرة إلى ثلاثة أقسام: مصالح ضرورية (أ)، ومصالح حاجية (ب)، ومصالح تحسينية (ج).

أ- المصالح الضرورية

وهي تلك الأمور التي إذا قامت استقر نظام المجتمع وأمنه، وجرت المصالح الدينية والدنيوية على استقامة، وإذا اختلت اختل نظام المجتمع وأمنه، ولم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد واضطراب، وما يترتب على ذلك من ضياع للمصالح الدنيوية والأخروية.⁴ وقد شرع الإسلام لحفظ هذه الضروريات أحكاماً من ناحية إيجادها وأخرى لبقائها وهذه

¹ - ابن القيم ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة المدني، القاهرة، 1985، ص07.

² - محمد جمال باروت، وأحمد الريسوني، الاجتهاد بين النص والواقع، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 2002، ص 112.

³ - عليان بوزيان، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 01، المرجع السابق، ص 04.

الضروريات عند أغلبية علماء المقاصد خمسة هي: الدين، النفس، العقل، النسل والمال¹. ويذهب الدكتور أحمد الريسوني إلى القول: "إن أول من نص صراحة على انحصار الضروريات في خمس هو الإمام سيف الدين الآمدي في الإحكام، وبعده أخذ الأصوليون يصرحون بانحصارها في الأصول الخمسة، وإن الاستقراء دل على ذلك. مما يمكن القول معه أن المسألة فيها ما يشبه الإجماع"².

ب- المصالح الحاجية

هي الأمور التي تسهل على الناس حياتهم وترفع الحرج والمشقة عنهم بحيث لو اختلفت كلها أو بعضها لوقعوا في الحرج ولحققتهم المشقة من غير أن يختل نظام الحياة، فإن لم تراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح الضرورية، والحاجيات في حقيقة الأمر ترجع إلى تيسير التعامل بين الناس بأحكام تخفف المشقة وترفع الحرج وهي تجري في العبادات والمعاملات والعادات والعقوبات³.

وتعد الأمور الحاجية حائمة حول الضروريات الخمسة، وتميل بها إلى الاعتدال في الأمور، ورفع الحرج عن الناس، ومثال هذه الأمور: الرُّخْصُ المخففة، والتمتع بالمأكل، والمشرب، والمسكن، والملبس، والمركب، وإباحة التعامل بالقرض، والسلم، والمساقاة، والحكم بالقسامة، وضرب الدية على العاقلة، وتضمين الصنّاع... الخ⁴

وقد دل الشرع في نصوص عامة إلى ضرورة الالتفات إلى المصالح الحاجية لقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾⁵، وقوله أيضا: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ

¹ - ينظر في تفصيل مسألة مدى انحصار المقاصد الضرورية في خمس إلى: أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الرابعة، 1995، ص 59؛ جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 2001، ص 91؛ عبد السلام الرفعي، فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، دار إفريقيا الشرق، المغرب، 2004، ص 78؛ يوسف القرضاوي، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة القاهرة، الطبعة الأولى، 1991، ص 75.

² - أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المرجع السابق، ص 59.

³ - زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 394. و زكريا البري، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 132.

⁴ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 01، المرجع السابق، ص 05.

⁵ - سورة المائدة، الآية 06.

بِكُمْ الْعُسْرُ¹ .

و يشرح مصطفى سعد الحاجيات بأنها: "التي تكون حاجة الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط، فلو فانت هذه المصالح لم يضطرب حبل نظام الحياة، ولكن يقع الناس في عنت وحرَج"². وتأتي الحاجيات في المرتبة الثانية بعد الضروريات عند الدكتور الزحيلي وعرفها بأنها: "التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط، بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج، دون أن تختل الحياة وقد شرع الشارع لها أصناف المعاملات من بيع وشراء وإدارة واستئجار وأنواع الرخص من قصر الصلاة وجمعها للمسافر، وإباحة الفطر في رمضان للحامل والمرضع والمريض، وسقوط الصلاة عن الحائض والنفساء، والمسح على الخفين حضرا أو سفرا، وتسليط الولي على نكاح الصغيرة لحاجة اختيار الكفاء ونحوها"³.

ج- المصالح التحسينية

عرفها الإمام الغزالي بأنها: "مالا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير، ورعاية أحسن المناهج في العبادات والمعاملات". ويمثل لذلك بعدم أهلية العبد للشهادة مع قبول فتواه ويسوق تبريرات ذلك بقوله: "مثاله سلب العبد أهلية الشهادة مع قبول فتواه وروايته، من حيث أن العبد نازل القدر والرتبة، ضعيف الحال والمنزلة، باستخسار المالك إياه، فلا يليق بمنصبه التصدي للشهادة، أما سلب ولايته فهو في مرتبة الحاجات، لأن ذلك مناسب للمصلحة، إذ ولاية الأطفال تستدعي استغراقا وفراغا، والعبد مستغرق بالخدمة، فتفويض أمر الطفل إليه إضرار بالطفل. أما الشهادة فتتفق أحيانا، كالرواية والفتوى"⁴.

¹ - سورة البقرة، الآية 185.

² - مصطفى سعد الحسن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ، 1982، ص 553.

³ - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دمشق، دار الفكر، (دون تاريخ نشر)، ص 755 ويلاحظ هنا أن الدكتور وهبة الزحيلي قد أورد الحاجيات ضمن أقسام المصلحة المرسلة والتي عرفها: "بالمصلحة التي لم يشهد لها الشرع ببطلان ولا باعتبار"، كغيره من بعض علماء الأصول، غير أن الأمثلة التي أوردتها للتعريف بهذا القسم مثل قصر الصلاة وجمعها للمسافر وإباحة الفطر في رمضان للحامل والمرضع والمريض، وسقوط الصلاة عن الحائض والنفساء والمسح على الخفين حضرا أو سفرا، وهذه أحكام لا تدخل ضمن تعريف المصالح المرسلة، التي لم يشهد لها الشارع ببطلان ولا باعتبار معين، محمد الصايغ، المصلحة في الشريعة الإسلامية والفكر الغربي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2007، ص 48.

⁴ - الغزالي أبو حامد، المستصفى، الجزء 01، المرجع السابق، ص 290.

ويعرفها الشاطبي بقوله: "وأما التحسينات، فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المذنبات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق". ويمثل لها في العبادات بإزالة النجاسة، وستر العورة، وأخذ الزينة، والتقرب بالنوافل والتصدق وغيرها. وفي العادات كآداب الأكل والشرب، ومجانبة المآكل النجسات والمشارب المستخبثات، والإسراف والإقتار وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات، وفضل الماء والكأ، وسلب العبد منصب الشهادة والإمامة، وسلب المرأة منصب الإمامة، والنكاح نفسها. وفي الجنايات كمنع قتل الحر بالعبد، أو قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد.

ويختتم الشاطبي بالقول فهذه الأمور راجعة إلى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية، إذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضروري ولا حاجي، وإنما جرى مجرى التحسين والتزيين¹.

وهي الأمور التي تجمل بها الحياة وتكتمل، بحيث لو فقدت لا يختل نظام الحياة كما في الضروريات، ولا يلحقهم حرج ولا مشقة كما في الحاجيات ولكن تصبح حياتهم مستقبحة غير طيبة تستنكرها الفطرة السليمة، وهي ترجع في جملتها إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وتراها في كل أنواع التشريعات من عادات ومعاملات وعقوبات.

ومثال الأمور التحسينية: مختلف الطهارات، وستر العورة، وكآداب الأكل والشرب، والنهي عن الإسراف والإقتار في المتناولات وكالمنع من بيع النجاسات، ومنع قتل النساء والصبيان والشيوخ في الجهاد².

وعليه ومن خلال هذه التعريفات السابقة يمكن تلمس بعض عناصر الفرق الدقيق بين الحاجيات والتحسينات، وهو أن الحاجيات هي ما تكون ذات تأثير دائم في الحالة أو الواقعة أو المسائل التي لها علاقة بها. أما التحسينات فهي ما كان تأثيره مؤقتاً، فتسليط الولي في نكاح المرأة إذا كان له أثر دائم في الحياة الزوجية بدوامها كوجود عيب في الرجل لا يستوجب الفسخ، فإن هذا التسليط يكون من الحاجيات لمنع الضرر الدائم، أما إن كان لهذا التسليط أثر مؤقت، يحفظ للمرأة عزا أثناء مباشرة العقد، فإن هذا التسليط يصبح من التحسينات لمنع ضرر معنوي مؤقت³.

1 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 22، 23.

2 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 01، المرجع السابق، ص 05.

3 - محمد الصايغ، المرجع السابق، ص 54.

III - ضوابط المصلحة المعتبرة

تجب الإشارة بداية إلى مسألة في غاية الأهمية وهي أن المصلحة المعتبرة بحد ذاتها ليست دليلاً مستقلاً من الأدلة الشرعية شأنها كالكتاب والسنة والإجماع والقياس، حتى يصح بناء الأحكام الجزئية عليها وحدها كما قد يتصورها أي باحث. إنما هي معنى كلي استخلص من مجموع جزئيات الأحكام المأخوذ من أدلتها ومصادرها الشرعية، أي أن تتبع الأحكام الجزئية المختلفة يدل على وجود قدر كلي مشترك بينها، هو المقصد إلى مراعاة مصالح العباد في دنياهم وآخرتهم¹.

لأجل هذا كان لا بد لاعتبار المصلحة في التشريع من تقييدها بضوابط تحدد معناها الكلي من ناحية وتربطها بالأدلة التفصيلية للأحكام من ناحية أخرى، حتى يتم التطابق بذلك بين الكلي وجزئياته. ويمكن حصر هذه الضوابط كما حددها الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في: ضرورة اندراجها في مقاصد الشارع بداية، ثم عدم معارضتها للكتاب أو السنة أو القياس، وأخيراً عدم تفويتها لمصلحة أهم منها².

ثالثاً: مقارنة بين حقيقة المصلحة كمعيار للنظام العام في المنظورين الشرعي والقانوني

رغم اتفاق الفقه الإسلامي والوضعي حول ضرورة قيام النظام العام على حماية المصلحة العامة، إلا أنهما اختلفا بعد ذلك حول طبيعة المصلحة المبتغى حمايتها من خلال هذا النظام، بحيث نجد أن المصلحة في الفقه الإسلامي تتميز عن المصلحة في القانون الوضعي من عدة أوجه نجملها فيما يلي:

إن المصلحة في الإسلام مصدرها هدي الشرع الذي لا تتجاذبه أهواء النفس، ولا قصور العقل البشري الذي يتصف بمحدودية التفكير، وجهله بما صلح في الماضي، وما يصلح في الحاضر، وما سيصلح في المستقبل، وتأثره بمؤثرات البيئة وبواعث الهوى والأغراض الذاتية، مما جعله غير معصوم من الخطأ والزلل لقصوره وضعفه، وهذا ما تنزهت عنه المصلحة الشرعية، وامتازت به المصلحة القانونية³.

إن المصلحة والمفسدة في الإسلام ليستا محدودتين بالدنيا وحدها، بل باعتبار الدنيا

¹ - محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 127.

² - راجع في تفصيل ضوابط المصلحة المعتبرة: محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص 125 وما يليها.

³ - يوسف حامد العالم، المرجع السابق، ص 140.

والآخرة، مكانا وزمانا لجني ثمار الأعمال، إذ قد يترتب على عمل الإنسان مصلحة أو منفعة في الحياة الدنيا، كما قد يترتب عليه مصلحة أو منفعة في الآخرة وهو الثواب الأخروي، لقوله تعالى: " وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ"¹.

وكذلك بالنسبة للمفسدة، فقد يترتب على عمل الفرد مفسدة أو مضرّة في الحياة الدنيا، وقد يترتب عليه مفسدة أو مضرّة في الحياة الآخرة وهو العقاب الأخروي لقوله تعالى: " لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ"². وهذا بخلاف نظرة النظم القانونية لمفهوم المصلحة أو المفسدة، إذ حددتها بالأمر الديني مما جعلها محدودتين ونسبيتين، وتتغيران حتى في أسس وأصول قيامهما³.

إن المصلحة الشرعية إضافة إلى كونها لا تُحدُّ بالدنيا، فإنها لا تنحصر أيضا في اللذة المادية كما هو شأنها في القانون، إذ تعد تزكية الروح الإنسانية، وأداء الشعائر التعبدية، وتقوية الإيمان وتثبيته، وفي حصول هذا إشعار للمؤمن باللذة والسعادة الروحية، بغض النظر عن ثواب الآخرة، وهذا يشكل المصلحة المعنوية⁴.

وعليه فالمصلحة الشرعية لا تنحصر في اللذة المادية التي اقتصر عليها المصلحة القانونية، وإنما تتعدى حدود المادة في الدنيا لتصل إلى ما يتعلق بالمعنويات، والواقع أن المصلحة المعنوية أولى بالحفظ من المصلحة المادية، لما في تحقيق وحماية الأولى من تحقيق وحماية للثانية.

فتعد مصلحة الدين من أسمى المصالح التي يقوم على أساسها وحمايتها النظام العام الشرعي، فهي أساس ومقدمة وأصل كل المصالح الأخرى الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية والسياسية، ويجب المحافظة عليها - أي المصلحة الدينية - حتى ولو اقتضى الأمر التضحية بما سواها وإلغاء ما يعارضها من المصالح الأخرى. وهذا بخلاف ما ذهب إليه علماء الأخلاق والقانون والاجتماع، إذ يعملون على استغلال ما قد يكون من العوام من عقيدة دينية، فيستفيدون منها بفرض أفكارهم الخاصة وما يرونه من مصالح سياسية واجتماعية، ومثل ذلك ما كان يتبعه رجال الكنيسة في العصور الوسطى في أوروبا، وبعض الطوائف المنتسبة إلى الإسلام، والتي تتخذ

1 - سورة البقرة، الآية 201.

2 - سورة المائدة، الآية 41.

3 - يوسف حامد العالم، المرجع السابق، ص 140.

4 - محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، المرجع السابق، ص 67 وما يليها.

من الإسلام وسيلة لجلب مصالح الدنيا¹.

تتفرد الأحكام والقواعد المتعلقة بالنظام العام الشرعي عن الأحكام والقواعد المتعلقة بالنظام العام في الفقه الوضعي بأن في تطبيقها طاعة لأمر الله عز وجل، وطلب لرضوانه، وفوز بنعيمه الدائم في الآخرة، وليس طاعة لإرادة مخلوق. وهذه الميزة التي تختص بها الأحكام والقواعد الشرعية جعلتها أكثر عدالة، وأشد مطابقة لمكارم الأخلاق. فطاعة الخالق تكون أولى من طاعة المخلوق، وهذا ما دفع الكثير من الناس ليمتثلوا قوانين الشريعة الإسلامية، واحترام نظامها بباعث من أنفسهم، وإن أمنوا رقابة وعقوبة السلطان على مخالفتها، وهذا بخلاف باعث امتثال الناس للقواعد القانونية ومدى التزامهم أو عدم التزامهم بها في غياب الرقابة والعقوبة القانونية². وبهذه الخصائص التي امتازت بها المصلحة والقواعد المتعلقة بالنظام العام في المنظور الإسلامي عن المصلحة والقواعد المتعلقة بالنظام العام في المنظور الوضعي، يتبين سعة مضمون فكرة النظام العام الشرعي عن مضمون فكرة النظام العام في القانون، وذلك ما سيتضح أكثر عند التعرض لمصادرها وبعض التطبيقات العملية له.

المطلب الثاني

مصادر النظام العام في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

إن وضع قواعد قانونية متعلقة بالنظام العام من حيث الشكل والمضمون، ماهو في الحقيقة إلا تعبير عن الجانب الفني للسياسة القانونية، التي تعنى بوضع أنسب أدوات التقنية التشريعية لاحتواء المعطيات والحاجات والأهداف التي تسعى الدولة من خلال قواعد النظام العام إلى تحقيقها، بما تضيفه على هذه القواعد من قدسية، تتمتع حيال الأفراد المخاطبين بها بسلطان الأمر والنهي المصحوب دوماً بجزاء يوقع جراء المخالفة. فإذا كانت الدولة تهدف من خلال قواعد النظام العام إلى ضمان استقرار المجتمع وحماية مصالحه العليا، فإن وسيلتها الأولى في ذلك التشريع، باعتباره الآلية التي تسمح للدولة بالتعبير عن إرادتها تعبيراً دقيقاً، مما يؤدي إلى تلافي الكثير من الغموض والاضطراب³.

¹ - يوسف حامد العالم، المرجع السابق، ص 140.

² - محمد عمارة، معركة الإسلام وأصول الحكم، دار الشروق، 1989، ص 384.

³ - يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2012، ص

على أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا أن كل قواعد النظام العام هي قواعد ونصوص تشريعية، إذ من الصعب على المشرع أن يحدد ويقنن جميع الأوضاع التكليفية المرتبطة بالنظام العام، مما يعني فسح المجال أمام القاضي الذي يكون ملزم بتحديد دائرة النظام العام في حالة غموض النص التشريعي أو انعدامه.

وإذا كان هذا هو حال النظام العام الوضعي الذي تترواح مصدرته بين النص التشريعي واستلهام القاضي، فإن النظام العام الشرعي باعتباره حق الله تعالى، المتمثل في أحكامه الشرعية التي أرادها وطلبها من المكلفين، لأجل مصلحة أرادها سبحانه، إنما يجد مصدره في خطاب الله سبحانه وتعالى، سواء كان ذلك بطريقة النص القرآني الكريم، أو السنة النبوية، باعتبارها شارحة له، أو بواسطة الفقهاء والمجتهدين، ذلك أن المجتهد ما هو في حقيقة الأمر إلا مظهر للحكم، وكاشف له، ومبيّن لمقصد شريعة الله، وليس المجتهد واضعا للحكم ومنشئا له.

وعليه فإن لكل من النظام العام الوضعي والشرعي مصادره التي يستقي منها الأحكام المتعلقة به، على ما سيتم توضيحه في هذا المطلب، بداية بمصادر النظام العام في القانون الجزائري (الفرع الأول)، ثم مصادر النظام العام الشرعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مصادر النظام العام في القانون الجزائري

سبق القول عند معالجة تطور فكرة النظام العام¹، أن مجال هذا الأخير كان محدودا جدا في ظل المذهب الفردي، نظرا لأنه اصطدم بمقوم أساسي كان يقوم عليه المجتمع الليبرالي وهو حرية التعاقد، بحيث انحصرت فكرة النظام العام في أضيق الحدود فاسحة المجال للحرية والإرادة في إبرام وإنشاء العقود.

ومن هذا المنطلق فقد تولى المشرع عملية تحديد دائرة النظام العام وذلك من خلال تكييف مختلف النصوص القانونية، ما يعتبر منها من النظام العام وما لا يعتبر منه. ومن ثم تغدو القاعدة القانونية أهم مصدر من مصادر النظام العام، وهو ما يمكن تسميته نسبة إلى مصدرته بالنظام العام التشريعي (أولا). على أنه وفي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع تقع على القاضي مهمة تحديد دائرة النظام العام منعا لأي مساس به، وهو ما يمكن تسميته

¹ - راجع في تطور فكرة النظام العام الصفحة 17 وما يليها من هذه الرسالة.

بالنظام العام القضائي (ثانياً) .

أولاً: النظام العام التشريعي

إن فكرة النظام العام هي من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها، وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وهي تعتبر من أبرز الأمثلة على مرونة صياغة القواعد القانونية. ومن هنا يثار التساؤل حول علاقة فكرة النظام العام بالقاعدة القانونية ؟

فإذا كان القانون قواعد سلوك تقويمية، تقرر ما يجب أن يكون عليه سلوك الأشخاص داخل المجتمع، فإن قواعده لا تتوجه إلى الأفراد على سبيل النصح أو الترغيب التخيري، بل هي دوماً على سبيل التكليف والإلزام، وهذا ما أطلق عليه بعض الفقه المعاصر مصطلح التكليف الإقتضائي¹.

والحديث عن العلاقة بين النظام العام والقاعدة القانونية، يثير مسألتين: تتعلق الأولى بعلاقة النظام العام بالنصوص القانونية عامة (I). والثانية حول علاقة قواعد النظام العام بالقواعد الآمرة في القانون بصفة خاصة، فهل يتعلق الأمر بمفهوم واحد أم أن لكل مفهومه ونطاقه الخاص به (II).

I - علاقة فكرة النظام العام بالنصوص القانونية عامة

اختلف الفقه حول مدى حصر فكرة النظام العام في دائرة النصوص القانونية عامة، فذهب رأي من شراح القانون المدني الفرنسي، وهم فقهاء مدرسة الشرح على المتون، إلى الأخذ بظاهر النص، حيث رأوا بأن الاتفاقات تعد مخالفة للنظام العام إذا خالفت نصاً تشريعياً، فالفقيه كابتان² يرى أن المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي لا تتعرض لبطلان الاتفاقات المخالفة لقواعد النظام العام والآداب غير المنصوص عليها في القانون، ولكنه يسلم بأن هذه الاتفاقات باطلة بناء على نص المادة 1133 مدني فرنسي³.

¹ - استعمل هذا المصطلح الدكتور طارق البشري ويقصد به: "إلزام بفعل حتماً على سبيل الوجوب للأمر أو إلزام بترك حتماً على سبيل التحريم للنهي، باعتباره في الحالين خطاباً جازماً موجهاً للأفراد المخاطبين بأحكام القانون ممن لهم أهلية التصرف قانوناً، صادراً من قبل الدولة بمؤسساتها المختصة أو من قبل الجماعة". طارق البشري، المرجع السابق، ص 90.

² - H. CAPITANT, De la cause des obligations, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1927. n°107, p. 123.

مقتبس عن: أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 96.

³ - يقابل المادة 1133 مدني فرنسي، المادة 97 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه: "إذا التزم المتعاقد لسبب

في حين يذهب رأي ثالث إلى أن نطاق النظام العام يجاوز نصوص القانون، وأن الإتفاقات يمكن أن تقع باطلّة لمخالفتها للنظام العام دون أن تصطدم بنص معين في القانون. واستندوا في ذلك إلى نص المادة 1133 مدني فرنسي ذاتها التي قررت بطلان الاتفاق الذي يكون سببه مخالفا للقانون أو الآداب أو النظام العام، وقالوا أنه لو كان النظام العام لا يجاوز نطاقه القانون، لما كان هناك حاجة إلى ذكره إلى جانب القانون¹.

في حين ذهب رأي آخر إلى التسليم بأن فكرة النظام العام أوسع نطاقا من نصوص القانون، وأن هذه الفكرة متشابهة تماما مع فكرة الآداب العامة، وأنهما عبارتين مترادفتين ومتكاملتين، ذلك أن هذه الأخيرة ما هي إلا عنصر من عناصر النظام العام، فهي الجانب الخلفي له، ويترتب على مخالفتها البطلان².

II- علاقة قواعد النظام العام بالقواعد القانونية الآمرة

يتجه أغلب فقهاء القانون الخاص ويسايرهم في ذلك فقهاء القانون العام، إلى أن فكرة النظام العام إنما هي معيار للتمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملّة، فيذهب كل من الأستاذين السنهوري وأبو ستيت إلى أن القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها نهائيا، هي تلك المتعلقة بالنظام العام، أما القواعد التي يجوز مخالفتها فهي لا تتصل بالنظام العام، فالذي يميز بين النوعين هو مدى اتصال القاعدة بالنظام العام أو عدم اتصالها به³.

ومن هذا المنطلق فإن هذا الاتجاه الغالب يتعامل مع قواعد النظام العام بحكم صفتها الآمرة النهائية، التي لا تحتل خرقا أو مخالفة، نظرا لوثوق اتصالها بأسس نظام الدولة وصالحها الأعلى وكيان الجماعة وصالحها الكلي⁴.

وفي المقابل يرى جانب من الفقهاء أن القواعد الآمرة ليست كلها من النظام العام، في حين أن كل قواعد النظام العام هي قواعد آمرة. وهذا ما أكده الأستاذ سمير تناغو بقوله: "من المتصور أن تكون القاعدة آمرة بحسب المعيار الجامد دون أن تكون مع ذلك مرتبطة بالنظام

== غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا".

¹ - J.GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, Paris 1982. , Chr. p, 84.

² - G.RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 1949, pp.22 et s.

مقتبس عن: أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 98.

³ - السنهوري وحشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون أو أصول القانون، دار الفكر العربي، 1953، ص 179.

⁴ - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 98.

العام في المجتمع"¹.

فالقواعد الآمرة إذن ليست جميعها من النظام العام، وإنما منها ما يتوقف شأنه عند حد الأمر أو النهي المتضمن فيه، دون أن يكون معبرا عن أي من كليات الجماعة أو أصول ارتكاز الدولة، وإنما مقصد تشريعه تغليب بعض المصالح الخاصة على غيرها من نوعها نفسه².

فالقواعد التي تفرض - على سبيل المثال - شكلا معينا في التصرفات أو تلك المتعلقة بالولاية هي فعلا قواعد أمرة، غير أنها لا تتعلق بالنظام العام، الذي يقتصر على المسائل الضرورية للسير الحسن لمؤسسات المجتمع. فالغرض المتوخى في تلك الحالات هو حماية الأطراف، لا سيما وأن الجزاء المترتب على مخالفة هذه القواعد هو الإبطال الذي لا يتمسك به إلا الشخص المستفيد من الحماية المقررة. في حين أنه يترتب على مخالفة قواعد النظام العام البطلان المطلق والذي يتمسك به كل من له مصلحة، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارة الدفع به في أي مرحلة كان عليها النزاع³.

ويرى الأستاذ علي فيلالي أن هذا الرأي الأخير الذي يفرق داخل القواعد الآمرة بين ما يتعلق منها بالنظام العام وما لا يتعلق به يجانب الصواب، لأنه لا يأخذ في الحسبان تطور النظام العام ومفهومه. حيث لا نزاع في أن مضمون النظام العام وكذا المصلحة العامة التي يستند إليها، أصبح يشمل مصالح بعض الفئات الخاصة، فيحميها حفاظا على أمن واستقرار المجتمع. وحقته في ذلك أن النظام العام الاجتماعي يشمل مجاله حماية مصلحة العامل في علاقة العمل ومصلحة المستهلك في عقد الاستهلاك، وبصفة عامة مصلحة المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا، بالإضافة إلى أن النظام العام السياسي أو التقليدي ليس قاصرا على حماية الهيئات أو المؤسسات العمومية، بل يسعى أيضا إلى حماية العائلة باعتبارها الخلية المكونة للمجتمع⁴.

ويبرر الأستاذ علي فيلالي رأيه أيضا أن هناك خلط لدى هؤلاء الفقهاء بين مسألتين

¹ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 89. في نفس المعنى: حسن كبيرة، أصول القانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 1959، ص 96.

² - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 100.

³ - محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، (دون تاريخ نشر)، ص 29.

⁴ - علي فيلالي، مقدمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2005، هامش رقم 249، ص 104-105.

متباينتين وهما: تعريف القواعد الآمرة من جهة والجزاء المترتب على مخالفة القواعد القانونية من جهة ثانية، فتصنيف القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة يتم استنادا إلى ما إذا كانت القاعدة تسمح أو لا تسمح للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وقد يكون اتفاقهما هذا صحيحا أو باطلا حسب طبيعة القاعدة. وأما فيما يتعلق بطبيعة الجزاء الذي يترتب عند مخالفة القاعدة القانونية أيا كانت، فإنه ينصرف إلى التصرف في حد ذاته بغض النظر عن طبيعة القاعدة. كما أن احتجاج هؤلاء الفقهاء بطبيعة الجزاء - الإبطال - مناقض للطبيعة الآمرة للقاعدة، لأن الشخص الذي تقرر لصالحه حق الإبطال له أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه، وإذا فضل التنازل عن حقه في الإبطال، أو سقط ذلك الحق بالتقادم، فكيف نبرر الطبيعة الآمرة للقاعدة؟¹.

ثانيا: النظام العام القضائي²

إذا كانت فكرة النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور، فإنها تعتبر المنفذ الذي تلج من خلاله العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانوني كي تلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين. وفي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع تقع على القاضي مهمة تحقيق هذه الملائمة³.

فقد كان الرأي السائد في الماضي أن المشرع وحده هو الذي يتولى تحديد ما يعتبر من النظام العام، أما القاضي فلم يكن يعرف النظام العام إلا من خلال تطبيقه لنصوص القانون التي تحدد النظام العام سلفا وعلى سبيل الحصر. وحجة هذا الرأي أن النظام العام قيد على حرية الأفراد فهو استثناء من قاعدة سلطان الإرادة، ومن ثم يجب حصره سلفا في نطاق معين يرسمه القانون دون القاضي مخافة أن يتعسف هذا الأخير لو ترك له أمر تحديد ما يتعلق بالنظام العام⁴.

واستند هذا الرأي إلى ما ورد في نص المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي القائلة: " لا يجوز بمقتضى الاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب". وفسر هذا النص بأنه لا وجود لفكرة النظام العام والآداب خارج النصوص التشريعية، أي أنها فكرة جامدة

1 - علي فيلاي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، هامش رقم 249، ص 105.

2 - أو بعبارة أخرى؛ دور القاضي في حماية النظام العام.

3 - عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، المرجع السابق، ص 60.

4 - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 343.

مرتبطة في وجودها بوجود نصوص تشريعية تكرسها¹.

وهو المسلك الذي اعتمده بعض الاجتهادات القضائية المقارنة، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الفدرالية السويسرية في قرار لها صادر سنة 1957 حين اعتبرت أن النظام العام هو: " مجموعة القوانين والمراسيم والقرارات التي تشكل قانون الدولة الوضعي"².

وكذا محكمة التمييز البلجيكية في قرار لها صدر سنة 1948 جاء فيه أنه: " لا نظام عام سوى القانون المتعلق بالمصالح الأساسية للدولة أو المجتمع، أو الذي يحدد في القانون المدني الأسس القانونية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي في المجتمع. إلا أنها - أي المحكمة - تخلت عن هذا المفهوم الضيق الذي حصر مصدر النظام العام في القانون، وتبنت فيما أصدرته من قرارات حديثة مفهوماً أوسع لمصدر النظام العام، واعتبرته يتألف من الأسس القانونية الأساسية في المجتمع"³.

غير أن المستقر عليه فقها وقضاء حالياً أن المشرع ليس لوحده من يحدد ما يعتبر من النظام العام، بل أصبح القاضي يتدخل في هذا التحديد. ذلك أنه لو كان من الممكن أن يبين الشارع الحالات التي تمس النظام العام لكان من السهل عند قراءة نصوص القانون أن نضع قائمة بالحالات التي تتدخل فيها فكرة النظام العام. لكن الواقع يدل على استحالة ذلك، فالنظام العام فكرة تهدف إلى حماية النظام الاجتماعي من إرادة الأفراد، وكل من الاثنين متعدد الألوان متشعب الطرائق، ومن ثم لا يمكن التنبؤ بكل مظاهر إرادة الأفراد⁴.

وهكذا ففي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع بمقتضى نصوص يأخذ فيها مقتضى هذا التطور، تقع على القاضي مهمة تحقيق هذه الملائمة، فالقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذا النطاق، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة، ويتقيد بالنظم والآداب السائدة في عصره ونظم أمته الأساسية، ومصالحها العامة، ولا يعول على معتقداته وآرائه الخاصة⁵.

وفي هذا الاتجاه أيدت محكمة النقض الفرنسية القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الذي ورد فيه أنه: " استناداً إلى نص المادة 1133 من القانون المدني الذي يعتبر أن السبب غير

1 - سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 90.

2 - مقتبس عن: مصطفى العوجي، الجزء 01، المرجع السابق، ص 404.

3 - مقتبس عن: مصطفى العوجي، المرجع نفسه، ص 405-406.

4 - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 345.

5 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 439.

مشروع، عندما يخالف النظام العام، حتى ولو لم يُنص على هذا المنع بموجب القانون، وعليه اعتبر العقد موضوع النزاع المتعلق باستغلال المرضى من خلال اللجوء إلى دعاية مكثفة، وصفقات للتأثير على الجمهور باطلا لمخالفته النظام العام¹.

وهكذا فقد حاول الاجتهاد القضائي تحديد مدلول النظام العام، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان، وضرورات حماية المصلحة العامة، واحترام القوانين الإلزامية. ومما يلاحظ على هذا الاجتهاد أنه لم يخرج في عمومته عن الإطار الفقهي السابق بيانه، ويتجلى ذلك من خلال ما سنورده من أحكام وقرارات في ما يلي:

اعتبرت إحدى المحاكم الابتدائية اللبنانية في حكم صادر لها بتاريخ 11/05 /1979: "أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام، هي قواعد يُقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية، أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها. ولا يجوز أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حقت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، وذلك لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"².

واضح أن المحكمة تبنت في حكمها المفهوم الفقهي للنظام العام، ورغم تحديد هذا التعريف لطبيعة المصلحة المتعلقة بالنظام العام وهي " المصلحة العامة"، وقدمتها على المصلحة الخاصة، لمساسها بالنظام الأعلى للدولة، إلا أن قواعد النظام العام أعم من أن تقتصر على تحقيق وحماية المصالح السياسية، أو الاقتصادية، أو الاجتماعية الماسة بالنظام الأعلى لمجتمع، وتعلو على المصالح الفردية. إذ أنها - أي قواعد النظام العام - في الدول الإسلامية تعتبر المصالح الدينية والأخلاقية من أسمى أسسها وأهدافها، ومن أولى المصالح التي تسعى لتحقيقها وحمايتها.

كما ورد في حيثيات قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 17/01/1982 أن: " لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توفرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة..."³.

¹ - محكمة النقض الفرنسية، 1929/12/04، دالوز، 1949، ص 57.

² - مصطفى العوجي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 404

³ - مقتبس عن: بشير بلعيد، المرجع السابق، ص 79.

فالقاضي إذا، ملزم بالبحث عن مصدر النظام العام، وملزم بتحديد مفهومه بالنظر أولاً في القوانين التي لم يصفها المشرع بأنها تتعلق بالنظام العام ليقدر ما إذا كان بإمكانه أن يصفها بهذه الصفة باعتبار المصلحة التي تحميها، أو إلى النظام الذي يقرره. وفي حالة كونه لم يجد نصاً متصفاً بصفة النظام العام، أو من الممكن وصفه بهذه الصفة، يبحث عن المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي، والتي يمكن وصفها بأنها تتعلق بالنظام العام بالنظر إلى أهميتها في المحافظة على المصلحة العامة والفردية، سواء أكانت مصلحة إجتماعية أو أخلاقية أو سياسية أو اقتصادية أو مالية أو معنوية. فالقاضي بعمله هذا لا يخرج النظام العام، بل يبحث عنه ويستخرجه. هذا وللرأي العام السائد في مجتمع معين، تأثير على مفهوم النظام العام، ولا بد للقاضي أن يتأثر به أيضاً لأنه مرآة لمجتمعه¹.

ومن ثم فإن تدخل القاضي في تحديد دائرة النظام العام عند عدم وجود نص تشريعي، أو عند وجود النص دون تحديد مدى تعلقه بالنظام العام، لم يعد في الوقت الحالي محل تشكيك. ومن قبيل تدخل القاضي في التشريع الجزائري نجد المادة 112 من القانون المدني التي تنص على أن: "يؤول الشك في مصلحة المدين... غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى". فهذه المادة مثلها مثل المواد 40، و121، و124 من القانون المدني قد اكتفت بذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى إمكانية أو عدم إمكانية مخالفته، لذا يتولى القاضي تكليف مثل هذه النصوص معتمداً في تقديره على الغرض من الحكم، فإذا تبين له أنه يتعلق بمصلحة عامة كيفه على أنه من النظام العام ولا يمكن حينئذ مخالفته².

وتجب الإشارة إلى أن بت القاضي فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو الآداب، هي مسألة قانونية ومن ثم تخضع لرقابة المحكمة العليا³.

وهكذا فقد انتهينا من خلال هذا الفرع إلى أن النظام العام الوضعي يجد مصدره أساساً في نصوص القانون، فهو نظام عام تشريعي بالدرجة الأولى، غير أنه وفي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع، تقع على القاضي هذه المهمة. وسنحاول في الفرع الموالي بحث مصادر النظام العام الشرعي، مع عقد مقارنة حول مصدرية كل من النظامين.

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 406-407.

² - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 272.

³ - حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 40.

الفرع الثاني

مصادر النظام العام الشرعي

إن فكرة النظام العام الشرعي باعتبارها حق الله تعالى المتمثل في أحكامه الشرعية التي أرادها وطلبها من المكلفين، لأجل مصلحة أرادها سبحانه، ينبغي أن تستند إلى أصول تشريعية سماوية مستقرة في كتاب الله وسنة رسوله، تمتاز بالثبات والخلود في أصولها العامة، ومتطورة بحسب متطلبات كل زمان ومكان فيما لم يرد فيه نص، أو ورد فيه نص بصيغة عامة ومجملّة ويحتاج إلى تخصيص وبيان لضبط وتنظيم كل ما يطرأ من النوازل والمستجدات، وذلك كالطرق، والوسائل، والتنظيمات المتبعة والمستعملة لتطبيق فكرة النظام العام وضمان استقرارها في المجتمع الإسلامي، مع مراعاة في كل ذلك عدم المساس بثبات النصوص وأصولها، وكل ما يتعلق بالأمور الضرورية والحاجية.

و هذا ما أصله النبي صلى الله عليه وسلم حين أراد أن يبعث الصحابي الجليل معاذ بن جبل إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال أقض بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله، قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلوأ فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله"¹.

وتأسيساً على ذلك، فإن التعرف على مصادر النظام العام الشرعي أو الأحكام الشرعية المتعلقة به، إنما يتم بالبحث عن الأدلة التي أقامها الشارع لترشد المكلفين إليها، وتدلهم عليها، وتسمى هذه الأدلة لدى علماء أصول الفقه: بأصول الأحكام، أو المصادر الشرعية للأحكام، أو أدلة الأحكام، فهي أسماء مترادفة والمعنى واحد². والدليل في اصطلاح الأصوليين هو ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري³.

وتقسم الأدلة من جهة مدى الاتفاق والاختلاف في هذه الأدلة⁴ إلى أدلة متفق عليها وتشمل: القرآن، والسنة النبوية، والإجماع، والقياس. وأدلة مختلف فيها وهي: المصالح المرسلّة،

¹ - أخرجه الترمذي في سننه، سنن الترمذي، حديث رقم 3592.

² - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 147.

³ - الأمدي، المرجع السابق، جزء 13، ص 11.

⁴ - يقسم علماء الأصول الأدلة تقسيماً آخر، وهو من حيث رجوعها إلى النقل أو الرأي إلى أدلة نقلية وأخرى عقلية: فأما النقلية فهي الكتاب والسنة، ويلحق بهذا النوع الإجماع، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، وسميت كذلك لأنها راجعة إلى = =

والعرف، والاستحسان، وسد الذرائع، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابي¹.
وعليه فإن تحديد مصادر النظام العام الشرعي يتم بداية بالرجوع إلى المصادر الرئيسية من الأدلة المتفق عليها (أولاً)، ثم باقي الأدلة المختلف فيها بين الفقهاء (ثانياً)، وإلا فبما توحى إليه معاني الشريعة ومقاصدها العامة (ثالثاً). مما يدل على اختلاف مصدرية النظام العام الشرعي عن مصدرية النظام العام الوضعي (رابعاً).

أولاً: النظام العام الشرعي الثابت بالأدلة المتفق عليها

الأدلة المتفق على اعتبارها مصادر للأحكام الشرعية المتعلقة بالنظام العام الشرعي تتمثل كما سبق بيانه أعلاه في القرآن الكريم (I)، ثم السنة النبوية (II)، ثم الإجماع (III)، ثم القياس (IV).

I- القرآن الكريم ودلالته على النظام العام الشرعي

من الدلالات اللفظية على النظام العام في السياق القرآني دلالة المفسدة التي هي نقيض المصلحة، وهو إطلاق شرعي فقهي لدى علماء الشريعة على ما يخل بالنظام العام من مفسد هي نقيض المصالح. يقول سبحانه: "وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها و يهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد"². فقد نهى الشارع عن إتيان هذه المفسد الاقتصادية، لأن الله لا يحب الفساد بسبب ما فيه من خراب وتدمير للموارد والإمكانات التي أودعها في الكون قواماً لحياة البشر³.

ويؤكد السياق القرآني على دلالة أخرى من دلالات النظام العام الاقتصادي المتمثل في فساد الوزن والكيل والتعامل التجاري وميزان التبادل الاقتصادي، فيقول سبحانه: " فأوفوا الكيل والميزان ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها ذلكم خير لكم إن

= = التعبد بأمر منقول عن الشارع، لا نظر ولا رأي لأحد فيه. وأما الأدلة العقلية فهي التي ترجع إلى النظر و الرأي وهي: القياس، ويلحق به الاستحسان، والمصالح المرسله، والاستصحاب. وسميت كذلك لأن مردها إلى النظر والرأي، لا إلى أمر منقول عن الشارع؛ راجع: عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 149.

¹ - وفي الحقيقة فإن المتمتع في هذه الأدلة سواء المتفق عليها أو المختلف فيها يجد أنها ترجع كلها إلى مصدر واحد هو القرآن الكريم، فهو أصل الأصول، ومصدر المصادر، ومرجع الأدلة جميعاً؛ راجع: الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، جزء 03، ص 42-43.

² - سور البقرة، الآية رقم 205.

³ - الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الجزء 02، دار التونسية، تونس، 1984، ص 264، 269.

كنتم مؤمنين"¹. فهذه الآية ذات دلالة مصلحية للنظام العام في شقه الاقتصادي، لأنها ذات علاقة مباشرة برواج المعاملات التجارية في الأمة لاعتمادها على الثقة المتبادلة بين المتعاملين ويحصل ذلك بشيوع الأمانة في العقود والمعاملات².

إن اصطلاح المصلحة والمفسدة من خلال السياق القرآني، يكشف عن مصدرية أخرى للنظام العام الاجتماعي، فيقول سبحانه: "فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله إن كنتم مؤمنين"³. فاحترام النظام العام في الدولة فيما يسود علاقات الفرد مع المجتمع، أو علاقة المجتمع فيما بين أفرادها أو مع الدولة، هو طاعة الله ورسوله ودليل الإيمان الصادق، ومن ذلك أيضا رعاية شؤون الفرد والأسرة، والعلاقات الزوجية، يقول سبحانه: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما"⁴. فالحفاظ على وحدة الأسرة من التفكك والانهيار، يعتبر قاعدة إجتماعية كبيرة تتعلق بالمصالح العليا للدولة التي هي قواعد أساسية للنظام العام⁵.

ومن الدلالات اللفظية على النظام العام أيضا وجوب رعاية حقوق الله وحدوده يقول سبحانه: "تلك حدود الله فلا تقربوها"⁶، وهذه حدود الحرام. ويقول أيضا: "تلك حدود الله فلا تعتدوها"⁷، وهذه حدود الحلال⁸. فالحدود في لفظ الكتاب والسنة يراد بها كما يقول ابن تيمية الفصل بين الحلال والحرام⁹.

والآيات في هذا الصدد متعددة فمنها ما يتعلق بالطلاق، في قوله سبحانه: "ولا يحل لكم أن تأخذوا ما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليكم فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم

1 - سورة الأعراف، الآية رقم 85.

2 - عبد الله العنبي، المرجع السابق، ص 108.

3 - سورة الأنفال، الآية رقم 01.

4 - سورة النساء، الآية رقم 35.

5 - عبد الله العنبي، المرجع نفسه، ص 110.

6 - سورة البقرة، الآية 187.

7 - سورة البقرة، الآية 230.

8 - ابن القيم، إعلام الموقعين، الجزء 02، المرجع السابق، ص 29.

9 - أحمد تقي الدين ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء 28، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، (دون دار نشر)،

1995، ص 384.

الظالمون"¹. ومنها ما يتعلق بالميراث، لأن الله تولى توزيع أنصبة الميراث بنفسه، وبيّن من يستحق الميراث، ولم يترك ذلك للاجتهاد البشري، ولذلك نهى سبحانه وتعالى عن أي تغيير أو تعديل لهذه الأحكام، يقول سبحانه: "ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين"². فالآيتين السابقتين وغيرهما مما لم يتم ذكره، متفقة في معناها وهو وجوب المحافظة على حدود الله سبحانه وتعالى وحرمة تخطيها. وفي ذلك حفاظ على النظام العام.

II - دلالة السنة النبوية على النظام العام الشرعي

تنبؤاً السنة النبوية المشرفة، المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم، في مصادر النظام العام، والمقصود بها كل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول³ أو فعل⁴ أو تقرير⁵. وتقسّم السنة النبوية من حيث ثبوت روايتها عن النبي صلى الله عليه وسلم، إلى سنة متواترة⁶، وسنة آحاد⁷،...

1 - سورة البقرة، الآية رقم 229. يقول ابن القيم: "وتعدي حدود الله هو تحريم ما أحله، أو إباحة ما حرّمه، أو إسقاط ما أوجبه". أعلام الموقعين، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 348.

2 - سورة النساء، الآية رقم 14.

3 - السنة القولية هي الأحاديث التي قالها النبي صلى الله عليه وسلم في مختلف المناسبات، كقوله: "لا ضرر ولا ضرار"، وتجب الإشارة إلى أن أقوال النبي صلى الله عليه وسلم، إما أن تكون مصدراً للتشريع، إذا كان المقصود بها بيان الأحكام أو تشريعها، أما إذا كانت في أمور دنيوية لا علاقة لها بالتشريع، وليست مبنية على الوحي، فلا تكون دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية ولا يلزم اتباعها، ومن ذلك ما روي أنه صلى الله عليه وسلم رأى قوماً في المدينة يؤثرون النخل، فأشار عليهم بتركه، ففسد الثمر، فقال لهم أبروا انتم اعلم بأمر دنياكم. راجع: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة، 1987، ص 164-165.

4 - السنة الفعلية هي أفعاله صلى الله عليه وسلم، كأدائه الصلوات الخمس وأدائه مناسك الحج، وقضائه بشاهد واحد وبيمين المدعي.

5 - السنة التقريرية هي ما أقره الرسول صلى الله عليه وسلم مما صدر من بعض أصحابه من أقوال وأفعال، بسكوته وعدم إنكاره إياها أو بموافقتة وإظهار استحسانه لها.

6 - المتواتر من السنة هو ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم، ورواه عنه جمع يمتنع عادة تواطؤهم على الكذب، لكثرتهم وأمانتهم واختلاف وجهاتهم وبيئاتهم، ورواه عن هذا الجمع جمع مثله يؤمن اتفاقهم أيضاً على الكذب، وهكذا يروى من لكثرتهم وأمانتهم واختلاف وجهاتهم وبيئاتهم، ورواه عن هذا الجمع جمع مثله يؤمن اتفاقهم أيضاً على الكذب، وهكذا يروى من أول السند إلى منتهاه. راجع: محمد كمال الدين إمام، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 175.

7 - سنة الآحاد هي ما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم آحاد، فرد أو عدد يدخل في الآحاد لم يبلغ عددهم حد التواتر، ورواها عن هذا الراوي مثله، وهكذا إلى أن وصلت إلينا، بسند طبقاته آحاد لاجموع التواتر.

وبضيف الأحناف قسم آخر وهو المشهور¹.

وفيما يتعلق بمصطلح النظام العام فإنه لم ترد الإشارة إليه صراحة في السنة النبوية، ماعدا بعض الإشارات إلى المعنى اللغوي فقط، ولكن وردت بعض الدلالات اللفظية التي ينصرف مفهومها إلى النظام العام، ومن ذلك إطلاقات المصلحة أو الصالح العام، وحدود الله وحقوقه.

ففيما يتعلق بالصالح العام فقد حثت السنة النبوية على مسألة الخيرية في السلطة الحاكمة وفي المحكومين، حيث أكدت على أن الموائمة بين الفئتين في الدولة أمر أساسي وضروري لاستقرار أحكام النظام العام²، حيث يقول عليه الصلاة والسلام: "خيار أئمتكم الذين تحبونهم ويحبونكم، ويصلون عليكم وتصلون عليهم، وشرار أئمتكم الذين تبغضونهم ويبغضونكم، وتلعنونهم ويلعنونكم"³.

وباعتبار النظام العام الشرعي يتعلق بحقوق الله تعالى، فقد أكدت السنة النبوية، ماجاء به القرآن الكريم من رعاية لحقوق الله وحدوده ومحارمه، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودا فلا تتعدوها، وحرّم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها"⁴.

ومنه أيضا ما رواه النعمان بن البشير رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إن الحلال بيّن وإن الحرام بيّن، وبينهما أمور مشتبهات، لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه". إن دلالة الحديث واضحة على أن الله سبحانه، قد بيّن لعباده الحلال الذي لا شبهة

¹ - المشهور عند الأحناف يتوسط القسمين السابقين، ويقصد به تلك الأحاديث التي يكون راويها الأول فردا أو عددا يدخل في الأحاد، ولكن بعد هذه الطبقة الأولى حدث التواتر، حيث رواها عن هذا الراوي أو الرواة جمع عن جمع يبلغ حد التواتر. راجع: محمد كمال الدين إمام، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 159.

² - عبد الله العنبي، المرجع السابق، ص 120.

³ - حديث رواه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب خيار الأمة وشرارهم، رقم 65، حديث رقم 1855. ينظر؛ صحيح مسلم، تحقيق نظر بن محمد الفارياي أبو قتيبة، دار طيبة، 2006، ص 899.

⁴ - حديث رواه الدارقطني في سننه، كتاب الرضاع، حديث رقم 42. ينظر؛ سنن الدارقطني، دار ابن حزم، لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص 999-1000.

فيه، وحدود الحرام بيانا كاملا، ومن جملتهما تتشكل الأحكام المتعلقة بالنظام العام الشرعي¹. وفي مجال القيود التي يفرضها النظام العام الشرعي على حرية التعاقد-موضوع هذه الدراسة-، فإن السنة النبوية دلالتها واضحة أيضا على وضع إطار عام شرعي للجائز والمنهي عنه في هذا المجال. ومن ذلك ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول: "إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"، فقيل يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنها تطلى بها السفن، وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: "لا، هو حرام"، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: "قاتل الله اليهود، إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها، جملوه ثم باعوه، فأكلوا ثمنه"². وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن بيع الحصة وعن بيع الغرر"³. وعنه أيضا: قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن بيعتين في بيعة"⁴. وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"⁵. وعن ابن عمر رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله عن النجش"⁶. وعن أبي هريرة أيضا رضي الله عنه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة

1 - عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 122-123.

2 - أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، رقم 112، حديث رقم 2236. ينظر؛ صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة الأولى، 2002، ص 533.؛ ورواه أيضا الإمام مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة، باب تحريم بيع الخمر، رقم 72، حديث رقم 1582. ينظر؛ صحيح مسلم، تحقيق نظر بن محمد الفارياي أبو قتيبة، المرجع السابق، ص 742.

3 - أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، رقم 04، حديث رقم 1513. ينظر؛ صحيح مسلم، تحقيق نظر بن محمد الفارياي أبو قتيبة، المرجع السابق، ص 707.

4 - أخرجه الإمام الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، حديث رقم 1235، ينظر؛ سنن الترمذي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005، ص 378.

5 - أخرجه الإمام الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم 1238، وقال حديث حسن صحيح؛ ينظر؛ سنن الترمذي، المرجع السابق، ص 378.

6 - رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النجش، رقم 60، حديث رقم 2142. ينظر، صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 515. ورواه أيضا الإمام مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، رقم 13، حديث رقم 1516. ينظر؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 708.

والمناظرة¹.

III- دلالة الإجماع على النظام العام الشرعي

يقصد بالإجماع في اصطلاح الأصوليين: "اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي"². من خلال هذا التعريف فإنه يشترط في الاتفاق حتى يرقى إلى مرتبة الاجتهاد، أن يصدر بداية عن كل العلماء المجتهدين، ومن ثم فليس بإجماع اتفاق بعضهم، فلا يكفي إجماع أهل المدينة، أو إجماع طائفة معينة، ولا يشترط اتفاق المجتهدين في جميع العصور، بل يكفي اتفاق مجتهدي الأمة جميعهم في عصر من العصور³، ويجب أن يرد هذا الإجماع على مسألة اجتهادية، فقطعيات القرآن الكريم والسنة النبوية ليست مجالاً للاجتهاد⁴.

والإجماع متى انعقد بشروطه سالفة الذكر كان دليلاً قطعياً على المسألة المجمع عليها، وصار حجة شرعية ملزمة للمسلمين، ودليل ذلك قوله تعالى: "ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نولّه ما تولى ونصله جهنّم وساءت مصيراً"⁵. وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تجتمع أمتي على ضلالة"، وقوله أيضاً: "يد الله مع الجماعة ومن شذ في النار". فهذه الأحاديث وإن كانت خبر آحاد، إلا أن معناها متواتر، فتقيد القطع

¹ - أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع المناظرة، رقم 63، حديث رقم 2146. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 515. ورواه أيضاً الإمام مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمناظرة، رقم 01، حديث رقم 1511. ينظر؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 706. الملامسة: أن يقول بعثك ثوبي بثوبك ولا ينظر أحدهم إلى ثوب صاحبه بل يلمسه. وأما المناظرة: أن يندب كل واحد ثوبه إلى الآخر بدون نظر إليه، وسبب المنع في هذه، هو الجهل بالمبيع، والغرر، وكل منهما يبطل البيع.

² - محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1986، ص 151.

³ - يشترط بعض الأصوليين انقراض العصر أي موت المجتهدين الذين حصل بهم الإجماع مصرين على إجماعهم، إذ ربما يرجع بعضهم عن رأيه، وهذا رأي الحنابلة وبعض الشافعية. إلا أن الراجح عند جمهور الأصوليين هو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والمالكية والأشاعرة والمعتزلة، وهو عدم اشتراط موت المجتهدين وانقراض العصر، وإنما يشترط اتفاقهم فقط، فمتى ما حصل الاتفاق من مجتهدي العصر على حكم الحادثة فقد وجد الإجماع، ولزم اتباعه، ولم يعد قابل للنقض برجوع البعض عن رأيه، أو بظهور مجتهد آخر له رأي آخر. راجع: الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 189، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 181.

⁴ - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 165.

⁵ - سورة النساء، الآية رقم 115.

بأن ما تجتمع عليه الأمة هو الحق والصواب¹.

وعليه فمتى كان النظام العام على ما سبق بيانه، يتميز بكونه مجموعة من الأحكام والقواعد الموضوعية للمصالح العامة في الدولة، على سبيل الحتم والإلزام ولا يجوز مخالفتها، فهذه الميزات هي نفسها التي تتحلى بها القاعدة المجمع عليها - القاعدة الإجماعية - من اشتراكهما في موضوع الإلزام والوجوب في الإتيان والأمر، والترك والعقاب في التحريم والنهي². ومن ثم فالأحكام التي انعقد الإجماع بشأنها تعتبر بلا شك مصدر من مصادر النظام العام الشرعي وينبغي حينئذ مراعاتها.

ومن جملة الأحكام التي تجد مصدرها في الإجماع، توريث الجدة السدس، واشتراك الجدات إن كن أكثر من واحدة في هذا السدس³، وعدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، وحرمة شحوم الخنزير⁴، ومقاتلة مانعي الزكاة على عهد أبي بكر، وحرمة الربا في الأصناف الستة التي جاء بها الحديث الشريف. فهذه جميعاً أحكام أجمع عليها على عهد الصحابة مستندة إلى الكتاب أو السنة أو المصلحة، ومرفوع أمر حجيتها من الظنية إلى القطعية، بتلقي الصحابة لها إجماعاً، وعدم مخالفة أحد ممن جاء بعدهم لها، واستمرار المسلمين على العمل بها حتى وقتنا هذا⁵.

IV- دلالة القياس على النظام العام الشرعي

القياس في اصطلاح الأصوليين: "حمل فرع على أصل في حكم يجمع بينهما". أو هو: "إلحاق ما لم يرد فيه نص على حكمه بما ورد فيه نص على حكمه في الحكم، لاشتراكهما في علة ذلك الحكم"⁶.

فالقياس لا يثبت حكماً، وإنما يكشف عن حكم كان ثابتاً للمقيس من وقت ثبوته للمقيس

1 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 182.

2 - عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 132.

3 - مستند هذا الإجماع السنة النبوية لقوله صلى الله عليه وسلم: " اطعموا الجدات السدس".

4 - مستند هذا الإجماع القياس، بحيث تم قياس تحريم شحوم الخنزير على تحريم لحمه.

5 - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 175.

6 - ويظهر من هذه التعريفات أن للقياس أربعة أركان: الأصل: أي المقيس عليه، والفرع: وهو المراد إلحاقه بالأصل المقيس عليه، وحكم الأصل: وهو الوصف المقصود حمل الفرع عليه، والعلة: وهي الوصف الموجود في الأصل والذي من أجله شرع الحكم فيه، وبناء على وجوده في الفرع يراد تسويته بالأصل في هذا الحكم. راجع في هذه التعريفات وغيرها: الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 263؛ عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 194 - 195.

عليه لوجود علة الحكم فيه، كما هي موجودة في المقيس عليه. وغاية ما في الأمر أن ظهور الحكم في المقيس تأخر إلى أن كشف المجتهد عن وجود علة الحكم فيه. فالقياس مظهر للحكم، وليس مثبتاً له، وإن عمل المجتهد ينحصر في معرفة علة الحكم فيه وبيان اشتراك المقيس والمقيس عليه فيهما، فيظهر أن الحكم فيهما واحد¹.

وهكذا فمن خصائص القياس أن يكون له علة جامعة بين الفرع والأصل، ولا بد من أن تكون العلة مشتملة على المناسبة، أي أنه يحصل من ترتيب الحكم عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة، حيث أن المناسبة يقصد بها: "وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصوداً من شرع الحكم"².

فمتى ثبت أن مبحث المناسبة متعلق بترتيب الحكم على جلب مصلحة أو دفع مفسدة، فهذا من خصائص النظام العام نفسه، إذ أنه قائم على تطبيق حقوق الله المتعلق بها النفع العام للوصول إلى جلب المصلحة المبتغاة لكافة المجتمع ودفع المفساد عنهم³.

ومن أمثلة الأحكام المتعلقة بالنظام العام الشرعي التي تجد مصدرها في القياس، أن بيع الإنسان على بيع أخيه، أو الخطبة على خطبته منهي عنه شرعاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يخطب على خطبة أخيه، أو يبتاع على بيع أخيه حتى يذر"⁴.

فعلة هذا الحكم أن في هذا التصرف اعتداء على حق الغير، وإيذاء له وما يمكن أن ينجر عنه من عداوة وبغضاء. ومن ثم فإن استئجار الإنسان على استئجار أخيه واقعة لم يرد النص بحكمها، فتقاس على الواقعة الأولى لاشتراكهما في علة الحكم، وتسوى بها في هذا الحكم وهو النهي عنه⁵.

¹ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 195.

² - الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 270. وقال القرافي في تنقيح الفصول: "المناسبة ما تضمنت حصول مصلحة أو درأ مفسدة، فالأول كالغنى علة لوجوب الزكاة، والثاني كالإسكار علة لتحريم الخمر". ينظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص 391.

³ - عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 136.

⁴ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب "لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه"، حديث رقم 2139. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 514.

⁵ - عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 196-197.

ثانياً: النظام العام الشرعي الثابت بالأدلة المختلف فيها

إن الأحكام الشرعية المتعلقة بالنظام العام الشرعي، تجد دلالتها في تلك الأدلة المتفق عليها والتي سبق بيانها في النقطة السابقة، كما تجد دلالتها أيضاً في بعض الأدلة المختلف فيها والتي ترد في أصلها إلى الأصول الكلية، ومن أهمها: المصالح المرسله (I) وسد الذرائع (II)، والاستحسان (III)، والعرف (IV).

I- المصالح المرسله ودلالتها على النظام العام الشرعي

المصالح¹ عند الأصوليين ثلاث: منها ما شهد له الشرع بالاعتبار، وتسمى بالمصلحة المعتبرة، وهي ما اعتبرها الشارع، بأن شرّع لها الأحكام الموصلة إليها، كحفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال. وبجانب المصالح المعتبرة توجد مصلحة متوهمة غير حقيقية أو مرجوحة، أهدرها الشارع ولم يعتد بها بما شرعه من أحكام تدل على عدم اعتبارها، وهي ما يطلق عليها اسم المصلحة الملغاة².

وبجانب هاتين المصلحتين توجد مصالح لم ينص الشارع لا على اعتبارها ولا على إلغائها، وهذه هي المصالح المرسله عند الأصوليين حيث عبّروا عنها بقولهم: "هي عبارة عن المعاني التي يحصل من ربط الحكم بها وبنائها عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الخلق، ولم يقد دليل معين من قبل الشارع يدل على اعتبارها أو إلغائها"³.

يقول الإمام الشاطبي: "إن كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته: فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه، إذا كان الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها، ويدخل تحت هذا الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي"⁴.

وعليه فإذا طرأت مصلحة لم يرد في الشرع حكم خاص بها، وكانت ملائمة لتصرفات الشارع واتجاهه في رعاية المصالح، ولا تخالف حكماً من أحكامه، فمن السائغ إيجاد الحكم

¹ - راجع في تعريف المصلحة ومراتبها وضوابطها، الصفحة 47 وما يليها من هذه الرسالة.

² - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 237.

³ - أمير عبد العزيز، أصول الفقه الإسلامي، دار السلام، مصر، الطبعة الأولى، 1997، ص 478-479.

⁴ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 01، المرجع السابق، ص 39.

الذي يحقق هذه المصلحة، ولا يكون هذا افتتاتا على حق الشارع في التشريع ولا يدل على ترك الخالق لخلقه سدى، لأنه هو الذي أرشدنا إلى رعاية المصالح والأخذ بها¹.
فإذا تبين المقصود بالمصالح المرسلة، فإن العمل بأحكام النظام العام التي تجد مصدرها في هذه المصالح المرسلة، هو عمل في إطار مقاصد الشريعة وليس بخارج عنها أو عليها، وهذا ما أكده الشاطبي: "إن حاصل المصالح المرسلة أصلا يرجع إلى حفظ ضروري، ورفع حرج لازم في الدين، وأيضا مرجعها إلى حفظ الضروري من باب ما لم يتم الواجب إلا به..."².

فالحاصل أن ولي الأمر في الدولة المسلمة، ولتدبير شؤون الدولة وحفظ نظامها وأمنها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، يجد غايته في قواعد النظام العام الشرعي - التي تتضمن الأحكام والقواعد الثابتة بأدلة قطعية من القرآن والسنة أو الإجماع أو القياس، غير أن تطور المجتمع وظهور مستجدات ونوازل لم يرد بشأنها دليل قطعي من الأدلة السابقة، يفرض على ولي الأمر اللجوء إلى المصالح المرسلة، التي تعتبر مصدرا تشريعا خصبا للنظام العام، يسعف ولي الأمر في وضع قواعد وأحكام لمواجهة النوازل المستجدة دون الخروج على الثوابت ومبادئ الشريعة وأحكامها القطعية، فتكون حينئذ المصالح المرسلة مصدرا إضافيا من مصادر النظام العام تحمى من خلاله المصالح العامة في الدولة المسلمة³.

ومن أمثلة الأحكام المتعلقة بالنظام العام التي تجد مصدرها في المصالح المرسلة، أن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع. قال علي رضي الله عنه: "لا يصلح الناس إلا ذاك" ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ميسر الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الإستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقلل الاحتراز، وتنتظر الخيانة، فكانت المصلحة التضمين⁴.

¹ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 239.

² - الشاطبي، الإعتصام، الجزء الثاني، ضبط وتصحيح أحمد عبد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1988، ص 367.

³ - عبد الله العتبي، المرجع السابق، ص 143-144.

⁴ - الشاطبي، الإعتصام، الجزء الثاني المرجع نفسه، ص 356-357.

كما أن فقهاء الحنابلة قالوا بأن لولي الأمر أن يجبر المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه، وله أيضا أن يجبر الناس على العمل بأجر المثل إذا امتنعوا عن العمل في أعمالهم¹.

II- سد الذرائع ودلالته على النظام العام الشرعي

الذرائع هي الوسائل، والذريعة هي الطريقة أو الوسيلة إلى الشيء، سواء كان هذا الشيء مفسدة أو مصلحة، قولاً أو فعلاً. ولكن غلب إطلاق إسم الذرائع على الوسائل المفضية إلى المفساد، فإذا قيل: هذا من باب سد الذرائع، فمعنى ذلك أنه من باب منع الوسائل المؤدية إلى المفساد². وعبر عنها القرافي بقوله: "ما ظاهره الإباحة ويتوصل به إلى فعل محذور"³. أما الشاطبي فقال: "منع الجائز لئلا يتوصل به إلى الممنوع"⁴.

يتضح مما سبق أن الأفعال المؤدية إلى المفساد، إما أن تكون بذاتها فاسدة محرمة، وهذه لا تدخل في باب سد الذرائع، لأنها محرمة لذاتها. وإما أن تكون أفعال مباحة جائزة في أصلها ولكنها تقضي إلى مفساد، وهذه الأخيرة على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما كان إفضاؤه إلى المفسدة نادراً وقليلًا، فنكون مصلحته هي الراجحة، ومفسدته هي المرجوحة: كالنظر إلى المخطوبة، وزراعة العنب، فلا تمنع هذه الأفعال بحجة ما قد يترتب عليها من مفساد. أما **النوع الثاني:** ما كان إفضاؤه إلى المفسدة كثيراً، فمفسدته أرجح من مصلحته: كبيع السلاح في أوقات الفتن، وكإجارة العقار لمن يستعمله محرماً كاتخاذة محلاً للقمار. و**النوع الثالث:** ما يؤدي إلى المفسدة لاستعمال المكلف هذا النوع لغير ما وضع له فتحصل المفسدة: كمن يتوسل بالنكاح لغرض تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، وكمن يتوسل بالبيع للوصول إلى الربا⁵.

ولا خلاف بين الفقهاء حول النوع الأول، بل وقع الخلاف حول النوعين الثاني والثالث، فالمالكية والحنابلة منعوا هذه الأفعال، استناداً إلى أن قاعدة سد الذرائع تعتبر أصل قائم بذاته من أصول التشريع، ودليل معتبر من أدلة الأحكام. فما دام الفعل ذريعة إلى المفسدة الراجحة،

1 - ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 222.

2 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 245.

3 - القرافي، الفروق، الجزء 03، المرجع السابق، ص 266.

4 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 03، المرجع السابق، ص 257-258.

5 - عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 246.

والشريعة جاءت بمنع الفساد، فلا بد من منع هذه الأفعال بالنظر إلى مقاصدها وغاياتها ومآلاتها. وهذا ما أكده الإمام الشاطبي بقوله: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام والإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تتدفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية. وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة"¹.

وأما الشافعية والحنفية والظاهرية فقالوا بأن هذه الأفعال مباحة فلا تصير ممنوعة لاحتمال إفنائها للمفسدة. فهذه الاحتمالات قد تحصل وقد لا تحصل، فهي من قبيل الظن، والظن لا يغني عن الحق شيئاً².

وهكذا يظهر أن قاعدة سد الذرائع تهدف من خلال مفهومها إلى حماية مقاصد الشريعة ومبادئها العامة، ومن ثم فإنها تمنع أي تصرف من شأنه الإخلال بأحكام النظام العام بإعتبار هذه الأخيرة مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة³.

وفي هذا الصدد يقول ابن القيم: "لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تقضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها... فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تقضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، منعاً من أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراءً للنفوس به،

¹ - الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، الجزء 04، ص 194.

² - ومما يجب التنبيه إليه هنا أن ما نسب إلى الحنفية والشافعية من نفي القول بسد الذرائع إنما المراد منه عدم جعله أصلاً من الأصول المعتمدة في الاستدلال على الأحكام، فهم لا يرون سد الذرائع أصلاً قائماً بذاته مثلما اعتبرته المالكية والحنابلة بما هو عندهم داخل في الأصول المقررة عندهم كالقياس والاستحسان، ذلك أن الحنفية والشافعية لهم تطبيقات كثيرة في كتبهم تفيد قولهم بالمنع من الذرائع، والخلاف في ذلك من جهتين: الأولى، مقدار الاستناد إلى مقتضيات هذا الباب وما يؤول إليه من تطبيقات في مختلف الأحكام الشرعية، فالمالكية في ذلك أكثر تطبيقاً وإعمالاً لمقتضى هذا الأصل. والثانية، عدم اعتبار ذلك أصلاً من الأصول المستقلة المميزة عند الحنفية والشافعية، بخلاف المالكية والحنابلة، إذ جعلوه أصلاً مستقلاً من الأصول التي يستدل بها على الأحكام. أمير عبد العزيز، المرجع السابق، ص 486-487.

³ - عبد الله العتبي، المرجع السابق، ص 146.

وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء، بل سياسة الملوك تأبى ذلك..فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال، ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سدا الذرائع المفضية إلى المحرم بأن حرم ونهى عنها¹. فإذا ثبت أن فكرة النظام العام وهي مرنة بطبيعتها، يسعى ولي الأمر من خلالها إلى دفع كل ما فيه مفسدة، وجلب كل ما فيه مصلحة. فإن قاعدة سد الذرائع يمكنها أن تنشئ وتؤسس لمجموعة أحكام متعلقة بالنظام العام يستطيع ولي الأمر من خلالها أن يمنع بعض المباحات التي يتخذها الناس وسائل إلى المفاصد والإضرار بالمجتمع. وهذا الدفع للمفاصد هو في حد ذاته وجه من وجوه المصلحة، ويؤكد العلاقة الوطيدة بين قاعدة المصالح بوجه عام وقاعدة سد الذرائع، لتضحى هذه الأخيرة مستندا ومصدرا أكيدا من مصادر النظام العام الشرعي².

III- الاستحسان ودلالته على النظام العام الشرعي

الاستحسان في اللغة يعني: وجود الشيء حسنا. ويطلق أيضا على ما يهواه الإنسان، ويميل إليه وإن كان مستقبحا عند غيره. ومنه يقال: هذا مما استحسنته المسلمون، أي: مما عدوه حسنا³.

والاستحسان في اصطلاح الأصوليين: عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل انقح في عقله رجح لديه هذا العدول. فإذا عرضت واقعة ولم يرد نص بحكمها، وللنظر فيها وجهتان مختلفتان إحداها ظاهرة تقتضي حكما والأخرى خفية تقتضي حكما آخر، وقام بنفس المجتهد دليل رجح وجهة النظر الخفية، فعدل عن وجهة النظر الظاهرة، فهذا يسمى شرعا الاستحسان⁴.

وكذلك إذا عرضت للمجتهد مسألة تدرج تحت قاعدة عامة أو يتناولها أصل كلي، ووجد

¹ - ابن القيم، إعلام الموقعين، الجزء 03، المرجع السابق، ص 147.

² - عبد الله العتبي، المرجع السابق، ص 149.

³ - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء 04، المرجع السابق، ص 1189.

⁴ - ومثال ذلك: الحكم المقرر في الفقه الحنفي على أن الواقف إذا وقف أرضا زراعية يدخل حق المسيل وحق الشرب وحق المرور في الوقف تبعا بدون ذكرها استحسانا. والقياس أنها لا تدخل إلا بالنص عليها كالبيع، ووجه الاستحسان: أن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم، ولا يكون الانتفاع بالأرض الزراعية إلا بالشرب والمسيل والطريق، فتدخل في الوقف بدون ذكرها لأن المقصود لا يتحقق إلا بها كالإجارة. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، مصر، الطبعة الثامنة، (دون تاريخ نشر)، ص 79-80.

المجتهد دليلاً خاصاً يقتضي استثناء هذه الجزئية من الأصل الكلي، والعدول بها عن الحكم الثابت لنظائرها إلى حكم آخر للدليل الخاص الذي قام في نفسه، فهذا العدول الاستثنائي هو الاستحسان¹.

إن الإستحسان لا يقوم إلا على أدلة قوية من الكتاب أو السنة² أو الإجماع³ أو القياس، وغيرها من الأدلة الشرعية السابق بيانها، -وهو يهدف إلى العدول بحكم المسألة عن نظائرها واستثنائها بحكم خاص بها-، إنما جاء لرفع الحرج والمشقة، أو لتحقيق مصلحة مقصودة شرعاً ودفع مفسدة مقصود دفعها شرعاً أيضاً. وهذا هو عين ما تسعى إليه فكرة النظام العام الشرعي⁴.

وفي هذا المعنى يقول الإمام العز بن عبد السلام: "اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وأجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربي على تلك المصالح. وكذلك شرع لهم السعي في درء المفسدات في الدارين أو في إحداها تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منهما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربي على تلك المفسدات، وكل ذلك رحمة بعباده ونظر له ورفق، ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس، وذلك جار في العبادات والمعاضات وسائر التصرفات"⁵.

IV-العرف ودلالته على النظام العام الشرعي

العرف في اللغة: هو كل ما تعرفه النفوس وتطمئن إليه، ويأتي بمعنى الأمر المتتابع عليه⁶.

أما في اصطلاح الأصوليين: فالعرف ماشاع بين الناس واعتادوه من قول أو عمل،

¹ - من أمثلة الاستحسان الذي يقوم على استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، جواز وصية المحجور عليه لفسه في وجوه الخير، فقد جازت هذه الوصية استحساناً، وكذلك وقفه على نفسه جاز استحساناً، والقياس عدم الجواز. راجع: عبد الكريم = = زيدان، المرجع السابق، ص 231.

² - ومثاله أن الأصل الكلي يقضي ببطان بيع المعدم، ولكن استثنى بيع السلم: وهو بيع ما ليس عند الإنسان وقت العقد- بنص خاص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم".

³ - ومن الاستحسان الذي يقوم دليلاً على الإجماع: عقد الاستصناع، فهو جائز استحساناً، والقياس عدم جوازه لأنه عقد على معدم، وإنما جاز استثناء من القاعدة العامة، ووجه الاستحسان جريان التعامل به بين الناس دون إنكار.

⁴ - عبد الله العنيني، المرجع السابق، ص 156.

⁵ - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، الجزء 02، المرجع السابق، ص 138-168.

⁶ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 238-239.

وكان مستحسنًا مرغوبًا فيه. وهو والعادة بمعنى واحد عند الفقهاء فقولهم: هذا ثابت بالعرف والعادة لا يعني أن العادة عندهم غير العرف، وإنما هي نفسه، وإنما ذكرت للتأكيد لا للتأسيس¹.

وفي هذا يقول الغزالي: "العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول". ويذهب كثير من الفقهاء إلى اعتبار العرف، أي أنه دليل من الأدلة الشرعية، وواحد من الأصول التي يعتد بها في غير موضع النص، فإذا لم يكن ثمة نص من كتاب أو سنة، فلا جرم أن يكون العرف مصدرًا شرعيًا يركن إليه، وهو مصدر قد اعتبره الشرع وجعله أصلًا من الأصول التي يرجع إليها المسلمون في قضاياهم ومعاملاتهم².

والعرف في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتمدة، كالإجماع، والمصلحة المرسلّة، والذرائع. فمن العرف الراجع إلى الإجماع: الاستصناع، ودخول الحمامات، فقد جرى العرف بهما بلا إنكار، فيكون من قبيل الإجماع، والإجماع معتبر. ومن العرف ما يرجع إلى المصلحة المرسلّة، لأن العرف له سلطان على النفوس فمراعاته من باب التسهيل عليهم، ورفع الحرج عنهم، مادام العرف صالحًا لا فاسدًا³.

وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد، لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد دل على جريان المصالح على ذلك، لأن أصل التشريع سبب المصالح، والتشريع دائم كما تقدم فالمصالح كذلك، وهذا معنى اعتباره للعادات في التشريع"⁴.

ولما كانت أحكام النظام العام قوامها المصلحة، وثبتت كما سبق رعاية الشريعة للمصالح، التي تشمل ما ثبت بالنص، ومالم يرد فيه نص مما تعارف عليه الناس وكان محققًا لمصالحهم، فإن أحكام النظام العام الشرعي وهي تستهدف في مراميها جلب المصالح ودرء المفسدات، ستكون بلا شك مفنّرة وبحاجة إلى مجموعة الأعراف الصحيحة التي تعتبر منفذ إمداد لها بالواقع المعاش، ليتم المزج بينهما للخروج بقاعدة وحكم نظامي شرعي عام مستقى من واقع

1 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 252.

2 - حتى أن الحنفية قد نصوا على أن العرف العام يترك القياس به ويصلح مخصص للدليل الشرعي ومن أمثلة ذلك: عقود الاستصناع، والإجارة، والسلم، والمعاطاة، ودخول الحمام، والشرب من السقاء وغير ذلك من المعاملات.

3 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 255.

4 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 287.

الناس ولا يشكل عبئاً عليهم، بل يمثل مصالحهم التي عايشوها وكانت متوافقة مع الشرع فيقرها لهم ويؤطرها بإطاره العام الإلزامي الحتمي، وينظر إلى ما يأنفونه وتأباه طباعهم السوية الفطرية فيتناوله بالمنع والنهي والإبطال¹.

وتأكيداً لما سبق فقد أحال الشارع في مواضع عدة إلى العرف في مثل الأمور التي تتغير وتتبدل بتغير الأزمان والأماكن والأحوال². وهو ما عبّر عنه ابن القيم بقوله: "وهذا محض الفقه- يعني تغير الفتوى باختلاف العوائد- ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضر وأضل..³".

كما قد يكون العرف مفسراً لبعض قواعد النظام العام ومحدداً لمجالاتها ورأساً لحدودها، مما يكون مستنده الدليل النصي، وكان هذا الدليل مطلقاً غير مقيد وغير مضبوط بضابط⁴. حيث قرر العلماء أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف⁵.

هذا ويشترط في العرف الذي يرقى لدرجة الدليل الشرعي، ويصح من ثم أن يكون مصدراً من مصادر النظام العام الشرعي، أن لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة، وأن لا يفوت مصلحة معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة، كتعارف الخاطب على أن ما يقدمه إلى مخطوبته من ثياب ونحوها يعتبر هدية ولا يدخل في المهر، والشروط المقترنة بالعقود، فإن كان مخالفة للنص فلا عبرة به، كالتعامل بالربا، وإدارة الخمر في الولايم⁶.

كما يجب أن يكون العرف مطرداً أو غالباً، ومعنى الغلبة أن تكون أكثرية، بمعنى أنها لا تتخلف إلا قليلاً. كما يشترط أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه، كما إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق المتعاقدان صراحة على الأداء، أو كان العرف أن

1 - عبد الله العنبي، المرجع السابق، ص 151.

2 - وفي هذا يقول الإمام القرافي: "وعلى هذا القانون- أي مراعاة العرف- تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره، وهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح المبين...". الفروق، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 176.

3 - ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 87.

4 - عبد الله العنبي، المرجع نفسه، ص 152.

5 - الشاطبي، الموافقات، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 135.

6 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 256.

مصارييف تسجيل العقار على المشتري، واتفق الطرفان على جعلها على البائع. والقاعدة هنا: "ما يثبت بالعرف بدون ذكر، لا يثبت إذا نص على خلافه"¹.

ومهما يكن فإن العرف وإن اختلف الأصوليون حوله، يعد مصدرا من شأنه إغناء قواعد النظام العام، إلى جانب باقي الأدلة المختلف فيها والتي سبق ذكرها. ولما كانت مناهج العلماء في الاجتهاد والنظر، مختلفة ومتباينة بسبب الأصول الفقهية التي يرجع إليها كل واحد منهم، الأمر الذي يؤدي إلى الاختلاف في الأحكام الفقهية المتوصل إليها. وهذا الاختلاف وإن كان مشروعاً غير مذموم، إلا أنه قد تكتفه بعض المثالب، ولهذا السبب وغيره راح المحققون من فقهاء هذه الأمة يبحثون على مخارج تخفف من شدة الخلاف وتقلل من غلوائه².

فلاحظوا أن مراعاة مقاصد الشارع في التشريع هو مسلك ومنهج في غاية الأهمية. إذ تعد مقاصد الشريعة الإسلامية مصدر إغناء لقواعد النظام العام الشرعي، بالإضافة إلى مصادر النظام العام الشرعي سواء المتفق عليها أو المختلف فيها، وهذا ماسيتم تفصيله في النقطة الموالية.

ثالثاً: النظام العام الشرعي الثابت بالاستقراء من مقاصد الشريعة

لقد تعددت تعاريف المعاصرين للمقاصد الشرعية، فقد عرفها الإمام الطاهر بن عاشور بقوله: "مقاصد التشريع العامة هي: المعاني والأحكام الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة"³. كما عرفها علال الفاسي بقوله: "المراد بمقاصد الشريعة: الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من حكمها"⁴.

في حين عرفها أحمد الريسوني بقوله: "الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد"⁵.

وظاهر من خلال التأمل في هذه الأقوال، ومن الاستقراء وتتبع الأحكام المختلفة في الشريعة أن القصد الأصلي لها هو تحقيق مصالح العباد، وحفظ هذه المصالح ودفع الضرر

1 - العز بن عبد السلام، القواعد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 178.

2 - يحي سعيدي، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكفالة، باب الزوار، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012، ص 05.

3 - الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص 51.

4 - علال الفاسي، مقاصد الشريعة ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1993، ص 03.

5 - احمد الريسوني، المرجع السابق، ص 07.

عنهم. غير أن هذه المصالح ليست ما يراه الإنسان مصلحة له ودفعاً حسب هواه، وإنما المصلحة ما كانت في ميزان الشرع لا في ميزان الأهواء والشهوات، فالإنسان قد يرى - مدفوعاً بهواه - النافع ضاراً، والضار نافعا، متأثراً بشهواته النفسية واستشرافه إلى النفع العاجل اليسير، دون التفات إلى الضرر الآجل الجسيم¹.

وتنقسم هذه المقاصد الشرعية إلى أقسام عديدة، وباعتبارات مختلفة: فباعتبار مدى شمولها لمجالات التشريع وأبوابه تنقسم إلى مقاصد عامة؛ ومقاصد خاصة؛ ومقاصد جزئية². وباعتبار آثارها في قوام أمر الأمة تنقسم إلى ضروريات وحاجيات وكماليات. وباعتبار علاقتها بحظ المكلف تنقسم إلى مقاصد أصلية (I) وأخرى تبعية (II)، وهذه الأخيرة هي التي يمكن الانطلاق منها للتأصيل في ضوئها لفكرة النظام العام وعلاقتها بمقاصد الشريعة.

I - المقاصد الأصلية

وهي التي لا حظ للمكلف فيها، وهي مقاصد الشارع في الحفاظ على الضروريات الخمس. والمراد هنا بانعدام حظ المكلف فيها كون الشارع عندما وضعها وألزم بها المكلفين لم يراع في الإلزام بها مصالح الأفراد بالقصد الأول وإنما راعى فيها إقامة حياتهم واستقامتها بالقيام بالضروريات وحفظها، فانعدام حظ المكلف فيها منظور إليه من وجوه:

أحدها: أن الشارع قاصد إلى إقامة تلك المقاصد والحفاظ عليها سواء وافقت الحظوظ العاجلة للمكلف أم لم توافقها وان تبعها حظ المكلف **فبالتبع** لا أصالة.

والثاني: أنها راجعة إلى حفظ الضروريات التي لا تستقيم الحياة بدونها ولا غيرها؛ فتركها تجري على حظوظ المكلفين قد يؤدي إلى خرم الضروريات ومن ثم إلى فساد الحياة .

والثالث: أن المكلف مطالب بإيقاعها، سواء وافقت ميلاً نفسياً منه أم لم توافق، وسواء كان

¹ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 378.

² - فالمقاصد العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها أو في أنواع كثيرة منها: أوصاف الشريعة كالفطرة والسماحة واليسر ومقصدتها العام من جلب للمصالح ودفع للمفاسد وغيرها من الحكم المراعاة في كل أبواب الشريعة أوفي أكثرها كرفع الحرج وإزالة الضرر. وأما المقاصد الخاصة: والمعاني والحكم الملحوظة للشارع في باب من أبواب التشريع أو في جملة أبواب متجانسة كمقاصد الشارع في العقوبات أو المعاملات المالية أو في نظام الأسرة وغيرها. وأخيراً المقاصد الجزئية: وهي الحكم والأسرار التي راعاها الشارع عند كل حكم من أحكامه المتعلقة بالجزئيات. ينظر تفصيلاً أكثر: يوسف العالم، المقاصد العامة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص74.

في إيقاعها تحقيق حظ عاجل أم لم يكن فهو مطالب بها في كل الأحوال.¹

II- المقاصد التبعية

وهي المقاصد التي روعي فيها حظ المكلف بالقصد الثاني حيث يحصل له من جهتها مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات وسد الخلات، وجعل للإنسان فيها حرية الاختيار بين الفعل وعدمه وبين أنواع المشروعات ضمن حدود الشريعة وقوانينها. مما سبق يتضح أن العلاقة بين أحكام النظام العام الشرعي ومقاصد الشريعة علاقة جد وثيقة ومترابطة. ذلك أن أحكام الشريعة كما سبق معللة، وكل حكم من أحكامها يحمل في طياته مصلحة شرعية هي مقصود الحكم وغايته، والحكم هو مبعثها وسببها، والإخلال بهذه الأحكام ومخالفتها يؤدي إلى الإخلال بالمقاصد والمعاني التي رمى الشارع إلى تحقيقها بتلك الأحكام والتشريعات. وكذلك الحال بالنسبة لأحكام النظام العام، فهي مستقاة من الشريعة وقواعدها، وبالتالي تتعلق بالمقاصد الأساسية للتشريع الإسلامي، ومن ثم فمخالفتها يؤدي إلى ضياع مقاصد الشريعة.²

وفي هذا يقول الإمام القرافي: "إن الأوامر تتبع المصالح، كما أن النواهي تتبع المفساد، والمصلحة إن كانت في أدنى الرتب كان المرتب عليها الندب، وإن كانت في أعلى الرتب كان المرتب عليها الوجوب.. وكذلك نقول في المفسدة.. إذا تقرر ذلك علم أن المصلحة التي تصلح للندب لا تصلح للوجوب، لاسيما إذا كان الندب في الرتبة الدنيا فإن الشرع خصص المرتبة العليا من المصالح بالوجوب وحث عليها بالزواج، صونا لتلك المصلحة عن الضياع، كما خصص المفساد العظيمة بالزجر والوعيد، حسما لمادة الفساد عن الدخول في الوجود".³

ويضيف الشيخ القرضاوي لتعريف الغزالي للمصلحة فيقول: "نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم وعرضهم وأمنهم وحقوقهم وحررياتهم، إقامة العدل والتكافل في أمة نموذجية، وكل ما يبسر عليهم حياتهم، ويرفع الحرج عنهم، ويتم لهم مكارم الأخلاق، ويهديهم إلى التي هي أقوم

¹ - نعمان جعيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، دار النفائس الأردن، الطبعة 01، 2002، ص 34.

² - عبد الله العنبي، المرجع السابق، ص 163.

³ - القرافي، الفروق، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 94.

في الآداب والأعراف والنظم والمعاملات"¹.

رابعاً: مقارنة بين مصدرية النظام العام الشرعي والنظام العام الوضعي

إن الفقه الإسلامي ومهما اجتهد فيه لتخريج أحكام كلية وهو أهل لهذا التخريج، يرد دوماً ودائماً إلى القواعد المنزلة بالقرآن والسنة. ومن ثم فهو ينطوي على قطعيات، ليس لها نظير منهجي في الفكر الوضعي، ألا وهي القطعيات النصية الآنفه البيان. هذه القطعيات، ثابتة وقائمة دون إمكان التعديل أو التغيير، مهما استطال الزمن، ومهما تبدلت الأحوال ومهما تغيرت الأمكنة. وهو مستوى لا نظير له في فكرة النظام العام الوضعي. أما الأدلة الأخرى المختلف فيها، فهي أيضاً - وافتراقاً على حال النظام العام ومستوياته مردودة بالضرورة واللزوم إلى نصوص القرآن والسنة، أي إلى مرجعية إلهية خارجة عن الزمان والمكان والأحوال، ومن ثم يغدو ما قد يطرأ على هذه الأدلة، من تبدل أو تفرق من مذهب لآخر في خاصتها، إنما هو ترجيح لرأي على آخر مما تسعها جميعها النصوص المنزلة، أي يحتملها القصد الإلهي بأحكامه اللانهائية. وعليه يتمحور الافتراق في هذه الجزئية، حول نوع من الأبدية السرمدية، الذي تتسم به نصوص القرآن والسنة، أي النصوص المرجعية للنظام الإسلامي، مما تفتقر إليه أعلى النصوص في مدارج الشرعية الوضعية².

وهكذا وعلى الرغم من الاختلاف الواضح البين بين فكرة النظام العام الوضعي وفكرة النظام العام الشرعي من حيث مصدرية كل منهما، إلا أنهما تشتركان في بعض الأدوار الوظيفية، أي في غاية كل منهما، بحيث لا يختلف الفقه في أن الفكرتين تعتبران بمثابة الضابط أو الحد الذي يكبح جماح حرية التعاقد المتقلبة، ليوازن بين حقوق كل طرف من الأطراف المتعاقدة من جهة، وبين مصلحة هؤلاء الأطراف والمصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى. وهذا ما سنبسطه بالبحث في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

ماهية مبدأ حرية التعاقد في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

تقتضي حرية التعاقد أن يكون للأفراد حرية إبرام العقود، واشتراط الشروط، أو عدم ذلك

¹ - يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، 1421هـ، ص 91.

² - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 249.

الإبرام أو الاشتراط، وأن كل توافق إرادي تعاقدى أو اشتراطى يحدث بالتراضي في أي مظهر تعبيرى، تتفق عنه الإرادة الحرة في إطار قانوني أو في إطار شرعي هو عقد.

ومقتضى هذا المبدأ أن لا يكره الأفراد على إبرام العقود ولا على اشتراط الشروط، وألا يجبر المتعاقدون على إفراغ عقودهم في قوالب شكلية معينة، أو على التعبير عن إرادتهم بطرق خاصة، وأن لا تسلب قدرتهم على تعديل الالتزامات أو إنهاؤها إذا ما تراضوا على ذلك، واتخذوه سبيلا ولا على تحديد آثار العقود بالشروط، وألا يسلب أحد المتعاقدين ما للعقد من قوة تنفيذ إلزامية، كل ذلك في حدود أحكام القانون والشرع، ومراعاة الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية التعاقد والاشتراط في النظام القانوني الوضعي، والنظام الشرعي¹.

وهذا المفهوم العام الذي أصبح يعنيه مبدأ حرية التعاقد، لم يكن وليد الصدفة أو لحظة، وإنما هو نتاج مخاض زمني طويل عاشه هذا المبدأ، كنتيجة حتمية للتطورات التي عرفتتها المجتمعات نفسها، فمن نظام الرق، إلى الإقطاع، وصولاً إلى عصر تقديس إطلاق الحريات، وانتهاءً إلى تنظيم الحريات وضبط ممارستها، رحلة زمنية طويلة وشاقة مر بها هذا المبدأ في الأنظمة القانونية الوضعية.

وعلى صعيد الفقه الإسلامي يعتبر مبدأ حرية التعاقد أيضاً من المبادئ الأساسية، فهو يضرب بجذوره في أعماق التاريخ الإسلامي منذ فجر الدعوة وأصبح أصلاً من أصول الشريعة الإسلامية في نطاق المعاملات، ويكشف عن ذلك جملة النصوص القرآنية التي نهت عن أخذ أموال الناس إلا بالتراضي فيما بينهم كما حضت على الوفاء بالعقود وعدم التحلل مما عقده المرء على نفسه، وهو ما أكدت عليه السنة المطهرة في العديد من الأحاديث النبوية.

ومن ثم فإن تحديد ماهية مبدأ حرية التعاقد يحتم بداية رصد تطور هذا المبدأ في كل من النظام القانوني الوضعي والنظام الشرعي (المطلب الأول)، على أن تتبع هذا التطور سيكون له بلا شك بالغ الأثر في تحديد وضبط مفهوم مبدأ حرية التعاقد في هذين النظامين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطور مبدأ حرية التعاقد في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي

يستند مبدأ حرية التعاقد "principe de la liberté de contracter" إلى فكرة سلطان

¹ - هاشم عبد المقصود سعد، المرجع السابق، ص 64.

الإرادة l'autonomie de la volonté، حيث يشكل هذا المبدأ إحدى النتائج التي ترتبت مباشرة على دخول هذه الفكرة في فقه القانون المدني.

ولما كان المقصود بالإرادة هنا هو الإرادة الفردية، فالحديث عن فكرة سلطان الإرادة واستقلالها، أي مذهب الإرادة قد ارتبط بالحديث عن التطور التاريخي للفردية l'individualisme بوجه عام. فهي تشكل التعبير عن الفردية في نطاق القانون. لذا فقد تأثرت هذه الفكرة كثيرا بالفلسفات الفردية المتعاقبة خاصة في القرنين السابع عشر والثامن عشر¹. وسنحاول من خلال هذا الفرع تتبع أهم التطورات التي عرفها مبدأ حرية التعاقد، انطلاقاً من التشريعات القديمة وصولاً إلى التشريع الجزائري (الفرع الأول)، لنعرض بعده لتطور مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطور مبدأ حرية التعاقد في القانون الوضعي

لقد مر مبدأ حرية التعاقد في مختلف الشرائع الوضعية، - بدءاً من القانون الروماني وانتهاءً إلى القوانين الحديثة-، بمراحل تاريخية شاقة وطويلة استغرقت أكثر من ثمانية وعشرين قرناً، انعدمت في بعضها حرية التعاقد، ثم تجسدت وازدهرت في بعضها، لتعرف بعد ذلك الكثير من الحدود والتقييدات، ليعود بريقها من جديد. وعليه بعدما نستعرض تطور مبدأ حرية التعاقد في بعض القوانين القديمة كالقانون الروماني والقانون الكنسي (أولاً)، نعرض لدور الفقه الوضعي قديمه وحديثه في التأسيس والتنظير لمبدأ حرية التعاقد (ثانياً)، ولا يخفى ما لهذه القوانين القديمة المنقحة بآراء الفقه الحديثة، من أثر في تطور مبدأ حرية التعاقد في التشريع الجزائري (ثالثاً).

أولاً: تطور مبدأ حرية التعاقد في بعض القوانين القديمة

يعتبر القانونان الروماني والكنسي من أهم القوانين الوضعية القديمة التي كان لها بالغ الأثر في تطوير أهم مبادئ القانون الحديثة. ومن ثم يثور التساؤل ونحن بصدد دراسة تطور مبدأ حرية التعاقد حول الدور الذي لعبه كل من القانون الروماني (I). وكذا القانون الكنسي (II) في ظهور وإقرار هذا المبدأ .

¹ - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 11.

I- مبدأ حرية التعاقد في القانون الروماني¹

كان المجتمع الروماني مجتمعا زراعيا يخضع لتقاليد وطقوس في تصرفاته ومعاملاته، لم يستطع فيه الفرد أن يستقل بإرادته، ويقوم بالتصرفات القانونية التي يريد بحرية. فالإرادة كانت لا تكفي بذاتها لإنشاء تصرف قانوني وتحديد آثاره، فلا ينشأ هذا الأخير إلا بإتباع شكلية معينة حددها القانون. وآثار التصرف لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون، وقد أبرز القانون الروماني دور الشكلية في التصرف القانوني حيث قرر أن: " مجرد الإتفاق لا يولد إلتراما"² Ex nudo pacto actio non nascitur . فلم يكن بوسع العقاد أن يكتسب ملكية شيء إلا بعد اللجوء إلى إحدى الطرق الثلاث: طريقة التصرف بالسبيكة والميزان، والدعوى الصورية، والاشتراط الشفوي. ويؤكد ذلك قانون الألواح الإثنى عشر حيث ينص على أنه: " حينما يقوم الشخص بعمل عقد قرض، أو بعمل إتهاد، فإن ما أعلنه رسميا بلسانه يكون هو القانون"³.

ويعتبر عقد القرض nexum أول عقد شكلي ظهر عند الرومان، وأساس القوة الملزمة لهذا العقد يعود إلى ركنه المادي، وهو تسليم الشيء، مما جعل هذا العقد عقدا عينيا لا يتم إلا بالتسليم. ثم ظهر العقد الكتابي litteris والعقد الشفهي verbis. والأول كان يتم بكتابة مضمونه في دفتر الدائن، والثاني وصورته الرئيسية الاشتراط كان ينعقد على شكل سؤال وجواب يتبادلها طرفا العقد على نحو معين ونظام دقيق⁴.

على أنه بحلول القرن الثاني قبل الميلاد عرف المجتمع الروماني تطورا كبيرا شمل

¹ - القانون الروماني هو مجموعة القواعد القانونية التي طبقت في المجتمع الروماني منذ تأسيس مدينة روما في سنة 754 ق.م، إلى أن اكتمل نضجها بمجموعات جوستينيان عام 1435م، وظل مطبقا في بعض بلاد الشرق إلى أن سقطت الإمبراطورية الرومانية عام 1453 ميلادي على أيدي الأتراك المسلمين، وبقي القانون الروماني مطبقا على المدنيين بعد سقوط الإمبراطورية في الغرب عام 476 ميلادي إلى القرن الحادي عشر ميلادي، وكان أول تشريع روماني هو قانون الألواح الإثنى عشر سنة 451 ق.م، ثم جاء قانون الشعوب، وانتهى الحال بالتقنين الضخم الذي قام به جوستينيان عام 529م. ينظر لتفصيل أكثر حول القانون الروماني: صوفي أبوطالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1385 هـ، ص 03-201. مقتبس عن: علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثالثة، 2008، ، هامش رقم 02، ص 23، 24.

² - خليفاتي عبد الرحمان، مدى إعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1987، ص06.

³ - صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964، ص06.

⁴ - عبد الرحمان عياد، أساس الإلتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1971، ص13-14.

معظم النواحي السياسية، والإقتصادية، والاجتماعية، وذلك بعد سلسلة من الحروب أدت إلى انتصار الرومان وسيطرتهم على جزء كبير من العالم، فاحتكوا بثقافات هذه الشعوب، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لم يعد المجتمع الروماني مجتمعا زراعيا، بل أصبحت التجارة عنصرا مهما فيه، مما أدى إلى كثرة المعاملات وتنوعها. لكن الشكلية التي كانت تحكم التصرفات القانونية أصبحت - بما تستلزمه من إجراءات طويلة ومعقدة - تشكل عقبة كبيرة أمام ازدهار هذه التجارة. لذلك حاول الفقهاء الرومانيون والبريتور تدارك هذا النقص، وقد مدتهم الثقافة الإغريقية بأفكار جديدة مثل الثقة، والأمانة، والعدالة فبنوا عليها كثيرا من الأحكام القانونية التي استحدثوها، ومنها تلك التي توجب على الشخص الوفاء بما يتعهد به¹.

كما استطاع البريتور في مرحلة لاحقة حماية العلاقة العقدية على أساس اعتبار التدليس والإكراه من الجرائم البريتورية، من أجل حماية توافق الإرادتين، ومن ثم ظهور الإرادة باعتبارها جوهر العقود، والإكتفاء بالتراضي كسبب كاف للإلتزام في عقود أربعة هي البيع والإجارة والشركة والوكالة. وفي هذا يقول جوستينيان: "يتم بالتراضي انعقاد التزامات في البيوع والإجازات والشركات والتوكيلات... بلا حاجة إلى الكتابة، ولا إلى حضور المتعاقدين، ولا إلى شيء ما..."².

وهذا التطور الذي عرفه القانون الروماني هو الذي جعل بعض الفقه يذهب إلى أن الشكلية لم تعرف في القانون الروماني كأصل عام، بل أن مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد كان هو الأصل من استحداث البريتور بجانب الشكلية، وبأنه أخذ ينافسها على مر العصور حتى انتهى به الأمر إلى التغلب عليها³.

والواقع الذي يجمع عليه غالبية الفقه أن القانون الروماني لم يجعل الرضائية وحرية إبرام العقود مبدأ عاما على مر العصور. فإذا كان هذا القانون قد اعترف في أواخر عهده ببعض التصرفات الرضائية كما سبق بيانه، إلا أن الشكلية ظلت هي السائدة باعتبارها الأصل،

¹ - صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، المرجع السابق، ص 22.

² - إن هذه العقود الرضائية الأربع لم تنشأ دفعة واحدة بل نشأت على فترات متباعدة فقد كان أسبقها في الظهور عقد الشركة حيث ظهر كعقد رضائي في أواخر عهد الجمهورية، ثم تلاها عقد الوكالة، وهما عقدان يشبه كل منهما الآخر في أنهما يبنيان على فكرة الوفاء، ونشأ في الأصل بين الأقارب والأصدقاء، ثم ظهر بعد فترة عقد البيع كعقد رضائي فتلاه عقد الإجارة وهما من عقود المعاوضة؛ ينظر: شفيق شحاتة، نظرية الإلتزام في القانون الروماني، مكتبة وهبة، 1963، ص 149؛ مقتبس عن:

علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 30، 31.

³ - صوفي أبو طالب، المرجع نفسه، ص 41.

فالقانون الروماني لم يعرف حرية الإرادة في إبرام التصرفات القانونية، أي حرية التعاقد إلا في إطار ضيق، وكاستثناء من قاعدة الشكلية¹.

II- مبدأ حرية التعاقد في القانون الكنسي²

انتهينا مما سبق أنه رغم الجهود التي بذلها فقهاء القانون الروماني - خصوصاً في القرون الوسطى - لأجل التحرر من الشكلية، والانتقال إلى الرضائية، إلا أن هذا الأمر بقي بعيد المنال ولم يتحقق، فكان لابد من تدخل مبادئ جديدة لتحقيق هذا الغرض، تمثلت في تعاليم الديانة المسيحية التي نادى بها فقهاء القانون الكنسي.

وقد تضافرت مجموعة من الأسباب مكّنت القانون الكنسي من تحطيم النظام الشكلي، من بينها كتابات آباء الكنيسة، والمجامع الكنسية، وخطابات الكرسي البابوي، والمجموعات الكنسية. وكان لتعاليم الديانة المسيحية الدور الأول فيها، ويرجع ذلك إلى أصليين من أصولها الخلقية: الأصل الأول هو الاعتداد بالوعد المجرّد لإلزام الواعد دون حاجة لأن يصحب الوعد طقوس أو يؤكد بحلف يمين، والأصل الثاني هو أن الوفاء بالعهد أمر واجب، ومن ثم اعتبر نكث الوعد إثماً لأن الإخلال به يعدّ كذباً، والكذب خطيئة دينية³.

وعلى الرغم من إقرار الكنيسة لهذين المبدأين، إلا أنهما لم يأتيا بالجديد بالنسبة للقوة الملزمة للاتفاق المجرّد حيث حصرت نفسها في دائرة الأخلاق، ولم يستطع فقهاء الكنيسة التجرّأ على القول بأن الاتفاق المجرّد يولد التزاماً قانونياً يحمى بواسطة الدعوى. والأكثر من ذلك أن الكتاب الكنسيين ظلوا طيلة القرون الأربعة الأولى للميلاد يحرّمون التجارة لأجل الربح والكسب، فقد قال Chrystomos: "ولكن الشخص الذي يشتري شيئاً بقصد أن يكسب من بيعه

¹ - خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 08.

² - القانون الكنسي هو القانون الخاص برعايا الكنيسة الذي كان ينظم علاقاتهم الإجتماعية في ظل الدولة الرومانية، واستمد قواعده من الكتب المقدسة عندهم ومبادئ العدالة والأفكار السائدة في عصرهم بعد تصبغها بصبغة دينية، ويعود سبب نشأته إلى أن الدولة الرومانية قد حاربت المسيحية في البداية فاضطرت الكنيسة إلى تنظيم نفسها بحيث تصبح هي وأتباعها في غنى عن الدولة، فبدأت تنظم رعاياها، فقسمت الدولة إلى مناطق وعينت على كل منطقة تابعا لها يدير الكنيسة ورعاياها، وبذلك نشأت السلطة الكنسية التي أدت إلى نشوء القانون الكنسي، ثم لما اعتنق الإمبراطور قسطنطين الدين المسيحي حماه بواسطة منشور ميلانو عام 312 م، وسمح لرعايا الدولة اعتناقها، وحينما سقطت الدولة الرومانية بدأ القانون الكنسي في الإزدهار، ولاسيما في العصور الوسطى، وقد اقتصر القانون الكنسي على المبادئ الروحية والخلقية انطلاقاً من الدين المسيحي، ولذا لم يتعرض للمبادئ القانونية. علي محي الدين القره داغي، المرجع السابق، هامش رقم 01، ص 34.

³ - عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص 15.

ثانية دون أن يحدث تغييراً فيه، بل كما اشتراه، فهذا الشخص يكون أحد المشتريين أو البائعين المنبوذين من معبد الله". وظلّ هذا المفهوم سائداً حتى في القرن الثاني عشر، فقد قرر القديس توما الأكويني أن التجارة عمل مرذول ولاسيما أن التجارة كانت قد ارتبطت بمشكلة الربا، وأن حرية التجارة تعني في ذلك الوقت حرية الحصول على الربا وهو خطيئة كبيرة في نظر الكنيسة، حيث توقع محاكمها أشد العقوبات على من اقترف الربا¹.

على أنه مع مطلع القرن الثاني عشر الميلادي قام الفقهاء الكنسيون بعدة محاولات لنقل التعهدات من نطاق الأخلاق إلى نطاق القانون². و بيزوغ القرن الثالث عشر دخل مبدأ سلطان الإرادة مرحلة جديدة تتسم بالوضوح والتحديد، حيث تبنى فقهاء الكنيسة حماية الاتفاق المجرّد ورتبوا عليه أثار قانونية، بحيث أصبح الاتفاق المجرّد يولد الدعوى، وأصبحت الدعوى على ضوئه تجبر المتعهد على التنفيذ³.

غير أنه إذا كانت تعاليم المسيحية وكتابات الفقه الكنسي في هذه الحقبة تدعو إلى القول بأن مجرد الإتفاق يكون ملزماً كقاعدة عامة دون حاجة لإتباع شكل خاص، فإن هذه القاعدة لم تكن تستند إلى اعتبار الإرادة أساس العقد وجوهره كمبدأ قانوني عام، بل تقوم على فكرة دينية محضة قوامها أن من قطع على نفسه عهداً التزم بتنفيذه وإلا كان آثماً⁴.

ثانياً: دور الفقه الوضعي في تطوير مبدأ حرية التعاقد

أمام عجز كل من القانونين الروماني والكنسي عن الاعتراف صراحة بمبدأ حرية الفرد في إبرام العقود، بعيداً عن الشكليات والطقوس الرومانية، وبعيداً عن الفكرة الدينية التي توجب إلزامية الوفاء بالعهد، برز دور الفقه في التنظير لضرورة التخلي عن هذه الشكليات والطقوس، وإعادة الاعتبار إلى حرية الفرد والتسليم له بمجموعة من الحقوق يولد متمتعاً بها، ولا يمكن للدولة المساس بها. وهذا ما نادى به فقهاء مدرسة القانون الطبيعي (I). وقد كان لأفكار هذه المدرسة الفضل في ظهور وتفشي المذهب الفردي الذي قدس وأطلق العنان لحرية التعاقد

¹ - مقتبس عن: علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 45.

² - يذهب بعض الفقه إلى أن أول من قام بهذه المحاولة هو Huguccio عام 1178 - 1187، حيث انبرى لبلورة الجانب الخلقي الذي يفرض على الإنسان أن يحترم تعهده في صورة إلزام قانوني يحميه القضاء الكنسي وذلك بتوقيع عقوبات دينية قد تصل إلى حد الطرد من رحمة الكنيسة على من لم يوف بتعهده. علي محي الدين القره داغي، المرجع نفسه، ص 41.

³ - علي محي الدين القره داغي، المرجع نفسه، ص 41.

⁴ - عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص 15، 16.

(II)، غير أن مغالاة أنصار الفكر الفردي عجل بظهور المذاهب الإجتماعية التي نادى بضرورة تقييد حرية الفرد في التعاقد حماية لمصلحة الجماعة (III).

I- ظهور مبدأ حرية التعاقد في مدرسة القانون الطبيعي

يجمع الفقهاء على أن مبدأ سلطان الإرادة يستمد أصوله العميقة من تعاليم مدرسة القانون الطبيعي، التي يعتبر الفقيه الهولندي الشهير "جروسيوس" مؤسسها ورائدها في العصر الحديث، واليه يرجع الفضل في تخلص فكرة القانون الطبيعي من الصبغة الدينية التي أضفتها عليه الكنيسة في القرون الوسطى¹.

فيرى هذا الأخير أن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان يولد مزودا بها وتحتمها طبيعة تكوينه. وهذه هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان، التي لا تستطيع الدولة الافتئات عليها، ولا تملك القوانين الوضعية أن تمس بها أو تتجاهلها، بل تنحصر مهمة هذه القوانين في تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالتها لكل الأفراد².

ويستتبع التسليم بهذه الحقوق الطبيعية نتيجتين: أولهما أن رابطة الالتزام لا يمكن أن تنشأ إلا بمشيئة الإنسان ورضائه الحر بإرادة الإنسان للالتزام، وعدم التزامه إلا إذا شاء، هو أحد مظاهر الحرية. والثانية أن سائر الالتزامات التي تنشأ بإرادة الإنسان ورضائه يتقيد بها ويجب عليه الخضوع لها. ذلك أن مفهوم الحرية يشمل قدرة الإنسان على تقييد حريته بنفسه، والحرية التي لا تتضمن سلطة التقييد الذاتي لا تشكل حرية بالمعنى الحقيقي³.

والواقع أن كتاب مدرسة القانون الطبيعي كانوا يهدفون إلى القضاء على نظام يقوم على نشأة الالتزام في ذمة الفرد نتيجة لحالته في الأسرة و المجتمع دون اعتبار لإرادته. فعملت مدرسة القانون الطبيعي على تخلص الفرد من روابط الحالة، وعلى الانتقال من نظام المراكز القانونية إلى نظام التعاقد الحر أو حرية التعاقد⁴.

¹ - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 13، 14.

² - وفي حقيقة الأمر فإن المقصود من ذلك، هو تحقيق غاية سياسية تتمثل في محاربة طغيان الدولة والحد من سلطانها في مواجهة الفرد، بحيث لا تستطيع الدولة المساس بحريته أو تقييدها إلا بالقدر اللازم لضمان حريات الآخرين. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 15.

³ - J. FLOUR et J-L. AUBERT, Les obligations, l'acte juridique, 6^{ème} édition, Armand Colin, 1994, n°.104, p.59.

⁴ - عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص 17.

وقد تأيّد مذهب القانون الطبيعي باتجاه آخر كان معاصرا ومصاحبا له طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر، ويتمثل في **نظرية العقد الاجتماعي**. ورغم أن أصل هذه الفكرة يرتد في الماضي السحيق إلى كتابات الفيلسوف اليوناني أفلاطون، إلا أنه قد ذاع اعتناقها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر وشهدت إحياء وتطويرا لها على أيدي الكثير من فلاسفة هذا العصر مثل "توماس هوبز" و"جون لوك" و"جون جاك روسو". غير أن آراء هؤلاء الفلاسفة رغم إيمانهم الصادق بفكرة العقد الاجتماعي في ذاتها فقد تفاوتت بشأن تفصيلاتها¹.

وقد كان لروسو الدور البارز من خلال كتابه: "العقد الاجتماعي"، فهو يرى أن الفرد هو أساس القانون وغاياته، وقد ولد الفرد حرا وسيدا لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، وليس القانون في نهاية الأمر إلا صدى لإرادات الأفراد، التي تكوّن ما يسمى بالإرادة العامة، وعلى ذلك فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع الفرد نفسه، ويستمد شرعيته من كونه تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الاجتماعي الذي تنازل فيه كل فرد بمحض إرادته عن جزء من حريته لتحقيق الصالح العام².

II - إطلاق مبدأ حرية التعاقد في ظل المذهب الفردي

لقد كان لمدرسة القانون الطبيعي، ومذهب روسو من خلال نظرية العقد الاجتماعي كما سبق بيانه، الأثر البالغ في ظهور مبدأ سلطان الإرادة وبالنتيجة حرية الأفراد في التعاقد، الذي شهد مع مطلع القرن السابع عشر رواجاً وتجسيدا هائلا، وذلك على إثر تفشي **المذهب الفردي**، الذي لعبت فيه الثورة الفرنسية - التي اعتنقت مذهب روسو -، دورا رائدا في ترسيخه وتوطيد دعائمه، ودانت له السيطرة و السيادة في المجال السياسي والاقتصادي والقانوني إلى أن بلغ

¹ - فيرى الفقيه هوبز أن فكرة العقد الاجتماعي تتضمن نزولا كاملا غير مشروط من جانب الأفراد عن جميع حرياتهم المطلقة، ولا يمكن للأفراد استرداد ما نزلوا عنه، فالحاكم لم يكن طرفا في العقد ولا يلتزم نحوهم بشيء، وهذا في نظر هوبز أفضل من الرجوع إلى عهد الفوضى، بينما يرى الفقيه لوك أن العقد يتم بين الحاكم من جهة والأفراد من جهة أخرى، وأن الأفراد لم يتنازلوا عن كافة حقوقهم الطبيعية، بل عن القدر اللازم منها لتحقيق الصالح العام، مع الاحتفاظ بباقي الحقوق الذي يلتزم الحاكم بحمايتها واحترامها، وإلا حق للأفراد فسخ العقد والثورة عليه. ينظر لتفصيل أكثر، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، 1993، ص 169 وما يليها؛ حمدي عبد الرحمان، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، القاهرة، 1981، ص 55، 56؛ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 15 وما يليها.

² - عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص 16.

ذروته خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر¹.

فمن الناحية السياسية، انحصرت سلطات الدولة في أضيق الحدود احتراماً للحرية الفردية، واقتصرت على القيام بدور سلبي بحيث لا تتدخل إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن حتى باتت تعرف بالدولة الحارسة. وعلى الصعيد الاقتصادي، فإن تقديس الحرية الفردية بات يعني إقرار الحرية الاقتصادية الكاملة، أي ترك المجال الاقتصادي مفتوحاً أمام النشاط الفردي الحر. لهذا عرف المذهب الفردي في الفكر الاقتصادي بالمذهب الاقتصادي الحر². وأما في دائرة القانون، جرى التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها. فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات وهي التي تنشأ الالتزام وتحدد مضمونه وتكسبه قوته الإلزامية³.

وقد استند مبدأ حرية التعاقد في هذه الفترة على عدة اعتبارات فلسفية وأخلاقية واقتصادية. فمن الناحية الفلسفية، فإن هذا المبدأ يجد أساسه في فكرة الحرية الطبيعية للإنسان التي نادى بها أنصار القانون الطبيعي، ومفادها أن الإنسان يولد متمتعاً بحريات تقتضيها طبيعته. لذا ينبغي أن يعترف المجتمع له بأكبر قدر ممكن من الحقوق وأن يكفل تمتعه بالحرية التي تمنحها الطبيعة له. ولذلك فإن من مقتضى حماية الحرية الفردية أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم بحريته واختياره، وأن هذا المبدأ يعد أحد أسس الحرية⁴.

أما من الناحية الأخلاقية، فإن أحداً لا يمكن أن يسعى بإرادته إلى أمر لا يتفق مع مصالحه والعقد باعتباره تعبير عن إرادة الأشخاص لا بد أن يكون مطابقاً ومحققاً لمصالحهم. فما يقبله الشخص بإرادته لا بد أن يكون عادلاً. وفي هذا الصدد يقول الفيلسوف "فوييه": "من قال عقداً فقد قال عدلاً"⁵.

أما من الناحية الاقتصادية، فإن الحرية العقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير

¹ - عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 24.

² - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 24.

³ - علي فيلال، الالتزامات، المرجع السابق، ص 49.

⁴ - حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 11.

⁵ - ورد ذكر هذه المقولة عند: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 27.

سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي. ولذلك فإن أي نزعة تدخلية من جانب الدولة بفرض القيود أو الحدود على النشاط الاقتصادي بعيدا عن حرية المبادرة الفردية، إنما هو عمل سيئ ولا بد أن ينتهي إلى عرقلة النمو الاقتصادي¹.

فالإرادة الحرة - حرية التعاقد - في ظل المذهب الفردي هي أساس القانون، والغاية التي ينتهي إليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين. وهذا التوازن ما بين الحريات جميعا هو ما يجب على المشرع أن يعنى به².

ولا يقتصر سلطان الإرادة على توليد الالتزامات وحدها، بل أيضا يولد كل الحقوق الأخرى. فالملكية مبنية على حرية الإرادة، بل هي الحرية في مظهرها المادي الملموس، وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على حرية الإرادة، والميراث مبني على وصية مفروضة، بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة، فالمجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضى مقدما أن يناله الجزاء ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة³.

وهكذا أصبحت الإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام. وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد، فتثبت للشخص كامل الحرية في إبرام ما يشاء من العقود بحيث لا يحد من هذه الحرية إلا اعتبارات النظام العام والآداب العامة. كما تثبت له الحرية كذلك في عدم التعاقد بحيث لا يدخل في رابطة عقدية لا يريد لها. ومن ثم، فإنه وفي إطار العقد فالمتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتيهما. ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه. كما لا يكسب أحد حقا من عقد لم يشترك فيه. والعقد الذي تم بتوافق إرادتين مستقلتين، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين، فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى إتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه⁴.

وقد نتج عن هذا كله عدم الإعراف بأي تشريع أو قانون يقوم على تقييد حرية التعاقد، كتنظيم عقد العمل، أو تحديد الأسعار، أو الفائدة وقد تجسد ذلك من خلال قانون نابليون-

¹ - حمدي عبد الرحمن، سهير منتصر، نظرية الإلتزام، الطبعة الأولى، (بدون دار نشر)، 2000، ص 53، مقتبس عن:

حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 11.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ... - المجلد الأول-، المرجع السابق، ص 153.

³ - المرجع نفسه، ص 157.

⁴ - المرجع نفسه، ص 158.

القانون المدني الفرنسي لسنة 1804- الذي قام على تقديس حرية الفرد واحترام إرادته، بحيث صاغت المادة 1134 منه فكرته العامة بنصها على أنه: "الاتفاقات المعقودة شرعا تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها".

III - تقييد مبدأ حرية التعاقد في ظل المذهب الإجماعي

إذا كان مبدأ حرية التعاقد قد بلغ ذروة مجده خلال القرن التاسع عشر، إلا أنه بدأ مع حلول القرن العشرين يعاني من انتكاسات هامة، ويمكن إرجاع هذا الانتكاس إلى عاملين أساسيين:

أولهما: مغالاة أنصار المذهب الفردي في تطبيقه إلى حد التطرف، مما أدى إلى نتائج شاذة تجافي العقل والمنطق، فالإرادة عندهم هي أساس كل التزام أيا كان نوعه بما في ذلك أحكام القانون، كونه مجرد تعبير عن مجموع إرادات الأفراد¹.

ويتمثل ثانيهما: في أن العوامل السياسية والاقتصادية التي كانت سببا في ازدهار مبدأ حرية التعاقد أخذت تنكمش تدريجيا تحت تأثير عوامل أخرى. فقيام الصناعات الكبيرة، وتأسيس الشركات الضخمة التي تضم جموعا هائلة من العمال، كانت وراء ظهور المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية، التي قامت في وجه المذهب الفردي. وبذلك فإن مبدأ حرية التعاقد يكون قام على أساس اقتصادي وانكمش متأثرا بعوامل اقتصادية².

فالمذهب الفردي أصبح يمكن الأقوياء من استغلال الضعفاء والتحكم فيهم باسم حرية التعاقد، مع العلم أن حرية التعاقد هذه أصبحت - تحت ضغط الظروف الاقتصادية المستجدة - حرية وهمية. فرغم أن العامل يملك حرية التعاقد، فإن ممارسة هذه الحرية أمر متعذر عليه، لأنه في الواقع مضطر إلى التسليم بشروط العمل الجائرة والتعسفية لرب العمل. كما انه باسم حرية التعاقد تمكن بعض الأفراد من التحكم في البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب. فضاعت الحرية الحقيقية وأصبحت مجرد إملاء شروط جائرة من طرف على طرف،

¹ - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 35.

² - وفي هذا الصدد يقول الفقيه جوسران: "إننا نقبل على نظام قانوني جديد بدأ في الظهور ويهيمن تدريجيا على جوانب الحياة الاجتماعية، وهذا النظام هو نظام اقتصادي في المقام الأول، ويضيف قائلا إن القانون لم يعد علما للعدل والظلم، بل أصبح تقنيًا للثروة والظواهر الاقتصادية، فقد صار العدل هو كل ما يتفق مع مقتضيات الضرورات الاقتصادية، والظلم هو كل ما يتعارض معها..." ينظر: L. JOSSERAND , Un ordre juridique nouveau, D.H, 1937, chr .p.41.

مقتبس عن: محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، هامش رقم 01 ، ص 110.

بعد أن صار القول الفصل لقانون العرض والطلب¹.

ذلك أنه وتحت ستار الحرية المطلقة والمساواة في ظل المذهب الفردي الذي كان سائدا وقتئذ، فرض رب العمل شروطا قاسية وظالمة على العامل سواء من حيث التزامه بالعمل لساعات طويلة دون تفرقة بين رجل وامرأة وصبي. كما زادت حوادث العمل التي لا يقابلها تعويض بدعوى أنها وقعت بفعل الآلة، وليس خطأ رب العمل. وقد ترتب على ذلك أن تدهورت أحوال العمال وتعرضوا لكثير من المظالم دون أن يقدم لهم النظام القانوني القائم آنذاك قدرا كافيا من الضمانات لحمايتهم، برغم أن الناس يولدون أحرارا ومتساويين في الحقوق².

وقد كانت هذه التطورات سببا في تغلغل وانتشار المبادئ الاشتراكية، مما ساهم في تغيير وظيفة الدولة من جانبيين: أولهما أنها أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وذلك بتقييد إرادتهما وحرية التعاقدية من عدة جوانب. فالعقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، بل قد تتخلى الدولة عن فكرة العقد تماما³.

وتمثل الجانب الثاني في تكفل الدولة واهتمامها بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا، مما جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعة جماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين يهم المجتمع ككل، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية، وأداة لتحقيق النفع العام⁴.

وقد كشفت هذه التطورات عن زيف الأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي. فما ينادي به من حرية مطلقة ومساواة تامة بين الأفراد أمر لا يؤيده الواقع، ذلك أن المساواة بين الغني والفقير أو بين العامل وصاحب العمل لا يمكن أن تكون مساواة حقيقية لأن الأفراد لا يتساوون من حيث القدرات والإمكانات الاقتصادية. كما أن الحرية بالنسبة للفقير أو العامل ليست إلا

¹ - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، 2004، ص 61-62.

² - أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، تلمسان، العدد 04، 2007، ص 54.

³ - لقد عبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بـ " عيممة العقد publicisation du contrat "؛ راجع: علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 49.

⁴ - لقد عبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بـ " جميعة العقد socialisation du contrat "؛ راجع: علي فيلالي، الالتزامات، المرجع نفسه، ص 50.

حرية نظرية فقط لا تتجسد في الواقع، لأن ممارسة الحرية تتطلب تكافؤ الفرص، والمذهب الفردي لا يوفر هذا التكافؤ¹.

لهذا نهض الفقه للحد من غلواء سلطان الإرادة وظهر فيه خصوم لهذا المبدأ سهروا على نقده. فالملكية ليست إرادة مطلقة للمالك بل تؤدي وظيفة اجتماعية ويمارسها صاحبها بما يحقق الصالح العام للمجتمع. وإرادة المورث ليست هي قوام الميراث لأنه نظام قانوني يستند إلى المصلحة العامة ومصلحة الأسرة. وإرادة الزوجين لا تحدد حقوق الأسرة لأن دورهما يقتصر على الدخول في مركز قانوني عنى المشرع بتنظيمه بما يتفق مع مصالح الأسرة والمجتمع. كما أن خضوع الفرد للجزاء القانوني سواء كان جنائياً أم مدنياً أمر وثيق الصلة بأمن المجتمع وسلامته واستقرار المعاملات فيه ولا يتصور تفسيره استناداً إلى إرادة الفرد نفسه².

ويظهر بجلاء من كل ما سبق مدى ما ينطوي عليه إطلاق مبدأ حرية التعاقد من إرهاب لحقائق الحياة، لذلك وجد الاشتراكيون المناخ الملائم للمناداة بتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف، وتحقيق التوازن بين المتعاقدين عندما تؤدي الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية إلى اختلاله، ذلك أن منطقهم تمثل في أن غاية القانون يجب أن تكون المجتمع وليس الفرد. وبذلك تسلل التدخل التشريعي رويداً رويداً على حساب سلطان الإرادة وحرية التعاقد³، وعليه يمكن القول أي هذه التقييدات قد ساهمت في الانتقال من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون⁴.

ثالثاً: مبدأ حرية التعاقد في التشريع الجزائري

لقد كانت الجزائر قبل العهد الاستعماري ولاية من ولايات الدولة العثمانية، ومن ثم فقد

¹ - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 41، 42.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المجلد الأول، المرجع السابق، ص 159، 160.

³ - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - لقد اتجه القانون الفرنسي القديم نتيجة لهذه التطورات، إلى فرض مجموعة قيود على مبدأ حرية التعاقد من خلال مجموعة من القوانين والتي منها: قانون 18 مارس 1905 الذي يقضي بأن تتحمل شركات نقل الركاب المخاطر التي تتجم عن استخدام وسائل النقل التي تسيروها تلك الشركات، وقانون التسعير الجبري الصادر في 21 أكتوبر 1940، و القانون الصادر في 19 ديسمبر 1963 الذي يخص ارتباط العاقد بوعده سابق، وقانون 05 جويلية 1941 القاضي بالتصرف في البيع بالقمح الذي في حيازة المزارعين بالكميات والأسعار المحددة بمعرفة الحكومة، بالإضافة إلى عدة تشريعات تتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية في مجال التجارة، وقانون الجمعيات، وقوانين النقل، والسكة الحديدية، وكل هذه القوانين تبين بما لا يدع مجالاً للشك تراجع مبدأ حرية التعاقد. راجع بخصوص هذه التقييدات:

- Julliot De La Monrandière, Droit Civil, T II, Dalloz, Paris. 1966. pp172 - 176.

مقتبس عن: علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 67.

كانت المعاملات المدنية والتجارية خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، فكان القاضي يستتبط الأحكام الخاصة بهذه المعاملات من القرآن الكريم والسنة النبوية، والقياس والإجماع، فإن لم يجد إجتهد رأيه، مع ملاحظة تنوع المذاهب بين مختلف مناطق الجزائر، فالطائفة التركية التي كانت متواجدة بكثرة في الجزائر العاصمة كانت على مذهب الإمام أبو حنيفة، وكانت منطقة بني ميزاب- غرداية ونواحيها- على المذهب الإباضي، ومنطقة القبائل كان بعضها يحتكم إلى الأعراف والعادات القبائلية، في حين كانت أغلبية مناطق الجزائر على المذهب المالكي¹. لذلك فإن حرية التعاقد كانت هي الأصل، مع إحاطتها بضوابط للتوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، على نحو ما سنفصله لدى دراستنا لمبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي فيما سيأتي من هذه الدراسة.

وبعد أن استولت فرنسا على زمام الحكم في الجزائر، عملت على إحلال وتطبيق القوانين الفرنسية محل الشريعة الإسلامية. فأصبحت المعاملات المدنية والتجارية سواء بين الجزائريين فيما بينهم، أو بينهم وبين الفرنسيين خاضعة لأحكام القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 وتعديلاته، والقانون التجاري الفرنسي لسنة 1807، مع استثناء المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للجزائريين، كالزواج والطلاق والميراث والهبات والوصايا والحبوس، التي بقيت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية و تختص بالنظر فيها محاكم شرعية².

لذلك فإن كل ما سبق قوله حول المذهب الفردي وإطلاقه لحرية التعاقد ينطبق على الجزائر في هذه الفترة، فساد مبدأ حرية التعاقد في منتصف القرن التاسع عشر، وبدأ يتقلص ويعرف العديد من التقييدات مع بداية القرن العشرين.

وبعد الاستقلال ونظرا للفراغ التشريعي، وصعوبة وضع قوانين جديدة لتحل محل القوانين الفرنسية، ولضمان السير العادي للحياة اليومية للمواطنين، أصدر المشرع الجزائري قانون مؤرخ في 1962/12/31 بموجبه تم تمديد سريان القوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي ماعدا ما فيها مساس بالسيادة الوطنية وثوابت الأمة الجزائرية، ومن هنا بقي العمل بالقانون المدني والقانون التجاري الفرنسيين ومالحقهما من تعديلات.

واستمر الوضع على ما هو عليه إلى حين صدور أول قانون مدني جزائري في سنة

¹ - تشوار جيلالي، شرح قانون الأسرة الجزائري، محاضرات غير منشورة أقيمت على طلبة كلية الحقوق بجامعة تلمسان للسنة الجامعية 2010/2011، ص01.

² - تشوار جيلالي، المرجع نفسه، ص01.

1975 بموجب الأمر رقم 58/75¹. وما يجب التنويه إليه بداية هو الازدواجية التي تبناها المشرع الجزائري، فالفترة التي صدر فيها هذا التقنين تميزت بانتهاج الجزائر للاشتراكية كخيار اقتصادي، بما يفرضه من تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وتقييد لحرية التعاقد بل وإنكارها أحيانا. في حين أن جل المبادئ العامة التي جاء بها القانون المدني الجزائري مأخوذة من القانون المدني الفرنسي بنزعه الفردية الليبرالية. و هكذا فقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ حرية التعاقد صراحة من خلال المادة 106 قانون مدني بنصها على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

ويرجع بعض الفقه سبب هذه الازدواجية إلى أن القانون المدني لم يحظ بأهمية كبيرة من قبل السلطة التي كانت تحكم البلاد والتي كانت تسعى إلى تشييد مجتمع اشتراكي، وعلى عكس القوانين الأخرى التي اعتبرت أساسية، والتي كانت تحضر وتناقش في إطار حزبي قبل المصادقة عليها من قبل مجلس الثورة، تم تحضير القانون المدني الجزائري من قبل لجنة متكونة من قضاة متأثرين بالقانون الفرنسي².

على أن القول بالنزعة الفردية للقانون المدني الجزائري لسنة 1975، وما يستتبعه من إقرار لمبدأ حرية التعاقد، لا يعني أن هذا المبدأ بقي على إطلاقه، وإنما عرف العديد من التقييدات تماشيا مع النهج الاشتراكي للدولة، نذكر منها: منع الأشخاص من ممارسة بعض الأنشطة التجارية وإبرام بعض العقود كما هو الحال عليه بالنسبة لاحتكار الدولة للتجارة الخارجية بموجب المرسوم رقم 02/78³ الذي أخضع عملية التصدير واستيراد البضائع والسلع لهيئات الدولة وحدها دون الأفراد.

كما اتخذ تقييد حرية التعاقد صورا أخرى كإجبار الشخص على إبرام بعض العقود كعقد التأمين طبقا لما جاء في المادة 01 من الأمر 15/74⁴. أو إجباره على التعاقد مع شخص

¹ - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، 1975. المعدل والمتمم.

² - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 18.

³ - نصت المادة 01 من قانون رقم 02/78 المؤرخ في 11/02/1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية على أنه: "وفقا لما ورد في الميثاق الوطني و طبقا لأحكام المادة 14 من الدستور فإن استيراد و تصدير البضائع والسلع و الخدمات بجميع أنواعها من اختصاص الدولة وحدها".

⁴ - نصت المادة 01 من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30/01/1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام تعويض الأضرار، على أنه: "كل مالك مركبة ملزم باكتتاب عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها المركبة للغير، و ذلك قبل إطلاقها للسير".

معين كما هو الأمر في حالة الاحتكار والعلاقة بين المستهلك والمحتكر. كما قد يتمثل هذا التقييد في فرض شكل معين لبعض العقود مثل عقود البيع أو الرهن أو الهبة المنصبة على عقارات¹.

وقد يصل هذا التقييد إلى درجة تحديد الثمن فنجد الأمر 37/74² المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار، حيث حوّل للسلطات العامة صلاحية اللجوء إلى التسعير، أي التحديد المباشر للأسعار من قبل السلطة الإدارية. ويصل في بعض الأحيان التقييد إلى تحديد مضمون العقد فيما تسمى بالعقود المنظمة كعقد العمل الذي تحدد فيه الدولة سن العمل، ومدة ساعات العمل، وأيام الراحة والعطل السنوية، والأجر الأدنى... إلخ³ بغض النظر عن حرية التعاقد بين العامل ورب العمل. وتولى المشرع أيضا تنظيم عقد الإيجار المدني الذي يمنح بموجبه للمستأجر حق البقاء في العين المؤجرة⁴، وعقد الإيجار التجاري الذي يمنح للمستأجر الذي اكتسب قاعدة تجارية الحق في الحصول على تعويض استحقاق في حال رفض تجديد عقد إيجار المحل التجاري⁵.

كما قد يكون هذا التقييد من خلال فرض التزامات على عاتق المتعاقد الذي يتمتع بقوة إقتصادية لصالح المتعاقد الضعيف كما هو الحال في عقود الاستهلاك⁶.

ولا يتسع المجال هنا لذكر جميع القيود الواردة على حرية التعاقد، ذلك أنها ستكون محل

¹ - من بين التصرفات القانونية الواجب إفرغها في شكلية رسمية تحت طائلة البطلان تذكر المادة 324 ق.م مكرر 01: "العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي...".

² - الأمر رقم 37/74 المؤرخ في 1974/04/29 المتعلق بالأسعار و قمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار، ج.ر. عدد 38.

³ - نظم المشرع الجزائري علاقة العمل من خلال القانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/12 المتعلق بعلاقات العامل.

⁴ - تولى المشرع تنظيم علاقة الإيجار في المواد 476 إلى المادة 507 من القانون المدني بالنسبة لإيجار الخواص، وهذا بطبيعة الحال قبل صدور القانون 05/07 المعدل للقانون المدني الذي ألغى هذه المواد، وبموجب المرسوم 137/76 بالنسبة لمحلات السكن التابعة لمكاتب الترقية العقارية.

⁵ - وفي هذا الصدد كانت تنص المادة 176 من القانون التجاري قبل تعديلها على أنه: "يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار، غير أنه ينبغي عليه فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 177 وما يليها أن يسدد للمستأجر المحلي التعويض المسمى تعويض بالاستحقاق الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد".

⁶ - يفرض القانون الجزائري بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المؤرخ في 2009/03/08 الذي ألغى القانون رقم 02/89 مجموعة من الالتزامات على عاتق كل متدخل في عملية الإنتاج أهمها: الالتزام بالضمان، والالتزام بالأمن أو السلامة، والالتزام بالمطابقة، والالتزام بالإعلام.

دراسة مفصلة في الباب الثاني من هذه الرسالة، غير أننا نخلص مما سبق أن سياسة الإقتصاد الموجه التي انتهجتها الجزائر منذ الاستقلال وإلى نهاية الثمانينات قد أثرت بشكل مباشر على حرية التعاقد مما جعلها محلا للعديد من القيود.

على أنه إذا كانت التوجهات الاشتراكية التي انتهجتها الجزائر منذ الاستقلال وإلى نهاية الثمانينات قد استدعت الحد من حرية التعاقد وفرض العديد من القيود عليها، خدمة لمخططات توجيهية تارة، وحماية لبعض الفئات الضعيفة تارة أخرى، فإنه مع مطلع تسعينيات القرن الماضي وبداية القرن الحالي، تبنت الجزائر نظاما مختلفا يقوم أساسا على اقتصاد السوق تأثرا بالعولمة الاقتصادية التي اجتاحت معظم دول المعمورة. وقد بدت معالم هذا التحول تتضح من خلال العديد من القوانين والمراسيم نذكر منها على وجه الخصوص قانون رقم 29/88¹ المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، وكذا القانون رقم 12/89² المتعلق بالأسعار الذي فتح المجال لحرية الأسعار.

وبعدها تجسد هذا التحول على مستوى قمة الهرم التشريعي في الدولة، من خلال دستور 1989 والتعديل الذي طرأ عليه سنة 1996، وتبعتهما جملة من النصوص التشريعية والتنظيمية تهدف كلها إلى تحرير الإقتصاد وإيجاد الميكانزمات المؤدية لذلك. ونتيجة لهذا التحول بدأت حرية التعاقد تنتعش من جديد وتستعيد دورها الريادي من خلال فتح المجال لحرية التجارة والصناعة التي نص عليها التعديل الدستوري لسنة 1996 بموجب المادة 37 منه³.

كما أن العمل على ترقية حرية الإستثمار وتشجيعه دفع بالمشروع الجزائري إلى تحرير السوق العقارية، وكان ذلك من خلال القانون رقم 25/90⁴ المتعلق بالتوجيه العقاري، الذي أعاد الاعتبار لحق الملكية الخاصة⁵ التي ضمنها دستور 1989 وكذا التعديل الدستوري لسنة 1996. وقد ترجم هذا التوجه سلسلة من القوانين والمراسيم، أهمها المرسوم التشريعي رقم

¹ - القانون رقم 29/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر عدد 29، 1988، ص 1062. وتبعه فيما بعد المرسوم التنفيذي رقم 37/91 المؤرخ في 13/02/1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج.ر عدد 12، 1991، ص 418. والذي ألغى فعلا إحتكار الدولة على التجارة الخارجية.

² - قانون 12/89 المتعلق بالأسعار المؤرخ في 05/07/1989 ج.ر عدد 29، 1989 الذي حرر الأسعار بعدما انتهجت الجزائر اقتصاد السوق.

³ - تنص المادة 37 من دستور 1996 على أنه: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون".

⁴ - القانون رقم 25/90 الصادر في 18/12/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، ج.ر عدد 49، 1990.

⁵ - نصت المادة 52 من دستور سنة 1996 على أن: "الملكية الخاصة مضمونة".

03/93¹ المتعلق بالنشاط العقاري، الذي فسح المجال أمام حرية التعاقد في العلاقات بين المؤجر والمستأجر ملغيا بذلك الحق في البقاء، والذي تبعه فيما بعده القانون رقم 05/07² المعدل والمتمم للقانون المدني. وكذلك الأمر بالنسبة لإيجار المحلات التجارية إذ أنه بموجب القانون رقم 02/05³، قد منح للمتعاقدین مطلق الحرية في تجديد الإيجارات والشروط التي ينتهي بها عقد إيجار المحل التجاري.

واتسع الدور الذي باتت تلعبه حرية التعاقد في ظل هذا النظام الجديد من خلال أعمال قواعد المنافسة، وفي هذا الصدد نجد الأمر 03/03⁴ الذي كرس حرية المنافسة. لكن ما تجب الإشارة إليه هنا، أن مبدأ حرية التعاقد وإن وجد في اقتصاد السوق تربة خصبة أعيد له فيها الاعتبار من جديد، إلا أن مفهومه قد تغير عن ما كان عليه من قبل، فلم يعد مطلقاً، وإن صار منضبطاً بقواعد النظام العام الاقتصادي في ثوبه الجديد، على ما سيتم تفصيله في الباب الثاني من هذه الرسالة.

ونظراً لأن المجال هنا لا يسمح لعرض جميع الميادين التي أعيد فيها الاعتبار لحرية التعاقد في ظل هذا التوجه الجديد، فإنه يمكننا القول من كل ما سبق أن مجال حرية التعاقد يتسع ويضيق بحسب التوجهات الاقتصادية التي تتجهها الدولة، فكلما كان الإقتصاد موجهها كلما كثرت القيود على حرية التعاقد خدمة لصالح الجماعة، وحيثما كان الإقتصاد حراً، كلما فسح المجال أمامها بصفة أكبر.

وإذا كان هذا هو حال حرية التعاقد وتطورها بين الإطلاق والتقييد في ظل النظم القانونية الوضعية، بما فيها القانون الجزائري، فإن حرية التعاقد تعتبر أصلاً عاماً في الفقه الإسلامي، وكان لهذا الأخير الأسبقية في إقراره، على ما سيتم تأكيده فيما يأتي.

¹ - المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في المتعلق بالنشاط العقاري، حيث جاء في المادة 20 منه: "لا تطبق المواد من 471 إلى 474، و509، وكذا المواد من 514 إلى 573 من الأمر رقم 58/75، والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الإستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي". وتجب الإشارة إلى أن هذا المرسوم قد تم إلغاؤه مؤخراً بموجب القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 المتعلق بالترقية العقارية، ج.ر عدد 14، 2011.

² - القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.

³ - القانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/05/26 المعدل والمتمم للأمر رقم 59/75 المتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 11، 2005، وبخاصة المادة 187 مكرر منه. راجع في هذا الصدد: ديدن بوعزة، الإيجارات التجارية بين النظام والتعاقد، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04، 2007، ص 69 وما بعدها.

⁴ - الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، 2003، ص 21.

الفرع الثاني

تطور مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي

إن المتتبع لكتابات الفقهاء المسلمين - خاصة المعاصرين الذين حاولوا جاهدين بناء نظرية متكاملة للعقد في الفقه الإسلامي - يجد أنهم قد أكدوا على أسبقية الفقه الإسلامي في إقرار مبدأ حرية التعاقد (أولاً). وأن هذا المبدأ يعد أصلاً عاماً (ثانياً).

أولاً: أسبقية الفقه الإسلامي في إقرار مبدأ حرية التعاقد

سبق القول أن القانون الروماني¹ لم يعترف في أي عصر من عصوره، بحرية التعاقد كمبدأ عام، كما أن القانون الكنسي وإن اعترف في آخر مراحلها بأن مجرد الإتفاق يكون ملزماً دون حاجة لإتباع شكل خاص، إلا أنه لم ينظر إلى الإرادة على أنها أساس العقد وجوهره كمبدأ قانوني عام، بل يقيّمها على فكرة دينية محضة قوامها أن من قطع على نفسه عهداً التزم بتنفيذه وإلا كان آثماً.

لذلك يرى فريق من المؤرخين والقانونيين بحق أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة إلى إقرار حرية التعاقد كمبدأ عام، ومنها انتقل هذا المبدأ إلى القوانين الغربية بما فيها القانون الكنسي².

وقد كان الممر الرئيسي لعبور هذا المبدأ وغيره من الأفكار الإسلامية إلى القانون الكنسي والغربي، عبر الأندلس التي استقر فيها المسلمون ثمانية قرون، وتعلم في مدارسها الكثير من الأوربيين. كما نشطت حركة الترجمة حيث ترجم الكثير من كتب العلماء المسلمين إلى اللاتينية. ولما ذهب المسلمون من الأندلس بقيت الكثير من هذه الأعراف والمبادئ بين أهلها. ولما عاد المسيحيون لحكم الأندلس، وبدؤوا بتقنين التشريعات لم يغفلوا هذه الأعراف والمبادئ والتي منها حرية التعاقد، والرضائية، والغبن الفاحش والغش والتدليس، وعقود المضاربة، والمزارعة، والرهن³.

كما كان لحركة التجارة داخل حوض البحر الأبيض المتوسط، الأثر البالغ في انتقال هذه المبادئ، نتيجة تأثير التجار الغربيين ولاسيما الإيطاليين بها، ثم نقلوها إلى بلدانهم، ثم

¹ - ينظر فيما يتعلق بهذا الموضوع ص 91 من هذه الرسالة.

² - علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، هامش رقم 01، ص 48.

³ - المرجع نفسه، ص 49 وما بعدها.

تسربت إلى القانون الكنسي والتشريعات الغربية الحديثة¹.

ثانياً: مبدأ حرية التعاقد كأصل عام في الفقه الإسلامي

لقد عرف العرب في جاهليتهم قبل الإسلام قدراً من المعاملات، كان أكثره يتم عن طريق المقايضة، لقلة تداول النقود التي كانت تأتي من مسكوكات البلاد الفارسية والرومانية. وقد قامت هذه المعاملات في غالبيتها إما على الغلبة والقهر، أو على الغش والخداع كالقمار وعقود الغرر، أو على الربا.

ومن جملة هذه المعاملات والعقود: بيع الحصاة، وبيع المنابذة، وبيع الملامسة، وبيع المحاكلة، وبيع المزابنة، وبيع الحاضر لبادي، وتلقي الركبان، وبيع النجش، وبيع التصرية، ورا الفضل والنسيئة، ويبدو واضحاً من هذه العقود أنها أكل أموال الناس بالباطل، فأفسدت الحياة الجاهلية، وأثقلت بالشكالية².

وفي ظلام هذه الجاهلية المدقع، جاء نور الإسلام الأبلج، ليعيد الأمور إلى نصابها، ويعيد الحياة إلى طبيعتها وفطري مدارها، ويقيم العقود على أصلح المبادئ رعاية لمصالح العباد، فقرر الملكية على أساس من العدل، وإلى انتقالها بسند من الحق، وبسبب من الشرع، لا من الغضب والغلبة والقهر، فحرم صور البيوع والمعاملات السابقة، لما فيها من قمار أو تغرير أو شكليات أو عيوب في التراضي، سواء إكراها أو غشا وتدليسا أو استغلالاً وغبناً، أو لما في تلك البيوع من ضياع للمال وأكله بالباطل، أو للجهالة وانعدام محل التعاقد، أو للنجاسات وإفساد العقيدة والعقول³.

وقد حرر الإسلام منذ البداية العقود من القيود والتعسفات، وربطها بالإيجاب والقبول المبنيين على التراضي والاختيار والأهلية، وجعل التراضي هو جوهر التعاقد في المعاوزات، وطيب خاطر في التبرعات، كما جاء في قوله تعالى: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"⁴، وقوله تعالى: "فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً"⁵.

ولم يشترط الإسلام الشكليات في العقود إلا إذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من

¹ - علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 58.

² - هشام عبد المقصود سعد، المرجع السابق، ص 37 وما بعدها.

³ - المرجع نفسه، ص 43.

⁴ - سورة النساء، الآية 29.

⁵ - سورة النساء، الآية 04.

العقد، كاشتراط الشهود في الزواج، واشتراط القبض في عقود الرهن والتبرع¹. أما باقي العقود الأخرى فقد اتفقت الإتجاهات الفقهية على أن الرضا هو أساسها لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"². فالإرادة حرة في إبرام العقد دون خضوع لأي نوع من أنواع الإكراه، إلا بما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة³.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه السنهوري: "والذي يلفت النظر في أحكام العقد، قاعدة أساسية قررها الفقهاء، تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان لتكوين العقد، ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره"⁴.

وهكذا فقد أقر الإسلام منذ البداية حرية التعاقد التي يقصد بها إطلاق حرية الناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع وحرمها، كأن يشتمل العقد على ربا أو نحوه، فما لم تشتمل تلك العقود على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعد العامة المقررة التي ترتفع إلى درجة القطع واليقين، فإن الوفاء بها لازم، والعائد مأخوذ بما تعهد به⁵.

وحرية التعاقد بهذا المفهوم ليست أمرا متفقا عليه بين فقهاء المسلمين، بل هي محل إختلاف، مبناه التشديد والتساهل في جعل كل آثار العقود من عمل الشارع، فالذين شددوا في هذا الأمر قالوا بأن الأصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة. لذا فليس للناس أن يعقدوا ماشاءوا من العقود، فهم مقيدون بعدد العقود التي وردت بها الآثار، ودلت عليها المصادر الشرعية، والذين تساهلوا وجعلوا لإرادة العاقدين سلطانا في آثار العقود بمقتضى الإذن من الشارع يجعل الرضا ذا أثر في العقود، جعلوا الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم الدليل على المنع والتحریم. ولذا فالناس أحرار في أن يعقدوا ماشاءوا من العقود ويشترطون من

¹ - مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 298.

² - سورة النساء، الآية 29.

³ - عبد الله الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، المكتبة العصرية، الطبعة 01، 2009، ص 70.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 40، 41.

⁵ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 223.

الشروط ما يرون فيه مصلحتهم إلا إذا قام الدليل على المنع¹.

ومما تجب الإشارة إليه هنا أن الفقه الإسلامي، من طبيعته وشأنه النمو والتطور والمرونة، وذلك سر خلوده وبقائه وصلاحيته لكل زمان ومكان، ولو كان الأصل فيه الثبات من كل وجه، والوقوف على حالة واحدة، والبقاء في صورة جامدة، لكان حاملا في طياته بذور انقضائه، وموجبات انتهاء دوره في الحياة الإنسانية، وهو ما لم ولن يقع، لأن مورده الأصيل الوحي الرباني².

ذلك أن الفقهاء يقسمون الأحكام الشرعية إلى نوعين: ثابت وهو الأمور الاعتقادية، ومادلت عليه قواطع الأدلة من الفروع الفقهية، ومتغير وهو ما وقع استتباطه من النصوص الظنية أو الأدلة المختلف فيها وما بني على الحاجة أو المصلحة أو العرف. النوع الأول لا يقع فيه اختلاف ولا تطور، أما الثاني ففيه مرونة وسعة، وفي إطاره يقع اختلاف الفقهاء في العصر الواحد فضلا عن العصور المختلفة، وفيه يقع النمو والتطور والتجديد، ومن سماته المرونة والسماحة والتيسير، وهو مؤثر على حيوية الفقه الإسلامي³.

وإذا كان الأصل في مجال العبادات أن لا يشرع فيها شيء إلا بنص أمر أو ناه أو مبيح، فإن الأصل في أبواب المعاملات المالية وصنوف الأدوات الاستثمارية الإباحة. وقد أكد الكثير من الفقهاء المتقدمين ذلك، ومنهم ابن تيمية في قوله: "تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان: عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم، فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله أو أحبها، لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع، وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيه عدم الحظر، فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى"⁴.

وهكذا ومادامت العقود تدخل في دائرة المعاملات المالية، فإن الاختلاف فيها وارد، وهو ما يمنحها صفة التطور والتجديد.

وعليه نخلص مما سبق دارسته بشأن تطور حرية التعاقد في مختلف الشرائع الوضعية،

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 223-224؛ وسنفضل الحديث عن أدلة كل رأي والنصوص التي استند إليها، لدى حديثنا عن نطاق حرية التعاقد في المبحث الثاني من هذا الفصل.

² - نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والإقتصاد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 2001، ص 11.

³ - نزيه حماد، المرجع نفسه، ص 12.

⁴ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء 04، المرجع السابق، ص 12-13.

ومنها التشريع الجزائري، أن هذه الأخيرة تضيق وتتسع بحسب الفلسفة الإيديولوجية التي تنتهجها الدولة في عصر من العصور. وكلما تغيرت هذه الفلسفة أو النظرة استتبع ذلك بالنتيجة اتساع مجال حرية التعاقد أو ضيقه تبعاً لذلك. كما تبين لنا أيضاً أن حرية التعاقد تعتبر أصل عام في الفقه الإسلامي، وقد تم إقرارها وتحديد مجالها بشيء من المرونة والسعة، تماشياً وتطور الحياة البشرية لتضحي الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان. لتكون سمة المرونة والتطور سمة مشتركة بين الفقهاء الوضعي والشرعي على اختلاف في الأصول. وسنتولى بيان هذه المرونة أكثر عند دراسة وتحديد مفهوم حرية التعاقد في كل من القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية فيما سيأتي.

المطلب الثاني

مفهوم حرية التعاقد في الفقهاء القانوني والإسلامي

إن الحديث عن حرية التعاقد وما تتمتع به من قيمة قانونية، أمر لا ينفصل بحال عن سياق الحديث عن الحرية عموماً كقيمة سامية، فالتعاقد حرية من الحريات العامة التي تثبت للإنسان بوصف كونه إنساناً ولا يمكن حرمانه منها بصفة مطلقة وإلا كان في ذلك عدواناً على شخصيته ذاتها، لذلك فإن تحديد مفهوم حرية التعاقد، لا يتأتى إلا من خلال تحديد مفهوم الحرية بوجه عام من جهة (الفرع الأول)، ومادام هذه الحرية ينصب موضوعها على التعاقد، فيجب أن نبيّن أيضاً المقصود بالعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الحرية بوجه عام في الشريعة والقانون

يعتبر مصطلح الحرية من بين أكثر المصطلحات شيوعاً وتداولاً على ألسنة الناس، ذلك أنها الهدف الذي ينشده ويسعى إليه الجميع، ويضحون من أجله بالغالي والنفيس، ومع ذلك فإنه لم يحصل اختلاف كما حصل بشأن تعريفها وتحديدتها، حتى غدت الحرية التي يفترض أن يكون فيها حل المشكلات الإنسانية أعقد المشكلات أو مشكلة المشكلات¹، لذلك فإن تحديد مفهوم الحرية، تحديداً نافياً للجهالة يقتضي، بيان مفهومها اللغوي والفلسفي بداية (أولاً)، ثم

¹ - محمد جنيد الديرشوي، الحرية الاقتصادية ومدى سلطان الدولة في تقييدها في الشريعة الإسلامية، دار النوادر، الطبعة الأولى، 2010، ص20.

مفهومها في الفقه القانوني (ثانياً)، ثم الحديث عن مفهوم الحرية في الفقه الإسلامي (ثالثاً).

أولاً: المعنى اللغوي والفلسفي للحرية

بعد بيان المعنى اللغوي لمصطلح الحرية (I)، نستعرض المعنى الفلسفي لهذا المصطلح (II).

1- معنى الحرية لغة:

الحرية في اللغة ضد العبودية، والحر بالضم نقيض العبد، وحرره أي أعتقه، والحر من الناس: أخيرهم وأفضلهم، وحرية العرب أشرفهم، والحرّ الفعل الحسن، يقال: ما هذا منك بحرّ، أي بحسن ولا جميل، والحرّة الكريمة من النساء¹.

وهناك معنى آخر للحرية استعمله المولدون على سبيل المجاز، فشاع شيوعاً واسعاً بين الناطقين بالعربية، حتى أصبح هو الذي يتبادر إلى الذهن عند إطلاق كلمة الحرية، هذا المعنى الحديث هو: "تصرف الإنسان على النحو الذي يشاء، لا يصرفه عن ذلك أمر غيره"².

II - الحرية عند الفلاسفة:

تعد الحرية أعقد مشكلة شغلت منذ القديم حيزاً كبيراً من التفكير الفلسفي والاجتماعي، حتى أعلن الكثير من الفلاسفة والمفكرين عن استسلامهم أمامها وعجزهم عن حلها، مثلما عبر عن ذلك الفيلسوف البريطاني Bain الذي قال: "حقاً إن هذه المشكلة - أي مشكلة الحرية - هي قفل الميتافيزيقيا الذي علاه الصداً من كل جانب"³.

على أنه بالرجوع إلى نظريات الفلاسفة في الحرية حسب ما أورده الدكتور زكريا إبراهيم

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، (دون تاريخ نشر). ص 183.

² يعود تاريخ هذا الاستعمال المجازي الجديد لكلمة الحرية إلى بداية القرن الثالث عشر الهجري بعد أن ترجمت كتب تاريخ فرنسا، وثورتها التي قامت فيها سنة 1789، وعبرت عنها بلفظة من اللغة اللاتينية وهي "liberté"، وتدل على معنى: الفاعل لما يريد. ذلك أن الجمهورية التي قامت عقب الثورة الفرنسية عملت على تفويض النظام الإقطاعي الذي كان يجعل من السكان عبيداً للأمير يأمرهم بما يشاء من الأعمال ويمنعهم من مزاولته ما يشاء منها، فقررت انطلاق الناس من تلك القيود وعبرت عنه بما ترجم له المترجمون بكلمة الحرية تشبيهاً وتقريباً. في هذا المعنى، الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005، ص 150-151.

³ ورد ذكر هذه المقولة عند: زكريا إبراهيم، مشكلات فلسفية - مشكلة الحرية -، دار مصر للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1972، ص 10.

في كتابه مشكلة الحرية، نجد لهذه الأخيرة أربعة مفاهيم:

1- حرية الاختيار القائمة على الإرادة المطلقة، أو حرية استواء الطرفين: وهي ملكة الاختيار دون أدنى باعث، يدفع نحو طرف دون آخر.

2- الحرية الأخلاقية، أو حرية الاستقلال الذاتي: وهذه تكون حين نصمم ونعمل بعد تدبر وروية، بحيث تجئ أفعالنا وليدة معرفة وتأمل، ووفقا لمبادئ أخلاقية يقرها عقلنا، وتقبلها إرادتنا.

3- حرية الحكيم، أو حرية الكمال: وهي حرية الفيلسوف الذي تحرر بالفعل عن عبودية الأهواء والغرائز والجهل، حيث يفترض استحالة فعل البشر.

4- العلية السيكولوجية أو النفسية: وهي الشعور بصورة معينة، أو استمرار نفسي معين، وقدرة يتصف بها الشعور، يكون معها الفعل الحر، هو الفعل الروحي أو التلقائي، النابع من أعماق أعماق ذاتنا، معبرا عن شخصيتنا، لأن المرء طبقا لهذا المفهوم لا يكون حرا، إلا حينما تصدر أفعاله تعبيراً عن شخصية بأسرها¹.

فالحرية في المنظور المادي تنطلق من طبيعة الإنسان المادي الذي لا يتعامل إلا مع ما هو محسوس ومشاهد وخاضع للتجربة، فهو لا يرضى نفسه بالتعامل مع الغيبيات. ومادامت حياته قصيرة ووقوعه بين برائين الموت وشيكا، فتراه يسعى سعيه اللاهث للتمتع بشتى اللذائذ، جاعلا من المنفعة المادية هدفه الأول. فيسلك إليها مختلف السبل دون أن يقف عند القيم الأخلاقية والمثاليات، وهذه النظرية ذاتها هي التي كانت سائدة في العصر الجاهلي، لقد كانوا يقولون: "الموت حق، لماذا نقضي هذه الأيام العديدة من الحياة التي ليس بعدها حياة أخرى- في الظمأ والحرمان، والموت بالارتواء أفضل من الموت بالظمأ". وقد عبر عن هذا المعنى الفكر الغربي في صراحة ووضوح فقال: "كل، اشرب، وكن مرحا"².

غير أن الإنسان المادي وجد نفسه، وهو في طريقه إلى إشباع نهمته من المتع، أمام سدود وحواجز، تمثلت في الأفراد الآخرين الذين يسعون أيضا لأخذ قسطهم من المتعة، من جهة، والسلطة أو الحاكم الذي يعمد إلى الحرية تقييدا أو إطلاقا حسب نظام كل مجتمع وفلسفته، من جهة ثانية، ومن هنا تولدت فكرة الصراع في الذهن الغربي.

¹ - زكريا إبراهيم، المرجع السابق، ص 20-22.

² - محمد جنيد الديرشوي، المرجع السابق، ص 28.

وتجب الإشارة هنا إلى أن ما يسمى بمشكلة الحرية من وجهة نظر الغالبية العظمى من شعوب العالم وهي تلك التي تتبنى الاتجاه المادي، فإنها ليست كذلك في نظر المدنية الدينية، أو ما يسمى بالاتجاه الإيماني الذي لا تشكل الحرية أي مشكلة من منظوره¹. وسنوضح ذلك عند الحديث عن الحرية في الفقه الإسلامي. بعد أن نبين مفهوم الحرية في الفقه القانوني الوضعي فيما يأتي.

ثانياً: مفهوم الحرية في الفقه القانوني الوضعي

الحرية في المفهوم القانوني تعني القدرة على أن يفعل الإنسان ما يشاء، ويقتضي ذلك أن يكون لديه من القدرات و الإمكانيات ما يمكنه من فعل ما يشاء. فالحرية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالقدرة والإمكانيات. وحول هذا المعنى يقول أحد الفلاسفة: "الحرية قدرة الإنسان على فعل ما يريد، ومن عنده أكثر يكون عادة أكثر حرية"، ويؤكد ذلك المعنى مقولة فولتير: "عندما أقدر على ما أريد فهذه حريتي"².

وعلى هذا عرفت المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789 الحرية بأنها "القدرة على عمل كل ما لا يضر".

فالحرية إذن إرادة واستطاعة كونها تتأثر بالإمكانيات المتاحة للفرد، وكلما تدعمت إمكانيات الفرد المادية والمعنوية زادت حريته، فحرية التجارة والصناعة مثلاً تتوقف ممارستها دون شك على الإمكانيات المادية المتاحة للفرد، فكلما كانت هذه الإمكانيات كبيرة و متوفرة فإن فرصته في ممارسة هذه الحرية تكون أكبر و العكس صحيح³.

ولا يكتمل تحديد مفهوم الحرية في الفقه القانوني إلا بتمييزها عما قد يختلط بها من مفاهيم قانونية أخرى، وهنا يجب التفريق بين الحرية والحق القانوني. فهذا الأخير مركز قانوني محدد يعطي صاحبه مزايا يستطيع بموجبها التصرف، ومجاله الآثار لأنه ينشأ على إثر واقعة تستثير قاعدة قانونية، كلزوم انطباق شروط التقادم على من أراد التملك به⁴، وأن من مقتضاه

¹ - محمد جنيد الديرشوي، المرجع السابق، ص 26.

² - سعاد الشراقوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، -تحديات وتحولات-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002. ص 295.

³ - نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحرية الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص 209 وما بعدها.

⁴ - وفي هذا تنص المادة 827 قانون مدني جزائري على أنه: "من حاز منقولاً أو حقاً عينياً منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشر سن دون انقطاع".

مسألة صاحبه إن هو أساء استعماله. أما الحرية فهي وضع عام غير محدد يستند إلى المبادئ العامة لا إلى النصوص القانونية، يكون للشخص بمقتضاها إختيار الطريق الذي يسلكه، ويقف استعماله عند مرحلة إنشاء الحق، وليست المسألة من مقتضاه¹.

ويتضح من ذلك أن الحرية تختلف عن الحق من عدة أوجه: فالحق يرد على موضوع محدد أو قابل للتحديد. أما الحرية فهي مجرد إباحة للشخص في أن يمارس كل ما لم يمنعه القانون من نشاط. ويتميز الحق بطابع الخصوصية، أما الحرية فلها صفة العمومية². كما ترتبط نشأة الحق بوجود واقعة قانونية، أما الحرية فتستند إلى المبادئ العامة، ومن ثم فهي موجودة ولو لم توجد وقائع أو قواعد محددة³.

وقد عبر الأستاذ حسن كيرة، عن الفرق بين الحق والحرية بقوله: "الفارق بين الحقوق وبين الحريات... كالفارق بين الطريق الخاص والطريق العام، الأول يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حاجزا مانعا لغيره من الناس، والثاني لا يكون خاصا بأحد بل يشترك الجميع في استعماله دون استثناء"⁴.

¹ - نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مطابع سجل العرب، 1978، ص 311-313.

² - ولذلك درج الفقه على استعمال مصطلح الحريات العامة، وتبعه في ذلك مختلف الدساتير والتشريعات العالمية، مع ضرورة التنبيه إلى وجود اختلاف فقهي حول متى توصف الحرية بأنها عامة، فذهب البعض إلى أن الحرية توصف بأنها حرية عامة عندما تترتب عليها واجبات يتعين على الدولة القيام بها، وواجبات الدولة تجاه الحريات العامة قد تكون واجبات سلبية = = و قد تكون واجبات ايجابية. وذهب البعض الآخر إلى أن كلمة عامة التي تلحق بالحريات تشير إلى تدخل الدولة ، لان ممارسة الأفراد لحرياتهم في مواجهة بعضهم البعض أو في مواجهة السلطة ، يقتضي بالضرورة تدخل الدولة حتى تتمكن من فرض النظام عن طريق توقيع الجزاءات على من يخل بهذا النظام ، فلا شك أن ممارسة الأفراد لحرياتهم العامة إذا تركت دون تنظيم من جانب الدولة ، فان هذا يؤدي إلى أن تعم الفوضى و يسود الاضطراب ، و هذا ما ياباه المنطق و يرفضه العقل، و ينتهي هذا الرأي إلى القول بان الذي يضيفي على الحرية صفة العامة ، هو تدخل السلطة للاعتراف بها و تهيئة الظروف المناسبة لممارستها؛ و يذهب فريق ثالث إلى القول بأن الذي يضيفي على الحرية صفة العمومية هو كونها مقررة لجميع الأفراد ووطنين و أجانب دون تفرقة بينهم بسبب الجنس أو السن أو الكفاءة أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي. ينظر في عرض هذه الآراء وحججهم :عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة- الحريات العامة و ضمانات ممارستها- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، (دون تاريخ ولا دار نشر)، ص 46 .

³ - بن شنيتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني- نظرية الحق-، (دون دار النشر)، الطبعة الثانية، 2009، ص 35.

⁴ - حسن كيرة، المدخل إلى القانون،- النظرية العامة للحق-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص 20.

ثالثاً: مفهوم الحرية في الفقه الإسلامي

تكمن حقيقة الإسلام في: "إخلاص الدين لله فلا معبود بحق سوى الله؛ ومقتضى هذا الإخلاص تحرير النفس البشرية من العبودية والخضوع والمسالمة لغير الله. وبذلك يسمو الإنسان بإرادته من الخوف بمقتضى **عقيدة التوحيد** "لا إله إلا الله" التي تمثل بحق شعار لإعلان حرية، وكرامة بني آدم، بحيث تسقط معها كل الطواغيت الوضعية ويضحى الإنسان وحده الكائن المتمتع بالحرية المطلقة بالمساواة مع بني جلدته في إطار المشروعية الإسلامية"¹. وفي هذا المعنى يقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: "إن حل المشكلة رهن بمعرفة الإنسان هويته، وإدراك أنه عبد مملوك لله، ومن ثم التهيؤ للإصغاء إلى تعاليم الله تعالى ومنهجه الذي رسمه لعباده، للتعامل على أساسه مع الكون والإنسان والحياة، فإذا ساد هذا اليقين في المجتمع الإنساني، وهيمن على أفئدة أفرادها، تخلى الكل عن الصراع والخصومة، وتحرر الجميع من استبداد الأقلية والأكثرية، ودانوا جميعاً لحاكمية الله سبحانه وسلطانه بثقة واطمئنان"².

ويذهب الأستاذ سعيد حوى إلى أن الحرية في الإسلام تطبيق لأحكام الإسلام، وأن المرء لا يملك كامل حريته إلا إذا دخل في دائرة العبودية لله وحده، حيث يكون التمتع بالقدر المسموح به، فلا يدخل أحد بيته إلا بإذنه، ولا يعتدي على جسمه، ولا على ماله أو عرضه... وحيث التمتع بمختلف الحريات سياسية كانت أم في الرأي والاجتهاد، أم في التصرف، وحيث يكون للمرء كامل الحرية في كل شيء مادام ملتزماً بالحق والعدل، اللذين أمر بهما الله سبحانه وتعالى"³.

ويقول الإمام الطاهر ابن عاشور: "ومن استقراء تصرفات الشريعة الإسلامية في أحوال الرقيق وعقدهم استخلص الفقهاء قاعدة "أن الشارع متشوف للحرية"، مما يعني أنها "الحرية" حق للبشر على الجملة، لأن الله لما خلق للإنسان العقل والإرادة، وأودع فيه القدرة على العلم فقد أكن فيه حقيقة الحرية، وخوله استخدامها بالإذن التكويني المستقر في الخلق، ولكن هذا الحق سرعان ما تعرض في تطبيقه لتنازع وتغالِب و تهاج ب سبب المساكنة والمعاشرة والمعاملة

¹ - عبد الحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، دار الفكر العربي، 1983، ص 150.

² - محمد سعيد رمضان البوطي، حرية الإنسان في ظل عبوديته لله تعالى، دار الفكر، دمشق، سوريا الطبعة الأولى، 1992، ص 29.

³ - سعيد حوى، الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1979، ص 288-290.

فيما بين الناس، الأمر الذي طرأ عنه تزامم الرغبات، فلم يكن لأحد بد من أن يقصر في استعمال حريته رعيًا لمقتضيات حرية الغير، إما بداعي الإنصاف من نفسه، وإما بتقدم غيره عليه، بأن يكف من بعض عمل ما يريده"¹.

وقد أعطى الله سبحانه وتعالى ثلاث وسائل للإنسان يستطيع من خلالها وبها تحقيق حريته، وهي العقل والإرادة والاستطاعة- القدرة-. فالعقل أساس التكليف ومناطه وبه تتم الأهلية إجماعاً. والإرادة أساس حرية الاختيار، فأنت تريد الشيء وترغب فيه، أو لا تريده ولا ترغب فيه. والاستطاعة أساس الفعل تنفيذاً، لأنها التمكّن والقدرة عقلياً ونفسياً وجسدياً، وطبيعي أن يكون التكليف في حدودها"².

ومما يدل على بالغ اهتمام الشريعة الإسلامية بمفهوم الحرية، أنها حددت لها عناصر بدونها لا يمكن أن تتحقق الحرية المنشودة. أولى هذه العناصر يتمثل في المسؤولية الفردية، ذلك أن التنصل من المسؤولية أو التهرب من نتائجها معناه إلقاء التبعة على الغير، أو جعل الآخر حاملاً متحملاً نتيجة عمل أو فعل لا دخل له بهما. وهذا يعني بالمقابل إخلالاً كبيراً بمفهوم الحرية، وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى: " ولا تكسب كل نفس إلا عليها، ولا تزرؤا وزرؤ أخرى"³.

فالمسؤولية الفردية تعد دافعاً كبيراً في الحث على الإخلاص في العمل وإتقانه، مما يجعل الحرية بهذا العنصر تساهم في بناء المجتمع الإسلامي"⁴.

لقد كان الإسلام واقعياً في إعطاء الإنسان حرية الاختيار، وكان واقعياً في جعل الجزاء مرتبطاً بنتيجة هذا الاختيار، لأنه لا يمكن أن تكون الحرية دون ضابط نهائي يضع لها طريقاً واحداً، إذ لو كانت الحرية كذلك لما كان لها أي معنى، وعندها تتساوى الإيجابيات والسلبيات، فالقاتل لا يختلف عن القاتل، والسارق عن المسروق... إلخ، لتكون الحرية فوضى إلى ما لا نهاية، وهذا ما يجعل تحديد الحرية لازماً، ومن هنا اتصف الدين الإسلامي بالتوازن والواقعية ورفض المبالغة والشطط"⁵.

¹ - الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 158 - 159.

² - حورية يونس الخطيب، الإسلام ومفهوم الحرية، دار الملتقى للنشر، قيرص، الطبعة الأولى، 1993، ص 44.

³ - سورة الأنعام، الآية 164.

⁴ - حورية يونس الخطيب، المرجع نفسه، ص 52، 53.

⁵ - المرجع نفسه، ص 65.

وعلى هذا فخطة الإسلام في تحرير الناس تنطلق بداية بتحرير ضمائهم ووجدانهم بغرس فيهم الشعور بالكرامة حتى إذا ما استقر ذلك في نفوسهم كانت الاستجابة إلى التشريع امتثالاً وطواعية¹. ويزيد في تثبيت هذه الحرية وتأكيد عليها تدريب المسلمين على ممارستها في صورة العبادات المقررة في الفروض العينية والكفائية إشعاراً للناس بقدسيته وتمكينها لها في نفوسهم.

وهكذا فالحرية صفة فطرية، وهبة ربانية، لا يتوقف منحها على قانون، فهو يؤكد ما وينظمها، ولا يفضل بها سلطان، إنه فقط يحميها ويضمنها، فهي تستمد شرعيتها من قوله سبحانه وتعالى: "ولقد كرّمنا بني آدم"². كما أثبتها الله عز وجل بنفي الإكراه: "لا إكراه في الدين"³. وأكدها جل شأنه برفع الإلزام بشيء دون رضا واختيار في قوله تعالى: "أنلزمكموها وأنتم لها كارهون"⁴.

والحرية معنى كلي لا يتجزأ ولا ينقسم سواء بالنسبة للأشخاص، أو من حيث الموضوع، في الزمان أو المكان، فهي عامة يتساوى فيها الجميع، وشاملة لكل الصور والأشكال، ودائمة لا تقبل المنع، إلا في ظروف محددة نادرة، ولا تحتمل التحديد والتقييد، إلا بشروط وضوابط معينة، فهي مع ذلك ليست مطلقة، ولا تعني الفوضى، لأنها أساس التكليف والمسؤولية، وعماد الثواب والعقاب، ودليل العقل والحكمة⁵.

وإذا كان هذا هو مفهوم الحرية بوجه عام، فإن هذا المفهوم ينسحب على جميع أنواع الحريات المقررة شرعاً وقانوناً، والتي منها حرية التعاقد. هذه الأخيرة التي تنصب على وسيلة يصفها الفقهاء بأنها عصب الحياة ووسيلة تحقيق الرفاه الإقتصادي للفرد والدولة معاً. وهي العقد الذي سنتولى في الفرع الموالي بيان حقيقته الشرعية والقانونية.

¹ - حمود حنبلي، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص73.

² - سورة الإسراء، الآية 70.

³ - سورة البقرة، الآية 256.

⁴ - سورة هود، الآية 28.

⁵ - محمد أحمد الزرقا، حرية التجارة في التشريع الإسلامي والقانون التجاري، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد رقم 06، 1991،

الفرع الثاني

حقيقة العقد في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

بعدما حددنا فيما سبق مفهوم الحرية بوجه عام في كل من القوانين الوضعية، والفقهاء الإسلامي، بقي أن نتكلم عن العقد باعتباره الوعاء الذي يحوي وتمارس من خلاله حرية التعاقد. والكلام عن العقد يقتضي منا بيان تعريفه، وأقسامه، وكذا نطاقه، دراسة مقارنة بين الفقهاء الإسلامي والقوانين الوضعية، ومنها القانون الجزائري على وجه الخصوص.

أولاً: تعريف العقد لغة

العقد في اللغة الجمع بين أطراف الشيء وربطها وشدها، وضده الحل، ويستعمل العقد على سبيل الحقيقة في الربط المادي، كعقد الحبل وعقد البناء. ويستعمل على سبيل الاستعارة في الربط المعنوي: كعقد البيع والعهد¹. وباستعراض هذه المعاني اللغوية للفظ العقد، فإنها وإن تعددت فهي متقاربة بعضها من بعض وهي وإن كثرت فهي مترابطة يجمعها معنى "الربط" المطلق عموماً ويشد بعضها إلى بعض. لكن هذا الربط يكون في بعضها حسي كالشد ونقيض الحل، وفي بعضها الآخر معنوي مثل العهد والتأكيد والحلف والعزم².

ثانياً: تعريف العقد في القوانين الوضعية

تجب الإشارة بداية إلى إختلاف نظرة المشرعين حول مدى الجدوى من تعريف العقد. فذهب البعض إلى أن التعاريف من عمل الفقهاء وليست من صميم عمل المشرع. في حين اتجهت مجموعة من التشريعات إلى تعريفه في صلب المواد القانونية. وبعد عرضنا لتعريف العقد في بعض القوانين المقارنة (I)، نرجع على تعريف المشرع الجزائري للعقد من خلال القانون المدني الجزائري (II).

I- تعريف العقد في القوانين المقارنة

عرّف القانون المدني الفرنسي العقد من خلال نص المادة 1101 بأنه: "اتفاق يلتزم

¹ - الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة، ص 341، مقتبس عن: محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المال، الملكية، العقد، دار النفائس، الطبعة الثانية، 2010، ص 199.

² - علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 108. ويرى هنا أن إطلاق العقد على الربط المعنوي هو إطلاق حقيقي لا غبار عليه، حيث أنه يبادر إلى الذهن عند الإطلاق ودون الحاجة إلى قرين ودليل، ويضيف في تبرير ذلك أن الأصل في الإطلاق الحقيقة دون المجاز. المرجع نفسه ص 109.

بمقتضاه شخص أو أكثر قبل آخر، أو آخرين بنقل حق عيني، أو بالقيام، أو بالامتناع عن عمل". ويظهر للوهلة الأولى من هذا التعريف أنه يفرق بين العقد والاتفاق، باعتبار الاتفاق جنس للعقد، فيكون أعم منه. إلا أن الفقهاء يجمعون على عدم الجدوى في التفرقة بين العقد والاتفاق، وبأن واضعي القانون المدني الفرنسي قد استعملوا المصطلحين كمترادفين¹.

أما بخصوص المشرع المصري فإنه لم يورد تعريفا للعقد في صلب القانون المدني الجديد، إلا أنه بالرجوع إلى المشروع التمهيدي نجده يعرف العقد في المادة 122 منه، المأخوذة من المادة الأولى من المشروع الفرنسي الإيطالي² بأنه: "اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها". وواضح من هذا التعريف أنه انتهج نفس نهج القانون المدني الفرنسي في اعتبار العقد اتفاق دون أهمية للتفرقة بينهما، من جهة. ومن جهة ثانية، ينم عن النزعة الشخصية الذاتية التي تغلب العلاقة الشخصية، على القيمة المالية.

أما القانون المدني العراقي فقد عرف العقد في المادة 73 منه بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه". ويقرب من هذا التعريف ما أورده القانون المدني الأردني في المادة 87 حين عرف العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه". وواضح من هذين التعريفين أنهما مأخوذتان من تعريف صاحب مرشد الحيران، الذي سبق شرحه فيما سبق، ومن ثم يظهر بجلاء تأثير هذين القانونين بالفقه الإسلامي وبنزعه الموضوعية في تعريف العقد³.

أما القانون المدني الكويتي فقد عرف العقد في المادة 31 منه: "العقد ارتباط الإيجاب

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ...، المرجع السابق، ص 149 - 150.

² - المشروع الفرنسي الإيطالي هو مجرد مشروع لم يتخذ بعد كقانون، وهو خلاصة القوانين اللاتينية، جددت حتى صارت تماشي العصر، وقد بدأ وضع هذا المشروع في أواخر الحرب العالمية الأولى في سنة 1918، إذ قام الأستاذ شيالويجا SCIALOJA، الفقيه الإيطالي المعروف، ينادي بتوحيد القانونين الفرنسي والإيطالي، فلقى نداؤه ترحيباً من الأساتذة الفرنسيين، فألفت لجنتان إحداهما فرنسية برئاسة الأستاذ لارنود LARNAUDE، والأخرى إيطالية برئاسة الأستاذ شيالويجا، واتفقت اللجنتان على أن تبدأ عملهما بقانون الإلتزامات والعقود، واختصت اللجنة الإيطالية بمصادر الإلتزام وأنواعه المختلفة، أما اللجنة الفرنسية فقد اختصت بأثار الإلتزام وطرق إثباته. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والإقتصاد، السنة السادسة، يناير 1936، العدد الأول، ص 55 وما بعدها.

³ - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، سنة 2001، ص 60-61.

بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون". يظهر من هذا التعريف أن المشرع الكويتي لم يأخذ بالقانونين الأردني والعراقي بنزعتهما الموضوعية الظاهرة. كما لم يشأ الأخذ بالتعريف الذي جرى عليه الفقه المعاصر بقوله: "العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني"، بل وقف وسطا بين ذلك. فعرفه بأنه ارتباط الإيجاب بالقبول بدلا من اتفاق إرادتين، وهذا يدل على النزعة الموضوعية، كما جعل هدف العقد إحداث أثر قانوني، وفي هذا جانب من النزعة الذاتية¹.

II- تعريف العقد في القانون المدني الجزائري

بعدما عرضنا لتعريف العقد في الفقه الإسلامي، وفي بعض القوانين المقارنة على اختلاف توجهاتها، نعرض لتعريف المشرع الجزائري لنرى مدى تأثره بأي من التعريفات التي سبق بيانها.

وقد عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما"².

وقد سبق القول أن هناك نزعتين بشأن تعريف العقد: نزعة ذاتية أو معنوية وأخرى موضوعية أو مادية، فتهتم النزعة الأولى في تعريفها للعقد بعناصر تكوينه: تطابق إرادة المتعاقدين، وأما النزعة المادية فتهتم عند تعريفها للعقد بآثاره وبالتوقعات القانونية التي أحدثها مسلك المتعاقدين. وواضح من تعريف المشرع الجزائري للعقد بأنه أخذ بالنزعة الذاتية تأثرا بالمشرع الفرنسي³. فاهتم بتعريف العقد من حيث كونه منشئا للالتزامات في ذمة المتعاقدين، ومن ثم اهتم بمرحلة الانعقاد أكثر من اهتمامه بمرحلة التنفيذ.

كما يلاحظ على هذا التعريف أيضا أنه يميز بين العقد والاتفاق ويعتبر العقد نوع من الإتفاق، على الرغم من أن غالبية الفقه يجمع على أن العقد والاتفاق اسمان لمسمى واحد.

ثالثا: تعريف العقد في الفقه الإسلامي

يطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين: معنى عام (I)، و آخر خاص (II).

¹ - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 62.

² - عدل المشرع الجزائري قد عدل النص وأضاف عبارة: "نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين"، بموجب القانون 10/05.

³ - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، هامش رقم 03، ص 43.

I- المعنى العام للعقد

وهو كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء التزم في مقابل التزام آخر كالبيع ونحوه أم لا، كاليمين والطلاق والنذور، وسواء كان التزامه دينياً، كأداء الفرائض والواجبات، أم التزاماً دنيوياً¹.

يقول الشافعي رحمه الله: جماع الوفاء بالنذر والعهد كان بيمين أو غيرها في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"²، وفي قوله تعالى: "يوفون بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيراً"³. وقد ذكر الله تعالى الوفاء بالعقود والأيمان في أكثر من آية، منها قوله تعالى: "وأوفوا بعهد الله إذا عهدهم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها"⁴. وقال عز وجل: "الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق"⁵. قال الشافعي: "هذا من سعة لسان العرب الذي خوطبت به، فظاهره عام على كل عقد، ويشبهه والله أعلم أن يكون الله تبارك وتعالى أراد: أن يوفوا بكل عقد كان يمينا أو غير يمين، وكل عقد نذر إذا كان في العقد لله طاعة، أو لم يكن له فيما أمر بالوفاء منها معصية"⁶.

ومن أنصار هذا المسلك أيضا الألويسي حيث يقول في تفسيره لقوله تعالى: "أوفوا بالعقود"⁷: "واختار المفسرون، أن المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به أو يحسن ديناً"⁸.

وأما أبو بكر الجصاص، فيضيف إلى مفهوم العقد العام شرطاً هو ارتباطه بالمستقبل وفي هذا يقول: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، لأن العقد إذا كان في أصل اللغة: الشد، ثم نقل إلى الأيمان والعقود، فإنما أريد به

¹ - علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 111 - 112.

² - سورة المائدة، الآية 01.

³ - سورة الإنسان، الآية 07.

⁴ - سورة النحل، الآية 91 .

⁵ - سورة الرعد، الآية 20.

⁶ - الشافعي، أحكام القرآن، تحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، 1395 هـ، ص 65-67.

⁷ - سورة المائدة، الآية 01.

⁸ - أبو الفضل شهاب الدين محمود الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، إدارة المطبعة المنيرية بمصر درب الأتراك، الطبعة الثانية، (بدون تاريخ نشر)، الجزء السادس، ص 84.

إلزام الوفاء بما ذكره وأوجبه عليه، وهذا إنما يتناول منتظرا مراعى في المستقبل من الأوقات، فسمي البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقودا، لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدا، لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أوترك، وكذلك العقد، وكل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور، وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك، وكذلك الطلاق المعلق على شيء في المستقبل"¹.

ويلاحظ من كل ما سبق مدى الارتباط بين المعنى اللغوي للعقد، وهذا الإطلاق العام. فإذا عقد الشخص عزمه على شيء فقد ارتبط أولا وقبل كل شيء مع نفسه على إحداث شيء ما أو تنفيذه، فقد حدث الربط بين إرادته وعزمته لإحداث أو تنفيذ ما أراده من غاية مشروعة سواء أكان ما أراده مما يحتاج إلى رضا الطرف الآخر، أم لا يحتاج - ماليا كان أو غير مالي. وبهذا المعنى يرتبط المعنى الاصطلاحي العام للعقد بالمعنى اللغوي له، ويزيد عليه المعنى اللغوي بأنه يشمل الربط بين الأشياء المحسوسة كالحبل - مثلا - كما سبق أن بينا، فالمعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي المذكور².

وخلاصة ما سبق أن العقد في أنظار هؤلاء الفقهاء، كل ما التزم فيه الشخص بالوفاء بأمر في المستقبل، سواء كان ذلك بإلزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر. ولذلك يتكلمون في التعليق، والشروط المقترنة بالعقود على الطلاق والإبراء والإعتاق، على أنها عقود، مع أنها لا تعتبر عقودا، إلا على هذا المعنى، لأنها تنشئ التزاما بأمر في المستقبل، وهو عدم الحل في الطلاق، وعدم المطالبة في الإبراء، وسقوط الملكية في العتاق³.

II - المعنى الخاص للعقد

وهو الإلتزام الصادر من طرفين متقابلين، الناشئ من إيجاب وقبول. وهذا المعنى هو المراد في الغالب لدى معظم الفقهاء عندما يطلقون لفظ العقد على هذا المعنى الخاص عند بحثهم عن صيغ العقود من إيجاب وقبول. وانطلاقا من هذا المعنى الخاص للعقد فقد تعددت

¹ - أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ نشر)، ص 294، 295.

² - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، دار كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 47.

³ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 174.

تعريف الفقهاء بشأنه:

فقد عرّفه ابن الهمام بأنه: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما-أعني متولي الطرفين"¹. وعرّفه الجرجاني بأنه: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا"². كما عرفته مجلة الأحكام العدلية³ في المادة 103 بأنه: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول".

على أن التعريف الأكثر قبولا عند الفقهاء هو التعريف الذي أورده صاحب مرشد الحيران⁴ في المادة 262 بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"⁵. ويظهر من هذا التعريف أن العقد لا يتم إلا بتوافر مجموعة من العناصر تتمثل فيما يلي:

العنصر الأول: وجود طرفين أحدهما موجبا، والآخر قابلا، فإذا كانت الإرادة صادرة من شخص واحد، فلا يسمى هذا عقدا، بل يسمى إرادة منفردة. وعلى هذا يكون البيع ونحوه عقدا، ولا يكون الوقف والإبراء أو النذر أو اليمين ونحو ذلك عقدا لتحققه بإرادة واحدة⁶.

ويؤكد هذا المعنى الأستاذ علي الخفيف إذ يقول: "ومن هذا يتبين أن المناط في وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادة العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام بينهما...وعلى ذلك فالعقد عند الفقهاء لا يكون إلا بين طرفين ولا يكون من طرف واحد، وإن كان من طرف واحد لم يكن عقدا وإنما سمي إلتزاما أو تصرفا..."⁷.

¹- ابن الهمام الحنفي، فتح القدير، الجزء 02، المطبعة الأميرية، القاهرة، مصر، 1316 هـ، ص 341.

²- علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص 108.

³- مجلة الأحكام العدلية تقنين رسمي لأحكام الفقه الإسلامي في جانب المعاملات على الفقه الحنفي، جاء في 1851 مادة، وقد وضعت الدولة العثمانية سنة 1876، وطبق فعليا في الجزء الأكبر منها، وتعتبر دولة الكويت آخر الدول التي ظلت تعمل به إلى غاية صدور تقنينها المدني بتاريخ 25 فبراير 1981. محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2003، هامش رقم 33، ص 22

⁴- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان هو مؤلف ألفه الفقيه أحمد قدري باشا جمع فيه أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات على المذهب الحنفي، وقد جاء هذا المؤلف في شكل تقنين احتوى على 941 مادة، وقد طبعته الدولة المصرية في سنة 1890، محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، هامش رقم 32، ص 22.

⁵- محمد قدري باشا، مرشد الحيران، ص 49.

⁶- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 1999، ص 127.

⁷- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1996، ص 138.

العنصر الثاني: صدور ما يدل على الرضا بين العاقدين، ويتحقق ذلك بصدور ما يدل عليه من كلام، أو ما يقوم مقامه من إشارة أو كتابة أو فعل¹.

العنصر الثالث: ارتباط القبول بالإيجاب، وظهور أثر هذا الارتباط في المعقود عليه، بمعنى أن القبول متى ارتبط بالإيجاب يترتب عليه خروج المعقود عليه من حالته الأولى إلى حالة جديدة، ففي البيع مثلا يخرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، ويخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع².

العنصر الرابع: مشروعية المحل، فإذا كان غير مشروع لا يسمى عقداً، كأن يقول شخص لأخر: أجرتك على أن تقتل فلانا مقابل أن أعطيك كذا، ويقول الآخر قبلت. فهذا الاتفاق وإن كان صادراً بين طرفين عبراً عن إرادتهما بإيجاب وقبول، إلا أنه لا يتوقف عليه أثره، لأنه انصب على محل غير مشروع³.

ويرى الأستاذ السنهوري أن هذا التعريف الذي سبق بيانه، ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية، فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول، لا من حيث إنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية، بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه أي يغير المحل من حالة إلى حالة⁴.

وعلى الرغم من الدقة التي إمتاز بها تعريف صاحب مرشد الحيران للعقد، إلا أن الأستاذ علي محي الدين القره داغي يرى أن هذا التعريف ترد عليه المآخذ الآتية:

- إن كون ترتيب الآثار ركناً في العقد بعيد، لأن الركن لا بد وأن يكون ذاتياً داخلاً في ماهية الشيء ولا يقوم الشيء إلا به، وهو لا يرقى إلى هذه الدرجة لأنه أثر من آثار العقد، ولا يبحث عن ترتيبه إلا بعد انعقاد العقد، أي أن الأثر لاحق لانعقاد العقد، فحقيقة العقد شيء وآثاره شيء آخر فلا يلزم من وجوده وجودها، وهذا ما أكده ابن تيمية في قوله: "يجوز أن يلزم العقد إن وجد شرط لزومه، ويجوز أن لا يلزم"⁵.

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، (دون دار نشر)، الطبعة الثانية، 1403 هـ، ص 343؛

أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 127.

² - أحمد فراج حسين، المرجع نفسه، ص 127 - 128.

³ - الشرنباصي، المرجع نفسه، ص 343.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 77.

⁵ - ابن تيمية، قاعدة العقود، المرجع السابق، ص 228.

- إن هذا التعريف غير جامع لكل أقسام العقود، لأنه خاص فقط بالعقد الذي يترتب عليه أثر، أما العقود التي لا يترتب عليها أثر لأي سبب كان فلا تسمى عقداً، مع أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم يطلقون العقد على الصحيح والفاقد، بل نراهم يقسمونه إلى صحيح وفاقد وموقوف، ولازم وغير لازم، وباطل، ولاشك أن التقسيم لا يتم إلا إذا كان المقسم حقيقة في أقسامه.

- إن هذا التعريف يخص الانعقاد وليس العقد، وبينهما فرق شاسع. فالفقيه قدري باشا صاحب التعريف قد أخذ من العلامة البابرتي الحنفي، بالرغم من أن هذا الأخير أشار إلى أن تعريفه هذا ليس لمطلق العقد بل هو تعريف للانعقاد، ذلك أن الحنفية يفرقون بين العقد، والانعقاد، فالأول عام لكل ربط تم بالإيجاب والقبول سواء ترتب عليه الأثر أم لا، والثاني خاص بما إذا ترتب عليه الأثر الشرعي¹.

ويخلص في الأخير الأستاذ القره داغي إلى تعريف العقد بأنه: "التزام ناشيء عن ارتباط الإيجاب بالقبول"². والإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدين معبراً عن إرادته في إنشاء العقد، أما القبول فهو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر بعد الإيجاب معبراً عن رغبته ورضائه وموافقته عليه³.

وما يمكن ملاحظته على هذا التعريف الأخير أنه يحاول أن يجمع بين النزعتين الموضوعية والذاتية، فتظهر النزعة الموضوعية من خلال الإلتزام الذي ينشأ عن هذا الإرتباط، وهو ما يسمى بالمعقود عليه أو المحل، في حين تظهر النزعة الذاتية من خلال العلاقة الشخصية التي تكون بارتباط الإيجاب بالقبول⁴.

ويتضح مما سبق جلياً أن كلا من الفقه الإسلامي، والقانون وفقهه الوضعي، تتنازعه نزعتين إحداها موضوعية، والأخرى ذاتية، وعلى ضوء تغليب إحداها على الأخرى تظهر الفوارق بين الفقهاء حول تعريفهما للعقد على ما سنبينه في النقطة الموالية.

¹ - ينظر في تفصيل نقد هذا التعريف: علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 119 وما بعدها.

² - المرجع نفسه، ص 125.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - وهذا ما أشار إليه صراحة بقوله: "والحق أن الفقه الإسلامي لا يمكن أن توصف نزعته بالموضوعية البحتة، ولا بالذاتية المحضة وذلك لأن الفقه الإسلامي باعتباره منبثقاً من الدين لا يمكن أن يفصل المحل المعقود عليه من الملتمزم نفسه، فرعاية نوايا الشخص وقصوده لها أهمية كبرى في الحكم بالصحة أو البطلان ليس على نطاق الديانة فحسب، بل على نطاق القضاء بالنسبة لبعض العقود حتى عند الحنفية". علي القره داغي، المرجع السابق، ص 130.

رابعاً: مقارنة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي و في القوانين الوضعية

إن العقد في نظر الفقه الإسلامي ليس هو اتفاق الإرادتين، وإنما هو الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعاً للانعقاد، فلا يعتبر إذ ذاك انعقاداً رغم اتفاق إرادتين، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشرع والقانون.

فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره الشرع لغوا لا ارتباط فيه، ذلك لأن التعريف القانوني يعرف العقد بواقعه المادية، وهي اتفاق إرادتين، أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعه الشرعية، وهي: الارتباط الاعتباري، وهذا هو الأصح لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الارتباط الشرعي الذي عليه المعول في النظر الحقوقي¹.

كما يذهب بعض الفقهاء إلى أن التعريف الفقهي يبقى متميزاً عن التعريف القانوني في نطاقه وأثره. فمن ناحية النطاق فالعقد في القانون يطلق على الاتفاق الذي يقع في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المدنية. أما العقد في الفقه الإسلامي، فكما يطلق على ما يكون في دائرة المعاملات المالية، يطلق كذلك على عقد الزواج، لأن العقود وسائر التصرفات الشرعية، أوضاع اعتبرها الشارع مستتعبة آثارها ومفيدة أحكاماً خاصة بها.

أما من ناحية أثر العقد، فإن أثر العقد في القانون هو إنشاء التزامات سواء أكان الالتزام يعتبر نافذاً بقوة القانون بمجرد انعقاد العقد إذا كان المبيع منقولاً، وقد يجب لفاذه عمل من المدين كدفع الثمن. أما في الفقه الإسلامي فالعقد ينتج حكمه بمجرد انعقاده صحيحاً، ودون حاجة لاتخاذ إجراء آخر مستقل عن العقد، فالبيع بمجرد انعقاده ينقل بقبوته الذاتية ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، دون أن ينشئ التزاماً بذلك².

وخلاصة القول أن العقد في القانون أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين، وأما في الإسلام فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة³. وهكذا فعد بيان حقيقة كل من النظام العام وحرية التعاقد في التشريعين القانوني والوضعي، نعد إلى بيان بعض القيود التقليدية التي يفرضها النظام العام على حرية التعاقد الفصل الموالي.

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 294 .

² - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 130، 131.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، الجزء 04، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 02،

1985، ص 82.

الفصل الثاني

فكرة النظام العام التقليدي كمصدر لحدود حرية التعاقد في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي يعد مبدأ حرية التعاقد الذي يقصد به حرية الشخص في إبرام العقد، وحرية في الإمتناع عن إبرامه، وحرية في تحديد مضمونه، أحد أهم المبادئ القانونية التي قامت عليها نظرية العقد قديماً وحديثاً.

فقد قامت نظرية العقد في ظل الأنظمة القانونية المعاصرة خصوصاً مع بداية القرن التاسع عشر، على أسس الإطلاق في حركة الإرادة ومكنات الحقوق إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد. وهذا من شأنه بدهة أن يخلق نوعاً من الصراع الصدامي بين الأفراد، صراع هو نتاج تعارض وتضارب الإرادات، الأمر الذي بات يهدد التضامن داخل المجتمع، والذي تستلزمه ضرورات الحياة الهادئة المستقرة داخل كل جماعة بما يحفظ تماسكها الحيوي.

وبالنظر إلى تلك الضرورة الحتمية لهذا التماسك الحيوي بين قوى المجتمع المختلفة يضحى تضارب الإرادات الفردية وتعارض مصالحها الحقيقية، أمر بالغ الخطورة يستوجب التصدي منعا لأي اختلال يمكن أن يصيب هذا التماسك. الأمر الذي وضع الفكر القانوني الوضعي- منذ بداية القرن الماضي- أمام تحدٍ حقيقي، إذ كيف يتسنى له المحافظة على مبادئ الإطلاق في الحريات والحقوق، وفي ذات الوقت يحافظ على التوازن بين أفراد المجتمع وجماعته على نحو يحول دون أي إختلالات إجتماعية، فاضطلت فكرة النظام العام بمهمة الحد من حرية التعاقد والتقليل من غلوئها. ومن ثم فقد تم تقييد مبدأ حرية التعاقد من خارجه عن طريق فكرة النظام العام.

وهذا على خلاف مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي فهو محكوم منذ البداية بعقيدة التوحيد أي بالعبودية لله رب العالمين فمهما ورد عليه من قيود مستحدثة تحقيقاً للمصلحة الشرعية فسيظل كما هو ولا يمثل انقلاباً في النظام الشرعي، لأنه جاء منذ البداية مقيداً بهذا القيد الهام وهو أن هذه الحرية في إنشاء العقد إنما هي منحة من الخالق سبحانه وتعالى ولا يجوز استخدامها إلا في تحقيق مصالح الناس. فإذا تعارضت في بعض الأحيان مع مصالح الناس فيجب على ولي الأمر أن يتدخل لتقييد هذه الحرية، وعليه فبعد الإشارة إلى بعض وظائف النظام العام في كل من القانون الجزائري الفقه الإسلامي.(المبحث الأول)، نتوقف عند أهم وظيفة له وهي تقييد حرية التعاقد(المبحث الثاني)،

المبحث الأول

وظائف النظام العام في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

متى كان النظام العام مجموعة قواعد جازمة موجهة إلى الأفراد المخاطبين بها، منشئة لإطار تنضغط داخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعا تحقيقا للمصلحة العامة. فإن حرية هؤلاء الأفراد في إبرام وإنشاء العقود، ستفقد حتما قدرا من سلطانها وحريرتها. بحيث ينبغي التضحية بسلطان الإرادة الفردية لصالح إرادة المجموع¹.

وفيما يخص النظام العام الشرعي فإن الأحكام المتعلقة به أيضا، لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلافها، لأنها تتعلق بالمقاصد الأساسية للتشريع الإسلامي، فالنظام العام الشرعي يهدف إلى حماية مقاصد الشريعة، وصيانتها من الإخلال بها أو الاعتداء عليها.

ولا تتحقق هذه الحماية إلا من خلال القيود والضوابط التي ترسم للناس حقوقهم وتبين لهم واجباتهم، ولا بد لهذه القيود من صفة الحتمية والإلزام، ليكون أثرها نافذا بين الناس².

وهكذا فإن فكرة النظام العام الشرعي والوضعي، تصبح بمثابة حد على حرية التعاقد، بل إن جميع الحدود والقيود الأخرى الواردة على هذه الحرية، يمكن ردها في أبعادها ومراميتها المتغاية إلى فكرة النظام العام. الأمر الذي يمكن القول معه، والذي سيتم التذليل عليه في هذا المبحث، أن هذه الفكرة باتت تشكل مصدرا لحدود حرية التعاقد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. وعليه فبعد عرض وظائف النظام العام في القانون الجزائري (المطلب الأول). نعرض لوظائف النظام العام الشرعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

وظائف النظام العام في القانون الجزائري

اتضح من خلال ماسبق بيانه بشأن تحديد مفهوم النظام العام في القانون الجزائري، بأن الفقه والقضاء عموما قد عرّفا النظام العام تعريفا غائيا وظيفيا، بالنظر إلى الوظيفة التي يضطلع بها. ومن ثم فقد جاء تعريفهم للنظام العام بأنه مجموعة القواعد الجازمة التي تهدف إلى حماية الأسس الجوهرية في المجتمع، سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو إجتماعية أو

¹ - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 101.

² - أحمد ياسين عبد الرحمن القراله، النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1996، ص 54.

خلاقية. وهذه الأسس هي التي يقوم عليها كيان الجماعة، وتساهم في استقراره. فالمقصد الكلي لفكرة النظام العام هو حماية الأسس الجوهرية في المجتمع، أو المصالح العليا، وفي هذا المقصد تلتقي فكرة النظام العام في القانون الجزائري، مع فكرة النظام العام الشرعي التي تهدف أيضا إلى حماية مقاصد الشريعة ووكلياتها الأساسية. على أن هذا القاسم المشترك يأخذ تفصيلا متغيرة في كل من النظامين الشرعي والقانوني، إذ أن للنظام العام الشرعي متسع ويتميز بشمول في وظائفه وأدواره، في حين أنه يشغل في القانون الجزائري حيزا أقل بحكم أنه محصور في رعاية المصلحة العامة، وبعض مصالح الفئات الخاصة، فضلا عن نسبيته وتغيره بتغير الزمان والمكان.

ففكرة النظام العام في القانون الجزائري وبالأخص في فروع القانون الخاص ودائرة المعاملات والعقود، تجد مصدرها التاريخي في القانون الفرنسي كأصل عام، مع ما أحدثه المشرع الجزائري من تغييرات لجعل هذه الفكرة منسجمة ومقومات وثوابت المجتمع الجزائري المستمدة من عقيدته الإسلامية. وعليه فإن تحديد وظائف النظام العام في القانون الجزائري يوجب بداية تتبع تطور الدور الوظيفي لفكرة النظام العام في القانون الفرنسي (الفرع الأول).

على أنه ونتيجة لهذا التطور استقر لفكرة النظام العام في القانون الجزائري وظيفتين، الأولى على مستوى القانون الدولي الخاص، بحيث إذا كنا أمام تنازع قوانين، وأشارت قاعدة الإسناد في القانون الوطني إلى تطبيق قانون أجنبي، وتبين أن تطبيق هذا الأخير يتعارض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري، فإن فكرة النظام العام تصبح بمثابة صمام أمان يحمي المجتمع الوطني وذلك باستبعاد تطبيق هذه القوانين الأجنبية (الفرع الثاني). وتتمثل الوظيفة الثانية في حماية المصالح العليا للمجتمع وذلك بالحد من حرية وسلطان الأفراد في إبرام وإنشاء العقود خدمة لمصالح المجموع (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تطور الدور الوظيفي لفكرة النظام العام في القانون الفرنسي

إن تتبع تطور فكرة النظام العام في القانون الفرنسي، يكشف عن تعدد الوظائف التي اضطلعت بها هذه الفكرة، فقد استحال من أداة في يد الطبقة البورجوازية لبت أفكارها الليبرالية الحرة (أولا). إلى فكرة يرتجى منها حفظ التوازن داخل المجتمع وإزالة التضارب بين الإيرادات الحرة منعا لأي إخلال بالمصالح الأساسية في المجتمع (ثانيا). إلى أن أصبحت وسيلة لفرض

مشروعية القاعدة القانونية بعدما انزوى العرف من صناعتها (ثالثاً).

أولاً: فكرة النظام العام كأداة قانونية للتأسيس للفكر الليبرالي الحر

لم يعرف تاريخ البشرية قبل وصول البورجوازية لسدة الحكم، استخدام للنظم القانونية بغية تحقيق أهداف ومصالح بعض الجماعات داخل المجتمع مثلما شهدته المجتمعات في ظل البورجوازية، التي لم تكف بصياغة الأفكار القانونية على النحو المحقق لأهدافها، وإنما أعادت صياغة العقل الجمعي القانوني ذاته بأنساقه القيمية والمفهومية والأخلاقية¹.

فكانت فكرة النظام العام مظلة يتعين على التصرفات القانونية أن تستظل بشرعيتها وإلا كان البطلان جزاء لها، ومن ثم عكف النظام القائم آنذاك على صناعة هذه المظلة، وذلك بتأميم صناعة القاعدة القانونية لصالح المؤسسة التشريعية التي يسيطر عليها الفكر الفردي الحر².

وهكذا فقد صاغ الفكر البورجوازي البناء القانوني إلى نهاية القرن التاسع عشر على أصل من مفهوم فردي خالص، يمثل فيه الفرد القيمة العليا وحرية هي موضوع القانون، وحقوقه هي لبناته بحيث يغدو الفرد وكأنه في النهاية الغاية العليا للقانون³.

ثانياً: فكرة النظام العام أداة قانونية لإعادة التوازن داخل المجتمع

إن البناء القانوني الذي شيده المجتمع الليبرالي، والقائم أساساً على إطلاق حريات الأفراد، قد خلق نوعاً من الصراع والتضارب بين إرادات الأفراد داخل المجتمع، الأمر الذي أضحى يهدد التوازن المجتمعي، وهدم كل ما شيده الفكر الليبرالي الحر. لذلك وجب البحث عن وسيلة من شأنها منع هذا الإختلال، فكانت فكرة النظام العام أحد أهم أدوات العقل القانوني الوضعي التي وجد فيها بغيته لأجل ضبط سلطان الإرادات وأداء الحقوق، ليصير لكل إرادة فردية أو جماعية سلطانها الكامل، شريطة أن لا تعرض أياً من أسس ومصالح الجماعة التي تركز عليها لخطر الانتهاك. وعليه فقد غدت فكرة النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة، فهي ليست سوى تنظيم لحركة الأفراد داخل الجماعة لتنظيم يحول دون تعارضها أو تصادمها⁴.

¹ - مصطفى أبو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، الطبعة 05، 1997، ص 118.

² - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 52.

³ - مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 18.

⁴ - عماد طارق البشري، المرجع نفسه، ص 54-56.

ذلك أنه ونتيجة للثورة الصناعية التي شهدتها أوروبا في تلك الفترة، وانتشار الآلة، تعطلت الملايين من القوى العاملة، ونتيجة لزيادة العرض على الطلب تحكم رأس المال في اليد العاملة التي لم تعد تملك أي إرادة حرة في التصرف مما أدى إلى انعدام الحرية ذاتها. وإزاء انعدام الحرية وانتشار البطالة تركزت الحقوق في يد القلة من أصحاب المصالح حائزي رأس المال، ما بات يوشك باستحالة النظام الفردي الحر إلى نقيضه¹.

الأمر الذي حدا بالسلطة إلى التدخل لضبط عمليات التسيير المجتمعي، وفق قراءة جديدة لأسس النظام الفردي الحر، مدعمة بأفكار مستحدثة عليه، من فرض جواز تدخل الدولة في الأنشطة الفردية والاجتماعية، وتعين استهداف المساواة على مستوياتها النظرية المدنية والقانونية، وكفالة تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص².

ثالثاً: فكرة النظام العام وسيلة لفرض مشروعية القاعدة القانونية وحمل الأفراد على احترامها
إن القاعدة القانونية أياً ما يكون مصدر شرعيتها تجد في قبول المجتمع سندها الأساس في البقاء والفاعلية، فثمة من القواعد القانونية ما يكون ذا نشأة صحيحة من الناحية الشرعية، ومع ذلك سرعان ما يصيبها الذبول والانزواء، لعدم مصادقتها لقبول المجتمع الذي يشكل قوة دفع لكل قاعدة قانونية تروم بقاءها ودوام فاعليتها³.

فقد ظل العرف ولأمد طويل المصدر الوحيد للقاعدة القانونية، وهو لا يعدو أن يكون استخلاصاً لما أطرده العمل به، سنة ملزمة، دونما أدنى تدخل من السلطة الحاكمة. أي هو الاستجابة الجمعية التلقائية لما تفرضه ضرورات الحياة في الجماعة⁴.

ومع التطور الذي لحق المجتمعات، تم استحداث مصادر أخرى للقاعدة القانونية بخلاف العرف، ومع ذلك بقي القبول العام للمجتمع حجر زاوية شرعية أي قاعدة قانونية. فقد اكتشفت الدولة الحديثة استحالة تهميش دور القبول العام للمجتمع. فالقاعدة القانونية تتطلب حتى تحقق الغاية التي سنت من أجلها، قبول المجتمع بها، وإلا تعرضت لجميع صور التملص والخرق كلما أمكن ذلك، إذ أن عنصرَي الجبر والجزاء لا يمكنهما أن يضطلعا وحدهما بحمل أفراد

¹ - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 129.

² - المرجع نفسه، ص 132-134.

³ - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 59.

⁴ - مصطفى محمد الجمال، الحق، المرجع السابق، ص 305.

المجتمع على قبول القاعدة القانونية¹.

فكان لا بد من ابتداء أداة قانونية لتحقيق هذه الغاية، وهو ما اضطلعت به فكرة النظام العام من جديد، فعن طريق نسبة القاعدة القانونية المراد إقناع الجماعة بها إلى هذه الفكرة، - باعتبار القاعدة محققة لحماية عليا للمصالح الكلية للجماعة التي لن يستقيم حالها بدونها- يمكن للدولة توفير القبول المتطلب لمنح القاعدة المصادقية التي هي جوهر شرعية أي قاعدة قانونية².

مما تقدم يظهر تنوع وتعدد الوظائف التي اضطلعت بها فكرة النظام العام، وهذا التطور الوظيفي قد مس في الحقيقة جميع فروع القانون العام منها والخاص، الداخلي والدولي، وهذا ما سيتم تفصيله فيما سيأتي.

الفرع الثاني

فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي في فقه القانون الدولي الخاص

إن وظيفة النظام العام لا تقتصر على القانون الداخلي بمختلف فروعه فحسب، بل تتعدى ذلك إلى القانون الدولي الخاص، حيث تقف فكرة النظام العام متصدية للقانون الأجنبي عند التطبيق في الجزائر، بوصفها دفعا يراد به استبعاد أعمال القانون الأجنبي واجب التطبيق، الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، لمصلحة القانون الوطني، فيما إذا ثبت للقاضي أن هذا القانون الأجنبي لا يتفق مع الأسس التي يبتنى عليها النظام القانوني لدولته³.

فمن البديهي في مثل هذه الأحوال أن يبحث القاضي عن وسيلة يحول بها دون تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي، أي أنه لتلافي النتائج غير المقبولة التي يؤدي إليها تطبيق قاعدة الإسناد، يتعين إيجاد صمام أمان يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تقضي قاعدة الإسناد بتطبيقها، إذا تبين أن تطبيق هذه القوانين يتعارض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي⁴. يتمثل هذا الصمام في فكرة النظام العام.

¹ - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 59.

² - المرجع نفسه، ص 61.

³ - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، طبعة 1992، ص 133.

⁴ - المرجع نفسه، ص 134.

ولم يكن الفكر القانوني في النظم القانونية القديمة يعرف الدفع بالنظام العام لسبب بسيط، ذلك أن المعول عليه في هذه النظم هو الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين، فالقاضي الروماني يطبق إما القانون المدني أو قانون الشعوب، وكلاهما تشريعان رومانيان¹.

وقد بدأت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالي القديم، حيث فرق الفقيه بارتول في العصور الوسطى بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة². وينسب إليه قوله: "القوانين الممقوتة أو المستهجنة لا تمتد إلى الخارج"³.

فالأحوال الملائمة أو المقيدة، هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب، فتطبق عليه، ولو غادر إقليمه. أما الأحوال البغيضة أو المستهجنة، فهي القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها، أي تلك التي تطبق داخل إقليم الدولة نفسها. ورغم أن فقه الأحوال القديم لم يستعمل مصطلح النظام العام، إلا أنه قد أعمل هذه الفكرة حين أراد أن يؤكد التطبيق الإقليمي لما أسماه بالأحوال أو القوانين البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم، ويرى الفقه في هذه التفرقة نواة لفكرة النظام العام بالمعنى الحديث⁴.

وفي القرن التاسع عشر، استخدم الفقيه مانشيني عبارة النظام العام، كأداة لتثبيت الاختصاص الإقليمي⁵. فبعد أن وضع الفقيه الإيطالي بارتول نظريته الشهيرة والتي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين، باعتبار أن القانون وضع ليحكم سلوك الأشخاص، قبل أن يوضع ليطبق في حدود الإقليم، عاد فأورد على نظريته هذه عدة استثناءات، أولها يتعلق بتطبيق قانون الإرادة على العقود، ويتعلق الثاني بتطبيق قانون المحل على شكل التصرفات، أما الثالث، فهو خاص بقواعد القانون العام، والقوانين الخاصة بالأمن المدني، وبالملكية العقارية. وقد قرر مانشيني أن هذه القوانين تطبق تطبيقاً إقليمياً لتعلقها بالنظام العام، بمعنى أنها تطبق على كل من يقطن الإقليم، وطنيا كان أم أجنبياً⁶.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000، ص 240.

² - هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 1969، ص 241.

³ - ورد ذكر هذا القول عند : زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 240.

⁴ - عبد المنعم رياض، سامية رشاد، المرجع السابق، ص 219.

⁵ - أحمد زوكاغي، تنازع القوانين، أحكام القانون الخاص الدولي في القانون المغربي، دار تيفال للنشر، الدار البيضاء، المغرب، (بدون تاريخ نشر)، ص 87-88. مقتبس عن: أبو جعفر المنصوري، المرجع السابق، ص 159.

⁶ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 241. و قد انتقد الفقه الحديث أفكار مانشيني ومن هنا نحوه = =

ويعتبر الفقيه الألماني **سافيني** أول من صاغ فكرة النظام العام بالشكل المتعارف عليه لدى الفقه الحديث، من خلال عرضه لفكرته في الاشتراك القانوني، حيث ذكر أن قواعد الإسناد إنما يعمل بها في النطاق الذي تسمح به الوحدة القانونية بين قوانين الدول، تلك الوحدة التي لا تتحقق إلا بين الدول المسيحية التي تجد في الشريعة الرومانية مرجعية حاکمة. ومن ثم ففي الأحوال التي تفتقد مثل تلك الوحدة يتعين استبعاد القانون الأجنبي¹.

وبطول القرن التاسع عشر، وانقسام العالم دولياً، وتوطين القوانين وضعياً، واتجاه أغلب الدول إلى تطبيق قانون الجنسية على الأحوال الشخصية بدلاً من قانون الموطن، إلا واتسعت هوة الخلاف بين المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها نظم المجتمعات في مختلف الدول، بحيث أصبح النظام العام قيماً على حرية الأشخاص في إبرام التصرفات القانونية، وهذا ما أكده المشرع الفرنسي من خلال المادة السادسة من التقنين المدني بأنه لا يجوز للاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب.

وقد استوحى فقهاء القانون الدولي الخاص هذه الفكرة ونقلوها إلى صعيد تنازع القوانين مستندين في ذلك إلى نص المادة 03 فقرة 01 من القانون المدني الفرنسي التي تخص تطبيق قوانين البوليس والأمن على كل المتواجدين فوق الإقليم الوطني مستنتجين أن هذه القوانين تتعلق بالنظام العام.

هذا وإن كانت القوانين الأنجلوساكسونية أقل إثارة لاستبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام، بالنظر إلى أن المجال الواسع للنظام العام في القانون الدولي الخاص هو الأحوال الشخصية التي تتباين بصددها النظم القانونية، وتسد في هذا النظام إلى قانون الموطن وهو عادة قانون القاضي، على خلاف جل الأنظمة القانونية الأوروبية والعربية التي تنيطها بقانون

= = في شأن الارتكان إلى النظام العام لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، لكونه يتضمن خطأ واضحاً بين فكرة النظام العام من ناحية، وفكرة الإقليمية وقواعد النظام العام من ناحية أخرى، إذ يلاحظ من جهة أن تطبيق القانون العام تطبيقاً إقليمياً يرجع وفقاً لهذا الرأي إلى خروج قواعده أصلاً في تنظيم التنازع، فتنازع القوانين لا يتصور كقاعدة عامة إلا بالنسبة للعلاقات الخاصة الدولية، أما علاقات القانون العام، فهي تظل عادة محكمة بقانون القاضي بما له من اختصاص أصيل في شأنها، وعلى ذلك فإن اللجوء إلى فكرة النظام العام لإخراج هذه العلاقات من دائرة التنازع هو أمر يخلو من أي معنى. كما أن غموض فكرة النظام العام يجعل من العسير استخدامها لتحديد موضوع القوانين أو الهدف منها، ومن ثم فهي لا تصلح في ذاتها معياراً كافياً لتحديد القوانين الإقليمية. المرجع نفسه، ص 343.

¹ - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، دار الطالب، الإسكندرية، طبعة 1955، ص 401؛ مقتبس عن: عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 385.

الجنسية¹.

إلا أن الأنظمة الأخيرة كالنظام اللاتيني الفرنسي أو الجرمانى أو نظام الدول الاشتراكية سابقا، كلها عمدت إلى الأخذ بالدفع بالنظام العام بوصفه دفعا عاما². كما أخذت به معظم القوانين العربية³ ومن ضمنها القانون الجزائري، فقد نصت المادة 24 من التقنين المدني على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر".

فهكذا وإزاء ما استقر عليه الوضع في مجال تنازع القوانين من ضرورة وجود قواعد للإسناد تعين مسبقا القانون الواجب التطبيق في كل مسألة على حدة، لم يعد بمستطاع المشرع التعرف على مضمون القاعدة القانونية الأجنبية التي تشير قاعدته الإسنادية إلى حاكميتها للمسألة قبل تطبيقها. فأصبح القاضي وهو بصدد أعمال ما تشير إليه هذه القاعدة بمثابة من يقفز في الظلام إذ أن إدراكه لمضمون القانون الأجنبي يتراخى لحين لحظة تطبيقه، مما يتنافى والرشد القانوني. فليس بمعقول أن يعطي المشرع الوطني توقيعا ما على بياض لمشرعي العالم كي يعملوا ما يرونه من قواعد داخل دولته، لمجرد أن طبيعة المسألة المعروضة تقتضي أعمال القانون الأجنبي، بغض النظر عما يفرزه ذلك التطبيق من تعارض صارخ للقانون الأجنبي مع القانون الوطني. الأمر الذي لم يكن معه بد من إيجاد آلية تحد من غلواء آثار تطبيق قواعد الإسناد. فتم استخدام فكرة النظام العام كآلية دفع لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد، فيما أصبح يسمى بالنظام العام الاستبعادي أو الإسنادي ذي الوظيفة الحمائية.

على أنه وفي وقت لاحق ظهرت مجموعة من القواعد الموضوعية تقوم داخل النظام القانوني الوطني، وتبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع

¹ - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 241.

² - فقد نص عليه القانون البولوني في المادة 06 من القانون الدولي الخاص لسنة 1965، والقانون الإيطالي المادة 03 من القانون المدني لسنة 1942، والقانون السوفياتي السابق المادة 128 من مبادئ التشريع المدني لسنة 1961، والقانون اليوناني المادة 33 من التقنين المدني لسنة 1946، والقانون الألماني المادة 06 من قانون 25 جويلية 1986 المتضمن القانون الدولي الخاص في ألمانيا الفدرالية.

³ - من ذلك المادة 28 من القانون المدني المصري، والمادة 30 من القانون المدني السوري، والمادة 28 من القانون المدني الليبي، والمادة 32 من القانون المدني العراقي، المادة 29 من القانون المدني الأردني، والمادة 27 من القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة 73 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961.

القوانين الأجنبية، ويتعين من ثم تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون نظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام والقانون الخاص، ودونما عوز لإعمال منهج قواعد الإسناد. اصطلاح على تسميتها بالقوانين ذات التطبيق الضروي أو المباشر¹. وهذه القواعد في حقيقتها تتدرج في إطار المفهوم الكلي لفكرة النظام العام، لما تركزه من حماية لمصالح حيوية ضرورية اقتصادية واجتماعية. لذلك أصبحت تعرف بقواعد النظام العام الوقائي، قياساً ومقارنة بقواعد النظام العام الاستبعادي².

أولاً: النظام العام الوقائي

إن مفهوم النظام العام الوقائي قد ظهر متأخراً بعض الشيء عن مفهوم النظام العام الاستبعادي، كون الوظيفة التي يضطلع بها، لم تكن تثور في العصر الذي ثارت فيه الحاجة إلى النظام العام الاستبعادي. غير أنه ومن الناحية المنهجية يتحتم تقديم دراسة النظام العام الوقائي على النظام العام الاستبعادي، ذلك أن هذا الأخير إنما يتم إعماله في مرحلة لاحقة على الأول، فلا يلجأ إلى قواعد الإسناد، إلا إذا ظلت المسألة خالية من قاعدة واجبة التطبيق الفوري.

ويعزى ظهور مفهوم النظام العام الوقائي، إلى اتجاهات السياسة التدخلية للدولة التي زادت بشكل ملموس بتأثير الاتجاهات الفلسفية الاشتراكية، فضلاً عن الأزمة الاقتصادية التي أصابت العالم بنهايات العقد الثالث من القرن العشرين، فكان القانون أحد أهم أدوات الدولة لتجاوز هذا الأمر، حيث مضت الدولة في إصدار عديد من قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي، كقوانين النقد والائتمان والقوانين الجمركية وقوانين البنوك والصرف والقوانين الخاصة بحماية الفئات الضعيفة في العلاقات القانونية كالمستهلكين والعمال والمستأجرين. الأمر الذي استلزم من المشرع، رعاية لتوجهاته، أن يفرض حماية مخصوصة لهذه القوانين، فكان أن منح طابعها الأمر حداً من القداسة، اقتضت وجوب إعمالها على المسائل التي تدخل إطار سريانها المكاني كافة، ولو كانت في شأن علاقة خاصة ذات طابع دولي³.

وحسب الفقيه فرانسيس كاسيس مبدع هذا المنهج، فإن تطبيق القانون الوطني في هذه

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 474.

² - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 389.

³ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 585.

المجالات أصبح ضرورة حتمية لتعلقه بمصالح اقتصادية واجتماعية تتسم بقدر بالغ من الأهمية ولو أن المركز القانوني، حسب تركيزه المكاني، له صلة قوية أيضا بقانون أجنبي وهكذا جاء نص المادة 03 فقرة 01 من التقنين المدني الفرنسي مطلقاً¹.

هذا وتتأصل القواعد ذات التطبيق الضروري على جملة عناصر، على رأسها هدف القاعدة الذي يلزم تعينه في ابتغاء أي من المصالح الحيوية الضرورية وحمايتها، ثم يأتي مضمونها الذي يتعين انطاؤه على المفهوم التنظيمي للدولة، ثم يأتي عنصر آخر وهو لزوم أن تكون ثمة علاقة بين القاعدة القانونية- مضمونها وأهدافا- وبين نطاق تطبيقها، وهو ما يتحقق بأفكار كالإقليمية، أو المصالح العليا للدولة مثل القواعد الضابطة للتداول النقدي والقواعد التي تتضمن تقديرا معيناً لتوازن حدود العلاقات بين الأفراد على مستويات العلاقات المختلفة².

ثانياً: النظام العام الاستبعادي

خوّل المشرع الجزائري حسب ما قررته قواعد الإسناد في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني المعدل والمتمم، وما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقضاء الجزائري المختص أن يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي وهذا بتطبيق القانون الوطني الجزائري أو تطبيق القانون الأجنبي على تلك النزاعات، فالأمر هنا يتوقف على حسب ما تشير إليه قواعد الإسناد الواردة في نصوص القانون المدني المشار إليها أعلاه.

إلا أنه في الحالة التي يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي معين بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وبعد رجوع القاضي الجزائري لمحتوى ذلك القانون يتضح لديه أن قاعدة الإسناد الجزائرية قد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية والأركان الأساسية وتلك الأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع الجزائري، فيكون القانون الأجنبي في هذه الحالة في وضعية قانونية تتناقض تماماً مع المبادئ الأساسية المقدّسة في القانون الجزائري، مما يستوجب على القاضي الجزائري هنا المثار أمامه هذا النزاع استبعاد تطبيق ذلك القانون الأجنبي باسم النظام العام.

ومن هذا المنطلق يرى مختلف الباحثين والفقهاء في هذا المجال أن النظام العام بهذا المفهوم وبهذا الهدف في مجال تنازع القوانين يصبح بمثابة نقطة تفتيش جمركية لمضامين

¹ - تقابل هذا النص المادة 05 من القانون المدني الجزائري.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 674.

القوانين الأجنبية ووسيلة أساسية لتقييمها قبل منح تأشيرة الدخول لها لدولة القاضي¹. في حين يصفه بعض الفقهاء نتيجة لدوره المميز تجاه تطبيق القوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمن *une soupape de sécurité*².

وباعتبار النظام العام فكرة نسبية تتغير بتغير الزمان فإنه يثور التساؤل حول اللحظة التي يحدد فيها القاضي مفهوم النظام العام، هل يرجع إلى وقت نشوء العلاقة؟، أم إلى وقت رفع النزاع؟ أم إلى وقت صدور الحكم؟

ويتجه الفقه والقضاء إلى وجوب تقييد القاضي بمفهوم النظام العام السائد في دولته في الوقت الذي يصدر فيه حكمه لأنه هو الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الأجنبي، ومتى كان ذلك القانون وقت تطبيقه يصطدم مع المفاهيم القانونية السائدة في بلد القاضي كان عليه أن يمتنع عن العمل به³.

وقد اختلف الفقه في هذا المجال أيضا حول إعطاء صيغة موحدة لمفهومه، فعرفه أحد الباحثين البريطانيين بقوله: "النظام العام هو المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها"⁴.

وعرفه العميد كايبتان CAPITANT بأنه: "مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما، والتي يتعين على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي، ولو كان مختصا وفقا لقواعد الإسناد العادية"⁵.

إلا أن معظم فقهاء القانون الدولي الخاص يعرفونه بأنه: "تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافاً جوهرياً، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة"⁶.

¹- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 247.

²- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 167.

³- حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة 02، 1972، ص 189 .

⁴- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص، 106.

⁵- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 08، 1977، ص 532.

⁶- نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 38.

ويشترط لإعمال الدفع بالنظام العام شرطين أساسيين: أولهما، إشارة قواعد الإسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، ويترتب على هذا الشرط أنه لا حاجة لإعمال الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي، وعليه فيُستغنى عن هذا الاستثناء وهو الدفع بالنظام العام، ويلجأ القاضي الوطني إلى الوسائل الأخرى لاستبعاده، كأن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانوناً إقليمياً على أساس أنه يمثل قانون محل وجود المال، أو بوصفه من قوانين البوليس والأمن. أو كأن يكون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص ويحيل الفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي إلى قانون القاضي، وهذا الأخير يقبل الإحالة كما هو الحال في التشريع الجزائري أثر التعديل الأخير للقانون المدني بموجب النص الجديد من خلال المادة 23 مكرر 01، فنجد بأن المشرع الجزائري قرّر صراحة قبول الإحالة، بشرط أن تحيل قواعد الإسناد الأجنبية الاختصاص بحكم النزاع للقانون الجزائري¹.

والشرط الثاني يتمثل في توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لإعمال الدفع به واستبعاد القانون الأجنبي، وذلك بأن يكون هذا الأخير يتعارض في مضمونه تعارضاً كلياً أو جزئياً مع مضمون القانون الوطني، أو بالأحرى يكون مضمون القانون الأجنبي لا يتفق تماماً مع إحدى مقتضيات النظام العام في دولة القاضي. و للإشارة فإن هذه المقتضيات تختلف من مجتمع لآخر و من زمن لآخر حتى داخل المجتمع نفسه، فتعدّد الزوجات في قواعد الأحوال الشخصية يعتبره مخالفاً للنظام العام في الدول غير الإسلامية، لكنه جائز بالنسبة للبلدان الإسلامية.

والشيوعية في المجتمع الصيني تعد من النظام العام، بينما في المجتمع الأمريكي تعتبر مخالفة للنظام العام، فالسبب في هذا الاختلاف راجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من دولة لأخرى².

هذا ويرى غالبية الفقه أن الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني هو دفع موضوعي وليس إجرائي، ذلك أن هذا الدفع يوجه إلى مضمون

¹- نصت المادة 23 مكرر 1 قانون مدني على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

²- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 251.

القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة أسس القانون الوطني¹.
ومن ثم فإذا تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي ترتب أثران:
أثر سلبي وهو الاستبعاد الجزئي أو الكلي للقانون الأجنبي وأثر إيجابي وهو ثبوت الاختصاص
للقانون الوطني.

ويتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وهذا ما نص عليه
المشرع الجزائري في المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي
بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...". لكن
السؤال الذي يطرح هنا هو هل يتم استبعاد القانون الأجنبي كليا أم يستبعد الجزء المتعارض منه
مع النظام العام فقط؟.

إن الإجابة عن هذا السؤال من طرف الاجتهاد الفقهي الغالب هو أن الأثر السلبي
لنظام العام ليس من شأنه استبعاد القانون الأجنبي كليا، وإنما ينحصر هذا الأثر في الجزء
الذي يتعارض مع النظام العام، ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع. وهذا الرأي
له تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي، ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية
بتاريخ 1964/11/17 جاء فيه: " إن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا
يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم ومن ثم يتعين
استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة وحسب، من دون أن يحل القانون الفرنسي
محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم"².

ويستند هذا الاتجاه إلى عدة حجج منها: أنه ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر
شديد ووفقا للغاية التي يسعى إلى تحقيقها، أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية
السائدة في دولة القاضي. كما أن الدفع بالنظام العام لا يهدف إلى إصدار حكم على القانون
الأجنبي برمته، وإنما يهدف فحسب إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام ومتى أمكن ذلك
عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك الأمر مقبولا.

غير أن هذا الحل يرد عليه استثناء وحيد، وهو في حالة ما إذا كان ثمة ارتباط بين
أجزاء القانون الأجنبي بحيث يكون من المستحيل استبعاده جزئيا ففي هذه الحالة يستبعد القانون

¹ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 491 .

² - Yvon LOUSSOUARNE, Pierre BOUREL, Droit international prive, Dalloz, Paris, 4^{eme} édition, 1993, p, 280.

الأجنبي كلياً، ويعتقد أن هذا ما قصده المشرع الجزائري مع عمومية النص. أما الأثر الإيجابي للنظام العام فهو تطبيق القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، وهو ما تبناه المشرع الجزائري بنص المادة 24 الفقرة 02 من القانون المدني: "...يُطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، فالدفع بالنظام العام هو مسألة موضوعية على خلاف ما ينظر إليه في البلاد الأنجلوسكسونية على أنه مسألة إجراءات، حيث تكفي المحكمة باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتحيل الأطراف إلى محكمة أخرى¹.

ورغم أن الاتجاه الفقهي الغالب ومعظم التشريعات تؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، والاعتراض الوحيد الذي يمكن أن يوجه إلى هذا الحل هو أن تطبيق قانون القاضي قد يؤدي إلى إهدار متطلبات الحياة الدولية لأن تطبيقه لا يكون ملائماً لطبيعة العلاقة محل النزاع². إلا أن جانباً من الفقه الألماني يرى أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام، ويستند هذا الإتجاه إلى قرار صادر عن محكمة النقض (الرايخ) الألمانية³، حيث استبعدت نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع بسبب تعارضه مع النظام العام، وأخضعت الدين إلى أطول مدة تقادم نص عليها القانون السويسري نفسه⁴.

إلا أن هذا الرأي محل نقد لكون القانون الأجنبي المطبق في هذه الحالة لا علاقة له بالنزاع كما أنه لا يمكن تطبيقه في أغلب الحالات التي يصعب فيها العثور على نص قانوني بديل.

ويرى جانب آخر من الفقه أنه في حالة ما إذا تعارضت نصوص قانون القاضي مع طبيعة العلاقة محل النزاع أو سكتت نصوصه تماماً عن إعطاء حل، عندئذ يستوجب على القاضي حل النزاع وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي⁵.

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 328 .

² - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2001، ص 126.

³ - Arrêt du Reichsgericht du 19 décembre 1921, cite par Mohand ISSAD, Droit international privé, Tome I, les règles de conflits, O.P.U, 1986, p. 210.

⁴ - Pour plus de détails, cons, Yvon LOUSSOUARNE, Pierre BOUREL, op .cit, p.279 .

⁵ - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 127 .

وبالإضافة إلى الأثر السلبي والأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام، يميز الفقه و القضاء عادة في مجال أثر النظام العام بين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في دولة القاضي، حيث يكون للنظام العام أثره كاملاً " Plein effet " و بين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية و تنتج آثارها في دولة القاضي حيث يكون للنظام العام أثراً مخففاً " Effet atténué ".

فثمة حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي مع النظام العام، سواء نشأ الحق موضوع النزاع في الخارج أو في دولة القاضي، و هناك حالات أخرى يتعارض فيها فقط إذا نشأ في دولة القاضي. و لهذا الموقف عدة تطبيقات في القضاء الفرنسي، منها أن محكمة النقض الفرنسية قضت بعدم الاعتراف بحق الملكية الذي اكتسب في الخارج عن طريق نزع الملكية دون تعويض، و بالمقابل فإنها تعترف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة، و كذلك تعدد الزوجات الذي نشأ في الخارج رغم أن القانون الفرنسي لا يقرها لكن إذا أريد الاعتراف ببعض آثاره كحق الزوجة في طلب النفقة¹، أو الحق في الميراث²، فإن هذا الأثر ليس فيه ما يمس النظام العام في فرنسا³.

وفي مجال تعدد الزوجات ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية Baaziz بتاريخ 06 جويلية 1988 إلى أن الزواج المتعدد المبرم في الخارج بواسطة أجنبي في الوقت الذي كان فيه مرتبطاً بفرنسية، لا يرتب أي آثار بحق الزوجة الفرنسية تماشياً مع المفهوم الفرنسي للنظام العام⁴.

غير أن هناك حالات أخرى لا يعترف فيها القضاء الفرنسي بآثار هذا الزواج، و ذلك متى كان للنزاع علاقة بالقانون أو الإقليم الفرنسي، و من ذلك على سبيل المثال ما جاء به قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 مارس 1973 الذي اعتبر فيه: " أن الزوجة الثانية لزوج جزائري لا يمكنها المطالبة بمنحة الضمان الاجتماعي، ما دام أن الزوجة الأولى قد

¹ - Cass. Civ., 28 Janvier 1958

مقتبس عن: زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 69.

² - Cass. Civ., 03 Janvier 1980

مقتبس عن: زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 69.

³ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 550-551.

⁴ - محكمة النقض الفرنسية، 06 جويلية 1988؛ مقتبس عن: عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة 01، 2008، ص 226.

استفادت منه لتعارض ذلك مع النظام العام في فرنسا¹.

وقد أكد القضاء الجزائري هذا التوجه من خلال العديد من القرارات القضائية، ومنها القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/06/23، الذي قضى بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بصفة جزئية، هذا الأخير كان قد وافق على حكم الدرجة الأولى الذي منح الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليها التي تقدر باثني عشر بالمائة، وحكمها الجواز في القانون الأجنبي المختص والحظر في القانون الجزائري بصريح المادة 453 من القانون المدني التي تمنع تقاضي فوائد ربوية بين الأشخاص الطبيعية. لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحق المدعى اكتسابه طبقا للحكم الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة وحده، تأسيسا على أن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالف للنظام العام الجزائري في هذه المسألة².

وفي نفس الإتجاه صدر عن المحكمة العليا قرار جاء فيه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة. ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البننتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البننتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق للرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"³.

¹ - R.C.D.I.P, 1975, n 01, p, 54.

² - المجلس الأعلى، 1984/06/23، ملف رقم 32463، المجلة القضائية، 1989، عدد 01، ص 149.

³ - المحكمة العليا، 1989/01/02، ملف رقم 52207، المجلة القضائية، 1990، العدد 04، ص 74-76.

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/17 جاء فيه: " أن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك لأن الموصي رجل مسلم وجزائري تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر حتى في عهد الاستعمار الفرنسي سنة 1952 وأن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف للشريعة الإسلامية"¹.

من خلال هذه القرارات يتبين أن القضاء الجزائري لم يأخذ بهذا الأثر المخفف، من خلال رفض مهر الحكم القضائي الأجنبي بالصيغة التنفيذية لتعارض مضمونه مع النظام العام في الجزائر بالرغم من أنه نشأ خارجها.

الفرع الثالث

فكرة النظام العام كحد على حرية التعاقد في القانون الداخلي

لقد ثبت مما سبق أن حرية التعاقد وبفعل التطورات والتغيرات التي شهدتها المجتمعات خصوصا مع منتصف القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، أصبحت تثبت مقيدة، وهذا التقييد باتا أمرا ضروريا يفرضه العيش في الجماعة، ولا يختلف الفقه في أن فكرة النظام العام تعد أهم قيد على هذه الحرية، بل أن كل القيود الأخرى يمكن ردها في مراميها وأبعادها المتغيّاة إلى فكرة النظام العام. الأمر الذي يدعوا للبحث عن المبررات والأسباب التي كانت وراء هذا التقييد (أولا).

ذلك أن فكرة النظام العام كما يرى بعض الفقه، تستقيم في شكل خطاب جازم موجه إلى الأفراد المخاطبين بأحكامه، في من لهم أهلية التصرف قانونا، وهذا الخطاب ينشيء إطارا تنتضغ بداخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعا، إذ تفقد من سلطانها بقدر ما تستوجب اعتبارات الانضغاط بحدود هذا الإطار، وفقدان الإرادة لسلطانها عندئذ لا يكون تخليا طوعيا وإنما نزولا جبريا، لتضحى الإرادة الفردية فاقدة لكل سلطان تقديري بخصوص التصرف المراد إتباعه،

¹ - تتلخص وقائع هذا القرار في أن زوجا مسلما من أصل جزائري كان قد حرر لصالح زوجته المسلمة ومن أصل جزائري أيضا وصية رسمية سنة 1952 مضمونها الإيصاء لها بكافة تركته ثم توفي الزوج سنة 1956 ، وكان الزوج قد أعلن في الوصية المحررة اختياره تطبيق القانون الفرنسي على وصيته بدلا من القانون الساري على الأهالي وهو الشريعة الإسلامية، وبعد استقلال الجزائر نازع الورثة في صحة الوصية ونفاذها متمسكين ببطلانها لمخالفتها أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية و لا سيما المادة 189 منه التي تقضي ببطلان الوصية لوأرث". ينظر في التعليق على هذا القرار؛ زروتي الطيب، تنازع القوانين في الوصية، م.ج.ع.ق، إ.ق. س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1994، عدد 03، ص 680.

لتغدوا غير مستطية حيال مقتضيات أحكام النظام العام سوى الانصياع¹.
 فالعقد أصبح بفعل التطورات الحاصلة في المجتمع نظام اجتماعي يقصد به تحقيق التضامن الاجتماعي في المجتمع الذي نشأ فيه ولا يقصد منه تحقيق ما للإرادة من حرية وسلطان، لأنه لا يقوم على توافق إرادتين ولا يستمد قوة إلزامه من الإرادة، بل هناك اعتبارات اجتماعية واقتصادية يستمد قوة الإلزام منها². لتغدوا هذه الاعتبارات بمثابة الأسس التي تستند عليها فكرة النظام العام في تقييدها لحرية التعاقد (ثانياً).

أولاً: مبررات وأسباب تدخل فكرة النظام العام للحد من حرية التعاقد

تمثل حرية التعاقد أصلاً من أصول القانون المدني، وهي ترجمة عملية لمبدأ سلطان الإرادة، مما يعني أن الإرادة التعاقدية هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود والشروط وفي تحديد آثارها³، ومن ثم تكون الاستجابة للعقد لها قيمة معادلة للاستجابة للقانون. فمتى انعقد العقد على الوجه الصحيح فإنه يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقضي إلا برضائهما أو في الصور المقررة بالقانون، وهذا ما صاغه المشرع الجزائري من خلال المادة 106 قانون مدني التي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

ومن هذا المنطلق رفض المشرع الفرنسي في قانون نابليون الاعتراف للقاضي بهذه الصلاحية نظراً لما كان يبيده من احترام كبير لمبدأ حرية التعاقد، والذي يؤكد على وجوب تنفيذ العقد تنفيذاً دقيقاً، ولا عبرة بما يلحق المدين من خسارة تصيبه لا من خطئه، بل من تغيير الظروف، فهذه أمور تخصه وحده، ولا شأن للدائن بها⁴.

على أنه وبتغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في رحابها مبدأ حرية

¹ - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 109.

² - محسن ناجي، أثر العوامل الاجتماعية والإقتصادية في العقد، بحث منشور في مجلة القضاء، السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول، بغداد، 1969، ص 16. مقتبس عن: محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 267.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 141.

⁴ - وعلى الرغم من ذلك، فإن القضاء الإداري الفرنسي متمثلاً في مجلس الدولة، على عكس القضاء المدني كان يأخذ مسألة تغيير الظروف بعين الاعتبار، ويندفع لتعديل العقد بما يتلائم والظروف الجديدة التي لم تكن متوقعة من المتعاقدين" ينظر مازو، دروس في القانون المدني، فقرة 125. مقتبس عن: عبد الرحمن عبد الرزاق داوود الطحان، المرجع السابق، ص 74.

التعاقد، بدأت تشريعات الدول في التوجه نحو الإعتداد بمصالح الجماعة وتغليبها على مصلحة الفرد، فامتدت بذلك دائرة النصوص القانونية الأمرة المتعلقة بالنظام العام، مما أدى إلى أن تنحصر تلك الحرية في حدود ضيقة لصالح القانون والقضاء¹.
و عليه يمكن إرجاع أسباب تراجع حرية التعاقد، وكثرة القيود التي فرضتها فكرة النظام العام عليها بالأساس، إلى مبررات اقتصادية واجتماعية من جهة (أ)، ومبررات قانونية من جهة أخرى (ب).

أ- المبررات الاقتصادية والاجتماعية لتقييد فكرة النظام العام لحرية التعاقد

لقد أسفر تطبيق مبدأ حرية التعاقد الذي ساد طوال القرن التاسع عشر وحتى بدايات القرن العشرين عن الكثير من المثالب والمسالب. فعلى إثره تحكمت القوى الاقتصادية القوية في القوى الضعيفة، وخضعت هذه الأخيرة لهيمنة الرأسمالية واحتكاراتها التي تدر بالربح لفئة قليلة على حساب باقي فئات المجتمع، مما أثر كثيرا على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد فاختل ميزان العدل التبادلي وظهر الاحتكار وتركزت الملكية بكافة صورها في يد فئة قليلة، واختفى مبدأ المساواة بين الأفراد الذي كان إلى وقت غير بعيد سمة من سمات المذهب الفردي الحر².
فمع تقدم الإنتاج الصناعي والثورة الصناعية، والميل إلى التركيز ظهرت شركات قوية برؤوس أموال كبيرة أدت إلى تفاوت اقتصادي واجتماعي خطير وضعف ظاهر من ناحية الحرية التعاقدية، فبدلاً من أن تتحقق الحرية للطرفان، أصبح أحدهما يفرض شروط العقد على الآخر، ومن ثم جاء العقد تعبيراً عن إرادة واحدة وليس إرادتين متساويتين³.
وفي هذا الصدد ينقل الأستاذ فرج الصدة عن الفقيه بوتيه قوله: "إن قاعدة المساواة هي

¹ - شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، الجزء 01، طرفا الالتزام، مصر، (بدون تاريخ نشر)، ص 127.

² - يرى أنصار مبدأ حرية التعاقد أن هذا المبدأ يقوم على أساسين هما: الحرية والمساواة. فالحرية أساس النشاط، وإذا كان مظهره الإرادة، فالحرية أساسها، وأن الإرادة الحرة لقادرة على أن تزن المصلحة القائمة، وهي مقدره لهذه المصلحة فعلاً ما دنا نطلق لها الحرية. وإذا تم التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر المصلحة القائمة، ففي هذا التوفيق تحقيق للمصلحة العامة، إذ ليست المصلحة العامة إلا مجموع المصالح الفردية. أما الأساس الآخر وهو المساواة، فلا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة أمام القانون، فالمساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية هي التي تكفل في النهاية == تحقيق المصلحة العامة لأن المصلحة الخاصة - وهي أساس المصلحة العامة- لن تتحقق إلا إذا اعتبر الناس متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم. ينظر؛ حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943، ص 66.

³ - رضوان السيد راشد، الإيجار على التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 299.

التي يجب أن تسيطر على كل العقود، وأن المتعاقد الذي ليس عنده نية التبرع للطرف الآخر لا يمكن أن يلزم إلا بإعطاء مساو لما أعطاه الطرف الآخر أو ألزم بإعطائه، فإذا ألزم بإعطاء أكثر فإن المساواة التي ترمي إلى التعادل لا تتوافر وبذلك يصبح العقد جائرا¹.

وهذا ما حدث فعلا إذ ازدادت ظاهرة اللامساواة بين المتعاقدين، ومن أكثر صورها اللامساواة التي انتهت إليها علاقات العمل، حيث ازدادت قوة وهيمنة المستخدم، وبالمقابل الضعف المستمر للعامل. وهذه اللامساواة كانت واضحة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بعد الثورة الصناعية الرأسمالية و تطور الآلات، فكان مالك وسائل الإنتاج مالك كذلك لكل سلطات تسيير المؤسسة، يتعاقد مع عامل و يمنع عليه الانضمام إلى جمعية ذات طابع مهني فارضا عليه الشروط التي تناسبه². فقد أدى تركيز رؤوس الأموال و وسائل الإنتاج إلى التباين في القوى الاقتصادية³.

ففقود التكامل في المجال الزراعي، *contrats d'intégration* كانت تتيح للمزارع أو مربي المواشي الحصول من الصناعيين أو التجار على مساعدات مالية مقابل بعض الالتزامات. وغالبا ما تكون هذه المساعدة في شكل إعانة لأجل بداية الموسم الزراعي، وتربية المواشي، أو التوريد المباشر للأعلاف المعدة للتخزين. غير أن هذه المساعدة ليست مجانية، فالمنتج الزراعي عليه في المقابل أن يعقد عدة التزامات كحصرية التوريد والتموين واحترام المعايير التقنية⁴.

¹ - عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946، ص 12.

² - وقد أظهر التحقيق الرسمي للدكتور villermé في عام 1840 البؤس الشديد للعمال الذين يعملون يوميا من 14 إلى 15 ساعة مقابل أجور زهيدة، ثم ظهر مجددا نوع من التوازن تدريجيا مع انتقال المفاوضات إلى الصعيد الجماعي، فقد أعاد قانون 1884 إقامة حرية الرابطة المهنية التي استبعدها قانون chapelier، فأنشئت نقابات عمالية كبرى فاوضت مع المستخدمين في شأن الاتفاقيات الجماعية. وهذه الاتفاقيات التي كانت في أول الأمر نظامية بقانون 1919 أصبحت بعد قانون 1936، النمط العادي لتحديد علاقات العمل، ونمت نموا ضخما في ظل النظام الذي أقامه قانون 1950.

وتنظم المستخدمون من جهتهم فأنشئوا في عام 1919 لإقامة التوازن مع الإتحاد العام للعمل، الإتحاد العام للإنتاج الفرنسي، وحددت اتفاقية Matignon سنة 1936 التي رأى فيها أرباب العمل فشلا، إنشاء الإتحاد العام لأرباب العمل الفرنسيين الذي حل محله بعد الحرب العالمية الثانية المجلس الوطني لأرباب العمل الفرنسيين C.N.P.F وهكذا أصبحت الاتفاقيات موضوع تفاوض، إما في المقاولات وإما على مستوى الإتحادات المهنية، أو كذلك على الصعيد الوطني المهني. ينظر؛ جاك غستان، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص 66.

³ - G.Berlioz, Le contrat d'adhésion, Thémis, Paris, 2^{ème} édition, n° 16, p. 15.

مقتبس عن: مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 24.

⁴ - جاك غستان، المرجع السابق، ص 67-68.

وقد تدخل المشرع الفرنسي فيما بعد للتقليل من إساءة الاستعمال والتعسف في هذا الشأن عن طريق القانون المتعلق بالإقتصاد العقدي في الزراعة لتنظيم اللجوء إلى هذا الأنموذج من الاتفاقيات بإخضاعه لنظام خاص ما دام يترجم بتبادل توريد الإنتاج والخدمات¹.

واختلال التوازن واللامساواة في العقد لا يقتصر على عقود العمل وعقود التكامل الزراعي فحسب، بل يمتد إلى العقود المبرمة ما بين المقاولين و الأفراد و بين المقاولين أنفسهم فيما يسمى بالمقاولة من الباطن. فتركيز رؤوس الأموال أثر على المنافسة، وعلى العلاقات التعاقدية التبعية ما بين المقاولات المختلفة، فبدلاً من اكتساب ملكية أو التحكم في مقاولة، قام التجار أو أصحاب المصانع بإبرام عقود بمقتضاها ضمنوا توريدهم الحصري لمنتجات هذه المقاولات لمدة محددة. كما كانت تلجأ المقاولة الأصلية عمداً إلى عدم القيام بالأشغال المطلوبة، بل تعهد بها إلى مقاولات أخرى، مما يتيح لها تجنب اللجوء إلى التوظيف الضروري للمعدات والموظفين، مما يجعل المقاولة من الباطن في خدمة المقاولة الأصلية².

وهكذا يظهر مما سبق بيانه أن العوامل الاقتصادية التي كان لها الفضل الأكبر في انتشار المذهب الفردي وتكريس مبدأ حرية التعاقد، هي ذاتها التي كانت فيما بعد سبباً في تقييد هذا المبدأ، وتهيئة الفرصة لعوامل التدخل من جانب السلطة العامة، فظهرت بوادر التوجيه العقدي تحقيقاً للمساواة الاقتصادية. وبذلك حل الاقتصاد الموجه محل الاقتصاد الحر³.

وتزامناً مع هذه الظروف الاقتصادية ظهر أنصار المذهب الاجتماعي، مما يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، وتقييد إرادته، ومن هنا تدخل القانون للحد من القوة الإلزامية والقدسية للعقد، لصالح المنفعة الاجتماعية، والعدالة التعاقدية ومتطلبات الصالح العام.

فالعقود لم يعد ينظر إليها على أنها ظواهر فردية، وإنما ظواهر إجتماعية لها أثرها على الاقتصاد العام، لذلك تدخلت الدولة من خلال فكرة النظام العام لتحديد أسعار السلع والمنتجات في العلاقة بين البائعين والمشتريين أو بين المستهلكين والحرفيين، وبمد عقود الإيجار وفرض الحق البقاء وتحديد القيمة الإيجازية حماية للمستأجرين، وبتنظيم العمل وقواعده في العلاقة بين العمال وأرباب العمل على ما سيتم تفصيله لاحقاً.

1 - جاك غستان، المرجع السابق، ص 68.

2 - المرجع نفسه، ص 68-69.

3 - عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص 48.

ب - المبررات القانونية لتقييد فكرة النظام العام لحرية التعاقد

إن الإرادة الفردية في المجتمع المثالي لا تعتبر المصدر الوحيد للحقوق والالتزامات فقط، بل تتمتع في ممارسة سلطاتها بحرية مطلقة، فلا يمكن للإرادة أن تتحني أمام عدالة عليا طالما أنها هي التي تخلق العدل بنفسها، طبقاً لمقولة كل تعاقد فهو عادل¹.
ومادام أن الإرادة قادرة على تحقيق العدل بنفسها عندما ترتبط بعلاقة تعاقدية مع طرف آخر، فإن على المشرع أن يمتنع عن التدخل في العقد. وهكذا فالعلاقات الإجتماعية لا تنظم إلا على أساس إرادي أي تعاقدية، وداخل هذا الإطار فالقانون الوضعي استخلص مبدأً طبيعياً هو ضرورة احترام العقود، فالإرادة هي المصدر الوحيد للالتزام القانوني وهي في الوقت ذاته وسيلة تحقيق العدالة².

وترتيباً على هذا فقد كانت العدالة التعاقدية مقصورة على الثمن العادل تحت تأثير رجال الدين، وبالتالي لا يمكن أن تحدد بعنصر خارجي بصفة موضوعية³. فالعقود هي التي تنشأ العدل عن طريق قانون العرض والطلب، فالعدالة التعاقدية واقعة طبيعية تحدد عن طريق المنافسة وليست مطلباً مثالياً، وهذا يمنع كل تدخل في العقد بدعوى القيام بتصحيحه باسم الإنصاف وإدعاء عدم وجود العدالة، فقد كان عقد العمل أكبر مثالاً للثمن العادل تحقيقاً للعدالة التبادلية قبل أن يتدخل المشرع ليحقق من خلاله عدالة توزيعية⁴.

فانطلاقاً مما أفرزه الواقع الاجتماعي والاقتصادي، نتيجة الإسراف في تطبيق مبدأ حرية التعاقد، وقع نوع من الاختلال بين مصالح الأفراد بعضهم البعض من جهة، والمصالح العليا للمجتمع من جهة أخرى، مما تطلب التدخل لعمل موازنة ومواءمة بين هذه المصالح لرفع التعارض فيما بينها، وإحلال التضامن محل التنافس.

وبعبارة أخرى أصبح من الضروري البحث عن كيفية التوفيق بين حرية المبادرة الخاصة وحماية المصالح العام من خلال عدم المساس بالقواعد التي أصبحت متعلقة بالنظام العام. فإذا كان القانون يعترف من الناحية الشكلية للعقد المنشأ بين الطرفين بالقوة الملزمة للعقد، إلا أنه

¹ - شيلح محمد، المرجع السابق، ص 94.

² - مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص 43.

³ - J.GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, op, cit, p 37.

مقتبس عن: مجاهدين خالد، المرجع نفسه، ص 44.

⁴ - المرجع نفسه، ص 44.

من الناحية المادية فإن العقد لا يعتبر صحيحاً إلا إذا أبرم على وجه صحيح، بمعنى أن لا يكون هناك نزاع بين العقد كقانون وقاعدة قانونية أخرى وفي هذه الحالة فالأمر يتعلق باحترام القانون أو بمعنى أصح احترام النظام العام.

ومن هذا المنطلق فإن تكريس المؤسس الدستوري الجزائري لمبدأ حرية التجارة الصناعة، أو بمعنى آخر الحرية التعاقدية، قد يفهم منه أنه تكريس لمبدأ سلطان الإرادة وانتصاراً له، أو قد يفهم منه غير ذلك بحيث أن مفهوم حرية التجارة والصناعة - حرية التعاقد - يختلف عن مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعتبر نظرية فلسفية، في حين أن حرية التعاقد تقنية في يد المشرع يكرسها متى شاء، فهي وسيلة في يد المشرع وليست هدفاً، ومن ثم يمكن الحد منها استجابة لمتطلبات الاقتصاد وضرورة النمو الاجتماعي. فالمشرع إرتأى أن الحد من الإرادة الفردية يكون عن طريق مبادئ أسمى توجه القانون، وهو ما يعرف عند الفقه بالنظام العام.

فقد ثبت عند تحديدنا لمفهوم النظام العام أن هذا الأخير له دور وظيفي، فمرة يهدف إلى احترام القانون وهذه وظيفة استقرارية، ومرة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهذه وظيفة غائية، فهل يجب هنا تفضيل الاستقرار والأمن القانوني على حساب تحقيق باقي القيم الأخرى، حيث أن النظام العام لا يهدف دائماً إلى تحقيق المصلحة العامة بل يسعى إلى تحقيق قيم ومبادئ سامية كالعدل مثلاً.

فقد أصبح من المستقر عليه قانوناً حالياً نتيجة تغير مفهوم حرية التعاقد، أن القوة الملزمة للعقد لا تتبع من العقد بل من القيمة القانونية التي يعطيها القانون للعقد، فالعقد لا يكون ملزماً إلا إذا تكفل به نظام قانوني يسمح للدائن عند الضرورة بتملك جزء من هذه القوة التي يحتكرها النظام القانوني، فبدون نظام قانوني يبقى العقد مجرد التزام أخلاقي محض - التزام طبيعي -.

وقد عبر بعض الفقه عن ذلك بإمكانية اختزال مبدأ حرية التعاقد في قاعدة فريدة وهي أن: "النظام القانوني يهدف إلى المحافظة على الالتزامات المبرمة بكل حرية، ولكن من الصعب أن يقبل ويصادق النظام القانوني على أي عقد كيفما كان، فهو لا يساعد على تنفيذ الالتزامات التي يكون تكوينها أو مضمونها غير مقبول، فالقانون يتطلب حد أدنى من الشروط والضمانات لحماية الأطراف المتعاقدة أو الغير أو المجتمع"¹.

¹ - مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص 60.

وعليه فإذا كانت القوة الملزمة للعقد مصدرها القانون، وليس إرادة الأطراف، فيمكن للمشرع وللاجتهاد القضائي تلبية لحاجيات ومبادئ أمره أن يتوسعا في تحديد وتقييد حرية التعاقد وضبطها بما يحقق مصلحة المتعاقدين دون المساس بالمصالح العليا للمجتمع. فالتعاقد حاليا ليس مبني على الإرادة بل هو استعمال هذه الوسيلة التي نص عليها القانون، مع وجوب احترام مقتضيات أسمى وأجل تتجلى في **مقتضيات النظام العام**. ليصبح هذا الأخير وفق هذا المفهوم وسيلة قانونية في يد المشرع يستطيع من خلالها أن يفرض على أعضاء المجتمع سلوكا اجتماعيا وقانونيا معينا.

وتأسيسا على ماسبق، وبفعل تدخل النظام العام لم يعد الشخص حرا في التعاقد أو رفض التعاقد، بل قد يمنع من إبرام بعض العقود، وتفرض عليه عقود أخرى جبرا، كما لم يعد الشخص حرا في اختيار كيفية إبرام العقد إذ هناك من العقود ما يجب إفراغه في شكل محدد مسبقا، وإلا كان البطلان جزءا له. ولم يعد الشخص أيضا حرا في تحديد مضمون العقد وتضمينه ما يشاء من الشروط، بل قد يتدخل القانون لفرض مضمون بعض العقود وتوجيه إرادة المتعاقدين بما يضمن ويحقق العدالة التعاقدية وبالنتيجة عدالة وتوازن اجتماعي.

وعليه نخلص مما سبق أن النظام العام ورغم تعدد وتنوع وظائفه على مر التطور التاريخي، إلا أن الوظيفة الأساسية التي اضطلع بها بامتياز على صعيد القانون الخاص الداخلي هي تهذيب مبدأ حرية التعاقد وضبطه بما يخدم المصلحة العامة للمجتمع ويقضي على أنانية الفرد. وهو ما اضطلعت به قبل ذلك فكرة النظام العام الشرعي على ما سنبينه في **المطلب الموالي**.

المطلب الثاني

وظائف النظام العام الشرعي

النظام العام في الفقه الإسلامي منهج حياة وبرنامج عمل قائم ومستمر ومطرود ومتجدد مع تجدد واستمرار واطراد أحكام الشريعة الإسلامية¹. فهو كما سبق تعريفه حق الله تعالى، متمثلا في أحكامه الشرعية التي أَرادها وطلبها من المكلفين، لأجل مصلحة أَرادها سبحانه. وقد بيّن الإمام ابن العربي أن الحياة لا تستقيم مع الإباحة المطلقة بقوله: "فإنه لو أبيع جميعه جميعهم جملة منثورة النظام، لأدى ذلك إلى قطع الوسائل والأرحام، والتهارش في

¹ - عبد الله العتبي، المرجع السابق، ص 217.

الحطام، وقد بين لهم طريق الملك، وشرح لهم مورد الاختصاص، وقد اقتتلوا وتهارشوا وتقاطعوا، فكيف لو شملهم التسلط وعمهم الاسترسال"¹.

فالشارع سبحانه لم يترك هذه الأمور لإرادة البشر وعقولهم لأن ذلك يناقض مقصودها وغايتها، ويؤدي إلى انهيار نظام المصالح وضياعه، وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي عن حكمة التعبد في العاديات ما نصه: "وأما العاديات وكثير من العبادات أيضا فلها معنى مفهوم، وهو ضبط وجوب المصالح، إذ لو ترك الناس والنظر لانتشر ولم ينضبط، وتعذر الرجوع إلى أصل شرعي، والضبط أقرب إلى الانقياد ما وجد إليه سبيل، فجعل الشارع للحدود مقادير معلومة، وأسباب معلومة..."².

وحتى وإن كانت الشريعة معللة بمصالح العباد، فهذا لا يتعارض مع وجوب ضبطها، لأن معنى كونها معللة بمصالح العباد أن تكون: "عائدة عليهم بحسب أمر الشارع، وعلى الحد الذي حده، لا على مقتضى أهوائهم وشهواتهم"³.

يقول سيد قطب في تفسيره لقوله تعالى: "وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة"⁴، ما نصه: "لقد أبيحت لهما كل ثمار الجنة...إلا شجرة واحدة، ربما بما كانت ترمز للمحذور الذي لا بد منه في حياة الأرض، فبغير المحذور لا تثبت الإرادة، ولا يتميز الإنسان المرید من الحيوان المسوق، ولا يمتحن صبر الإنسان على الوفاء بالعهد والتقيد بالشرط، فالإرادة هي مفرق الطريق، والذين يستمتعون بلا إرادة هم من عالم البهيمة، ولو بدوا في شكل الأدميين"⁵.

فحتى يمتثل الإنسان لأحكام الشريعة ونظامها العام، كان من مقاصد الشريعة إخراج المكلف من داعية هواه وإخضاعه لسلطانها. وهذا ما عبر عنه الإمام الشاطبي بقوله: "المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف من داعية هواه حتى يكون عبدا لله إختيارا كما هو عبد له اضطرار"⁶.

1 - ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء 01، المرجع السابق، ص 14.

2 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 308-309.

3 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 172.

4 - سورة البقرة، الآية 35.

5 - سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء 01، المرجع السابق، ص 58.

6 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 168.

ولتحقيق هذه المقاصد جملة تأتي فكرة النظام العام الشرعي، لتكون السياج والدرع الحامي لأحكام الشريعة، مما يعني اتساع وظيفة النظام العام ليكون جامعاً لوظائف الشريعة، ومن ثم تكون مهمة حصر هذه الوظائف من الصعوبة بمكان، لذلك سنقتصر على الوظائف التي لها صلة بموضوع الدراسة.

ففكرة النظام العام الشرعي تضطلع بدايةً ومقصوداً أساسياً بحماية المصلحة العامة والأسس الجوهرية للمجتمع دون إهمال المصالح الخاصة (الفرع الأول)، وفي سبيل ذلك يفرض النظام العام الشرعي قيوداً على حرية التعاقد استناداً إلى أسس شرعية (الفرع الثاني)، تختلف عن تلك الأسس التي يستند إليها النظام العام التقليدي في تقييده لحرية التعاقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حماية النظام العام الشرعي للمصلحة العامة والأسس الجوهرية في المجتمع

إن حماية المصلحة العامة والأسس الجوهرية في المجتمع سواء كانت اقتصادية أم اجتماعية أم سياسية أم خلقية، يعد كما سبق بيانه من أهم الوظائف الأساسية لفكرة النظام العام في القوانين الوضعية. ذلك أن هذه الأسس الجوهرية هي التي يقوم عليها نظام المجتمع وكيان الجماعة، وهي تساهم بلا أدنى شك في استقراره. لذلك جاءت فكرة النظام العام لتحد من حرية التعاقد وذلك عن طريق التوجيه والحماية من قبل السلطة في الدولة.

وإذا كان هذا هو حال فكرة النظام العام في الأنظمة الوضعية، وهي في غالبيتها من وضع البشر، فإن فكرة النظام العام الشرعي وهي ترجع في مصدريتها إلى الرب خالق البشر، إنما وضعت لجلب كل ما هو مصلحة ودرأ كل ما فيه مفسدة.

وفي هذا الصدد يقول العز ابن عبد السلام: "اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة"¹.

ذلك أنه وفي غمرة التنافس والتسابق بين الأفراد في تحصيل مصالحهم الخاصة، قد تضيع المصلحة العامة بدافع من الأنانية، لأجل ذلك تصدت فكرة النظام العام الشرعي لحماية المصلحة العامة عن طريق مجموع القيود التي أوردتها على حرية التعاقد. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ فتحي الدريني: "الحرية العامة في الشريعة الإسلامية لا تعني المفهوم الفردي المطلق، لأن كل حرية عامة في الشريعة مقيدة بالمصلحة العامة لكونها يمثلان "الصالح

¹ - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، الجزء 02، المرجع السابق، ص 75.

المشترك" الذي يعتبر قوام النظام الشرعي كله¹.

ويضيف قائلاً: "إن الشريعة قد اتسعت فيها دائرة النظام الشرعي العام على ضوء من مفهوم الصالح المشترك الذي يمثل مقاصد الشريعة التي استهدفها أحكامها جميعاً ونسقت بينها"².

على أن مصالح العباد ليست محدودة بالدنيا فقط بل تشمل مصالح الدنيا والآخرة، ومن ذلك إقامة الحدود على مستحقيها، فإنها مصلحة في الدنيا بردعهم، ومصلحة في الآخرة - وهي الأعظم - بتكفير ذنبهم ففي حديث عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "...ومن أصاب من ذلك شيئاً ثم عُوِّب به في الدنيا فهو كفارة له..."³، وهذا مما يميز الشريعة الإسلامية عن الأنظمة الوضعية التي تنظر إلى تلك العقوبات على أنها مصادمة لحقوق الإنسان.

ولما كان المال هو قوام الأديان والأبدان، فقد أولت له الشريعة المكانة السامية في الاعتبار والاهتمام، ويظهر هذا من استقراء أدلة الشريعة المختلفة من الكتاب والسنة والدالة على العناية بمال الأفراد عموماً ومال الأمة وثروتها خصوصاً. فبينت طرق اكتسابه وكيفية إنفاقه، ووسائل تداوله وانتقاله، وضبطت ذلك كله بجمل من الأحكام المبين بها الحلال من الحرام، في دائرة نظامها الشرعي العام.

وعناية الشريعة في هذا كله متوجهة إلى كليات المعاملات وأصول التصرفات، ولم يكن حظ الجزئيات في ذلك كبيراً وهذا ما يبدو لكل ناظر في جملة النصوص الواردة في أبواب المعاملات وفي غيرها⁴.

ومن أجل ذلك أحاطت الشريعة أبواب المعاملات وفروع التصرفات بجمل من المقاصد الخاصة بها حتى لا تعجزها وقائع الدهور، ولا ما أحدثته يد البشر على مختلف العصور في إيجاد أحكام لها، فما كان من تلك الوقائع والمحدثات منسجماً معها داخلت تحت معانيها فهو تصرف مشروع وعمل مقبول، أما ما كان منافراً لها مضاداً لمعانيها فهو تصرف غير مشروع

¹ - فتحي الدريني، المناهج الأصولية، المرجع السابق، ص 240.

² - المرجع نفسه، ص 241.

³ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب الحدود كفارة، حديث رقم 6748، ينظر، صحيح البخاري، ص 1697.

⁴ - عز الدين بن زغبية، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى،

2010، ص 08.

وعمل مردود¹.

وغاية الشريعة من وراء ذلك التوسعة على الخلق في معاشهم وتنمية أموالهم واختيارهم لطرق تعاملهم وتعاونهم حتى ينالوا رغائبهم ويقضوا حوائجهم على وجه لا يلحقهم به فساد، ولا تصيبهم منه مشقة، ولا تنفك عنهم مصالحهم إذا أخذوها على وجهها المطلوب وبالكيفية التي وضعت عليها².

وهذا ما أجمله الإمام الطاهر بن عاشور وهو بصدد تعريفه للمقاصد الخاصة حين يقول: "المقاصد الخاصة: هي الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة إبطالا عن غفلة أو استنزالا عن هوى وباطل شهوة"³.

وهكذا فإن قصد الشريعة من المعاني الخاصة بأبواب المعاملات والتصرفات المالية هو حفظ الأموال من كل ضرر يلحقها، أو يلحق مالكها، أو أكل بالباطل قد يطالها، أو تبذير وسرف يضيعها ويقصر بها عن حقها، أو اختلال أمن تبيد فيه أصولها وفروعها. وإلى جانب هذا حرصت الشريعة على ترويج الأموال وتداولها بالتحذير من اكتنازها وتعطيلها، ومنع المتصرفين فيها من تعاطي كل ما يفسد عقودها وحثهم على الالتزام بمقتضيات تلك العقود وشروطها إقامة لمقصد ثباتها، ودعتهم إلى الموازنة والمعادلة بين المأخوذ والمدفوع منها إقامة للقسط بين الناس، وتحقيقا لمقصد العدل فيها.

وفي سبيل تحقيق هذه الغاية تضطلع فكرة النظام العام الشرعي بمهمة ضبط حركة الإيرادات الفردية وتوجيهها إلى تحقيق المصلحة العامة، ولأجل ذلك فرضت فكرة النظام العام جملة من القيود والضوابط على حرية الأشخاص في إبرام العقود وفرض الشروط.

فالأصل مثلا أن الأسعار لا تخضع إلا لقانون العرض والطلب. يقول ابن تيمية: "فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقلّة الشيء وإما لكثرة الخلق فهذا إلى الله، فالزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق"⁴.

¹ - عز الدين بن زغبية، المرجع السابق، ص 08.

² - المرجع نفسه، ص 08.

³ - الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص 146.

⁴ - ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، المرجع السابق، ص 26-27.

لكن إذا غلت الأسعار، وانتفت المنافسة الحرة الشريفة، ووقع التلاعب، وكثر الجشع والطمع، وجب على ولي الأمر التدخل لحماية المصلحة العامة، وذلك بزجر المحتكرين وإلزامهم بالسعر الذي يفرضه، ويكون هذا التسعير الجبري حكما من أحكام النظام العام الذي لا تجوز مخالفته¹.

كما أن النظام العام الشرعي وحماية للمصلحة العامة، يضع قيودا وحدا على حرية الشخص في الاتجار، فيمنعه مثلا من المتاجرة في المسكرات والمخدرات والسموم، لما في تناولها من أضرار جسيمة تلحق بالفرد والمجتمع معا.

فمن الأساليب التي اتخذتها الشريعة الإسلامية للقضاء على المسكرات تحريم صنعها أو الاتجار بها أو الإعانة عليها. قال تعالى: "إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه"².

وعن عائشة رضي الله عنها، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "حرمت التجارة في الخمر"³.

وهكذا فإن تحريم الشريعة للخمر لم يكن تحريما فعالا لو أباح الإتجار فيها، بل ما كان من جدوى في التحريم، مادام ثمة تجار يستغنون عن طريق ترويجها، وتداولها بيعا وشراء، ولهذا لكي يكون تحريم الخمر تحريما ناجزا وعمليا عمد الإسلام إلى تحريم الإتجار فيها، والقضاء على كل الوسائل التي توصلها إلى ضعاف الإيمان⁴.

ومن المسائل التي حرمتها الشريعة الإسلامية لمساسها بنظامها الشرعي العام، بيع الأسلحة وكافة وسائل الحرب لأهل الفتنة الحربيين سواء أكانوا في دار الحرب أم في دار الإسلام. قال الحسن البصري: "لا يحل لمسلم أن يحمل إلى عدو المسلمين سلاحا يقويهم به

1 - محمد الغريب، المرجع السابق، ص 71.

2 - سورة المائدة، الآية 90.

3 - نص الحديث كما في البخاري و مسلم، ماروي عن عائشة رضي الله عنها قالت: "لما نزلت آخر البقرة قرأهن النبي - صلى الله عليه وسلم - عليهم في المسجد ثم حرم التجارة في الخمر". رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب أكل الربا وشاهده، رقم 24، حديث رقم 2084. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 502.

4 - محمد علي عكاز، القيود الشرعية الواردة على حرية التجارة وأثرها في التنمية الاقتصادية، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص 136.

على قتال المسلمين ولا كراعا، ولا ما يستعان به على الكراع والسلاح¹ لأن في بيع السلاح لأهل الحرب تقوية لهم على قتال المسلمين، وبعائنا لهم على شن الحروب ومواصلة القتال، لاستعانتهم به وذلك يقتضي المنع². وقال الإمام النووي: "وأما بيع السلاح لأهل الحرب فحرام بالإجماع"³.

وفضلا عن تدخل النظام العام الشرعي لتقييد حرية الأشخاص والتجار في تحديد الأسعار، ومنعه للتجارة والتعاقد حول الخمر والمسكرات، ومنعه لبيع السلاح لأهل الحرب، فغنه يتدخل أيضا، لتقرير أحكاما خاصة لحماية الضعفاء بجميع أوصافهم، سواء كان ضعفهم بدنيا أو عقليا أو ماليا. فالضعف في الإسلام ليس مبررا لاستلاب الحقوق والاعتداء عليها وأكل الأموال بالباطل والغش والخداع، بل هو موجب للتناصر والتراحم والتعاون بما يحمي الضعفاء من تسلط الأقوياء⁴.

فحماية للطرف الضعيف يمنع النظام العام الشرعي مثلا الغش نحو المتعاقد الآخر بجميع أنواعه في مختلف العقود. كما أن هناك العديد من حالات هذا التدخل سترجئ التفصيل فيها إلى الباب الثاني من هذه الرسالة.

وهكذا فإن تقييد النظام العام الشرعي لحرية التعاقد إذن مناطه تحقيق المصلحة العامة، فهو يقوم بدور الموازن بين مصالح المتعاقدين الخاصة من جهة، والصالح المشترك أو الصالح العام من جهة ثانية، مع تغليب وترجيح هذا الأخير حال التعارض بينهما. وهو في ذلك يستند إلى أسس شرعية سنبينها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الأسس التي يستند عليها النظام العام الشرعي في تقييده لحرية التعاقد

لا تتوقف أهمية العقد على المصلحة التي يحققها لأطرافه المنشئة له، بل إن أهميته تتجاوز ذلك إلى تحقيق المصلحة العامة التي يرمي الشارع إليها من خلال تمكينه الأفراد حرية

¹ - فسر الإمام الشيباني معنى الكراع والسلاح فقال: "نعني بالكراع الخيل والبغال والحمير والإبل والدواب التي يحمل عليها المتاع، ونعني بالسلاح: ما يكون معدا للقتال به"؛ مقتبس عن: محمد علي عكاز، المرجع السابق، هامش رقم 04، ص 192.

² - أورد هذا القول للحسن البصري: ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 41.

³ - شرف الدين النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (دون تاريخ نشر)، الجزء 09، ص 346؛ مقتبس عن: محمد علي عكاز، المرجع السابق، هامش رقم 02، ص 193.

⁴ - عبد الله العتيبي، المرجع السابق، ص 220.

التعاقد عموماً، وليس ثمة من شك في أن الأسس التي يقوم عليها النظام العام الشرعي هي الجمع بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة لأفراده، وهذا المبدأ المستقر الثابت لا يمكن حصره بشأن من شؤون الحياة، بل إنه يشمل جميع جوانبها على تنوعها واختلافها. لذلك يبدو من المبرر أن نلاحظ تدخل النظام العام الشرعي في كل ما يأتية الشخص من أعمال إيجابية كانت أم سلبية- منعا لاحتمال انحرافه عن المقاصد التي رسمها له، والأمر على النحو السابق يجري أيضا بالنسبة للعقود والتصرفات التي يجريها الأشخاص فيما بينهم تحقيقا لمصالحهم الخاصة¹.

وحرية التعاقد أو الاشتراط باعتبارها وسيلة مفضية لتحقيق مصالح الناس، يجب أن لا تخرج عن المقاصد التي رسمها الشارع للأفراد في عقودهم على وجه التحديد. ويقوم النظام العام الشرعي هنا بدور الضابط لهذه الحرية، إذ يتدخل لتقييدها أحيانا، أو تنظيمها، وقد يستدعي الأمر منعها أصلا في أحيان أخرى، وهو يستند في مهمته هذه على عديد أسس الشرعية، التي يمكن أن نقسمها إلى أسس عامة تشترك فيها العقود والمعاملات المالية مع سائر التصرفات الأخرى (أولا)، وأسس خاصة فقط بمجال العقود والمعاملات المالية (ثانيا).

أولا: الأسس العامة التي يستند عليها النظام العام الشرعي في تقييد حرية التعاقد

سنقتصر في هذا الصدد على أساسين، لهما صلة مباشرة بتدخل النظام العام الشرعي لتقييد حرية التعاقد، وهما: مبدأ العدل (I)، ومبدأ التضامن الإجتماعي (II).

I - مبدأ العدل كأساس لتقييد النظام العام الشرعي لحرية التعاقد

لقد سبق القول عند الحديث عن معايير النظام العام الشرعي أن المصلحة العامة المعتبرة شرعا تعد معيارا عاما له، وهذه الأخيرة تعتبر في نظر الفقهاء مبنى للعدل في كل واقعة ليس لها نظير تقاس عليه، ويرتب الحكم المناسب لها عقلا، شريطة أن لا يصادمها قاعدة كلية أو نص تشريعي تفصيلي يخالف ذلك الحكم المصلحي².

يقول الله تعالى: " لقد أرسلنا رسلنا بالبينات، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان، ليقوم الناس

بالقسط"³.

1 - رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 82.

2 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 04، المرجع السابق، ص 210.

3 - سورة الحديد، الآية 25.

ويقول تعالى أيضا: "الله الذي أنزل الكتاب بالحق والميزان"¹. يتضح من الآيتين أن العدل هو أساس التشريع السماوي كله، مما يصح القول معه أن الإسلام قد اعتبر العدل هو المقصد الأول من إنزال شريعته ابتداءً.

وهذا المعنى هو الذي عبّر عنه الإمام الشاطبي بقوله: "إن المقاصد التي ينظر فيها قسمان: أحدهما يرجع إلى قصد الشارع، وهو أنها وضعت ابتداءً لمصالح العباد في الدارين وهذا في المرتبة الأولى بالنسبة إلى غيره من القصود..."².

وينظر الأصوليون إلى مصالح العباد على أنها تعبير عن مفهوم العدل، لأنها هي المقصودة ابتداءً من وضع الشريعة، إذ لا قصد للشارع إلا إحقاق الحق وترسيخ قواعد العدل. يقول الله تعالى: "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"³. فإفراد العدل في الآية وتخصيصه بالذكر مع أنه داخل في عموم الأمانات يدل على عظيم شأنه ورفعة مكانته فوق كل اعتبار إلا التوحيد⁴.

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن الإخلال بمفهوم المصلحة - التي تعد معياراً عاماً لقواعد النظام العام الشرعي-، إنما هو إخلال بمفهوم العدل ذاته، وهو ظلم فادح لأنه هضم للحق وضرر لا يستهان به.

ولقد صدق ابن القيم في التعبير عن قيمة العدل عندما جعله مقصوداً لله في شرعه فأبي طريق استخراج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له، حيث يقول: "إن الله أرسل رسوله وانزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السماوات والأرض، فإذا ظهرت أمارات الحق، وقامت أدلة العقل، وأسفر صبحه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلتها وأماراته في نوع واحد وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر، بل بيّن بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة الحق والعدل وقيام الناس بالقسط، فأبي طريق استخراج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها، والطرق أسباب ووسائل لا تتراد لذواتها، وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد، ولكن نبّه بما شرعه من الطرق على أسبابها وأمثالها، ولن تجد طريقاً من الطرق المثبتة للحق إلا

1 - سورة الشورى، الآية 17.

2 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 04، المرجع السابق، ص 08 وما بعدها.

3 - سورة النساء، الآية 58.

4 - الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق ص 59.

وهي شرعة وسبيل للدلالة عليها، وهل يظن بالشرعية الكاملة خلاف ذلك¹. وهكذا فإن التغافل عن المصلحة العامة أو مصالح الغير من الأفراد، أو إهدارها، يفضي إلى الاختلال البين بين المصالح مما يوجب التنسيق لرفع هذا التعارض المستحکم الطارئ؛ بما يوجب تقديم المصالح الأكثر نفعاً، والأحفظ لكيان الأمة، في ضوء قواعد النظام العام الشرعي، التي توجب " العدل المطلق"، بما لا يصد عن الحق، ولا يدفع إلى الضلال². ومن ثم فإن العدل يعتبر أساساً جوهرياً، للتدخل وإعادة التوازن دفعا للظلم وتحقيقاً للتوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة، ومن ثم يغلب هذا المبدأ - أي العدل - الذي قامت على أساسه قواعد النظام العام الشرعي، على مبدأ حرية التعاقد، جلباً للمصلحة ودرءاً للمفسدة. لذلك فقد اهتمت مختلف التشريعات قديماً وحديثاً، بمفهوم العدل، باعتباره الهدف الذي يرنو إليه كل نظام قانوني شرعياً كان أم وضعياً، فليس له مكان محدد في القانون لأنه يوجد في كل المجالات، كما يعتبر أداة القضاء في الموازنة بين الحقوق المتنازعة وبينها وبين الواقع³.

وعليه يمكن القول بأن فكرة النظام العام الشرعي، تجد في مبدأ العدل باعتباره غاية سامية، أساساً ومبرراً شرعياً لتدخلها لفرض بعض القيود على حرية التعاقد منعا للفساد والظلم.

II - مبدأ التضامن الإجتماعي كأساس لتقييد النظام العام الشرعي لحرية التعاقد

إن التضامن الاجتماعي في الإسلام يقوم على بناء فكري متكامل له أساسه من العقيدة، فلم يكن تقرير هذا الحق للإنسان وليد تجارب بشرية فرضته فرضاً، كما هو الشأن في نظم الضمان الاجتماعي التي تسود الحالم الحديث .

فهو يمثل فكرة متقدمة، تتجاوز مجرد التعاون بين الناس، أو تقديم أوجه المساعدة وقت الضعف والحاجة. ومبناه ليس الحاجة الاجتماعية التي تفرض نفسها في وقت معين أو مكان بعينه، وإنما يستمد مبناه من مبدأ مقرر في الشريعة، وهو مبدأ الولاية المتبادلة بين المؤمنين في المجتمع، لقوله تعالى: " وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ

1 - ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 04، المرجع السابق، ص 373

2 - فتحي الدريني، الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 90.

3 - عابد فايد عبد الفتاح، العدالة في القانون المدني -دراسة مقارنة-، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ديسمبر

2012، ص 961.

وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ¹.

ويبدو مظهر هذا التضامن في القواعد الفقهية التي تنسق بين المصالح الفردية المتعارضة، أو بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة، فمن ذلك، قاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، وقاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "الضرر الأشد يزال بالأخف".
فدفع الضرر قبل الوقوع، أو إزالته بعد الوقوع، قد لا يتأتى إلا بحدوث ضرر آخر، فيتعارض حينئذ دفع الضرر أو إزالته، والضرر الناشئ منهما، - أي من الدفع والإزالة - لذا وضع الفقهاء أحكاماً لذلك فقالوا:

إن الضرر الذي يراد دفعه أو إزالته، إما عام أو خاص، فإن كان الضرر عاماً، فقد وضعوا له القاعدة الآتية: "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"، وبيان ذلك أن حرية التعاقد المأذون فيها شرعاً للمتعاقد في إبرام العقود والشروط، جلباً لمصلحة أو درءاً لمفسدة، لا يطلق القول فيه بالمشروعية - فقد ينشأ عن هذا العقد الفردي المشروع في الأصل، ضرر عام، يلحق المسلمين عامة، أو قطراً من أقطارهم، أو أهل بلد، أو جماعة عظيمة من أهل البلد، ويغلب على الظن وقوعه، وعندئذ يمنع الفرد من هذا التصرف، وإن لحق به ضرراً لأنه ينجبر بالتعويض العادل إن كان له وجه، وذلك لما يؤول إليه من إخلال بمبدأ التعاون أو المصلحة العامة².

ذلك أن النظام العام الشرعي لم يأذن بحرية إبرام العقود واشتراط الشروط، لتكون وسائل لتحقيق مفسد مساوية للمصالح التي شرعت من أجلها أو راجحة عليها، لما في ذلك من التناقض مع الأصل العام والذي قام عليه هذا النظام العام من جلب المصالح ودرء المفسد³.
وعلى هذا فالأصل الذي يدور عليه بقاء العقد مشروعاً ودرءاً لمناقضة قصد الشارع هو ألا يناقض روح النظام العام الشرعي وقواعده العامة، وهذا القيد يجعل للعقد معنى اجتماعي، كما يجعل المتعاقد مرتباً بجماعته برباط التعاون، وهذا هو مقتضى مبدأ التضامن الاجتماعي، والذي من أجله قيّدت حرية التعاقد في الكثير من العقود والشروط التي تكون في الأصل مأذوناً بها لتحقيق مصلحة حاجية ككسب رزق أو دفع عسر، بل قد تبلغ إلى حد

¹ - سورة التوبة، الآية 71.

² - الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 300.

³ - المرجع نفسه، ص 301.

الضرورة ومع ذلك يصح تقييدها بالنظر إلى مآلها وهو الإخلال بمبدأ التعاون¹. وهكذا يتضح بجلاء أن مبدأ التضامن الاجتماعي يجيز للنظام العام الشرعي التدخل لتقييد حرية التعاقد، ومثال ذلك ما أورده الإمام الشاطبي بخصوص منع تلقي الركبان بقوله: "...فهو من باب منع الارتفاق وأصله ضروري أو حاجي لأجل أهل السوق، ومنع بيع الحاضر للباد أيضا لأنه في الأصل منع من النصيحة"².

وفي هذا يقول ابن القيم: "ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة - كالفلاحة والنساجة والبناء- فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم، فإنه لا تتم المصلحة العامة إلا بذلك"³.

وهذا الذي ذهب إليه ابن القيم يدخل في ما أصبح يعرف في التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري بالعقود المفروضة، أو الإيجابار على التعاقد تحقيقا للمصلحة العامة، ومصالح بعض الفئات الخاصة في المجتمع، ومثاله عقد التأمين التجاري.

ويستخلص من جملة هذه النصوص التي وردت عن أئمة الأصول والمذاهب الفقهية المختلفة مجموعة من المبادئ تعتبر أساسا لجواز تدخل فكرة النظام العام الشرعي لتقييد حرية التعاقد في مضانها الضارة، ومن ذلك نذكر:

- أن المصلحة العامة ولو لم تبلغ مرتبة الضرورة بأن كانت حاجية، وجب تقديمها على المصلحة الخاصة، وذلك بتقييد حرية التعاقد، لأن الحاجة إذا قربت من الضرورة نزلت منزلتها. ومن ثم يجوز لولي الأمر العادل التدخل بموجب قواعد النظام العام الشرعي في شؤون الأفراد وحريرتهم في إبرام العقود والشروط تحقيقا للمصلحة العامة ولو بقوة السلطان⁴.

- إن تدخل النظام العام الشرعي لتقييد حرية التعاقد يبنى على قاعدة عامة تعتبر من مقتضيات التضامن الاجتماعي في الفقه الإسلامي، وهي قاعدة - التعاون على البر والتقوى - والتي من أجلها قد يُسلب الشخص حقه في كسب الرزق وتقييد حريرته⁵.

- لا ينظر في تقييد النظام العام الشرعي لحرية التعاقد من أجل المصلحة العامة، إلى قصد

¹ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 03، المرجع السابق، ص 259.

² - الشاطبي، الموافقات، الجزء 03، المرجع السابق، ص 260.

³ - ابن القيم، الطرق الحكيمة، المرجع السابق، ص 289.

⁴ - الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 309.

⁵ - الدريني، المرجع نفسه، ص 309.

المتعاقد أو الباعث لديه، فقد يكون حسنا ومشروعاً، ومع ذلك يمنع بالنظر إلى مآله.

- يمنح النظام العام الشرعي لولي الأمر العادل سلطات تقديرية واسعة في النظر إلى المصلحة العامة، وإليه يرجع النظر فيها، وتقدير الوسائل اللازمة لرعايتها، كالتسعير مثلاً، أو جبر المحتكر على البيع بسعر المثل، أو حرق ماله إذا امتنع إلى غيرها من الوسائل¹.

- لا يشترط في المصلحة العامة - التي لأجلها يتدخل النظام العام الشرعي لتقييد حرية التعاقد رعاية لها-، أن يترتب على الإخلال بها ضرراً يلحق الأمة كافة، بل يكفي أن يمس الضرر أهل البلد أو جماعة عظيمة منه أو أهل حي من الأحياء، لأن العبرة في الترجيح هنا بين المصالح هو كثرة المفساد وزيادتها على المصالح².

وهكذا يتضح أن قوام فكرة التضامن الاجتماعي تقوم على الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية، ومن ثم فهي تصلح كأساس لتدخل فكرة النظام العام الشرعي في تقييد حرية التعاقد.

ثانياً: الأسس والنظريات الخاصة بالعقود والمعاملات المالية

في الحقيقة إن الفقهاء في تقييدهم وتأصيلهم لمسألة تدخل قواعد النظام العام الشرعي في تقييد حرية التعاقد، قد استندوا إلى عديد الأسس والمبادئ ومنها: نظرية الخيارات العقدية (I)، ونظرية جعلية الآثار (II)، ونظرية التعسف في استعمال الحق التي ستكون محل دراسة في الباب الثاني لدى الحديث عن الشروط التعسفية.

I - دور نظرية الخيارات العقدية في تقييد حرية التعاقد

بعد بيان المقصود بالخيارات العقدية (أ)، نبين أهميتها في تحقيق التوازن وحماية رضا المتعاقد (ب).

أ- المقصود بالخيارات العقدية

الخيار في اللغة إسم بمعنى طلب خير الأمرين، ويقال هو بالخيار: يختار ما يشاء³.
وأما في اصطلاح الفقهاء، فقد عرفه بعضهم بأنه: "أن يكون الإنسان مخيراً بين تنفيذ العقد

¹ - الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 310.

² - الدريني، المرجع نفسه، ص 310 .

³ - المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 287.

وبين فسخه¹. أو هو: "طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه"². ومقصودها في العقود أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إجازته، سواء ثبت هذا الحق بسبب إرادة أحد العاقدين أو كليهما، أو بسبب الشرع³.

ب- أهمية نظرية الخيارات في تقييد حرية التعاقد

تهدف نظرية الخيارات في الفقه الإسلامي إلى إعطاء مزيد من الروية والتفكير حتى يتم العقد برضا تام وإرادة سليمة حرة متتورة، إضافة إلى تحقيق العدالة وعدم الإضرار بالمتعاقدين الآخر⁴.

يجد النظام العام الشرعي في نظرية الخيارات العقدية، وسيلة مثلى للتدخل وتقييد حرية التعاقد، فهذه النظرية تخول العاقد في ظروف محددة سلطة الرجوع عن العقد أو التحلل منه، وتثبت بالاشتراط أو بتحويل الشارع، بمقتضاها يكون للعاقد الحرية والمشيئة في إمضاء العقد أو الانسحاب منه، وللدلالة الدقيقة على أهمية نظرية الخيارات في مجال المعاملات يلاحظ أنه لا يمكن الاستغناء عنها في تحقيق شيء من خصائصها في النظريات القانونية، فمن خصوصياتها أنها تقوم بنقل العقد من الحتمية واللزوم بالتعبير الفقهي إلى التردد وعدم اللزوم، مما يسمح بتدارك أي اختلال في التوازن العقدي، حيث يكتسب العقد بموجبها مرونة لم تك فيه من قبل. وبذلك نحافظ على التوازن دون الإخلال بمبدأ الرضائية، وهذا النقل أحيانا يكون مباشرا بحكم الشارع، وأحيانا بطلب تحفظي من العاقد بإدراج شرط في مجلس العقد لمنع لزوم العقد، فهو متوقف على إرادة العاقد الذي قد توجس خيفة من رأيه المرتجل السريع ليعيد النظر ويشاور قبل إبرام العقد⁵.

فإذا كانت الشروط التقييدية المقترنة بالعقد تهدف إلى تعديل مقتضى العقد، فإن التحفظ

في الخيارات بسلب لزوم العقد وتجميد مفعوله، بسبب ناشئ بإرادة العاقد - قيام خيار مع

¹ - علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الجزء 01، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1991، ص 110-111.

² - محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص 43.

³ - ينظر المادة 208 من مجلة الأحكام العدلية.

⁴ - علي محي الدين القره داغي، المقدمة في المال والإقتصاد، المرجع السابق، ص 533.

⁵ - ينظر في تفصيل هذه الخيارات: عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1975.

العقد - أو بسبب طارئ حين يظهر في المعقود عليه، هو أمر جعله النظام العام الشرعي موجباً لجبر الضعف الذي لحق بجانب أحد العاقدين.

ولا شك أن لنظرية الخيارات الفقهية بنوعها الإرادي الثابت بالاشتراط، والحكمي الذي يتدخل الشارع فيثبته ويكفي العاقد المطالبة به، أهمية كبيرة في صياغة اتجاه وسط يراعي لحرية التعاقد حرمتها وللطرف الضعيف في العلاقة كرامته في ظل تعقيد الحياة الاقتصادية وتعرضها لأنواع من الخلل بأسباب خفية كامنة فيها، فضلاً عن رواج التزييف والغش، وضيق فترة التعاقد أو المساومة عن استيعاب طرائق التثبيت من صلوح الشيء للحاجة أو حصول التكافؤ في الحقوق والالتزامات، كل ذلك يجعل العاقد ضعيفاً حائزاً، محتاجاً إلى من يرشد إرادته ويحميه من التفوق الاقتصادي للمحترف، حتى لا يقدم على المبادلة إلا بعد التروي وإمعان النظر ومشاورة المؤتمن الناصح ولا يتم له ذلك إلا بواسطة الخيار.

ويقسّم الفقهاء الخيارات¹ إلى قسمين: أحدهما يثبت بإشتراط العاقد وهو يشمل: خيار التعيين وخيار الشرط. والثاني يثبت بإثبات الشارع له، وهو يشمل خيارات كثيرة، منها ما يختص بعقد معين بالذات كخيار العتق وخيار البلوغ، ومنها ما يعم عدداً من العقود ولا يختص بواحد منها كخيار العيب وخيار الرؤية، وخيار المجلس. ومن بين الخيارات الثابتة بحكم النظام العام الشرعي:

1- خيار الرؤية

ومعناه أن يكون للعاقد الذي عقد على شيء معين لم يره حق الفسخ إذا رآه، وهو يثبت بشرطين: أن يكون محل العقد شيئاً معيناً كدار مثلاً، والثاني أن يكون محل العقد غير مرئي وقت العقد، فإذا لم يراه ثبت له الخيار عند رؤيته. ودليل هذا الخيار ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه". فإثبات الخيار في شراء الأعيان الغائبة دليل إقراره الشراء ومشروعيته، ولأن الجهالة التي أوجدها عدم الرؤية لا تفضي إلى النزاع، لأنه إذا لم يصادف رغبته فسخ، وإن صادف أمضى العقد².

ويثبت خيار الرؤية عند من أجازوه في كل العقود التي يكون محل العقد فيها شيئاً معيناً لم ير قبل العقد ولا في إنشائه، ولذلك أثبتوه في أربعة أنواع من العقود:

¹ - لقد أوصل العلامة ابن عابدين الخيارات إلى سبعة عشر خياراً عند الحنفية، مع إشارته إلى أنها تبلغ الثلاثين خياراً.

² - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 374-376.

فيثبت في عقد البيع إذا كان المبيع معيناً بالشخص، وليس شيئاً ثابتاً في الذمة، فلا يثبت في السلم ولا في الصرف، ويثبت للمشتري لا البائع. كما يثبت في عقد الإجارة للمستأجر إذا لم يكن قد رأى العين المستأجرة. ويثبت أيضاً في قسمة القيمات فإذا كان أحد الشركاء عند القسمة لم ير نصيبه فله الخيار إذا رآه. كما يثبت كذلك في عقد الصلح إذا كان بدل الصلح شيئاً غير معين¹.

2- خيار العيب

ويقصد به ثبوت حق الفسخ إذا وجد العاقد عيباً ينقص القيمة عند أهل الخبرة في السوق في المعقود عليه وهو محل اتفاق بين الفقهاء²، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تصروا الإبل والغنم، من ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها بعد أن يحلبها وصاعاً من تمر"³.

3- خيار المجلس

ومقتضى هذا الخيار أن يكون لكلا العاقدين ما دام مجلس العقد قائماً، الحق في فسخ العقد إلى أن يتفرقا بأبدانهما بأن يبتعد أحدهما عن المجلس، أو يتفقا على رفع الخيار. و يعد هذا الخيار استثناء من الأصل العام في العقود وهو اللزوم، فخيار المجلس أمر عارض مقرر بنص من الشرع، ولا يرد إلا على عقد صحيح لازم، فيفقد اللزوم مدة مجلس العقد، ويجعله عقد غير لازم، يحق لأحد العاقدين فسخه بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة الآخر، ودليله حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا"⁴.

II - دور نظرية جعلية الآثار في تقييد حرية التعاقد

لا خلاف في الفقه الإسلامي أن حرية التعاقد مقصورة على الحرية في إنشاء العقد أو

1 - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 374-376.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 07، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1986، 331.

3 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ، حديث رقم

4 - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، أحكام خيار المجلس -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المجلة العلمية، كلية الشريعة والقانون بطنطا، مصر، الجزء الأول، العدد 10، 1999، ص

التصرف، بحيث لا تتعداه إلى ترتيب آثاره، فالشارع الحكيم من خلال قواعد النظام العام الشرعي هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره، وفي هذا يقول الإمام عبد العزيز البخاري: "إن العلل الشرعية - ومنها العقود غير موجبة بأنفسها... وإنما الموجب للأحكام- المعلول والآثر - هو الله تعالى"¹. وهذا مي يمسه الفقهاء بجعلية آثار العقد، أي أنها من جعل الشارع، وبعد بيان المقصود بها (أ)، نبين اتجاهات الفقهاء بشأنها (ب).

1- المقصود بجعلية الآثار

جاء في كشف الأسرار: "إن العلل الشرعية غير موجبة بأنفسها، فإن هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام، وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى، إذ له ولاية الإيجاب، وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علة، ولكن إيجابه لما كان غيباً عن العباد، وهم عاجزون عن دركه، شرع العلل التي يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام في حق العمل، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً، فصارت العلل موجبة في الظاهر بجعل الله تعالى إياها كذلك، أي موجبة لا بأنفسها، وفي حق صاحب الشرع هذه العلل خالصة للعباد على الإيجاب"².

وجاء في فتاوى ابن تيمية: "إن الأحكام ثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا، لم يثبته ابتداء كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة"³.

ويترتب على هذا أن من تعاطى السبب بكمال شروطه وانتفاء موانعه، ثم قصد ألا يقع سببه فقد قصد محالاً، وتكلف ما ليس له رفعه، ومنع ما لم يجعل له منعه. فلا بد أن يكون قصد المكلف من إنشاء هذه العقود والتصرفات موافقاً لمقصد الشارع، وإلا كان مناقضاً، والمناقضة تبطل التصرف. كما يقول الشاطبي: كل من ابتغى في غير ما شرع له فقد ناقض الشرع، ومن ناقض الشرع فعمله في المناقضة باطل"⁴.

وهكذا يتضح من أقوال الفقهاء مبدأ حرية التعاقد قاصر على إنشاء العقود والتصرفات،

1 - عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ص 1291. مقتبس عن: فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 411.

2 - البزدوي، كشف الأسرار، الجزء 04، المرجع السابق، ص 171.

3 - ابن تيمية، الفتاوى، الجزء 03، المرجع السابق، ص 235.

4 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 333.

ولا يملك المتعاقد ترتيب آثار تلك العقود باختياره المطلق. ذلك أن تلك الآثار من وضع الشارع، ومقصد الشارع من هذا التحديد أمور أساسية، تتجلى في: حفظ التوازن بين أفراد المجتمع. وتحقيق المقاربة أو التساوي في الالتزامات في عقود المعاوضات، وذلك بنفي الربا والغرر. ونفي أسباب الجهالة المفضية إلى التخاصم والنزاع. وحماية الناس من سلطان الهوى والظلم، والأنانية والجشع، وبخاصة ممن يكون في مركز قوة يستغلها على حساب الطرف الضعيف.

يقول ابن رشد: "يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو في مقاربة التساوي، ولما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات، جعل الله الدرهم والدينار لتقويمها، أعني تقديرها"¹.

ب- اتجاهات الفقهاء حول فكرة الجعلية

تعرض الفقهاء المعاصرون لفكرية الجعلية وراح كل واحد منهم يعرض للفكرة محددًا نطاقها ومجال تطبيقها ويمكن أن نحصرها في اتجاهات أربعة:

الاتجاه الأول: حدد أصحابه نطاق فكرة الجعلية في العقود حسب خطورتها و قسّموها من هذا الوجه إلى عقود زواج و غيرها من العقود المالية، ويرون أن فكرة الجعلية يجب الأخذ بها في نطاق عقود الزواج فقط²، أما بالنسبة للعقود المالية الأخرى فلا خطر من جعل آثارها لسلطان الإرادة ما دام المتعاقدين لم يخالفاً أمراً مقررًا في الشريعة بنص قطعي أو قياس أو أثر مشهور لأن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعهود والعقود³.

وأما الاتجاه الثاني: فيرى أصحابه أن للجعلية معنى واسع وآخر ضيق، فالأول مؤداه أن الشارع جعل لكل عقد آثاره التي تتعلق به و تتحقق به الأغراض التي قصدتها العاقدان من

¹ - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء 02، المرجع السابق، ص 93

² - ذلك أن عقود النكاح تتعلق بالأبضاع والأصل فيها الحرمة ولا تحل إلا بتحليل الشارع لها، فكان السلطان على آثارها للشارع نفسه. أما العقود المالية فهي من الأمور العادية الأصل فيها الإباحة ما لم يقم دليل على حرمتها. فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد-دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 119.

³ - ومما يؤخذ على هذا الاتجاه أن التفرقة بين العقود في نطاق الجعلية وتقسيمها إلى عقود زواج وعقود مالية أخرى، هو تقسيم لم يقم عليه سند من الواقع، ذلك أن الفقهاء اعترفوا للإرادة بدور هام في تحديد آثار وأحكام عقد الزواج، كحق المرأة في أن تستر على زوجها ألا يتزوج عليها أو لا يطلقها أو ألا يسافر بها، في حين أنه في نطاق العقود المالية الأخرى نجد أن الفقهاء لم يعترفوا للإرادة بدور في تحديد بعض آثار العقود كشرط الفائدة في المعاملات مثلاً، ويتضح من هذا جليا أن أصحاب هذا الرأي لم يقدموا تبريراً منطقياً لفكرة الجعلية. فؤاد محمود عوض، المرجع نفسه، ص 119-120.

إنشائه، فيتعين على الناس مراعاة الحدود العامة أو الخاصة التي حددها الشارع للعقود. والثاني مفاده أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للتصرف وينفذه في الوقت نفسه بمجرد العقد¹.

وأما الاتجاه الثالث: يرى أصحابه أن جعلية الأحكام بإرادة الشارع تصف السبب البعيد للالتزام العقدي على حين أن السبب المباشر لنشأته هو إرادة الأطراف فأحكام العقد ترجع إلى الله سبحانه وتعالى باعتباره المشرع لها، و لكنها ترجع أيضا لإرادة المتعاقدين باعتبار أنهم الذين أبرموا العقد و يتحملون نتائجه و يلتزمون بأحكامه².

وأما الاتجاه الرابع: يرى أصحابه أن الناس كانوا يتعاملون بالعقود ويرتبون عليها أحكاما وآثارا تواضعوا عليها، وجاءت الرسالة المحمدية فلم تعد إلى هدم ما كان موجودا من أساسه بل أخذت في إصلاح ما أمكن إصلاحه، وإزالة ما لا يصلح للبقاء من عقود كان الفحش فيها ظاهرا³.

والذي يبدو في ظل هذه الاتجاهات وكما رجحه بعض الفقهاء، أنه يجب التفرقة بين الأحكام الأصلية التي قررها الشارع لكل عقد، والآثار الفرعية له، فالأولى التي تقف إرادة الأفراد خادمة تجاهها، فهي تقع بحكم الشرع ولا سبيل إلى مخالفتها، أو اشتراط شروط تعدل منها لأن الشارع الحكيم راعى فيها اعتبارات تحقق منفعة الفرد ومصصلحة الجماعة وهي ما تسمى بمقتضى العقد. وأما الثانية فإن الإرادة الفردية تنتقل فيها من الخمود إلى الحركة فيمكن أن تعدل أو تغير فيها بما يحقق صالح الأطراف⁴.

نخلص مما سبق أن حرية التعاقد، كأصل عام، تكمن في حرية الاختيار للعاقدين في الإقدام على إبرام العقود أم لا، وفي أن له الحرية في التعبير بكل ما يدل على رضاه، وعند ذلك ينتهي دوره الذي يقتصر على إقامة السبب الظاهري الذي ينشأ عنده الأثر الشرعي للعقد. وعليه يتضح من كل ما سبق بيانه في هذا الفرع أن فكرة النظام العام الشرعي، في تدخلها لتقييد حرية التعاقد والحد منها، تستند في ذلك إلى أصول ونظريات شرعية ثابتة قائمة بذاتها، وليس هذا التدخل مجرد هوى من ولي الأمر أو الحاكم، فتدخله منوط بتحقيق المصلحة

1 - فؤاد محمود عوض، المرجع السابق، ص 120.

2 - المرجع نفسه، ص 121.

3 - المرجع نفسه، ص 121.

4 - المرجع نفسه، ص 127. وسيكون لنا مجال لبحث هذه الفكرة أكثر لدا حديثنا عن معالجة الشروط التعسفية في الفصل

الأول من الباب الثاني.

العامّة، إما استناداً إلى مبدأ العدل ومنع الظلم بكل أشكاله، وإما من منطلق التضامن الاجتماعي الذي ينبغي أن يسود بين أفراد المجتمع في جو من الألفة والتعاون، ولأجل ذلك تقيد الحرية منعا للإضرار بحقوق المستضعفين، ويمنح له النظام العام الشرعي مجموعة من الخيارات العقدية تمكنهم من إزالة العيب الذي لحق العقد والتبصر وأخذ الحيطة من عواقبه. بل أن النظام العام الشرعي وخشية أن يتخذ المتعاقد من حرية التعاقد وسيلة لتحقيق رغباته الأنانية على حساب باقي أفراد المجتمع، قيد له هذه الحرية في الإنشاء فقط، بينما يكون ترتيب الآثار من جعل الشارع العليم بما ينفه ويضر. وداخل هذا الإطار العام الذي رسمته الشريعة السمحاء تتحرك قواعد النظام العام الشرعي، تقييدا وتعديلا وحذفا، على ما سيتم تفصيله في الباب الثاني من الرسالة، وبهذا نلاحظ بعض الفوارق بين النظام العام الشرعي والنظام العام التقليدي الوضعي، نتناولها في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

المقارنة بين وظائف النظام العام الشرعي والنظام العام التقليدي

يتضح مما سبق بيانه بشأن وظائف كل من النظام العام في ثوبه التقليدي، والنظام العام الشرعي، أنهما يتفقان من حيث المبدأ وهو تحقيق العدل في مفهومه العام، وما ينطوي عليه من حماية للمصلحة العامة للدولة، والمصالح الخاصة للأفراد، وفي سبيل ذلك يفرضان العديد من القيود على حرية التعاقد، بحيث تغدوا كل من الفكرتين كقيد وحد عليها.

إلا أنهما ومع هذا الاتفاق الظاهري، يختلفان من حيث الأسس التي يقوم عليها كل نظام، تبعا لاختلافهما في مضمون المصلحة وفي معيار الترجيح عند تزامم المصالح.

كما أن مفهوم حرية التعاقد المتغاير في المفهومين الشرعي والقانوني كما سبق بيانه، له الأثر البالغ في رسم حدود هذا التدخل، ذلك أن الشخص وانطلاقا من مفهوم مبدأ حرية التعاقد في ظل القانون، يملك سلطة واسعة في جميع مراحل التعاقد، بحيث تكون له الحرية بداية في التعاقد أو في رفض التعاقد، كما تكون له الحرية أيضا في اختيار الشخص المتعاقد معه، وله الحرية في اختيار شكل العقد، وفي تحديد مضمونه ومداه من حيث الحقوق والالتزامات التي يترتبها، أي أن آثار العقد هي من جعل العاقدين وفقا لحريرتها التي تكون كفيلة بتحقيق التوازن بين مصالحهما، لأن العقد بهذا المفهوم لا ينبغي إلا أن يكون عادلا، إذا لا يعقل أن يقدم الشخص الحر على إبرام عقد يضر بمصالحه، فالمتعاقدين وفق هذا النظر هما الأقدر دون

غيرها -حتى ولو كان المشرع- على تحقيق العدالة العقدية.

وهذا الإطلاق غير المبرر هو الذي أدى إلى تلك النتائج السلبية نظراً لأنانية الأشخاص من جهة، ونظرهم القاصر من جهة أخرى.

وعلى النقيض من ذلك نجد أن حرية التعاقد في الفقه الإسلامي ونظامه الشرعي، تثبت من البداية مقيّدة بحدود النظام العام الشرعي، إذ أن حرية المتعاقدين تكمن فقط في إتيان السبب الظاهري، أما الأثر فهو من جعل الشارع، طبقاً لمبدأ جعلية الآثار الذي سبق تفصيله أعلاه.

وكهذا فإن من شأن نظرية جعلية آثار العقد، أن تساهم في إيجاد الحل الوسط بين النزعتين الفردية التي تميل إلى الإطلاق، والجماعية التي تميل إلى التقييد، ذلك أن مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي مقصور على إنشاء العقد أو التصرف، ولا تتعداه إلى ترتيب آثاره. فالشارع الحكيم من خلال قواعد النظام العام الشرعي هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره¹. وذلك حفظاً للتوازن أو تحقيقاً للتساوي بين الالتزامات في مضمون عقد المعاوضة بين طرفيه فيما يجب لكل منهما من حق أو ما يترتب عليه من التزام.

وهناك بعض الآثار أو الأحكام التي تثبت باتفاق المتعاقدين ويلتزمان بها علاوة على التزامها بالأحكام التي تترتب عند مباشرة صيغة العقد. وبهذا الفرق المعروف فقهاً بين هذين النوعين من الأحكام فقد أخذ كلٌّ منهما اسماً خاصاً لاختلاف طبيعتهما فسمي الأول أحكام العقد أو الآثار التي رتبها الشارع على كل عقد، وسمي الثاني الشروط المقترنة بالعقد.

وتبرز حكمة الشارع من مبدأ جعلية آثار العقود في إقامة التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد، وضمان عدم إخلال أحدهما بحقوق الآخر، وهذا لأن الشارع أقدر من غيره على حفظ العدل بين الناس وصون المعاملات عن أسباب الفساد وحسماً لنشوء الخلاف بين الناس. وعلى هذا، فإن الرابطة بين العقد وآثاره باعتبار أن أحدهما مسبب والآخر سبب ليست رابطة آلية طبيعية عقلية، وإنما هي رابطة جعلها الشارع بينهما، لتجنب استغلال الناس بعضهم لبعض، وحتى لا تؤدي بهم إلى نزاع، ولا ينالهم منها غبن ولا يلحقهم بها ضرر، وحتى لا يتخذوها وسيلة إلى اقتراف ما نهى الله عنه.

¹ يقول الإمام عبد العزيز البخاري، صاحب كشف الأسرار على أصول البزدوي في هذا الصدد: "إن العلل الشرعية -ومنها العقود - غير موجبة بأنفسها... وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى". المرجع السابق، ص 1291.

وهكذا فالقول بجعلية الآثار في الفقه الإسلامي، لا يتعارض مع مبدأ رضائية وحرية العقود الذي يعد أصلا فيه، بدليل أن الشارع أجاز للمتعاقدين اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثار العقد وهذا في حالة ما إذا لم تحقق الآثار الأصلية للعقد مصلحة العاقدين وغرضيهما. وتستمد إرادة المتعاقدين سلطانها في ذلك من الحدود التي يحددها الشارع لكل عقد وهي تختلف من عقد لآخر بحسب طبيعة العقد .

وعلى هذا الأساس فإن الإرادة ليس لها دور في ترتيب آثار الالتزامات التعاقدية إلا بالفقر الذي تتوازن فيه مع المصلحة العامة للمجتمع، فلا سلطان لها في القانون العام، ولها دور ضئيل في مجال الأحوال الشخصية بالمقارنة مع المعاملات المالية، حيث يتسع دور الإرادة، وهذا يعني أن مركز الإرادة وأهميتها من الالتزامات التعاقدية يحتل مركزاً وسطاً ذو أهمية محدودة بحدود الشرع، فلا يمكن إطلاق السلطان للإرادة في ترتيب آثار العقود، ومع ذلك فإن هذا لا ينقص من دور الإرادة بقدر ما هو يحدد مكانتها وحدود التعبير عنها، وعليه ينتفي وجود أي تعارض بين شرعية آثار العقود ومبدأ الرضائية متى تم تحقيق هذه المعادلة.

واستصحاباً لما تقدم فإن مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي من المبادئ المقررة الثابتة التي لا ينقص منها أية أفكار كفكرة الجعلية أو غيرها، وأن للأفراد أن يرتبوا آثار العقود كما يشاءون، غاية ما هنالك أنه يجب عليهم ألا يضمّنوا عقودهم شروطاً أو آثاراً تناقض أصلاً مقرراً من أصول الشريعة وألا يخالف الأحكام الأصلية التي قررها الشارع للعقود، أي عدم مخالفة العقد للنظام العام الشرعي.

وهذا الذي قرره الفقه الإسلامي بخصوص جعلية آثار العقد، يقترب منه ما ذهب إليه المشرع الجزائري، فهذا الأخير وإن كان يجعل من مبدأ حرية التعاقد أصلاً من أصول نظرية العقد، إلا أنه قد ضبطه وحده بحدود، فحرية التعاقد تعمل في إطار فكرة النظام العام وتدور في فلكه، ومن ثم يبدوا مدى التقارب الوظيفي بين فكرة النظام العام الحمائي في التشريع الجزائري، وفكرة جعلية آثار العقد في الفقه الإسلامي، فكلتا الفكرتين تحدان من سلطان الإرادة وحرية الأفراد في إبرام وتحديد آثار العقود.

وتبقى في النهاية فكرة الجعلية كفكرة عامة تهيمن على كل التصرفات والعقود بوصف أن الله سبحانه و تعالى هو المسيطر على حركة الكون، العالم بحركة الإنسان في الوجود وأن كل الأسباب والمسببات من عند الله تعالى خلقاً وتقديراً و لذلك يمكن القول أن الإنسان له

الحرية الكاملة في تكوين العقد و ترتيب آثاره في الفقه الإسلامي في حدود ضوابط النظام العام الشرعي، ويقف القضاء الذي بيده موازين العدل من وراء ذلك كله يرقب حركة الإرادة الإنسانية في نطاق تحديد آثار العقود ويباشر دوره في الإلغاء والتعديل للآثار التي رتبها الأفراد.

هذا وقد يرد على فكرة الجعلية، بأن الأصل في العقود أنها اختيارية رضائية، يكون للعاقدين فيها حرية تحديد آثار العقد وأحكامه، فإذا جعلت الشريعة الإسلامية آثار العقد من اختصاص الشارع لا من عمل العاقد، كان ذلك هدم لأصل الحرية والاختيار. وقد أجاب على هذا الاعتراض الإمام الشاطبي بأن: "موضع الاختيار والرضا في إيقاع الأسباب بإنشاء العقود، وإن ذلك مدى واسع للرضا، وليس بالمدى القصير الضيق، أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظاً للعدل بين الخلق، وصوناً للمعاملات المالية عن دواعي الفساد، ومنعاً للغرر في الصفقات، وحسماً لمادة الخلاف بين الناس"¹.

وعليه يتضح مما سبق أن كل من فكرة النظام العام التقليدي، وفكرة النظام العام الشرعي، تضطلعان داخل دائرة العقود والمعاملات المالية، بمهمة وظيفية أساسية وهي ضبط حرية التعاقد، وتقييدها حماية للمصلحة العامة من جهة، وحماية مصالح بعض الفئات الخاصة من جهة أخرى، على خلاف بينهما في الوسائل والكيفيات، وهذا ما سنتناوله في المبحث الموالي، الذي سنقتصر فيه فقط على تلك القيود التي فرضها النظام العام التقليدي، والتي كانت في أضيق الحدود احتراماً لمبدأ حرية التعاقد.

المبحث الثاني

النظام العام التقليدي ضابط لمشروعية العقد في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين، ولطرفيه الحرية الواسعة في كيفية انعقاده وتحديد مضمونه، فإنه وفي المقابل، وحتى يكون العقد صحيحاً منتجاً ومرتباً لآثاره، وجب أن ينضبط بتلك الأحكام التي وضعها المشرع، والتي قصد منها ضمان الحد الأدنى من الاستقرار، والتي ضماناً لاحترامها وتنبئها للأفراد بخطورة مخالفتها، أصبغ عليها المشرع صبغة النظام العام، ووصفها بالقاعدة فوق العادية. فقواعد النظام العام تعد المنفذ الذي تلج منه الدولة إلى ميدان العقود لوضع حدا لها وضبطها، عندما ترى أن هذه العقود تهدد أو من شأنها أن تهدد الأسس

¹ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 01، المرجع السابق، ص 151.

الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها الدولة نفسها¹. وتظهر وظيفة النظام العام كضابط لحرية التعاقد، بداية من خلال إلزام المتعاقدين بأن يكون المحل الذي يمثل مجموع الالتزامات الناشئة عن العقد مشروعاً (المطلب الأول)، وأن يكون السبب الذي يمثل الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعاً كذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النظام العام التقليدي ضابط لمشروعية محل الالتزام الناشئ عن العقد في القانون الجزائري

والفقه الإسلامي

إذا كان الأصل كما سبق القول أن للأشخاص مطلق الحرية في إبرام ما يشاءون من العقود، إلا أنه وجب عليهم الوقوف عند حدود النظام العام، فالأشخاص يعيشون في ضمن نظام اجتماعي وسياسي واقتصادي وأخلاقي اختطوه محافظة على كياناتهم وتوفيراً للأمن والاستقرار اللذين يجب أن يسود علاقاتهم العامة والتعاقدية على وجه الخصوص. وبالتالي فإنه يمنع عليهم تخطي هذه الحدود وتجاوز الأهداف السامية التي تضطلع فكرة النظام العام بتحقيقها، ذلك أن حماية الحرية يقتضي في بعض الأحيان ضرورة تقييدها والحد من سلطانها. ومن الحدود التي أوجب المشرع الجزائري على المتعاقدين عدم تخطيها هو ضرورة احترام مشروعية المحل أو الالتزام الناشئ عن العقد (الفرع الأول).

وبخصوص الفقه الإسلامي فإن حرية التعاقد فيه تثبت أصلاً مقيدة، بحيث يقتصر دور الإرادة بداية على إنشاء العقد فقط، دون أن يكون للمتعاقدين أي دور في تحديد آثار العقد، فالآثار من جعل الشارع طبقاً لقاعدة جعلية آثار العقد. بل أن حتى حرية الأفراد في إنشاء العقد منضبطة بأن ينصب العقد على محل أو معقود عليه مشروع وغير مخالف للنظام العام الشرعي. (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية محل الالتزام الناشئ عن العقد في القانون الجزائري

إن التشريع الجزائري وإن كانت حرية التعاقد ترد فيه كأصل عام بحيث تتسع فيه دائرة التعامل، إلا أن المشرع قد حدّ هذه الحرية وضبطها بضابط المشروعية، وهذا ما نصت عليه

¹ - محمد شليح، المرجع السابق، ص 190.

المادة 93 من القانون المدني: "إذا كان محل الإلتزام¹ مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا". وهكذا فمراعاة لعدم الخروج عن النظام العام فرض المشرع مشروعية المحل. ولا شك في نظر الباحث أن ضرورة وجود المحل وقت العقد، أو على الأقل تحقق وجوده في المستقبل، أمر ذو صلة وثيقة أيضا بفكرة النظام العام، وهو ما صرح به المشرع في نص المادة 92 من القانون المدني حين أبطل التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، لما فيه من مضاربة على النفس كقيمة سامية تكون حمايتها في نظر المشرع أولى من حماية حرية التعاقد. وعليه فإن مشروعية المحل في القانون الجزائري تقتضي بداية أن يكون المحل موجودا أو محقق الوجود في المستقبل (أولا)، وأن يكون قابلا للتعامل وغير مخالف للنظام العام (ثانيا).

أولا: وجود المحل أو تحقق وجوده في المستقبل

لاشك أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة، اشترط ضرورة وجود محل الإلتزام قبل نشوء الإلتزام أو أثنائه حتى ينعقد العقد. فإذا لم يكن المحل موجودا أصلا أو كان وجوده في المستقبل مستحيلا فإن هذا يمنع قيام العقد لتخلف ركن المحل. غير أن المشرع قد أورد على هذه القاعدة العامة استثناء، بموجبه أجاز التعامل في المحل المستقبلي وفق ما نصت عليه المادة 92 قانون مدني: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

فالمشرع الجزائري يجيز التعامل في الأشياء المستقبلية، أي تلك الأشياء غير الموجودة وقت العقد، ولكنها ستوجد في المستقبل. غير أن المشرع وخلافا لبعض التشريعات المقارنة، ومنها القانون الفرنسي، وبعض التشريعات العربية، قد قيد جواز هذا التعامل بشرط تحقق وجود

¹ - اختلاف الفقه حول دلالة المحل كركن في العقد، هل يقصد به محل الإلتزام أم محل العقد، فذهب رأي أول إلى ضرورة التمييز بين محل العقد ومحل الإلتزام، فمحل العقد هو العملية القانونية التي تراضا الطرفان على تحقيقها كالبيع أو الإيجار أو التأمين، في حين أن محل الإلتزام هو ما يتعهد به المدين. ووفق هذا الرأي قد يكون محل الإلتزام صحيحا في حد ذاته، بينما يكون العقد باطلا، لأن العملية القانونية المراد تحقيقها غير مشروعة، كالتعامل في تركة شخص على قيد الحياة. في حين يرى أصحاب الرأي الثاني أن العبرة تكون بمحل الإلتزام، لأن العقد ليس له في الحقيقة محل وإنما يرتب آثارا تتمثل في إنشاء التزامات، وهذه الأخيرة هي التي لها محل. لذا يرى أصحاب هذا الرأي أن لفظ محل العقد غير صحيح، إنما استعمل من باب إيجاز الحذف فقط، لأن المقصود بتلك العبارة في الواقع هو محل الإلتزام الناشئ عن العقد. وهذا الرأي الأخير هو الذي تبناه غالبية الفقه الحديث، لذلك فضلنا استعماله. انظر المزيد حول هذا الخلاف الفقهي، معروف عربي محمد، نظرية محل العقد بين الشريعة والقانون، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1974، ص 11 وما بعدها.

الشيء في المستقبل.

وبخصوص التكييف القانوني لشرط التحقق، فيرى بعض الفقهاء، ومنهم الدكتور وحيد الدين سوار، أن المشرع الجزائري قد علق التعامل في المحل المستقبلي على شرط واقف، فإذا تحقق الشرط وهو وجود الشيء المستقبل كان العقد صحيحا، أما إذا تخلف الشرط ولم يتحقق وجود الشيء في المستقبل، زال العقد¹.

وقد اعترض بعض الفقهاء بحق على هذا الرأي، ذلك أن الشرط الواقف لا ينصب إلا على واقعة عرضية... وأن الإلتزام المعلق على الشرط الواقف يجب أن يكون قد استوفى جميع أركانه الأصلية ثم يضاف إلى هذه العناصر الأصلية عنصر إضافي مستقل غير محقق الوقوع يشترطه طرفا العقد ويعلقان على تحقيقه وجود الإلتزام. أما الإلتزام الذي لا يزال ينقصه أحد أركانه الأصلية كالمحل فلا يوصف بأنه التزام شرطي، إنه التزام احتمالي لأن الذي ينقصه ليس عنصرا عرضيا بل ركن أصيل هو المحل. فإذا وجد المحل فيما بعد يعتبر الإلتزام موجودا من يوم وجود المحل، أما إذا لم يوجد المحل فلا يكون الإلتزام كامل العناصر الأساسية ومن ثم يكون باطلا².

والذي يبدو أن الشيء المستقبل إذا كان وجوده أمرا محقق الوقوع ينعقد العقد لأجل، وهذا ما أخذ به المشرع على سبيل المثال بخصوص عملية بيع الشقق قبل إنجازها، فكيفها على أساس أنها بيع لأجل. أما إذا كان وجود الشيء مستقبلا هو مجرد احتمال فلا بد من التمييز بين حالتين:

قد يتفق المتعاقدان على إبرام عقد يقع على شيء محتمل الوجود من دون شرط أو قيد بحيث نكون بصدد عقد غرر، و من ثم لا يكون لوجود الشيء أو عدم وجوده بعد ذلك أي أثر على صحة العقد أو نفاذه³. فمحل العقد هنا هو الحظ وليس الشيء المستقبلي⁴. وقد يتفق المتعاقدان على إبرام عقد لا يقع على شيء محتمل الوجود مع اشتراط وجود

¹ - وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة 02، 1995، هامش رقم 04، ص 46-47. وقد قال بهذا الرأي أيضا الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء 03، ص 08.

² - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 325.

³ - ومن أمثلة هذا الإتفاق: "بيع صائد السمك لرمية الشبكة فيصح البيع أخرجت السمكة أو لم تخرج و أيا كان مقدار السمك الذي أخرجته". عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 08.

⁴ - J. CARBONNIER, op.cit. p 86.

وتحقق ذلك الشيء مستقبلا، حيث ينعدم العقد إذا لم يوجد الشيء. كأن يتم الاتفاق على بيع السمك الذي تخرجه رمية الشبكة، فإن أخرجت هذه الشبكة سمكا تحقق البيع، وإن لم تخرج سمكا لم يتحقق البيع. فيكون العقد حينئذ باطل لتخلف ركن المحل¹.

ويرى الأستاذ **علي فيلاي** أنه: "إذا كان المشرع يعتد بالشيء المستقبلي كمحل للالتزام ولو كان وجوده محتملا، فلا يكون إذن العقد باطلا إذا لم يوجد الشيء، بل ينقضي الالتزام بسبب استحالة تنفيذه"².

والظاهر أن الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه هو محل نظر، ذلك أن عدم تحقق الشيء المستقبلي يجعل العقد باطلا، ولا يؤدي إلى انقضاء الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه. لأنه يجب والحالة هذه التفريق بين مسألتين: فإذا كان وجود الشيء المستقبلي محققا، انعقد العقد صحيحا. أما إذا كان وجوده محتملا، فنفرق بين فرضين: إما أن يكون العقد من عقود الغرر المنصوص عليها في الباب العاشر من القانون المدني، وهنا يكون العقد صحيحا لأن هذه العقود محتوية في ذاتها على حظ ربح أو خسارة وقد أجازها المشرع. وإما أن لا يكون العقد من عقود الغرر، وهنا إحتمال وجود الشيء وعدم تحققه مستقبلا يمنع قيام العقد إعمالا لنص المادة 92 قانون مدني، ولا يصح القول بانقضاء الإلتزام لاستحالة تنفيذه، لأن هذا لا يكون إلا إذا انعقد العقد صحيحا، ثم استحال تنفيذه بعد ذلك، أما في حالتنا هذه فالعقد لم ينعقد بعد.

وبعبارة أخرى فإنه باستثناء عقود الرهان الخاص بالمسابقة، والرهان الرياضي الجزائري، وعقد المرتب مدى الحياة، وعقد التأمين، -وهي في نظرنا استثناء يأخذ به ولا يقاس عليه-، وبالتالي ففيما عدا هذه العقود، فإن أي عقد آخر يجب أن تطبق عليه المادة 92 قانون مدني، أي أنه إذا انصب العقد على محل مستقبلي وجب أن يكون محققا وإلا كان باطلا.

فالمشرع الجزائري أراد من خلال شرط التحقق تقادي الغرر، وأن إجازته لبعض عقود الغرر تبقى استثناءات أقرها تحقيقا لمصالح رأى أنها أولى بالرعاية في تقديره، مع ما قد يعترى هذا التقدير من مخالفة للشريعة الإسلامية سنيينه لدى المقارنة بينهما.

وعليه فإذا كان الأصل كما سبق أن التعامل في الشيء المستقبلي جائز قانونا متى كان

¹ -J. CARBONNIER, op.cit. p 93.

² -علي فيلاي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 229.

وجوده محققا، إلا أن المشرع الجزائري قد استثنى وحرّم عقودا ترد على شيء مستقبلي، مراعاة للنظام العام والآداب العامة، كرهن المال المستقبلي رهنا رسميا أو رهنا حيازيا (I)، والعقود التي ترد على تركة إنسان على قيد الحياة (II).

I- رهن المال المستقبلي

طبقا لنص المادة 886 قانون مدني فإن المشرع الجزائري، قيّد صحة الرهن الرسمي، بكون العقار المرهون مما يجوز التعامل فيه، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه. ومن ثم فإنه لا يمكن تعيين العقار تعيينا دقيقا إلا إذا كان موجودا وقت انعقاد الرهن، أما إذا كان مجرد عقار سيوجد في المستقبل فإن الرهن يكون باطلا.

II- التعامل في تركة شخص على قيد الحياة مخالف للآداب

لقد استثنى المشرع الجزائري من جواز التعامل في المحل المستقبلي، التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، فبالرغم من أن وجود التركة في المستقبل أمرا محققا، إلا أن المشرع منعه بموجب الفقرة 02 من المادة 92 قانون مدني التي نصت على: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون". ولا تسمح جل التشريعات بهذا التعامل الذي يعتبر مضاربة على حياة المورث، ومن ثمة كان مخالفا لحسن الآداب، كما أن التصرف في التركة المستقبلية بالبيع أو المقايضة أو الهبة أو القرض أو غيرها، يعوق حرية الإيضاء ويمس بنظام الميراث¹. وباستثناء الوصية، تكون كل تصرفات المورث بخصوص تركته باطلة بطلانا مطلقا².

ثانيا: قابلية المحل للتعامل وعدم مخالفته للنظام العام

إذا انصب المحل على شيء غير قابل للتعامل، فإنه يكون غير مشروع و يبطل العقد. ويرجع سبب ذلك إما إلى طبيعة الشيء ذاته (I)، أو لحكم القانون (II).

¹ بلحاج العربي، النظرية العام للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1995، ص 144.

² يجيز المشرع المصري في المادتين 903 و 913 مدني قسمة المورث لتركته وهو بين ورثته حتى يجنبهم كل شقاق على قسمة التركة، وقد أخذ المشرع الفرنسي كذلك بهذا الحل في المادة 1075 مدني.

I - الأشياء غير القابلة للتعامل بطبيعتها

نصت المادة 682 قانون مدني فقرة 02 على أنه: "والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها". يفهم من هذا النص أن الأشياء تكون خارجة عن دائرة التعامل كلما استحالت حيازتها، كأشعة الشمس أو مياه البحر أو الطيور الطليقة... الخ. أما إذا زالت هذه الاستحالة بحيث أصبح الفرد يسيطر على الشيء كالحوانات الوحشية أو الطيور الطليقة بعد اصطيادها، فتصبح حينئذ قابلة للتعامل، و يكون محل العقد مشروعاً¹.

II - الأشياء الغير قابلة للتعامل بحكم القانون

نصت المادة 682 قانون مدني فقرة 03 على أنه: "وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية". والذي يستفاد من النص أن هناك بعض الأشياء على الرغم من أنها قابلة للحيازة الفردية، وقابلة للتعامل بطبيعتها، إلا القانون يمنع التعامل فيها لمساسه وإخلاله بالنظام العام.

فالأداب العامة التي هي عنصر لا ينفصم عن فكرة النظام العام، باعتبارها مجموعة الأخلاق العليا التي ينبغي أن تسود المجتمع، هذه الأخلاق العليا لا تسمح مثلا بالتعامل في جسم الإنسان، ولا في حياته، ولا في صحته فهو من الأشياء المقدسة، فلا يباع ولا يشتري ولا يكون محلا للتملك، وهذا هو أيضا سبب حظر التعامل في الأعضاء والأنسجة البشرية. فهذه القيم البشرية أسمى و أهم من أن تقدر ماديا، و هذا ما جعل التبرع بالدم مثلا أو ببعض الأعضاء البشرية كالكلىة أو قرنية العين أمرا مباحا، في حين يكون التعامل فيها بعوض محظورا².

كما تقتضي حماية الصحة العمومية حظر التعامل في بعض الأشياء التي تعتبر خطيرة على صحة المواطن، كالمخدرات و الحيوانات المصابة بأمراض معدية و المواد السامة... الخ. كما يقتضي النفع العام كذلك حظر التعامل في الأشياء التي يكون استعمالها - عادة جماعيا-، كالطرقات والجسور والسكك الحديدية... الخ. وهذا ما ورد في القانون 30/90

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 240.

² - القانون رقم 05/85 المؤرخ 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08، المعدل والمتمم. بموجب القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

المتضمن قانون الأملاك الوطنية¹، والذي يميّز بين الأملاك العمومية، والأملاك الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، حيث يستثني الأملاك العمومية بحكم طبيعتها أو غرضها من التمليك، ولا يمكن التصرف فيها ولا تخضع للتقادم ولا الحجز².

ومن بين الأملاك العمومية الطبيعية ذكر المشرع في المادة 15 من ذات القانون: " شواطئ البحر، قعر البحر الإقليمي وباطنه، المياه البحرية الداخلية، الثروات والمواد الطبيعية السطحية والجوفية، المحروقات...".

ومن بين الأملاك العمومية الاصطناعية، أشارت المادة 16 من ذات القانون إلى: " السكك الحديدية وتوابعها الضرورية لاستغلالها، الموانئ المدنية والعسكرية، الموانئ الجوية، والمطارات المدنية والعسكرية، الطرق العادية والسريعة، المنشآت الفنية الكبرى، والآثار العمومية والمتاحف والأماكن الأثرية، الحدائق المهيأة، البساتين العمومية...".

ونصت كذلك المادة 689 قانون مدني على أنه: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها أو تمليكها بالتقادم". وأموال الدولة حسب المادة 688 من ذات القانون هي: " العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة، أو مؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري، أو لمؤسسة اشتراكية، أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية". فالمنفعة العامة هي معيار الأملاك العمومية التي تكون خارجة عن دائرة التعامل³.

وعليه وإجمالاً لما سبق، فإن فكرة النظام العام في ثوبها التقليدي، تعد بالفعل ضابطاً لمشروعية الإلتزام الناشيء عن العقد، بحيث يكون البطلان المطلق جزءاً لكل عقد انصب محله على التزم مخالف للنظام العام. وهو الحال ذاته بالنسبة للفقهاء الإسلاميين إذ يجب أن يكون المعقود عليه غير مخالف لأحكام النظام العام الشرعي على النحو الذي سنفصله في الفرع الموالي.

¹ - القانون رقم 30/90 المؤرخ في 14/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

² - عرفت المادة 12 من القانون رقم 30/90 للأملاك الوطنية العمومية كما يلي: "...الحقوق والملك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام...".

³ - علي فيلاي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 242.

الفرع الثاني

مشروعية محل الإلتزام الناشيء عن العقد - المعقود عليه - في الفقه الإسلامي

يستعمل الفقه الإسلامي مصطلح المعقود عليه للدلالة على محل العقد، وهذا الأخير يختلف باختلاف العقود، فقد يكون عينا مالية كما في عقد البيع أو الهبة أو الرهن، وقد يكون منفعة مالية كما في عقد الإجارة، وقد يكون منفعة غير مالية كالمنفعة المتبادلة بين الزوجين في عقد الزواج، وقد يكون عملا كعمل الصانع أو المزارع في الأرض كما في عقدي المزارعة والاستصناع، ومن ثم فإن محل العقد لا يخرج عن أن يكون مالا أو منفعة أو عملا¹.
وسواء كان المعقود عليه مالا أو منفعة أو عملا، فقد اتفق الفقهاء المسلمون على ضابطين يجب توافرها فيه حتى يكون العقد صحيحا، يتعلق الأول بضرورة أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه (أولا). أما الضابط الثاني فيتعلق بوجود أن يكون خاليا من كل غرر يؤدي إلى تنازع أو يفضي إلى خلاف، أو خداع لأحد المتعاقدين² (ثانيا).

أولا: أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه شرعا

يقصد بقابلية محل العقد لحكم العقد شرعا، أن يكون هذا المحل مما أجاز الشارع الإسلامي التعامل فيه، أي غير مخالف للنظام العام الشرعي، ولا نزاع بين الفقهاء في ذلك، فإذا لم يكن محل العقد قابلا للتعامل فيه، وقع العقد باطلا³. وحتى يكون محل العقد قابلا للتعامل فيه، يجب أن يكون مالا (I)، مملوكا (II)، متقوما شرعا (III).

I - اشتراط المالية في محل العقد

إن اشتراط المالية في محل العقد أمر متفق عليه بين الفقهاء، غير أنهم اختلفوا في تعريف أو تحديد ماهية المال على قولين:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية حيث عرف ابن عابدين المال بأنه: "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم"⁴.

¹ - أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 196.

² - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 254.

³ - أحمد فراج حسين، المرجع نفسه، ص 196.

⁴ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار - حاشية ابن عابدين -، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1407 هـ، ص 03.

وبناء على هذا التعريف فإن المنافع لا تعد عند الحنفية أموالاً متقومة بنفسها، وإنما تقومها يكون بالعقد سواء أكان صحيحاً أم فاسداً، فبالعقد يثبت للمنفعة صفة المالية للحاجة، كمنفعة العين المستأجرة. فالمنفعة غير المتقومة بعقد تعد ملكاً لا مالاً، لأن المالك يتصرف بصفة الاختصاص بها والاستئثار¹.

القول الثاني: وهو مذهب جمهور العلماء، وتشمل الأموال عندهم الأعيان والمنافع. فقد عرّف الإمام الشافعي المال بأنه: "ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلت"². وعرّفه الإمام الشاطبي بأنه: "ما يقع عليه الملك ويستبد المالك به عن غيره إذا أخذه من وجهه"³. وأما الزركشي فعرفه بأنه: "ما كان منتفعا به، أي مستعداً لأي ينتفع به"⁴.

والذي يظهر من موقف الجمهور والحنفية أنهم متفقون على أن العنصر الأساس في المالية هو كون الشيء له قيمة ومنفعة حسب العرف السائد. إلا أنهم اختلفوا من وجهتين: الأولى أن الحنفية يشترطون في المال أن يكون شيئاً عينياً مادياً⁵، في حين أن الجمهور وسعوا دائرة المال للأعيان والمنافع والحقوق. أما الاختلاف الثاني فالحنفية لم يشترطوا في المال كونه مباحاً، في حين أن معظم الجمهور يشترطون ذلك⁶.

II- اشتراط الملكية في محل العقد

وأما اشتراط الملكية في محل العقد بأن يكون مملوكاً للعاقده، فقد خرج بهذا القيد المال غير المملوك كالمال المباح، فإن أحرز صار مملوكاً لمن أحرزه⁷.

¹- السرخسي، المبسوط، الجزء 11، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1989، ص 79.

²- السيوطي، الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، تحقيق خالد أبو سليمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1996، ص 379.

³- الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 332.

⁴- الزركشي، المنتور في القواعد، الجزء 03، تحقيق: تيسير فائق أحمد، طبع مؤسسة الخليج، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، 1402 هـ، ص 222.

⁵- إن المنتفع لفروع الحنفية يلاحظ بأن قولهم بعدم مالية المنافع ليس مطرداً بل ترد عليه بعض الاستثناءات منها: جواز بيع السرقيين أو السرجين - وهو الزبل أو رجيع وروث الحيوانات-، وكذا جواز بيع الكلب الذي ينتفع به لصيد أو حراسة، بيع حق الخلو التجاري في المحلات التجارية...إلخ. ينظر حول هذه الاستثناءات: صالح حميد العلي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 198 وما يليها.

⁶- علي محي الدين القره داغي، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، 2009، ص 25.

⁷- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص 340.

III- أن يكون محل العقد متقوم شرعا

يقصد بالمحل المتقوم في اصطلاح الفقهاء ما يباح الانتفاع به شرعا، والأصل في الأموال جميعا أن تكون متقومة، أي مباحة الانتفاع ومحلا صالحا للعقود، إعمالا لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة. فالتحريم حالة استثنائية تتوقف على ورود النص¹.

وقد وردت العديد من النصوص الشرعية في الكتاب والسنة تبين المحرمات من الأشياء، ومنها قوله تعالى: "قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس، أو فسقا أهل لغير الله به"². وقوله تعالى: "حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام"³.

وهكذا يظهر أنه في جميع العقود التي ترد على المال، كالبيع والإجارة والإعارة والرهن والوصية والشركة، يشترط لانعقاد العقد أن يكون المال متقوما، أي مما أباح الشارع التعامل فيه، فإن لم يكن كذلك بطل العقد⁴.

ومن الأمثلة المعاصرة للمال المتقوم أسهم الشركات فهي من الأوراق المالية التي يجوز إجراء العقود عليها، كالبيع و الشراء و الهبة... لأنها تمثل جزءا من رأس مال الشركة. ومن أمثلة المال غير المتقوم شرعا السندات، وهي من الأوراق المالية التي تتضمن قروضا بفائدة فهي تمثل جزءا من قرض على الشركة أو البنك أو الحكومة. وعليه فلا يجوز بيعها وتداولها لما فيها من فائدة أو ربا⁵.

ثانيا: أن يكون المعقود عليه خاليا من كل غرر

لا يكفي أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه شرعا، بل يجب أن يكون خاليا من كل غرر، وبعد تعريفه وبيان صورته (I)، نعد إلى تحديد ضابط الغرر المؤثر (II).

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء 03، المرجع السابق، ص 125.

² - سورة الأنعام، الآية 145.

³ - سورة المائدة، الآية 03.

⁴ - ويلاحظ أن الحنفية قد فرقوا بين كون المال غير المتقوم مبيعا أو ثمنا، فإذا كان مبيعا كما لو باع خمرا فالباع باطل، أما إذا كان ثمنا فالباع ينعقد فاسدا، كما لو باع شاة بخمر، أو بميتة. ينظر، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 126.

⁵ - صالح حميد العلي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 210.

I- تعريف الغرر وصوره

الغرر في اللغة: الخطر والخديعة، وقال القاضي عياض: هو ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه ثم قال: وقد يكون من الغرارة، وهي الخديعة، ومنه الرجل الغر بكسر الغين للخداع، ويقال للمخدوع¹.

أما الغرر في اصطلاح الفقهاء: فقد تعددت التعاريف بشأنه، فهناك من جعله مقصوراً على ما لا يدري أيحصل أم لا يحصل، ويخرج عنه المجهول، ومن هؤلاء ابن عابدين حيث عرف الغرر بأنه: "الشك في وجود البيع"². ومن الفقهاء من جعل الغرر مقصوراً على المجهول، ويخرج عنه ما شك في حصوله، وهذا رأي الظاهرية وحدهم. يقول ابن حزم: "الغرر في البيع هو ما لا يدري في المشتري ما اشترى أو البائع ما باع"³.

وبين الاتجاهين السابقين اتجاه ثالث يجمع بينهما، فيجعل الغرر شاملاً لما لا يدري حصوله وللمجهول، وهو رأي أكثر الفقهاء، ومنهم السرخسي الذي عرفه بأنه: "الغرر ما يكون مستور العاقبة"⁴. وعليه يمكن القول أن الغرر هو عقد اشتمل على الخطر، وذلك للجهل بحصول المعقود عليه، أو بمقداره، أو بصفاته. ومن هذا التعريف الشامل والجامع يتضح أن للغرر في المعقود

عليه صور متعددة، يقع تحتها عقود ورد النهي عنها صراحة يمكن أن نوجز بعضها فيما يلي:

أ- الجهل بجنس المحل

إن جهالة الجنس هي أفحش أنواع الجهالات لأنها تتضمن جهالة الذات والنوع والصفة، ولهذا اتفق العلماء على أن العلم بجنس المبيع شرط لصحة البيع، فلا يصح بيع مجهول الجنس، لما في ذلك من الغرر الكثير⁵. غير في أن مذهب المالكية قولاً بجواز بيع مجهول

¹- رمضان حافظ عبد الرحمان، نظرية الغرر في البيوع، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، الطبعة 01، 2005، ص 09.

²- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء 04، المرجع السابق، ص 147.

³- ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد محمد شاكر، الجزء 08، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997.

ص 343.

⁴- السرخسي، المبسوط، الجزء 13، المرجع السابق، ص 194.

⁵- ومن أمثلة جهالة الجنس التي يذكرها الفقهاء: بعثك سلعة بعشرة أو بعثك شيئاً بعشرة.

الجنس، إذا اشترط للمشتري خيار الرؤية¹، وفي مذهب الحنفية قول أيضا بالجواز وثبوت خيار الرؤية من غير شرط².

ب- الجهالة بنوع المحل

جهالة النوع تمنع صحة البيع كجهالة الجنس، لما فيها من الغرر الكثير. وقد صرح بذلك الإمام القرافي في قوله: "الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء... رابعها: النوع كعبد لم يسمه"³.

ج - الجهل بصفة المحل

ويدخل ضمنه مجموعة من البيوع اتفق الفقهاء على منعها، ومنها: بيع الحمل دون أمه، وبيع المضامين، والملاقيح، وعسب الفحل. فقد جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع عسب الفحل"⁴. كما قال ابن عمر أيضا: "كان أهل الجاهلية يتبايعون لحوم الجزور إلى حبل الحبلية، وحبل الحبلية أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت. فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك"⁵. وقال ابن رشد في باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح: "فهذه بيوع جاهلية متفق على تحريمها"⁶. والمعنى المشترك بين هذه البيوع هو بيع ما تلده البهيمة سواء أكان حملا ظاهرا في بطنها، أم نطفة في رحمها، أو ماء في ظهر الفحل. فكلها ممنوعة، كما قد تكون هناك علة أخرى للمنع⁷.

¹ - الباجي، المنتقى، الجزء 04، المرجع السابق، ص 287.

² - ابن الهمام، فتح القدير، الجزء 05، المرجع السابق، ص 137.

³ - القرافي، الفروق، الجزء 03، المرجع السابق، ص 265.

⁴ - أخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب ضراب الجمل، رقم 95، حديث رقم 6222. ينظر، السنن الكبرى للنسائي، الجزء السادس، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى، 2001، ص 82.

⁵ - أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم بيع حبل الحبلية، رقم 03. ينظر؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 707.

⁶ - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء 05، المرجع السابق، ص 31.

⁷ - الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، منشورات البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، المملكة العربية السعودية، (دون تاريخ نشر)، ص 39-40.

د - الجهل بمقدار المحل

يفرق الفقهاء في هذا الصدد بين المحل المشار إليه مبيعا كان أو ثمنا، والمحل غير المشار إليه. فالأول لا يحتاج إلى معرفة قدره، أما الثاني فالعلم بمقداره شرط لصحة البيع، فلا يصح بيع مجهول القدر، ولا البيع بثمن مجهول القدر. وعلة المنع هي الغرر كما صرح بذلك كثير من فقهاء المالكية والشافعية، ويعلل فقهاء الحنفية المنع بأن جهالة مقدار كل من المبيع والتمن تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وهذا يرجع إلى الغرر¹.

ومن البيوع الممنوعة للغرر الناشيء عن الجهل بمقدار المحل، بيع المزبنة، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة و المحاقلة، والمزبنة اشتراء الثمر بالتمر على رؤوس النخل"². فالمزبنة تعني بيع الثمر على النخل بالتمر كيلا، أو هي بيع الثمر بالتمر، والكرم بالزبيب، والزرع بالطعام كيلا³.

وقد استثنيت العرايا من النهي عن المزبنة، لما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما "تهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المخابرة و المحاقلة وعن المزبنة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، وأن لا تباع إلا بالدينار والدرهم، إلا العرايا"⁴. وهذه الرخصة قد جاءت من أجل المساكين، صاحب العرية، ومن ليس عندهم ما يشترون به الرطب من ذهب ولا ورق، وعندهم تمر، رخص لهم أن يشتروا العرية بخرصها تمرا يأكلونه رطبا⁵. فالغرر الذي في بيع العرايا مغتفر لوجود الحاجة إلى البيع.

هـ - التعاقد على المحل المعدوم

اتفق الجمهور على أن التعاقد على المعدوم لا يجوز إذا كان عينا مالية لا صفة⁶. وهذا شرط انعقاد عند الحنفية والشافعية فإذا لم ينعقد وقع العقد باطلا، ووافقهم المالكية في عقود

¹ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء 04، المرجع السابق، ص 28.

² - رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع المزبنة، رقم 82، حديث رقم 2186. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 522.

³ - الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم 17، حديث رقم 2381. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 573.

⁵ - الشافعي، الأم، الجزء 03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1393 هـ، ص 49.

⁶ - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص 343.

المعاوضات المالية كالبيع والإجارة ونحوها، ولم يشترطوا وجود محل العقد في عقود التبرعات كالهبة، والوقف، والوصية. فيجوز أن يكون محل العقد معدوماً عند التعاقد في عقود التبرعات على أن يكون محتمل الوجود في المستقبل¹.

على أن القول باشتراط وجود محل العقد يتعلق بما إذا كان عيناً مالية، أما إذا كان محل العقد منفعة أو عملاً فلا يشترط وجود المحل عند التعاقد إذا كان بطبيعته معدوماً لا يوجد إلا في المستقبل².

لذلك استثنى الفقهاء من هذه الشروط عقوداً منها عقد السلم، والاستصناع، والإجارة والمساقاة، لأن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون محل العقد معدوماً عند التعاقد، إذ السلم بيع موصوف في الذمة وقد أجاز بالنص، والإجارة عقد يجري على المنفعة وهي ما يتم تحصيله شيئاً فشيئاً، والاستصناع هو الاتفاق على عمل الصانع بأن يصنع شيئاً نظير عوض معين بخامات من عنده كالنجار والخياط.. وهو عقد على منفعة تحصل في المستقبل³.

وإذا كان هذا هو رأي الجمهور، فإن المعتمد عند الحنابلة في مذهبهم عدم اشتراط وجود العقود عليه شرطاً مستقلاً صريحاً، وإنما اشترطوا ذلك ضمناً، أي جاء نصهم على عدم صحة بيع المعدوم تبعاً. قال الإمام البهوتي: "لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيهه بالمعدوم فلم يصح بيعه"⁴.

ويرى ابن تيمية - وهو من الحنابلة المتأخرين -، أنه لم يرد دليل على أن بيع المعدوم لا يجوز، وإنما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة، كما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة. إذن فليست العلة في النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة هي العدم، كما أنه ليست العلة في النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة هي الوجود، فوجب أن تكون هناك علة أخرى للنهي. وهذه العلة هي الغرر، فالمعدوم الذي هو غرر نهى عن بيعه لكونه غرراً لا

¹ - ينظر على الخصوص: الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 05، المرجع السابق، ص 138-139؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، دار الفكر، (دون تاريخ نشر)، ص 30؛ الشيخ محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1974، ص 176.

² - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص 343.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 173.

⁴ - منصور ابن بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستنقع، تحقيق محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم، الجزء الثاني، دار الأرقم، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص 242.

لكونه معدوما¹.

والذي يظهر أن قول ابن تيمية بجواز بيع المعدوم الذي ماله الوجود، أي إذا انتفى الغرر فيه، يمكن أن تخرج عليه كثير من المسائل أو المعاملات التي تجري في أيامنا هذه، مثل بيع السكنات قبل وجودها فيما سماه المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم.

بل إن جواز هذا البيع يمكن تصحيحه وتخريجه على وجه أقوى، وهو قول منصوص عليه عند السادة المالكية، حيث أنهم أجازوا بيع الهواء الذي فوق البناء أو فوق الأرض بقصد البناء عليها. كأن يقول بعني عشرة أذرع من الفراغ الذي فوق أرضك أو فوق بنائك أبني عليه بيتا². و عليه فإن جاز له ذلك جاز له أن يبني عليه بيتا أو يوكل صاحب البيت أو الأرض ببناء هذا البيت، في هذا الحيز من الفراغ على مال معلوم، تحسب فيه تكاليف البناء وأجرته، ويخرج على هذا باب الإجارة أو الإستصناع³.

وعليه فإن عقد البيع على التصاميم وهو في أصله بيع معدوم، يمكن تخريجه وتصحيحه على أنه عقد جامع بين عقدين: الأول شراء الهواء أو الفراغ، والثاني استئجار صاحب الأرض أو المخطط ورخصة البناء، لبناء المسكن بمواصفات معينة، مع الالتزام بدفع مقدار متفق عليه من المال هو تكاليف البناء مضاف إليه أجره البناء، ويمكن أن يعد ذلك استصناعا⁴.

وهكذا فإذا كان الغرر وفق ماسبق بيانه، هو كل ما فيه جهل بحصول المعقود عليه، أو بمقداره، أو بصفاته، مهما تعددت صورته، فإنه يختلف من عقد إلى عقد، فمنه ما هو يسير يمكن أن يغتفر، ومنه ما هو كثير لا يمكن أن يغتفر، الأمر الذي جعل الفقهاء يبحثون عن ضابط لهذا الغرر المؤثر، وهذا ما سنبحثه في النقطة الموالية.

II-ضابط الغرر المؤثر

لقد استخلص بعض الفقهاء⁵ من جملة النصوص والآراء الفقهية الواردة في باب الغرر،

¹ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، كتاب القياس، الجزء 20، المرجع السابق، 542-543.

² - الشيخ محمد ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، الجزء الثالث، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، (دون تاريخ نشر)، ص 14.

³ - صالح حميد العلي، باسم محمد الحافي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق-بيروت، الطبعة الأولى، 2008، ص 218.

⁴ - المرجع نفسه، ص 218.

⁵ - الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق ص 39.

أنه يشترط في الغرر حتى يكون مبطلا للعقد جملة شروط نوجزها فيما يلي:

أ- أن يكون الغرر كثيرا

فقد أجمع الفقهاء على أن الغرر الذي يؤثر في العقد هو الغرر الكثير، وأن الغرر اليسير لا تأثير له مطلقا، والاختلاف الواسع بين الفقهاء لا يرجع إلى أصل القاعدة، وإنما يرجع إلى اختلافهم في تطبيقها، وهذا يكون في الحالات الوسط التي يتردد فيها الغرر بين الكثير واليسير. ومن الأمثلة المتفق عليها بين الفقهاء للغرر اليسير: بيع الحبة المحشوة وإن لم ير حشوها، وبيع الدار وإن لم ير أساسها ومثاله في عصرنا عقد البيع على التصاميم. والإجارة على دخول الحمام والشرب بعوض من ماء السقاء مع اختلاف أحوال الناس في استعمال الماء ومكثهم في الحمام¹.

ومن الأمثلة المتفق عليها للغرر الكثير المؤثر في صحة العقد، ذكر الفقهاء: بيع الحصة، وبيع الملامسة، وبيع المنابذة². وبيع الحمل دون أمه، وبيع المضامين والملاقيح، وبيع الثمر قبل ظهوره³.

ومن أمثلة الغرر المتوسط المختلف في تأثيره على العقد: بيع ما يكمن في الأرض، وبيع الجزاف، البيع بسعر السوق، البيع بسعر الوحدة، بيع المشتري المبيع قبل قبضه، بيع الزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض⁴.

هذا وقد اجتهد الفقهاء قديما وحديثا في وضع ضابط محدد للغرر الكثير والغرر اليسير، وفي هذا الصدد يرى الدكتور الصديق محمد الضرير، أنه من الصعوبة بمكان وضع ضابط للغرر الكثير والغرر اليسير في وقت واحد، وأنه يستحسن في رأيه وضع ضابط للغرر الكثير

¹ - الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق، ص 39-40.

² - وردت أحاديث صحيحة تنهى عن هذه البيوع ومنها: حديث أبي هريرة قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر". رواه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، رقم 04، حديث رقم 1513. ينظر؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 707. وكذا حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة. رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع المنابذة، رقم 63، حديث رقم 2146. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 515.

³ - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبيعوا الثمر بالتمر". رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع المزبنة، رقم 82، حديث رقم 2183. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 522.

⁴ - الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع نفسه، ص 40-41.

وحده¹. ومن قبيل هذا الضابط ما وضعه بعض الفقهاء ومنهم الإمام الباجي في قوله: "الغرر الكثير هو ما كان غالباً في العقد حتى صار العقد يوصف به"².

ب- أن يكون الغرر في عقد من عقود المعاوضات المالية

تجب الإشارة بداية أن المذهب المالكي يمتاز على سائر المذاهب الفقهية بأن فيه قاعدة عامة بالنسبة للغرر في عقود التبرعات هي: أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها. فالغرر ولو كان كثيراً لا يؤثر إلا في عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة والشركة، وذلك لأن الأصل في الفقه الإسلامي كما سبق حرية التعاقد ما لم يرد نص يحد من هذه الحرية. ومع أن الحديث الذي ورد فيه النهي عن الغرر، جاء في باب البيع، فإن النهي لا يقتصر على هذا العقد وحده، بل تلحق به كل عقود المعاوضات المالية. ذلك أن الغرر إنما منع في البيع لأنه مظنة العداوة والبغضاء، وأكل المال بالباطل، وهذا المعنى متحقق أيضاً في عقود المعاوضات المالية، فيؤثر فيها الغرر كما يؤثر في عقد البيع³.

وقد قسم الإمام مالك العقود من هذا المنطلق إلى ثلاثة أقسام: المعاوضات الصرفة التي من شأنها أن يقصد بها تنمية المال كالبيع، والشراء، والإجارة، والسلم، وغير ذلك من عقود المعاوضات، فالجهالة في المعقود عليه فيها تبطل العقد، لأن هذه العقود تجري فيها المماكسات، فلا بد من تعيين المعقود عليه تعييناً ينتفي معه كل نزاع، أو ما يؤدي إليه.

والقسم الثاني يتمثل في عقود الإحسان الصرف، وهي التي لا يقصد بها تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء، وهي تصح بالمعلوم والمجهول، والمحقق الوجود وغير المحقق، وذلك لأن الشارع حث على الإحسان فتوسع فيه بكل الطرق معلوماً ومجهولاً تيسيراً للمحسنين، وتكثيراً للإحسان، ولأنه لا ضرر يقع على العاقد الآخر، لأنه لم يبذل شيئاً.

أما القسم الثالث فيشمل التصرفات التي لم يكن المال جارياً فيها مجرى المعاوضات الصرفة ولا مجرى البذل الصرف، كالمهر في النكاح، فالمال فيه ليس مقصوداً، وإنما المقصود منه المودة والألفة والسكون، ومن هذه الجهة يكون المال كالبذل، فتصبح التسمية مع الجهالة، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط المال لقوله تعالى: "أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير

¹- الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق، ص 41.

²- الباجي، المنتقى، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 41.

³- الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع نفسه، ص 42.

مسافحين"¹، يكون كالعوض، فيقتضي هذا عدم صحة التسمية مع الجهالة والغرر، فلوجود الشبهين توسط الإمام مالك رضي الله عنه وجوز بعض الغرر كتسمية حيوان وبيان جنسه من غير بيان وصفه. ولم يجز الغرر الذي لا ضابط له، ولا وسط له يمكن الإعتماد عليه مثل البعير الشارد والعبد الآبق².

ومن أقوال المالكية في هذا الصدد، قول ابن رشد: "ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع وجوده، وبالجمله كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر"³. وكذا قول ابن جزري: "وتجوز هبة ما لا يصح بيعه، كالعبد الآبق والبعير الشارد، والمجهول، والثمرة التي قبل بدو صلاحها، والمغصوب"⁴.

وقد خالف الشافعية هذا الاتجاه، إذ الغرر عندهم يؤثر في البيع كما يؤثر في الهبة، يقول الشيرازي: "وما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه كالبيع قبل القبض لا تجوز هبته، لأنه عقد يقصد به تملك المال في حال الحياة، فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع"⁵.

والذي يبدو أن ما ذهب إليه المالكية هو الأولى بالترجيح، ذلك أن عقود التبرعات كالهبة مثلا، لا يترتب على الغرر فيها خصومة ولا أكل للمال بالباطل، فإذا وهب شخص لآخر ما تنمره نخلته العام القادم، فإن أثمرت النخلة انتفع الموهوب له بما أثمرته، قليلا كان أو كثيرا، وإن لم تثمر لا يخسر شيئا، لأنه لم يدفع عوضا، فليس ثمة ما يدعوا إلى الخصام ولا ما يترتب عليه من أكل المال بالباطل⁶.

¹ - سورة النساء، الآية 24.

² - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 260.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 331.

⁴ - ابن جزري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 325.

⁵ - إبراهيم ابن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص 453.

⁶ - وألحق بعض الفقهاء بعقود التبرعات في عدم تأثير الغلط عليها عقود المعاوضات غير المالية، كالخلع والزواج، فإن المال في هذه العقود ليس هو المقصود منها، فإذا خلع الزوج زوجته أو تزوجها على ما تنمره نخلته، فالتسمية صحيحة، لأن الغرر الذي فيها لا يفضي إلى المفسدة التي تحدث في الثمن أو الأجرة، ذلك أن المتعاقدين في الزواج مثلا لا يطلبان بالعقد الكسب المالي، كما هو الشأن في البيع، فإذا فات أحدهما من المال ما كان يؤمل لا يصيبه ندم إذا كان قد وصل إلى مقصوده الأصلي من العقد، لأنه يكون داخلا من أول الأمر على المكارمة و المسامحة في الجانب المالي. راجع في هذا الرأي: الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق، ص 42-43.

ج- أن يكون الغرر في المعقود عليه أصالة

لا خلاف بين الفقهاء في أن الغرر الذي يؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة، أما الغرر في التابع أي فيما يكون تابعا للمقصود بالعقد فإنه لا يؤثر في العقد عملا بالقاعدة الفقهية: "يفتقر في التوابع ما لا يفتقر في غيرها"¹. ومثال ذلك أنه لا يجوز بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة، لما في ذلك من الغرر، ولكن لو بيعت مع أصلها كان ذلك جائزا، لما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"². ويقول ابن قدامة في شرح هذا الحديث: "لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعا في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها"³.

د- أن لا تدعو للعقد حاجة

اشتراط الفقهاء أيضا لتأثير الغرر في العقد أن لا يكون الناس في حاجة إلى ذلك العقد، فإن كانت هناك حاجة إلى العقد لم يؤثر الغرر فيه ولو كان كثيرا في عقد من عقود المعاوضات، لأن العقود كلها شرعت لحاجة الناس إليها، ومن مبادئ الشريعة العامة المجمع عليها رفع الحرج، لقوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج"⁴. ومما لا شك فيه أن منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها يجعلهم في حرج، ولهذا كان من عدل الشارع ورحمته بالناس أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليها، ولو كان فيها غرر⁵. والحاجة كما عبّر عنها الإمام السيوطي: "هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث إذا لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة، ولكنه لا يهلك"⁶. والحاجة بهذا التعريف تختلف عن الضرورة التي عرفها السيوطي بأنها: "أن يبلغ المرء حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو ...

¹ - ورد ذكر هذه القاعدة الفقهية في المادة 45 من مجلة الأحكام العدلية.

² - رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب من باع نخلا قد أبرت، رقم 90، حديث رقم 2204. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 525.

³ - ابن قدامة، المغني، الجزء الرابع، تحقيق عبد الله التركي و عبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، مصر، الطبعة 03، 1992، ص 82.

⁴ - سورة الحج، الآية 78.

⁵ - الصديق الضير، المرجع السابق، ص 45.

⁶ - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 77.

قارب"¹.

والحاجة إما أن تكون عامة الاحتياج فيه شامل لجميع الناس، وإما أن تكون خاصة الاحتياج فيها خاص بطائفة من الناس، وإما أن تكون فردية يخص الاحتياج فيها فردا واحدا². وقد اتفق الفقهاء على أن الحاجة العامة والخاصة هي التي تنزل منزلة الضرورة³. وهكذا فقد أجاز الفقهاء بعض العقود على الرغم من الغرر الذي فيها، نظرا لحاجة الناس إليها، ومنها:

1- عقد الإجارة

وقد قال الإمام السيوطي في جوازه: "القياس يقتضي منع الإجارة، لأنها عقد يرد على منافع معدومة، وإنما شرعت لعموم الحاجة إليها والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة"⁴.

2- عقد السلم

لقد أبيع عقد السلم، رفعا للحرص عن الناس، فالمزارع مثلا قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهده زرعها إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه ما يحتاج إليه من المال، ولذلك فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال، وإلا فانت عليه مصلحة استثمار أرضه، وكان في حرج ومشقة وعنت⁵.

ومشروعية السلم ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع. فمن الكتاب قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"⁶. ووجه الدلالة في الآية الكريمة أنها أباحت الدين، والسلم نوع من الديون. قال ابن العربي: "الدين هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدا، والآخر في الذمة نسيئة، فإن العين عند العرب ما كان حاضرا، والدين ما كان غائبا"⁷.

وأما من السنة ما رواه البخاري وغيره، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون بالتمر السننتين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء

¹ - السيوطي، المرجع السابق، ص 77.

² - الصديق الضير، المرجع السابق، ص 45.

³ - جاء في المجلة العدلية في القاعدة رقم 33: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة".

⁴ - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 77.

⁵ - نزيه حماد، عقد السلم في الشريعة الإسلامية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة 01، 1993، ص 11.

⁶ - سورة البقرة، الآية 282.

⁷ - ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء 01، المرجع السابق، ص 247.

ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"¹.

وأما الإجماع فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز².

وقد أشار ابن قدامة إلى حكمة مشروعية السلم حيث قال: "ولأن المثلّم في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثلّم، ولأن بالناس حاجة إليه، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكتمل، وقد تعوزهم النفقة، فجوّز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص"³.

على أنه وإن كانت مشروعية السلم قد ثبتت بالكتاب والسنة والإجماع، فقد اختلف الفقهاء في كون هذه المشروعية على وفق القياس ومقتضى القواعد العامة، أم أنها جاءت استثناءً على خلاف القياس لحاجة الناس لهذا العقد، وذلك على قولين:

الأول رأي الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، وهو أن السلم جائز على خلاف القياس⁴. وعلى هذا قال ابن نجيم: "وهو على خلاف القياس، إذ هو بيع المعدوم، ووجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة"⁵. وقال الشيخ زكريا الأنصاري: "السلم عقد غرر جوّز للحاجة"⁶.

وأما الرأي الثاني فهو لابن حزم الظاهري وابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وهو أن السلم عقد مشروع على وفق القياس، وليس فيه مخالفة للقواعد الشرعية. قال ابن حزم: "فإن قيل: إن السلم بيع استثنى من جملة بيع ما ليس عندك. قلنا: هذا باطل لأنه دعوى بلا دليل"⁷.

¹ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، رقم 02، حديث رقم 2240. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 534.

² - ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 304.

³ - المرجع نفسه، ص 305.

⁴ - ينظر: القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، الإشراف على مسائل الخلاف، مطبعة الإرادة، تونس، (دون تاريخ نشر). مقتبس عن: نزيه حماد، عقد السلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 12.

⁵ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، 1333 هـ، الجزء 06، ص 169.

⁶ - زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، مع حاشية الرملي، مطبعة الميمنية، مصر، 1313 هـ، الجزء 02، ص 122. مقتبس عن: نزيه حماد، المرجع نفسه، ص 12.

⁷ - ابن حزم، المحلى، الجزء 09، المرجع السابق، ص 107.

وقال ابن تيمية: "وأما قولهم السلم على خلاف القياس، فهذا من جنس مارووا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا تبع ماليس عندك"، وأرخص في السلم. وهذا لم يرو في الحديث، وإنما هو من كلام بعض الفقهاء، وذلك أنهم قالوا: السلم بيع الإنسان ما ليس عنده، فيكون مخالفاً للقياس¹.

وفي نفس الاتجاه يقول ابن القيم: "وأما السلم، فمن ظن أنه على خلاف القياس توهم دخوله تحت قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تبع ماليس عندك"، فإنه بيع معدوم والقياس يمنع منه. والصواب أنه على وفق القياس، فإنه بيع مضمون في الذمة موصوف مقدور على تسليمه غالباً، وهو كالمعاوضة على المنافع في الإجارة، وقد تقدم انه على وفق القياس. وقياس السلم على بيع العين المعدومة التي لا يدري أيقدر على تحصيلها أم لا، والبائع والمشتري منها على غرر، من أفسد القياس صورة ومعنى، وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه ولا هو مقدور له، وبين السلم إليه في محل مضمون في ذمته، مقدور في العادة على تسليمه. فالجمع بينهما كالجمع بين الميتة والمذكى والربا والبيع"².

3- عقد الجعالة

فقد أجاز الفقهاء الجعالة مع جهالة العمل، ولم يجيزوها مع جهالة الجعل، لأن الحاجة تدعو إلى جهالة العمل، ولا حاجة تدعو إلى جهالة الجعل، يقول الباجي: "ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولاً لأنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، وإنما جاز أن يكون العمل مجهولاً للضرورة الداعية إلى ذلك"³. ويضيف ابن العربي: "وما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه إلى ما لا ضرورة فيه"⁴.

وعليه يمكن القول مما سبق أن هناك شبه إجماع بين الفقهاء على أن الغرر بصورة المتعددة، مفسد للعقد وذلك لمخالفته لقواعد النظام العام الشرعي بتنوع مصادره نصاً أو قياساً أو إجماعاً أو استحساناً... إلخ. فعقود الغرر وإن كان في ظاهرها مصلحة، إلا أن المفسدة الناتجة عنها أكبر بكثير من هذه المصلحة، فهي سبب للشحناء والبغضاء والتنازع، وفيها أكل

¹ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء 20، المرجع السابق، ص 529.

² - ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء 02، المرجع السابق، ص 19.

³ - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، الجزء 05، ص 113.

⁴ - ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء 03، المرجع السابق، ص ، ص 1058.

لأموال الناس بالباطل، وهذا كله مخالف للنظام العام الشرعي. وهكذا فبعد بيان موقف الشريعة الإسلامية وفقهها من الغرر في العقود، ما يتصل به وما يستثنى منه، نعد فيما سيأتي إلى مقارنته بما ذهب إليه المشرع الجزائري.

ثالثاً: تقدير موقف المشرع الجزائري بصدد الغرر في العقود مقارنة بالفقه الإسلامي

لقد أجاز المشرع الجزائري مثل بقية التشريعات العربية، التعامل في المحل المستقبلي، وذلك من خلال نص المادة 92 قانون مدني التي جاء فيها: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً".

وما تجدر ملاحظته بداية هو تميز هذا النص عن النص الوارد في القانون الفرنسي ونصوص باقي التشريعات العربية، بإضافته لعبارة "محقق"¹. أي أن المشرع الجزائري يشترط لجوزا التعامل في المحل المستقبلي أن يكون وجوده محققاً، وما لم يتحقق هذا الشرط فإن العقد يكون باطلاً.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن عبارة محقق قد وردت في المادة 92 قانون مدني من قبيل الخطأ، بحجة أن شرط التحقق غير موجود لا في القانون الفرنسي ولا في القوانين العربية من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الشرط غير صحيح، لأن المشرع الجزائري قد نظم العقود الاحتمالية وسماها بعقود الغرر، ومحل هذه العقود قد يتحقق وقد لا يتحقق².

والذي يبدو أن هذا الرأي غير سديد، ذلك أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري بأشراطه تحقق المحل المستقبلي لا يعد خطأ أو سهواً منه، بل يجب تقديره من خلال البحث عن الهدف الذي يرمي المشرع تحقيقه من وراء اشتراط هذا الشرط، وليس بالقياس على باقي القوانين ومنها القانون الفرنسي، إذ المشرع غير ملزم بالتقيد بقانون معين. فالمشرع كان يهدف من وراء إضافته لشرط التحقق، تجنب الغرر الذي قد يلحق التعامل في الأشياء المستقبلية، لأنها تتطوي

¹ - فهذا النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري قد تفرد به عن باقي القوانين العربية، ومن ذلك القانون المدني الأردني الذي نصت المادة 160 فقرة 02 منه على أنه: "يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبلي، إذا انتفى الغرر". وكذا القانون المدني الكويتي الذي أجاز من خلال المادة 167 منه التعامل في الشيء المستقبلي إلا أنه قيده بأن لا يكون وجود الشيء رهيناً بمحض الصدفة. وكذا القانون المدني المصري من خلال المادة 31 منه، والقانون الفرنسي في المادة 1401.

² - علي علي سليمان، النظرية العام للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2003، ص70.

على احتمال عدم وجودها¹.

إن موقف المشرع الجزائري في حرصه على تجنب الغرر في العقود من خلاله اشتراطه تحقق المحل المستقبلي، هو موقف يحسب له ويعكس مدى تأثره ومحاولة انضباطه بأحكام الفقه الإسلامي التي تمنع بدورها الغرر في العقود.

غير أن هذا الموقف الذي تجلّى من خلال نص المادة 92 قانون مدني، يثير الكثير من اللبس، ذلك أن المشرع من خلال نص المادة 57 فقرة 02 قانون مدني قد أشار إلى عقد الغرر وهو الذي يكون فيه الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق. كما تولى المشرع من خلال الباب العاشر من الكتاب الثاني من القانون المدني تنظيم ثلاثة أنواع من عقود الغرر وهي: القمار والرهان²، المرتب مدى الحياة³، عقد التأمين⁴.

فهذه العقود التي نظمها المشرع وأجازها، هي عقود منهي عنها شرعا وفيها مخالفة صريحة لأحكام الفقه الإسلامي، لأنها عقود معاوضات فيها الكثير من الغرر.

فالمشرع الجزائري حظر من خلال المادة 612 قانون مدني القمار والرهان، ثم استثنى من هذا الحظر الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري. والثابت في الفقه الإسلامي أن المقامرة بجميع صورها ممنوعة، والرهان هو صورة من صور القمار، و الرهان الجائز في الفقه الإسلامي لا يدخل تحت مفهوم الرهان بالمعنى القانوني، لأن الرهان الجائز يكون الالتزام فيه من جانب واحد في حين أن الرهان في القانون المدني لا بد أن يكون الالتزام فيه من الجانبين⁵.

فهذه الاستثناءات التي جاء بها المشرع لا يقرها الفقه الإسلامي، فالرهان الرياضي الذي أجازته المشرع لا يجوز في الفقه الإسلامي، لأن كل من المتراهنين يكون معرضا للغنم أو الغرم⁶.

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 226-227.

² - نظم المشرع الجزائري القمار والرهان من خلال نص المادة 612 من القانون المدني

³ - نظم المشرع الجزائري عقد المرتب مدى الحياة من خلال نصوص المواد من 613 إلى 618 من القانون المدني.

⁴ - نظم المشرع الجزائري عقد التأمين من خلال نصوص المواد من 619 إلى 625 من القانون المدني.

⁵ - الصديق محمد الضرير، المرجع السابق، ص 48.

⁶ - المرجع نفسه، ص 48.

كما أن أوراق اليانصيب للأعمال الخيرية التي يرخص فيها القانون لا يجيزها الفقه الإسلامي، لأنها قمار والقمار حرام أيا كان الدافع إليه. فإن الميسر الجاهلي الذي جاء القرآن بتحريمه كان الفائز فيه يفرق ما كسبه على الفقراء، و يفخر بذلك و قلما يأخذه لنفسه، وهذا هو نفع الميسر الذي قرره القرآن، و مع ذلك حرمه، لأن ضرره أكثر من نفعه، قال تعالى: "يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما"¹.

أما المرتب مدى الحياة فقد أجازته المشرع من خلال المادة 613 قانون مدني، وهو أن يلتزم شخص بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض. فالمرتب مدى الحياة بعوض غير جائز باتفاق الفقهاء، تطبيقا لقاعدة تأثير الغرر في عقود المعاوضات المالية، ففي عقد المرتب مدى الحياة بعوض غرر كثير من غير حاجة. أما المرتب مدى الحياة بغير عوض فهو جائز عند من يرى من الفقهاء بأن الغرر لا أثر له في عقود التبرعات².

وفيما يخص عقد التأمين فلا شك أيضا أنه عقد غرر كما سماه المشرع، وهذا النوع من التأمين يكتفه الفقه الإسلامي على أنه تأمين تجاري، وهو عقد معاوضة بين شركة التأمين والمؤمن له، وهو عقد مستحدث وقع فيه اختلاف واسع بين الفقهاء المعاصرين منذ انتشاره في البلاد الإسلامية، إلى أن حسم هذا الاختلاف مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الثانية حيث قرر المجتمعون أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري فيه غرر كثير مفسد للعقد، و لهذا فهو حرام شرعا³.

¹ - سورة البقرة، الآية 219.

² - الصديق محمد الضرير، المرجع السابق، ص 49.

³ - وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: "إن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406 هـ 22-28 ديسمبر 1985م. بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء المشاركين في الدورة حول موضوع التأمين وإعادة التأمين، و بعد أن ناقش الدراسات المقدمة، و بعد تعميق البحث في سائر صوره و أنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها، والغايات التي يهدف إليها، وبعد النظر فيما صدر عن المجمع الفقهية، والهيئات العلمية بهذا الشأن قرر: - أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري فيه غرر كثير مفسد للعقد، ولهذا فهو حرام شرعا.

- أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع و التعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

- دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني، و كذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال، و من مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة".

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن الفقه الإسلامي ورغم تحريمه للغرر في العقود، إلا أنه وضع له ضابطا مرنا لتحديد الكثير منه المبطل للعقد، واليسير الذي من شأن الناس التسامح فيه. وقد اعتبر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بحق أن نظرية الغرر تعد حسنة من حسنات الفقه الإسلامي فقال: "على أن الواجب يقتضي أن نسجل هنا للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة، أمكن معها تباين الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر، ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة- دون القواعد الجامدة- إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجري بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه تجعله صالحا للبقاء في العصور المتقابلة"¹.

وعليه يمكن القول أن فكرة النظام العام تلعب في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دورا أساسيا في مراقبة مشروعية محل العقد، وسعيا وراء هذه المشروعية أيضا يمتد دور النظام العام إلى ركن السبب، من خلال مراقبة مدى مشروعية الدافع الباعث إلى التعاقد، وهذا ما سنعرض له من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني

النظام العام التقليدي ضابط لمشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

لقد كانت نظرية السبب محل تصورات مختلفة تعود إلى تعدد الاعتبارات الفلسفية والإيديولوجية المعتمدة، فمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد المستمد من المذهب الفردي، لا يسند للسبب دورا آخر غير حماية الفرد ومصالحه، وطالما كان المتعاقد حرا في تصرفاته فلا يحق للمجتمع أن ينشغل بالأسباب التي دفعته إلى إبرام العقد. ولذلك لا يجوز للقاضي مراقبة الدوافع التي حملت المتعاقد².

وعلى عكس ذلك أخذ المذهب الاجتماعي بتصوير مغاير تماما، حيث يرى في وظيفة السبب وسيلة لحماية المجتمع عن طريق مراقبة كل المعاملات والعقود والإطلاع على الأسباب

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء 03، المرجع السابق، ص 51.

² - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 245.

الشخصية التي حملت كل متعاقد على إبرام العقد. ويقتضي هذا التصور أيضا منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي¹.

أما الفقه الإسلامي فإنه ليس غريبا في فقه تتبع أحكامه من تعاليم دينية أن يعنى بالبواعث النفسية، والمبادئ الخلقية، والمثل العليا. فهو فقه تقويمي² يتعلق بالإرادة وتوجيهها، ويظهر الباعث كي لا يحرك الإرادة إلى تحقيق غايات غير مشروعة، تناقض مقاصد الشارع، وتهدم قواعده تحت ستار الحق والحرية.

وهكذا يظهر أن كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي، قد اهتم بمشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد، بحيث تعد كل من فكرة النظام العام الوضعي (الفرع الأول) وفكرة النظام العام الشرعي (الفرع الثاني) ضابطا لمشروعيته.

الفرع الأول

النظام العام التقليدي ضابط لمشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد في القانون الجزائري

إن تطور نظرية السبب قد ارتبط بالدور التي تلعبه الإرادة في تكوين العقود، لذا فإن نظرية السبب لم يكن لها وجود في العصور والأنظمة التي انعدم فيها دور الإرادة أو ضعف، وعلى العكس من ذلك فقد ازدهرت هذه النظرية وازداد دورها حين تحررت العقود من الشكلية وحلت الإرادة محلها، بحيث كان لجوء القضاء والفقه إلى فكرة الباعث كوسيلة لحماية المجتمع من انصراف هذه الإرادة إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، تخالف النظام العام³.

أولا: مفهوم الباعث الدافع إلى التعاقد في القانون الجزائري

إن تحديد مفهوم الباعث الدافع للتعاقد في القانون الجزائري، يستدعي الوقوف عند تلك التطورات التي عرفتها نظرية السبب بداية من القانون الروماني، مرورا بالقانون الكنسي، ثم القانون الفرنسي القديم، وصولا إلى ما انتهت إليه في ظل التطورات الحديثة. ففكرة السبب لم تكن معروفة في العصور الأولى للقانون الروماني، حيث كانت العقود شكلية، فالعقد لا ينعقد إلا بأوضاع وأشكال خاصة، وليس للإرادة أي دخل فيه. فمتى توافرت تلك الشكلية فإن العقد ينعقد، و يكون منتجا لجميع آثاره، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 245.

² - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 78.

³ - حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 71.

جانب تلك الشكلية، أو لم تقم، وسواء كانت الإرادة صحيحة أو معيبة، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أم غرض غير مشروع. فالشكلية وحدها هي التي توجد العقد¹.

وفي العهد العلمي، وبظهور قانون الشعوب، ونظرا لما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية من ضرورة التحرر من قيود الشكل، فإن هذا القانون نزع الشكلية عن كثير من العقود، ولم يبق منها إلا العقد اللفظي، هذا الأخير ورغم أنه بقي شكليا، إلا أنه مع ذلك تأثر بفكرة السبب تأثرا غير مباشر، حيث أنه متى انعدم سبب هذا العقد أو كان غير مشروع، فإن القانون أعطى للمدين دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني.

أما بالنسبة للعقود غير الشكلية، وأهمها العقود الرضائية، وعقود التبرع، والتي تكون فيها الإرادة كافية وحدها لتكوين العقد، فالسبب أصبح فيها أكثر وضوحا كسبب مباشر، إذ أصبح إلزام كل متعاقد سببا لالتزام المتعاقد الآخر، مع اقتصار أثرها على مرحلة تكوين العقد دون مرحلة التنفيذ².

والذي يظهر مما سبق أن فكرة السبب لم تكن معروفة في القانون الروماني إلا في بعض العقود التي يكون فيها للإرادة الدور الكبير³. وحتى في هذه العقود كان أثر الفكرة محدودا. فالمقصود بالسبب هنا ليس إلا الغرض المباشر القريب الذي يقصد الملتزم الحصول عليه من التزامه، وهو على هذا النحو سبب موضوعي لا يتغير في النوع الواحد من العقود⁴. وبعد هذا الذي انتهى إليه الرومان، جاء الفقهاء الكنسيون، الذين يجعلون للإرادة المقام الأول في تكوين العقد، وبذلك خلّصوا سائر العقود من قيود الشكل، تأثرا منهم بالاعتبارات الخلقية والأدبية في الدين المسيحي. والتي منها أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع، ويعد بذلك خطيئة⁵.

فالفقهاء الكنسيون بعد تحريرهم للإرادة، لم يفتهم تقييدها بمشروعية الباعث. وبهذا يظهر أن السبب في الفقه الكنسي، عنصر نفساني سابق على التعاقد، يختلف في النوع الواحد من

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ...، الجزء 01، المرجع السابق، ص 455.

² - المرجع نفسه، ص 457-458.

³ - يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد أن: "الشكلية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان، وإذا طردت الشكلية الإرادة فإنها تطرد في الوقت ذاته السبب بمعناه النفسي، وهو المعنى المتصل بالإرادة". المرجع السابق، ص 459.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ...، الجزء 01، المرجع السابق، ص 462-463.

⁵ - حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 79.

العقود، فهو إذن الباعث البعيد الدافع إلى التعاقد، أي الغاية التي يريد المتعاقد تحقيقها من العقد. وقد كان هدف الكنسيين بهذا التقييد بداية حماية المجتمع من انصراف الإرادة إلى تحقيق غرض غير مشروع، على أنهم سرعان ما جعلوا من السبب ذاته أداة لحماية الفرد، وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش. وفي سبيل ذلك أعطيت للقاضي سلطة واسعة في الحكم على العقود حتى يبحث ويتحرى الدوافع النفسية البعيدة التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد، فإذا وجد أنها غير مشروعة، أو مخالفة للنظام العام والآداب أبطل العقد¹.

وقد هاجم الفقيه دوما (Domat) في القرن السابع عشر ما انتهى إليه الكنسيون، بدعوى أنهم يعطون سلطة واسعة للقاضي في إبطال العقود المخالفة للنظام العام، مما يترتب عنه في كثير من الأحوال جنوح القاضي إلى التعسف، وإلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وقرر دوما (Domat) أن السبب هو الدافع القريب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، ولا مجال للبحث عن البواعث النفسية التي حملته على التعاقد².

وما يمكن ملاحظته من خلال كل هذه الاهتمامات والمعالجات الفقهية لنظرية السبب، أنه يطغى عليها تصوران، تطغى على الأول الصبغة الموضوعية حيث يقصد به السبب القصدي (I)، في حين تطغى على الثاني الصبغة الذاتية حيث يكون السبب هو الباعث أو الدافع للتعاقد (II).

I-السبب القصدي

يقصد بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية³ السبب القصدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر، فهو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه. ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فإذا كان العقد عينياً، كالوديعة والقرض، والعارية، والتي لا تتم إلا بتسليم الشيء، فإن سبب الالتزام بالرد، هو سبق استلام هذا الشيء. وأما في العقود الاحتمالية، كعقد التأمين، فإن سبب التزام المستأمن هو تأمين المؤمن له من الحوادث التي تقع على الشيء المؤمن عليه، وسبب التزام المؤمن هو دفع الأقساط من المستأمن، والسبب هنا يتضمن

¹ - حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 80.

² - أنور سلطان، الموجز في مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 147.

³ - يقصد بالنظرية التقليدية أحكام قانون نابليون الذي تلقى نظرية السبب كما بسطها الفقيه دوما.

عنصرا احتماليا لأن الطرفين رضيا بالمضاربة. وأما في عقود التبرع، فالسبب فيها هو نية التبرع ذاتها¹.

ويتميز السبب القسدي بهذا المفهوم بعدة خصائص: فهو أمر داخلي في العقد، ويعتبر عنصرا من عناصره، فلا وجود لعقد الهبة مثلا دون نية التبرع. وهو أيضا أمر موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم. ويترتب عن هذا أن السبب واحد في كل نوع من أنواع العقود، فلا يتغير بتغير محل المعاملة².

وقد اشترط تشريع نابليون في السبب بهذا المفهوم ثلاثة شروط نصت عليها المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي، إذ يجب أن يكون السبب موجودا، وصحيا، ومشروعا³. فمقتضى شرط الوجود، أنه لا بد للالتزام من سبب، فإذا تخلف السبب بطل العقد. ويكون السبب غير صحيح في حالتين: الأولى في حالة الغلط في السبب، وفيها يتوهم العاقد سببا لا وجود له، والثانية هي حالة السبب الصوري، بحيث يكون المتعاقدين على علم بالسبب الحقيقي إلا أنهما يختفیان وراء ستار آخر لأغراض مختلفة قد تكون مشروعة وقد لا تكون مشروعة⁴. وأما مشروعية السبب فإنها تقتضي أن لا يخالف النظام العام والآداب، وأن لا يتعلق الأمر بشيء غير قابل للتعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون⁵.

ورغم دفاع فريق السببين الذي تزعمه الفقيه الفرنسي كابيتان (Capitant)، عن هذه النظرية التقليدية للسبب، إلا أنها لم تستطع الصمود أمام الانتقادات التي وجهها لها مذهب اللاسبين الذي تزعمه الفقيه الفرنسي بلانيول (Planiol). ذلك أن هذه النظرية كانت تقوم على تصور ينسجم تماما مع مبادئ مذهب الفردية، حيث تكمن الوظيفة الأولى المسندة للسبب في حماية حرية التعاقد من جهة. ومن جهة أخرى فإن هذه النظرية لا تسمح بمراقبة مشروعية

¹ - حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 87-88.

² - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 248.

³ - كانت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه:

« l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet . »

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 249.

⁵ - فقد أبطل القضاء في فرنسا، وبالضبط محكمة ليون بتاريخ 2013/06/27 اتفاقا عقده طبيب، وسيدة عجوز، تعهدت بمقتضاه في مقابل مبلغ من النقود، بقبول إجراء تجارب عليها لإعادة الشباب. مقتبس عن؛ حليلة آيت حمودي، المرجع نفسه، ص 94.

السبب، لأن الوقوف عند الغرض المباشر دون النظر في الدوافع الشخصية للمتعاقدين يمنع مراقبة مشروعية السبب¹.

فهذه النظرية وإن كان في اعتدادها بالسبب القسدي فوائد لا تتكرر²، إلا أن إهمالها للبائع، وعدم الإعتداد به جعلها قاصرة وضيقة الأفق، ولذلك ضعفت فائدتها، ولم تستطع مواجهة الحياة العملية، ولم ينتفع بها القضاء في حل المشاكل التي تواجهه، فوقف عاجزا أمامها بسبب ما تفرضه من التقيد بالسبب المباشر، ومن ثم الحكم بصحة العقد كلما كان سببه المباشر موجودا ومشروعا، ولو كان هذا العقد يهدد المجتمع في أخلاقه ويخالف نظامه العام³. ولذلك فقد هجرها القضاء الفرنسي، وخرج عليها خروجاً صريحاً، وأصبح يعتد بالبائع الدافع إلى التعاقد، ويبطل العقود التي ما كان ليتمكن من إبطالها لو ظل متمسكا بالسبب القسدي.

II - الباعث الدافع إلى التعاقد

لقد أدت الانتقادات الموجهة لنظرية السبب القسدي، إلى التخلي عنه والاعتداد بسبب العقد لا بسبب الالتزام، فأصبح الدافع هو السبب وليس الغرض المباشر. ويتمثل السبب في الاعتبار النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، فهو المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية⁴.

فالباعث أمر شخصي ونفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين، وما يتأثر بهما من دوافع. و هو أمر خارج عن نطاق التعاقد، إذ لا يعد ركنا في العقد، ولا شرطا يتوقف عليه وجوده. والباعث أيضا أمر متغير يختلف باختلاف الأشخاص والعقود، فهو ليس واحد في كل نوع من العقود بل يتغير من عقد إلى آخر⁵.

¹- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 25.

²- فهذه النظرية عن طريق السبب القسدي الذي تعتد به وتشترطه كركن في العقد تضمن سلامة العقد وسلامة الإلتزام من الناحية الفنية، وتضمن كذلك تنفيذ العقود والالتزامات الناشئة عنه تنفيذا عادلا؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 160.

³- محمد ابن معجوز، السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 2005، ص 66.

⁴- علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 255.

⁵- حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 119-120.

وانطلاقاً من كون الباعث أمر نفسي خفي، فكثيراً ما يكون المتعاقد الآخر على جهل به، ومن ثم فالحكم ببطلان العقد فيه شيء من الظلم بالنسبة له. وقد اختلف الفقه بصدد هذه المسألة، فمنهم من يشترط أن يكون كلا الطرفين على الأقل عالماً بهذه الغاية غير المشروعة¹، ومنهم من لا يكتفي بدرجة العلم فقط، بل يتطلب المساهمة من الطرفين²، ومنهم من يذهب إلى أبعد من ذلك إذ يرفع مرتبة هذا العلم إلى درجة الإتفاق³.

وبخصوص المشرع الجزائري، فيرى بعض الفقه على حق أنه بالنسبة لعقود المعاوضة يجب أن يكون الباعث غير المشروع معلوماً من الطرف الآخر، أو كان من المفترض أن يعلم به. وأما في التبرعات فلا يشترط هذا العلم⁴.

ثانياً: مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد في القانون الجزائري

إن النظر في مشروعية الباعث يسمح بمراقبة العقود من حيث مطابقتها للنظام العام والآداب. فشرط المشروعية يعد بمثابة السلاح الفعال الذي يحارب به القضاء العقود التي يسعى المتعاقدون من ورائها إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، فيعمد إلى إبطالها بالرغم من توفر الأركان كلها⁵.

¹ يرى الفقيه جوسران Josserrand: "أن عقود المعاوضات يكفي فيها أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر، بينما في التبرعات يؤثر الباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه سواء علمه الطرف الآخر أو لم يعلمه، مادامت إرادة المتبرع هي التي تسيطر على العقد"، ينظر فيمن أيد هذا الرأي أيضاً؛ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، فقرة 173.

² يرى الفقيه بواجيزان Bois juzan: "أنه يجب في عقود المعاوضات أن يساهم الطرفان في الباعث، لأن إرادة كل منهما تؤدي دوراً أساسياً في تكوين هذه العقود التي يبذل فيها كل من المتعاقدين شيئاً من عنده، فإن تعاونت الإرادتان معا على تحقيق غرض غير مشروع بطل العقد، وإن أراد أحد الطرفين فقط تحقيق غرض غير مشروع فالعقد صحيح ولو علم الطرف الآخر بذلك، مادام لم يساهم في هذا الغرض. أما في عقود التبرع، فلما كانت إرادة المتبرع هي الأساسية في تكوين العقد، فيكفي أن يكون الطرف الآخر عالماً بالباعث".

- Bois juzan, de la cause en droit francais, p 577.

مقتبس عن: محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 76.

³ يرى الفقيه كابيتان Capitant: "انه لا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين، والاتفاق في نظره هو وحده الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد"؛ مقتبس عن: حليلة آيت حمودي، المرجع نفسه، ص 122.

⁴ حليلة آيت حمودي، المرجع نفسه، ص 246-247؛ وكذا: علي فيلاي الذي يرى: "أن مجرد العلم بالنوايا غير المشروعة للمتعاقد الآخر يعد خطأ في جانب المتعاقد، وذلك لأن العلاقة بين المتعاقدين (كفرد) والمجتمع أصبحت علاقة تعاون بعدما كانت علاقة مجابهة، حيث كان كل طرف يدافع عن مصالحه متجاهلاً تماماً مصلحة الآخرين، ثم صار تحقيق وحماية المصلحة العامة أولى من حماية المصلحة الخاصة، وترتبت نتيجة لذلك بعض الواجبات على المتعاقد بصفته عضواً في المجتمع"؛ الالتزامات، المرجع السابق، ص 257.

⁵ محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 72-73.

وهذا ما أكدته المشرع في المادة 97 قانون مدني إذ نصت على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا". إذ يتبين من هذا النص أن المشرع لا يشترط في السبب إلا شرطا واحدا، وهو شرط المشروعية.

إن هذا التوجه يعكس مدى استجابة المشرع لمتطلبات المجتمع التي غيرت من وظيفة الدولة، خصوصا مع زيادة الأدوار التي أصبحت تضطلع بها. فهي تتدخل في شتى الميادين السياسية والإقتصادية والاجتماعية والثقافية بغية حماية أفراد المجتمع وتحسين المستوى المعيشي لهم. وفي سبيل تحقيق هذا الهدف أضحى العقد يمثل بالنسبة للدولة أحد أهم الوسائل لتحقيق مخططات التنمية، مما يقتضي مراقبة جميع العقود العامة والخاصة. و هذه هي الوظيفة الجديدة التي أسندت للسبب بمعنى الباعث¹.

ذلك أن الإرادة قد أصبح لها الدور الكبير في إنشاء العقود وسائر التصرفات، وهي لا بد لها من باعث يحركها ويوجهها نحو غاية معينة تسعى إلى تحقيقها من العقد، لأن العقد في حد ذاته لا يعدو أن يكون وسيلة لتحقيق غاية معينة، وهي تختلف باختلاف الأشخاص. فقد تكون غاية مشروعة لا يجرمها القانون ولا تخالف النظام العام والآداب، وقد تكون هذه الغاية غير محمودة ولا مشروعة بحيث لا يبيحها القانون و تهدد النظام العام والآداب.

و بما القانون يمنع استعمال وسائل مشروعة للوصول إلى غايات غير مشروعة، لأن في ذلك تستر بالقانون وتسخيرا له لتحقيق غاية يحاربها. كان من الضروري الاعتراف بالباعث الدافع إلى التعاقد الذي يجب أن يكون مشروعا دائما، ومن ثم الحكم ببطلان العقود التي يقصد المتعاقد من ورائها تحقيق غرض غير مشروع، وبهذا تتحقق حماية المجتمع².

وهكذا ما أكدته القضاء الجزائي من خلال عديد القرارات القضائية ومنها قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة، كان العقد باطلا. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد إيجار المنزل المتنازل عليه معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 258.

² - محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 70-71.

بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا، خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

يتضح مما سبق في هذا الفرع أن المشرع الجزائري، قد اعتد بالنظرية الحديثة للسبب، وذلك بان جعل المقصود منه هو الباعث الدافع على التعاقد الذي يجب أن يكون مشروعاً، وإلا كان العقد باطلاً، وتحدد مشروعية الباعث في عدم مخالفته لقواعد النظام العام، وفي هذا يكون المشرع قد رجح نوعاً ما حماية المجتمع على مصلحة الفرد وأمانيته، وهو بذلك قد وافق إلى حد ما النظام العام الشرعي، الذي ينظر في الحكم على صحة العقود إلى مآلاتها وبواعثها التي يجب أن لا تكون مناقضة لقصد الشارع، على ما سنفصله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

النظام العام الشرعي ضابط لمشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد في الفقه الإسلامي

يجمع الفقهاء على أن القصد من وضع القواعد التشريعية هو تحقيق مقاصد أساسية، فهي لم تشرع حكماً، لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف، ولا عبثاً، بل شرّعت لمعان ومصالح إجتماعية واقتصادية اقتضت تشريعها وبتقيّد استعمالها بها ظاهراً وباطناً². من هذا المنطلق فإن التصرفات المأذون فيها، إذا أفضت بذاتها أي بدون قصد من المكلف - إلى مآل ممنوع تمنع ولا تشرع، لأنها أدت إلى ما يناقض مقصد الشارع، وكذلك إذا كان الباعث على العقود المباحة تحقيق أمر غير مشروع حرمت بالنظر إلى هذا الباعث، وبالنظر إلى هذا المآل أيضاً³. وعليه فإن العقد يحل ويحرم، ويؤذن فيه أو يمنع بالنظر إلى مآله ونتيجته، بقطع النظر عن أصل وصفه الشرعي⁴.

لذلك يلتزم المجتهد - توكياً لهذه المناقضة، أن ينظر إلى هذه المآلات، فيمنع الفعل أو يأذن فيه على ضوء نتيجته، جرياً على سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام⁵، دون نظر إلى الباعث أو القصد في آحاد الصور، وهكذا فإننا وفقاً لهذا الأصل لا ينبغي أن نقف عند ظاهر المشروعية، فنقول بمشروعية العقد حتى في الحالات التي لا يحقق فيها المصلحة، أو

¹ - المحكمة العليا، قضية رقم 43098 ، بتاريخ 12/04/1987، المجلة القضائية، 1990، عدد 04، ص 85-87.

² - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 84.

³ - حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 163-164.

⁴ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 04، المرجع السابق، ص 198.

⁵ - المرجع نفسه، ص 194.

كان تحقيق هذه المصلحة يترتب عليه فوات مصلحة أهم أو حصول ضرر أكبر، كذلك فإننا وفقا لذات الأصل، لا ينبغي أن نقف عند ظاهر عدم المشروعية في جميع الحالات وتحت كل الظروف، حتى إذا أدى ذلك إلى حصول مفسدة أشد من المفسدة التي قصد بالمنع من العقد درؤها، بل الواجب تحصيل أرجح المصلحتين، ودفع أشد الضررين¹.

وحتى يتضح هذا الأمر أكثر وجب الوقوف عند هذا الأصل الذي قرره الفقهاء وهو وجوب النظر في المآلات للحكم على مشروعية العقد، وما يتفرع عنه من قواعد كقاعدة سد الذرائع، وقاعدة الحيل (أولا)، ثم نبين بعض الصور من العقود التي يكون فيها الباعث غير مشروع بالنظر إلى المآل الذي يؤدي إليه (ثانيا)، ثم عقد مقارنة بين معالجة كل من النظام العام التقليدي والنظام العام الشرعي للبواعث غير المشروعة في العقد (ثالثا).

أولا: أصل النظر في المآل وأثره على مشروعية الباعث

إن النظر في المآلات واعتبارها، أصل من أصول الفقه جار على مقاصد الشريعة²، وفيه يقول الإمام الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة... وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه حلو المذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة"³.

ويضيف قائلاً: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في تكاليف الشريعة ما لم تشرع له فعمله باطل"⁴.

وقد استدلل الشاطبي لهذا الأصل بما يلي: "أما أن المخالفة في القصد مناقضة: فذلك أن المكلف إذا قصد من وراء تصرفه غير ما قصد الشارع كالمحلل في نكاح التحليل مثلاً،

¹ - شوقي السيد، المرجع السابق، ص 262.

² - مما يروى عن ابن تيمية قوله: "مررت أنا وبعض أصحابي في زمن التتار يقوم منهم يشربون الخمر فأنكر عليهم من كان معي فأنكرت عليه وقلت له: إنما حرم الله الخمر لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء يصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية وأخذ الأموال فدعهم". وهذا الموقف يدل على ضرورة مراعاة مآلات الأفعال فإن كانت تؤدي إلى مطلوب فهي مطلوبة وإن كانت لا تؤدي إلا إلى شر فهي منهي عنها، كما أن الغاية من إنكار المنكر هي حدوث المعروف، فإذا كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه فإنه لا يسوغ إنكاره. أنظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، الجزء 05، المرجع السابق، ص 03.

³ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 04، المرجع السابق، ص 194.

⁴ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 333.

فالشارع قصد من النكاح المودة وإنشاء أسرة وتربية الأولاد وهذا لا يتحقق إلا إذا كان النكاح مؤبداً. فإذا قصد المكلف غير ما قصد المشرع فقد جعل ما قصده الشارع مهمل الاعتبار، وما أهمل الشارع مقصوداً معتبراً، وهذه مضادة للشريعة ظاهرة. كما أن حاصل هذا القصد أنه يرجع إلى ما رآه الشارع حسناً فهو عنده ليس بحسن، وهذا مضادة أيضاً.

وعليه فإن القاصد لخلاف ما قصد الشارع يشمل قوله تعالى: "ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً"¹. والذي يشاقق الرسول هو الذي يقصد شقا وجانبا وصفا غير الصف والجانب الشق الذي يأخذه النبي صلى الله عليه وسلم².

ولا ريب أن الذي يخالف قصد الشارع من الفعل مشمول في عموم هذه الآية، فالذي يبيع العينة تحايلاً على الربا، قصد جانبا غير جانب الرسول، وشاق الرسول فاستحق العذاب المنصوص عليه في قول تعالى: "ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً"³.

فالذي يأتي بالفعل يتغياً من ورائه، غير ما قصد الشارع هو مستهزئ بآيات الله وقد بين الله هذا صراحة. إذ قال بعد ذكر أحكام شرعها وبعد نهيه تعالى عن التذرع بهذه الأحكام لأغراض مشروعة في سياق نهيه عن الرجعة بقصد الإضرار، قال تعالى: "ولا تتخذوا آيات الله هزواً"⁴.

ويضيف الإمام الشاطبي قائلاً: "وأما أن العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفساد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة"⁵.

هذا وقد فرّع الفقهاء عن هذا الأصل العديد من القواعد أهمها: قاعدة سد الذرائع (I)،

وقاعدة إبطال الحيل (II).

¹ - سورة النساء، الآية 115.

² - سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء 05، المرجع السابق، ص 759.

³ - سورة النساء، الآية 114.

⁴ - سورة البقرة، الآية 231.

⁵ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 333.

I - قاعدة سد الذرائع

الأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال فيأخذ الفعل حكما يتفق مع ما يؤول إليه، فسد الذرائع إذن هو التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة أي حسم مادة وسائل الفساد فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح المقاصد وإلى ما هو متوسط متوسطة¹.

وقد عرّف الإمام الشاطبي الذريعة بقوله: "وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"². وعرّفها الإمام القرطبي بقوله: "الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع"³.

وقد دلّت على قاعدة الذريعة العديد من النصوص من الكتاب والسنة، ومنها قوله تعالى: "ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم"⁴. فنهى المؤمنين عن سبّ آله المشركين الوارد في الآية مع أنه مطلوب إلا أنه منع سدا لذريعة مقابلة المشركين لذلك بسبّ الله تعالى.

وقوله أيضا: "يأيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا"⁵. فالله تعالى نهى هنا أيضا المؤمنين عن مخاطبة الرسول صلى الله عليه وسلم بكلمة "راعنا" مع أنها كلمة صحيحة معروفة في لغة العرب، معناها: "رعي سمعك وفرّغه لي لتفهم قولي وتفهم عني"⁶. ومن الأدلة أيضا قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك"⁷. فالرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث يحرم الجمع بين عقد القرض وعقد البيع، أي أن يكون الاتفاق عليهما في عقد واحد مع أن افراد أحدهما عن الآخر جائز وما ذلك إلا سدا للربا⁸.

1 - أبو زهرة، أصول الفقه، المرجع السابق، ص 288.

2 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 375.

3 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 02، المرجع السابق، ص 51.

4 - سورة الأنعام، الآية 108 .

5 - سورة البقرة، الآية 104.

6 - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء 02، المرجع السابق، ص 98.

7 - أخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، حديث رقم 6160، ينظر، السنن الكبرى للنسائي، المرجع السابق، ص 59.

8 - ينظر في شرح هذا الدليل وغيره من الأدلة : ابن القيم، اعلام الموقعين، الجزء 03، المرجع السابق، ص 153 وما بعدها.

فهذه الأدلة وغيرها تفيد على أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية يقول الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة¹. فهذا الأصل ينبني على أن الفعل يشرع بناء لما يترتب عليه من مصالح، ويمنع لما يؤدي إليه من المفسد وبناء على ذلك يحكم المجتهد بمشروعية الفعل أو عدم المشروعية². وهكذا فإذا كان السبب الظاهر من وراء العقد والمتمثل في إتيان الفعل من المكلف، أمرا مشروعاً في ذاته، إلا أنه يحرم باعتبار المآل الذي يؤدي إليه، أي أنه لا يحرم لذاته، ولكن يحرم سدا لذريعة الوقوع في الحرام.

II - قاعدة الحيل

الحيلة في اللغة: مشتقة من التحول، وهو تغير الشيء وانفصاله عن غيره، وتحول عن الشيء: زال عنه إلى غيره. يقال: حال الرجل يحول مثل تحول من موضع إلى موضع³. وأما في الاصطلاح فقد عرفها الأمام الشاطبي بقوله: "تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر. فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع"⁴.

فالشارع مثلا قد ندب للهبة لتكون تزكية لنفس الواهب، باستئصال نزعة الشح من نفسه، ثم للتوسيع على الفقراء وتوطيد أواصر المودة في المجتمع وما شابهها من الغايات النبيلة التي يحرص عليها المشرع. فإذا ما قصد المكلف من وراء الهبة، إسقاط فريضة الزكاة حتى يحول الحول عليه وهو لا يملك النصاب، ثم يقوم الواهب بإعادتها إليه بعد مرور الحول تواطؤاً منها حتى تكون الهبة صورية، فإنه بهذا القصد قد أبطل مقاصد الشريعة من الهبة وناقضها⁵. وقد أجمع الفقهاء على التحيل - وقوامه القصد أو الباعث غير المشروع الذي ينافي مقصد الشارع من أصل تشريع الفعل - بما يستهدفه من هدم لمقاصد الشريعة، بالتوسل بفعل

1 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 04، المرجع السابق، ص 198.

2 - حسين حامد حسان، المصلحة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 194.

3 - ابن منظور، لسان العرب، الجزء 11، المرجع السابق، ص 187.

4 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 04، المرجع السابق، ص 558.

5- عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، (دون تاريخ نشر)، ص 75-76.

مشروع في الأصل، لتحقيق غرض غير مشروع هو أمر محرم قطعاً¹.

هذا وتختلف الحيل عن الذرائع، فقد تكون الحيل للتخلص من قواعد الشريعة، يقول الإمام ابن القيم: "وتجوز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفسد بكل ممكن، والمحتمل يفتح الطريق إليها بحيله، فأين من يمنع من الجائر خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه"².

كما أن الحيل تجري في العقود خاصة، والذرائع في العقود وغيرها فهي أوسع. ويشترط القصد في الحيل، ولا يشترط في الذرائع، فمتى وجد القصد في الذريعة فهي حيلة، ومتى عدم فهي ذريعة، فقد تجتمع والذريعة وقد يفارق كل منهما الآخر³.

وقد أوضح الإمام ابن تيمية العلاقة بين سد الذرائع والحيل بقوله: "ثم هذه الذرائع منها ما يفضي إلى المكروه بدون قصد فاعلها، ومنها ما تكون إباحتها مفضية التوصل بها إلى المحارم، فهذا القسم الثاني يجمع الحيل حيث قد يقترن به الاحتيال تارة، وقد لا يقترن، كما أن الحيل قد تكون بالذرائع، وقد تكون بأسباب مباحة في الأصل ليست ذرائع. فصارت الأقسام ثلاثة:

الأول: ما هو ذريعة وهو مما يحتال به كالجمع بين البيع والسلف، وكاشتراء البائع السلعة من مشتريها بأقل من الثمن تارة وبأكثر أخرى، و كالاكتياض عن ثمن الربوي بربوي لا يباع بالأول نساءً، وكقرض بني آدم.

الثاني: ما هو ذريعة لا يحتال بها، مثل: سب الأوثان، فإنه ذريعة إلى سب الله تعالى، وكذلك سب الرجل والد غيره، فإنه ذريعة إلى أن يسب والده، وإن كان هذا لا يقصد هما مؤمن.

الثالث: ما يحتال به من المباحات في الأصل، مثل: بيع النصاب في أثناء الحول فراراً من الزكاة، وكإغلاء الثمن لإسقاط الشفعة⁴.

و هكذا فإن المتعاقد إذا قصد من وراء إبرامه للعقد، التحايل على أحكام النظام العام الشرعي، كإسقاط فريضة الزكاة مثلاً، مناقضة لقصد الشارع، فوجب أن يعامل بنقيض قصده، فيكون عقده غير مشروع. وهو ما أكده ابن القيم بقوله: "ولكن الذي ندين الله به، تحريمها-أي

1 - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، الجزء 01، المرجع السابق، ص 413.

2 - ابن القيم، إعلام الموقعين، الجزء 03، المرجع السابق، ص 171.

3 - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء 02، المرجع السابق، ص 293-294.

4 - ابن تيمية، المرجع نفسه، ص 257.

الحيل - وإبطالها، وعدم تنفيذها، ومقابلة أربابها بنقيض مقصودهم موافقة لشرع الله وحكمته¹.

ثانياً: منع النظام العام الشرعي للعقود التي يراد الوصول بها إلى الربا

سبق القول بأنه لا يكفي لصحة العقد، أن يكون السبب المنشئ له مشروعاً في ذاته، بل يجب النظر في مآله، فإذا ثبت بأنه مناقض لقصد الشارع، كان العقد باطلاً بالنتيجة. وقد بنى الفقهاء بناء على هذا الأصل - النظر إلى المآل - الحكم بتحريم الكثير من العقود متى كان المآل التي تفضي إليه محرماً، ومن ذلك العقود التي يراد بها الوصول إلى الربا، وعليه بعد بيان المقصود بالربا (I)، نقف عند البيوع الآجلة والبيع بالعينة باعتبارها صورة من صور العقود المفضية إليه (II).

I - تحديد المقصود بالربا وأثره في العقود

يقصد بالربا شرعاً الزيادة في أشياء مخصوصة². وقد أجمع فقهاء الأمة على تحريمه، وذلك لما ورد فيها من الأدلة الشرعية من القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع. فمن القرآن الكريم وردت العديد من الآيات منها: قوله تعالى: "الذين يأكلون الربوا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربوا وأحل الله البيع وحرم الربوا"³، وقوله تعالى: "لا تأكلوا الربوا أضعافاً مضاعفة"⁴، وقوله تعالى: "يا أيها الذين ءامنوا اتقوا الله وذرّوا ما بقي من الربوا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فآذنوا بحرب من الله ورسوله"⁵.

وأما من السنة: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "اجتنبوا السبع الموبقات". قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: "الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات"⁶. وفي الصحيح من حديث الرؤيا، وأما الرجل الذي أتيت عليه يسبح في النهر من دم ويلقم الحجر فإنه آكل الربا⁷.

¹ - ابن القيم، اعلام الموقعين، الجزء 03، المرجع نفسه، ص 229.

² - انظر: ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 122.

³ - سورة البقرة، الآية 274.

⁴ - سورة آل عمران، الآية 130.

⁵ - سورة البقرة، الآية 277.

⁶ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، حديث رقم 2766. ينظر: صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 684.

⁷ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب أكل الربا وشاهده وكاتبه، حديث رقم 2085، ص 502.

وفي الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن ثمن الكلب وثمان الدم ونهى عن الواشمة والموشومة وأكل الربا وموكله ولعن المصور"¹.

وقال ابن بطال سوى النبي صلى الله عليه وسلم بين أكل الربا وموكله في النهي تعظيماً لإثمته.. وأما رواية ابن عباس عن أسامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ربا إلا في النسيئة". فقد أجمع المسلمون على ترك العمل بظاهره، إما لأنه منسوخ أو لأنه محمول على استبدال صنف ربوي بآخر يختلف عنه كالذهب بالفضة والبر بالتمر فإنه يجوز التفاضل بينها ويحرم التأخير وهو النسيئة².

وفي هذا يقول ابن قدامة: وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة، فحكي عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا: إنما الربا في النسيئة لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ربا إلا في النسيئة"، والمشهور من ذلك قول ابن عباس في أنه رجع إلى قول الجماعة وروى ذلك الأثرم بإسناده، وقاله الترمذي وابن المنذر وغيرهم وقال سعيد بإسناده عن أبي صلاح، قال صحبت ابن عباس حتى مات فو الله ما رجع عن الصرف. والصحيح قول الجمهور، لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا غائباً بناجز"³.

وحكم بيع الربا الفسخ لا يعتد به علم صاحبه ذلك أو جهله لعدم العذر فيه بالجهل. وقد أجمعت الأمة على أن الربا محرم في الإسلام⁴.

لم يحدد القرآن الكريم الأموال الربوية، وإنما ورد تعيينها في السنة النبوية، جاء في حديث عبادة الذي قال فيه: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى"⁵.

¹ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب موكل الربا، حديث رقم 2086، ينظر صحيح البخاري، ص 502.

² - أنظر: النووي، شرح صحيح مسلم، الجزء 11، دار الريات للتراث، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 1987، ص 25.

³ - ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 123.

⁴ - عبد الله الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 208.

⁵ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث رقم 1587، والترمذي في كتاب

البيوع، باب ما جاء في الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، حديث 1240.

وبناء على عدم التحديد هذا، اختلف الفقهاء في تحديد منطقة الربا في الأموال الربوية، فاقصر الظاهرية على هذه الأموال الستة المذكورة في الحديث، والتي هي: الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح. بينما يمدد جمهور الفقهاء هذه المنطقة إلى معنى هذه الأموال الذي يتعدى به الحكم. واختلفوا في المعنى الذي يتعدى به إلى سائر الأموال، فالحنفية والحنابلة ضابط معرفة الأموال الربوية عندهم هو القدر والجنسية. أما عند الشافعية: فهو الطعم والتمنية، وأما عند المالكية فهو التمنية والاقتنيات والادخار¹.

وقد رجح بعض الفقهاء المعاصرين ما ذهب إليه الشافعية من التمنية والطعم لاعتبار هذه العلة ففيها اعتبار اجتماعي واقتصادي وهذا هو المعنى البارز في النص².

هذا ويفرق الفقهاء بين علة التحريم في كل من ربا النسيئة وriba الفضل، فالأول محرّم لذاته، والثاني محرّم لغيره، لأنه ذريعة إلى ربا النسيئة.

يقول ابن القيم: "الربا نوعان: جلي وخفي، فالجلي حرم لما فيه من الضرر العظيم، والخفي حرم لأنه ذريعة إلى الجلي، فتحريم الأول قصداً، وتحريم الثاني وسيلة، فأما الجلي فربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية، وأما ربا الفضل، فتحريمه من باب سد الذرائع، كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإني أخاف عليكم الرما". والربا هو الربا، فمنعه من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة، فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة ومنعهم من بيع درهم بدرهمين لا نقداً ولا نسيئة. فهذه حكمة معقولة مطابقة للعقول، وهي تسد عليهم باب المفسدة³.

وأصل ابن القيم لهذا التمييز في الحكم بقوله: "وأما ربا الفضيلة فأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة كالعرايا، فإن ما حرّم سدا للذريعة أخف مما حرّم تحريم المقاصد، فقد جوّز الشارع بيع الرطب بالتمر لشهرة الرطب... وما حرّم سدا للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل..."⁴.

و على هذا فإن الأجل قد منع شرعا في بعض البيوع منعا لربا القرض أو سدا لذريعته، وفيما عدا ذلك من البيوع فإن الأجل جائز، ومنه جاز بيع النسيئة، وقمح معجل بذهب مؤجل،

¹ - أنظر في هذه الأقوال: عبد الله الشرفاوي، المرجع السابق، ص 215-216.

² - انظر: رفيق يونس المصري، البيع بالتقسيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 06، الجزء 01، 1990، ص 313.

³ - ابن القيم، إعلام الموقعين، الجزء 02، المرجع السابق، ص 99-100.

⁴ - المرجع نفسه، ص 104-105.

وبيع السلم ذهب معجل بقمح مؤجل، وجوازهما ثابت في السنة¹. ولبيان ذلك سنستعرض أقوال الفقهاء في تحريم بعض البيوع منعا للربا ومنها البيوع الآجلة وبيع العينة في النقطة الموالية.

II- تحريم البيوع الآجلة وبيع العينة منعا للربا - بيوع الذرائع الربوية -

إن الربا، وكما سبق بيانه، لا يختلف أحد على حرمة، ومع ذلك فإن الناس ما انفكوا يتذرعون للوصول إليه، ويقدر ما تغطي النزعة المادية على أمة بعينها بقدر ما يكثر التحيل فيها إلى الربا. وتجب الإشارة هنا إلى أن هناك العديد من صور البيوع التي قد تتخذ ذرائع للتوصل إلى الربا، ومن ذلك البيعتان في بيعة²، والبيع مع السلف³، والبيوع الآجلة وبيع العينة، وسنقتصر في هذه الدراسة على هذه الأخيرة فقط.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه البيوع الآجلة وبيع العينة، فذهب جماعة منهم المالكية والحنابلة إلى عدم جواز هذه البيوع وبطلانها. قال ابن القيم: "وجمهور الأئمة على تحريمها"⁴. وكذلك ذهب الحنفية - عدا أبي يوسف - إلى فساد بيع العينة. وذهب الشافعية وأبو يوسف من الحنفية والظاهرية إلى صحة هذه العقود⁵.

فلا خلاف بين الفقهاء في حرمة هذه البيوع إذا أراد أصحابها منها الوصول إلى الربا، وإنما الخلاف في الصحة والفساد، كما أن هذا الخلاف فيما لو أدت هذه البيوع إلى الربا، أما إذا لم يتحقق ذلك بأن اشتراه المقرض في المرة الثانية بنفس الثمن فلا خلاف في صحته، وهذا النوع هو الذي يسمى ببيع العينة. كما أن الخلاف فيما إذا لم يذكر شرط إجراء البيع الثاني في البيع الأول، أما إذا ذكر هذا الشرط في صلب العقد الأول بأن قال بعتك هذا الثوب بعشرة على أن تبيعه بثمانية فالعقد باطل⁶. واستدل القائلون بعدم صحة بيع العينة بما يأتي:

¹ - عبد الله الشرقاوي، المرجع السابق، ص 219.

² - ورد النهي عنه في الحديث الذي روي عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة". أخرجه الترمذي في سنه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة. حديث رقم 1231.

³ - ورد النهي عن هذه الصورة في الحديث الذي روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنهم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في البيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك". أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم 3504.

⁴ - ابن القيم، اعلام الموقعين، الجزء 03، المرجع السابق، ص 323.

⁵ - علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 1227.

⁶ - ينظر في تفصيل حكم بيع العينة: ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 193. و ابن رشد، بداية المجتهد،

الجزء 02، المرجع السابق، ص 140.

أولاً: ما رواه أحمد وأبو داود، والطبراني، بسندهم عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم"¹.

ثانياً: ما رواه البيهقي والدارقطني بسنده عن أبي اسحاق أن امرأته دخلت على عائشة فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم، فقالت: يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة، وإني ابتعته منه بستمائة نقداً فقالت لها عائشة: "بئس ما اشتريت وبئس ما شريت، أبلغني زيدا أن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل إلا أن يتوب"². وجه الاستدلال به هو أن عائشة رضي الله عنها وإن لم تسند الكلام إلى النبي صلى الله عليه وسلم لكن مثل هذه العقوبة الشديدة لا تستطيع الجزم بها إلا إذا كانت قد سمعت ذلك منه صلى الله عليه وسلم ثم إن بطلان الجهاد لا يترتب إلا على شيء خطير جداً وهو كون بيع العينة ربا لا يصح بين المسلمين³.

ثالثاً: ما رواه البخاري وغيره بسندهم عن جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة: "إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير، والأصنام". فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: "لا هو حرام". ثم قال صلى الله عليه وسلم عند ذلك: "قاتل الله اليهود إن الله عز وجل لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه"⁴. والحديث جد واضح في الدلالة على حرمة الحيل، وعلى أن كل ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام.

رابعاً: ومن الآثار ما ثبت عن ابن عباس وأنس رضي الله عنهما أنهما قالوا في بيع العينة: هذا مما حرم الله ورسوله، وإنه خدعة وتحايل لأكل الربا⁵.

خامساً: إن العينة إن هي إلا ربا تحت مظلة بيع والعبرة بالحقائق لا بالمصطلحات والأسماء فهي لا تؤثر في الحكم الشرعي، وبديل على هذا المعنى ما رواه الأوزاعي مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع". قال ابن

¹ - رواه أحمد في مسنده، الجزء 02، ص 84،

² - البيهقي، السنن الكبرى، الجزء 05، المرجع السابق، ص 330.

³ - علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 1231.

⁴ - أخرجه البخاري في صحيحه. كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، حديث رقم 2236، صحيح البخاري، ص 533.

⁵ - ابن القيم، شرح سنن أبي داود، الجزء 09، نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، 1388 هـ، ص 338.

القيم:" وهذا الحديث وإن كان مرسلًا لكنه صالح للاحتجاج به بالاتفاق لأن له من المسندات ما يشهد له... فإنه من المعلوم أن العينة عند من يستعملها إنما يسميها بيعًا، وقد اتفقا على حقيقة الربا الصريح قبل العقد ثم غيرا اسمها إلى المعاملة¹.

والذي يبدو هو ترجيح قول القائلين بعدم صحة بيع العينة وكل البيوع التي تصل من خلال وسائل مكشوفة إلى الربا، وذلك لأن الله تعالى إذا حرم شيئًا أحكم سد الأبواب والوسائل المؤدية إليه، فلا يعقل أن يحرم شيئًا ومع ذلك لا يحرم الوسائل الملتوية إليه²، قال تعالى: "أَلَّا يَعْلَمَ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ"³.

فلا أحد يمكنه إنكار أن بيع العينة ونحوه من البيوع التي في ظاهرها بيع وفي حقيقتها ربا ووسائل إلى الربا، فإذا كان الربا محرما وغير صحيح فكل ما يكون وسيلة إليه فهو مثله، أما كون بيع العينة ونحوه وسيلة إلى الربا فيشهد له النقل والعرف، والنية والقصد وحال المتعاقدين⁴.

هذا وقد كثر تذرع الناس في أيامنا هذه إلى الربا على نحو لم يكن معهوداً، وأورث ذلك فساداً كبيراً في المجتمع، وعليه، فإن بيعاً كالعينة المذكورة، يتذرع به إلى الربا، واجب أن تجتمع كلمة المفتين على منعه، وكذا البيع الذي يكون مرحلة تاليها ليست ذات صلة بالطرف الذي تمّ معه العقد الأول، فينبغي اليوم القول أيضاً بحرمة في وسط فشت فيه العينة المذكورة، قطعاً لدابر المفسدة، هذا إن دلت القرائن أو غلب ظن من دخل فيه بأن المتعاقد معه باعته وغايته ابتغاء المال في المحصلة لا السلعة، وذلك كمن يطلب من آخر شراء سلعة بثمن مؤجل، والبائع يعلم أو يغلب على ظنه أن المشتري ليس له حاجة في تلك السلعة، وإنما ليذهب فيبيعها في ذات السوق بثمن حال يبتغي بذلك الحصول على المال، فهذا ينبغي اليوم القول بحرمة، وهو في أقل الأحوال لا يخرج عن كونه بيعاً للمضطر⁵.

¹ - ابن القيم، شرح سنن أبي داود، الجزء 09، المرجع السابق، ص 338.

² - علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 1236.

³ - سورة الملك، الآية 14.

⁴ - ابن القيم، شرح سنن أبي داود، الجزء 09، المرجع نفسه، ص 338.

⁵ - بيع المضطر قد قال الحنفية بفساده، وصححه الشافعية وكذا الحنابلة في أصح الروايتين، لكن أقل ما فيه الكراهة عند عامة الفقهاء. يقول الخطابي: "بيع المضطر يكون من وجهين: أحدهما أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه عليه، فهذا فاسد لا ينعقد. والوجه الآخر: أن يضطر إلى البيع لدين يركبه أو مؤونة ترهقه، فيبيع ما في يده بالوكس من أجل الضرورة، =

ثالثاً: مقارنة بين النظام العام التقليدي والشرعي في ضبطهما لمشروعية الباعث للتعاقد

من خلال ما سبق عرضه حول رقابة كل من النظام العام التقليدي، والنظام العام الشرعي على البواعث و القصود من العقد، يمكن القول بأن النظامين متفقين في هذه المسألة، فكل منهما لا يتوقف عند ذلك السبب الظاهر المنشئ للعقد، بل كلما ثبت أن هناك دافع خفي غير مشروع يستهدفه المتعاقد من العملية التعاقدية، كان النظام العام بالمرصاد له حرمة وإبطالا.

ومع ذلك فهناك فرق بين النظامين، فالنظام العام التقليدي كان ينطلق بداية من السبب القسدي المباشر، ولا يبحث عن الدوافع والبواعث، وهذا انطلاق من فلسفته الرامية إلى حماية المتعاقد بنظرة فردية ليبرالية، ثم حدث تحول في مفهوم السبب نظرا لعدم تحقيقه للحماية الاجتماعية، فأصبح يعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد، ولا يتم الوقوف عند السبب الظاهر، انطلاقا من وجوب تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وعليه فهناك اضطراب في المقصود من نظرية السبب ودورها، فالمشرع الجزائري وإن كنا قد رجحنا اعتداده بالنظرية الحديثة وهي التي تقوم على أساس الباعث الدافع من التعاقد الذي يجب أن يكون مشروعاً، إلا أن هناك جانب من الفقه الجزائري يرى بأن المشرع قد أخذ بازدواجية السبب، ولم يهمل النظرية التقليدية.

على خلاف النظام العام الشرعي الذي حدد منذ البداية وظيفة السبب داخل العقد، فالأعمال بالنيات، والقصود في العقود معتبرة، بحيث قد يكون السبب المنشئ الظاهر للعقد مشروعاً ومأذوناً فيه، ولكنه قد يمنع ويبطل بالنظر إلى مآله، الذي قد يكون مناقضاً لقصد الشارع، وهنا رأينا كيف أن الفقهاء وضعوا قواعد من شأنها منع مثل هذه المناقضة، فوضعوا لذلك أصل عاماً وهو النظر في المآلات، وفرعوا عنه قاعدة سد الذرائع وقاعدة الحيل، إلى من خلالهما توصلوا إلى منع العديد من العقود التي يكون ظاهرها مشروعاً ولكنها ذريعة لمناقضة قصد الشارع، ومن ذلك بيع الذرائع الربوية، والتي منها البيوع الآجلة وبيع العينة، فهذه العقود مشروعاً في أصلها ولكنها منعت بالنظر إلى مآلها الذي يكون موصلًا إلى التعامل بالربا والربا

== فهذا سبيله في حق الدين والمروءة أن لا يبايع على هذا الوجه، وأن لا يفتات عليه بماله، ولكن يعان ويقرض، ويستعمل إلى الميسرة حتى يكون له في ذلك بلاغ، فإن عقد البيع مع الصّورة على هذا الوجه، جاز في الحكم ولم يفسخ.. إلا أنّ عامّة أهل العلم قد كرهوا البيع على هذا الوجه". أنظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء 04، المرجع السابق، ص

أمر محرم شرعا، فتمنع هذه العقود سدا لذريعة أكل الربا.

وكخلاصة لهذا الباب الأول، وما جاء فيه يمكن القول بأن المشرع الجزائري وإن لم يعرف النظام العام، باعتبار التعريفات من عمل الفقه وليس من عمل المشرع، إلا أن الفقهاء متفقون على أن النظام العام هو مجموع القواعد التي تهدف إلى الحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه لضمان المصلحة العامة وبالتالي ضمان بقاء الدولة وسيرها.

لتكون بذلك المصلحة العامة هي المعيار المحدد له، فكل ما يهم المصلحة العامة للمجتمع، يجب إصباغه بطابع الإلزامية والقاعدة فوق العادية ووصفه بوصف النظام العام. ونظرا للبيئة الليبرالية المشبعة بالفردية والتي نشأ فيها مبدأ حرية التعاقد، وما يستتبعه من ضرورة إطلاق حرية الفرد في إبرام العقود وتحديد الشروط، لم يكن بإمكان فكرة النظام العام إلى ان تسيير في هذا المنحى حماية لحرية التعاقد، ولم يسمح لها النظام القانوني القائم آنذاك بالتدخل إلى لإزالة التعارض والتضاد بين هذه المصالح الفردية المشروعة، لذلك اقتصر دورها على مرحلة إنشاء العقد فقط وفي حدود ضيقة جدا. باعتبار النظام العام والحرية التعاقد وجهان لعملة واحدة.

أما النظام العام الشرعي فقد حددنا المقصود به في كونه حق الله تعالى، متمثلا في أحكامه الشرعية التي أَرادها وطلبها من المكلفين، لأجل مصلحة أَرادها سبحانه، والذي يجد مصدريته في تلك الأدلة سواء المتفق عليها، او المختلف فيها بين الفقهاء، والتي تشكل في مجموعها مجالا خصبا لتدخل فكرة النظام العام الشرعي، وهنا وجبت الإشارة إلى ذلك الانسجام والإبداع الصناعي القانوني، - " صنع الله الذي أتقن كل شيء " - بين كل من حرية التعاقد ومجاله، وبين تدخل فكرة النظام العام الشرعي.

فقد ثبت من خلال هذا الباب أن مبدأ حرية التعاقد، وإن كان يعد أصلا في الفقه الإسلامي، إلا أنه منضبط بداية بحدود النظام العام الشرعي، فالإرادة في مجال العقود يقتصر دورها فقط على إنشاء السبب، بينما يكون الأثر من جعل الشارع، إعمالا لمبدأ جعلية الآثار، الذي بفضلها يلزم المتعاقدين باحترام مقتضى العقد الذي أراد الشارع من العقد، وكل من خالف هذا المقتضى فقصدته في المناقضة باطل.

وعليه فإن المبدأ والأسس التي يقوم عليها النظام العام الشرعي تجعله يتميز بنوع من الاستقرار والثبات، مع مرونة في التطبيق، لجعله صالحا لكل زمان ومكان.

على خلاف النظام العام في التشريع الجزائري، فهو متأثر بالفلسفة الإيديولوجية التي تنتهجها الدولة، بحيث يختلف دور النظام العام ضيقا واتساعا بحسب كل توجه، فبعدها كان يتدخل في مجال ضيق بمفهوم النظرة التقليدية، بهدف حماية العدل التبادلي، هو الآن يشهد اتجاها آخر أكثر تدخلية مما سبق، وهذا سبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، بحيث أصبح يولي اهتماما أكثر للفئات والأطراف الضعيفة في المجتمع، كما أصبح يهدف إلى حماية التوجه الجديد للدولة نحو المنافسة الحرة، ومن ثم منع أي عقد أو اتفاق من شأنه عرقلة حرية المنافسة والدخول إلى السوق، فلم يعد الهدف تحقيق العدل التبادلي فحسب، بل يجب الوصول بالعلاقات التعاقدية عن طرق قواعد النظام العام إلى تحقيق عدالة توزيعية، وهذا ما سيكون محل دراسة مفصلة في الباب الثاني من الرسالة.

الباب الثاني

اتجاه فكرة النظام العام الاقتصادي نحو تحقيق العدالة التوزيعية في ضوء القانون
الجزائري والفقہ الإسلامي

إذا كانت فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي قد اتخذت نطاقا ضيقا للغاية، فاقترنت أهدافها على حماية الكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع، وبالتالي لم تشهد حرية التعاقد في ظلها سوى قيود محدودة، تركّزت بصفة أساسية حول حرية إبرام العقد- من خلال مراقبة مشروعية المحل والسبب-، بينما ظلت حرية الأطراف في تحديد آثاره بمنأى عن التقييد. إلا أنه مع نهاية القرن التاسع عشر بدأت فكرة النظام العام تشهد اتساعا شديدا في مضمونها وتطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع، وذلك على إثر انتصار المذاهب الاشتراكية، وما صاحب ذلك من تزايد تدخل الدولة تدريجيا في شتى جوانب الحياة الاجتماعية.

وقد أدت هذه التطورات إلى ظهور مفهوم جديد للنظام العام، يعرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي يضاف إلى المفهوم التقليدي لهذه الفكرة، وترتب على ذلك بطبيعة الحال أن شهدت حرية التعاقد قيودا عديدة لإجبار الأفراد على احترام قواعد كثيرة صارت متعلقة بالنظام العام في ثوبه الجديد.

ورغم كثرة وتنوع هذه القيود وانتمائها إلى فكرة واحدة وهي فكرة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، غير أنه يمكن القول أن هذه الفكرة قد نشأت لتحقيق هدفين متعاقبين اقتضى كل منهما خضوع الإرادة لعدة قيود، ففي البداية قصدت هذه الفكرة إلى حماية الطبقات الاجتماعية الضعيفة والفقيرة، واستتبع ذلك الحد من حرية التعاقد بهدف حماية الجانب الضعيف وتحقيق التوازن العقدي، وهذا ما يعرف بالنظام العام الحمائي (الفصل الأول).

وفي مرحلة لاحقة نهضت فكرة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي لتمكين الدولة من تحقيق السياسة الاقتصادية التي تنتهجها وتبتغي توجيه الأفراد إليها، لذا شهدت الإرادة العقدية قيودا أخرى بهدف إجبار الأفراد على احترام هذه السياسة وتوجيههم إليها، وهذا ما يسمى بالنظام العام الموجه، حيث تنتوع مظاهر التوجيه الاقتصادي سواء في إطار العقود التي تبرم بين أفراد عاديين، أو تلك التي تتم بين منتجي وموزعي السلع، أو بين شركات صناعية وأخرى استثمارية، أو بين المنتجين أو المستهلكين ومؤسسات التمويل سواء في إطار العقود التي تتم بين منتجي وموزعي السلع، أو بين المنتجين أو المستهلكين ومؤسسات التمويل، وقد اقتضى هذا التوجيه تقييد حرية التعاقد بقيود متفاوتة تبعا لطبيعة السياسة الاقتصادية التي تنتهجها الدول مشكلة ما يسمى بالنظام العام التنافسي. (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تقييد النظام العام الحمائي لحرية التعاقد تحقيقاً للتوازن العقدي في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

تتجه معظم التشريعات المعاصرة حالياً - كردة فعل على النتائج السلبية التي انتهى إليها إطلاق مبدأ حرية التعاقد-، نحو تقييد هذه الإرادة التعاقدية، وتثبيت نسبية دورها في نطاق العقد، وأحياناً استبعادها لصالح فكرة النظام العام. مما أدى إلى ازدياد القيود القانونية على حرية التعاقد، وخضوعها للتنظيم القانوني الإلزامي، الذي لا يترك لإرادتهم كثيراً من الحرية. فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في رحابها مبدأ حرية التعاقد، وسارت تشريعات الدول نحو الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، مما يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف وتقييد إرادته. ومن هنا تدخل القانون عن طريق قواعد النظام العام للحد من القوة الإلزامية والقدسية للعقد، لصالح المنفعة الاجتماعية، والعدالة التعاقدية وحسن النية ومتطلبات الصالح العام، بهدف تحقيق مبدأ التوازن العقدي¹.

وهكذا لم يعد العقد شريعة مطلقة بين المتعاقدين، ولم يعد ينبعث ويتحرك بفعل الإرادة التي أوجدته فحسب، بل وأيضاً بفعل إرادة خارجية تفرض عليه إتباع خط سير محدد مسبقاً، لأجل إعادة التوازن المفقود في العلاقة التعاقدية. وبذلك لم تعد الإرادة هي العنصر الوحيد في إنشاء العقد، وأساس قوته الإلزامية، بل زاحمها القانون في ذلك، وأصبح العقد يحتوي على جانبين: أحدهما تنظيمي يفرضه القانون، والآخر اتفاقي تنظمه إرادة المتعاقدين².

وتكمن أهمية نظرية إعادة التوازن العقدي، في كونها تهتم بما يخلفه العقد من آثار، بخلاف نظرية البطلان التي تهتم بمرحلة إبرام العقد، فهي وسط بين نظرية زوال العقد، بإبطاله أو فسخه أو إلغائه، وبين نظرية صحته وسلامته، فغايتها الأساسية إبقاء العقد وضمأن استمراره بصورة معقولة. وهنا تضطلع كل من فكرة النظام العام الحمائي، والنظام العام الشرعي، بمهمة تحقيق هذا التوازن العقدي، وذلك بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية بوجه عام (المبحث الأول)، ومكافحة الشروط التعاقدية التعسفية بوجه خاص (المبحث الثاني).

¹ - عبد الهادي نجار، دور القاضي في تعديل العقد- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، 2010، ص10.

² - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 24-25.

المبحث الأول

تقييد النظام العام الحمائي لحرية التعاقد حماية للطرف الضعيف في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

إن إعادة النظر في العقد لأجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي المختل، أصبح اليوم مطلباً ملحا وضرورة إجتماعية واقتصادية في آن واحد. وأصبحت مسألة التدخل المتزايد لفكرة النظام العام الحمائي في تنظيم التعاقدات أمراً مسلماً به، وهذا تماشياً مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للأخر، ولا يعني ذلك تدهور العقد واطمحلال أهميته، بل سيبقى أسلوباً ضرورياً للتبادل بين ذميتين¹.

ويرجع بعض الفقہ ظاهرة تزايد سلطان النظام العام الحمائي وضعف حرية التعاقد إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني، فالتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يعلو العقد بحسبانه مصدراً للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج. فالواقع العملي والمنطقي يقضي أن تكون الغلبة في تكوين العقد لمقتضيات النظام العام، لأجل ترتيب آثار الالتزام، نظراً لمساسها لحقوق الغير وتأثيرها على نظام المبادلات وتبادل الثروات المادية².

وبفعل تزايد ظاهرة التقييد أصبح بعض الفقہ يطلق على العقد تسمية "العقد الموضوعي"، ويستعمل مصطلح "مبدأ موضوعية الإرادة" بدلاً من سلطان الإرادة. ويحافظ بذلك على الأساس الإرادي في إنشاء الالتزام مع إعطاء هذا الأساس الإرادي مفهوماً نسبياً يخضعه لمقتضيات النظام العام الحمائي³. وعليه فبعد بيان أهم آليات تدخل النظام العام الحمائي لحماية الطرف الضعيف في العقد (المطلب الأول)، نعرض على آليات وأساليب النظام العام الشرعي في تحقيق الحماية والتوازن بين أطراف العقد، من خلال منعه للغش والخداع والتغريب بجميع صورته، ووضع أسس شرعية لمنعه (المطلب الثاني).

¹ - عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، جامعة بغداد، العدد 13، السنة التاسعة، 1981، ص3186.

² - حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002، ص49-50.

³ - ينظر في هذا الإتجاه: محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، المرجع السابق، ص 243 وما بعدها.

المطلب الأول

آليات تدخل النظام العام الحمائي لحماية الطرف الضعيف في القانون الجزائري

سبقت الإشارة إلى أن قواعد النظام العام الحمائي، تهدف في أساسها إلى حماية بعض الفئات الضعيفة، خصوصا في علاقات الاستهلاك، التي عادة ما تكون بين طرفين أحدهما قوي اقتصاديا وتقنيا، وطرف آخر ضعيف ليس له من الوسائل الاقتصادية ولا الفنية ما يمكنه من الاحتياط لنفسه. ومن هنا فكثيرا ما تؤدي هذه العلاقات إلى اختلال واضح بين أداءات الأطراف من جهة، كما قد تنتهي بإلحاق أضرار قد تكون مادية، تنصب على الشيء محل التعاقد كعدم صلاحيته، أو عدم ملائمته للغرض الذي من أجله أبرم العقد، وقد تبلغ هذه الأضرار درجة أخطر حين تلحق بالمستهلك أضرار جسمانية في شخصه أو لأحد أفراد عائلته. ومن هنا فقد عمدت أغلب التشريعات الحديثة بما فيها المشرع الجزائري، إلى التدخل عن طريق قواعد النظام العام الحمائي، بمجموعة من الآليات، تهدف إلى تقوية الطرف الضعيف، ومن ذلك التدخل وإقرار التزامات قانونية على عاتق الطرف القوي، كتلك الالتزامات التي يفرضها قانون حماية المستهلك على المتدخل، تحت طائلة عقوبات مدنية بل وحتى جزائية لحمله على الوفاء بها، كالالتزام بالإعلام، والضمان، والسلامة... الخ، والتي يمكن أن نسميها آليات تشريعية (الفرع الأول).

على أنه وفي غير الحالات التي يتدخل فيها النظام العام الحمائي التشريعي، بموجب نصوص صريحة، تبقى من مهمة القاضي أيضا السهر على حماية هذه الفئات الضعيفة، بما له من سلطة تقديرية، ذلك أن القاضي لم يعد دوره سلبيا في مجال العقود والمعاملات المالية، وإنما أصبح يقوم بدور إيجابي في ظل التشريعات الحديثة، بحيث يقف إلى جانب إرادة الطرف الضعيف ويقويها. وذلك بالحد من مظاهر الغبن والاستغلال، ورفع الالتزامات المرهقة إذا تغيرت ظروف العقد، فيما يمكن تسميته بالنظام العام الحمائي القضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

فرض النظام العام الحمائي التشريعي لبعض الالتزامات لحماية للطرف الضعيف

إن الطفرة التكنولوجية التي تحققت من منتصف القرن العشرين، كان من نتائجها ازدهام الأسواق بأشكال من المنتجات لم تكن معهودة من ذي قبل من سلع استهلاكية، إلى أجهزة منزلية، إلى حاسبات آلية، إلى وسائط نقل متعددة الأنواع والأشكال. ومع كل ما يحققه هذا

التطور من فوائد بالنسبة لجمهور المستهلكين، من تحقيق للرفاهية وسهولة الحياة، إلا أنه لم يخلو من بعض المضار بالنسبة لهم، إذ ساعد على تفاقم الحوادث الناتجة عن مخاطر الشيء ويات ضحايا تلك الأحداث يقدر بالآلاف سنويا.

ولذلك كان طبيعيا أن تجد مشكلة حماية المستهلك من الأضرار التي تسببها المنتجات وخاصة الخطرة منها اهتماما ملحوظا في الدول الصناعية الكبرى لإيجاد الآليات القانونية لتوفير أكبر قدر من الحماية، تحت تأثير ما يسمى بحركة الدفاع عن المستهلكين التي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتقلت إلى أوروبا، ثم تطورت تطورا هائلا في فرنسا، لتشمل جميع دول المعمورة ومنها التشريع الجزائري.

وأمام قصور القواعد التقليدية المنظمة للعقد، تدخل المشرع وفرض مجموعة التزامات على عاتق المتدخل أو المحترف، كالالتزام بأمن وسلامة المنتج¹، والالتزام بالمطابقة²، الالتزام بالضمان والخدمة ما بعد البيع³، والالتزام بالإعلام، وما يتفرع عنه من تحذير أو نصيحة. وسنركز في هذه الدراسة على الالتزام بالإعلام، نظرا لأهميته البالغة في تكوين رضا المتعاقد وتبصيره ومن ثم حمايته، على أنه في حال عدم قيام المحترف بهذا الالتزام فإنه يعتبر

¹ - نص المشرع على هذا الالتزام من خلال الفصلين الأول بعنوان إلزامية النظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها، والثاني بعنوان إلزامية أمن المنتجات من القانون 03/09، حيث جاء في المادة 04 من الفصل الأول مايلى: "يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد، والسهر على أن لا تضر بصحة المستهلك". في حين نصت المادة 09 من الفصل الثاني مايلى: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها وان لا تلحق ضررا بصحة المستهلك أمنه ومصالحه وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"

² - نص المشرع على هذا الالتزام من خلال الفصل الثالث بعنوان إلزامية مطابقة المنتجات من القانون 03/09 حيث نصت المادة 11 منه على أنه: "يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله". وأضافت المادة 12 في فقرتها الأولى: "يتعين على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك طبقا لأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول".

³ - نص المشرع على هذا الالتزام في الفصل الرابع بعنوان إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع من القانون 03/09، حيث نصت المادة 13 على أنه: "يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات. يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته. يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أدناه دون أعباء إضافية. يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم".

أن العقد لم ينعقد صحيحاً، وعليه فبعد بياننا لمبررات فرض الالتزام بالإعلام على عاتق المحترف (أولاً)، نبين المقصود به وأساسه القانوني وما يتفرع عنه من التزامات (ثانياً).

أولاً: مبررات فرض الالتزام العام بالإعلام

إن مبررات نشوء التزام جديد في ظل أي نظام قانوني، إنما يجب أن تستند إلى واقع عملي يكون قد شهد تفاعلاً بين النصوص القانونية المعمول بها في مجال معين، وبين معاملات الأفراد الدائرة في هذا المجال بصورة أسفرت عن وجود ملامح لقصور في تطبيقها، إلى حد ينبغي معه ضرورة القيام بمعالجته¹. وعلى ضوء هذا يمكن تقسيم مبررات نشأة وفرض هذه الالتزامات الجديدة إلى مبررات واقعية أو مادية (I)، وأخرى قانونية (II).

I- المبررات الواقعية أو المادية

لقد كان من نتاج طفرة التكنولوجيا التي تحققت منذ منتصف القرن العشرين، ازدحام الأسواق بأشكال من المنتجات لم تكن معهودة من ذي قبل، من سلع استهلاكية (كالأغذية، ومستحضرات التجميل، والمنتجات الدوائية، ومنتجات التنظيف...) إلى أجهزة منزلية، وإلى وسائل اتصال متعددة الأنواع والأشكال.... إلخ، ولم يقف التطور عند حد عمليات الإنتاج بل امتد لعمليات التسويق، حيث صارت بيد شركات ضخمة².

و قد واكب هذا التطور في أساليب الإنتاج والتوزيع زيادة في حجم المخاطر التي يتعرض لها المستهلكون في تعاملهم مع هذه المنتجات الحديثة: فمن جهة، ترتب على الإنتاج الكبير أن ازداد احتمال أن تفلت بعض السلع من رقابة المنتجين، وتخرج إلى السوق مشوبة ببعض العيوب التي تجعل استهلاكها محفوفاً بالأخطار. ومن جهة أخرى فقد ترتب على هذا التطور، فصل عملية الإنتاج عن عملية التسويق، وصارت هذه العملية الأخيرة بيد شركات كبيرة ينحصر دورها في استخدام أساليب الدعاية المختلفة لإقناع المستهلك بأهمية السلعة وجدواها ومن ثم الإقبال على اقتنائها، وقد أدى ذلك إلى ظهور أخطار أخرى، تنشأ من عدم كفاية البيانات أو عدم دقتها أو كتابتها بلغة لا يفهمها المستهلك، أو بأسلوب علمي جامد لا

¹ - محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004. ص 191.

² - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 20، العدد 03 و 04، 1996. ص 207.

يستطيع المستهلك العادي استيعابه¹.

ونتيجة لهذين العاملين كان طبيعياً أن يتسع حجم الأضرار التي تسببها المنتجات الصناعية، وأن تطالنا وسائل الإعلام المختلفة يومياً بأبناء الكوارث التي تسببها هذه المنتجات، نتيجة لتناول بعض المواد الغذائية، أو استهلاك المستحضرات الصيدلانية²، أو إحدى الأجهزة الإلكترونية³.

ولذلك كان طبيعياً أن تجد مشكلة حماية المستهلك من الأضرار التي تسببها المنتجات وخاصة الخطرة منها اهتماماً ملحوظاً في الدول الصناعية الكبرى تحت تأثير مايسمى بحركة الدفاع عن المستهلكين التي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتقلت إلى أوروبا، ثم تطورت تطوراً هائلاً في فرنسا⁴.

ذلك أن هذه الطفرة التكنولوجية قد أدت إلى وجود تزايد في درجة التفاوت في المعرفة

¹ - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 208 و 209.

² - من بين الحوادث والمخاطر الناجمة عن تعاطي بعض العقاقير الطبية نذكر ما يأتي:

- من المآسي الشهيرة في فرنسا مأساة بودرة التلك المسماة "Morhange" التي أودت بحياة 36 طفل، بالإضافة إلى تسمم 167 آخرين، ثمانية منهم أصيبوا بعجز دائم مدى الحياة.

- مادة "واتندين" الكيمائية وتسوق تجارياً باسم "زانتاك"، فرغم أنها مفيدة جداً في علاج قرحة المعدة والإثني عشر إلا أنه من سلبيات هذا المركب أنه ينفذ بنسبة عالية من خلال المشيمة إلى الجنين، ومن ثم فقد يحدث تأثيرات غير محدودة أثناء التكوين الجنيني. ينظر في هذه الحوادث وغيرها: د/ علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007. هامش رقم 01، ص 14 وما بعدها.

- وبخصوص مخاطر المنتجات الطبية ينظر بالخصوص: د/ أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، هامش رقم 01، ص 19 و 20.

³ - من بين هذه الحوادث ماجاء في جريدة الشروق، يومية وطنية إخبارية جزائرية، (عدد 2469، بتاريخ 2008/11/30، ص3)، تحت عنوان: "البراءة للطبيب وتعويض 300 مليون لكل فاقد للبصر"، وتعود وقائع القضية إلى فقدان 10 مرضى للبصر إثر تلقيهم بدواء يدعى لافستان، حيث ثبت من التحقيق والخبرة أن هذا الدواء لا علاقة له بفقدان المرضى للبصر، وأن السبب يتمثل في تعطل جهاز التطهير بقاعة العمليات، وقد فصلت في هذه القضية محكمة بئر مراد رابيس، حيث استفاد الطبيب من البراءة، فيما أدين طبيباً أخرى بـ 06 أشهر حبس غير نافذ، مع منح المرضى تعويض قدره 300 مليون سنتيم لكل واحد، تحت ضمان المسؤول المدني لمستشفى بني مسوس". وقد كثرت الدراسات المتعلقة بأخطار الأجهزة الإلكترونية، ومنها الهواتف النقالة، فمنها من يجعل هذه الأخيرة سبباً في الأورام السرطانية في الدماغ، ومنها من رأت خلاف ذلك، إلا أن المؤكد أن الهاتف النقال يتسبب في حدوث حوادث مأساوية لدى قيادة السيارات، وفي تصريح صحفي قال عالم الكيمياء الألماني فرايدلهيلم فولنهورست، مخترع رقائق الهواتف النقالة... بأن محطات تقوية الهاتف النقال تعادل في قوتها الإشعاعات الناجمة عن مفاعل نووي صغير. علي فتاك، المرجع نفسه، هامش رقم 01، ص 18.

⁴ جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 210.

بشكل ملحوظ بين منتجي هذه السلع ومستهلكيها، حتى أصبح في حكم المستحيل على أي متعاقد أن يدعي علمه بكافة التفاصيل والدقائق الفنية في مثل هذه العقود، لذلك فقد انصب اهتمام الفقه والقضاء على البحث عن وسيلة تعيد هذا التوازن المفقود في العلم بين المتعاقدين، وتوفر الإطار القانوني لحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية.

II - المبررات القانونية

سبقت الإشارة أنه إذا كانت الاختراعات الحديثة قد ساهمت في رفاهية الإنسان، فإنها أدت في نفس الوقت إلى تفاقم الأضرار التي يتعرض لها، نتيجة حداثة عهده بما تمخضت عنه المخترعات الحديثة من تقنية فنية متقدمة ومعقدة وما تحمله من مخاطر سواء في تكوينها أو استعمالها.

وأمام هذا الوضع استشعر الفقه والقضاء وخاصة الفرنسي قصور الأحكام الواردة في القانون المدني عن توفير الحماية المنشودة وتغطية هذه الأضرار. فنظرية عيوب الرضا والتي عنى المشرع بتنظيمها بطريقة محددة ودقيقة، عملا على استقرار المعاملات، إلا أن ذلك أدى بصورة غير مباشرة إلى تضيق في نطاقها، وتشديد في الشروط اللازمة لتطبيقها مما نتج عنه صعوبة في إثباتها، وبالتالي لم تحقق النتائج المرجوة منها¹، ولا سيما عيبي الغلط و التذليس لما يتطلبه من اشتراط قصد التضليل للتوصل إلى إبطال العقد بالنسبة للتذليس، واشتراط أن يكون الغلط جوهريا وأن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر².

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التزامات البائع التقليدية، وعلى وجه التحديد الالتزام بضمان العيب الخفي أضحت قاصرة عن تحقيق الحماية اللازمة للمشتري، إذ يكفي البائع لكي يتحلل من المسؤولية أن يسلم المشتري سلعة جيدة الصنع وخالية من العيوب الخفية، أو أن يفضي إليه بما يكتنف الشيء المبيع من عيب خفي، إذ يفقد العيب في هذه الحالة وصف الخفاء الذي يعد شرطا أساسيا من شروط ضمان العيوب الخفية³.

ومن هنا كان حرص القضاء الفرنسي على ممارسة دوره الخلاق في إلقاءه على عاتق البائع المتخصص، مجموعة التزامات أهمها الالتزام بالإعلام، وما يتفرع إليه من إخبار بسيط،

¹ - محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 191.

² - ينظر المادة 86/فقرة 2 والمادة 81 من القانون المدني الجزائري .

³ - ميرفت عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 02 .

والتزام بالتحذير، والتزام بالنصيحة في محاولة لمعالجة اختلال التوازن العقدي الناشيء عن عدم المساواة أو التعادل بين المشتري والبائع، فهذا الأخير باعتباره متخصصا، تتوافر لديه الخبرة والمعرفة الفنية الكاملة لكل خصائص المبيع ونواحي خطورته، في حين أن المشتري يفتقر إلى الخبرة والمعرفة الفنية بالمبيع¹.

ثانيا: تحديد مفهوم الالتزام العام بالإعلام وتدخّل المشرع لفرضه

للقوف على المفهوم الدقيق للالتزام بالإعلام، ينبغي بداية تمييزه عما يشابهه (I)، ثم نبين كيفية تدخّل المشرع لفرضه والمفهوم الذي أعطاه له (II).

I- تمييز الالتزام بالإعلام عما يشابهه

يرى الفقه الفرنسي المعاصر أن هناك درجات متفاوتة للمعلومات تتحدد وفقا لمضمونها تتدرج جميعها تحت ما يسمى الالتزامات بالإخبار l'information¹، تصلح كل درجة منها أن تكون محلا للالتزام مستقل. وإن كان الفقه قد درج على استعمال مصطلح الالتزام بالإعلام للدلالة على كافة المعلومات الواجب تقديمها، فإن النظر الدقيق يبين أن هذه المعلومات تتفاوت فيما بينها، فقد تكون تارة أخبار أو مجرد إعلام بسيط renseignements simple، وتارة أخرى تحذير mises en garde أو تنبيه Avertir، وأخيرا قد تتضمن نصيحة أو مشورة conseil. مما يتعين معه تمييزها عن بعضها. وعليه بعد التمييز بين الالتزام بالتحذير و الالتزام بالإعلام البسيط (أ)، نميز بين الالتزام بالتحذير والالتزام بالنصيحة (ب).

أ- التمييز بين الالتزام بالتحذير و الالتزام بالإعلام البسيط

تجدر الإشارة بداية إلى أن الالتزام بالإعلام البسيط قد يكون التزاما تعاقديا² أصليا يشكل الموضوع الرئيسي في العقد أي محل العقد كما في العقود التي يتم إبرامها في وكالات الأخبار Agences de renseignements والتي تكون متخصصة في تقديم كافة المعلومات أو الأخبار التي يهدف العميل المتعاقد إلى معرفتها، وقد يكون التزاما تابعا للالتزام الأصلي في

¹ - ميرفت عبد العال، المرجع السابق، ص 02 .

² وجب التنكير في هذا الصدد إلى أن الالتزام بالإعلام قد يكون واجبا في مرحلة ما قبل التعاقد وهنا درج الفقه على وصفه بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، وقد يكون واجبا بعد إبرام العقد أو في مرحلة التنفيذ وهنا يطلق عليه لفظ الالتزام التعاقدى بالإعلام. ينظر في التفارقة بين الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام: محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 223 وما بعدها.

العقد، فكثير من العقود خاصة في ظل التطور العلمي والتقني المذهل الذي نشاهده في عصرنا الحاضر تستوجب قيام أحد طرفي العقد والذي غالبا ما يكون متخصصا بتزويد الطرف الآخر المتعاقد معه بما يحتاج إليه من معلومات أو بيانات في مجال معين من المجالات التي يتعلق بها هذا العقد.

وعليه فالالتزام بالإخبار أو الإعلام البسيط في مجال عقد البيع يفرض على البائع المحترف إحاطة المشتري بكافة البيانات الضرورية والمفيدة التي تسمح له باستعمال المبيع طبقا لما خصص له وفي ظل أفضل الظروف، إذ بغير ذلك لا يمكن أن يتحقق الانتفاع المتوقع من المبيع¹.

ويستخلص من الصياغة السابقة أن للإخبار عنصرين لا ينفكان عنه وهما :

- **العنصر الشخصي:** ومعناه مراعاة بواعث المتعاقد الآخر من وراء التعاقد وهو ما يمثل الطابع الشخصي لهذا الالتزام .

- **عنصر الملائمة:** وهو لا ينفك عن العنصر الأول فهو بمثابة الغرض منه، فالأول يعني الإفصاح عن الرأي الخاص بصدد مسألة أجنبية عن التعاقد، والثاني يهدف إلى مراعاة مدى توافق وملائمة آثار العقد المادية والفنية والإقتصادية والقانونية لمصالح العميل الخاصة. وهذا العنصر الأخير هو الذي يمثل مناط الحكم على وجود هذا الالتزام ومفارقته عن الالتزام بالتحذير الذي يعد أكثر إيجابية، وهذا ما ينقلنا إلى الكلام عن سمة الحياد²، وهي السمة المميزة له عن الالتزام بالتحذير، فهو لا ينطوي على أي توجيه إيجابي أو سلبي من جانب المدين. فهو أبسط أشكال هذا الالتزام، وهو وسيلة أداة وممارسة هذه الالتزامات، فكما يعبر الفقه الفرنسي فكل التزام بالتحذير ينطوي بالضرورة على التزام بالإخبار وليس العكس صحيحا³.

وبخصوص مجال أعمال الالتزام بالإخبار أو الإعلام البسيط فيمكن تصوره في كافة البيوع، وعلى وجه الخصوص البيوع التي ترد على منتجات جديدة أو مبتكرة بغض النظر عن

1 - أحمد عبد التواب بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشبيد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1992، ص 77.

2 - يرى البعض أن صفة الحياد هنا ليست مطلقة، فبمجرد إبداء الرأي الشخصي بصدد ملائمة التعاقد لمصلحة المتعاقد الآخر، فهذا ينطوي بذاته على شيء ولو ضئيل من التدخل بالرأي وإن كان رأيا بسيطا بمراعاة بواعث المتعاقد الآخر. ينظر: أحمد عبد التواب بهجت، المرجع نفسه، ص 79 .

3 - أحمد عبد التواب بهجت، المرجع نفسه، ص 79 . و في نفس المعنى: نزيه محمد المهدي، المرجع السابق، ص 11.

كونها من الأشياء الخطرة أم لا¹.

أما الالتزام بالتحذير فهو يمثل خطورة أبعد من مجرد الإخبار أو الإعلام البسيط، إذ أنه يفترض مخاطر معينة تكتنف استعمال المبيع ويستوجب التحذير منها، أي حث انتباه المشتري إلى هذه المخاطر وإحاطته بكافة الوسائل التي تمكنه من تجنبها².

ب- التمييز بين الالتزام بالتحذير و الالتزام بالنصيحة

سبقت الإشارة إلى أن بعض الفقه يرى أن كل من الالتزام بالتحذير و الالتزام بالنصيحة هما شكلان أو صورتان لنفس الالتزام³، في حين يذهب عموم الفقه الفرنسي إلى أن هناك تمايز ومفارقة بين هذين الالتزامين وأن الالتزام بالنصيحة هو أشد من الالتزام بالتحذير. إلا أنه ورغم إجماع هذا الفقه على وجود هذا التمايز إلا أنهم انقسموا إلى اتجاهين، اتجاه يأخذ بهذه التفرقة على إطلاقها بين جميع العقود دون تمييز بين عقود خدمات وعقود أشياء، في حين يرى الإتجاه الثاني - الذي لم يحظ بمؤازرة الفقه - أن الالتزام بالنصيحة يقتصر على عقود

¹ - ذلك أن عدم شيوع استخدام هذه المنتجات نظرا لحداتها، يفرض على البائع أن يفضي إلى المشتري بكافة البيانات الخاصة باستعمالها، أما إذا كان المبيع من المنتجات شائعة الإستعمال، فلا مجال للإخبار أو الإعلام، فليست هناك حاجة مثلا إلى إعلام المشتري بأن المكواة الكهربائية لا تعمل إلا بتوصيلها بالتيار الكهربائي .

¹⁶ Magnan (M.F) , op, cit , N° 476 , p.381 ets , ou il écrit : " c'est principalement contre un danger ,un risqué, que l'on est tenu de mettre en garde quelqu'unc'est donner un renseignement , mais en attirant l'attention de son destinaire sur le danger d'une chose " .

مشار لهذا القول عند : ميرفت عبد العال، المرجع السابق، ص 11 . ولتوضيح هذا التمايز لأبأس أن نسوق مثلا من القضاء الأمريكي في إحدى القضايا المنظورة أمامه، إذ أن حريقا شب إثر انفجار علبه "Roof primer" بسبب قيام أحد عمال الشركة بتسخينها، مما تسبب في إحداث خسائر مادية كبيرة. وكان كتيب التعليمات الخاص بهذا المنتج، قد أوضح العبارة الآتية: " لا تقم بتسخين أو تخفيف...فإذا حدث أيا منهما فإن نوعيات الجودة...سوف تتلف ". ولذلك قررت المحكمة: " إن التعليمات المتعلقة بكل من التسخين والتخفيف، تكون موجهة صوب مسألة المنفعة فحسب، وأنه لا يوجد أي تحذير أو مقترح بأن التسخين قد يمثل خطرا من أي نوع أو نتيجة لغير ما تقدم ذكره ". ينظر في هذه الأمثلة من القضاء الأمريكي: عبد الله بن سليمان الميمني، التنظيم القانوني للمسؤولية عن أضرار المنتجات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، سنة 2000، ص186 وما بعدها.

³ - فيرى صاحب هذا الرأي وهو الفقيه V.Christianos أن الالتزام بالتحذير هو التزام بالنصيحة ولكن عند إبرام العقد فقط ، لذلك يفضل هذا الفقيه أن يطلق عليه تسمية الالتزام بالتوقي l'obligation de prévention كالتزام بنصيحة سلبية، في حين أن الالتزام بالتحذير خلال تنفيذ العقد هو وحده الذي يرى أن يطلق عليه تسمية الالتزام بالنصيحة. للمزيد حول هذا الرأي ينظر :

-Christianos (V), op, cit, p.90

الخدمات وحدها، بينما الالتزام بالتحذير يكون في جميع العقود الأخرى¹.
وتماشيا مع الرأي الغالب في الفقه الفرنسي والذي يسلم باستقلالية الالتزام بالنصيحة
L'obligation de Conseil، فإنه يمكن تعريفه على أنه: "الالتزام بتقديم المعلومات للعميل
المتعاقد في إطار الهدف الذي يبتغيه مما يقتضي توجيهه إيجابيا لنشاطه وذلك بحثه على
اتخاذ قرار معين أو عدم إتخاذه"².

وبموجب هذا الالتزام فإن البائع المحترف لا يلتزم بإعلام المشتري فقط، وإنما يجب عليه
أن يعرض عليه الحل الأوفق لمصالحه مما يعني أنه يقع على عاتق المدين به التزام يتجاوز
مجرد الإعلام البسيط، أي أنه يفرض إضافة لما سبق بيان الطريق الأفضل بالإتباع، ويقتضي
ذلك الإشارة إليه بإبرام أو عدم إبرام العقد، أو اتخاذ إجراء معين أو عدم اتخاذه³.

هذا وإن الالتزام بالنصيحة قد يشكل الموضوع الرئيسي في العقد بحيث يكون الغرض
من العقد هو تقديم النصيحة من جانب احد أطراف العقد ويكون غالبا شخص متخصص
يحترف تقديم الاستشارات في مجال معين إلى المتعاقد الآخر بشأن غرض معين يهدف هذا
الأخير إلى تحقيقه⁴.

وقد يكون التزاما تابعا للالتزام الأصلي في العقد، فقد يتضمن العقد التزام أحد الأطراف
بتقديم النصح للطرف الآخر بشأن الهدف الذي يبتغيه من العقد المبرم بينهما إلى جانب التزامه
الأصلي، ونكون بصدد هذا الالتزام إذا انصب العقد على الأشياء المعقدة les choses
complexes، أو التي تمثل تكنولوجيا معينة وخاصة في مجال الإعلام الآلي، وذلك حتى
يتسنى للمشتري أن يكون على بينة من أمره في إختيار النظام الأكثر ملائمة من حيث أداءاته
أو نتائجه وكذا عيوبه، والمصاعب المرتبطة به، وبخاصة تلك المتعلقة بتركيبه وبتكوين
المستعملين⁵، بحيث يمتد ليشكل التزاما بمساعدة الزبون⁶.

وهكذا ووفقا للرأي السائد في الفقه الفرنسي، والذي تبني التقسيم الثلاثي للإخبارات وفق

1 - في عرض هذه الإتجاهات ينظر: أحمد عبد التواب بهجت، المرجع السابق، ص 97 .

2 - ينظر في هذا التعريف: ميرفت عبد العال، المرجع السابق، ص 12 .

3 - في هذا المعنى ينظر: بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2005، ص 26 و 27.

4 - ميرفت عبد العال، المرجع نفسه، ص 12 .

5 - Com, 17mars 1981, Bull.civ .IV.N°150, p102.

6 - Civ, 1er, 17 mars 1981, Bull.civ .IV.N°206, p162.

درجة التدخل أو الإيجابية، فإنه يمكن القول بأن الالتزام بالتحذير هو التزام مشدد بالإخبار، والالتزام بالنصيحة هو التزام مشدد بالتحذير، وبمعنى آخر فالنصيحة تستغرق كل من التحذير والإخبار، والتحذير يستغرق الإخبار وليس العكس صحيحا.

II- فرض المشرع الجزائري للالتزام بالإعلام

تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري و في ظل القانون رقم 02/89 لم يكن ينص ويقر صراحة الالتزام بالإعلام، على انه بموجب القانون رقم 03/09¹ المتعلق بقواعد حماية المستهلك وقمع الغش، والذي ألغى القانون رقم 02/89 نص صراحة على هذا الالتزام ليضع بذلك حدا للنفاش الفقهي الذي كان يدور حول أساس الالتزام بالإعلام، وذلك بموجب نص المادة 17 منه بنصها على أنه: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة". فمن خلال هذا النص شدد المشرع على البائع المحترف بان يقوم بإعلام المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتج سواء تعلقت بكيفية الاستخدام أو مواصفاتها القانونية أو طبيعتها ومنشئها أو مميزاتها. وكذا الاحتياطات اللازمة عند الاستعمال وتاريخ نهاية الصلاحية...إلخ.

وأما عن طريقة تنفيذ البائع المحترف للالتزام بالإعلام الملقى على عاتقه، فهناك عدة سبل ممكنة للتنفيذ وتقديم البيانات إلى الدائن، فيمكن للبائع المحترف التحرر من هذا الالتزام بتقديم التنبيهات والمعلومات إما كتابة أو شفاهة، أو بواسطة الإعلانات أو حتى بواسطة وسائل الإعلام والاتصال المستحدثة. غير أن الكتابة تعد أهم وسيلة شائعة من وسائل الإدلاء بالمعلومات إلى المتعاقد الآخر، وهي الأكثر فعالية من حيث تنويره. وتتخذ الكتابة مظاهر عدة نوردتها فيما يلي:

أ- الوسم L'étiquetage

فرض المشرع الجزائري الوسم بشأن العديد من المنتجات، فعرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش على أنه: "جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتج ما

¹ - القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15، 2009، والذي ألغى أحكام القانون 02/89.

والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو وسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة أو يرتبط بهما¹.

وقد أشتراط المشرع أن تكون بيانات الوسم مرئية وسهلة القراءة ومتعذر محوها، وتمنع كل طريقة للوسم من شأنها أن تحدث لبسا بين سلعة غذائية ومنتجات غير غذائية²، كما يمنع أيضا استعمال أية إشارة، أو أية علامة، أو أية تسمية خيالية، أو أية طريقة للوسم من شأنها أن تدخل لبسا في ذهن المستهلك لا سيما حول طبيعة السلعة وتركيبها، ونوعيتها الأساسية ومقدار العناصر الضرورية فيها، وطريقة تناولها، وتاريخ صناعتها والأجل الأقصى لصلاحية إستهلاكها، ومقدارها وأصلها وفق ماجاء في نص المادة 13 فقرة 01 من المرسوم رقم 367/90.

كما أوجب المشرع أن يكون الوسم وبياناته المختلفة مكتوبا باللغة العربية، ولم يستبعد إضافة لغة أجنبية أخرى، وهذا مانصت عليه صراحة المادة 18 من القانون رقم 03/09. وأكدته نصوص أخرى سواء بالنسبة لوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية³، أو السلع الغذائية⁴ والمواد المضافة إليها⁵، أو مواد التجميل والتنظيف البدني⁶...إلخ.

كما أن المشرع وبموجب المادة 04 المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، قد نص على أن الإعلام يكون عن طريق الوسم حيث جاء فيها: "يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامة أو الإعلان بأي صورة أخرى مناسبة..."⁷.

1 - كما عرفته المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها بأنه عبارة عن: "البيانات أو الإرشادات أو علامات المصنع أو التجارة أو الصور أو الرموز المرتبطة بسلعة غذائية معينة، والموضوعة على كل تعبئة أو وثيقة أو لافتة أو بطاقة أو ختم أو طوق، تكون ملازمة لهذه السلعة الغذائية أو متعلقة بها".

2 - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 90-367. المؤرخ في 10/11/1992 المتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير لغذائية وعرضها، ج.ر، عدد 50

3 - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 90-366 .

4 - المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 90-367 .

5 - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 92-25 المؤرخ في 13/01/1992 المتعلق بشروط استعمال المواد المضافة إلى المنتجات الغذائية وكيفيات ذلك، ج.ر، عدد 05، سنة 1992.

6 - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-41 المؤرخ في 04/02/1992، المحدد لشروط إنتاج مواد التجميل والتنظيف البدني وتكليفها وتسويقها في السوق الوطنية وكيفيات ذلك، ج.ر، عدد 09، سنة 1992 .

7 - المرسوم التنفيذي رقم 13/378 المؤرخ في 09/11/2013، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، =

ويتخذ الوسم عدة صور كأن يكون عبارة عن مستندات أو نشرات ترفق مع المنتج أو بطاقات تلصق عليه أو بطبع البيانات على الغلاف الخارجي أو على دليل الاستعمال مع الإشارة بوجوده أو بحفرها على المبيع إن كان صلبا أو على عبوته إن كان من المواد الرخوة أو السائلة. على أنه وزيادة في فاعلية البيانات المدونة كتابة عن طريق الوسم وتيسيرا لفهما فإنه يفضل أن يزود المنتج أو البائع هذه البيانات برسومات تدل على معناها كتلك الدالة على قابلية المنتج للاشتعال أو الانفجار أو التسميم لأهمية هذه الأخيرة في حث انتباه المستهلك لذلك¹.

ب - دليل الاستعمال Catalogue

قد يتم إبرام العقد بين البائع والمشتري بطريقة مباشرة عندما يجمعهم مجلس عقد واحد، إلا أنه قد يستحيل أحيانا الاتصال المباشر بين البائع والمشتري ومن هنا تظهر الحاجة إلى إبرام العقد عن طريق المراسلة والذي أصبح واسع الانتشار بفعل التطورات الحاصلة في المجتمع. ويلجأ البائع في مثل هذه العقود إلى ما يسمى بدليل الاستعمال من أجل عرض منتوجه في هذا الدليل وبيان مواصفاته وخصائصه لحث المستهلك على اقتنائه².

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الوسيلة في المادة 03 من القرار المؤرخ في 1994/05/10 المتضمن كليات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات فنصت على أنه: "يجب أن ترفق المنتوجات المذكورة في الملحق الأول من هذا القرار بشهادة ضمان وبدليل استعمال"³.

كما نصت المادة 06 من نفس القرار على أنه: "يحرر دليل الإستعمال المنصوص عليه في المادة 03 من هذا القرار باللغة العربية وعند الإقتضاء بلغة أخرى يفهمها المستهلك. ويجب أن يحتوي هذا الدليل على وجه الخصوص المعلومات المتعلقة بما يلي: الرسم البياني الوظيفي للجهاز، التركيب والتنصيب والإشتغال و الإستعمال والصيانة،

= ج.ر عدد 58، 2013.

¹ - حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقهاء الإسلاميين، المكتب الفني للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 290.

² - عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، دراسة مقارنة، بدون ذكر دار النشر، سنة 2005، ص 366.

³ - ينظر الملحق الأول من القرار المؤرخ في 1994/05/10 المتضمن كليات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج. ر، عدد 35، سنة 1990.

التعليمات الأمنية، ويجب أن يتضمن الدليل كذلك صورة أو رسماً للنموذج المضمون.

وتتجلى أهمية هذا الأخير في البيوع التي يكون محلها منتجات تتسم بالتعقيد والتي يمكن أن ينطوي عن الخطأ في استعمالها العديد من المخاطر ومنها: المنتجات الكهربائية والكهرومنزلية، أجهزة التسخين، أجهزة تكييف الهواء، أجهزة الترفيه والتسلية والرياضة... إلخ مما يستوجب إرفاقها بدليل استعمال يبين الخصائص التقنية للمنتج وكذا طريقة استعماله والتبويضات والاحتياطات الواجب اتخاذها لتجنب أخطاره.

وفي الأخير يمكن القول أن الالتزام بالإعلام يعتبر خير تطبيق لمبدأ الوقاية خير من العلاج، مما يستوجب فرضه على عاتق أحد المتعاقدين المستقبلين لصالح الآخر¹. على أنه وإن كان المشرع قد تدخل صراحة لحماية المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً، عن فرضه لمجموعة التزامات والتي منها الالتزام بالإعلام، وأصبغ عليها وصف النظام العام الحمائي التشريعي، باعتبار عدم جواز مخالفتها. إلا أنه لا يجب أن نهمل الدور الذي يمكن أن يقوم به النظام العام القضائي، الذي يسمح من خلاله للقاضي بالتدخل لحماية الطرف الضعيف، وهذا ما سنفصله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

دور النظام العام الحمائي القضائي في حماية الطرف الضعيف

إن المستقر عليه فقها وقضاء حالياً أن المشرع ليس لوحده من يحدد ما يعتبر من النظام العام، بل أصبح القاضي يتدخل في هذا التحديد. ذلك أنه لو كان من الممكن أن يبين الشارع الحالات التي تمس النظام العام لكان من السهل عند قراءة نصوص القانون أن نضع قائمة بالحالات التي تتدخل فيها فكرة النظام العام. لكن الواقع يدل على استحالة ذلك.

وهكذا ففي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع بمقتضى نصوص يأخذ فيها مقتضى هذا التطور، تقع على القاضي مهمة تحقيق هذه الملائمة، فالقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذا النطاق، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة، وينقيد بالنظم والآداب السائدة في عصره ونظم أمته الأساسية، ومصالحها العامة، ولا يعول على معتقداته وآرائه الخاصة.

وعليه يمكن للقاضي أن يتدخل لحماية الطرف الضعيف، عن طريق السلطة التي منحها له المشرع من خلال القواعد العامة في القانون المدني (أولاً)، على أنه وفي حالة قصور

¹ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994. ص 106.

هذه القواعد وعدم كفايتها لتحقيق الحماية المنشودة، يمكنه أن يقوم بتطويع هذه القواعد العامة وجعلها أكثر انسجاما مع الغايات التي يصبوا النظام العام الحمائي لتحقيقها (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في تعديل العقد حماية للطرف الضعيف طبقا للقواعد العامة

طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني فإن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

لقد شبه المشرع من خلال هذا النص العقد في قوته الإلزامية بين المتعاقدين بالقانون، فلا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد والالتزامات التي رتبها عليه بإرادته المنفردة، كما لا يمكنه أيضا أن يدخل تعديلا على بنود العقد أو شروطه. فكما أن القانون هو من وضع المشرع، وله وحده دون غيره الحق في تعديله أو إلغائه. فكذا الأمر بالنسبة للعقد، فهو من وضع المتعاقدين عن طريق الاتفاق، فلا يمكن تعديله أو نقضه إلا من طرفهما معا، ولا يستقل أحدهما بنقضه أو تعديله بمفرده¹.

ولا يقتصر المنع من التدخل في العقد لتعديله أو نقضه على المتعاقدين فحسب، بل يشمل حتى القاضي، ولو كانت شروطه أو مضمونه في نظره غير عادلة². وهذا التوجه من قبل المشرع يعكس مدى تأثيره بمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، الذي يعد أصلا عاما في القانون المدني.

ومع ذلك فقد أجاز المشرع للقاضي استثناء، التدخل في العقد بنقضه أو تعديله، حماية للطرف الضعيف، وإرجاعا للتوازن العقدي فيه. وتتمثل هذه الحالات الاستثنائية خصوصا في: إنقاص التزامات المتعاقد المغبون في حالتي الغبن والاستغلال (I)، ومنح المدين المعسر أجلا للوفاء من خلال نظرية الميسرة (II)، ورد الالتزام المرهق إلى حده المعقول من خلال نظرية الظروف الطارئة (III). بالإضافة إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 374.

² - أكدت المحكمة العليا هذا التوجه في العديد من قراراتها ومنها القرار الذي جاء فيه: "لا يمكن للمقاول عند إبرام العقد بثمن جزافي طبقا لمخطط متفق عليه أن يطالب بأي زيادة في الثمن حتى ولو تمت تعديلات وإضافات في ذلك المخطط". المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 144112، بتاريخ 18/06/1997، المجلة القضائية، عدد 01، 1997، ص 21. وجاء في قرار آخر: "حيث انه لما كانت المادة 106 من القانون المدني تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين...ومن هنا كان على القضاة التقيد بالعقد المبرم بين طرفي النزاع والتأكد فيما إذا طرفيه التزما ببنوده من عدمها...". المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 693316، بتاريخ 12/01/2012، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012، ص 197.

الطرف المذعن منه، وسلطته أيضا في خفض التعويض الاتفاقي أو الشرط جزائي. وسنرجئ دراسة هاتين الحالتين الأخيرتين إلى المبحث الثاني من هذا الفصل عند دراسة الشروط التعسفية.

I - سلطة القاضي في رفع الغبن و الاستغلال

لقد اهتم الفقهاء والمشرعين بنظرية الاستغلال، نتيجة لعدم المساواة التي أفرزها التطور الحاصل في المجتمع، بحيث أصبح الطرف القوي في العقد، يستغل مركزه هذا، ويفرض شروطه على المتعاقد الضعيف. وقد اقترح الفقه لأجل معالجة ظاهرة الاختلال وعدم تعادل التزامات المتعاقدين، تصورين: أحدهما موضوعي، والآخر ذاتي.

فأما التصور الموضوعي، فيكون فيه عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يحصل عليه كافيا لإبطال العقد بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية والنفسية لكل متعاقد، فتعادل الالتزامات المتقابلة الذي يقوم عليه هذا التصور أولى من اتفاق الإرادتين، بحيث يقدم تعادل الأداءات على الحرية العقدية¹.

ويعاب على هذا التصور الذي يعتد بالتعادل الحقيقي للأداءات، صعوبة تطبيقه من حيث المشاكل الكبرى التي يواجهها الاقتصاديون بخصوص تحديد الأسعار².

أما التصور الذاتي، فيشترط أن يكون التفاوت الذي قد يوجد بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذًا لالتزامه والفائدة التي يتحصل عليها ناتجا عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة، واستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف من جهة أخرى. وهكذا فوفق هذا التصور يعتبر الغبن عيب في الرضا، ومن ثم فلا تناقض عندهم مع عدالة العقد التي يقولون بها³.

وقد كان لهذه التصورات الفقهية، الأثر البالغ على موقف مختلف التشريعات المقارنة، إذ أنها في غالبيتها لم تكتف بالأخذ بالتصور الموضوعي المجرّد كقاعدة عامة، وإنما اشترطت وجود الضعف النفسي أو الحاجة أو نقص التجربة وعدم الخبرة، كشرط أساسي لإمكانية التدخل وإعادة التوازن والتعادل للعقد⁴.

1 - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 214.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ص 357.

3 - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع نفسه، ص 214.

4 - ومن بين هذه التشريعات: التشريع الألماني إذ تنص المادة 138 منه على: "بطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه، على منافع مالية تزيد على قيمة

وبخصوص المشرع الجزائري فإنه قد سلك نفس التوجه الذي سلكته التشريعات الحديثة فأخذ بفكرة الاستغلال، مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن المادي بمقتضى نصوص متفرقة، وقد اعتبر المشرع الجزائري الاستغلال عيباً في الإرادة ينطبق على سائر التصرفات، وهذا ما يتبين من نص المادة 90 قانون مدني حيث يشترط لقيام الاستغلال عنصرين وهما: **العنصر المادي**، للاستغلال ويتحقق إذا كانت التزامات أحد الأطراف المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، ومعنى ذلك أن يكون هناك اختلالاً فاحشاً.

والعنصر النفسي، وهو عنصر مزدوج يقوم في جانب كلا الطرفين فهو بالنسبة لأحد الطرفين ضعف نفسي وبالنسبة للطرف الآخر الاستفادة من هذا الضعف، وضعف أحد الطرفين لأبد أن يكون واحد من أمرين: طيش بيب¹، أو هوى جامح². ومن هنا يتعين أن يكون العاقد المغبون قد تعاقد تحت تأثير الطيش البيب أو الهوى الجامح. فإذا توافرت عناصر الاستغلال كان للمغبون أن يطعن في العقد وله الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن وإزالة التفاوت. وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية، فإذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، فللقاضي في ضوء ملاسبات العقد، أن يقضي بالإبطال إذا رأى أنه أحسن وسيلة لرفع الغبن وإزالة التفاوت، وقد يكتفي بإنقاص التزامات المغبون وإبقاء العقد إذا تبين له أن إجراء الإنقاص كافي لرفعه. وقد أجاز المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 90 قانون مدني، للطرف الآخر أن يتوقى دعوى الإبطال، ويحافظ على استقرار العقد، إذ نصت على أنه: **"يجوز في عقود المعاوضة**

= = هذا الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل ما بين تلك المنافع وقيمة هذا الشيء". وكذا التشريع السويسري إذ تنص المادة 21 من قانون الالتزامات على أنه: "في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن عن استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة". وأما المشرع المصري فنص على هذه الحالة في المادة 129 من القانون المدني. وهذا النص قد أخذ منه المشرع الجزائري حرفياً تقريباً في المادة 90 من القانون المدني.

¹ - يقصد بالطيش البيب: "الحالة النفسية التي تعترى المتعاقد فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر ولا تفكير كاف". علي فيلالي، المرجع السابق، ص 222.

² - يقصد بالهوى الجامح: "الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتنتال من سلامة القرارات التي يتخذها، فميول النفس واشتهاؤها شيئاً معيناً، أو شخصاً معيناً يندفع معه المتعاقد المغبون ويسعى لتحقيق رغباته دون تبصر، ومهما كان الثمن، غير مبال بالأضرار التي تلحقه". علي فيلالي، المرجع السابق، ص 223.

أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي مناسباً".

أما في حالة الغبن المادي فقد أكد المشرع في نص المادة 91 قانون مدني على أن يراعي في تطبيق المادة 90 من ذات القانون، عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود. وهذه التطبيقات قد أوردها المشرع على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ولا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها، ومن ذلك الغبن في بيع العقار¹، والغبن في قسمة العقار².

ويلاحظ على مسلك المشرع في تنظيمه لنظرية الاستغلال، العديد من النقائص، أهمها: أنه حصر وضيق من نطاق حماية الطرف الضعيف، إذ قصره على من كان في حالة طيش بين أو هوى جامح فقط، بالرغم من وجود حالات ضعف أخرى تستدعي أيضا الحماية، كالحاجة، والسذاجة، وقلة الخبرة، أو ضعف الإدراك. كما يلاحظ أيضا قصر المدة التي منحه المشرع للمتعاقد المغبون، وهي سنة من يوم إبرام العقد، و تعتبر مدة قصيرة جدا.

II - سلطة القاضي في منح المدين المعسر أجلا للوفاء - نظرية الميسرة-

إن المشرع الجزائري وخروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بوجود تنفيذ الالتزام في الأجل المتفق عليه. أجاز للقاضي استثناء التدخل لمنح أحد أطراف العقد الذي يكون في وضع اقتصادي صعب أجلا معقولا للتنفيذ التزامه.

وقد نظم المشرع مسألة الأجل في ثلاث نصوص من القانون المدني، فنصت المادة 281 منه على أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام النهائي في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع بقاء جميع الأمور على حالها...".

كما نصت المادة 210 قانون مدني على أنه: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة والميسرة، عين القاضي مياعدا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك

¹ - تنص المادة 358 من القانون المدني على أنه: "إذا بيع عقار بغير غبن يزيد عن الخمس، فلبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل...".

² - تنص المادة 738 من القانون المدني على أنه: "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".

موارد المدين الحالية والمستقبلية، مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه". كما أجاز المشرع أيضا في دعوى الفسخ أن يمنح القاضي أجلا للتنفيذ طبقا للمادة 119 قانون مدني التي تقضي بأنه: "...ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف...". يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري قد أجاز صراحة للقاضي التدخل ومنح أجل للمدين المعسر نظرا لحالته الاقتصادية الصعبة، وهذه الحالات هي ما يطلق عليها الفقه بنظرية الميسرة¹، التي هي في أصلها مستنبطة من أحكام الفقه الإسلامي. وعلى العموم فإننا نكون أمام مسألة تدخل القاضي لمنح الأجل للمدين المعسر في القانون المدني، في حالات محددة قانونا لا يجوز التوسع فيها (أ)، متى توافرت مجموعة من الشروط (ب).

أ- حالات تدخل القاضي لمنح المدين المعسر أجلا للوفاء

بالرجوع إلى النصوص التي سبق ذكرها المتعلقة بالأجل، نجد أن هناك حالتين يجوز فيها للقاضي التدخل ومنح أجل للمدين المعسر وهما: حالة رفع دعوى للمطالبة بالتنفيذ (1)، أو بمناسبة رفع دعوى الفسخ (2).

1- سلطة القاضي في منح أجل للوفاء في دعوى التنفيذ

إن تدخل القاضي في منح أجل للوفاء في دعوى التنفيذ، يكون في فرضين: إما أن يكون تنفيذ الالتزام محدد بأجل معين متفق عليه مسبقا، وحلّ الأجل ولم يتمكن المدين من تنفيذ التزامه بسبب إعساره، وهذا ما قصدته المادة 281 قانون مدني. حيث يكون الهدف من تدخل القاضي هو منح أجل إضافي.

والفرض الثاني يكون في الحالة التي لا يتفق فيها الطرفين على أجل محدد للوفاء، ويتركب ذلك الأجل لمقدرة أو ميسرة المدين، وهو ما قصدته المادة 210 قانون مدني. وهنا يكون تدخل القاضي لتحديد أجل مناسب للتنفيذ.

¹ - تعرّف نظرية الميسرة على أنها: "أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة". ينظر في هذا التعريف: عبد القادر الفار، آثار الحق في القانون المدني الأردني، -أحكام الالتزام-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة 02، 1995، ص 36.

2- سلطة القاضي في منح أجل للتنفيذ في دعوى الفسخ

طبقا لنص المادة 119 قانون مدني، فإنه إذا كان العقد ملزما للجانبين، ولو يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته، جاز للمتعاقد الآخر الذي وفى بالتزامه أو أبدى استعداده لذلك، وبعد إعداره للمدين، إما أن يطلب التنفيذ أو فسخ العقد. فإذا طلب الدائن من القاضي إلزام المدين بالتنفيذ، هنا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ كما سبق بيانه في النقطة السابقة. أما إذا طلب الدائن فسخ العقد، فالفقه والقضاء متفق على أن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلبه، بل يكون من سلطته التقديرية أن يمنح للمدين المعسر أجلا للوفاء. ولو لم يطلب ذلك المدين المعسر. وهذا في الحقيقة يعد خروجاً عن قاعدة منع القاضي من تعديل العقد¹.

غير أن هذه السلطة التقديرية ينبغي عدم المبالغة فيها، فهناك حالات لا يجوز فيها منح الأجل، كما لو كان المدين ملزماً بالامتثال عن فعل وقام به، فهنا لا جدوى من منح الأجل، الذي يراعى في منحه دائماً حسن النية طبقاً لنص المادة 107 فقرة 01 قانون مدني في نصها: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية".

ب- شروط تدخل القاضي لمنح أجل للمدين المعسر

إن القاضي وسواء كان تدخله بمناسبة دعوى المطالبة بالتنفيذ، أو بمناسبة دعوى الفسخ، فإنه لا يمكنه أن يمنح للمدين المعسر أجلاً إلا إذا توافرت مجموعة شروط نوجزها فيما يلي:

- 1- أن لا يوجد مانع قانوني يمنع من تطبيق نظرية الميسرة أو منح الأجل، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 464 قانون تجاري: "...ولا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426، و438 من هذا القانون". وهذا يدل صراحة على أن منح الأجل حالة استثنائية، والاستثناء لا يكون إلا بنص، يأخذ به ولا القياس فيه.
- 2- أن تكون الحالة الاقتصادية أو الظروف المادية للمدين تستدعي ذلك، نظراً لوجود في عسرة مؤقتة، أما إذا كانت عسرته دائمة فلا أهمية من منحه أجل للوفاء².

¹ - ينظر: بلعور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 183 وما بعدها.

² - عبد القدر الفار، المرجع السابق، ص 37.

3- أن لا يلحق الدائن من منح الأجل ضرار جسيما، إذ ليس من العدل التيسير على المدين وإلحاق الضرر بالدائن، فتجب هنا الموازنة بين المصلحة التي ستتحقق من منح الأجل القضائي للمدين، والضرر الذي سيلحق الدائن من هذا الأجل، بحيث يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف¹.

4- أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي معقولا، يقاس في ضوء ما هو ضروري لتمكين المدين من الوفاء، فالضرورة كما يقول الفقهاء تقدر بقدرها. ويجوز هنا للقاضي أن يمنح آجالا متعاقبة، كأن يقسّم الدين على أقساط يأخذ في تقدير مواعيدها ومقاديرها قدرة المدين على الوفاء².

5- أن لا تتجاوز مدة الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين المعسر سنة، وهذا طبقا لنص المادة 281 قانون مدني بنصها: "...دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة...". ويثار هنا التساؤل حول ما إذا كانت هذه المدة، كشرط عام في منح الأجل، ومن ثم تسري أيضا على الأجل الذي يمنحه القاضي بصد دعوى الفسخ طبقا لنص المادة 119 قانون مدني، أم أنها تطبق فقط على الأجل الممنوح طبقا لنص المادتين 281 و 210 قانون مدني³.

والذي يبدو أن هذه المدة تشترط فقط في دعوى التنفيذ إذا حل الأجل طبقا للمادتين 281 و 210 قانون مدني، ولا تطبق على الأجل الممنوح في دعوى الفسخ طبقا للمادة 119 قانون مدني. ذلك أن هذا النص الأخير لم يقيّد الأجل بمدة زمنية معينة، وإنما تركه للقاضي الذي يحدده حسب الظروف هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن نص المادة 119 قانون مدني لا يتعلق بالنظام العام⁴ بحيث يجوز

¹ - بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم

الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص 377

² - وفيق علي المقابلة، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1994، ص 127. مقتبس عن: بوكماش محمد المرجع السابق، ص 287.

³ - يرى الأستاذ بلحاج العربي بأن تدخل القاضي لمنح أجل في دعوى الفسخ طبقا لنص المادة 119 قانون مدني، ما هو إلا حالة تطبيقية للقاعدة العامة الواردة في المادة 281 قانون مدني. ينظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 311. بينما يرى الأستاذ بلعبور عبد الكريم أن الأجل الممنوح طبقا للمادة 119 لا علاقة له بالأجل الممنوح طبقا للمادة 281. ينظر: بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 180.

⁴ - وهو ما يذهب إليه أيضا بعض من الفقهاء الجزائريين ومنهم: الأستاذ علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، هامش 03، ص 461.

للمتعاقدين أن يتفقا على فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة للإعذار أو لتدخل القاضي، وهنا لا يمكن للقاضي أن يمنح أجلا للمدين. في حين أن منح الأجل وفقا لنص المادة 281 تتعلق بالنظام العام الحمائي، ولا يجوز إسقاطه مسبقا.

III - سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول - نظرية الظروف الطارئة -

الأصل طبقا للقواعد العامة أنه إذا توافرت للعقد أركانه وشروط صحته، بأن صدر ممن هو أهل له، منصباً على محل قابل لحكمه، وباعت مشروع في غرضه، ولم يشب إرادة العاقدين عيب يفسده، فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً مرتباً لآثاره.

ومن ثم فقد وجب تنفيذه طبقا لنص المادة 107 قانون مدني التي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

فمن المفروض في نظر المشرع أن إعطاء الحرية لأطراف العقد في مرحلة إبرامه، كاف لأن يحقق العدالة والتوازن العقدي بين مصالحهم. حتى ما إذا وقع اختلال وتفاوت، كانت نظرية الاستغلال كأصل عام، والغبن كحل خاص كفيلة بإعادة هذا التوازن المفقود.

أما إذا حصل هذا الاختلال في مرحلة تنفيذه، فالأصل أن يتم تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، إلا إذا كان العقد متراخيا في تنفيذه، وطرأت حوادث استثنائية عامة، جعلت تنفيذه مرهقا، فهنا واستثناء من القاعدة يجوز التدخل لرفع هذا الاختلال، ورد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، ويطلق الفقه على هذه الحالة الاستثنائية "نظرية الظروف الطارئة". ولتسليط الضوء على هذه النظرية يجب بداية تحديد شروطها (أ)، ثم كيفية التدخل القاضي لمراجع العقد وإعادة التوازن فيها (ب).

أ- شروط تدخل القاضي لرد الالتزام لحده المعقول في نظرية الظروف الطارئة

تنص المادة 107 فقرة 03 قانون مدني على أنه: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عامة وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يتضح من خلال هذه النص، أنه يجب على القاضي حتى يتدخل لرد الالتزام المرهق لحد المعقول، أن يتأكد من توفر ثلاثة شروط وهي:

1- أن يكون العقد متراخي التنفيذ

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط، إلا أن بعض الفقهاء يرون أنه لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ما لم يكن العقد متراخيا في تنفيذه، أي أن يكون من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة زمنية معينة، سواء كان العقد زمنيا، أو عقد فوريا مؤجل التنفيذ. ذلك أن هذه النظرية تتطلب وقوع حوادث استثنائية في الفترة ما بين الإبرام والتنفيذ، فإذا كان العقد قد نشأ ونفذت التزاماته فورا، فلا مجال لوقوع حوادث استثنائية¹.

2- أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع

الحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف لكون نادر الوقوع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية، كالفيضان، والوباء والزلازل، والحرب². وقد توسع الفقهاء فيه ليشمل أنواعا أخرى لم تكن معروفة من قبل، كانتشار الإشعاع الذري وتلوث البيئة وانتشار الغازات السامة³. وتتسبب الاستثنائية للحادث نفسه، كما قد تتسبب أيضا لآثار الحادث، الذي قد يكون في ذاته مألوفا إلا أن آثاره تخرج عما هو معتاد، كالارتفاع الباهظ للأسعار نتيجة تغير القوانين⁴. ويشترط في هذا الحادث الاستثنائي أن يكون عاما، أي أن يمس كافة الناس، أو على الأقل فئة منهم، ولا يخص المتعاقد وحده، كإفلاسه أو إتلاف ممتلكاته. وهنا يجب التمييز بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، فهذه الأخيرة وإن كانت حادث استثنائي إلا أنها ليست عامة. ويعيب بعض الفقه على شرط العمومية أنه وسيلة لتضييق مجال نظرية الظروف الطارئة، فهو شرط لا أصل له في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي لهذه النظرية، فضلا عن أنه يتنافى مع الهدف من تشريع هذه النظرية وهو إعادة العدالة العقدية برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁵.

¹ - ينظر في الخلاف الفقهي حول هذا الشرط: علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 396.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 99.

³ - عال مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001، ص 68.

⁴ - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 397.

⁵ - شارف بن يحيى، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،

كما يشترط في الحادث الاستثنائي أيضا أن يكون غير متوقع، ويكون كذلك إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه وقت إبرام العقد، ويترتب على ذلك أن يكون الحادث مما لا يستطيع دفعه أو تحاشيه، فإذا كان في وسع المدين أن يدرأه أو يتغلب عليه، فيتحمل حينئذ وزره¹.

3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا

يشترط في الحادث الاستثنائي العام المفاجئ أن يجعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقا، ومعنى ذلك أن يهدده بخسارة فادحة. فإذا أصبح التنفيذ مستحيلا نكون حينها أمام قوة قاهرة، وينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه طبقا لنص المادة 307 قانون مدني².

ولم يعين المشرع مقدارا حسابيا للإرهاق، بل اكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة، وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتحديد مدى فداحة هذه الخسارة، وفي هذا الصدد هناك معيارين لتقدير الإرهاق، فإما أن يقدر في ظل ثروة المدين وهذا معيار ذاتي، وإما أن يقدر في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة المتعاقدين وهذا معيار موضوعي³، والذي يبدو أن هذا المعيار الأخير هو الذي يجب على القضاء الأخذ به.

ب- كيفية تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق للحد المعقول

تجب الإشارة بداية إلى أن تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق لحد المعقول هي مسألة متعلقة بالنظام العام الحمائي، ولذلك فإن المشرع قد أبطل كل اتفاق يخالف ذلك. أما استعماله لعبارة "جاز"، فلا يقصد بها إمكانية التدخل من عدمه، بل تعني فقط منحه سلطة تقديرية في كيفية رد الإلزام المرهق إلى الحد المعقول.

وفي هذا المجال فإن القاضي وهو بصدد رد الالتزام المرهق لحد المعقول، وجب عليه أن يراعي ظروف وملابسات الظرف الطارئ، وان يأخذ مصلحة كلا الطرفين بعين الاعتبار، أي يقوم بعملية الموازنة لأجل رفع الإرهاق من جهة، مع المحافظة على توازن العقد من جهة أخرى.

= = مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة شلف، عدد 04، 2010، ص 51-52.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ص 721-722.

² - تنص المادة 307 قانون مدني على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

³ - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 400.

وتتم إزالة الإرهاق إما بإنقاص التزامات الطرف المرهق، كأن يعمد القاضي إلى إنقاص الثمن، أو بزيادة التزامات الطرف الثاني¹، كما قد يقوم القاضي بوقف التنفيذ لحين زوال الظرف الطارئ. ويرى جانب من الفقه إمكانية فسخ العقد إذا كان هو الوسيلة الوحيد لرفع الإرهاق².

ثانيا: تطويع النظام العام الحمائي القضائي للقواعد العامة حماية للطرف الضعيف

إن الحالات التي سبقت الإشارة إليها، والتي تجيز للقاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف اقتصاديا في العقد، تبقى حالات استثنائية واردة على سبيل الحصر، بشروط محددة، ولا يجوز التوسع فيها.

ونظرا لتزايد ظاهرة الاختلالات في العقود خصوصا في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، وأمام عدم معالجة القواعد العامة لها صراحة، فإنه أصبح من واجب القضاء تطويعها لأجل تقرير حماية كافية، ومن ذلك: تيسير إبطال العقد من خلال التوسع في عيوب الإرادة (I)، كما أن قصور القواعد التقليدية جعلت القضاء يعمد إلى تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي (II). وكذا تطويع قواعد المسؤولية العقدية (III)، إلى أن استجاب المشرع الجزائري وأقر لنظام خاص لمسؤولية المنتج حماية للمستهلك (IV).

I- تيسير إبطال العقد من خلال التوسع في مفهوم عيوب الإرادة

يكون العقد قابلا للإبطال إذا طرأ على إرادة المتعاقد عيب من عيوب الإرادة، كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال، وسنقتصر في هذا المقام على عيبي الغلط والتدليس، ذلك أن عدم تقديم بيانات وتحذيرات دقيقة قد يوقع المتعاقد معه في غلط حول خصائص المبيع الجوهرية ومحاذير استعماله (أ)، كما قد يكون هذا الإخلال نتيجة لتدليس قام به البائع عن طريق كتمان أحد البيانات الضرورية أو التحذيرات اللازمة لتجنب المخاطر المرتبطة باستعمال الشيء المبيع أو بحيازته (ب). ولتحقيق الغرض منهما فقد توسع الفقه والقضاء في مفهوم هذين العيبيين على ما سنفصله فيما سيأتي:

¹ - جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "...لما أقر قضاة الموضوع زيادة نسبة 10 % من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد، فإنه كان لا بد على القضاة مراعاة إمكانية تعديل العقد طبقا للمادة 107 فقرة 03، وذلك في حالة إذا تعلق الأمر بتنفيذ التزام ملقى على أحد أطراف العقد وأن يكون مهدد بخسارة فادحة نتيجة ارتفاع الأسعار". قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، عدد خاص، 1999، ص 95.

² - ينظر في تفصيل أكثر لسلطة القاضي في إزالة الإرهاق: بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 259 وما بعدها.

أ- التوسع في مفهوم عيب الغلط

نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"، كما تقرر المادة 82 بأنه: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ إذا حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويكون الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية...".

يتضح من خلال المواد 81 و 82 أنه يجب لإبطال العقد أن يقع المتعاقد في غلط جوهري، والمراد بالغلط الجوهري ذلك الذي يبلغ في تقدير المتعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لأمتنع عن إبرام العقد، ويؤدي القضاء تساهلا كبيرا في قبول الغلط في العقود التي تتم بين المحترفين وبين غير المحترفين، خصوصا وأن بنود هذه العقود يتم تحريرها بواسطة شخص محترف ويمكن اعتبارها من عقود الإذعان بالمفهوم الواسع لهذه العقود¹.

ف نظرا لما أصبحت تتمتع به المنتجات الصناعية من مخاطر ومن خصائص ذاتية ومعقدة من جهة، ولما يوليه المشتري لمن يتعاقد معه من ثقة فائقة يوجبه حسن النية من جهة أخرى، الأمر الذي دفع بالقضاء و الفقه الفرنسيين على وجه الخصوص إلى التوسع في مفهوم الغلط حول الصفة الجوهرية للمبيع إذ للمشتري حق إبطال العقد إذا لم يحصل على الفائدة التي كان يرجوها من إبرامه، كأن يكون المبيع لا يتلاءم وحاجيات المشتري أو ينطوي استعماله على مخاطر قد تحد من استغلاله في الغرض المخصص له².

ذلك أن تقصير المنتج أو البائع في بيان مواصفات الشيء المبيع، يعتبره القضاء سببا في وقوع المتعاقد في غلط في صفات الشيء، بل أكثر من ذلك فقد اعتبر القضاء الفرنسي أن هذا الغلط يعد غلطا مانعا من التعاقد³، كما أن القضاء يسر للمشتري الأخير التمسك بالغلط لإبطال العقد المبرم مع منتج سلعة إذا تعلق الغلط بكفاءة السلعة على تأدية الغرض الذي استهدفه المشتري منها⁴.

¹ - مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص 1056 وما بعدها. مشار إليه عند: علي فتاك، المرجع السابق، ص 123.

² حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 340.

³ - Cass. civ. Re, 28 Nov 1973, R.T.D.Civ, 1975. p. 702, obs, loussouarn.

⁴ - CA.Paris, 5ème, 23 janv 1975, Juris-Data n°488.

ب- التوسع في مفهوم عيب التدليس

تنص المادة 86 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"، كما نصت الفقرة 02 من نفس المادة على أنه: "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة".

وواضح من هاتين الفقرتين أن التدليس يكون باستعمال طرق احتيالية، وتتخذ هذه الطرق صورتين، إحداهما إيجابية تتمثل في تقديم بيانات ومعلومات مخالفة للحقيقة، بقصد تضليل الشخص الذي يقدم على التعاقد، وقد تتخذ هذه الطرق الاحتيالية صورة سلبية، تتمثل في سكوت المدين عن الإدلاء بالبيانات المتعلقة باستعمال الشيء المبيع، والتحذير من المخاطر المرتبطة باستعماله، أو بكتمان بعضها.

على أنه و في ظل التطور التكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع، أصبحت مشكلة السكوت أو كتمان البيانات المتعلقة بالعقود تأخذ أبعادا هامة، وذلك في ضوء تقرير حق المقبل على التعاقد في الإلمام بهذه المعلومات، بصورة أو بأخرى، وخاصة عندما يكون أحد المتعاقدين محترفا وملما بجميع جوانب هذا التعاقد وملابساته¹.

والأصل أن لا يعتبر الكتمان تدليسا ما لم تصاحبه نية التضليل، إلا أن هناك إتجاها في الفقه الفرنسي ذهب إلى أن الكتمان يعتبر تدليسا، إذا كان المتعاقد ملتزما بواجب الإدلاء للمتعاقد الآخر بالبيانات والمعلومات والتحذيرات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، دون حاجة لإثبات توافر القصد ونية التضليل، أي حتى ولو كان إخلال المدين وسكوته عن الإدلاء بالبيانات الضرورية ناشئا عن مجرد إهمال أو سهو وليس بقصد التضليل².

II- تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي

إن من العسير الإدعاء بأن واضعي التقنين المدني الفرنسي والجزائري بالتبعية، قد قصدوا أن تكون نصوصه الخاصة بضمان العيوب الخفية في عقد البيع أساسا لتعويض ما

1 - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 171.

2 - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 351.

يلحق المشتري من أضرار في نفسه أو في أمواله، فبساطة المنتجات التي كانت معروفة وقت وضع التقنين كانت تجعل أثر العيب يقتصر على إنقاص قيمة المبيع أو فائدته¹، ولم يكن باستطاعة واضعي التقنين أن يتصوروا ما سيسفر عنه التطور الصناعي في المستقبل من منتجات تجمع في آن واحد بين الفعالية والخطورة. ولذلك عندما طلب من المحاكم تعويض هذه الأضرار أدركت عجز النصوص القانونية الخاصة بضمان العيب الخفي عن النهوض بهذه المهمة². لذلك سعى القضاء الفرنسي إلى تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي لجعلها تتماشى والمستجدات الحاصلة في المجتمع وكان ذلك بترسيخ مجموعة من الحلول نذكر أهمها:

أ- التوسع في تحديد أصحاب الحق في التمسك بدعوى ضمان العيب الخفي

فلم يعد ذلك قاصرا على المشتري المباشر فقط، وإنما استقر الفقه والقضاء في فرنسا على انتقال الحق في رفع هذه الدعوى إلى المشتري الأخير، لتصبح له في مواجهة المنتج دعوى مباشرة بشأن ضمان عيوب السلعة وما ينجم عنها من أضرار، كما اعترف بهذا الحق كذلك لأفراد أسرة المشتري الذين يتضررون من جراء هذه السلعة.

ب- التوسع في تحديد مفهوم عدم الصلاحية للاستعمال

فأصبح يكفي إثبات أن الشيء المبيع غير صالح للاستعمال في الغرض الذي أعد من أجله حتى تقوم مسؤولية المنتج عن الضمان، بالإضافة إلى عدم وضع معيار لتحديد المقصود بصلاحية المبيع للاستعمال، وكان ذلك مبررا للتوسع في نطاق أعمال ضمان العيوب الخفية، مما دفع البعض للمطالبة بتحديد المجال الذي يمكن قبول امتداد دعوى ضمان العيوب إليه، وحصره في الحالات التي يكون العقد قد تضمن الاتفاق على هذا الغرض صراحة أو ضمنا³.

ج- اتجاه القضاء الفرنسي نحو جعل تخلف الصفة الموعود بها عيبا من عيوب المبيع

فقد اعتبر القضاء الفرنسي⁴ تخلف الصفة الموعود بها من قبيل العيب الموجب للضمان، وبرر هذا الموقف استنادا إلى أن تخلف الصفة الموعود بها لا يعد عيبا في حد ذاته

1 - علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 38.

2 - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 216 و 219.

3 - علي فتاك، المرجع السابق، ص 82 وما بعدها.

4 - في قضية تتلخص وقائعها في أن أحد الأجهزة الكهربائية انفجر في وجه أحد المشتريين أثناء استخدامه له بالرغم من أن

وإنما إلى ما يؤدي إليه من التأثير على وجهة استعمال الشيء وما ينشأ عن ذلك من أضرار للمشتري¹.

د- تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع

اتجهت المحاكم الفرنسية إلى تفسير نصوص القانون المدني على وجه يزيل التفرقة بين البائع حسن النية والبائع سيء النية، فاستندت إلى نص المادة 1645 مدني، وذلك عن طريق تشبيه البائع المحترف، الذي لا يمكن أن يجهل عيوب ما يصنع أو يبيع، بالبائع سيء النية. ومن ثم يكون مسؤولاً عن عيوب المنتجات التي يقوم ببيعها ولو كان لا يعلم بهذه العيوب². كما أن المشرع الجزائري كذلك يفترض علم المنتج أو البائع المهني بعيوب المنتج أو السلعة التي يعرضها ومن ذلك ما جاء في نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 التي نصت على أنه: "يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له و/أو من أي خطر ينطوي عليه..."³.

هـ- تدخل القضاء لتحديد الأجل القصير المنصوص عليه في المادة 1648 من القانون المدني

اختلف الفقه والقضاء في تحديد بدأ سريان المهلة المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها المادة 386 من القانون المدني الجزائري، فمنهم من ذهب إلى أن هذه المهلة تبدأ من تاريخ إبرام العقد، ومنهم من رأى تحديدها بتاريخ التسليم، ومنهم من ذهب إلى اعتماد تاريخ الكشف عن العيب قياساً على دعوى الإبطال للغلط أو التدليس⁴. في حين يذهب الرأي الراجح إلى سريان هذه المهلة من تاريخ العلم الحقيقي للمشتري

== المنتج كان قد أوضح في الإعلانات الترويجية له، وفي ملحقات التعاقد الخاصة به، أنه مصمم بشكل يحول دون تفجر أو احتراقه الذاتي، وانتهت محكمة النقض إلى إلزام المنتج بالتعويض مطبقة أحكام ضمان العيب الخفي.

- Civ. 1^{er}, 21mars 1962 (Bull. Civ. I, n° 174, P.154).

مقتبس عن : علي فتاك، المرجع السابق، ص 87.

¹ - حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 37.

² - في تفصيل مبدأ التشبيه ينظر: جابر محجوب علي، القسم الأول، المرجع السابق، ص 221 وما بعدها.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج.ر، عدد 40، سنة 1990.

⁴ - Ghestin (J), conformité et garanties dans la vente, LGDJ 1983, p.33.

بالعيب¹، أو الاكتشاف الفعلي للعيب²، والذي قد يتأتى من تقرير خبرة الخبير³.

و- استجابة المشرع و إقراره للالتزام بالسلامة

إن الجهود التي بذلها القضاء الفرنسي، في توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك، وذلك بخروجه عن القواعد العامة في القانون المدني وتطوير أحكامها لهذا الغرض، ومن ذلك تطوير قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي، والتوسع في مفهوم العيب، أدى بالمشرع الفرنسي إلى إقرار وفرض التزام مستقل وهو الالتزام بالسلامة. ولم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن التطورات بحيث نجده قد فرض هذا الالتزام بموجب القانون رقم 02/89 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى، في المادة الثانية منه بقولها: " كل منتج سواء كان شيئاً مادياً أو خدمة، مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية". ونص على عناصر تقدير السلامة بموجب المادة الثالثة منه.

وبعد إلغاء القانون رقم 02/89 بموجب القانون 03/09، زاد اهتمام المشرع بهذا الالتزام، بحيث خصص له فصلاً مستقلاً بعنوان: " الفصل الثاني - إلزامية أمن المنتجات -"، بحيث نص في المادة 09 منه على أنه: " يجب ان تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وان لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

III- التوسيع من نطاق تطبيق المسؤولية العقدية

إن الفقه والقضاء وسعياً لتوفير أكبر قدر من الحماية للمضرور، وتمكينه من الحصول على التعويض، لم يقف عند القواعد التقليدية لهذه المسؤولية، وإنما وسع من مجال تطبيقها،

= = et voir aussi : Zennaki (D)., vice cache et défaut de conformité, in séminaire international intitulé " consommation et concurrence en droit algérien" organisé par université de Tlemcen ,14-15 avr 2001, p. 43.

¹ - Com ., 21 décembre 1971 , D.1972 ,som .p112 .

² - Com .18 février 1974, JCP ,74 .II .p17798 .

³ - Civ .1^{er} ,11 janvier1989, RTD Com .1989.p711 .obs. B.Bouloc.

- ينظر في هذا الصدد : بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع،

القاهرة، ط 01، 2005، ص 71

سواء من حيث تمكين المضرور من الرجوع مباشرة على المنتج أو الصانع بالرغم من عدم وجود علاقة عقدية مباشرة بينهما (أ)، أو مد التعويض ليشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع أيضا (ب)، وعدم جواز التمسك بشروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية لمخالفتها للنظام العام (ج) .

أ- حق المشتري الأخير في الرجوع مباشرة على المنتج بدعوى المسؤولية العقدية

إن المشتري الأخير وإعمالاً لمبدأ نسبية العقد لا يمكنه الرجوع بدعوى المسؤولية العقدية إلا على البائع المباشر، إلا أن هذا الرجوع من شأنه أن يقلل من فرصه في الحصول على التعويض في الحالات التي لا يكون فيها هذا البائع المباشر موسراً، في حين يكون المنتج هو الأقدر على تحمل أعباء الضرر بما له من قدرة مالية وإمكانيات لتحمل أعباء التأمين من هذه المسؤولية¹.

كما أن الرجوع على البائع المنتج بدعوى المسؤولية التقصيرية، تحوط به صعوبات كثيرة، ومن أهمها التزام المضرور بإثبات الخطأ التقصيري للبائع المنتج استقلالاً عن خطئه التعاقدية، ويحرم بذلك المشتري الأخير من قرينه افتراض علم البائع المنتج بعيوب الشيء المباع ومخاطره².

ونظراً لهذا القصور، فقد استقر القضاء الفرنسي مدعوماً من الفقه، على تمكين المشتريين المتعاقبين من الرجوع مباشرة على البائعين السابقين وصولاً إلى البائع المنتج، رغبة في تمكين المضرور من الحصول على حقه في التعويض في إطار توجهات حماية المستهلك التي تسود النظم القانونية المعاصرة، إلا أن آراء الفقه قد اختلفت حول الأساس الذي بموجبه يمكن تبرير هذا الحق الممنوح للمشتري الأخير في الرجوع مباشرة على البائع المنتج برغم عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة بينهما، فهناك من يندأ على أساس فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، وهناك من يؤسسها على فكرة حوالة الحق، بينما أسسها البعض على فكرة الوكالة أو النيابة، في حين استند غالبية الفقه على فكرة ملحقات المبيع³.

هذا وبخصوص موقف المشرع الجزائري فإنه لم يورد نصاً مقابلاً لنص المادة 1615

1 - علي فتاك، المرجع السابق، ص 76.

2 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 12.

3 - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 121 و 122.

من القانون المدني الفرنسي، على عكس القانون المدني المصري الذي نص على ذلك في المادة 432 منه: "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع أو كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين".

ب- امتداد نطاق المسؤولية العقدية إلى التعويض عن الضرر غير المتوقع

إن التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية يمكن أن يشمل الضرر غير المتوقع أيضاً، وذلك في حالة ثبوت خطأ جسيم في جانب المسئول، ومن ثم فإن كتمان البائع المنتج وعدم إعلامه و تحذيره المشتري مما يكتنف الشيء المبيع من مخاطر، وما قد ينجم عنه من أضرار، يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم، وخاصة وأن هذا قد يؤدي إلى وقوع أضرار مادية وجسدية جسيمة في ظل تعقد المنتجات وكثرة مخاطرها¹. بل أكثر من ذلك أصبح القضاء في فرنسا يتجه إلى إقامة مسؤولية المهني بغض النظر عن جسامه الخطأ الذي ارتكبه².

ج- عدم جواز التمسك بشروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية لمخالفته للنظام العام

إن شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية لا يجوز التمسك بها في نطاق المسؤولية التقصيرية دون العقدية، إلا أنه ونظراً للأضرار البالغة التي أضحت تسببها المنتجات وخصوصاً الجسدية منها، فإنه ووفقاً للرأي الراجح لدى شراح القانون المدني تعتبر هذه الشروط باطلة حتى ولو كنا أمام مسؤولية عقدية، لأن سلامة وصحة الأشخاص تتعلق بالنظام العام³. كما أن المشرع الفرنسي وفي ظل قانون 78-23⁴ المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين، نص على بطلان مثل هذه الشروط لأنها تضر بمصالح المستهلكين وخاصة في تعاملاتهم مع المحترفين، واعتبر هذه الشروط تعسفية وذلك في المادة 35 من هذا القانون.

وهو نفس الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد إعتبر أن مثل هذه الشروط باطلة، وذلك من خلال نص المادة 13 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي

¹ - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 422.

² - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 131 و132.

³ ينظر: محمود جمال الدين زكي، إتفاقات المسؤولية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 30، مارس 1960، العدد 03، فقرة 60، ص 560، 561.

⁴ - قانون رقم 78-23 المؤرخ في 10/01/1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين.

جاء فيها: "... يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون مصاريف إضافية، يعتبر باطلاً كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة " .

IV- تدخل المشرع لإقرار نظام خاص لمسؤولية المنتج حماية للمستهلك

بناء على كل ما سبق بيانه يتضح بأن غالبية الفقه والقضاء وبالخصوص الفرنسي، ووسعياً لتوفير أكبر قدر من الحماية للمشتري، وتمكينه من الحصول على التعويض، لم يقفوا عند القواعد التقليدية لهذه المسؤولية، وإنما وسّعوا من مجال تطبيقها، سواء من حيث تمكين المضرور من الرجوع مباشرة على البائع المنتج بالرغم من عدم وجود علاقة عقدية مباشرة بينهما، أو مد التعويض ليشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع أيضاً، وإلغاء أي تفرقة بين التحذيرات السابقة على التعاقد وتلك المقدمة بعد إبرام العقد من حيث طبيعة المسؤولية، كما عبّر عن ذلك الأستاذ أحمد محمد الرفاعي بأن هذه ليست المرة الأولى التي تتسع فيها الدائرة العقدية لتشمل أخطاء سابقة على التعاقد أدخل على إثرها القضاء مثل تلك البيانات في النطاق العقدي¹.

واعتماداً على هذا يمكن القول أن هذا التوسع في نطاق المسؤولية يسير بها إلى اعتبارها مسؤولية موضوعية، مفادها افتراض الخطأ في جانب المدين، وقد تنافى هذا الاتجاه الرامي إلى جعل هذه المسؤولية موضوعية، لا يعتد فيها بالخطأ الشخصي، وتجسد صراحة من خلال تقرير مسؤولية المنتج، وسنعرض لهذا النظام الخاص بداية في التشريع الفرنسي (أ)، ثم نعرض لموقف المشرع الجزائري (ب).

أ- نظام مسؤولية المنتج في التشريع الفرنسي

كانت البداية بتاريخ 25 جويلية 1985 حين أصدر الإتحاد الأوروبي التعلية المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة²، والتي قامت جميع دول الإتحاد الأوروبي بإدخالها في قوانينها الداخلية، باستثناء فرنسا التي لم تقم بنقلها إلا في سنة 1998 بموجب قانون 19 ماي

1 - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 187.

2 - التوجيه الأوروبي رقم 85-374 الصادر عن البرلمان الأوروبي، والمصادق عليه بتاريخ 30/07/1985. وقد أعطت

المادة 19 منه للدول الأعضاء مهلة 03 سنوات من تاريخ التصديق عليه، لإدخال نصوصه في تشريعاتها الوطنية، ينظر:

-Viney(G), l'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985.D. 1998
-Ghestin(J), de la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi 19 mai 1998. J.C.P. 1998. doc. I 148.

1998 الذي تضمنته المواد من 1-1386 إلى 18-1386 من القانون المدني الفرنسي بعنوان: " في المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة"

ويتميز هذا النظام الجديد بثلاث خصائص رئيسية، فهو من ناحية أولى يعتبر نظاما موحدا للمسؤولية، يتم تطبيقه على جميع المضرورين من عيوب المنتوجات، بغض النظر عن طبيعة علاقتهم بالمنتج سواء كانت تعاقدية أو ليست كذلك، فقد نبذ التفرقة التقليدية بين ما إذا كان يوجد عقد أم لا وهذا من خلال نص المادة 1-1386 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه: "المنتج يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في المنتج، سواء كان يربطه بالمضروور عقد أم لا". أما عن الخاصية الثانية لهذا النظام فهي أنه قد أسس لمسؤولية موضوعية تقوم بمجرد حدوث ضرر منسوب للعيب في السلعة دون إثبات خطأ المنتج، و من ثم فهذا النظام أحل المسؤولية القائمة على إثبات عيوب المنتوجات محل المسؤولية القائمة على إثبات خطأ المنتج، وهذا ما جاء في حيثيات التوجيه الأوروبي: "وأخذا في الاعتبار أن المسؤولية التي لا تقوم على إثبات الخطأ هي وحدها التي تسمح بحل المشكلة بشكل عادل مناسب لظروف وقتنا الراهن وتطور التقنيات مع إتاحة السبل أمام توزيع المخاطر الكامنة في المنتجات الحديثة"¹.

أما عن الخاصية الثالثة فإن هذا النظام الجديد للمسؤولية لا يقصي الأنظمة السابقة، وإنما يتعايش معها، وبناء على ذلك يجوز للشخص المتضرر من فعل منتج ما أن يختار بين هذا النظام الجديد وبين ما كان سائدا قبل.

ب- نظام مسؤولية المنتج في التشريع الجزائري

كان يجب الانتظار حتى سنة 2005² حتى يتدارك المشرع الجزائري النقص القائم بخصوص المسؤولية عن المنتجات المعيبة، فلجأ المشرع إلى القانون المدني الفرنسي محاولا اقتباس أحكامها، وعلى الرغم من هذه الخطوة الإيجابية التي خطاها المشرع الجزائري نحو اعترافه بمسؤولية موضوعية للمنتج³، إلا أنه اقتصر على مادة واحدة فقط أقرت مبدأ عاما دون

¹ - ينظر: ولد عمر الطيب، ضمان عيوب المنتج، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، 2006، هامش رقم 06، ص 96.

² حيث صدر القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ ينظر: علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 278.

تفصيله كما هو عليه الحال في فرنسا، فنصت المادة 140 مكرر فقرة 01 من القانون المدني الجزائري والتي جاءت مطابقة للمادة 1386-1 من القانون الفرنسي على أنه: " **يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية**". وقد محا هذا النص كل تمييز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية عن فعل المنتجات المعيبة، بحيث تكون حماية المضرور بنفس الطريقة، سواء كان متعاقدًا أو غير متعاقد مع المدعى عليه.

ويقوم هذا النظام الخاص لمسؤولية البائع المنتج في التشريع الجزائري على إثبات **وجود العيب** في المنتج دون حاجة لإثبات **خطأ المنتج**، أي أنه تبنى معياراً موضوعياً يتمثل في وجود العيب، بدل المعيار الشخصي الذي يركز على الخطأ الشخصي للمنتج. ويكون المنتج معيباً في التشريع الجزائري إذا كان لا يستجيب للطلبات المشروعة للمستهلك على نحو ما فصلته المادة 09 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹، وعلى هذا يمكن القول بأن معيار الرغبة المشروعة للمستهلك الذي تبناه المشرع الجزائري من شأنه أن يوسع في مفهوم العيب الموجب للمسؤولية، فيتسع ليشمل عيوب التصميم أو التصنيع من جهة، كما يشمل كذلك نقص البيانات المتعلقة بطريقة استعمال الشيء والتحذير من مخاطره، والاحتياطات اللازمة لتفادي هذه المخاطر من جهة أخرى.

المطلب الثاني

آليات تدخل النظام العام الشرعي لحماية الطرف الضعيف

لقد سنت الشريعة الإسلامية أحكاماً خاصة لحماية الضعفاء بجميع أوصافهم، سواء كان ضعيفهم بدنياً أو عقلياً أو مالياً. فالضعف في الإسلام ليس مبرراً لاستلاب الحقوق والاعتداء عليها وأكل الأموال بالباطل والغش والخداع، بل هو موجب للتناصر والتراحم والتعاون بما يحمي الضعفاء من تسلط الأقوياء².

فحماية للطرف الضعيف حرم النظام العام الشرعي الغش نحو المتعاقد الآخر بجميع أنواعه من خداع وتغريب وإعلانات كاذبة في مختلف العقود (الفرع الأول)، كما أن النظام العام

¹ - نصت المادة 09 من القانون 03/09 على أنه: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها...".

² - عبد الله العتبي، المرجع السابق، ص 220.

الشرعي وعلى خلاف القانون الجزائري الذي لم يهتم في قواعده العامة بالتوازن العقدي كقاعدة عامة، وإنما عالجه من خلال بعض الحالات الاستثنائية، وفي حدود ضيقة جداً، نجد ان النظام العام الشرعي، يقيم نظرية متكاملة للتوازن والعدل بين المتعاقدين، فيمنع الغبن الفاحش، ويمنح للمدين المعسر أجلاً إلى حالة اليسر، كما يضع عن المشتري كل جائحة تصيب ثمره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

منع النظام العام الشرعي لكل صور الغش والخداع لحماية للطرف الضعيف

لا شك في أن الغش بجميع صورته، يعتبر آفة إجتماعية تشكل إخلالاً بالمبادئ والقيم الإنسانية، فضرره لا يقتصر على المستهلكين فحسب، بل يمتد إلى المنتجين، وإلى كافة أفراد المجتمع، فهو يؤدي إلى فقدان في السلع المعروضة، والخدمات الإنتاجية، مما يجعل الكثير من المستهلكين يحجمون عن التعامل فيها، ومن ثم تصاب بالكساد والركود. ولذلك فقد حرص النظام العام الشرعي، على تحريم الغش والخداع والتحايل والاحتيال، وكل وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل. وعليه فبعد تعريف الغش وأثره في العقود (أولاً)، نقف على أهم صور الغش التي يمنعها النظام العام الشرعي (ثانياً).

أولاً: التعريف بالغش وأثره في العقود

بعد تعريف الغش لغة (I)، نبين تعريفه في اصطلاح الفقهاء (II)، لنصل إلى تحديد أثره في العقود (III).

I- الغش في اللغة:

نقيض النصح، وغشه غشاً- من باب قتل- لم ينصحه، وزين له غير المصلحة، وهو مأخوذ من الغشيش: المشرب الكدر¹.

II - الغش في الاصطلاح:

لقد أورد الفقهاء العديد من التعاريف للغش، فقد عرّفه ابن عابدين من الحنفية بقوله: "اشتمال المبيع على وصف نقص لو علم به المشتري لامتنع عن شرائه"².

¹-ابن منظور، لسان العرب، الجزء 06، المرجع السابق، ص 323.

²- ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، الجز 06، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1418 هـ، ص 58.

وعرفه ابن عرفه من المالكية بأنه: "إدعاء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كاذباً، أو كتم عيبه"¹. وعرفه الرملي من الشافعية بأنه: "أن يكتم البائع عن المشتري عيباً في المبيع لو اطلع عليه لما اشتراه بذلك الثمن"².

وقد اختار بعض المتأخرين تعريفاً جامعاً لكل أنواع الغش بقوله: "الغش إظهار أحد المتعاقدين أو غيره العقد بخلاف الواقع بوسيلة قولية أو فعلية، وكتمان وصف غير مرغوب فيه، لو علم به أحد المتعاقدين لامتنع من التعاقد عليه"³.

وقد بيّن الغزالي ضابط النصح المأمور به في المعاملة في أربعة أمور: أن لا يثني على السلعة بما ليس فيها، وأن لا يكتم من عيوبها وخفايا صفاتها شيئاً أصلاً، وأن لا يكتم في وزنها ومقدارها شيئاً، وأن لا يكتم من سعرها ما لو عرفه المتعامل معه لامتنع عنه، ثم قال: "فإن أخفاه كان ظالماً غاشياً، والغش حرام، وكان تاركاً للنصح في المعاملة، والنصح واجب"⁴.

III - أثر الغش في العقود

لقد وردت الكثير من النصوص الشرعية المهددة والمتوعة للغش والغشاشين عموماً، وفي مجال التجارة خصوصاً. فمن القرآن الكريم قوله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"⁵. وقوله تعالى: "ولا تبخسوا الناس أشياءهم"⁶. وقوله تعالى: "وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان"⁷.

ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم عندما مر على صبرة طعام، فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام"، قال: أصابته السماء يا رسول الله،

¹ - ينظر في هذا التعريف: أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، الجزء 01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1993، ص 370.

² - الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء 04، المرجع السابق، ص 71.

³ - عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، الجزء 01، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة 01، 2004، ص 33.

⁴ - ينظر في هذا القول للغزالي: الموسوعة الفقهية الكويتية، إعداد وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، الطبعة 02، 1407 هـ، الجزء 31، ص 219.

⁵ - سورة البقرة، الآية 188.

⁶ - سورة الأعراف، الآية 85.

⁷ - سورة الرحمن، الآية 09.

قال: "أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ من غشنا فليس مني"¹.

فقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث "ليس مني"، يدل على أن الغش من الكبائر، لأنه عليه السلام لا يبرأ ممن ارتكب صغيرة تكفرها الصلوات الخمس، بل يكفرها مجرد اجتناب الكبائر، وهو يشمل الغش في البيع، وفي الإجارة، وفي الشركة، وفي سائر المعاملات المادية والمعنوية².

وأما من الإجماع، فقد اتفق الفقهاء على أن الغش حرام سواء أكان بالقول أم بالفعل، وسواء أكان بكتمان العيب في المعقود عليه أو الثمن أم بالكذب والخديعة، وسواء أكان في المعاملات أم في غيرها من المشورة والنصيحة³.

وضابط الغش المحرم في البيوع والمعاملات التجارية عند الفقهاء هو أن يشتمل المبيع على نقص لو علم به المشتري امتنع عن شرائه، فكل ما كان كذلك يكون غشاً محرماً⁴، ويقول ابن جزى المالكي: "لا يجوز الغش في المرابحة ولا غيرها، ومنه أن يكتم في أمر سلعته ما يكرهه المشتري أو ما يقلل رغبته فيها"⁵.

وفي هذا يقول الشيرازي: "من ملك عينا وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها"⁶.

وعليه فالغش ينافي ما ينبغي أن يكون عليه المسلم الحق من الصدق والنصيحة والأمانة، ومن ثم فآثره بالغ في العقود، فهو يفضي كما سبق إلى أكل أموال الناس بالباطل، كما يؤدي إلى التنافر والحقد وتشنيت النفوس، والصراعات الباطنة والظاهرة، والتي هي من أعظم الآفات والمعوقات التي تحول دون تعاون المجتمع وتقاومه وتكاتفه ونشر الثقة فيه، مما يعمل حتماً على قلة الإقبال على ما هو معروض، فتنكس البضائع وتتوقف الحركة التجارية، والتي تؤثر بدورها على الحركة الصناعية والزراعية ككل وعلى الطلب على العمالة وتحقيق

¹ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: من غشنا فليس منا، حديث رقم 102. ينظر؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 54.

² - يوسف القرضاوي، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي، طبعة مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 1995، ص 275.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 31، المرجع السابق، ص 219.

⁴ - ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، الجزء 06، المرجع السابق، ص 35.

⁵ - ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 263.

⁶ - الشيرازي، المهذب، الجزء 02، المرجع السابق، ص 283.

البطالة¹.

كما أن الغش في العقود والمعاملات يؤدي إلى الإخلال بأهم ضوابط التبادل، فهو يمنع تحقق التراضي المبني على العلم، كما أنه يمنع تحقق العدل في توزيع منافع المبادلة بين طرفيها، وذلك لما ينطوي عليه من ظلم الغش للطرف الآخر، وهو بالتالي يؤدي إلى عدم استقرار التعامل في الأسواق².

ثانياً: بعض صور حماية النظام العام الشرعي من الغش والخداع في العقود

إن النظام العام الشرعي قد اهتم بمحاربة كل صور الغش، سواء كان فعلياً³، أو قولياً⁴. ونظراً لكثرة صورهِ وعدم إمكان حصرها جميعاً في هذا الجزء من البحث، فسنتصر على أهم الصور مما له علاقة بمجال العقود، ومنها على الأخص: الغش في بيع النجش (I)، والإعلانات التجارية الخادعة والمضللة (II).

I - الحماية من الغش في بيع النجش

يعد بيع النجش من أهم صور الغش في البيوع، وللوقوف على حقيقته، نتولى بداية تعريفه لغة و اصطلاحاً (أ)، ثم بيان حكمه الشرعي وأثره في العقود (ب).

أ- تعريف النجش

الناجش في اللغة هو الذي يثير الصيد ليمر على الصيد⁵. وقال الجوهري: "انجشت الصيد، أنجشه نجشاً أي استترته⁶. وأما في الاصطلاح فقد عرفه الإمام مالك بقوله: "النجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها، وليس في نفسك إشتراؤها فيقتدي بها غيرك"⁷.

¹ -- محمد علي عكاز، المرجع السابق، ص 216.

² - المرجع نفسه، ص 216.

³ - الغش الفعلي هو: "أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد". ينظر؛ الخطاب، مواهب الجليل، الجزء 06، المرجع السابق، ص 349.

⁴ - الغش القولي هو: "هو كل وسيلة قولية يتخذها أحد العاقدين أو غيرهما لإيهام أحد المتعاقدين وخداعه". ينظر؛ الخطاب، مواهب الجليل، الجزء 06، المرجع السابق، ص 350.

⁵ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء 03، المرجع السابق، ص 587.

⁶ - الجوهري، تجديد الصحاح في اللغة و العلوم، دار الحضارة العربية، 1975، ص 543.

⁷ - محمد الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء 05، (دون تاريخ نشر)، ص 82-

وعرّفه الإمام الشافعي بقوله: "النجش أن يحضر الرجل السلعة تبايع فيعطي بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقبدي به السوام فيعطون بها أكثر مما كانوا لو لم يسمعوا"¹.

ب- الحكم الشرعي للنجش وأثره في العقود

لا خلاف بين الفقهاء في أن النجش حرام²، وقد استدلوا للقول بالحرمة على عديد النصوص: منها ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما، قال: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش"³. وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم: "تهى عن تلقي الركبان و أن يبيع حاضر لباد، و عن النجش..."⁴.

وإن لم يختلف الفقهاء - رحمهم الله - في حرمة النجش، إلا أنهم اختلفوا في أثر الغش في النجش من حيث صحة العقد أو فساد، أو ثبوت الخيار، على أقوال: فذهب أصحاب القول الأول، من الحنفية⁵ والشافعية⁶ في قول إلى أن النجش لا يؤثر في العقد فيبقى العقد صحيحاً نافذاً، ولا خيار للمشتري.

واستدلوا على ذلك، بكون العقد قد تمّ فيه بأركانه وشروطه، وإن النهي الوارد فيه يعود إلى الناجش لا إلى العقد ذاته ولا إلى وصفه، فلا يؤثر فيه⁷. قال ابن حزم: "والبيع غير النجش وغير الرضا بالنجش، وإذ هو غيرهما فلا يجوز أن يفسخ بيع صح بفساد شيء غيره، ولم يات نهى قطّ عن البيع الذي ينجش فيه الناجش"⁸.

كما قالوا بان هذا ليس بعيب في نفس المبيع كالمصرّة المدلس بها، وإنما هو كالمدح

¹ - الشافعي، الأم، الجزء 08، المرجع السابق، ص 628.

² - ينظر فيمن قال بالحرمة من الفقهاء: ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء 03، المرجع السابق، ص 322. ابن الهمام، فتح القدير، الجزء 05، المرجع السابق، ص 239. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، الجزء 03، المرجع السابق، ص 645.

³ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النجش، رقم 60، حديث رقم 2142. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 515.

⁴ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، حديث رقم 1523، ينظر، صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 709.

⁵ - ابن الهمام، فتح القدير، الجزء 05، المرجع السابق، ص 239-240.

⁶ - المهذب، الجزء 01، ص 291، الحاوي الكبير، الجزء 06، ص 421، روضة الطالبين، الجزء 03، ص 416.

⁷ - ينظر: الشيرازي، المهذب، الجزء 01، المرجع السابق، ص 291. وكذا: ابن الهمام، فتح القدير، الجزء 05، المرجع السابق، ص 240.

⁸ - ابن حزم، المحلى، الجزء 08، المرجع السابق، ص 448.

وشبهه، والزيادة إنما زادها المشتري باختياره، وقد كان يجب عليه التحفظ، والتأمل، والاستعانة بمن يميّز ويعرف ثمن المبيع، إذن لا بد أن يتحمل مسؤولية ما أقدم عليه وجزاء تسرعه وعدم تأنيبه¹.

وأما القول الثاني، فذهب الإمام مالك في رواية²، والإمام أحمد في رواية عنه كذلك³، إلى أن العقد باطل. واستدلوا في قولهم هذا على عموم الأحاديث السابقة، التي دلت على النهي عن النجش، والنهي يقتضي التحريم والفساد، ما لم يكن هناك صارف، ولا صارف في النهي عن النجش. كما قالوا بأن أكل البائع الزيادة بلا عوض ربا، والربا باطل ولا يصح، وقد حكم الصحابي عبد الله بن أبي أوفى بأن الناجش آكل للربا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الناجش آكل ربا خائن"⁴.

وأما القول الثالث، فهو ما يذهب إليه الإمام مالك في المشهور عنه في المذهب⁵، والإمام أحمد في المشهور عنه أيضا⁶، والإمام الشافعي في قول له⁷، والإمام ابن حازم الظاهري⁸، وهو أن العقد صحيح لكنه غير لازم، فللمشتري الخيار بين الرد والإمسك. واستدل أصحاب هذا القول، بما استدل به أصحاب القول الأول، عدا ما يدل على عدم ثبوت الخيار، وقالوا بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصرة الخيار إذا علم بعيب التصرية، ولم يقض بفساد البيع، وقاسوا عليه بيع النجش، فيصح فيه البيع، والمبتاع بالخيار⁹.

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء 06، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1994، ص 421.

² - ينظر في هذا الرأي للإمام مالك: عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، الجزء 02، الناشر المكتبة التجارية، مكة المكرمة، (دون تاريخ نشر)، ص 1033.

³ - ينظر في هذا الرأي للإمام أحمد: ابن قدامة، المغني، الجزء 06، المرجع السابق، ص 305.

⁴ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، حيث جاء في عنوان الباب: باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع، وقال ابن أبي أوفى "الناجش آكل للربا"، رقم 60، حديث رقم 2142. ينظر؛ صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 515.

⁵ - ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء 03، المرجع السابق، ص 322. وكذا: الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، الجزء 05، المرجع السابق، ص 82-83.

⁶ - ينظر: ابن قدامة، المغني، الجزء 06، المرجع نفسه، ص 305.

⁷ - ينظر: الشيرازي، المهذب، الجزء 01، المرجع السابق، ص 291.

⁸ - ابن حزم، المحلى، الجزء 08، المرجع السابق، ص 448.

⁹ - عبد الله بن ناصر السلمي، المرجع السابق، ص 122.

وقد رجّح بعض الفقهاء المعاصرين، الرأي الثالث، لأن النجش يؤدي إلى إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين، ولا يمكن أن يقال لا خيار للمشتري مع صحة العقد، لأن رفع الضرر عن المتضرر واجب، ويكون إما: بفسخ العقد وبطلانه كلية، وهذا يشكل عليه أن الشارع قد صحح عقوداً أخرى وقع فيها مكر وخديعة كتلقي الركبان، والتصرية، ولكن جعل للمتضرر الخيار، وإما بمنح المتضرر حق الخيار ليتدارك به مافاته من نفع، أو ليتلافى ما لحقه من ضرر¹.

II - الحماية من الغش عن طريق الإعلان المضلل

هذه الحماية ننظر لها من اتجاهين، الأول وهو مشروعية القيام بالإعلان (أ)، أما الاتجاه الثاني فهو الضوابط التي يقوم عليها هذا الإعلان (ب).

أ - الأدلة على مشروعية الإعلانات التجارية

إن الإعلانات التجارية تدخل كأصل عام في باب المعاملات التجارية، وهذه الأخيرة أخضعها الفقهاء لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، إلا أدت إلى أمر مخالف للنظام العام الشرعي، وعليه يمكن أن نستدل على مشروعية الإعلانات التجارية من الكتاب والسنة المطهرة ومن المعقول.

فمن القرآن الكريم، قوله تعالى: "قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق"². ووجه الدلالة أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهو ما يدل على إباحة وجواز هذا الأمر ضمن ضوابط محددة، فإذا خرج الأمر عن ضوابطه أصبح ممنوعاً وخارجاً عن إطار الشرع.

وقوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"³. ووجه الدلالة من الآية أن البيع في مجمله مباح، ولا يدخل التحريم إليه أو إلى تفصيلاته إلا بدليل⁴. قال ابن حجر العسقلاني: "والآية أصل في جواز البيع، وللعلماء فيها أقوال أصحها أنه عام مخصوص، فإن اللفظ لفظ عموم يتناول كل بيع فيقتضي إباحية الجميع، لكن قد منع الشارع بيوعاً أخرى وحرّمها فهو عام في

¹ - عبد الله بن ناصر السلمي، المرجع السابق، ص 123.

² - سورة الأعراف، الآية 32.

³ - سورة البقرة، الآية 275.

⁴ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1965، ص 356.

الإباحة مخصوص بما لا يدل على منعه¹.

ومن السنة النبوية، مرواه أبو هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال: " ما هذا يا صاحب الطعام" قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: " أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس مني"².

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن طريقة عرض البضاعة في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وهي الصبرة من طرق الدعاية والإعلان، وهي وإن كانت بدائية، إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على صاحبها طريقته في العرض أو الإعلان عن البضاعة، ولكن كان النهي والإنكار على كونه أعلن بطريقة الغش والخداع، حيث جعل المبتل منها غير ظاهر للمشتري، وبمفهوم المخالفة فإن الإعلان بالطرق البعيدة عن الغش والخداع مشروعة³.

وأما من المعقول، فإن الإعلانات التجارية في هذا العصر الحديث أصبحت من الضرورات الملحة لإنفاق البضائع المختلفة، ومع كثرة المنتجات والشركات والمنتجين أصبحت أكثر من شركة تنتج منتجا واحدا متشابها، فكان لا بد من مدح مواصفات سلعتها، وإن منع التجار من ذلك دخلوا في مشقة وحرَج، فهي تعتبر من الصالح المرسل⁴.

ب - الضوابط الشرعية للإعلانات التجارية

إن الإعلان التجاري في يومنا هذا، أصبحت له أهمية بالغة في الترويج للسلع والخدمات، إلى أن تطور الوسائل المستعملة فيه، في إطار سعي الشركات للسيطرة على أكبر حصة في السوق، أدى إلى ظهور إعلانات تجارية هي أقرب للكذب والخداع والتضليل، أكثر مما هي دعاية وإعلان تجاري. لذلك فإن النظام العام الشرعي قد اعتنى بهذا الإعلان التجاري، ووضع له مجموعة من الضوابط حماية للمستهلك الضعيف، والتي يمكن أن نجملها فيما يلي:

1- الأمر بالصدق في الإعلان التجاري

إن النظام العام الشرعي يوجب الصدق في الإعلان، والابتعاد عن كافة الأساليب التي

¹- ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء 04، المرجع السابق، ص 357.

²- حديث صحيح، سبق تخريجه.

³- إسلام هشام عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك، المرجع السابق، ص 170.

⁴- إسلام هشام عبد المقصود سعد، المرجع نفسه، ص 170.

تتطوي على الخديعة والاحتيال، لحملهم على شراء ما لا يستجيب ورغباتهم المشروعة. ويمكن تشبيه الإعلان التجاري في وقتنا هذا، ببيع الشيء الغائب على الصفة، وفيه يقول الدسوقي: " لا يجوز أن يباع الشيء بوصف بائعه، لأنه لا يوثق بوصفه إذ قد يقصد الزيادة في السلعة لإنفاق سلعته"¹. ويقول البناني: " يجوز النقد في شراء الدار الغائبة، بشرط صفة غير البائع، ولا يجوز بيعها على صفة البائع إلا بشرط المبتاع وعلى أن لا ينفذ"². كما يشترط الفقهاء أيضا أن يكون البيع بخيار الرؤية، وفيه يقول الماوردي: " فأما بيع العين الغائبة بغير شرط خيار الرؤية فباطل، لا يختلف فيه المذهب، ولأنه بيع ناجز على عين غائبة وهو أصل الغرر"³.

2- منع النظام العام الشرعي الإعلان عن المحرمات

إن الأصل في الأشياء كما سبق الإباحة، ولا تحرم إلا إذا أفضت لأمر مخالف للنظام العام الشرعي، وهكذا فإن الإعلانات التجارية التي تتضمن إعلانا ودعاية لما حرم الله تعالى غير جائزة شرعا بل هي أمر محرم، فالنظام العام الشرعي قد جاء بكل ما فيه مصلحة، كما حرم كل ما فيه مضرة، والإعلانات التجارية كما فيها المصلحة من جانب قد يساء استخدامها بالإعلان عن المحرمات، وقد تواترت نصوص النظام العام الشرعي على حرمة الإعلان عن المحرمات لقوله تعالى: " ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث"⁴.

فقد أحلّ الله تعالى الطيبات وهو ما ينفع الناس، وحرم الخبيث لكونه يضرّ بهم، وكل ما يوصل إلى الخبيث فهو خبيث، فإن كانت الإعلانات على شيء حرمه الله تعالى كان الإعلان محرما لترويجه لما هو محرم، قال الله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب"⁵. وتصميم الإعلانات التجارية بما يشتمل على ما حرم الله تعالى فيه تعاون على الإثم والعدوان.

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 03، المرجع السابق، ص 26.

² - محمد بن حسن البناني، حاشية البناني بهامش شرح الزرقاني، الجزء 05، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص 39.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء 06، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1994، ص 27.

⁴ - سورة الأعراف، الآية 157.

⁵ - سورة المائدة، الآية 02.

ومن أمثلة الإعلان عن المحرّمات إعلانات الترويج للخمور، وإعلانات البنوك التي تتعامل بالمعاملات الربوية، أو القمار، والإعلان عن المواقع الإباحية والمحرّمة على الأنترنت... الخ.

3 - ألا يكون في الإعلان ما يثير الغرائز والشهوات

إن المتطلع إلى وسائل الإعلانات الحديثة يرى فيها مدى الانحطاط والفجور، لكونها لا تخلو من استغلال لجسد المرأة استغلالاً سلبياً للترويج للبضائع المختلفة، وقد ارتقى النظام العام الشرعي بالإنسان ارتقاءً فاضلاً سواء كان مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أنثى، فقال تعالى: "ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"¹، فقد حث على الفضيلة وحسن الخلق، ومن الأخلاق التي دعا إليها، عدم الخلوّة أو كشف العورات وإظهار المفاتن أو الخضوع في القول أو فعل ما من شأنه أن يثير الغرائز والشهوات، كالاستعانة بالمرأة بإظهار مفاتها وزينتها، وذلك كله لما فيه من مفسد وإشاعة للفاحشة وتدمير للمجتمعات وأخلاقها.²

وهذه الإعلانات بهذه الصورة من شأنها أن تشيع الفاحشة بين المسلمين والله تعالى ينهى عن ذلك فقد قال في محكم كتابه: "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون"³.

و الخضوع بالقول يثير الغرائز والشهوات قال تعالى: "يا نساء النبي لستن كأحد من النساء إن اتقين فلا تخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض وقلن معروفًا، وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى..⁴

4- الأمر بالوفاء بالشروط والميزات العقدية المعلن عنها في الإعلان

فإذا قدم الإعلان التجاري، شروطاً أو تحفيّزات أو ميزات للشيء أو الخدمة المعلن عنها، فإنه يجب بعد إبرام العقد الوفاء بها، طالما كانت متفقة مع روح النظام العام الشرعي. وهنا أقر الفقهاء أنه في حالة عدم الوفاء بما تضمنه الإعلان التجاري، يثبت لكل من

¹ - سورة الإسراء، الآية 70.

² - إسلام هشام عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك، المرجع السابق، ص 170.

³ - سورة النور، الآية 19.

⁴ - سورة الأحزاب، الآيات 32-33.

البائع والمشتري الخيار في بقاء العقد أو فسخه في مدة معلومة، وهذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم لحبان بن منافذ الأنصاري وقد شكى له أنه يخدع في البيوع، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام"¹.

الفرع الثاني

معالجة النظام العام الشرعي لاختلال التوازن العقدي

لقد عالج النظام العام الشرعي حالات اختلال التوازن بين المتعاقدين، ونظرا لتعددتها سنقتصر فقط على تلك الحالات التي عالج من خلالها القانون الجزائري هذا التفاوت، وذلك بغرض المقارنة بينهما من حيث الوسائل، ومدى السلطة الممنوحة للقاضي في هذا التدخل، فيجوز إعادة التوازن في حالة الغبن (أولا)، كما يكون أيضا في بإنظار المدين المعسر إلى حين اليسر فيما تسمى بنظرية الميسرة (ثانيا)، كما يكون إعادة التوازن أيضا بوضع الجوائح عند المالكية ونظرية العذر عند الحنفية (ثالثا).

أولا: معالجة اختلال التوازن من خلال الغبن

بعد تعريف الغبن (I)، نبين أقسامه ومدى تأثير كل قسم على العقد من حيث الصحة أو البطلان، أو منح حق الخيار (II).

I - تعريف الغبن

إن الوقوف على تعريف الغبن، يستدعي بيان مفهوم اللغوي (أ)، ثم معناه في اصطلاح الفقهاء (ب).

أ- معنى الغبن في اللغة

من معاني الغبن في اللغة: الخداع والنقص وضعف الرأي والسفه. والغيبنة من الغبن كالشتيمة من اشمتم، والتغابن أن يغيب القوم بعضهم بعضا، ومنه قيل: يوم التغابن ليوم القيامة لأن أهل الجنة يغيبون أهل النار².

¹ - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ماجاء فيمن يخدع في البيع، حديث رقم 1254، ينظر؛ سنن الترمذي، المرجع السابق، ص 383.

² - ابن منظور، لسان العرب، الجزء 04، المرجع السابق، ص 3211-3212.

ب- تعريف الغبن اصطلاحا

لا يبعد المعنى الاصطلاحي للغبن عن المعنى اللغوي، فقد قال ابن نجيم: "هو النقص في الثمن في البيع والشراء"، ومثله النقص في البديل في باقي عقود المفاوضات¹. ومعنى النقص هنا إذا كان المغبون هز المشتري، أن لا يقابل جزء من الثمن بشيء من المبيع لزيادة الثمن عن مقدار تقويم المقومين للمبيع، وأما إذا كان المغبون هو البائع فالبعض في الثمن حقيقي². وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه: "عدم التعادل بين البديلين في عقود المعاوضة"³.

II - أقسام الغبن وأثرها في العقود

يقسم الفقهاء الغبن إلى قسمين: غبن يسير، وغبن فاحش. والحد الفاصل بينهما أن الغبن اليسير ما يدخل في تقويم المقومين أي تقدير أهل الخبرة في المعقود عليه، والفاحش ما لا يدخل في تقويم المقومين⁴.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد معيار الغبن، واتجهوا في ذلك اتجاهين: فأما الأول فهو ما قال به جمهور المالكية، وبعض فقهاء الحنفية، وبعض الحنابلة، وهؤلاء حددوا الغبن الفاحش بحد معين إذا بلغه أو زاد عليه، واختلفوا بعد ذلك في تعيين هذا الحد، بين نصف العشر أو العشر، أو الخمس، أو الثلث من قيمة الشيء⁵.

وقد حددته المادة 165 من مجلة الأحكام العدلية كما يلي: "الغبن الفاحش: غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة، وربع العشر في الدراهم بالنظر إلى قيم الأشياء الحقيقية أيضا".

في حين ذهب الاتجاه الثاني، إلى اعتماد معيار يتميز بالمرونة، فرأى البعض منهم ترك ذلك لتقدير القاضي مستعينا بأهل الخبرة، لأن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين، أما ما لا يدخل تحت تقويمهم بالزيادة أو النقصان فهو الغبن الفاحش. ومنهم من

¹ - ابن نجيم ، البحر الرائق، الجزء 07، المرجع السابق، ص 167 - 169.

² - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 20، المرجع السابق، ص 148.

³ - الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 461،

⁴ - المرجع نفسه، ص 394.

⁵ - ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، الجزء 06، المرجع السابق، ص 400-405. وكذا: الشوكاني، نيل الأوطار شرح منقى

الأخبار، الجزء 05، دار الحديث، (دون بلد أو تاريخ نشر)، ص 218.

ترك تحديده للعرف والعادة¹.

وبالنظر لهذين الاتجاهين، يبدو أن الأقرب لتحقيق التوازن ورفع الغبن عن الطرف المغبون، هو هذا الاتجاه الأخير الذي يتميز بمرونة، تعطي للقاضي سلطة تقديرية ومجال أكبر للتدخل وتحقيق الحماية المنشودة. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نظرية الاستغلال كأصل عام حيث لم يحدد مقدار التفاوت بين التزامات المتعاقدين، أو بين الالتزام و مقدار العوض المقابل. في حين أنه أخذ بالمعيار الأول حين تنظيمه للغبن كعيب في العقد في حالات خاصة جدا، فحدده بالخمس في بيع العقار وفي نقض القسمة الحاصلة بالتراضي².

أما عن أثر كل نوع من الغبن على العقد، فالأصل عند الفقهاء أن الغبن اليسير يغتفر في العقود كلها لأنه سهل الاحتمال ولا ظلم فيه، وتستثنى منه بعض المسائل فقط، كبيع التركات المدينة بدين مستغرق في مرض الموت، فإذا باع المريض بعض أمواله بغبن ولو يسير وتركته مستغرقة بالدين، ثم مات في مرضه هذا، كان للدائنين أن يفسخوا البيع إلا أن يزيد المشتري بما يدفع الغبن³.

أما الغبن الفاحش فالمتفق عليه أنه يؤثر في العقود التي يكون موضوعها أموال الأوقاف أو أموال المحجور عليهم، أو أموال بيت المال، لأن التصرف في هذه الأنواع يجب أن يكون في دائرة المصلحة والفائدة الراجعة لها⁴.

وأما فيما عدا المسائل المستثناة، والتي منها ماسبق، فإن الفقهاء اختلفوا في أثر الغبن الفاحش على ثلاثة أقوال: الأول يرى بأن مجرد الغبن الفاحش لا يثبت الخيار، ولا يوجب الرد، والعقد لازم ما لم يمنع اللزوم سبب آخر⁵. والثاني يرى بأن المغبون له حق الفسخ مطلقا أي

¹ - قال بهذا الرأي بعض الحنفية، والمالكية في رأي لهم، والحنابلة على الصحيح في المذهب. ينظر في تفصيل هذا الإتجاه الثاني: الخطاب، مواهب الجليل، الجزء 06، المرجع السابق، ص 400-405.

² - ينظر المادة 90 في عيب الاستغلال، والمادة 358 في بيع العقار، والمادة 738 في نقض القسمة الحاصلة بالتراضي.

³ - أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار بالقاهرة، مصر، 1936، ص 91. وقد ذكر الحنفية حالات أخرى يؤثر فيها الغبن اليسير على العقد ومنها: أن العبد المأذون المدين إذا باع منه مولاه لا يجوز بغبن وإن كان يسيرا. = = وكذا رب المال إذا باع مال المضاربة لا يجوز بالغبن مطلقا. وكذا الوكيل الخاص بشراء شيء معلوم القيمة. ينظر في هذه الحالات وغيرها: علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 739.

⁴ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 395.

⁵ - يقول الدردير: "ولا يرد المبيع بغبن بان يكثر الثمن أو يقل جدا، ولو خالف العادة بأن خرج عن معتاد العقلاء". ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 03، المرجع السابق، ص 140.

في جميع الأحوال¹. والرأي الثالث وهو الأرجح عند غالبية الفقهاء خصوصاً المعاصرين منهم، فيرى بأن الغبن إذا كان بتغيير من العاقد الآخر أو دلال فللمغبون الحق في فسخ العقد وثبوت الخيار، لأن الغبن كان نتيجة تضليل وغش فكان المغبون معذوراً².

ثانياً: نظرية الميسرة

إن مبدأ إنظار المدين المعسر إلى اليسر، يعد مبدأ من المبادئ التي أقرها النظام العام الشرعي، فهو يمثل جانب الرحمة بالناس خصوصاً الضعفاء منهم، والتيسير عليهم ودفع الحرج عنهم. ونظراً لسعة تطبيقها فقد وصفها الفقهاء بالنظرية، وعليه فبعد أن نبين مفهومها والأساس الذي تقوم عليه (I)، نبين أهم الضوابط التي وضعها النظام العام الشرعي لإمكان تطبيقها (II).

I- مفهوم نظرية الميسرة

إن هذه النظرية تجد أساسها في قوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون"³. ويقصد بالعسرة هنا ضيق الحال من جهة المال، أما النظرة فهي التأخير، ومن ذلك أنظرتك الدين، أي أخرتك، وأما الميسرة مصدر، بمعنى اليسر ووفرة المال⁴.

يقول ابن كثير في تفسيره لهذه الآية: "يأمر تعالى بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء، فقال: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"، لا كما كان أهل الجاهلية يقول أحدهم لمدينه إذا حل عليه الدين: إما أن تقضي وإما أن تربي،... ثم يندب سبحانه وتعالى إلى الوضع عنه، ويعد على ذلك الخير والثواب الجزيل"⁵.

¹ - وقال به رأي في الحنفية، وقول للمالكية والحنابلة والظاهرية. قال الرملي: "إن الرد بالغبن الفاحش مطلقاً أفتى به كثير من علمائنا وأنه أرفق بالناس". ورد هذا القول للرملي عند: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين - رسالة تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ الفاحش بلا تغيير -، الجزء 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص 67.

² - وهذا قول للشافعية في وجه في تلقي الركبان، والحنفية في الرأي الراجح، وكثير من المالكية والحنابلة. لتفصيل هذا الرأي ينظر: علي الخفيف، الغبن في العقود، مجلة البحوث والدراسات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، العدد 10، 1979-1980، ص 09.

³ - سورة البقرة، الآية 282.

⁴ - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 05، المرجع السابق، ص 246.

⁵ - ينظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة 02، 1999، ص 717.

ومن السنة النبوية فقد جاءت الكثير من الأحاديث ومنها: ما روي عن بريدة الأسلمي، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من أنظر معسرا كان له بكل يوم صدقة ومن أنظره بعد حله كان له مثله في كل يوم صدقة"¹. ومنه ما روي أن أبا قتادة طلب غريما له فتواري عنه، ثم وجده، فقال: إني معسر، فقال: آله؟ قال: آله. فقال: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه"². وقوله صلى الله عليه وسلم: "من أنظر معسرا أو وضع عنه أظله الله يوم لا ظل إلا ظله"³. كما جاء في الأثر أيضا، أن أبا بكر وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما، كانا يستحلفان المعسر الذي لا يعلم له مال على عدم وجود ما يقضي به دينه لا من قرض ولا من عرض، ثم يخليانه ليسعى في الأرض طلبا للرزق، وانتظارا للميسرة⁴. كما روي أن الإمام علي رضي الله عنه - كان يقول: "إذا حبس القاضي رجلا في دين، ثم تبين له إفلاسه وحاجته أخرجه حتى يستفيد مالا، ثم يقول له إذا أفدت مالا فاقسمه بين غرمائك"⁵.

ومن خلال هذه النصوص الشرعية، فإن نظرية الميسرة أصل ثابت في الفقه الإسلامي، وهو أجمع عليه الفقهاء في مختلف مذاههم. يقول الإمام أبو حنيفة: "إذا كان المعسر معروفا بالعسرة لم أحبسه"⁶. ويقول الإمام مالك: "الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر لقول الله تبارك وتعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"⁷. ويقول الإمام الشافعي: "وإذا العسرة ينظر إلى ميسرة، ويترك له من ماله قدر ما لا غنى عنه، وأقل ما يكفيه

1 - أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الصدقات، باب إنظار المعسر، حديث رقم 2418، ينظر: سنن ابن ماجة، المرجع السابق، ص 492

2 - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة، باب فضل إنظار المعسر، حديث رقم 1563، ينظر: صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 736.

3 - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزهد والرفائق، باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر، حديث رقم 3006، ينظر: صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 1368.

4 - روى هذا الأثر: الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون عن ابن القاسم، الجزء 13، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1991، ص 205

5 - روى هذا الأثر: الإمام زيد بن علي في مسنده، كتاب الشهادات، باب القضاء، ينظر: مسند الإمام زيد، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص 263.

6 - ينظر في قول الإمام أبو حنيفة، ابن عابدين، رد المحتار، الجزء 05، المرجع السابق، ص 385.

7 - الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 13، المرجع السابق، ص 205.

وأهله يومه من الطعان والشراب...¹. ويقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي: "وإذا كان الدين حالا على معسر وجب إنظاره، فإن ادعى الإعسار حلف وخلي سبيله إلا أن يعرف له مال قبل ذلك فلا يقبل قوله إلا ببينة..."².

II- ضوابط تطبيق نظرية الميسرة

إن كان الفقهاء مجمعون ومتفقون، على أصل جواز إنظار المدين المعسر، فإنهم اشترطوا لتطبيق ذلك مجموعة شروط وضوابط نوجزها فيما يلي:

أ- أن يكون الدين المطالب به حال الأداء، ذلك أن نظرية الميسرة أساسا إنما تكون عند حلول الأجل المتفق عليه مع عدم إمكان التنفيذ، حيث لا يحق للدائن المطالبة بالدين قبل حلول أجله.

ب- أن يكون المدين ذا عسرة، حيث يثبت أنه لا يملك مالا على الإطلاق إلا ما استثنى لحاجته الضرورية، ويعود تقدير إعسار المدين أو يساره إلى اجتهاد القاضي، فله بعد أن يصغي إلى ما يدلي به من أقوال، وبعد تدقيق ما يقدم بين يديه من بينات، وما يترجح عنده منها، أن يقرر ما إذا كان المدين معسرا الإعسار الشرعي الذي يستحق معه التأخير فينظره، لأن منح الأجل في هذه الحالة يصبح واجبا شرعا، ويكون الغرض من منح هذا الأجل سعي المدين إلى التمسك والعمل الذي يستطيع من خلاله أن يفي بديونه³.

ج- ألا يكون عدم الوفاء نتيجة مماثلة المدين وسوء نيته، أما إذا كان عدم الوفاء قد جاء نتيجة مطل وثبت أنه موسر، فإنه يلزم بالوفاء لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁴،

فالمماثلة في أداء الديون يجعلها النظام العام الشرعي من الظلم المحرم شرعا، لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال⁵: "مطل الغني ظلم، فإذا أتبع

1 - الإمام الشافعي، الأم، الجزء 01، المرجع السابق، ص 104.

2 - ابن قدامة، عمدة الفقه، تحقيق عبد الله سفر العبدلي، محمد دغليبي العتيبي، مكتبة الطرفين، (دون تاريخ أو بلد نشر)، ص 52.

3 - عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته-دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1978، ص 310. مقتبس عن: بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 393.

4 - سورة المائدة، الآية 01.

5 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحوالات، باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة، الحديث رقم 2287. ص 547

على ملي فليتبّع". وما روي أيضا عن عمر بن الشريد عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"¹.

فالفقهاء متفقون على معاقبة المدين المماطل الذي يتوافر لديه المال ويأبى الوفاء تسويفاً وأكلاً لموال الناس بالباطل، فللقاضي أن يحجر عليه وأن يبيع ماله رغماً عنه لسداد ما عليه من ديون².

ثالثاً: نظرية الجوائح وصلتها بنظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة تفترض في القانون الجزائري كما سبق بيانه، تغير الظروف الاقتصادية عند تنفيذ العقد بسبب حادث لم يكن متوقعا بحيث يصبح تنفيذ العقد وإن لم يكن مستحيلا صار مرهقا للمدين إلى حد يهدده بخسارة فادحة تفوق الحد المألوف. لذلك أجاز المشرع للقاضي التدخل لتخفيف عبء الالتزام عن المدين وذلك بتوزيع تبعة الحادث الطارئ على الطرفين تحقيقا للتوازن العقدي.

وبخصوص النظام العام الشرعي، فإن مصطلح الظروف الطارئة لم يكن مستعملا عند الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح استعمله الفقهاء المعاصرون، وهذا لا يعني البتة أن النظام العام الشرعي لم يراعي تغير الظروف وما قد ينجم عنها من اختلال، بل عرف العديد من التطبيقات الفقهية لهذه الحالة، فاقت في صياغتها نظرية الظروف الطارئة بشكلها المعاصر في القانون الجزائري.

ومن التطبيقات التي أوردها الفقهاء، نظرية فسخ عقد الإجارة للعدر في الفقه الحنفي، ونظرية الجوائح في بيع الزروع والثمار في المذهب الحنبلي وخصوصا عند المالكية الذين جعلوا منها نظرية متكاملة، وسنقصر دراستنا هنا على هذه النظرية الأخيرة، وذلك ببيان المقصود بها (I)، ثم أثرها على العقد (II).

I- تعريف الجائحة

الجوائح في اللغة جمع جائحة، والجائحة: الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من

¹ - أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، حديث رقم 2427، ينظر: سنن ابن ماجة، المرجع السابق، ص 497.

² - ينظر في تفصيل أقوال الفقهاء: الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء 03، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة 04، 1960، ص 55-56.

سنة أو فتنة، وكل مصيبة عظيمة وفتنة مبيدة: جائحة، وجاحهم يجوح جوحاً: إذا غشيهم بالجوائح وأهلكهم. والجوح: الاستئصال، يقال: جاحتهم السنة جوحاً وجياحة وأجاحتهم واجتاحتهم: استأصلت أموالهم¹.

وأما في الاصطلاح فقد تعددت تعريفات الفقهاء للجائحة باختلاف نظرتهم إليها وما يدخل في نطاقها، بين مضيق وموسع لها، ومن هذه التعاريف نذكر ما يلي:

فمن المالكية عرفها ابن عرفة بأنها: "ما أتلّف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه"². وعرفها الباجي بأنها: "الجائحة اسم لكل ما يجيح الإنسان وينقصه، إلا أن هذا له عرف في الشرع واللغة، فإذا أطلق فهم منه فساد الثمرة وهو الذي وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن"³.

وعرفها الإمام الشافعي بقوله: "وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي"⁴. وأما من الحنابلة فقد عرفها ابن قدامة بقوله: الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح، والبرد، والجراد، والعطش"⁵.

والذي يظهر من هذه التعاريف أن الفقهاء مختلفون في مفهوم الجائحة، بين من يرى أن الجائحة لا تكون إلا في الحوادث أو النازلات السماوية وهي التي لا ترجع في أصل إلى فعل الآدميين، ومثال ذلك انحسار مياه العيون وانقطاع المطر وغارات الجراد وأسراب الطيور، وهبوب الرياح، وتقلبات الطقس ما بين حر لافح، وبرد قارس، وانتشار الديدان التي تتلف الثمر وحوث العفن الذي يحلل خلايا النبات إلى غير ذلك من أنواع الجوائح.

وبين من يرى أن الجائحة تشمل بالإضافة إلى الآفات السماوية أفعال الآدميين إذا كانت غالبية، كاجتياز الجيش الجرار، فمما لا ريب فيه أن المتعاقدين لا يستطيعان دفع هذا الجيش أو رده، أما إذا كانت أفعال الآدميين غير غالبية حتى وإن حدثت بغتة وعلى حين غرة كالسرقة مثلا فإنها لا تعتبر في حكم الجائحة إذ من الممكن التحرز منها.

ومن يرى أنها تشمل كل الأفعال سماوية كانت أم آدمية، طالما أنها لم تكن ترجع في

1 - ابن منظور، لسان العرب، الجزء 02، المرجع السابق، ص 431.

2 - ينظر في هذا التعريف: الخرشبي، شرح مختصر خليل، الجزء 05، المرجع السابق، ص 190.

3 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء 04، المرجع السابق، ص 232.

4 - الشافعي، الأم، الجزء 03، المرجع السابق، ص 58.

5 - ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 86.

مصدرها إلى أي من المتعاقدين¹.

ويبدو أن الرأي الراجح، في ضوء مقاصد الشريعة يقتضي أن يكون مفهوم الجائحة شاملاً كل الأفعال سماوية كانت أم آدمية، لجعلها تتماشى والتطورات الحاصلة في المجتمع، لذلك فقد أدخل الفقهاء المعاصرون، العديد من الظروف في مفهوم الجائحة في غير الثمار ومن ذلك: الجوائح في القرووض، فقد تتعرض النقود للكساد أو الانقطاع أو الرخص في قيمتها أو الغلاء مما يؤدي إلى عدم اعتمادها في سوق التعامل، أو الجائحة في مهر الزوجة إذا كان ثمراً، والجائحة التي تصيب الوديعة أو العارية، وغيرها من الصور التي لا يتسع المجال لبسطها².

II - أثر الجوائح على العقد

اختلف الفقهاء في حكم الجائحة وهل توضع أم لا، أي هل يكون الضمان على البائع فيسقط الثمن عن المشتري وتكون بهذا الجائحة موضوعة، أم أنها تكون من ضمان المشتري وهو من يتحملها ومن ثم لا توضع الجائحة. و للفقهاء في هذه المسألة قولين:

القول الأول، فهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعي في مذهبه الجديد، والظاهرية، من عدم وجوب وضع ما أصاب الثمر من تلف عن المشتري وتكون من ضمانه. واستدلوا بما روي في الصحيحين: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: عن ابني اشترى ثمرة من فلان، فأذهبتها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "تألى فلان أن لا يفعل خيراً" فسمع بذلك رب المال، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله هو له³. فاستدلوا من الحديث انه لو كان واجبا لأجبره عليه النبي صلى الله عليه وسلم.

وأما القول الثاني، فهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والشافعي في مذهبه القديم، من وجوب وضع الجائحة، مستدلين بعدد من النصوص الشرعية ومنها: ما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال⁴: "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن

1 - ينظر في تفصيل هذه الآراء: ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء 02، المرجع السابق، ص 37.

2 - ينظر في تفصيل هذه الصور من الجوائح وغيرها: عادل مبارك المطيريات، المرجع السابق، ص 366.

3 - أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب الجائحة في الثمار والزرع، حديث رقم 1313.

4 - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، حديث رقم 1554 ينظر: صحيح مسلم، ص 730.

تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق". وما روي عن جابر أيضاً قوله: "أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح"¹. وما رواه أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو فقلنا لأنس: وما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر. أريتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك"².

وقد رجح الكثير من الفقهاء هذا القول الثاني بوجوب وضع الجائحة، أي أن يكون الضمان على البائع، ويسقط الثمن عن المشتري، وهو نظرة للنصوص الثابتة في هذا الوجوب³.

وقد اختلف الفقهاء أيضاً في مقدار الجائحة، فيرى فقهاء المالكية وبعض الحنابلة أنها تقدر بالثلث، ومما استدلوا به قوله صلى الله عليه وسلم في الوصية: "الثلث والثلث كثير"، مما يدل على أن الشارع قد اعتبر الثلث كمعيار للتفرقة بين القليل والكثير⁴. بينما يرى غيرهم من الفقهاء بعدم اعتبار حد الثلث كضابط لوضع الجائحة، لأنه لم يثبت الثلث كمعيار للقلة والكثرة في الجوائح، لا بخبير أو قياس أو معقول⁵.

الفرع الثالث

المقارنة بين النظام العام الحمائي و النظام العام الشرعي في مجال حماية الطرف الضعيف

يتضح مما سبق إن المشرع الجزائري، وتأثراً بمبدأ حرية التعاقد لم يهتم حين صياغته لقواعد القانون المدني -باعتبارها الشريعة العامة-، بوضع نظرية عامة للتوازن العقدي، فالعقد بالنسبة إليه هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة، وضماتها بين أفراد المجتمع، باعتبار أن ما يتمتعون به من حرية يجعلهم في منأى عن أن يبرم أحدهم عقداً يضر بمصالحه، ومن ثم كان العقد في نظره عنواناً للعدالة والتوازن العقدي.

وموقف المشرع هذا جاء نتيجة تأثره بالمشرع الفرنسي بنزعتة الفردية، التي تميل إلى

¹ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، حديث رقم 1554 ينظر: صحيح مسلم، ص 730.

² - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، حديث رقم 1555، ينظر: صحيح مسلم، ص 730.

³ - للمزيد حول هذا الرأي الراجح ودليله ينظر: عادل مبارك المطيرات، المرجع السابق، ص 340 وما يليها.

⁴ - ينظر في رأي المالكية: الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، الجزء 03، مكتبة = الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة 01، 2003، ص 400. وفي رأي الحنابلة ينظر: العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، الجزء 02، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ص 217.

⁵ - ينظر: ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 233. وابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء 30، المرجع السابق، ص 258.

إطلاق الحرية كأصل عام، ومنع تقييدها أو الحد منها إلا استثناء وفي أحوال مخصوصة جدا. وهذا في مقابل الاتجاه المقابل ذو النزعة الإجتماعية، الذي يرى بأن الفرد ليست غاية في ذاته، وأن العقد ما هو إلا وسيلة لإشباع رغباته دون أنانية، شريطة أن لا تتعارض مع مصلحة عامة هي أولى بالاهتمام والرعاية، مما يؤدي بالمشرع إلى التدخل لتقييد حرية التعاقد والحد منها، أو توجيهها نحو سياسة اقتصادية عامة معينة، بل لإلغائها أحيانا من خلال فكرة العقد الإلجباري أو العقد المفروض.

ومن ثم فإن الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي في سعتها ومرونتها، فيه ما يغني عن هذين الاتجاهين المتنازعين، ويغني القوانين الوضعية والمشروع الجزائري عن إثارة أحدهما على الآخر، وهو الاتجاه الوسط بينهما دون التحيز إلى أحدهما، وهو الاتجاه المأمول منه تضيق شقة الخلاف والأخذ من كل منهما محاسنه ودرء مثالبه.

فالنظام العام الشرعي، قد وضع قواعد وأصول كلية لمنع وقع الاختلال والتفاوت بين المتعاقدين، وفي سبيل ذلك يمنح للقاضي سلطة أكثر مرونة مما هي عليه في القانون الجزائري، ومن ثم فهي أكثر استجابة لدواعي العدل والانصاف وتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة، سواء في حالات الغبن أو الميسرة أو الجوائح والظروف الطارئة، وهنا يلاحظ أن النظام العام الشرعي يعطي للقاضي مجالا أوسع لإزالة الاختلال الحاصل، بالوسيلة التي يراها مناسبة، إما بإبطال العقد أو إلغاء بعض شروطه، أو بعدم لزوم العقد ومنح المتعاقد الضعيف حق الخيار، وهذا على خلاف القانون الجزائري، فالحالات فيه محددة حصرا وسلطة القاضي فيه مقيدة، فلا يجوز مثلا للقاضي في الغبن في بيع العقار أن يحكم بالفسخ أو الإبطال أو منح الخيار، وإنما يحكم فقط بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

فالنظام العام الشرعي قد نظم أحكام الظروف الطارئة من خلال نظرية الجوائح والعذر، كما نظمها القانون الجزائري، وإن كانت هذه القواعد أكثر شمولا، وأوسع مدى، بحيث تمنح المتعاقد حماية أوفى، مما قد يلحق به من أضرار بسبب تغير الظروف، فهي لا تكفي بأن يكون الظرف عاما بل تدخل في اعتبارها الظروف الخاصة بالمتعاقدين، كما أن تطبيقها لا يقتصر على منح القاضي سلطة تعديل العقد فحسب بل تصل إلى منحه حق فسخ العقد إذا استلزم رفع الضرر ذلك، وهو الجزاء الذي يمكن أن يأخذ به القاضي في القانون الجزائري لرد الالتزام المرهق لحدده المعقول حسب رأي بعض الفقهاء.

وبخصوص نظرية الميسرة فإنه لا يجوز للقاضي في القانون الجزائري أن يمنح المدين المعسر أجلا يجاوز السنة، على خلاف ما هو بالنسبة للنظام العام الشرعي، فالمعسر باتفاق الفقهاء يتم إنظاره إلى حين زوال عسرته دون تقييدها بمدة زمنية زمنية.

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن المشرع الجزائري لم يهتم بوضع نظرية عامة للتوازن العقدي وتعادل الأداءات، وهذا من منطلق تأثره الشديد بمبدأ حرية التعاقد، فهذا الأخير حين نشأ واستقر كمبدأ قانوني، قام على أساس كفالة الحرية وإطلاقها والذي من شأنه أن يحقق التوازن في نظرهم. ولم يتم تقييد المبدأ إلا عقب الانتكاسة التي عرفها والنتائج الخطيرة التي كادت تعصف باستقرار المجتمع وأمنه، فكان تدخل أنصاره على مضض لفرض بعض القيود عليه، وفي حدود ضيقة جدا.

وهذا بخلاف مبدأ حرية التعاقد ورضائية العقود في ظل النظام العام الشرعي، فالمبدأ وإن كان أصلا عاما، فإنه قد ولد منذ البداية منضبطا بضوابط عدم الإضرار وعدم التعسف، وأكل أموال الناس بالباطل، فالقيود إن صح التعبير أتت من داخله، ولا غرابة في أن تكون منسجمة معه، بخلاف قيود المبدأ في القانون فهي أتت من خارجه لذلك بقيت في أضيق الحدود وفاء للمبدأ.

المبحث الثاني

معالجة النظام العام الحمائي للشروط التعسفية في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

إن مبدأ حرية التعاقد، لا يقتصر فقط على حرية الشخص في إبرام العقد أو رفض التعاقد، أو حرّيته في إختيار الشخص المتعاقد معه، بل تمتد لتشمل أيضا حرّيته في تحديد مضمون العقد وشروطه.

وقد ازدادت في وقتنا الحالي، أهمية الشروط في العقود، إذ أن كل شخص يقبل على عقد إلا ويرغب في حماية مصالحه والاحتياط من تلك العملية التعاقدية مستقبلا. فتطور المعاملات التجارية والاقتصادية وتعدد سوق السلع والخدمات أظهر الأهمية التي أصبح يكتسبها الشرط تحت مبرر الحاجة أو الضرورة أو المصلحة لأحد المتعاقدين أو كليهما.

ونظرا للتفاوت الحاصل الذي أفرزه التطور بين المراكز القانونية للمتعاقدين، خصوصا في عقود الاستهلاك، حيث يتم العقد بين طرق قوي بما يتمتع به من معرفة فنية وقوة اقتصادية وهو المحترف أو المتدخل، وبين طرف ضعيف وهو المستهلك. هذا التفاوت كان من نتائجه

استغلال الطرف القوي لمركزه ليفرض على المستهلك - تحت ستار الحرية التعاقدية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين- شروطا مبالغ فيها كثيرا، أطلق عليها تسمية الشروط التعسفية. ونظرا لقصور القواعد العامة التقليدية في القانون المدني الجزائري لتحقيق حماية الطرف الضعيف من هذه الشروط، فقد تم سن المشرع نصوص خاصة لتوسيع مجال الحماية ومكافحة الشروط التعسفية.

أما بخصوص النظام العام الشرعي، فمن الثابت فيه أن مجال الحرية العقدية مقصور على إنشاء العقد أو التصرف بحيث لا تتعداه إلى ترتيب آثاره، فالشارع الحكيم هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره، وهو ما يسمى بجعلية الآثار.

ونظرا لأن الحاجة قد تدعو لوضع بعض الشروط التي لا تتضمنها تلك الأحكام، فقد أجاز الفقهاء اشتراط شروط بحدود متفاوت فيما بينهم، من شأنها تقييد إطلاق العقد دون أن يقتضيها، وهي ما تسمى بالشروط التقييدية، وقد أحاطها النظام العام الشرعي أيضا بجملة من الضوابط منعا للتعسف فيها. وعليه فبعد بيان مفهوم الشرط التعسفي في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي (المطلب الأول). نبيّن كيف واجه كل من النظامين القانوني والشرعي هذه الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الشرط التعسفي في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

إن البحث عن مفهوم الشرط التعسفي سواء في القانون الجزائري، أو في الفقه الإسلامي، هو أمر وثيق الصلة بنظرية التعسف في استعمال الحق، هذه الأخيرة وبالنظر إلى ما انتهى إليه المشرع الجزائري في تعديله للقانون المدني بموجب القانون 10/05، يبدو أنها لم تستو بعد كنظرية قائمة بذاتها في التشريع الجزائري، فالمشرع ومن خلال التعديل المشار إليه، جعل من التعسف في استعمال الحق، مجرد صورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية، وهذا بعدما كانت تجد نفسها ضمن الأحكام العامة للقانون المدني.

وعلى العكس من ذلك فإن التعسف في استعمال الحق، وإن لم يستعمله الفقهاء المسلمون بهذه المصطلح إلا أن مفهومه ومعناه واضح جلي في كتاباتهم واجتهاداتهم الفقهية، بل أن من الفقهاء المعاصرين من جعله نظرية قائمة بذاتها، تجد أساسها في كل من يباشر تصرفا مآذونا به في الأصل مناقضة لقصد الشارع.

وعليه سنستثمر هذه النظرية لأجل بيان مفهوم الشرط التعسفي في القانون الجزائري (الفرع الأول)، ومفهومه في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الشرط التعسفي في القانون الجزائري

سبق القول بأن الوضع الاقتصادي الجديد- القائم على الاستهلاك المكثف- قد أفرز ممارسات جديدة، ابتدعها المحترفون تبعاً لمركز من القوة الذي وجدوا فيه أنفسهم، ساء بسبب احتكارهم سلعا أو خدمات، أو نظراً لحاجة المستهلك للسعة أو الخدمة ولو لم تكن محتكرة. ورغبة من المشرع في توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً، وحمايته من العون الاقتصادي أو المتدخل، فقد أورد ضمن القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية على تعريف للشرط التعسفي على غير عادته، باعتبار أن التعريف هو من عمل الفقه وليس من عمله، وهذا التدخل من طرف المشرع إنما يدل على مدى حرصه في ضبط المفاهيم حتى لا يستغل الفراغ التشريعي من طرف العون الاقتصادي من جهة، وحتى لا يحرف مفهومها من جهة أخرى، وعليه وانطلاقاً من معالجة المشرع للشرط التعسفي في قانون الممارسات التجارية، سنحاول من خلال الفرع، تعريف الشرط التعسفي (أولاً)، ثم تحديد معاييرها في التشريع الجزائري (ثانياً).

أولاً: تعريف الشرط التعسفي في القانون الجزائري

لتحديد المقصود بالشرط التعسفي في القانون الجزائري، يجب بداية أن نعرّف المقصود بالشرط (I)، ثم بيان التعسف وحالاته (II)، لنصل إلى حقيقة الشرط التعسفي (III).

I- تعريف الشرط

إن المشرع الجزائري، وعلى غرار التشريع الفرنسي والمصري، لم يعرّف الشرط مباشرة، على أنه وبالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية، نجد أن الشرط في القانون يطلق ويدل على ثلاث معاني، يختلف كل واحد منها عن الآخر.

أ- الشرط كوصف للالتزام (condition)

يستعمل مصطلح الشرط كوصف للالتزام، ويقصد به كل أمر مستقبلي ممكن الوقوع يرتبط به وجود الالتزام أو زواله. وهو ما قصده المشرع الجزائري من خلال المادة 203 قانون

مدني في نصها على أنه: " يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه". ومن خلال هذا النص فالشرط كوصف للالتزام إما أن يكون واقفا يترتب على تحققه وجود الالتزام، وإما أن يكون فاسخا يترتب على تحققه زوال الالتزام¹.

ب- الشرط كعنصر من عناصر الالتزام

يطلق لفظ الشرط أحيانا بمعنى عنصر من عناصر الالتزام، وهذا للدلالة على ما يشترطه القانون في التصرفات، كشروط صحة التراضي في العقد، وسلامة الأهلية من النقص والعيوب، وهذا ما يقابله الشرط الشرعي في الفقه الإسلامي.

ج- الشرط كبند اتفاقي تعاقدية (clause)

يطلق لفظ الشرط أيضا للدلالة على الحكم الذي يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على إتباعه تنظيما لعلاقتهم العقدية، فيأتي بذلك العقد مقترنا بأمر سواء مما يقتضيه العقد نفسه، أو مؤكدا له أو مخالفا له، وسواء كان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط، أم كان الاشتراط لمصلحة الغير. ويسمى بهذا المعنى الشرط المقترن بالعقد في الفقه الإسلامي. وهذا الإطلاق الأخير بمعنى البند في العقد، هو الذي قد يلحقه وصف التعسف، وهو محل الدراسة. ويختلف عن الشرط كوصف في الالتزام، الذي هو عنصر عرضي في الاتفاق يخرج عن إرادة المتعاقدين، كما يختلف أيضا عن الشرط القانوني الذي يقرره القانون ولا دخل للإرادة فيه، ويرتب عليه أثرا من حيث الصحة أو البطلان.

II- تعريف التعسف

يقصد بالتعسف الاستخدام السيئ، أو الاستخدام الفاحش لميزة قانونية²، ومنه يقال التعسف في استعمال الحق، والمراد منه كما جاء في المادة 124 مكرر قانون مدني: "...إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، أو إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى

¹ - إن الشرط كوصف للالتزام، وإن كان يخرج عن نطاق هذه الدراسة، إلا أنه تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخضعه أيضا لمقتضيات النظام العام، بحيث نصت المادة 204 قانون مدني على أنه: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم. غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام".

² - ابتسام القزام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، ص 03.

الضرر الناشئ للغير، أو إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

III- تحديد المقصود بالشرط التعسفي

بعد تحديد المقصود بالشرط باعتباره بند زائد على حكم العقد ومقتضاه، يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على إتباعه تنظيما لعلاقتها العقدية. وبعد تحديد المقصود بالتعسف باعتباره الاستخدام الفاحش لميزة قانونية، سنبين المقصود بالشرط التعسفي في الفقه (أ)، ثم في بعض التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري (ب). وصولا إلى التعريف القضائي (ج).

أ- التعريف الفقهي للشرط التعسفي

تعددت تعاريف الفقهاء للشرط التعسفي من وجهتين، وجهة ضيقة من منظور القانون المدني، ووجهة موسعة من منظور قانون الاستهلاك.

فمن الوجهة الأولى، عرفه البعض بأنه: " الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية. والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة"¹.

وقيل بأنه: " يكون الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفيا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالعائد المدعن، أو إذا كانت المصالح التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها من إدراج هذا الشرط قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع الأضرار التي تصيب الطرف المدعن بسببها، أو إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها من إدراجه في العقد غير مشروعة"².

ورأى البعض أنه: " يكون تعسفيا الشرط التعاقدى الذي يتضمن تفاوتاً فاحشاً يحصل عليه أحد المتعاقدين متعسفاً في حقه التعاقدى أو في حقوقه التعاقدية"³.

في حين حاول البعض تعريفه تعريفاً جامعاً بقوله: " الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه على الطرف الآخر بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى

¹ - عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 401.

² - رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 1994، ص 287-289.

³ - A.Karimi, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, LGDJ, 2001, p15.

فيشكل ذلك عبئاً على الطرف الآخر دون مقتضى¹.

وأما من الوجهة الثانية وهي بمنظور قانون الاستهلاك، فقد جاءت تعاريف الفقهاء موسعة نوعاً ما، فمنهم من عرفه بأنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"².

أو هو: "شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواء أكانت الميزة فاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره"³.

أما من حيث طريقة فرضه فقد عرّف بأنه: "الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف ذي النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"⁴. أو هو: "الشرط المحرر مسبقاً من قبل الطرف الأكثر قوة في العقد، والذي ينتج عنه عدم توازن ظاهر يضر بمصلحة الطرف الأكثر ضعفاً"⁵.

أما من حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها فقد جاء في تعريفه بأنه: "شرط في العقد، يترتب عليه عدم توازن واضح -مفقوت- بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على عقد الاستهلاك، تمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك"⁶.

ومما يستخلص من هذه التعريفات الفقهية أن عنصر التفوق عنصر مهم في تحديد مفهوم الشرط التعسفي، على أن هذا التفوق يجب أن يفهم فهماً واسعاً يشمل كل أنواع التفوق، سواء أكان تفوقاً اقتصادياً، أو تقنياً، أو قانونياً، أو غير ذلك، ضماناً لحماية المتعاقد الضعيف من الشرط التعسفي الذي يفرض عليه.

¹ - رياحي أحمد، المرجع السابق، ص 27.

² - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 32.

³ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، المرجع السابق، ص 115.

⁴ - سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 50.

⁵ - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, 4^e édition, 1996, D. p162.

⁶ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 52.

ب- التعريف التشريعي للشرط التعسفي

قبل تحديد تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي، لا بأس من عرض تعريف بعض التشريعات المقارنة، كالتشريع الألماني، والبلجيكي، والفرنسي (1). ثم تعريفه في التشريع الجزائري (2).

1- تعريف الشرط التعسفي في التشريعات المقارنة

عرّف المشرع البلجيكي الشرط التعسفي من خلال المادة 31 من القانون المؤرخ في 14 يوليو 1991¹ على النحو الآتي: " كل شرط تعاقدى يؤدي إلى اختلال مبالغ فيه في التوازن بين الحقوق والالتزامات التعاقدية على حساب المستهلك"².

أما المشرع الألماني فقد عرّف الشروط التعسفية وهو بصدد الحديث عن الشروط العامة في العقد، وذلك بموجب المادة 09 من قانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، والذي بدأ العمل به في 01 أبريل 1977، بقوله: " تعتبر الشروط العامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة، ومجحفة بالشريك في العقد مع المشتري بطريقة غير معقولة، ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية"³.

وعرّف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي بالمادة 35 من القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات التي جاء بها: " في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، قد تكون محظورة، أو محددة، أو منظمة... الشروط المتعلقة ب...متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"⁴.

¹ - القانون المؤرخ في 14 يوليو 1991 الذي أدخل تعديلات على قانون 14 يوليو 1971 الخاص بالممارسات التجارية، من خلال فصل جديد (فصل 13) عنوانه " النصوص العامة المتعلقة ببيع السلع والخدمات للمستهلكين"، ويعالج هذا الفصل في المقام الأول الشروط التعسفية

² - عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 287.

³ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، المرجع السابق، ص 10-11.

⁴ - L'art.35 dispose que : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées... les clauses relatives au...lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

وقد أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لسنة 1995، اقترب به من التعريف الوارد بالأعمال التحضيرية السابق، ولكنه لم يغيّر الكثير من مدلول المادة 35. وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة 1-132 L من القانون رقم 96/95 الصادر في 01 فيفري 1995، والتي تنص على أنه: "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية الشروط التي يكون موضوعها أو يحدث أثرها على حساب غير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"¹. والملاحظ أن المشرع الفرنسي ركّز في المادة 35 من قانون 1978/01/10 على عناصر أربعة لاعتبار الشرط تعسفياً، وأهم عنصرين منها هو ضرورة أن يكون هناك تعسف في استعمال المحترف لتفوقه الاقتصادي لفرض الشرط، ثم حصوله على ميزة مفرطة نتيجة إدراجه لذلك الشرط. أما المادة 1-132 L من قانون حماية المستهلك لسنة 1995 فقد تخلت عن عنصر التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، وغيّرت من مدلول المعيار الخاص بضرورة الحصول على الميزة المفرطة، بمعيار الاختلال بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو ما ذهبت إليه المادة 31 من قانون 14 يوليو 1994 البلجيكي².

2- تعريف الشرط التعسفي في التشريع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي من خلال القانون المدني الصادر بموجب الأمر 58/75، واقتصر فقط على منح القاضي إمكانية تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان من خلال نص المادة 110 منه دون أن يحدد المقصود بالشرط التعسفي. ومن ثم كان يجب الانتظار إل غاية صدور القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية³، حيث قام بتعريف الشرط التعسفي في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة التي تكفل فيها بتحديد المفاهيم الواردة بهذا القانون بقوله: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط

¹ -L'art. L.132-1 du C.consom. Dispose que : « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont objet ou pour effet de créer, au détriment des non-professionnels ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et obligations des parties au contrats ». loi n°95-96 du 01 février 1995.annexe JO du 02 février 1995.Ord.n°2001-741 du 23 aout 2001 art.16 JO du 25aout 2001.

² - رباحي محمد، المرجع السابق، ص21.

³ - القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 ، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر عدد 41، سنة 2004.

أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وما يمكن ملاحظته حول هذا التعريف، أنه سار على نهج المشرع الفرنسي، من خلال استبعاده لشرط حسن النية الذي جاءت به الفقرة 01 من المادة 03 من التوجيه الأوروبي رقم 13/93، مما يجعل الحماية من الشروط التعسفية تقوم على أسس موضوعية وليست شخصية. كما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الجديد الذي تبناه المشرع الفرنسي بموجب القانون 96/95، وهو معيار الاختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات، بعدا استبعد معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والحصول على مزايا فاحشة تحت ظلها¹. وسنعود للحديث عن هذا المعيار لدى بيان معايير الشط التعسفي.

ج- التعريف القضائي للشرط التعسفي

نظرا لعدم وجود تعريف في القضاء الجزائري لشرط التعسفي، لا بأس من أن نعرض لبعض التعاريف التي وضعها القضاء المقارن، ومن ذلك تعريف محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه: " هو ذلك الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام"². وهي بهذا قد جعلت النظام العام كضابط لمشروعية الشروط بصفة عامة، والشروط التعسفية بصفة خاصة.

أما القضاء الفرنسي فقد تعددت تعريفه لمفهوم الشرط والتي منها: قرار محكم النقض المؤرخ في 1995/01/31 والذي جاء فيه: " إذا كان التعويض المفروض من قبل المدرسة على زبائنها يخول لها الحصول على مزايا مجحفة، وفي هذا السياق فإن الشرط يعتبر تعسفيا بحق لأنه يؤدي إلى اختلال فاضح بين الأداءات المتقابلة"³.

ثانيا: معايير الشرط التعسفي في التشريع الجزائري

سبقت الإشارة بأن المشرع الجزائري قد عرف الشرط التعسفي في المادة 03 فقرة 05 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية بأنه: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق

¹ - راضية العطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011، ص 23.

² - عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 204.

³ - هذا القرار مقتبس عن: راضية العطاوي، المرجع السابق، ص 31 .

وواجبات أطراف العقد".

وانطلاقاً من هذا التعريف، يظهر بأن المشرع الجزائري قد حدد معيار الشرط التعسفي بعدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وأنه لم يعتمد على معياري التفوق الاقتصادي، والميزة الفاحشة التي يتحصل عليها المحترف، كما أنه لم يأخذ بمعيار تعلق الشرط بأحد العناصر العقدية المحددة قانوناً، أو أن يصدر بشأنه مرسوماً يحدد طبيعته، وهي المعايير التي كان يأخذ بها المشرع الفرنسي بموجب قانون 1978/01/10 قبل العدول عنها بموجب قانون الاستهلاك المؤرخ في 1995/02/01¹.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري في اعتماده لمعيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، هو أنه لم يبين كيفية تحديد عدم التوازن، ووقته، وترك بذلك المجال واسعاً للقضاء الذي يمكنه أن يحدده تبعاً لظروف وملابسات تكوين العقد.

كما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 29 من قانون الممارسات التجارية، قد وضع قائمة لمجموعة من الشروط اعتبرها تعسفية، وأورد هذه القائمة على سبيل المثال لا الحصر، مما يعني أنه لم يأخذ بمعيار القائمة في تحديد طبيعة الشرط التعسفي، مع التذكير أن هذا السرد ليس الهدف من وراءه حصر الشروط وإنما الوقوف فقط على أهمها، فالطابع التعسفي لهذه الشروط التي ذكرها المشرع مفترض، ومن ثم يعفى المضرور من إثبات الطابع التعسفي للشرط، أما إذا تعلق الأمر بشروط أخرى غير مذكورة في نص المادة، فإنه يقع على عاتق المضرور عبء إثبات طابعها التعسفي².

على أنه وبالرجوع إلى نص المادة 30 من قانون الممارسات التجارية التي تنص على أنه: "بهدف حماية المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية". وتطبيقاً لهذا النص أصدر المشرع الجزائري أول مرسوم تنفيذي تحت رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية³.

¹ ينظر في معايير الشرط التعسفي في التشريع الفرنسي: رياحي أحمد، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 100.

³ المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان

قد يفهم البعض من هذا النص أن المشرع الجزائري يأخذ بمعيار ضرورة صدور مرسوم لتحديد الشرط التعسفي، والذي يبدو أن المشرع لم يقصد من إحالته لتنظيم بعض الشروط التعسفية عن طريق مراسيم، أن يجعل من ذلك معيارا يتوقف عليه تحديد الطابع التعسفي للشرط¹. ومن ثم تترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى تعسف أي شرط حتى وإن لم يكن قد ورد في القائمة التي جاءت بها المادة 29 من القانون 02/04 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 .

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري، قد أورد بعض الشروط التعسفية، يصعب تكييفها من خلال المعيار المعتمد وهو الاختلال أو عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، مما يعني أنها هناك معايير أخرى مكّلة تساعد في تحديد الطابع التعسفي للشرط²، ورغم أن المشرع لم يذكرها بها صراحة، إلا أنه يمكن أن نستشفها بالقراءة البسيطة لبعض الشروط وهي ثلاث معايير:

أما المعيار الأول فهو التحكم الانفرادي في تطور العقد، ومثاله الشروط المنصوص عليه في المادة 07 من القانون 04/04 حيث جاء فيها: "التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ خدمة". وما نصت عليه المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 حيث جاء فيها: "الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك".

وأما المعيار الثاني فهو غياب المقابل للطرف الثاني، ومثاله ما نصت عليه المادة 29 من القانون 02/04 حيث جاء فيها: "أخذ حقوق و/أو التزامات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات معترف بها للمستهلك". وما نصت عليه المادة 05 في الفقرة 09 من المرسوم التنفيذي 306/06 حيث جاء فيها: "تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته".

وأما المعيار الثالث فهو التوزيع غير العادل للأخطار العقدية، ومثاله ما نصت عليه المادة 29 فقرة 03 من القانون 02/04 حيث جاء فيها: "فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد. وما نصت عليها المادة

== = الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر عدد56، 2006.

¹ - رياحي أحمد، المرجع السابق، ص 63.

² - ينظر في تفصيل هذه المعايير الثلاث : راضية العطاوي، المرجع السابق، ص 51 وما بعدها.

05 فقرة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 حيث جاء فيها: "عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا مقابل دفع تعويض".

ثالثا: نطاق تطبيق الشرط التعسفي

بالرجوع إلى نص المادة 110 من القانون المدني، والقانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية لا سيما المادة 03 فقرة 05، والمادتين 29 و30 منه، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، يلاحظ أن تطبيق الشرط التعسفي مقيد بنطاق شخصي (I)، ونطاق موضوعي (II).

I- النطاق الشخصي لتطبيق الشرط التعسفي

يقصد بالنطاق الشخصي لتطبيق الشرط التعسفي، الأشخاص الذين خصّهم المشرع بالحماية من هذه الشروط، ويتفحص مختلف النصوص القانونية الواردة في هذا المجال، نلاحظ وجود تضارب وعدم دقة في المصطلحات التي استعملها المشرع، مما أدى إلى اختلاف الفقه والقضاء حول نطاق ومجال الحماية من ناحية الأشخاص.

فمن خلال نص المادة 110 من القانون المدني نص المشرع على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها...". من خلال هذا النص يتضح أن نطاق الحماية من الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة يتسع لكل طرف مذعن في عقد الإذعان، دون أن يخصه المشرع بأي صفة أخرى، كأن يكون مستهلك أو محترف أو عون اقتصادي.

غير أن المشرع ضيق من مجال هذه الحماية نوعا ما من خلال المادة 01 من القانون 02/04 بنصه على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه". فالنص صريح في أن مجال تطبيق الحماية في هذا القانون من ناحية الأشخاص يشمل كل من المستهلك والعون الاقتصادي.

وفي اتجاه آخر نحو التضييق أكثر من مجال الحماية نجد المشرع ينص من خلال المادة 29 فقرة 01 من ذات القانون على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي...".

وما يلاحظ في هذا الصدد أن موقف المشرع، وإن كان يعتبر من خلال القواعد العامة

موقفاً مفهوماً ومعقولاً، حيث لم يعرف القانون المدني مصطلح المستهلك، ومن ثم جاء مجال الحماية شاملاً لكل طرف مدعن في عقد إذعان.

إلا أن الأمر غير المقبول هو الخلط الذي وقع فيه المشرع من خلال القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، فهو قد حدّد بداية نطاق تطبيق القانون على العلاقة بين المستهلك والعمّال الاقتصادي، ثم عاد بعد ذلك وحصر مجال تطبيق الشروط التعسفية في العلاقة بين المستهلك والبائع فقط.

وللوقوف على مقصود المشرع ينبغي أن نحدد المقصود بهؤلاء الأطراف بداية، فقد حدد القانون 02/04 المقصود بالعمّال الاقتصادي من خلال نص المادة 03 فقرة 01 بأنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أياً كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

كما حدد المقصود بالمستهلك من خلال نص المادة 03 فقرة 02 منه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة قدّمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجرّدة من كل طابع مهني".

كما عرّف المشرع المستهلك أيضاً من خلال القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، من خلال المادة 03 فقرة 02 بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

والذي يبدو من التعريفين السابقين أن المشرع قد تبنى المفهوم الضيق للمستهلك، وبالتالي يستبعد من مفهومه كل من يتعامل لأغراض مهنته مهما اختلفت تسميته، بائع أو محترف أو متدخل أو مهني أو عمّال اقتصادي. مما يجعل هؤلاء خارج نطاق الحماية من الشروط التعسفية، حتى ولو تصرفوا خارج اختصاصهم ولأغراض مهنتهم¹.

وتجب الإشارة هنا أيضاً إلى أن مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري يمتد ليشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية على حد السواء، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي يقصر مفهومه على الشخص الطبيعي فقط ويستبعد طبقاً لقانون الاستهلاك لسنة 1993 الشخص

¹ - رياحي أحمد، المرجع السابق، ص 344.

الاعتباري ولو تعاقد لأغراض شخصية¹.

II - النطاق الموضوعي لتطبيق الشرط التعسفي

بالرجوع إلى مختلف النصوص التي عالج من خلالها المشرع الشروط التعسفية، يتضح أن موضوع هذه العقود يقتصر على عقود الإذعان فقط، دون إمكانية مد نطاق تطبيقها إلى عقود المساومة.

ففي ظل القواعد العامة نصت المادة 110 قانون مدني على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية...". يستفاد من هذا النص أنه لا يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، إلا إذا كان العقد من عقود الإذعان، فلا مجال لتطبيق هذا النص على عقود المساومة، لأنه استثناء من الأصل العام الذي يقضي بعدم جواز تعديل العقد، فيأخذ به في حدوده ولا يقاس عليه.

كما أن المادة 03 فقرة 05 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، من خلال تعريفها للمصطلحات الواردة في هذا القانون جاء فيها: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

كما نصت المادة الأولى فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 306/06 على أنه: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 من القانون 02/04 المؤرخ في 23 يوليو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

والذي نخلص إليه من خلال ما سبق، وبالنظر إلى هذه النصوص مجتمعة، أن النطاق الشخصي والموضوعي الذي يتدخل فيه النظام العام الحمائي لمعالجة الشروط التعسفية وحماية الطرف الضعيف منها، هي عقود الإذعان دون غيرها، سواء انصب العقد على بيع سلعة أو تأدية خدمة، متى كان أحد طرفيه مستهلكا والآخر عونا اقتصاديا، شريطة أن تؤدي هذه الشروط إلى إخلال وعدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطرافه.

¹ - راضية العطاوي، المرجع السابق، ص 63.

الفرع الثاني

مفهوم الشرط التعسفي في الفقه الإسلامي

لقد وضعت الأحكام العامة لعامة العقود والخاصة لبعضها، استجابة لمقاصد العاقدين من العقد غالباً، إلا أن الحاجة قد تدعو لوضع بعض الشروط التي لا تتضمنها تلك الأحكام. ولهذا المعنى جاز اشتراط شروط بحدود تتفاوت عند جمهور الفقهاء، من شأنها تقييد إطلاق العقد دون أن يقتضيها، وهي ما تسمى بالشروط التقييدية المقترنة بالعقد¹، كل هذا لأجل وصول العقد عند طرفيه إلى مستوى تحقيق مقصودهما منه.

ثم إن الحاجة إلى الاشتراط عائدة إلى أن لدى العاقدين في العادة رغبات لا يكفي مقتضى العقد² لتلبيتها، ربما تزيد عما يقتضيه العقد، أو تنقص، وقد تكون هذه الرغائب ضرورية لكل عاقد، فلربما كانت للواحد منهم حاجة لا يقتضيها العقد، فاحتاج إلى إدخالها في التعاقد على شاكلة الشرط الذي يتفقان عليه³.

وإذا كان اشتراط الشروط بهذا الشكل محل اتفاق واسع بين جمهور الفقهاء، فيبقى أن تكون هذه الشروط في دائرة النظام العام الشرعي مما تسعها نصوصه، ومن ثم فكل من تعسف في وضع شرط من الشروط بغية الإضرار بالطرف الآخر كان قصده باطلاً. ولتحديد المقصود بالشرط التعسفي وحكمه الشرعي، لا بد بداية من تحديد المقصود بالشرط التقييدي المقترن بالعقد، وبحث مدى جواز تقييد العقود بالشروط عامة (أولاً)، ثم تحديد فكرة التعسف (ثانياً)، وصولاً إلى تحديد المقصود بالشرط التعسفي (ثالثاً).

أولاً: تعريف الشرط التقييدي المقترن بالعقد

قبل أن نبيّن المقصود بالشرط المقترن بالعقد، يحسن بنا بداية أن نبيّن مفهوم الشرط بشكل عام، عند الأصوليين (I)، ثم الفقهاء (II)، للوصول إلى بيان الشرط التقييدي المقترن بالعقد كنوع من أنواع هذه الشروط (III).

¹ - ينظر في هذه التسمية بحث مفصل للأستاذ: فتحي الدريني، بحوث مقارنة، الجزء 02، المرجع السابق، ص 411 وما بعدها.

² - يقصد بمقتضى العقد الحكم الأصلي الذي شرع من أجله، أو هو المقصود الأصلي من شرعية العقد، كانتقال ملكية المبيع إلى المشتري تلقائياً فور إنشاء عقد البيع، وثبوت حق احتباس المرهون للمرتهن في عقد الرهن توثيقاً لدينه واستيفائه من ماليته. ينظر: فتحي الدريني، بحوث مقارنة، الجزء 02، المرجع السابق، ص 413.

³ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 228.

I - تعريف الشرط عند الأصوليين

عرف الآمدي الشرط بأنه: " ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب"¹.

كما عرفه القرافي بأنه: " الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا عدم لذاته ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره"².

ويضيف القرافي في شرحه للتعريف: " فالقيد الأول احتراز من المانع، فإنه لا يلزم من عدمه شيء. والقيد الثاني احتراز من السبب، فإنه يلزم من وجوده الوجود. والقيد الثالث احتراز من مقارنة وجوده لوجود السبب فيلزم الوجود، ولكن ليس ذلك لذاته بل لأجل السبب أو قيام المانع، فيلزم العدم لأجل المانع لا لذات الشرط، والقيد الرابع احتراز من جزء العلة، فإنه يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، غير أنه مشتمل على جزء مناسبة فإن جزء المناسب مناسبة.

وعرفه الزرقا بأنه: " كل أمر ربط به غيره عدما لا وجودا، وهو خارج عن ماهيته"³. ومثال ذلك أهلية التعاقد، فإنها شرط في كل عقد، ففقد هذه الأهلية كالصبي غير المميز أو المجنون لا ينعقد عقده. وكذا قابلية المال المبيع للتملك، فإنها شريطة لانعقاد البيع، فإذا لم يكن المال المبيع قابلا للتملك لا ينعقد البيع، كما في المال الموقوف، فإن بيعه باطل لعدم قابليته للتملك، وكذا كون المبيع مقدور التسليم، فلو باع حيوانا شاردا منه لا يقدر على تسليمه فالبيع باطل⁴.

II - الشرط عند الفقهاء

يرد الشرط عند الفقهاء بمعنيين: الأول، وهو الأمر الزائد عن ماهية الشيء وحقيقته الشرعية، الذي يتوقف وجود الشيء على وجوده، ويعدم بعدمه، وذلك كالزوجية بالنسبة للطلاق، فإنها زائدة عن حقيقة الطلاق فهو رفع عقد الزواج، وإنهاء آثاره وأحكامه بلفظ مخصوص، ولكن يتوقف على وجودها وقوع الطلاق شرعا، كما يلزم من عدمه عدم الطلاق، فإذا لم توجد

¹ - علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، الجزء 02، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1980، ص 453.

² - القرافي، الفروق، الجزء 01، المرجع السابق، ص 62.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء 01، المرجع السابق، ص 392.

⁴ - المرجع نفسه، ص 392-393.

الزوجية، لم يوجد الطلاق¹.

والمعنى الثاني، وهو التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد على أصل التصرف، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف، أم لم يكن من مقتضاه، وسواء أكان فيه منفعة للملتزم له أو لغيره، أم لم يكن فيه منفعة لأحد وسواء ثبت باللفظ أم لا². وتقسم الشروط عند الفقهاء إلى عدة أقسام يمكن اختصارها فيما له علاقة بهذه الدراسة في قسمين رئيسيين: شروط شرعية، وشروط جعلية.

فأما الشروط الشرعية، فهي ما وضعه الشارع وألزمنا به، كاشتراط الطهارة للصلاة، والبلوغ للتكليف، والعمد للقصاص، والرضا لصحة العقود، ونحو ذلك.

وأما الشروط الجعلية، فهي ما يشترطه العاقدان أو أحدهما في العقد، دون أن يرد به الشرع. والشرط الجعلي عند الفقهاء إما أن يكون العقد معلقا عليه، أو مضافا إليه، أو مقترنا به³، وهذا الأخير هو الذي يطلق عليه الفقهاء تسمية الشرط المقترن بالعقد، وهو محل دراستنا.

III- تعريف الشرط التقييدي المقترن بالعقد

عرف الأستاذ **فتحي الدريني** الشرط التقييدي المقترن بالعقد، تعريفا جامعاً بقوله: "هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا"⁴.

فبيّن التعريف أن الشرط يوجب تكليفا في تصرف قولي، سواء أكان عقدا بين طرفين في عقود المبادلات المالية أم غير المالية كالأحوال الشخصية، أم كان تصرفا انفراديا، كالهبة والوصية.

وقيد "عند تكوينه" يجعل الشرط ما كان مصاحبا للعقد عند إنشائه، وكان جزءا من بنوده، وليس لاحقا له أو سابقا عليه. وقيد "زائد عن أصل مقتضاه" يخرج ما كان يقتضيه أصل العقد، مثل الالتزام بتسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن للبائع، لأنه من مقتضى عقد البيع،

¹ - عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص 09.

² - المرجع نفسه، ص 10.

³ - محمد علوشيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، شركة دار الأمة، برج الكيفان، الجزائر، الطبعة 01، 1997،

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، الجزء 02، المرجع السابق، ص 414.

وزيادة النص عليها لا يغيّر من حقيقة عقد البيع¹.

وهكذا يظهر من خلال هذا التعريف أن الشرط التقييدي المقترن بالعقد هو الذي يعدل من آثار العقد زيادة أو نقصانا، بخلاف الشرط التعليقي، والشرط الإضافي، إذ كل من هذين الشرطين يقترن بالعقد، غير أنه مختلف عن الشرط التقييدي المقترن مفهوما وأثرا².

فالشرط التعليقي لا يوجب تكليفا زائدا عن مقتضى التصرف، وإنما هو شرط يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، أو كما يقول الأصوليون: "ربط حصول مضمون جملة، بحصول مضمون جملة أخرى كلاهما غير موجود في الحال"³. ومثاله قولك: إذا جاء ولدي من السفر بعتك داري. فهذا شرط تعليقي، لا ينشأ معه التصرف في الحال، بل يكون معلقا بحصول الشرط مستقبلا. وليس فيه زيادة على مقتضى العقد. وهو ما يسمى في القانون الجزائري بالشرط الواقف كوصف من أوصاف الالتزام.

وأما الشرط الإضافي فهو يفيد إرجاء التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل، كقولك: أجرتك بيتي ابتداء من شهر يناير القادم، أو العام المقبل. فالعقد حال، وتنفيذه مستقبل، فالشرط هنا مقارن لكنه لا يوجب التزاما زائدا، بل أضاف العقد إلى زمن مستقبل، وهو ما يسمى في القانون الجزائري بالأجل كوصف من أوصاف الالتزام.

ثانيا: التعسف في الفقه الإسلامي ودليله الشرعي

تجب الملاحظة بداية أن كلمة تعسف لم ترد في كتب الأصول أو الفقه الإسلامي، لكن الفقه قد درج على استعمالها، وهي مشتقة في أصلها من الفقه القانوني الغربي من كلمة L'abus أي الإساءة⁴. ومن المصطلحات الدارجة عند الفقهاء للتعسف "الاستعمال المذموم"، و"المضارة في الحقوق". على أن عدم استعمال هذا المصطلح لا يعني وجوده، لذلك سنبين بداية تعريف الفقه للتعسف (I)، ثم الأدلة الشرعية التي استندوا إليه لبناء نظرية للتعسف في الفقه الإسلامي (II).

1 - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، الجزء 02، المرجع السابق، ص 414-415.

2 - محمد علوشيش الورتلاني، المرجع السابق، ص 45.

3 - فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 416.

4 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 03،

2008، ص 52.

I - تعريف التعسف في الفقه الإسلامي

عرف الإمام الشاطبي التعسف تعريفاً أصولياً بأنه: "تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله"¹. فالإمام الشاطبي يعتبر التعسف من طبيعة التعدي بطريق التسبيب، وأنه لا يلتزم في ذلك بضابط التعدي عند الأقدمين من الفقهاء - وهو المعيار الموضوعي -، وإنما يلتزم معياراً ذاتياً قوامه عناصر نفسية من قصد الإضرار أو مظنته أو الإهمال والتقصير، ومن ثم يجعل التعسف في استعمال الحق مجرد تطبيق لمعيار التعدي وهو ما يقابل الخطأ في الفقه القانوني².

ومن الفقهاء المعاصرين عرفه الأستاذ فتحي الدريني التعسف بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"³.

و في شرحه لهذا التعريف بيّن مفهوم المناقضة لقصد الشارع، والتصرف المأذون فيه شرعاً، إذ رأى أن مناقضة قصد الشارع تعني المضادة والعمل على خلاف أحكام الشارع، وهذا إما أن يكون مقصوداً، كاستعمال الحق لجرد قصد الإضرار بالغير، أو التذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه الله، أي الوصول إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو استعمال الحق دون نفع لمجرد العبث، أو لتحقيق نفع تافه، في حين أنه يلحق بغيره ضرراً بيناً، والعبرة هنا بالقصد الذي يريده المكلف لا بصورة الفعل في ظاهره وإن وافق الشرع⁴، إذ يجب أن يكون قصده موافقاً لقصد الشارع وإلا اعتبر باطلاً⁵.

II - الأدلة الشرعية لنظرية التعسف في الفقه الإسلامي

تستند نظرية التعسف في استعمال الحق إلى العديد من النصوص الشرعية من القرآن والسنة وبعض الآثار الثابتة عن الصحابة رضوان الله عليهم.

فمن القرآن الكريم، وردت عدة آيات، تنهى كلها عن المضارة والتعسف في استعمال الحقوق منها: قوله تعالى: **"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة**

¹ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 382 .

² - شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، مصر، لطبعة 01، 2008، 126.

³ - الدريني، نظرية التعسف، المرجع السابق، ص 91.

⁴ - المرجع نفسه، ص 91-93.

⁵ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 01، المرجع السابق، ص 157.

وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"¹.

يقول الجصاص: "روي عن الحسن والمجاهد وقتادة قالوا: هو المضارة في الرضاع. وعن سعيد بن جبير وإبراهيم قالوا: إذا قام الرضاع على شيء خيرت الأم. قال أبو بكر: فمعناه لا تضار والدة بولدها بأن لا تعطى إذا رضيت بأن ترضعه بمثل ما ترضعه به الأجنبية، بل تكون هي أولى على ما تقدم في أول الآية من قوله: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، فجعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة، ثم أكد ذلك بقوله تعالى: "لا تضار والدة بولدها"، يعني والله أعلم أنها إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها"².
و قوله تعالى أيضا في آية المداينة: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون"³. والآية تدل أن التعامل مع المدين المعسر يكون بأحد أمرين، إما انتظار يسره، وإما التسامح والتنازل عن الدين وإسقاطه عنه، وفي ذلك صدقة تجر الخير الكثير، وهي خير من إنظار المدين"⁴.

وكذلك قوله تعالى: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزوا"⁵.

يقول الشاطبي في تفسير هذه الآية: "وفسرت -الآية- بأن الله حرم على الرجل أن يرتجع المرأة يقصد بذلك مضارتها، بأن يطلقها، ثم يمهلها حتى تشارف انقضاء العدة، ثم يرتجعها، ثم يطلقها حتى تشارف انقضاء العدة، وهكذا لا يرتجعها لغرض له سوى الإضرار بها"⁶.

وقوله تعالى في آية المواريث: "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية

¹ - سورة البقرة، الآية 233.

² - الجصاص، أحكام القرآن، الجزء 01، المرجع السابق، ص 552-553.

³ - سورة البقرة، الآية 282.

⁴ - ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء 01، المرجع السابق، ص 327.

⁵ - سورة البقرة، الآية 231.

⁶ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 289.

من الله والله عليم حليم"¹. وفي هذا يقول ابن تيمية: "إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي في التقربات والعبادات، فيجعل الشيء حلالاً، أو محرماً، أو صحيحاً، أو فاسداً، أو صحيحاً من وجه، فاسداً من وجه، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة، أو مستحبة، أو محرمة، أو صحيحة، أو فاسدة. ودلائل هذه القاعدة كثيرة جداً منها...". من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار"، فإن الله سبحانه إنما قدم على الميراث وصية لم يضار الورثة بها، فإذا وصى ضراراً كان ذلك حراماً، وكان للورثة إبطاله، وحرم على الموصى له أخذه بدون رضاهم"².

أما دليل منع التعسف من السنة النبوية، ما روي عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"³. ورغم اختلاف الفقه في تحديد مدلول ومجال الضرر والضرار في الحديث السابق، إلا أن هناك من الفقهاء المعاصرين من يميل إلى القول بأنه يشمل ما إذا كان الضرر ناتجاً عن طريق المباشرة، أو التسبب مع التعدي، بإتيان الفعل غير المشروع في ذاته، كما يشمل أيضاً الضرر الذي يترتب على فعل مشروع في ذاته، أي الفعل الذي يستند إلى الحق، فيكون بذلك أصلاً من أصول نظرية التعسف، ويكون امتثال النهي في الحديث تبعاً لهذا الرأي إما بدفع الضرر قبل حدوثه، وإما بعد الوقوع⁴.

ومن نصوص السنة أيضاً ما حدّث به واصل مولى أبي عيينة، قال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي عن سمرة بن جندب، أنه كانت له عضد من نخل رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به، ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبه له ولك كذا وكذا أمراً رغبة فيه فأبى، فقال: أنت مضار، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأَنْصَارِيِّ: "أذهب فأقلع نخله"⁵.

¹ - سورة النساء، الآية 12.

² - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، للجزء 06، المرجع السابق، ص 55-56.

³ - رواه البيهقي في سننه، حديث رقم 1166، المرجع السابق، ص 69.

⁴ - ينظر في هذا الخلاف بين الفقهاء حول معنى الحديث: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص

119 وما بعدها

⁵ - رواه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب من القضاء، حديث رقم 3636، المرجع السابق، ص 315.

ومنها أيضا ما رواه مسلم في الصحيح عن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره"، ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم¹. وهذا المنع يدخل فيما تسمى بمضار الجوار التي أسسها الفقهاء على نظرية التعسف في استعمال الحق.

ومن الآثار الثابتة عن الصحابة، ما رواه مالط بن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له (النهر الصغير) من العريض (واد بالمدينة)، فأراد أن يمرره في أرض لمحمد بن مسلمة، فأبى محمد، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب رضي الله عنهن فدعا محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد بن مسلمة: لا، فقال عمر رضي الله عنه: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع، تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك، فقال محمد: لا، فقال عمر رضي الله عنه: لم تمنع، والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك².

يتضح من هذه الأدلة الثابتة من الكتاب والسنة والآثار الواردة عن الصحابة، أن نظرية التعسف أصل من الأصول التي يبني عليها التشريع الإسلامي، وإن لم يرد مصطلح التعسف في كتب الفقه المتقدمة.

ثالثا: تحديد المقصود بالشرط التعسفي في الفقه الإسلامي

من المستقر عليه فقها، أنه إذا كان لكل عقد مقتضى يخصه، فليس للعاقد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه، قبل العقد أو أثناءه ما لم يرد إذن من الشارع بذلك وإقرار منه له، سواء أكان ذلك إذن عاما شاملا، أم إذن خاص بإقرار ذلك الشرط بعينه، وكذلك ليس له أن يزيد من ذلك المقتضى إلا بإذن من الشارع³.

على أنه وإن كانت آثار العقود جعلية معروفة ومحصورة، فإنها قد تكون على وفق حاجة عاقدتها ومقصودها، وهو لا يحتاج إزائها إلى تعديل آثارها عن طريق الاشتراط زيادة أو نقصا، وقد لا تكون تلك الآثار محققة لحاجته، فيحتاج إلى أن يعدل منها بما يحقق رغبته وغرضه زيادة أو نقصا، ويكون السبيل إلى ذلك هو الاتصال بهذه الآثار من حيث تعديلها عن

¹ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب غرز الخشب في جدار الجار، حديث رقم 1609، ينظر: صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 1230.

² - رواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء من المرفق، حديث رقم: 1431، ص 746.

³ - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 218.

طريق الشروط المقيدة للعقد¹.

وإن كان الفقهاء متفقون على جواز تقييد العقود بالشروط، إلا أنهم اختلفوا حول مدى هذه المكنة في الاشتراط، فمنهم من رأى أن الأصل في تقييد العقود بالشروط الحظر، إلا إذا ورد نص أو انعقد إجماع على جوازه، ومنهم من رأى أن الأصل في تقييد العقود بالشروط الإباحة مالم يخالف الشرط نصاً أو إجماعاً.

فالشروط المقترنة بالعقد بهذا المفهوم، إما أن تكون شروطاً مشروعّة- مع الخلاف حول نطاق المشروعية ضيقاً واتساعاً-، وإما أن تكون غير مشروعّة.

ولما كان التعسف يعني مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، نخلص إلى أن الشرط التقييدي المقترن بالعقد، حتى يلحقه وصف التعسف، يجب أن يكون مأذون به شرعاً من وجهة عدم مخالفته لحكم من أحكام النظام العام الشرعي من جهة، إلا أنّ من اشترطه قد قصد مناقضة قصد الشارع من جهة أخرى، فيقال عنه حينئذ أنه شرط تعسفي.

وعليه يتضح الفرق بين الشرط غير المشروع - أي غير الأذون به شرعاً- والشرط التعسفي، في كون الأول شرط باطل وغير مأذون به في أصله، في حين أن الثاني هو شرط جائز ومأذون به شرعاً في أصله، غير أنه يمنع بالنظر إلى مآله إذا كان مناقضاً لقصد الشارع. أي أنه لا مجال للحديث عن الشروط التعسفية إلا في دائرة الشروط المشروعة. وعليه يمكن القول أن الشرط حتى يكون صحيحاً ومنضبطاً مع النظام العام الشرعي، يجب أن يكون مشروعاً في أصله، غير مناقض لقصد الشارع عند استعماله.

المطلب الثاني

دور النظام العام الحمائي في معالجة الشروط التعسفية في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي لقد بادرت أغلب الدول الصناعية الكبرى التي تنتهج سياسة الاقتصاد الحر، ومنها التشريع الجزائري، إلى سن قوانين تتضمن آليات خاصة لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية، بعدما ثبت قصور القواعد العامة في احتواء الممارسات التعاقدية من جهة، و في حصر ومنع الشروط التعسفية من جهة أخرى.

¹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، الجزء 02، المرجع السابق، 228.

وإن كانت غاية النظام العام الحمائي والنظام العام الشرعي واحدة وهي التقليل ما أمكن من تعسف الأعوان الاقتصاديين المحتكرين، حماية للأطراف الضعفاء المذعنين، إلا أن وسائل المعالجة مختلفة في كل واحد منهما. وعليه بيان هذه الوسائل في ظل القانون الجزائري (الفرع الأول)، نعد إلى بيانها في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني)، لنعقد في الأخير مقارنة بينهما (الفرع الثالث).

الفرع الأول

دور النظام العام الحمائي في معالجة الشروط التعسفية في القانون الجزائري

ومن هنا فإن النظام العام الحمائي ولمعالجة الشروط التعسفية، والحد منها ما أمكن حماية للطرف الضعيف في العقد، يحاول بداية أن يضع قائمة بهذه الشروط، وهي ما تسمى في بعض التشريعات المقارنة بالقائمة السوداء، ولا شك في أن هذه القائمة وإن كان يستحيل تضمينها جميع الشروط التعسفية، إلا أنه من شأنها أن تساهم في الحماية، وذلك بتخفيف عبء الإثبات عن الطرف الضعيف، إذ يكفي فقط إثبات وجود الشرط ضمن القائمة. على أنه في غير ما لم يرد في هذه القائمة تبقى للقاضي السلطة في تقدير الطابع التعسفي للشرط (أولا). فإذا ما ثبت وجود هذا الشرط في العلاقة بين المستهلك والعميل الاقتصادي، سواء في القائمة أو بتقدير القاضي، تدخل النظام العام الحمائي لفرض الجزاءات المناسبة على هذه الشروط التعسفية (ثانيا).

أولا: محاولة النظام العام الحمائي حصر الشروط التعسفية مسبقا

إن المشرع الجزائري وتأثرا بالتجربة الألمانية والفرنسية في هذا المجال، قد اقتبس نظاما لمعالجة الشروط التعسفية من خلال القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فأخذ من الأول - المشرع الألماني - طريقة وضع قوائم للشروط التعسفية، وإن خالفه في قيمتها القانونية (I)، وأخذ عن الثاني - المشرع الفرنسي - معيار تقدير الطابع التعسفي، والمتمثل في الاختلال الظاهر باعتباره آخر ما انتهى إليه المشرع الفرنسي والذي يقوم فيه القاضي بدور كبير (II). كما يمكن للجنة البنود التعسفية أن تلعب دورا استشاريا في هذا التقدير (III).

I- تحديد المشرع الجزائري للشروط التعسفية عن طريق القائمة

من خلال هذا الطريقة يتولى المشرع تعريف الشرط التعسفي، مع إعداد قائمة حصرية محددة للشروط التي تعتبر تعسفية، وهذا التحديد بموجب القوائم تضعه جهات مؤهلة، وبموجبه يتمتع عن القاضي الخروج عنها بالزيادة أو النقصان لأنها تعتبر مسألة قانون تخرج عن نطاق سلطته التقديرية. كما يمنع كذلك على المحترف إدراج مثل هذه الشروط في العقد الذي يجمعه مع المستهلك وإلا كان مخالفا للنظام العام الحمائي¹. وحتى وإن رأى القاضي أن الشرط محل النزاع تتوافر فيه معايير الشرط التعسفي فإنه لا يمكنه أن يعتبره كذلك مادام لم يرد ضمن القائمة التي حددها المشرع.

وبالرجوع إلى القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم 306/06، يمكننا أن نحدد أهم الشروط والبنود التي يعتبرها المشرع الجزائري تعسفية، و يمكن أن نقسم هذه الشروط على حسب المرحلة التي تكون فيها، فمنها ما يخص انعقاد العقد (أ)، ومنها ما يخص تنفيذه (ب)، ومنها ما يخص انحلاله (ج).

أ- الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة انعقاد العقد

وقد ذكر منها المشرع على الخصوص: استفاضة العون الاقتصادي من حقوق ليس للمستهلك ما يقابلها، استفاضة العون الاقتصادي من آجال في التنفيذ، تقليص عناصر العقد الأساسية، فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد.

ب- الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد

وقد ذكر منها المشرع على الخصوص: احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحيته تعديل عناصر العقد، انفراد العون الاقتصادي بصلاحيته تفسير العقد، إعفاء العون الاقتصادي نفسه من تنفيذ التزاماته، انفراد العون الاقتصادي بتغيير الآجال، تعديل العقد أو فسخه دون تعويض للمستهلك، تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته تجاه المستهلك، احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك، تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك، فرض واجبات أو التزامات جديدة غير مبررة على المستهلك، وأخيرا إلزام المستهلك بدفع تعويض مصاريف وأتعاب التنفيذ الجبري.

¹ - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997، ص 63.

ج- الشروط التعسفية المتعلقة بإحلال العقد

وقد ذكر منه المشرع على الخصوص: حرمان المستهلك من حق الفسخ، تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية.

ويلاحظ هنا أن هذه القائمة التي حددها المشرع، وإن كانت لا تفيد الحصرية، وتترك للقاضي سلطة تقدير غيرها من الشروط. إلا أنها تتمتع بالقوة الإلزامية، ومعنى ذلك أن المشرع قد وضع قرينة لصالح الطرف الضعيف مفادها أن كل شرط ورد في القائمة يعتبر تعسفياً دون حاجة لإثباته، وليس للقاضي أي سلطة تقديرية في إعادة تقديره.

II- دور لجنة الشروط التعسفية

بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306¹/06، أنشأ المشرع الجزائري لجنة تدعى بلجنة البنود التعسفية توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة، وهي لجنة ذات طابع استشاري يرأسها ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

وقد تم تعديل تشكيلة هذه اللجنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 03/02/2008² المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 306/06، حيث أصبحت اللجنة تتكون من خمسة أعضاء دائمين، وخمسة مستخلفين يتوزعون كما يلي: ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسة التجارية، ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود، ممثل عن مجلس المنافسة، ممثلان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال الأعمال والعقود، ممثلان عن جمعيات المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود³.

وقد أسند المشرع لهذه اللجنة العديد من المهام يمكن أن نحصرها فيما يلي: فهي تبحث في العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع

¹ - تنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة. يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة. تعد اللجنة نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرا من الوزير المكلف بالتجارة. تسير أمانة اللجنة من طرف المصالح المعنية للوزارة المكلفة بالتجارة".

² - المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 03/02/2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. ج.ر عدد 07، سنة 2008.

³ - تم تعديل تشكيلة اللجنة بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 التي عدلت المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06.

التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة. كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، ويمكنها أيضا مباشرة كل عمل آخر يدخل في اختصاصها¹.

وتباشر اللجنة هذه المهام وفق ما جاء في المادة 11 من المرسوم، إما من تلقاء نفسها، وإما بإخطار من الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة أو جمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلك، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك.

وبخصوص نوعية القرارات التي تصدرها هذه اللجنة وقوتها الإلزامية، في مجال معالجة الشروط التعسفية وتوقيع الجزاءات على المخالفين، فقد فصل فيها المشرع بموجب المادة 12 من المرسوم بحيث اعتبرها مجرد آراء وتوصيات، ترفع في شكل تقارير إلى الوزير المكلف بالتجارة، وهذا انطلاقا من التكييف الذي أعطاه لها المشرع في المادة 06 حين اعتبرها لجنة ذات طابع استشاري. ومن ثم فهذه اللجنة لا تدخل ضمن الهيئات الإدارية المستقلة التي أنشئها المشرع لغرض ضبط السوق والمعاملات التجارية فيه. ومع ذلك قد يكون لها دور إيجابي في اقتراح توسيع قائمة الشروط التعسفية، انطلاقا من الدراسات أو الخبرات التي تقوم بها، خصوصا إذا ما علمنا أن النشاطات التجارية في تطور مستمر، وهي تشهد يوميا مجموعة من الشروط لم تكن مألوفة من قبل. فهي وسيلة تمكن المشرع من مراقبة ما يجري في السوق من تعاقدات واشتراطات. كما يمكن للقاضي أيضا الاسترشاد بهذه التقارير والخبرات لتقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم ترد في القائمة.

ولكن رغم أن المشرع قد أنشأ هذه اللجنة قانونا وحدد صلاحياتها ومهامها، إلا أنه وفي حدود علمنا لم يتم تنصيب هذه اللجنة لحد اليوم، بعد مرور ما يقارب 10 سنوات من إنشائها، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل عن سبب التأخر في ذلك، في ظل الدور الذي يمكن أن تقوم به هذه اللجنة في هذا المجال.

III - سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي لكل شرط لم يرد في القائمة

في غير الحالات التي تدخل فيها المشرع بواسطة قواعد النظام العام الحمائي، وحدد قائمة للشروط التعسفية، تمنح للقاضي السلطة في تقدير الطابع التعسفي للشرط. ويجد القاضي أساس تدخله هنا، وفق القواعد التي تحكم تأويل العقد، ويمكن أن نلخص هذه القواعد فيما يلي:

¹ - حددت هذه المهام بموجب المادة 07 المرسوم التنفيذي رقم 44/08

أ- العبارة الواضحة في العقد تمنع التأويل

نصت المادة 111 فقرة 01 قانون مدني على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين...". ويرى الأستاذ علي فيلاي بحق، أن الوضوح الذي قصدته الفقرة هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده، وليس عبارة بالذات أو بند على حده، فقد يكون البند واضحاً في ذاته ولكنه متناقض مع بند آخر. ومن ثم يجب النظر في العقد كوحدة متصلة بعضها ببعض ومتكاملة الأحكام¹. وهذا بطبيعة الحال تماشياً مع النسق العام للقانون المدني، الذي لا يجيز التدخل في العقد إلا استثناءً².

ب- العبارة الغامضة في العقد تستدعي التأويل

نصت المادة 111 فقرة 02 قانون مدني على أنه: "...أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

فإذا كانت عبارة غامضة، بأن كانت مبهمة، أو تحمل أكثر من دلالة، أو هي واضحة في حد ذاتها غير أنها متعارضة مع عبارات واضحة أخرى³، أو كان مضمون بعض العبارات يتناقض مع الأحكام الكلية للعقد، أو من خلال إغفال المتعاقدين لبعض التفاصيل⁴.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 408.

² - وقد أكد القضاء الجزائري هذا المبدأ من خلال القرار الذي جاء فيه: "ولما كان عقد البيع معلق على شرط الحصول على رخصة التجزئة من السلطات الإدارية، فإن القضاة ملزمون بهذا الشرط الصريح، وليس لهم أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة، لاسيما عندما اعتبروا أن رفض الوالي للرخصة غير مبرر، إذ ليس لهم الحق في مراقبة القرارات الإدارية". ينظر: قرار المجلس = = الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 33528 الصادر بتاريخ 1985/04/03، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1989، ص 486.

³ - وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه: "وحيث انه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يظهر أن قضاة المجلس قاموا بتفسير العقد العرفي على ضوء ما جاء في المادة 111 من القانون المدني التي تجيز تأويل العقد إذا كان هناك محل للتأويل، وهذا هو الحال في هذه القضية ذلك أن العقد العرفي المؤرخ في 1989/10/05 يحتوي على غموض إذ نص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبناءه...". ينظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف 149300، بتاريخ 1997/07/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1997، ص 51.

⁴ - وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه: "حيث أن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك، أما بالنسبة لطرفي البيع فالعبرة هي بما اتفق عليه الطرفان، وبما أن العقد لم يشر إلى =

فهنا يجوز للقاضي التدخل وتأويل العقد، ويكون ذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي لعبارات العقد، وعلى القاضي أن يستهدي في ذلك بطبيعة التعامل، والعرف الجاري في المعاملات.

ج - تفسير الشك لصالح الطرف المذعن دائما كان أم مدينا

إن حالات الغموض في عبارات العقود وبنوده، تكون في الكثير من الأحيان مقصودة من الطرف القوي في العقد، لامتنائها كوسيلة احتيالية لتمير وفرض بعض البنود التعسفية، وهنا نجد أن المشرع من خلال قواعد النظام العام الحمائي، قد وجّه القاضي نحو ضرورة تفسير الشك في العبارة الغامضة لمصلحة الطرف المذعن دائما كان أم مدينا، وهو ما نصت عليه المادة 112 فقرة 02 قانون مدني: "...غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

ويعد هذا النص استثناء من القاعدة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين المنصوص عليها في المادة 112 فقرة 01 قانون مدني: "يؤول الشك في مصلحة المدين". فالشك في عقود الإذعان يجب أن يكون دائما في مصلحة الطرف المذعن ولو كان هو الدائن، فإذا قام الشك مثلا فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقا في حالة تأخير تنفيذ الالتزام، أو حالة عدم التنفيذ فقط، فإن مصلحة الطرف المذعن تقتضي استحقاق الشرط الجزائي حالة عدم التنفيذ دون حالة التأخير¹.

وهذا يظهر بما لا يدع مجالا للشك اهتمام النظام العام الحمائي بحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، ومنع أي غموض من شأنه أن يحمل في ثناياه شروط أو بنود تعسفية. تمهيدا لتوقيع الجزاء المناسب عليها.

= = الرسم فالأمر أصبح موكلا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة". ينظر: قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 31315، الصادر بتاريخ 13/04/1983، المجلة القضائية، عدد 01، 1990، ص 19.

- كما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا: "حيث أن تسببهم هذا غير كاف ومنعدم الأساس القانوني ذلك أن قضاة الاستئناف تناسوا أنهم قضاة الموضوع بإمكانهم أن يفسروا عقد الإيجار الرابط بين الطرفين المتنازعين ويحددوا بدل الإيجار المتعلق بسوق المواشي ويقدروا بالتالي الضرر اللاحق بالطاعن إثر منح هذا السوق لمتعاقد آخر...وبما أن قضاة الموضوع تخلوا عن صلاحيتهم فإن القرار المنتقد يستحق النقض". ينظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 208925، الصادر بتاريخ 18/01/2000، المجلة القضائية، عدد 01، 2000، ص 221.

¹ - ينظر في هذا المثال وغيره: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ص 616.

ثانياً: الجزاءات التي يفرضها النظام العام الحمائي على الشروط التعسفية

لا شك أن أهم ما يميّز قواعد النظام العام الحمائي، عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى، هو الجزاء الصارم الذي تفرضه على كل من يخالف أحكامها، ولا تكفي أحياناً بذلك الجزاء المدني المتمثل في البطلان أو التعويض عن الضرر (I)، وإنما يصل الأمر إلى حد توقيع عقوبات جزائية على الطرف المخالف (II).

I- الجزاء المدني للشروط التعسفية

نظراً لعدم كفاية الجزاء المدني المنصوص عليه في القانون رقم 02/04 (أ)، فإنه يكون من الواجب في ظل هذا النقص التشريعي الرجوع إلى الجزاء التي يفرضه القانون المدني (ب).

أ- الجزاء المدني في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية

بالرجوع إلى القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 306/06، الذين حدداً بموجبهما المشرع قائمة للشروط التي يجب اعتبارها تعسفية، نلاحظ أن المشرع لم يبيّن الجزاء المدني المترتب على هذه الشروط، فهل يبطل الشرط والعقد معاً، أم يبطل الشرط فقط ويبقى العقد قائماً؟.

وقد اكتفى المشرع فقط بالنص على إمكانية الأشخاص المضرورين أو كل من له مصلحة، في التأسيس كطرف مدني، في الدعوى الجزائية التي تكون مرفوعة ضد العون الاقتصادي، وذلك لأجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يترتب الشرط التعسفي بموجب نص المادة 65 من القانون 02/04. التي تنص على أنه: "... كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

ومن ثم فالمشرع لم ينص على إمكانية تدخل القاضي لإلغاء الشرط التعسفي أو الإغفاء منه، أو بطلان العقد، الأمر الذي يحتم علينا في ظل هذا النقص التشريعي، التوجه نحو القواعد العامة في القانون المدني للبحث عن جزاء الشروط التعسفية.

ب- الجزاء المدني للشروط التعسفية في القواعد العامة

سبقت الإشارة إلى أن المشرع من خلال القانون رقم 02/04، لم يحدّد الجزاء المدني للشروط التعسفية، ومن ثم فقد اختلف الفقه حول مسألة جواز تطبيق المادة 110 قانون مدني باعتبارها قاعدة عامة إلى رأيين:

فيرى الجانب الأول عدم جواز ذلك، وأنه لا يصح القول بأن المشرع من خلال سكوته في القانون رقم 02/04 قد قصد تطبيق المادة 110 قانون مدني كجزاء للشروط التعسفية، ذلك أن الشروط التعسفية التي وردت في القائمة بموجب القانون 02/04 لا يملك القاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 قانون مدني بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي أو الإبقاء عليه أو الإعفاء منه، فضلا عن أن تدخل القاضي وفق هذا النص هو مسألة جوازية وليست وجوبية¹.

وأضاف هذا الرأي بأن النقص الوارد في القانون رقم 02/04 هو نقص ينبغي استكمالته بالنص على بطلان الشروط التعسفية صراحة، وبقاء العقد صحيحا، إذا أمكن له أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة².

في حين يرى الجانب الثاني، إمكانية تطبيق القواعد العامة كجزاء على الشروط التعسفية، ذلك أن وجود قانون خاص لا يمنع من الرجوع إلى النص العام في حالة السكوت أو الفراغ القانوني، فيصح تطبيق المادة 110 قانون مدني على عقد بين مستهلك وعون اقتصادي تم بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية³.

والذي يبدو أن هذا الرأي الثاني هو الأولي بالترجيح، خصوصا في ظل الفراغ القانوني الذي يعترى نصوص القانون رقم 02/04. فالقاضي في ظل النظام الحالي لو عرضت عليه قضية من أجل شرط تعسفي، فإذا كان الشرط يدخل ضمن الشروط المنصوص عليها في القائمة، فهنا تغل يده عن تقدير مدى تعسف الشرط، وتبقى له السلطة فقط في تقدير الجزاء وفق نص المادة 110 قانون مدني، أما إذ لم يكن الشرط مما نصت عليه القائمة فهنا يستعيد القاضي سلطته كاملة، في تقدير مدى تعسف الشرط من جهة، ثم تقدير الجزاء المناسب له من جهة أخرى. ويبدو هذا الحل منطقي جدا وخاصة وأنه يؤدي إلى نفس النتيجة التي كان من المفروض أن ينص عليها القانون 02/04 وهي بطلان الشروط التعسفية، وبقاء العقد صحيحا. وهذا في انتظار تدخل المشرع والنص على الجزاء المدني صراحة من خلال القانون 02/04.

اللهم إلا إذا كان المشرع قد قصد فعلا بسكوته عن الجزاء المدني، واكتفائه فقط بالنص على إمكانية التعويض بالتبعية للدعوى الجزائية، أن التعسف ليس سوى صورة من صور الخطأ

¹ - ينظر في هذا الرأي : بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 102-103.

² - بودالي محمد، المرجع نفسه، ص 103.

³ - ينظر في هذا الرأي: راضية العطيوي، المرجع السابق، ص 162-163.

الموجب للمسؤولية التصهيرية فقط، ومن ثم فلا مجال للبطلان، ومما يزيد في فرضية هذا الاحتمال، هو تدخل المشرع فيما بعد حين عدل القانون المدني سنة 2005، ونص في المادة 124 مكرر منه، أن التعسف في استعمال الحق هو صورة من صور الخطأ.

و بين ذا وذلك فإن القاضي في ظل هذا الفراغ يرجوعه لنص المادة 110 قانون مدني، إما أن يقضي بتعديل الشرط التعسفي (1)، أو أن يعفي الطرف المدعن منه (2).

1- سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

طبقا لنص المادة 110 قانون مدني، فإنه إذا كان العقد من عقود الإذعان، و تضمن شروطا تعسفية، فإنه يجوز للقاضي التدخل، وذلك بتعديل هذه الشروط، مع الإبقاء على العقد، من أجل تحقيق التوازن نوعا ما بين أداءات الطرف المدعن الضعيف، والطرف القوي، لأنه هذه الشروط جوهرية قد تكون في العقد، كالتمن في عقد البيع أو بدل الإيجار في عقد الإيجار، أو العمل المؤدى في عقد العمل، فلو انصب الشرط التعسفي على أحد هذه العناصر فلا يمكن للقاضي الإعفاء منه كلية، فيكون التعديل هو الوسيلة المناسبة¹.

ومثاله أيضا أن يقضي عقد توزيع الكهرباء هو من عقود الإذعان، بحق الشركة في قطع التيار عن المستهلك في اليوم الموالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها، فلو طرح الأمر على القاضي، فسيجد إن هذا الشرط تعسفي ويستدعي تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد أسبوع مثلا من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة².

هذا ويثور التساؤل حول مدى جواز تدخل القاضي من تلقاء نفسه لتعديل الشرط التعسفي، بمناسبة دعوى تنفيذ أو دعوى فسخ. فوفق الإتجاه المضيّق لسلطة تدخل القاضي في العقد باعتباره استثناء من مبدأ عدم جواز التدخل إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه لا يجوز ذلك إلا بناء على طلب الطرف المدعن الضعيف، وهذا هو مقتضى المادة 110 قانون مدني، التي تؤسس لنظام عام حمائي لمصلحة الطرف الضعيف كما سنبينه فيما بعد. على أن هناك اتجاه موسع يرى بضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل أو الإلغاء من تلقاء نفسه تماشيا مع بعض التشريعات الأوروبية³.

¹ - بن شنيته حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1996، ص 46.

² - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 165.

³ - بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 59.

2- سلطة القاضي في الإعفاء من الشرط التعسفي

بداية يلاحظ أن المشرع الجزائري، بصدد معالجته وتصديده للشروط التعسفية في مختلف العقود، قد استعمل عبارات متعددة: " كالألغاء و الإعفاء، ويعتبر لاغيا، والبطلان". في حين أن المشرع الفرنسي استعمل عبارة " كأن لم يكن" وعبارة " غير مكتوب". وهذه العبارات كلها تفيد كما يرى بعض الفقهاء معنى البطلان¹.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة البطلان المقرر كجزء للشروط التعسفية، هل هو بطلان مطلق أم بطلان نسبي؟ وهل يكون البطلان كلياً أي يبطلان العقد والشرط معاً، أم يكون البطلان جزئياً، يبطلان الشرط وبقاء العقد؟

فيرى جانب أول من الفقه أن المقصود بالبطلان هنا هو البطلان المطلق، لأن هذه المسألة تتعلق بالنظام العام التوجيهي، كما أن أحكام البطلان النسبي لا تخدم الطرف الضعيف، الذي قد يتقاعس عن رفع الدعوى لكثرة المصاريف مقارنة بقيمة السلعة أو الخدمة، ومن ثم فقد سمح القانون للقاضي التدخل من تلقاء نفسه لتقدير مدى تعسف الشرط إذا لم يرد ضمن القائمة، كما يجوز لجمعيات حماية المستهلك رفع هذه الدعوى. وهذه الأحكام تتناسب مع البطلان المطلق وليس النسبي.

في حين يرى الجانب الثاني من الفقه أن هذه المسألة تتعلق بالبطلان النسبي، أي الإبطال، فيرى الأستاذ غستان أن: " القانون يحدد أبعاد البطلان والتي تنحصر من حيث المبدأ في الشرط التعسفي الذي يعتبر وكأنه غير مكتوب وبالمقابل لم يحدد القانون فيما إذا كان البطلان مطلقاً أو نسبياً، وما دام الأمر يتعلق بنظام عام حمائي فإن البطلان لن يكون إلا نسبياً"².

واستند غستان إلى ما جاء به الأستاذ ريبير حيث يقول: " إذا كانت خاصية البطلان المطلق مبررة إزاء النظام العام الأخلاقي أو السياسي، فإن الأمر مختلف بالنسبة للنظام العام الاقتصادي، ففي بعض عقود الإذعان، مثل عقود التأمين والعمل فإن أغلب قواعد النظام العام لا تهدف إلا إلى حماية أحد الأطراف، ذلك الطرف الذي يوجد في حالة من الضعف، فالأمر إذن يتعلق بحماية مصالح تبرر نسبية البطلان"³.

¹ - A.Karimi, Les clauses abusives, op, cit, p 316.

² - J. GHESTIN, Traité de droit civil, le contrat, LGDJ, 1980, p 961.

³ - J. GHESTIN, le contrat, op, cit, p 927.

ومن الفقه الجزائري يرى الأستاذ **علي فيلالي**: " أن بطلان العقد يخدم مصالح المتعاقد القوي وبالتالي تنتفي الغاية من وجود أحكام النظام العام الاجتماعي، لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي إبقاء العقد لا بطلانه، مع **إبطال الشرط التعسفي** أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه¹، وقد يتم استبدال الشرط المخالف للنظام العام بالقانون².

كما يرى الأستاذ **بودالي محمد** أن: " إقرار البطلان النسبي للشروط التعسفية يتلائم ومصصلحة المستهلك، لأنه إذا كان من شأن بطلان الشروط التعسفية بطلانا مطلقا أن يؤدي إلى حرمان المستهلك من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل والتي لا غنى له عنها، فإن أعمال البطلان النسبي من شأنه أن يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي الإفادة من السلعة أو الخدمة"³.

والذي يبدو أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى الواقع في ظل التشريع الجزائري، وبالإضافة إلى الحجج التي قدمها هذا الرأي، يمكن التذليل عليه بما يلي:

- أن معالجة الشروط التعسفية في عقود الإذعان هي من صميم النظام العام الحمائي، وليس التوجيهي، ذلك أن الأول هو الذي يهدف إلى حماية بعض الفئات الاجتماعية الضعيفة اقتصاديا واجتماعيا، ويكون البطلان النسبي جزاء له. أما الثاني فيهدف إلى تنظيم الإقتصاد الوطني وحماية المبادئ الأساسية والمصالح العليا للبلاد، ويكون البطلان المطلق هو الجزاء المناسب له⁴.

- إن أحكام البطلان المطلق طبقا للقواعد العامة في القانون المدني، لا تترتب إلا إذا تخلف ركن من أركان العقد، ومن ثم لا يمكن أن نعتبر تضمين العقد لشرط تعسفي بمثابة تخلف ركن من أركانه.

- إن المشرع من خلال نص المادة 110 قانون مدني، حين أجاز للقاضي التدخل، حدد سلطته بتعديل الشرط أو الإعفاء منه فقط، دون يكون له الحق في القضاء ببطلان العقد ولو

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 300.

² - كما هو عليه الحال في النظام العام الحمائي للعامل بحيث تنص المادة 136 من القانون 11/90 على أنه: " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"

³ - بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 42.

⁴ - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 300.

ثبت له أن الشرط على درجة كبيرة من التعسف.

- استند بعض من رأى بأن الجزاء المناسب هو البطلان المطلق، بجواز التمسك به من طرف جمعيات حماية المستهلك، وبجواز تدخل للقاضي للقضاء به من تلقاء نفسه، وردا على ذلك فإن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الإمكانية من خلال المادة 110 قانون مدني، أما بالمسبة للقانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، فالمشرع لم يصرح أصلا بحق جمعيات المستهلك في المطالبة بالبطلان لأنه لم ينص على الجزاء المدني، وإنما نص على إمكانية تأسيسهم كطرف مدني أمام القاضي الجزائري ليطالبوا بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم. وحتى ولو سلمنا بحق جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية المعترف بها قانونا، في طلب بطلان شرط تعسفي في عقد إذعان، فلا يعد هذا خروجا عن مبدأ عدم جواز التمسك بالبطلان النسبي إلا لمن تقرر الإبطال لمصلحته، ذلك أن هذه الجمعيات تدخل فيمن تقرر الإبطال لمصلحته، الذي إما أن يكون الطرف المذعن شخصا، أو من ينوبه أو يمثله، على اعتبار أن هذه الجمعيات أنشأت قانونا لتكون إلى جانب الطرف الضعيف وتقوية مركزه. وعليه نخلص مما سبق أن البطلان المناسب كجزاء للشروط التعسفية هو البطلان النسبي، الذي يكون حسب الراجح من الفقه بطلانا جزئيا وليس كليا، بحيث يتدخل القاضي فقط بإلغاء الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه، مع الإبقاء على العقد. إلا إذا كان هذا الشرط التعسفي شرطا مؤثرا في بقاء العقد كان يكون هو الدافع الباعث على التعاقد، فهنا يبطل العقد برمته لتخلف الباعث الدافع على التعاقد الذي يعد ركنا في العقد وهي حالات نادرة.

II - الجزاء الجنائي للشروط التعسفية

إذا كان المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المدني للشروط التعسفية من خلال القانون 02/04، واكتفى فقط بالإشارة إلى إمكانية المطالبة بالتعويض، الأمر الذي أدى إلى ضرورة البحث عن الجزاء المدني طبقا للقواعد العامة في القانون المدني.

فإنه في المقابل قد نص على جزاء جنائي من خلال المادة 38 من القانون 02/04 التي نصت على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع إكتفى بالنص على الغرامة كجزاء لإدراج البنود

والشروط التعسفية في العقود، وقد جاء مبلغ هذه الغرامة مرتفعا حتى يحقق نوع من الضغط على أعوان الاقتصاديين لتجنب إدراج مثل هذه الشروط التعسفية، وهو الأمر الذي من شأنه أن يساهم في حماية الطرف الضعيف المدعى.

كما يلاحظ أن المشرع قد نص على عقوبات أخرى لا تطبق إلا في حالة العود، والمتمثلة في غلق المحل التجاري، أو المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري، أو أحيانا تصل العقوبة إلى الحبس، وهذا بموجب نص المادة 47 بنصها على أنه: "يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون. ويعتبر في حالة عود في مفهوم هذا القانون، كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة. تضاعف العقوبة في حالة العود، ويمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو شطب سجله التجاري. فضلا عن ذلك يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة أشهر إلى سنة واحدة".

إن هذه العقوبات التي فرضها المشرع، يكون تطبيقها إما عن طريق شكوى مرفوعة من طرف جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة، أو النيابة العامة، باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في تحريك الدعوى العمومية¹.

وعليه يتضح مما سبق بيانه في هذا الفرع بخصوص معالجة النظام العام الحمائي، للشروط التعسفية، أن المشرع وبغرض تسهيل مهمة القاضي في مواجهة هذه الشروط، قد أورد قائمة ضمّنها الشروط الأكثر شيوعا في المجال التعاقدية، على أنه في غير مالم يرد في هذه القائمة تبقى السلطة للقاضي في تقدير مدى تعسف الشرط، فإذا ثبت ذلك، فغنه وللأسف لم ينص المشرع من خلال القانون 02/04 على الجزاء المدني لها، واكتفى فقط بالنص على الجزاء الجنائي، وهو نقص ينبغي على المشرع تداركه، وفي انتظار ذلك، فلا مناص من تطبيق القواعد العامة لا سيما المادة 110 قانون مدني، بما تمنحه للقاضي من سلطة في تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المدعى منه.

¹ - نصت المادة 65 من القانون 02/04 على أنه: "دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات المدنية يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون".

وفي المقابل فإن النظام العام الشرعي قد وقف بالمرصاد لهذه الشروط التعسفية، متى كان عرضها مناقضا لقصد الشارع على ما سنفصله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

معالجة النظام العام الشرعي للشروط التعسفية

لقد عالج النظام العام الشرعي فكرة الاشتراط بشكل دقيق ومعمق، فاق به صنعة النظام العام الوضعي وفقهه، وذلك بمناسبة دراسة فقهاءه لأنواع الشرط التقييدي من حيث صحتها وبطلانها، وهم في ذلك لم يميزوا بين عقد وآخر من حيث شكله وخصائصه، بل أتوا على تعداد الشروط في جميع العقود، ووضعوا لها ضوابط تتخلف سعة وتضييقا بينهم، من خلالها تم تحديد أنواع الشروط الصحيحة اللازمة، والشروط غير الصحيحة الواجب إعادة النظر فيها مع الاستبقاء على العقد قائما، أو الواجب الحكم ببطلانها وبطلان العقد معها.

وتتضح معالجة النظام العام الشرعي للشروط التعسفية، بداية من خلال تحديد دائرة الشروط التقييدية المقترنة بالعقد المشروعة أو الصحيحة (أولا)، وفي داخل هذه الدائرة من الشروط المشروعة قد وضع النظام العام الشرعي معايير للوقوف على حالات التعسف فيها (ثانيا)، وذلك من أجل التصدي وفرض الجزاء المناسب لها (ثالثا).

أولا: النظام العام الشرعي ضابط لمشروعية الشروط المقترنة بالعقد

بالرجوع إلى كتابات الفقهاء المتقدمين والمتأخرين، في مسألة تقييد العقود بالشروط، يلاحظ بداية أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز، كأن يشترط المشتري أن يتصرف في المبيع، يبيعا أو إجارة أو رهنا، لأن هذا يثبت بمطلق العقد، فاشتراطه وعدمه سواء، إذا لا يزيد ولا ينقص شيئا من أحكام العقد التي رتبها الشرع، لأنه من مقتضى العقد.

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء أيضا، أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد باطل، ويبطل العقد أيضا إذا كان من عقود المعاوضات، لأنه شرط يلغي الحكم الأصلي للعقد، هذا فضلا عن مناقضته قصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع باطلة، فما يؤدي إليها من الوسائل باطل بالضرورة.

أما ما عدا هذين الشرطين فقد اختلف الفقهاء فيه، ومرد اختلافهم عدم تحديد ضابط

للشروط المشروعة وغير المشروعة، وعليه فبعد تحديد أسباب الاختلاف بين الفقهاء (I)، نعدم إلى بيان أقوالهم ثم ترجيح الرأي الأولى بالقبول في ظل التطورات الحاصلة في المجتمع (II).

I- أسباب الاختلاف بين الفقهاء حول الشروط التقييدية المقترنة بالعقد

يلاحظ بداية أن الإمام ابن حزم-رحمه الله- عزا القول بأن الأصل في الشروط الإباحة إلى الحنفية والمالكية تارة، وأضاف إليهم الشافعية تارة أخرى. بينما جعلها ابن القيم مذهباً للجمهور، أما ابن تيمية فقد اعتبر أن كثيراً من أصول أبي حنيفة ومالك، وطائفة من أصحاب مالك وأحمد تميل إلى القول بأن الأصل في الشروط والعقود هو الحظر، وقد أثرت هذه الأقوال المختلفة ظاهراً¹، في كثير من الباحثين المعاصرين، فتعددت اتجاهاتهم في تحديد مذاهب الفقهاء في هذه القضية على أقوال:

فذهب بعضهم إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر في مذاهب الأئمة الأربعة²، ونسب بعضهم القول بأن الأصل في الشروط المنع إلى الحنفية والشافعية، وأما الحنابلة والمالكية فنسب إليهم القول بأن الأصل في العقود هو الإباحة³. ورأى آخرون أن القول بالإباحة هو مذهب الحنابلة، وأما الحظر فهو مذهب الجمهور⁴. ورجح آخرون أن الأصل في الشروط هو الإباحة عند الأئمة الأربعة⁵.

ويرى الأستاذ القره داغي أن أسباب الاختلاف بين الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد، لا يرجع إلى الخلاف في الأصل، وإنما يرجع إلى أسباب أخرى، وهي أسباب لا تخرج عن أسباب الاختلاف الفقهي عموماً⁶.

ويعود سبب الاختلاف بين أهل العلم في هذه المسألة إلى عدة أمور ذكر الفقهاء منها⁷:

- 1 - ابن القيم، إعلام الموقعين، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 320-321.
- 2 - العدوي محمود شوكت، نظرية العقد، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ص 139.
- 3 - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 174.
- 4 - مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 549-553. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 228. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 477.
- 5 - علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 1188.
- 6 - المرجع نفسه، ص 1190.
- 7 - ينظر بشيء من التفصيل في أسباب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة: محمد بن عبد العزيز اليماني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة 01، 2006، ص 123.

- أن كتب المذاهب لم تنص على بيان الأصل في الشروط نصاً واضحاً يقطع به البحث.
- استعانة أصحاب المذاهب بأدلة الشرعية عند تقريرهم إباحة الشروط، مما حدا ببعض العلماء أن يستنبطوا من ذلك أن الأصل عندهم هو المنع، وإلا لاكتفوا باستصحاب الأصل في تقرير إباحة الشروط.
- اختلافهم في اعتبار بعض أصول الاستدلال أو عدم اعتبارها، واختلافهم كذلك في تفصيلات الاستدلال بهذه الأدلة.

II- آراء الفقهاء حول الأصل في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد

بعد بياننا لأسباب الاختلاف بين الفقهاء، نعرض فيما يلي لآرائهم في هذه المسألة بادئين بالذين ذهبوا إلى أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر إلا ما جاء الدليل على إباحته (أ)، ثم الذين قالوا بأن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه (ب)، ثم نبين الرأي الراجح بينهما (ج).

أ- القائلين بأن الأصل في الشروط هو الحظر إلا ما جاء الدليل على إباحته

وينسب هذا القول إلى الظاهرية، حيث يرى ابن حزم أن كل شرط لم يذكر في العقد حين عقده لا يؤثر على العقد، فالعقد صحيح والشرط باطل، وأما إذا ذكر الشرط حال العقد فالعقد باطل مفسوخ والشرط باطل مهما كان الشرط إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والعقد صحيح إن اشترطت فيه لأن هذه الشروط ورد بها النص¹، ومن أبرز ما استدل به ابن حزم الحديث الذي روي عن عائشة رضي الله عنها في قصة بريدة، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "... ما بال

¹ - ابن حزم، المحلى، الجزء 08، المرجع السابق، ص 412-420. و الشروط الجائزة عنده سبعة وهي:

أولاً: اشتراط الرهن فيما يتابعه المتعاقدان إلى أجل مسمى والدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. سورة البقرة، الآية 283.

ثانياً: اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يحدد أجلاً والدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾. سورة البقرة، الآية 280.

ثالثاً: اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى إن كان ذهباً أو فضة والدليل قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾. سورة البقرة، الآية 282.

رابعاً: اشتراط صفة في المبيع يتراضيان عليها ويتم البيع على أساس تلك الصفة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾¹. سورة النساء، الآية 29.

رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق¹. وقد اعترض جمهور الفقهاء على استدلال ابن حزم، وقالوا بأن أن المراد بقول النبي صلى الله عليه وسلم: " ليس في كتاب الله " أنه مخالف لما في كتاب الله، وهذا متفق على بطلانه².

ب- القائلين بأن الأصل في الشروط هو الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه

يرى الكثير من الفقهاء المعاصرين³ بأن النظر والتدقيق يدل على أن المذاهب الأربعة ترى بأن الأصل في الشروط هو الإباحة وذلك للأسباب التالية:

أن الأصل في المعاملات والعقود عندهم هو الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، والشروط جزء من العقود. وأنهم لم يقرروا في شيء من المباحث ذات العلاقة أن الأصل في الشروط هو المنع، لكن اختلافهم الفقهي في ذلك يرجع إلى أسباب أخرى غير الخلاف في الأصل منها:

- اختلافهم في ضابط الشرط المنافي لمقتضى العقد.

- اختلافهم في تصحيح الأحاديث المستدل بها في هذه المسألة، ومن ذلك على سبيل المثال حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع وشرط"⁴. فالحنفية والمالكية والشافعية صححو هذا الحديث، وبنوا عليه الحكم بفساد كثير من الشروط، بينما ذهب الحنابلة إلى عدم صحة هذا الحديث، فاتسعت تبعا لذلك دائرة الشروط الصحيحة عندهم.

== خامسا: اشتراط أن لا خلافة لقوله تعالى صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ - وكان يغبن في العقود-: "إذا تبايعت فقل لا خلافة ثم إنك بالخيار ثلاثة أيام"¹. رواه البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، رقم 2011

سادسا: اشتراط المشتري لنفسه ثمر النخل المؤبر، وذلك لما رواه عبد الله بن عمرو عن أبيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"¹. رواه البخاري في الصحيح، كتاب: البيوع، باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة، رقم: 2090، ص. 768

سابعا: اشتراط المشتري مال العبد المباع ودليله: قوله صلى الله عليه وسلم: "ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع"¹. رواه أبو داود في سننه، كتاب: البيوع، باب في العبد يباع وله مال، رقم 3433، ج 03، ص. 268

¹- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشروط، باب ما يجوز من شروط المكاتب، حديث رقم 2726، ينظر: صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 668.

² ينظر في مناقشة هذا الدليل والرد عليه: ابن القيم، إعلام الموقعين، الجزء 01، المرجع السابق، ص 429.

³ - ومن هؤلاء الفقهاء الذين فصلوا في هذه المسألة: علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص 1188.

⁴ - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم 1234، ص

- اختلافهم في التعامل مع عموم النص أو إطلاقه، فحديث نهي النبي عن بيع وشرط أخذ به الشافعية على إطلاقه، بينما خصه الحنفية بالعرف، أما الحنابلة فصحوا الشرط الواحد وأبطلوا الشرطين بناء على تضعيفهم هذا الحديث وتصحيحهم لحديث: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع..."¹.

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بعموم الآيات التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود، ومنها قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"². وقوله تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا"³. كما استدلوا أيضا بما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"⁴. وغيرها من الأدلة التي لا يتسع المقام لذكرها كلها، والتي فصلها الفقهاء في كتبهم لدى بحثهم هذه المسألة.

ج- الرأي الراجح

لقد رجح أغلب الفقهاء المعاصرين القول الثاني الذي يرى، بأن الأصل في الشروط هو الإباحة إلا إذا قام الدليل على التحريم. كما رجحه من قبل ابن تيمية، وابن القيم، وإمام المقاصد الشاطبي حيث يقول: "أنه إذا لم يظهر في الشرط منافاة لمشروطة ولا ملائمة فإن القاعدة المستمرة في أمثال هذا، هي التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات فلا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملائمة لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع العبادات فكذا ما يتعلق بها من شروط، وما كان من المعاملات يكتفى فيها عدم المنافاة لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل عليه"⁵. والذي يبدو مما سبق عرضه من آراء الفقهاء، أن الأصل في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد هو الإباحة، حتى يقوم الدليل على منعه، وبعبارة أخرى فإن كل شرط مقترن بالعقد صحيح مالم يخالف قواعد النظام العام الشرعي.

1 - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم 1238، ص 378-379.

2 - سورة المائدة، الآية رقم 01.

3 - سورة الإسراء، الآية 34.

4 - أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب الصلح، ص 788.

5 - الشاطبي، الموافقات، الجزء 01، المرجع السابق، ص 162 وما بعدها.

ثانياً: أن تتوافر في الشرط المقترن بالعقد معايير التعسف

سبق القول لدى الحديث عن مفهوم الشرط التعسفي، أنه لما كان التعسف يعني مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، فإن الشرط التقييدي المقترن بالعقد، حتى يلحقه وصف التعسف، يجب أن يكون شرطاً مأذون به شرعاً من وجهة عدم مخالفته للنظام العام الشرعي من جهة، إلا أنّ من اشترطه قد قصد مناقضة قصد الشارع من جهة أخرى، فيقال عنه حينئذ أنه شرط تعسفي.

أي أنه لا مجال للحديث عن الشروط التعسفية إلا في دائرة الشروط المشروعة، التي يكون الأصل فيها وفق ما تقدم الإباحة، وهكذا يضاف إلى مجال حماية المتعاقد الضعيف من الشروط غير المشروعة، ضمانات أخرى وهي الحماية حتى من الشروط المشروعة إذا كان فيها تعسف.

ومدلول هذا أن الشرط يتقرر بحكم من الشارع، فهو الذي ينشئه هبة ومنحة أو مكنة، فهو شرط مقيد وغائي، حتى أن الشروط التي تتقرر بأسباب جعلية من المتعاقدين كالشروط المقترنة بالعقد مردها إلى حكم الله، لذلك لم يكن للمشتري الحرية في الاشتراط مطلقاً، بل الواجب أن يستعمل الشرط في الحدود المرسومة بلا مجاوزة أو مضارة. وأساس هذا التحديد في استعمال الشروط أن النظام العام الشرعي ما جاء إلا لتحقيق جملة مصالح العباد قاطبة، فأجاز للمتعاقدين جعل من الشروط ما يحقق تلك المقاصد، لذا كان لزاماً أن يكون قصد المكلف المشتري في استعماله للشرط موافقاً لقصد الشارع¹.

وعليه يمكن القول أن الشرط حتى يكون صحيحاً ومنضبطاً مع النظام العام الشرعي، في كليته وجب أن يكون مشروعاً في أصله، غير مناقض لقصد الشارع عند استعماله أو بالنظر إلى مآله.

وقد اعتمد الفقهاء في تحديدهم لمعيار التعسف على معيارين: أولهما ذاتي، والثاني موضوعي. فوفقاً للمعيار الأول الذاتي، يعتبر استعمال الشرط تعسفاً من وجهتين: إذا كان القصد من ورائه الإضرار بالمتعاقد الآخر، أو إذا تم استعمال الشرط في غير المصلحة التي شرّع من أجلها. وهو ما عبر عنه الشاطبي بقوله: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما

¹ - فتحي الدريني، نظرية التعسف، المرجع السابق، ص 160.

شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل¹.

أما المعيار الثاني الموضوعي، الذي يقدر في ظله التعسف فهو الاختلال البين في توازن المصالح وانعدام التناسب، ويعتبر هذا المعيار معيار مادي ينظر من خلاله إلى مآلات الشروط ونتائجها حين تتعارض المصالح سواء أكان التعارض بين مصلحتين فرديتين، أو تعارض بين مصلحة فردية ومصلحة الجماعة.

ويرى الأستاذ فتحي الدريني أنه يمكن جمع المعيارين السابقين في معيار واحد عام للتعسف وهو استعمال الحق في غير ما شرع له². أو في مجالنا هذا استعمال الشرط في غير ما شرع له، والذي يكون البطلان جزاؤه.

ثالثاً: جزاء الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي

إن الحكم على الشروط المقترنة بالعقد عامة من ناحية صحتها أو بطلانها، يجب النظر فيه من وجهين:

فالوجه الأول: أنه إذا كان الشرط مخالفاً لدليل ثابت متعلق بالنظام العام الشرعي، فهنا لا خلاف بين الفقهاء في أن هذا الشرط يكون باطلاً، وأن البطلان هنا يلحق الشرط والعقد معاً، ومن ذلك شرط عقد في عقد، أو شرط الولاء لغير المعنق. وقد سبق القول أن مثل الشرط لا يمكن أن يلحقه التعسف لأنه غير مشروع في ذاته.

أما الوجه الثاني، فيتعلق بالشرط الذي يكون صحيحاً في ذاته، كاشتراط ما يلزم مقتضى العقد، أو منفعة يسيرة في المحل المعقود عليه، فهنا يجب النظر في هذه الشروط باعتبار مآلها للحكم بصحتها أو بطلانها، وذلك بالنظر إلى ما يترتب عليها من نفع أو ضرر، ومدى التناسب بين الأداءات المتقابلة لطرفي العقد، وكذا النظر في النية من اشتراطها، هل هو تحقيق نفع محض، أو هو فقط بقصد إلحاق الضرر بالغير، فإذا ثبت خلو الشرط من هذا كله، حكم بصحته.

أما إذا ثبت غير ذلك، وكان اشتراط الشرط لغرض غير مشروع، سواء أكان بنية أو قصد الإضرار بالغير، أو تحقيق منافع متفاوتة في النسبة مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر، فإن الشرط هنا يكون باطلاً بسبب ما صاحب استعماله من تعسف، ولمناقضته لقصد الشارع،

¹ - الشاطبي، الموافقات، الجزء 02، المرجع السابق، ص 251.

² - فتحي الدريني، نظرية التعسف، المرجع السابق، ص 281.

فيمنع قبل وقوعه، ويبطل بعد قبول العقد وتمامه به، وإن تعسّر منعه استحق المتضرر تعويضا عن الضرر الذي أصابه¹.

ومن هنا يظهر جليا الدور الذي تضطلع به نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، في مكافحة ومنع الشروط التعسفية، في الحالات التي يكون فيها الشرط مآذونا به شرعا، غير استعماله جاء مناقضا لقصد الشارع.

الفرع الثالث

المقارنة بين دور النظام العام الحمائي والنظام العام الشرعي في معالجة الشروط التعسفية
تجب الإشارة بداية إلى أن كل من النظام العام الحمائي، والنظام العام الشرعي، يجعل من حرية التعاقد أصلا فيه، ومن ثم فقد أجاز كل من النظامين للمتعاقدین انطلاقا من هذه الحرية، تضمين العقد من الشروط بما يخدم مصالحهما، ويحقق رغباتهما المشروعة. ولا خلاف أيضا في منع كلا النظامين للمتعاقد المشتراط من التعسف في استعمال الشرط، بقصد الإضرار بالطرف الآخر، أو الحصول على منافع تتفاوت في النسبة مع الضرر اللاحق.

وهنا يلاحظ أن المعايير التي اعتمدها المشرع الجزائري، للحكم بتعسف الشرط، هي ذاتها المعايير التي أقرها الفقه الإسلامي من قبل في نظرية التعسف في استعمال الحق. غاية ما في الأمر أن المشرع الجزائري حاول حصر قائمة بالشروط التعسفية التي افترض فيها التعسف بغض النظر عن توفر المعايير، التي يتم إعمالها من طرف القاضي بصدد كل شرط لم تتضمنه القائمة، وهذا أمر يحمده للمشرع في أخذه بأخر ما توصلت عليه التشريعات المقارنة في مجال الحماية من الشروط التعسفية.

على أن ما يعاب على المشرع الجزائري، هو حصره لنطاق تطبيق للشروط التعسفية، سواء من حيث الأشخاص حيث لا يستفيد من الحماية إلا المستهلك بمفهومه الضيق وهو من يقتني سلعة أو خدمة لغرض شخصي وغير مهني، كما حصر نطاق الحماية من ناحية الموضوع، بحيث لا تطبق الحماية إلا في نطاق عقود الإذعان دون عقود المساومة التي لا تخلوا هي أيضا من الشروط التعسفية تحت غطاء العقد شريعة المتعاقدين وحرية التعاقد.

كما يعاب عليه أيضا أنه وبموجب القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية لم يبيّن

¹ - رياحي أحمد، المرجع السابق، ص 454-455.

الجزاء المدني المترتب على تضمين العقد شروطا تعسفية، واكتفى فقط بالنص على الجزاء الجنائي، مما دفع الفقه إلى التساؤل حول هذا النقص، وهل بالإمكان تطبيق القواعد العامة لسده لا سيما المادة 110 قانون مدني، التي تقضي بإمكانية تعديل الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه عن طريق إبطاله.

إن موقف المشرع هذا، لا يحمل أكثر من تفسيرين: فإما أن يكون عدم النص على الجزاء المدني مجرد سهو من المشرع، وهو نقص ينبغي حينئذ التدخل لتعديل القانون والنص عليه. وإما أن يكون المشرع قد قصد فعلا عدم النص على الجزاء المدني وهو البطلان، والاكتفاء فقط بالنص على الجزاء الجنائي، المتمثل بالنسبة للمضروب في التأسيس كطرف مدني أمام القاضي الجزائي والمطالبة بالتعويض فقط. ويكون هدف المشرع من وراء ذلك السير نحو توجه جديد وهو جعل نظرية التعسف وحصرها كصورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية فقط، والتي يكون جزائها التعويض دون البطلان، وهذا التوجه في اعتقادنا هو ما تأكد فعلا بموجب القانون 10/05 المعدل للقانون المدني، حين اعتبر المشرع أن التعسف في استعمال الحق يشكل خطأ موجبا لمسؤولية طبقا لنص المادة 124 مكرر قانون مدني.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد قلص من مجال نظرية التعسف في استعمال الحق، بعدما كانت قبل تعديل النص ضمن الأحكام العامة للقانون المدني، وحرم نفسه والقاضي من تطبيق نظرية كانت ستمكنه من التصدي بشكل أوسع لكل صور التعسف سواء في العقود أو في الأفعال الضارة المستحقة للتعويض.

وعلى خلاف ذلك نجد أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تبسط أجنحتها على كافة أفرع المعاملات المالية سواء أكانت معارضات أو تبرعات أو اشتراطات، وسواء كانت في عقود تتميز بسيطرة طرف قوي على آخر ضعيف نظرا لمركزه الاقتصادي المحتكر لسلعة أو خدمة في السوق، أم كان العقد من عقود المساومة. إذ العبرة في التعسف هي بمناقضة قصد الشارع في كل تصرف مأذون به شرعا.

وكخلاصة لهذا الفصل الأول يمكن القول بأن المشرع الجزائري، وإن كان لم يهتم بالتوازن المادي كأصل عام، إلا أننا نلاحظ أن دائرة النظام العام الحمائي في اتساع مستمر، بحيث أصبحت تفرض الكثير من القيود على حرية التعاقد حماية للطرف الضعيف، وذلك إما بفرض التزامات قانونية جديدة، كالالتزام بالإعلام، وإما بفسح المجال للقاضي للتدخل وإعادة

التوازن للعقد سواء من خلال عيب الاستغلال، أو في حالة إفسار المدين، أو إذا ما طرأت على العقد ظروف طارئة جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا، أو إذا تم تضمين عقد الإذعان شروطا تعسفية، من الشروط المنصوص عليها في قانون الممارسات التجارية، أو غير منصوص عليها، فتخضع للقواعد العامة.

وهذا الموقف من المشرع الأكيد أنه ينسجم والغاية التي يستهدفها النظام العام الشرعي أيضا، فهو نظام جاء لإحقاق العدل وإقامة التوازن، ومنع التعسف في استعمال الحقوق، ومنع الغش والخداع بجميع صوره الفعلية والقولية، وإن كان هذا الأخير يتميز بشمولية في الحماية، عن طريق وضعه لنظريات عامة، وقواعد فقهية تطبق كلياتها على جزئياتها، كمنظريّة الميسرة، ونظريّة التعسف في استعمال الحق، ونظريّة الجوائح أو الضرورة أو العذر الشرعي، هذا بالإضافة إلى الثراء الفقهي والتعدد المذهبي في إطار الأصل، الذي يعطي للقاضي في مجال الحماية سلطات تقديرية واسعة، بحيث له أن يتخير دون تليفق من هذه المذاهب ما يتلائم والقضية المعروضة أمامه، الأمر الذي من شأنه أن ينعكس إيجابا على حماية الفئات الضعيفة في المجتمع.

ولا يقتصر الدور الذي بات يؤديه النظام العام على مجال حماية الفئات الضعيفة فحسب، بل أنه بدأ يشهد مفهوما آخر من خلال تحوله إلى مهمة ضبط الاقتصاد ككل وحماية المنافسة الحرة فيه، فيما أصبح يسمى لدى الفقه القانوني المعاصر بالنظام العام التنافسي، والذي سيكون محل دراسة في الفصل الموالي من هذا الباب.

الفصل الثاني

تقييد النظام العام التنافسي لحرية التعاقد ضمانا للمنافسة الحرة في القانون الجزائري والفقه

الإسلامي

لقد كان الاعتقاد السائد إلى وقت غير بعيد أن السوق¹ هو من يضبط نفسه، وهو ما روج له الفكر الليبرالي الحر من خلال مقولة "دعه يعمل دعه يمر"، فالسوق في مفهوم هذا الفكر هو ظاهرة طبيعية، وكل ما يتولد عن ذلك من سلوكات وتكتلات ما هو إلا نتيجة طبيعية

¹ - عرّف المشرع الجزائري السوق من خلال نص المادة 03 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بأنها: "كل سوق للسلع والخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لا سيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية".

للسير العادي للسوق، فهذا الأخير قادر على تنظيم نفسه بنفسه.

على أنه وإن كان صحيحاً أن النظام في السوق يكون تلقائياً عادة وهو ما يعكس مبدأ حرية التجارة والصناعة. إلا أن الحقيقة التي لا يناعز فيها أحد اليوم أن السوق في حاجة دائمة إلى قوانين وقواعد محددة مسبقاً، تضع شروط الاكتساب والتنازل و حماية الملكية، أي شروط ممارسة هذه الحرية، لذلك فلا وجود للسوق بدون تنظيم وضبط للنشاط الاقتصادي، الأمر الذي أدى إلى ظهور فرع جديد من فروع القانون يدعى بقانون المنافسة¹.

وهكذا فقد أفرزت التغيرات والتحولات الحديثة وضعا اقتصاديا جديدا، تشكل فيه المنافسة السمة الأساسية، والتي وضع لها المشرع نظاما تنافسيا يهدف إلى ضبط المنافسة، وتأطيرها بمجموعة من القواعد الآمرة، فهو يجمع بين فكرتي الدولة والقانون من جهة، والاقتصاد من جهة ثانية، بحيث يجتمع المنطق القانوني مع المنطق الاقتصادي².

وبتحقق القواعد التي جاء بها قانون المنافسة، نجده يؤسس لنظام عام اقتصادي توجيهي، لأنه يوجه اتفاقات الأطراف نحو أنموذج معين، في محاولة لخلق التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين من جهة، والمصالح الاقتصادية للدولة من جهة أخرى. وهذا الدور الجديد للنظام العام في مجال المنافسة هو الذي أدى إلى تسميته **بالنظام العام التنافسي**. بحيث أصبح يعكس الدور الجديد للدولة، وتحولها من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة دورها ضبط³ قواعد اللعبة، وترك المجال للمنافسة الحرة.

¹ - عرّف بعض الفقه قانون المنافسة على أنه: "مجموعة القواعد التي تحكم وتنظم عمليات التنافس بين الأعوان الاقتصاديين في عملية البحث والإحتفاظ بالعملاء أو الزبائن".

- BENNADJI Cherif, Le droit de la concurrence en Algérie, In L'Algérie en mutation, sous la direction de CHARVIN Robert et GUESMI Ammar, Edition l'Harmatin, S.L.E, 2001, p143.

مقتبس عن؛ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي- وزو، 2012، ص 02.

² - CHEVALLIER Jacques, Etat et ordre concurrentiel, in L'ordre concurrentiel mélanges en l'honneur d'Antoine PIRAVANO, Edition frison-roche, 2003, p61.

مقتبس عن؛ دفاص عدنان، قانون المنافسة بين النظام التنافسي والأمن القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص 547.

³ - عرّف المشرع الجزائري الضبط من خلال نص المادة 03 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم في الفقرة ه بأنه: "كل إجراء أيا كانت طبيعته، صادر عن هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها وذلك طبقاً لأحكام هذا الأمر".

وفي المقابل فإن الشريعة الإسلامية بدورها وإن كانت قد أقرت حرية التجارة للأفراد وجعلتها طريقا مباحا من طرق الكسب، فمنعت وحظرت كل ما من شأنه الوقوف في سبيل حرية السوق وحرية التجارة فيه أو يعطل مسيرتها. فإنها قد وضعت لها نظاما عاما شرعيا يفرض عليها بعض القيود حتى لا يساء استغلال الحرية التامة لهم في هذا المجال، فيحتكرون السلع أو يتم بيعها بأكثر من ثمنها، مستغلين في ذلك حاجة الناس إليها واضطرارهم لشرائها، أو يتم التعامل بالربا أو تكون هناك منافسة غير مشروعة.

فالنظام العام الشرعي التنافسي لا يسمح لمن يعملون في النشاط التجاري أن يكتسبوا دخولهم من ممارسات ظالمة تلحق الضرر بجمهور المستهلكين، ولذلك حرم الإسلام الاحتكار وحرم كل ما يحدث اضطرابا في الأسعار، وبالجملة فإن كل ربح يعود على التاجر أو المنتج من غشه أو خيانتة أو خداعه يعد ظلما وهو مال حرام منزوع البركة في الدنيا وهو سبب للعذاب المقيم والشقاء الدائم في الآخرة¹.

وعليه فبعد بيان أهم مظاهر تدخل النظام العام التنافسي والنظام العام الشرعي لضمان حرية المنافسة (المبحث الأول)، نبيّن أهم الآليات المتبعة لتحقيق هذه الغاية في كل من النظامين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مظاهر تدخل النظام العام التنافسي في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

إن التغيرات والتحولات الحديثة أفرزت وضعاً اقتصادياً جديداً، تشكل فيه المنافسة السمة الأساسية²، والتي يضمنها قانون المنافسة¹، هذا الأخير وإن كانت قواعده تهدف أساساً إلى تكريس الحرية التنافسية، إلا أنه يتضمن بالإضافة إلى ذلك مجموعة من الضوابط والقيود التي

¹ - يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة الإسلامية، (دون دار نشر)، الطبعة الثانية، 1992، ص 69.

² - فقد بدأنا نلمس تغيير سياسة الدولة الاقتصادية مع صدور القانون رقم 12/89 الصادر بتاريخ 1989/07/05 المتعلق بالأسعار، حيث أدخل هذا القانون لأول مرة ولو بشكل ضمني مفهوم المنافسة. إلا أن سياسة التدرج للانتقال لنظام اقتصاد السوق استدعت الإبقاء على بعض أساليب الاقتصاد الموجه، فرغم تخلي الدولة عن سياسة دعم الأسعار إلا أنها أبتت على إمكانية التدخل لتحديدها. وبتاريخ 1995/01/25 صدر الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، والذي كان يهدف إلى تشجيع وتنظيم المنافسة الحرة والنزيهة بين المتعاملين الإقتصاديين، وذلك بتوفير الشروط الضرورية لوجودها ومحاربة كل ما من شأنه القضاء عليها، إلا أن المحيط الذي صدر فيه هذا القانون لم يسمح له بتجسيد قواعد المنافسة على أرض الواقع، لعدم وجود ثقافة تنافسية من جهة، وغياب المشاريع التنافسية إذا كان تنشيط غالبيتها في تجارة التجزئة من جهة أخرى. وقد تم إلغاء هذا الأمر بموجب الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 وما يلاحظ عليه أنه اقتصر على تنظيم الممارسات المقيدة = =

يتعين على المتعاملين الاقتصاديين الالتزام بها في بحثهم وحفاظهم على العملاء في مختلف أسواق المنتجات أو الخدمات. وكما يقول الأستاذ Hubrecht، فإن: "السوق يمكن أن تهدم نفسها إذا لم تقدم لها السلطة العامة الإطار القانوني، وأن النظام الاقتصادي للسوق يفترض تنظيماً قانونياً حتى يمكن المحافظة على أوضاع المنافسة، بما يؤدي إلى تجنب الممارسات الضارة بها"².

ومن هنا يظهر دور النظام العام التنافسي الذي يضع إطاراً قانونياً عاماً لحماية السوق والمنافسة الحرة، ومنع كل ما من شأنه عرقلتها. ويتخذ هذا التدخل مظاهر متعددة في كل من القانون الجزائري (المطلب الأول)، والنظام الإسلامي من خلال نظامه العام الشرعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مظاهر تدخل النظام العام التنافسي في القانون الجزائري

سبق القول أنه إذا كانت المنافسة في حدّ ذاتها أمراً ضرورياً و مشروعاً، فإنّ هذه المنافسة لها حدود و قيود ينبغي على المتعاملين الاقتصاديين احترامها، و ذلك بتقاضي مختلف أنواع الممارسات الاحتكارية الماسة بها، وفي هذا الصدد فإن النظام العام التنافسي في ضبطه

= = للمنافسة، أما الممارسات التجارية التي كان يمنعها الأمر رقم 06/95 باسم الشفافية والنزاهة فقد أصبحت منظمة بموجب القانون رقم 02/04 الصادر بتاريخ 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وفي سنة 2008 عدلّ المشرع الأمر رقم 03/03 بموجب القانون رقم 12/08 الصادر بتاريخ 25 يونيو 2008، حيث وسع المشرع مجال تطبيقه وعزز تشكيلة وسلطات مجلس المنافسة، مع إقرار جزاءات أكثر ردية على الممارسات المقيدة للمنافسة تتمثل في الغرامة. ثم تبعه بعد ذلك تعديل آخر بموجب القانون رقم 05/10 الصادر بتاريخ 15 أوت 2010 الذي وسع المهمة العمومية لضبط السوق، وعدد الحالات المناحة للدولة للتدخل في ضبط الأسعار، ومع هذا فقد استبعد إلزامية استشارة مجلس المنافسة حول أي مشروع تنظيمي بتحديد أسعار السلع والخدمات أو هوامش الربح بخلاف ما كان سابقاً.

¹ - وتجب الإشارة هنا إلى أن قواعد المنافسة تنقسم إلى قواعد لتهديب الممارسات الفردية للمتنافسين، وقواعد لضمان حسن سير الأسواق، فأما الأولى فتطبق على العلاقات الفردية بين المؤسسات لتنظيم عملية التنافس بينها بما يحفظ حقوق كل طرف، ولا حاجة لإثبات تأثر السوق، ويطلق عليها القواعد المتعلقة بنزاهة الممارسات التجارية. وأما الثانية فتطبق على المؤسسات مع الأخذ بعين الاعتبار السوق التي تنشط فيه، والهدف المباشر منها ليس حماية المستهلك والمؤسسات بل الحفاظ على شروط المنافسة، وهي ما يصطلح عليها بقواعد المنافسة أو قواعد حماية المنافسة في السوق. ينظر في هذا الصدد:

- Marie Malaurie Vignal, Droit interne de la concurrence, ARMAND COLIN, Paris, 1996, n°36, p 37.

- كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادية، 2010، ص 77

² - H.G. Hubercht, Droit public économique, Dalloz, 1997, n° 316.

مقتبس عن؛ تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 200.

للمنافسة يتخذ عدة مظاهر تتفاوت حسب غرضها ما بين التدخل عن طريق المنع، أو التدخل عن طريق الإلزام، ففيما يخص المنع فيكون بحظر كل ما من شأنه عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها، وفي هذا الصدد يجب أن نميز بين الممارسات المقيدة للمنافسة (الفرع الأول)، ومراقبة التجميعات الاقتصادية (الفرع الثاني). أما فيما يخص التدخل عن طريق الإلزام فيكون من خلال تحديد الأسعار والحد من ارتفاعها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حظر النظام العام التنافسي للممارسات المقيدة للمنافسة

خصص المشرع الجزائري الفصل الثاني من الأمر 03/03 للممارسات المقيدة للمنافسة¹، وذلك في المواد من 06 إلى 14، على أنه وبتفحص هذه النصوص نجد أن هذه الممارسات يمكن أن تتخذ شكلا من الأشكال الآتية: إما اتفاقات و أعمال مدبرة (أولا)، وإما تعسف في استعمال القوة الاقتصادية (ثانيا)، وإما البيع بأسعار منخفضة تعسفا (ثالثا). مالم تكن أمام حالة من حالات التبرير القانوني (رابعا).

أولا: الإتفاقات والأعمال المدبرة

تنص المادة 06 من الأمر رقم 03/03 على أنه: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منها، لا سيما عندما ترمي إلى..."². فمن خلال هذا النص يتبين بأن المشرع الجزائري ولأجل حظر مثل هذه

¹ - في هذا الإطار هناك من يميز بين الممارسات المنافية للمنافسة، والممارسات المقيدة لها، فالممارسات المنافية هي التي تؤدي إلى إبطال الفعل التنافسي إما بصفة مطلقة أو في جزء منه، أما الممارسات المقيدة فهي التي من شأنها التأثير والإضرار بالمسار التنافسي دون أن تؤدي إلى إبطال أو إلغاء التصرفات التنافسية، نظرا لما تتضمنه كأصل عام من احترام لقواعد الشرعية التجارية. وفيما يخص المشرع الجزائري فإنه وعلى غرار الكثير من المشرعين كالفرنسي والمصري، قد مزج بين هذين = = الصنفين من الممارسات تحت عنوان واحد وهو الممارسات المقيدة للمنافسة. ينظر في هذا التمييز؛ تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 137-138.

² - أورد المشرع الجزائري من خلال هذا النص بعض الصور لما قد تقضي إليه هذه الاتفاقات والتي من أجلها نص على حظرها، وذلك إذا كانت ترمي على الخصوص إلى: - الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، - تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني، - إقتسام الأسواق أو مصادر التمويل، - عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،

الممارسات، يشترط توافر شرطين أساسيين: أن يكون هناك اتفاق (I)، وأن يهدف هذا الاتفاق إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها (II).

I - وجود اتفاق

بعد تحديد المقصود بالاتفاق (أ)، نبين أهم أشكاله الاتفاق (ب).

أ- المقصود بالاتفاق المحظور

بالرجوع إلى نص المادة 06 من الأمر 03/03 نجد أن المشرع قد استعمل مجموعة من المصطلحات، الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية، الأمر الذي يثار معه التساؤل حول ما إذا كان لكل منها مفهومه الخاص، أم أنه تعدد في المصطلحات فقط والمقصود واحد.

إن تحديد موقف المشرع ينبغي فيه الرجوع إلى التشريعين الفرنسي والأوروبي باعتباره قد تأثر بهما إلى حد كبير في تنظيمه لهذه المسألة. ففي التشريع الفرنسي الاتفاقات المحظورة يمكن أن تكون: "أعمال بالتواطؤ، اتفاقيات، توافقات صريحة أو ضمنية، أو تحالفات"¹. أما المشرع الأوروبي فقد حصرها في: "اتفاقات بين مؤسسات، قرارات تكتل مؤسسات، ممارسات بالتواطؤ"².

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن هذا التعداد غرضه فقط حصر مختلف أشكال الاتفاقات³، وأنه يجب التعامل معها باعتبارها تصرفا اقتصاديا ينافي قواعد المنافسة بغض النظر عن الاسم أو الشكل القانوني الذي يمكن أن تتخذه⁴.

= = = تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يجرهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية،
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة .

وما يلاحظ من خلال معاينة المصطلحات المستعملة من قبل المشرع الجزائري، يتبين مدى خضوع صياغة هذه المادة لتأثير مزدوج للقانونين الفرنسي والأوروبي، حيث أنّ عبارة الممارسات المدبرة وردت في المادة 81 من اتفاقية الاتحاد الأوربي فقط، على خلاف المشرع الفرنسي الذي يستعمل عبارة الأعمال المدبرة في المادة 1- L420 من التقنين التجاري الفرنسي.

¹ - Selon le texte de l'article L420-1 du c.com.fr : « ...les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions... ».

² - Selon le texte de l'article 81 Ph1 du traité instituant la communauté européen : « ... tous accords entre entreprise, toutes décisions d'accosiations d'entreprise et toutes pratiques concertées... ».

³ - Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, op.cit,n°154, p147.

⁴ - Mireille Delmas-Marty, droit pénal des affaires -1- les infractions -Thémis, 1981,p572.

والذي يبدو أن هذا التفسير يصدق حتما على مقصود المشرع الجزائري، حتى أن مبدأ حياد شكل التوافق «principe de neutralité de la forme de L'entente» أصبح حالياً من المبادئ المستقر عليها فقها وقضاء¹.

وعليه وأمام تعدد المصطلحات التي تستعملها التشريعات للدلالة على الاتفاقات المحظورة، تغدو عملية إعطائها تعريفاً جامعاً مانعاً في غاية الصعوبة، ولا أدل على ذلك مما قاله الفقيه ريبير **RIPERT**: "إن الاتفاق يتخذ أشكالاً مختلفة جداً، ولذا يتضح لنا حالياً أنه من غير الممكن إيجاد تعريف قانوني دقيق. إن فشل تعريف الاتفاق شيء في غاية الخطورة، لأنه يجعل عملية تنظيمها تنظيمياً محكماً، تقريباً مستحيلة"².

ورغم هذه الصعوبة فقد حاول البعض تعريف الاتفاقات المقيدة للمنافسة على أنها: "كل تنسيق في السلوك بين المشروعات أو أي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح، وأياً كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عنه من شأنها أن تمنع أو تقيد أو تحرف المنافسة"³.

ولا يشترط في الاتفاق أن يتخذ شكل العقد الملزم لأطرافه، مثل ما نراه في العقود المدنية، بل يكفي أن يتبع أطراف الاتفاق سياسة مشتركة من شأنها تقييد المنافسة دون الالتزام قانوناً، لذا يمكن أن يكون اتفاقاً، أو تعهداً على الشرف، أو إعطاء رأي، أو اقتراح، أو تقديم نصيحة، فإذا قبلها الأطراف أمكن وصف ذلك بالاتفاق، شريطة أن يكون موضوعها أو أثرها هو تقييد المنافسة⁴.

فمثلاً يعتبر إبرام عقود توزيع نموذجية مختلفة تم إعدادها من طرف مؤسسة منتجة مع موزعيها وأدرجت هذه الأخيرة بنداً لفرض أسعارها عند إعادة بيع منتوجها ويقوم الموزعين بقبول

¹ -Yves Guon, Droit des affaires.1, droit commercial général et société, ECONOMICA, Paris, collection droit des affaires et de l'entreprise, série enseignement, 12 éme édition , 2003, n°948/, p.877.

² - « l'entente pouvant être réalisée par les procédés les plus différents, il nous paraît pas possible à l'heure actuelle de la faire rentrer comme telle, dans une définition juridique précise...cet échec dans la définition est extrêmement grave , il rend à peu près impossible une réglementation étroite. »

مقتبس عن: أبو الياس جوزف، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، دار بيروت للنشر، لبنان، 1983، ص175.

³ - لنا حسن ذكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2004، ص 41.

⁴ - MALAURIE-VIGNAL, Marie, Droit de la concurrence, 2^{ème} édition Armand Colin, Paris, 2003, p154.

العقود عن طريق الإمضاء عليها، ففي هذا المثال ورغم أن اتخاذ قرار فرض أسعار المنتج كان بصورة انفرادية من طرف المنتج، لكن باتباع الموزعين لهذا الشرط وقبولهم له، أصبح اتفاق يعاقب عليه القانون ويدخل في إطار تطبيق المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة¹.

كما اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي في قرار صادر بتاريخ 1987/12/08 أن ما قامت به الفدرالية الوطنية للتجارة وتصليح الدراجات والدراجات النارية، من توزيع لمنشورات على منتسبيها، تحثهم فيها على رفع ثمن أتعابهم، اتفاقا محظورا يمس بحرية المنافسة².

ب- أشكال الاتفاقات المحظورة

يقسم معظم الفقه الاتفاقات إلى قسمين³: الاتفاقات المنظمة، والاتفاقات غير المنظمة، فأما الأولى فهي تتخذ شكلين، اتفاقات عضوية تكون في شكل مؤسسات مشتركة أو منظمات مهنية، واتفاقات تعاقدية وهي إما أن تكون في شكل اتفاقات أفقية تتم بين مجموعة من المتعاملين مستقلين فيما بينهم، ويقومون بنشاط اقتصادي مماثل ويعملون على مستوى واحد في السوق. أو في شكل اتفاقات عمودية تتم على مستويات مختلفة في سوق الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، كذلك التي تعقد بين منتج يتواجد في مستوى عال نسبيا وموزعين يعملون في مستويات منخفضة مقارنة بمستواه⁴.

وأما النوع الثاني وهو الاتفاقات غير المنظمة، وهي التي لا تكتسي أي شكل منظم تنظيما ملموسا واقعيا أو قانونيا⁵. وهذه الاتفاقات هي ما تسمى بالأعمال المدبرة أو بالتواطؤ الضمني. هذا الأخير عرفه بعض الفقه بأنه: "نوع من التوافقات، بموجبها تقوم مؤسسات، عن قصد ودون أن ترتبط قانونا، باتباع قواعد مشتركة للتصرف، أي أنها تتخلى عن التصرف باستقلالية"⁶.

ففي التواطؤ الضمني الشركات أو المؤسسات لا تلتقي للاتفاق والتفاوض فيما بينها،

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 47-48.

² - Cons.Conc.Fr.,08 /12/1987, secteur de l'entretien et de la réparation

³ - ينظر في تفصيل هذه الأشكال؛ جلال مسعد، المرجع نفسه، ص 52 وما بعدها.

⁴ - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 140.

⁵ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 63.

⁶ - Jean-Bernard Blaise, Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, LGDJ, Liban, 2^{ème} éd, 1999, p394.

وإنما هناك نوع من التفاعلات التي لا تعدو أن تكون تفاهم ضمني حول السعر أو حجم الإنتاج الواجب عرضه في السوق، إذ يعتمد هذا التفاهم الصامت على مراقبة كل شركة لسلوك الشركات الأخرى، مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمنافسة الحرة وتقييدها¹.

وللتواطؤ ركنين: مادي ومعنوي، فأما الركن المادي فيتمثل في تنفيذ تنسيق عملي بين المؤسسات الشيء الذي سيؤدي إلى تقييد المنافسة أو القضاء عليها، ومثاله واقعة تحديد السعر، التي يمكن إثباتها من خلال بعض المؤشرات، كنقل قوائم الأسعار الخاصة بالبائع، تبادل المعلومات الخاصة بالأسعار، الاتفاقات المحددة لهامش الربح.

وأما الركن المعنوي فيتمثل في تراجع وتخلي المؤسسات عن إتباع سلوك مستقل عن قصد، لتيقنها بأن المؤسسات الأخرى ستقوم بإتباع نفس السلوك في السوق، وفي المثال السابق يتمثل هذا الركن في قصد تحديد السعر، سواء كان ذلك بتوحيده على مستوى الشبكة، أو بتحديد سعر إعادة بيع لكل عضو تبعا لظروف السوق².

وفي الأخير يمكن القول مما سبق أن المقصود بالاتفاقات التي حظرها المشرع الجزائري من خلال المادة 06 من قانون المنافسة، يمتد إلى ليشمل كل اتفاق مهما كان شكله سواء كان في شكل عقد، أو في أي بنية قانونية أخرى، مادام يهدف إلى تقييد المنافسة وعرقلتها أو الإخلال بها.

II - تقييد الاتفاق لحرية المنافسة

بالرجوع إلى نص المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، نجد أن المشرع قد اشترط شرطا أساسيا لحظر الاتفاقات وهو أن يكون هدفها عرقلة أو تقييد حرية المنافسة، الأمر الذي يستدعي إثبات علاقة سببية بين الاتفاق والنتيجة المترتبة عنه (أ)، كما بين المشرع مجموعة من الحالات يكون فيها الاتفاق مقيدا للمنافسة (ب).

أ- قيام العلاقة السببية بين الاتفاق وتقييد المنافسة

اشترط المشرع قيام هذه العلاقة السببية من خلال استعماله في نص المادة 06 من قانون المنافسة لعبارة: " تهدف أو يمكن أن تهدف". وهي ترجمة للعبارة الواردة في النص باللغة الفرنسية:

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 64-65.

² - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 143.

"...sont prohibées lorsqu'elles ont pour **objet** ou peuvent avoir pour **effet**..." وما يلاحظ بداية أن المشرع ترجم كلمة **objet** أي الموضوع بالهدف على أساس أن موضوع التوافق قد يكون الهدف أو القصد التي يبتغيه الأطراف منه، إلا أن عبارة " أو يمكن أن تهدف" ليست هي الترجمة الصحيحة لعبارة " peuvent avoir pour **effet** "، لأن هذه الأخيرة معناها: "يمكن أن يكون أثرها"¹.

وعليه فإن إثبات علاقة السببية يكون بأحد المعيارين، إما بمعيار الموضوع أو الهدف كما سماه المشرع، أو بمعيار الأثر الذي سيرتبه الاتفاق. فبخصوص **المعيار الأول**، فالمقصود به أن تتجه إرادة الأطراف إلى إحداث ممارسات مقيدة للمنافسة، ولا يشترط هنا حصول الأثر، بل مجرد قيام الاتفاق يكفي لحظره، كأن يقوم الأطراف بإبرام عقد يتضمن شروط بيع مقيدة للمنافسة يلتزمون بها في تعاملاتهم، فمجرد إبرام هذا العقد كاف لحظره وإن لم يصل أطرافه إلى تحقيق الهدف، لأن موضوع الاتفاق في حد ذاته يشكل خطرا على المنافسة².

وهكذا فإن عدم تحقق أثر تقييد المنافسة لا يعتبر عائقا لإدانة الاتفاق، ولا يمكن إذن لأطرافه التمسك بعدم تمكنهم من تحقيق الأهداف غير المشروعة التي حددها³. فقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن تبادل المعلومات الذي حصل بين مؤسسات للأشغال العمومية، قبل تقديمها لعروضها بصدد صفقة عمومية، يعد توافقا غير مشروع، بالرغم من أن أي مؤسسة من تلك المؤسسات لم تحصل على الصفقة⁴.

أما **المعيار الثاني**، فهو معيار الأثر، وبموجبه فإن الاتفاق يحظر إذا احتوى على احتمال أو إمكانية تقييد المنافسة، حتى وإن لم يتوفر فيه عنصر الهدف المقيد للمنافسة. وهذا المعيار يمكن من خلاله التصدي للاتفاقات الضمنية غير المنظمة. وهذا ما كان يقصده المشرع في المادة 06 من خلال عبارة " أو يمكن أن تهدف".

¹- عياد كرافة أبو بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص 36.

² - WILFRID Jean Didier, Droit pénal des affaires, 2^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 1992, p 437.

مقتبس عن؛ جلال مسعد، المرجع السابق، ص 72.

³- كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص 125.

⁴- ورد ذكر هذا القرار لمجلس المنافسة الفرنسي عند:

- Michel Pédamon, Droit commercial, commerçant et fond de commerce, concurrence et contrat du commerce, DALLOZ, Paris, précis, 2^{ème} édition, 2000, n°465,p.412.

وفي هذا الصدد فإن مجلس المنافسة الفرنسي قد كرس مؤخرا شرط المساس المحسوس بالمنافسة، متأثرا بالمبادئ التي جاء بها منشور مينيميس La communication de MINIMIS الصادر عن اللجنة الأوروبية بتاريخ 22 ديسمبر 2001، والذي على إثره أصدر المشرع الفرنسي الأمر رقم 2004/274 المؤرخ في 25 مارس 2004 الذي كرس فكرة عتبة الحساسية، بحيث أصبحت المادة L.464-6-1 من القانون التجاري الفرنسي تسمح لمجلس المنافسة بوقف الإجراءات والمتابعات، بحيث يتم إعفاء الاتفاق إذا لم يتجاوز نسبة معينة من عتبة الحساسية¹.

ب- صور الاتفاقات المقيدة للمنافسة

بالرجوع إلى التعداد القانوني الذي أورده المشرع في المادة 06 من قانون المنافسة، فإنه يمكن حصر صور الاتفاقات المقيدة للمنافسة في طائفتين:

فتضم الطائفة الأولى الاتفاقات التي ترمي إلى تقليل عدد المتنافسين في السوق، وذلك بغية زيادة حصص أطراف الاتفاق فيها، وتستعمل في ذلك عدة طرق نذكر منها:

- الاتفاقات المتضمنة عرقلة الدخول الشرعي في السوق، ويقصد بها اتفاق مجموعة من الأعوان الاقتصاديين على وضع حواجز للدخول إلى السوق، ويكون ذلك مثلا بإلزام المنافس الذي يرغب في الدخول بالحصول على بطاقة أو ترخيص.

- اتفاقات المقاطعة، وهو اتفاق مجموعة من المؤسسات الاقتصادية على مقاطعة أحد المتعاملين الاقتصاديين، بهدف إقصائه من السوق.

- التفاهم عند المناقصات العامة أو الخاصة، وهو ما أشارت إليه المادة 06 من قانون المنافسة بقولها: "اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل".

في حين أن الطائفة الثانية تشمل الاتفاقات التي ترمي إلى تقييد نشاط المتنافسين في السوق، وتتمثل خصوصا فيما يلي:

- الاتفاقات حول تحديد أسعار السلع والخدمات، وهي تشكل المحور الذي تدور حوله أغلب الاتفاقات التي يبرمها المتعاملون الاقتصاديون، بغية تقييد المنافسة.

¹ حددت هذه المادة نسبة عتبة الحساسية كما يلي:

- 10 % من السوق المعنية المتأثرة بالاتفاق أو الممارسة إذا تم إبرامه من طرف مؤسسات أو منظمات تنافسية.

- 15 % من أحد الأسواق المتأثرة بالاتفاق أو الممارسة إذا ارتكب الاتفاق من طرف مؤسسات أو منظمات فعلية أو احتمالية غير متنافسة.

- صفقات الربط، والتي مفادها ضرورة أن يصحب رغبة المشتري في شراء منتج معين، شراء منتج إضافي، يطلق عليه المنتج المرتبط سواء كان مرغوب فيه أم لا¹. وهو ما عبّرت عنه المادة 06 بقولها: "إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية".

- اتفاقات القصر، وهي التي يذهب بعض فقهاء القانون التجاري إلى التعبير عنها بمصطلح "الحصرية". وهي سواء كانت حصرية تتيح احتكارا مكانيا يمكن المتلقي من تحقيق أرقام أعمال مرتفعة في النطاق الإقليمي المحدد في العقد، أو حصرية موضوعية تتيح التزود الحصري بالمقومات المادية. ففي الحالتين تعتبر هذه الحصرية غير مشروعة بحسب الأصل، مع ما قد يرد عليها من استثناءات، كما هو الحال في عقد الإمتياز التجاري (الفرانشيز)².

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 10 من قانون المنافسة بقوله: "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها، ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر".

وعليه نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري يحظر كل اتفاق مهما كان شكله، إذا كان يهدف أو يمكن أن يهدف إلى عرقلة المنافسة أو تقييدها أو الإخلال بها، إلا إذا كان هذا الإعفاء يدخل في حالة من الحالات المبررة قانونا، وفق ما سيأتي بيانه في النقطة الموالية. وعليه ومن خلال كل ما سبق بيانه فإن الاتفاق إذا كان هدفة تقييد المنافسة، ولم تتوفر فيه حالات الإعفاء القانوني، فإنه يشكل لا محالة إخلالا وتهديدا صارخا للنظام العام التنافسي، ومن ثم يكون جزاؤه الحظر، مثله مثل حالة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي سنبسطها في النقطة الموالية.

¹ - وفي هذا الصدد أكدت المحكمة العليا الأمريكية في قضية شركة ميكروسوفت، أن الاتفاقات الأولى التي أبرمتها بشأن الويندوز Windows 95 قد اشترطت تقديم الرخصة لتوزيع الويندوز على من يشتري الأنترنت اكسبلور Internet explorer وهذه الشروط منعت الحاصلين على تلك الرخصة من تعديل أي جزء من الويندوز أو إلغائه على الرغم من رغبة المشتري في ذلك. ينظر في تفصيلات هذا القرار؛ عمر محمد حماد، الإحتكار والمنافسة عبر المشروعة دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2008، ص 110.

² - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 152.

ثانياً: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

لقد عالج المشرع الجزائري وضعية التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، باعتبارها الصورة الثانية من صور الممارسات المقيدة للمنافسة، وقسمها إلى صنفين: حالة الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن في السوق (I)، وحالة الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية (II)، ثم نص على إمكانية تبرير هذه الممارسات إذا أدت إلى المساهمة في التطور الاقتصادي (III).

I - الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن على السوق

عالج المشرع هذه الممارسة من خلال نص المادة 07 من الأمر 03/03 التي نصت على أنه: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- إقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار وانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية".

إن المشرع الجزائري من خلال هذا النص قد أورد بعض حالات التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق، دون أن يحدد في هذا النص بالذات المقصود بوضعية الهيمنة. الأمر الذي يستدعي الرجوع لنص المادة 03 من نفس الأمر، حيث عرّف المشرع وضعية الهيمنة بأنها: "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها، أو مموليها".

وهذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري يقترب كثيرا من التعريف الذي وضعت

محكمة العدل الأوروبية حين عرفت هذه الوضعية بأنها: "القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة معينة تمنحها القدرة على وضع العوائق أمام المنافسة الفعلية في السوق المعني، وتمكنه من اتخاذ القرارات من جانب واحد في مواجهة منافسيه وعملائه وكذلك المستهلكين"¹.

والذي يظهر من هذه التعاريف، أن الحجم الكبير للمؤسسة والذي يسمح لها باكتساب مركز قوي في السوق غير ممنوع في حد ذاته، ولكن ما يحظره القانون ويمنعه هو التعسف في استعمال هذه القوة الاقتصادية خاصة عندما يكون الهدف منها الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في السوق².

وهكذا فلأجل تقدير ما إذا كانت المؤسسة الاقتصادية في وضعية هيمنة، يجب بداية تحديد السوق المعنية، ثم تحديد المقاييس التي تبين أن العون أو المؤسسة في وضعية هيمنة أو احتكار.

ويقصد بالسوق المعنية هنا ذلك الفضاء الذي تلتقي فيه العروض والطلبات أو الخدمات القابلة للاستبدال، والتي يعتبرها المشترون أو المستعملون كبديلة فيما بينهم، وغير بديلة مع غيرها من المواد والخدمات الأخرى المعروضة³.

وقد كان المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المحدد لمقاييس اعتبار العون الاقتصادي في وضعية هيمنة، وكذا الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة قبل إلغائه، يعطي معنى للسوق حيث جاء في المادة 03 منه ما يلي: " يقصد بالسوق أو جزء من السوق المرجعي لتحديد وضعية الهيمنة، السلع والخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي، والسلع والخدمات البديلة التي يمكن أن يحصل عليها المتعاملون أو المنافسون في نفس المنطقة الجغرافية"⁴.

¹ -CJCE, 14 Février 1978 société United BRANDS et 11 Décembre 1980 société L'OREAL, Cité par COLIN Frédéric, Droit public économique, Gualino Editeur, Paris, 2005, p224.

مقتبس عن؛ جلال مسعد، المرجع السابق، ص 127.

² -ناصرى نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي-وزو، 2004، ص 79.

³ -تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 156.

⁴ -المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 والمحدد للمقاييس التي تبين ان العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك معايير الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة، ج.ر، عدد 61، لسنة 2000. وقد تم إلغاء هذا المرسوم بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، دون أن يدرج المشرع في هذا القانون المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في حالة تعسف لوضعية الهيمنة على السوق، والتي كان يحددها المرسوم.

ويعتبر معيار المبادلة في هذا المجال بمثابة العامل المشترك بين العرض والطلب، بحيث يقتضي الأمر في هذه الحالة البحث عن إمكانية استبدال منتج معين بمنتج آخر إذا كان سعره في ارتفاع¹.

وفيما يخص المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة. فإن المادة 02 من المرسوم التنفيذي 314/2000 الملغى كانت تحدها كما يلي: "المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على سوق السلع أو الخدمات أو على جزء منها هي على الخصوص ما يلي:

- حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة بالحصة التي يحوزها كل عون من الأعوان الاقتصاديين الآخرين الموجودين في نفس السوق.
- الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوفر لدى العون الاقتصادي المعني.
- العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط العون الاقتصادي بعون أو عدة أعوان اقتصاديين، والتي تمنحه امتيازات متعددة الأنواع.
- امتيازات القرب الجغرافي التي يستفيد منها العون الاقتصادي المعني".

و هكذا ومن خلال هذا النص يمكن القول بأن هناك نوعين من المعايير التي تحدد بها الهيمنة، معايير كمية، وتتمثل على الخصوص في: مقدار الحصة السوقية التي بحوزة العون، رقم الأعمال المحقق، وكذا القوة الاقتصادية التي يتمتع بها على مستوى السوق المعنية. ومعايير نوعية، وتتمثل على الخصوص في: الامتيازات التجارية والمالية أو التقنية التي تتوفر لديه، والشهرة والعلامة التي تزيد من سمعته التجارية في السوق².

ومتى تحقق أحد المعايير الدالة على وضعية الهيمنة، فإن هذا غير كاف للحكم بحظر الممارسة، ما لم تقم المؤسسة أو العون الاقتصادي بالاستخدام التعسفي لهذه الوضعية، فالأمر المحظور هو التعسف في استغلال الوضعية، وليست الوضعية في حد ذاتها.

وبخصوص أشكال الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن، فإن المشرع ومن خلال نص المادة 07 من قانون المنافسة، قد حددها على سبيل المثال لا الحصر، لذلك يمكن تصنيفها

¹ - زوايمية رشيد، قانون النشاط الاقتصادي، مبدأ المنافسة الحرة، مقال غير منشور، ص 09. مقتبس عن؛ أرزقي زويير، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي-وزو، 2011، ص 102.

² - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 159.

في طائفتين: **طائفة أولى** تتمثل في تلك الممارسات الاحتكارية التي تهدف إلى غلق السوق في مواجهة المنافسين، والتي تتخذ عدة صور منها: رفض البيع، التعسف في استغلال وضعية الهيمنة فيما يتعلق بالتمسك بحق الملكية، بند عدم المنافسة، منع المتنافسين من استخدام بنية أساسية تمتلكها مؤسسة مهيمنة¹. وأما **الطائفة الثانية** فتتمثل في تلك الممارسات الاحتكارية غير العادلة التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة في مواجهة شركائها الاقتصاديين، وهي بدورها تتخذ عدة صور منها: ممارسة الأسعار التمييزية، ممارسة أسعار عدوانية، والبيع المرتبطة². وهكذا فبعد بيان الصورة الأولى للتعسف في القوة الاقتصادية، نتولى فيما يلي بيان الصورة الثانية والمتمثلة في الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية.

II - الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية

عالج المشرع هذه الممارسة من خلال نص المادة 11 من الأمر 03/03 التي نصت على أنه: "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان يخل بقواعد المنافسة.

يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي،
- البيع التلازمي أو التمييزي،
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا،
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة،
- كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل سوق³.

¹ - ومما تجب الإشارة إليه هنا أن حالات التعسف الناتج عن هيمنة على سوق ما المنصوص عليها في المادة 07 هي نفس الحالات المتعلقة بالاتفاقات المحظورة التي نصت عليها المادة 06، والتي سبقت الإشارة إليها، مع ملاحظة أن المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 (الملغى) كان يضيف حالات أخرى، تتمثل في الممارسات التي تستجيب على الخصوص للمقاييس التالية: المناورات التي تهدف إلى مراقبة الدخول إلى السوق أو سيرها، المساس المتوقع أو الفعلي بالمنافسة، بمعنى أن الأمر يمتد حتى إلى الآثار المحتملة، غياب حل بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية، وهو بمثابة صورة لوجه الثاني لحالة التعسف الناتج عن استغلال القوة الاقتصادية.

² - ينظر في تفصيل أكثر لهذه الأشكال: جلال مسعد، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

³ - تجب الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري لم يكن ينص في قانون المنافسة رقم 06/95 الملغى على هذه الحالة، وكان ينص فقط على حالة الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن، التي سبقت الإشارة إليها. في حين أن أول ظهور لمصطلح التبعية

إن التبعية الاقتصادية في الحقيقة مردها إلى القوة الاقتصادية للعون الاقتصادي المتبوع بالمقارنة مع العون الاقتصادي التابع، هذه القوة التي تمكنه من امتلاك قوة تفاوضية تسمح له في نهاية الأمر من فرض اشتراطاته التعاقدية على الطرف الآخر، لكن ينبغي التتويه إلى أن ما يقع محل الحظر ليس التبعية الاقتصادية في حد ذاتها، وإنما استغلالها في تحصيل مزايا تعاقدية -و من ثم تنافسية- غير مبررة، و عليه فإن الحظر لا يقع إلى بتحقق وضعية التبعية الاقتصادية، ثم التعسف في استغلالها.

ففيما يخص التبعية الاقتصادية فقد عرّفها المشرع من خلال نص المادة 03 فقرة د من الأمر 03/03 على أنها: "العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا". وعلى العموم فإن وضعية التبعية الاقتصادية تتحقق في حالتين:

أولهما: التبعية للعلامة التجارية، ويقصد بها الوضعية التي يرتبط فيها نشاط العون الاقتصادي بشكل كامل أو شبه كامل بعلامة تجارية واحدة، و تتحقق هذه الحالة عموما في التعاقدات المتضمنة شرط الحصرية، مثلما هو شائع بالنسبة لعقد الامتياز التجاري، وعقد التوزيع بترخيص باستعمال العلامة التجارية وعقود التمثيل التجاري عموما. حيث يكون الممثل التجاري في وضع تعاقدى أضعف واقعيا قبل الطرف الآخر، مما يجعله غير قادر على الاستمرار في النشاط التجاري دون الارتباط بالعلامة التجارية محل العقد¹.

والثاني: التبعية في التوزيع، ويأخذ هذا الوضع صورة عكسية، حيث يكون المنتج الممون في وضع اقتصادي ضعيف بالنظر إلى ارتباطه بالموزع، و حاجته إلى قنوات تصريف فعالة لمنتجاته، و تتحقق هذه الحالة بالنسبة للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة في علاقاتها التعاقدية

== الاقتصادية في تشريع المنافسة الجزائري كان في ظل المرسوم التنفيذي 314/2000 في المادة 05 منه، والذي ألغي بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

¹ - وتطبيقا لذلك قرر مجلس المنافسة الفرنسي في أحد قراراته أن حالة التبعية الاقتصادية لا تعد متوفرة في الدعوى المقدمة ضد شركة "مرسيدس بنز"، نظرا لأن الحاصل على الامتياز التجاري، و غن كان يحقق كل رقم أعماله عن طريق تسويقه = = لمنتجات الشركة، إلا أن نصيب تلك الشركة من السوق محدود، كما أن حجم شهرة مرسيدس بنز يماثل شهرة الشركات الأخرى الموجودة في ذات السوق، حيث أن الموزع الحاصل على الامتياز التجاري يمكنه خلق شبكات توزيعية لمنتجات مماثلة لتلك التي تقدمها شركة مرسيدس بنز عن طريق شركات أخرى دون أية صعوبة تذكر في الانتقال عبر تلك الشركات. ينظر في حيثيات هذا القرار: لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 233.

مع الفضاءات التجارية الكبرى التي تضمن بالنسبة للمنتج تصريف نسبة كبيرة من منتجاته، بما يعني أن استمراره في نشاطه الاقتصادي مرهون باستمرار تعاقداته مع هذه الشركة¹.

وبخصوص التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، فهي تكمن في فرض شروط غير عادلة على الشريك التجاري الذي ما كان ليقبلها لو كان متمتعاً باستقلاليتيه. فالعبرة في الحظر ليست بوضعية التبعية الاقتصادية في حد ذاتها، وإنما بالاستغلال التعسفي لها إذا ما أدى أو ساهم في عرقلة وتقييد المنافسة.

إن هذه الصورة تعكس حقيقة الوضع الذي انتهت إليه حرية التعاقد، في عصر المنافسة، فإذا كانت حرية التعاقد تقتضي حرية الشخص في إبرام العقد أو عدم إبرامه، وكذا حريته في اختيار الشخص المتعاقد معه، وحريته في تحديد مضمونه وشروطه، فإن هذه الحرية بهذا المفهوم، في ضوء الاختلالات الحاصلة بين أطراف العلاقات التعاقدية، وبروز ظاهرة الاحتكارات لم يعد لها ما يبررها. إذ أن رفض البيع مثلاً أي رفض التعاقد، أصبح يشكل ممارسة تعسفية يحظرها قانون المنافسة.

وهذا ما قصده صراحة المشرع من خلال نص المادة 13 من قانون المنافسة حين قضى ببطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 06 و 07 و 10 و 11 و 12 أعلاه.

ثالثاً: ممارسة الأسعار المخفضة بشكل تعسفي

تنص المادة 12 من قانون المنافسة على أنه: " يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع قد وضع معياراً موضوعياً لأجل اعتبار السعر

¹ - وتطبيقاً لذلك فإن مجلس المنافسة الفرنسي في قضية تتعلق بمجموعة توزيع تدعى " كورا"، لم يستبعد أن يكون عدد كبير من موردي السلع الاستهلاكية في تبعية اقتصادية في مواجهة هذه المجموعة، ومما جاء في القرار أن تلك الشركات الموردة تتسم كلها بأنها شركات صغيرة أو متوسطة، وبأن منتوجاتها ليست ذات علامة تجارية مشهورة، وأنها تتعرض لمنافسة شديدة في السوق من طرف منتوجات تتميز بعلامات مشهورة بالإضافة إلى نفقات النقل لمسافات بعيدة التي تعد عالية التكلفة وذلك إذا ما رغبت تلك الشركات الموردة في التعامل مع مراكز الشراء الأخرى التي تبعد عن الإقليم الذي تعمل فيه. ينظر في حيثيات هذا القرار: لبنا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق،

مخفضا بشكل تعسفي، يتمثل في سعر التكلفة المتضمن تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق¹. فالبيع بأسعار مخفضة يقصد به إذا، كل فعل قام به عون اقتصادي، خاصة الموزعون الكبار، سواء بصفة منفردة أو جماعية ينصب على عنصر السعر، إذ يقوم بالتعامل بأسعار تتحدى كل منافسة تجعله يتحمل هو أيضا نتائج الخسارة من خلال البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي².

وهنا ينبغي التنبيه إلى أن المقصود بالحظر هو تعميم استعمال الأسعار المخفضة باعتبارها سياسة تجارية ينتهجها العون الاقتصادي، و ليس مجرد الممارسات المنفردة المفتقدة للتعميم، إذ أن ثبوت هذه الممارسة لمدة محدودة أو فيما يتعلق بسلعة أو خدمة واحدة لا يقع بالضرورة تحت الحظر، على اعتبار أن مثل هذه الممارسات المنعزلة ليس من شأنها التأثير على السوق.

نخلص مما سبق أنه يشترط لحظر بيع سلعة ما بأقل من سعر التكلفة الحقيقي أن يكون السعر المطبق من طرف التاجر منخفضا جدا مقارنة بالتكاليف من جهة، وأن تكون الغاية من عملية البيع بهذا السعر المنخفض إقصاء متعاملين من السوق، أو عرقلة دخولهم إليه. ومع ذلك فإنه قد يرخص بمثل هذه الممارسات استثناءا عندما تقتضي الضرورة الاقتصادية ذلك، كبيع سلعة مهددة بالتلف تفاديا لخسائر أكبر، أو في حالة تغيير النشاط الاقتصادي أو بيع السلع الموسمية، كل ذلك إذا توفر المبرر الشرعي³.

رابعا: التبرير القانوني للاتفاقات المحظورة و حالة الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن تنص المادة 09 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: " لا تخضع لأحكام المادتين 06 و 07 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له. يرخص بالاتفاقات أو الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا

¹- تجب الإشارة إلى أن المشرع يضيف ضمن سعر التكلفة بمقتضى المادة 19 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ما يلي: "...الحقوق و الرسوم و أعباء النقل...".

²- تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 171.

³- تيورسي محمد، المرجع نفسه، ص 172.

الحكم سوى الاتفاقات أو الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة¹.

يستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري قد تأثر بالإيديولوجية الليبرالية التي ترى بأن المنافسة هي عامل للتقدم والفعالية الاقتصادية وهي عنصر أساسي لسير اقتصاد السوق. فهي تمكن من ضبط الإنتاج والتوزيع والتكيف مع الأوضاع والآليات المختلفة التي من شأنها تحسين الإنتاجية والقدرة الشرائية للمستهلكين¹.

وبمعنى آخر فإن المشرع الجزائري من خلال هذا النص حاول خلق نوع من التوازن ما بين حماية المنافسة الحرة و حظر كل ما من شأنه عرقلتها أو الإخلال بها من جهة، وما بين الوصول إلى منافسة فعالة تحقيقا للمصلحة العامة من جهة أخرى، فالأمر لا يتعلق بتحقيق منافسة كاملة وصافية مهما كانت الظروف لكن الهدف هو السعي وراء إقامة منافسة عملية وممكنة في سوق تم إخطار سلطات المنافسة بشأنها بالمقارنة مع الأسواق الأخرى. وهكذا عمد المشرع الجزائري إلى إعفاء بعض الاتفاقات من الحظر، كما سمح أحيانا باستغلال الوضع المهيمن في السوق، إذا تم اتخاذها تطبيقا لنص تشريعي أو تنظيمي (I)، أو لأن هذه الاتفاقات تحقق فوائد أكثر من الأضرار التي تتجم عنها وتساهم في التقدم الاقتصادي أو التقني (II).

I - التبرير تطبيقا لنص تشريعي أو تنظيمي

بالرجوع إلى نص المادة 09 من قانون المنافسة فإن النص القانوني المبرر للاتفاقات المحظورة، وحالة الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن في السوق، إما أن يكون ذو طبيعة تشريعية (قوانين أو أوامر)، أو ذو طبيعة تنظيمية (مرسوم تنفيذي، أو قرار إداري). وفي ظل غياب قرارات لمجلس المنافسة الجزائري في هذا الصدد بالذات، فإنه لا مناص من الرجوع لما قرره مجلس المنافسة الفرنسي، الذي يرى في أحد قراراته بأن النص المبرر الذي يعفي مرتكبي الاتفاقات المحظورة من العقاب لا يمكن أن يكون نصا تنظيميا مستقلا كالمراسيم الرئاسية، كما لا يمكن أن يكون نصا إداريا غير تنظيمي كالمناشير أو الرسائل الإدارية، ولا يمكن أن يكون موقفا إداريا كالتشجيع أو الموافقة أو المجاملة².

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 104-105.

² - Cons. Conc, Décision n° 92-D-44 du 07/07/1992.

مقتبس عن؛ جلال مسعد، المرجع السابق، ص 107.

كما يجب في الصدد التفريق أيضا بين ما إذا كان موضوع النص القانوني يستثني قطاع اقتصادي بأكمله من مجال المنافسة، أو يجعل جزء فقط من السوق مسيرا بقواعد معينة. ففي الحالة الأولى فإن النص القانوني يلغي المنافسة بأكملها، لذلك فإن قانون المنافسة لا يطبق، ومن ثم فلا مجال للحديث عن الحظر أو الاستثناءات.

أما في الحالة الثانية فإن النص القانوني يقيد المنافسة فقط دون أن يلغيها، لذلك يبقى مبدأ الحظر ساريا، فيجب أن لا يضيف التوافق تقييدا للمنافسة أكثر من ذلك المفروض بموجب النص القانوني¹.

ومثال ذلك ما قرره محكمة باريس، من أن الالتزام الواقع على شركات التأمين بموجب النص القانوني، بإخطار الوزارات بالاتفاقات المتعلقة بالأسعار، لا يبرر اعتمادها لسعر موحد، لأن هذا الالتزام يترتب عليه فرض رقابة فقط على الاتفاقات، دون فرض حصولها².

II - الإعفاء بسبب المساهمة في التقدم الاقتصادي أو التقني

بالرجوع إلى الفقرة 02 من المادة 09 من قانون المنافسة، فإن المشرع أورد أربعة أشكال من التقدم أو التطور التي تجعل من الاتفاق أو استغلال للوضع المهيمن في السوق، المساهم في تحقيقها مشروعا وهي: التطور الاقتصادي، أو التقني، أو المتعلق بتحسين الشغل، أو الذي يسمح بتعزيز الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

وأضافت ذات الفقرة بأنه: " لا يستفيد من هذا الحكم - أي الإعفاء - سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة". فالمشرع الجزائري ومن خلال هذا النص قد جعل مجلس المنافسة المخول الوحيد لمنح الترخيص لتطبيق الأحكام المتعلقة بتبرير الاتفاقات المقيّدة للمنافسة.

وهذا الترخيص الذي يمنحه مجلس المنافسة إما أن يكون ترخيص مسبق قبل دخول الاتفاق حيز النفاذ، أو يكون ترخيص لاحق أثناء نظر المجلس لاتفاق محظور دخل حيز النفاذ.

فأما بالنسبة للترخيص المسبق فقد نصت عليه المادة 08 من قانون المنافسة في قولها: " يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية واستنادا إلى

¹ - عياد كرافة أبو بكر، المرجع السابق، ص 71.

² - CA paris, 20/09/1990, cité par Marie Malaurie Vignal, op. cit, n°283, p.210.

المعلومات المقدمة له، أن اتفاقا ما او عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 06 و 07 أعلاه، لا تستدعي تدخله...".

وفي هذا الصدد فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-175 الذي بينّ كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعيتها الهيمنة على السوق¹. أما الترخيص اللاحق أو الإجازة بتعبير أدق، فإنه يمكن لمجلس المنافسة أن ينظر في الاتفاقات المحظورة ويرخصها بناء على مساهمتها في حصول تطور، إما من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الأطراف المعنية إذا ما أثارت أحكام المادة 09 من قانون المنافسة كدفع². وتجب الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي والأوروبي، لا يكتفيان بتحقيق مساهمة الاتفاق أو وضعيتها الهيمنة على السوق في التطور لإعفائه أو منحه الترخيص من طرف مجلس المنافسة، بل يتطلبان ثلاث شروط إضافية وهي: أن يتم تخصيص جزء عادل من النفع الناتج عن الاتفاق لفائدة المستهلك، وأن لا يؤدي التوافق إلى إلغاء كلي للمنافسة من السوق المعنية أو جزء جوهري منها، وأن يكون تقييد المنافسة ضروريا لبلوغ التطور³. في حين لا نجد مثل هذه الشروط في قانون المنافسة الجزائري، ومن ثم فقد ترك المشرع الأمر لتقدير مجلس المنافسة، الذي ستكون له سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال في ظل عدم وجود أي تقييد تشريعي.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 مايو 2005، المتضمن كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعيتها الهيمنة على السوق، ج.ر، عدد 35، المؤرخة في 18 ماي 2005. بحيث حددت المادة 04 منه الملف الواجب تقديم للحصول على التصريح ويتمثل في: تقديم طلب مؤرخ وموقع من المؤسسات المعنية، أو من ممثليها القانونيين، ملاً استمارات معلومات حسب النموذج المرفق بالمرسوم، إثبات الصلاحيات المخولة للشخص أو الأشخاص المفوضين لتقديم الطلب، تقديم القوانين الأساسية للمؤسسات المقدمة للطلب، نسخ من الحصائل المالية للسنوات الثلاث الأخيرة، أو حصيلة السنة الأخيرة إذا كان تأسيس المؤسسة لا يتجاوز ثلاث سنوات.

² - تجب الإشارة هنا إلى المشرع الجزائري وبموجب المادة 09 من القانون 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى، كان يوجب إبلاغ مجلس المنافسة بالاتفاقات والممارسات التواطئية من قبل أصحابها للاستفادة من الترخيص الذي يمنحه، أي أن التبليغ المسبق كان شرطاً للحصول على الترخيص اللاحق. غير أن المشرع ومن خلال قانون المنافسة الجديد 03-03 ألغى هذا الحكم، الأمر الذي يفهم منه أن مجلس المنافسة حالياً بإمكانه النظر في الإجازة اللاحقة ومنح الترخيص.

³ - ينظر في تفصيل هذه الشروط: عياد كرافة أبو بكر، المرجع السابق، ص 78 وما بعدها.

الفرع الثاني

رقابة النظام العام التنافسي على التجميعات الاقتصادية

استمرارا لدور النظام العام التنافسي في مراقبة كل التصرفات والممارسات التي قد تؤدي إلى عرقلة وتقييد المنافسة، يمتد دور هذا الأخير إلى بسط رقابته على التجميعات الاقتصادية، التي يعتبرها المشرع في غالب الأحيان أمرا مرغوبا فيه، وتلقى التشجيع من طرف السلطات العمومية، لأنها تمكّن من منافسة المؤسسات الأجنبية القوية وتحقيق التقدم الاقتصادي والتكنولوجي.

وإذا كان المشرع يمنع ويحظر صراحة الممارسات المقيدة للمنافسة كما سبق بيانه، فإنه لا يمنع إجراء التجميعات، بل يراقبها عن طريق اشتراط حصولها على ترخيص مسبق من طرف الهيئات المتخصصة، خوفا من سيطرة التجميع على السوق وعرقلة حرية المنافسة¹. وعليه فبعد تحديد المقصود بالتجميع الاقتصادي (أولا)، نبين شروط إخضاعه للرقابة (ثانيا)، ثم إجراءات الرقابة عليه (ثالثا).

أولا: تحديد المقصود بالتجميع الاقتصادي

إن المشرع ومن خلال نص المادة 15 من قانون المنافسة لم يعرف التجميع الاقتصادي في حد ذاته، وإنما حدد الحالات التي نكون فيها أمام بالتجميع الاقتصادي وذلك بقوله: "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا:

- اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.
- حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم من رأس مال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى.

- أنشأت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة".

وقد عرّف بعض الفقه التجميع على أنه: "ظاهرة اقتصادية تتم بنمو حجم المؤسسات من

¹ - وهنا يجب التنبيه إلى المشرع كان ينظم رقابة التجميع الاقتصادي في ظل قانون المنافسة الملغى رقم 06/95 ضمن الممارسات المقيدة لمنافسة، إلا أنه وبموجب قانون المنافسة الجديد 03/03، قد فصل بينهما، ليبين أن التجميع في حد ذاته غير محظور، وإنما يخضع للترخيص المسبق خوفا من مساسه بالمنافسة.

جهة وبتناقص عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة أخرى¹.
وعليه فحتى نكون أمام تجميع اقتصادي في مفهوم المادة 15 أعلاه، وجب أن يكون هناك عنصرين، الوسيلة المستخدمة سواء كانت في شكل اندماج² أو مؤسسة مشتركة³.
والنتيجة المتوصل إليها والتي تتمثل في نقل سلطة الرقابة والسيطرة، أي تمكين المنشأة من ممارسة نفوذ حاسم على باقي المنشآت المندمجة.
هذا ويتخذ التجميع عدة أشكال، فقد يكون تجميعاً أفقياً وفيه تستحوذ شركة واحدة على كل أو بعض أسهم أو ممتلكات شركة أو شركات أخرى، والتي تكون منافس مباشر في نفس المستوى ونفس المنطقة الجغرافية كالاندماج مثلاً.
وقد يكون التجميع رأسياً أو عمودياً وهو اكتساب أو استحواذ يحدث بين شركتين تعملان في مراحل متتالية من الإنتاج بغية تحقيق تكامل فيما بينهما.
كما قد يكون التجميع تكتلياً ويكون بتكتل مؤسستين أو أكثر في صناعات غير متصلة ببعضها، بهدف إنشاء إدارة جديدة أقوى للمؤسسات المندمجة.

ثانياً: شروط إخضاع التجميع للرقابة

حتى يكون التجميع الاقتصادي محلاً لممارسة الرقابة لابد من توفر شرطين أساسيين:
أن يكون هذا التجميع لتعزيز وضعيه الهيمنة على السوق (I)، وان يؤدي إلى المساس بالمنافسة (II).

I - أن يكون التجميع تعزيزاً لوضعيه الهيمنة على السوق

ورد النص على هذا الشرط من خلال نص المادة 17 من قانون المنافسة بقولها:
"ولاسيما بتعزيز وضعيه هيمنة المؤسسة على سوق ما،...".

فلا يخضع للرقابة إلا التجميع الذي تقوم به المؤسسات المتعلقة بالقوة الاقتصادية ذات

¹ - لينا حسن ذكي، حماية المنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص 254.

² - يعرف الاندماج على أنه: "التحام شركتين أو أكثر التحاماً يؤدي إلى زوالهما معاً وانتقال جميع أموالهما إلى شركة جديدة، أو زوال إحدهما فقط وانتقال جميع أموالها إلى الشركة الدامجة". ينظر في هذا التعريف والأنواع المختلفة للاندماج؛ جلال مسعد، المرجع السابق، ص 195.

³ - تعرف المؤسسة المشتركة على أنها: "المؤسسة التي يتم إنشاؤها من طرف مؤسستين أو مجموعتين متنافستين، من أجل تحقيق أهداف مشتركة في مجال البحث والتطوير أو في مجال الإنتاج الصناعي". جلال مسعد، المرجع السابق، ص 199.

التأثير القوي في المنافسة، ومعرفة مدى القوة الاقتصادية المحصلة بفعل التجميع يتم وفق مقاييس يفترض القانون أن بلوغها سيؤدي إلى المساس¹.

وقد حدد المشرع هذا المقياس من خلال نص المادة 18 من قانون المنافسة بقوله: "تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة".

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري، قد أخذ بمعيار الحصة في السوق لقياس مدى الهيمنة، في حين أن بعض التشريعات المقارنة قد أخذت بمعيار رقم الأعمال كالقانون الفرنسي²، والقانون الأمريكي³.

II - أن يؤدي التجميع إلى المساس بالمنافسة

ورد النص على هذا الشرط من خلال نص المادة 17 من قانون المنافسة بقولها: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة،...".

من خلال هذا النص يتضح أن عمليات التجميع لا تخضع للمراقبة إلا إذا كان شأنها الماس بالمنافسة وإلحاق ضرر بها. فعملية المراقبة لا تعني بالضرورة معاقبة الأعوان أطراف التجميع، وإنما غرض الرقابة هو منع التعسف الذي قد ينجم عن التجميع. فإذا كان التجميع مثلاً يرمي إلى مساعدة مؤسسات اقتصادية أخرى تعاني من مشاكل في التسيير أو التسويق قد تعرضها للإفلاس، فهنا تعمل هذه الأخيرة على تجميع أنشطتها مع مؤسسات أخرى قد تحسّن وضعيتها في السوق. وهذا فعل ليس فيه أي مساس بالمنافسة⁴.

¹ - كتو محمد شريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 216.

² - فالقانون الفرنسي كان يعمل بمعيار الحصة، إلا أنه بعد صدور قانون N.R.E في سنة 2001، ترك العمل به وأصبح يعتمد معيار رقم الأعمال. فلا تكون عملية التجميع محلاً للمراقبة إلا إذا حققت كل المؤسسات الأطراف في التجميع رقم أعمال إجمالي عالمي من غير الرسوم يفوق 150 مليون أورو، أو إذا حققت مؤسستين اثنتين على الأقل من التجميع رقم أعمال إجمالي من غير الرسوم محقق في فرنسا يفوق 50 مليون أورو لكل مؤسسة على حدا. وهذا طبقاً لنص المادة 2-430 L من القانون التجاري الفرنسي المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 776/2008 المؤرخ في 2008/08/04 المتعلق بتطوير الاقتصاد.

³ - في القانون الأمريكي لا تصبح عملية التجميع محلاً للمراقبة إلا إذا تعدت قيمة 50 مليون دولار أمريكي، وإذا حقق أحد أعضاء التجميع مبلغ 100 مليون دولار فإن لجنة التجارة الفدرالية، والقسم القضائي التابع لوزارة العدل هما من يختصان بالمراقبة. ينظر؛ لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص 261.

⁴ - أرزقي زويبير، المرجع السابق، ص 113.

هذا وتختلف صور المساس بالمنافسة باختلاف الشكل الذي يتخذه التجميع، فإذا كان في شكل اندماج أفقي، فقد ينتهي به الأمر إلى تقوية وضعية هيمنة عادية أو جماعية. وإذا كان في شكل اندماج رأسي، فقد يكون خطره في غلق السوق والحد من الدخول إليه، وكذا خلق وضعيات تبعية المتنافسين للتجميع. أما إذا كان في شكل اندماج مختلط، فقد يؤدي إلى تعزيز وضعية الهيمنة في السوق من خلال ما يسمى أثر الاتصال ما بين الأسواق¹. وعليه فمتى كان التجميع معززا لوضعية الهيمنة على السوق، بغرض المساس بالمنافسة، كان محلا للرقابة على ما سنبينه فيما يأتي.

ثالثا: إجراءات رقابة التجميع الاقتصادي

تجب الإشارة بداية إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال رقابته على التجميعات الاقتصادية، إنما يهدف لتحقيق هدفين من أهداف النظام العام التنافسي، أولهما: حماية المنافسة في حد ذاتها، فالمرقبة إجراء احتياطي يهدف إلى تفادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب فيما بعد تجاوز أثارها، وعلى أساس ذلك لا تكفي قواعد السوق الحر لضمان وجود منافسة نزيهة، بل يفرض الوضع تدخل الدولة.

والهدف الثاني يدخل في إطار النظام العام الاقتصادي التوجيهي بوجه عام، من خلال توجيه المنافسة نحو سياسة اقتصادية واجتماعية معينة، بحيث تضمن الدولة من خلال مراقبة التجميعات الاقتصادية إمكانية تجسيد سياستها من خلال التجميع المقترح، إذ قد يؤدي التنظيم والدور الجديد للمؤسسات أهداف تراها الدولة ضرورية، أو توافق على التجميع مقابل تعهد المؤسسات بتنفيذ سياسة معينة من خلال المشروع، وعلى أساس ذلك تعد مراقبة التجميعات فرصة أمام الدولة للتدخل بطريقة عقلانية في المجال الاقتصادي².

ومن أجل تحقيق هذه الأهداف أوجب المشرع ضرورة عرض التجميع من طرف المعنيين به على مجلس المنافسة، وهذا من خلال نص المادة 17 من قانون المنافسة التي تنص على أنه: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة المؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في

¹ ينظر في تفصيل هذه الأوجه من المساس،: جلال مسعد، المرجع السابق، ص 218 وما يليها.

² آيت منصور كمال، مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري: إشكالية التوفيق بين المصالح، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في التشريع الجزائري، المنظم من طرف كلية الحقوق، جامعة عنابة، يومي 03-04 أبريل 2013، ص 01.

أجل ثلاثة (3) أشهر".

وأضاف المشرع أن كل تجميع أنجز دون ترخيص يعرض أصحابه إلى عقوبات، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من قانون المنافسة: "يعاقب على عمليات التجميع المنصوص عليها في المادة 17 أعلاه والتي أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7 % من رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسات التي تكونت من عمليات التجميع".

وعليه فإن المشرع قد أعطى لمجلس المنافسة صلاحية منح الترخيص بالتجميع، وهذا بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني بالقطاع. وفي المقابل اعترف المشرع في بعض المجالات الاقتصادية الحيوية والحساسة لسلطة القطاع بمراقبة والموافقة على التجميعات الاقتصادية¹.

والذي يبدو أن هذا الأمر لا يشكل تنازعا في الاختصاص، بل هو تعاون بين مجلس المنافسة والسلطات القطاعية. فمجلس المنافسة يهتم بمراقبة التجميعات التي تتوافر فيها أحكام المواد من 15 إلى 18 من الأمر رقم 03-03، بينما تتضمن القوانين القطاعية شروط أخرى، وعلى أساس ذلك يقوم دور المجلس على مراقبة حرية المنافسة في السوق، بينما تهتم السلطات القطاعية بالمراقبة الفنية والتقنية ومدى تماشي التجميع مع الأهداف التي يقوم عليها النشاط، كالمراقبة التي تمارسها لجنة الإشراف على التأمينات حيث تتحقق من الجانب الفني ومدى مسابرة التجميع للسياسة المالية².

ويظهر هذا التعاون جليا من خلال نص المادة 39 بنصها على أنه: "عندما ترفع قضية أمام مجلس المنافسة تتعلق بقطاع نشاط يدخل ضمن اختصاص سلطة ضبط، فإن المجلس يرسل فوراً نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المعنية لإبداء الرأي في مدة أقصاها ثلاثون (30) يوماً. يقوم مجلس المنافسة، في إطار مهامه، بتوطيد علاقات التعاون

¹ - ففي قطاع التأمينات مثلا تنص المادة 230 من قانون التأمينات على انه: "يخضع لمراقبة إدارة الرقابة كل إجراء يهدف إلى تجميع شركات التأمين و/أو إعادة التأمين في شكل تمركز أو دمج لهذه الشركات. وفي مجال الكهرباء والغاز تنص المادة 113 من القانون التأسيسي على أنه: "تقوم اللجنة بمهمة السهر على السير التنافسي والشفاف لسوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز لفائدة المستهلكين وفائدة المتعاملين".

² - آيت منصور كمال، المرجع السابق، ص 03.

والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط".

وعليه فإن كل تجميع تتوافر فيه أحكام المادتين 15 و 18 من قانون المنافسة، يلزم أطرافه بتقديم طلب ترخيص لمجلس المنافسة. وقد صرحت المادة 22 من قانون المنافسة أن تنظيم شروط الترخيص وكيفياته سيتم بموجب مرسوم. وتنفيذا لهذا النص صدر المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع¹.

و لمجلس المنافسة بعد تقديم الطلب صلاحية قبوله أو رفضه وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون المنافسة: "يمكن مجلس المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يرفضه بمقرر معلل بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع. ويمكن أن يقبل مجلس المنافسة التجميع وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة. كما يمكن المؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة...".

ولم يحدد المشرع كليات تقييم مجلس المنافسة لمشروع التجميع، فقد ترك له السلطة التقديرية في تقرير مدى ملائمة مشروع التجميع المقترح. ويكون ذلك إما عن طريق تقييم تأثير مشروع التجميع على المنافسة، وذلك على أساس معيار الحصة في السوق وفق نص المادة 18 من قانون المنافسة إذا كانت أكثر من 40% من المبيعات والمشتريات. وإما عن طريق التقييم الاقتصادي للمشروع، أي مدى مساهمته في التطور الاقتصادي من خلال تشجيع وترقية المنافسة في السوق.

وعقب انتهاء مجلس المنافسة من عملية تقييم المشروع أو التجميع، وبناء على ما انتهت إليه هذه العملية، يمكنه أن يصدر واحدا من القرارات الآتية:

- قرار بالترخيص العادي إذا رأى أن التجميع لا يمس بالمنافسة².
- قرار الترخيص المشروط: إذا أثبت المجلس وجود آثار سلبية على المنافسة، يمكنه رغم ذلك

¹ - ينظر في شروط وكليات تقديم طلب الترخيص: المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المؤرخ في 22 / 06 / 2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج. ر عدد 43، 2005.

² - لم ينص المشرع من خلال قانون المنافسة على إمكانية الطعن القضائي ضد قرارات مجلس المنافسة الخاصة بقبول التجميع، فيمكن للقرار أن يؤثر في مختلف المصالح مثال ذلك مصلحة المؤسسات المنافسة للمؤسسات المستفيدة من = = قرار التجميع. وفي هذا الصدد يمكن أن يؤسس الطعن القضائي استنادا إلى المادة 143 من الدستور التي تنص على انه: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية".

قبول الترخيص بالتجميع في إطار التفاوض مع المؤسسات المعنية، فيقترح عليها شروط أو يقبل التجميع بناء على التزامها بتعهدات.

- قرار رفض التجميع في حالة ماذا تبين من خلال عملية التقييم بأنه سيترتب على التجميع المقترح آثار سلبية على المنافسة، أو إذا كان من غير الممكن أن تؤدي التعهدات المقدمة من المؤسسات المعنية إلى إزالة الآثار السلبية على المنافسة¹.

وتجب الملاحظة هنا أن المشرع الجزائري أقر إجراء استثنائي بموجبه يمكن للحكومة منح الترخيص للتجميع الذي كان محل رفض من المجلس. وهذا ما نصت عليه المادة 21 من قانون المنافسة: "يمكن أن ترخص الحكومة تلقائياً، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الأطراف المعنية، بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع".

وقد نص المشرع في الأخير من خلال المادة 21 مكرر التي أضيفت بموجب القانون 12/08 المعدل لقانون المنافسة²، على إمكانية ترخيص التجميعات التي تستند إلى نص تشريعي أو تنظيمي. وكذا عدم تطبيق الحد المنصوص عليه في المادة 18 أعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي لا سيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

الفرع الثالث

تدخل النظام العام التنافسي في ضبط مبدأ حرية الأسعار

لقد كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية الأسعار كأول مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها المنافسة، ومع ما يمنحه هذا المبدأ في الحقيقة من حرية للأعوان الاقتصاديين في تحديد أسعار السلع والخدمات وفقاً لقواعد اللعبة التي تحكم المنافسة في ظل الاقتصاد الحر. إلا أن هذا لا يعني بالضرورة الانسحاب الكلي للدولة من تنظيم الاقتصاد الوطني، إذ أنه بات من المسلّم به في الأنظمة القانونية الحديثة ومنها التشريع الجزائري، أنه يمكن للدولة في بعض الحالات

¹- في حالة رفض التجميع، منح المشرع للمؤسسات المعنية إمكانية الطعن في القرار أمام مجلس الدولة إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 19 على أنه: "يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".

²- قانون رقم 08/12 المؤرخ في 25/06/2008 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36، سنة 2008.

وبصفة استثنائية أن تتدخل و تفرض قيود على حرية العون الاقتصادي بتحديد الأسعار وفرضها بالنسبة لبعض السلع ذات الطابع الإستراتيجي. انطلاقا من الدور الذي أصبح يلعبه النظام العام في ثوبه التنافسي، في مجال ضبط الإقتصاد وتوجيهه خدمة للسياسة الاقتصادية العامة. وعليه فبعد بيان التكريس القانوني لمبدأ حرية الأسعار (أولا)، نستعرض أهم القيود التي أصبح يفرضها النظام العام التنافسي على هذا المبدأ (ثانيا).

أولا: التكريس القانوني لمبدأ حرية الأسعار

إن المتتبع لنظام الأسعار في الجزائر يجد أنه قد مر بأربعة مراحل، تمتد الأولى منها من سنة 1975 إلى 1982 وهي المتزامنة مع صدور الأمر رقم 37/ 75 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار¹، حيث تبنى المشرع فيها نظام الأسعار المراقبة، مما أدى إلى تضخم خانق نشأ عنه الكثير من مخالفات تنظيم الأسعار.

وفي المرحلة الثانية الممتدة من سنة 1982 إلى 1989، فقد تم اللجوء إلى ما يعرف بالمقاصة الداخلية²، وإنشاء ما يعرف بالصندوق التعويضي للأسعار³، ومن بين أنظمة الأسعار المعتمدة خلال هذه الفترة نظام الأسعار المحددة بموجب عقد من قبل السلطة المركزية، وهو يتعلق بالمنتجات ذات الأساس الزراعي، والخدمات المحددة التعريف والمنتجات المصنعة⁴، ونظام الأسعار المراقبة.

وفي المرحلة الثالثة الممتدة من سنة 1989 إلى 1995، تميّزت بصدور القانون رقم 12/ 89 المتعلق بالأسعار⁵، ...

¹ - الأمر رقم 37/75 الصادر بتاريخ 29 أبريل 1975، المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار.

² - ويقصد بها اقتطاع نسبة معينة تتراوح ما بين 04 إلى 30% من سعر المنتجات سواء المستوردة أو المصنوعة محليا وذلك لتمويل صندوق المقاصة fonds de compensation من أجل دعم بعض المنتجات الضرورية بموجب المرسوم المؤرخ في 14/12/1982 المتعلق بالرسم المقاصي la taxe compensatoire.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 399/91 المؤرخ في 27 أكتوبر 1991 المتعلق بكيفية تخصيص إعانات الصندوق التعويضي = = للأسعار وقبله صدر المرسوم رقم 23/84 المؤرخ في 04 فبراير 1984 يحدد كيفية تسبير حساب التخصيص الخاص رقم 302/041 الذي عنوانه صندوق التعويض.

⁴ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، 2006، ص 507.

⁵ - القانون رقم 12/ 89 الصادر بتاريخ 05 جويلية 1975، حيث نصت المادة 03 منه على انه: " يخضع نظام الأسعار وإعداد التنظيم الخاص بها لعدة مقاييس هي حالة العرض أو الطلب شروط المحافظة على القدرة الشرائية للمستهلك = =

والذي تبني نظامين للأسعار¹:

أولهما: نظام الأسعار ذات الحد الأعلى، وتتعلق هذه الأسعار بالأموال، والمنتجات المدعمة من قبل الدولة، كما هو الحال بالنسبة للخبز، وغيره بالنسبة للمنتجات، والماء، والغاز بالنسبة للخدمات²، **وثانيهما:** نظام الأسعار الحرة.

أما المرحلة الرابعة الممتدة من سنة 1995 إلى يومنا هذا، فقد تميّزت بصور الأمر رقم 06/ 95 المتعلق بالمنافسة³، والملغى بموجب المادة 73 من الأمر رقم 03-03⁴ والذي أبقى العمل فقط بأحكام الباب الرابع والخامس والسادس من الأمر 06-95 إلى أن تم إلغائهم بموجب المادة 66 من القانون 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁵.

وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التطور أن المشرع الجزائري وبموجب الأمر رقم 06-95 أضفى مراقبة على الممارسات التجارية دون الأسعار، بعدما ألغى القانون رقم 12/89 المتعلق بالأسعار بموجب المادة 97 منه، و الذي جاء بأحكام جديدة في هذا المجال تضمنتها المادة 04 منه. والتي يتضح من خلالها أن المشرع الجزائري انتقل من نظام الأسعار المقننة أو الإدارية إلى نظام حرية الأسعار بتحريرها من كافة القيود. ثم أكد على هذا المبدأ من جديد بمقتضى الأمر رقم 03-03 الذي ألغى الأمر رقم 06-95، واعتبره مبدأ أساسيا من

= = والتحكم في أسعار السلع والخدمات الإستراتيجية الشروط العامة للإنتاج والتسويق الأسعار المعمول بها في السلع والخدمات المشابهة أو البديلة الأسعار المعمول بها في الأسواق الدولية فيما يخص السلع والخدمات المعنية أو المشابهة".
1 - حيث نصت المادة 11 من القانون رقم 12/ 89 على انه: "تخضع السلع والخدمات إلى احد النظامين التاليين للأسعار: نظام الأسعار المقننة ونظام التصريح بالأسعار".

2 - حيث نصت المادة 12 من القانون رقم 12/ 89 على أن يطبق نظام الأسعار المقننة عن طريق ضمان الأسعار عند الإنتاج و/ أو تحديد الحد الأعلى للأسعار و/أو الهوامش وقد حرصت الحكومة على تنفيذ ذلك عن طريق إصدارها لمراسيم من ذلك المرسوم التنفيذي رقم 152/91 المؤرخ في 18 ماي 1991 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 401/91 المؤرخ في 27 أكتوبر 1991 المتضمن تصنيف المنتوجات والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة.

3 - الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق ل 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالمنافسة.

4 - الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل يوليو سنة 2003 يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010 والمتعلق بالمنافسة.

5 - القانون رقم 02/04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، عدد 41 المؤرخة في 27/06/2004 المعدل و المتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010، ج.ر، عدد 46 المؤرخة في 18/08/2010 .

المبادئ التي تقوم عليها المنافسة، إذ أنه وبموجب الأمر 03/03 وضمن الباب الثاني المتعلق بمبادئ المنافسة، أورد فصل أول بعنوان حرية الأسعار، و ذلك بعد الأحكام العامة الواردة في المواد 01 و 02 و 03، حيث نصت المادة 04 الفقرة الأولى على أنه: "تحدد بصفة حرة أسعار السلع و الخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة الحرة والنزيهة".

ومما يعكس هذا التوجه أنه وفي اجتماع مجلس الوزراء بتاريخ 2010/05/11 "جدد رئيس البلاد تأكيد تمسك الدولة بحرية التجارة والمنافسة، شريطة احترام القانون ومبدأ الشفافية، وأضاف أنه عازم على السهر على استرجاع مهمة الضبط التي هي من صلاحية السلطات العمومية، وهي المهمة التي تستدعي إسهام العاملين المعنيين والمستهلكين..."¹.

ومما تجب الإشارة إليه هنا أن تحديد أسعار السلع و الخدمات وإن كان حرا، فلا بد أن يحترم قواعد المنافسة وأسسها وعدم عرقلة حرية المنافسة بأي شكل من الأشكال سيما الاحتكار، وكل مخالفة لذلك تعتبر منافسة غير مشروعة لأنها تتطوي على أساليب ووسائل تتنافى تماما مع العادات وقواعد الأمانة و الشرف².

ثانيا: القيود التي يفرضها النظام العام التنافسي على مبدأ حرية الأسعار

إن المشرع قد منح الدولة إمكانية تقييد حرية الأسعار لكن وفق ضوابط حددتها المادة 05 من قانون المنافسة، هذه الأخيرة تضمنت وجهين لتدخل الدولة في تقنين الأسعار (التسعير)، الأول يتمثل في إمكانية الدولة تقنين أسعار بعض السلع والخدمات وتحديد هوامش الربح أو تسقيفها أو التصديق عليها، والثاني إمكانية اتخاذ الدولة لتدابير مؤقتة في بعض الظروف³. وهكذا فإن تحرير الأسعار وإن كان يشكل إحدى دعائم الإقتصاد الحر، أو اقتصاد السوق إلا أن الدولة لا يمكن أن تهمل سلطتها في تنظيم الأسعار (I)، على أن كل من يخالف هذا التنظيم والتحديد يمكن أن يتعرض إلى جزاءات (II).

I - حالات التدخل لتحديد الأسعار

بالرجوع إلى الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة نجد أن المشرع قد أجاز التدخل لتقييد

¹ - بيان مجلس الوزراء المنعقد يوم الثلاثاء 2010/05/11 لمناقشة مشروع قانون المنافسة والقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ينظر في هذا البيان؛ www.elmouradia.dz/arabe/president/activites/presidentacti.htm؛

² - محمد الفقي، دروس في القانون التجاري الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 303.

³ - لياس بروك، نظام الأسعار في الجزائر، الملتقى الوطني حول القانون الاقتصادي، جامعة ابن خلدون تيارت، سنة 2008، ص 04.

حرية الأسعار، وذلك بموجب نص المادة 05 من الأمر 03/03 المعدلة بموجب القانون 05/10 التي نصت على أنه: "تطبيقاً لأحكام المادة 04 أعلاه، يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم. تتخذ تدابير تحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها على أساس اقتراح القطاعات المعنية وذلك للأسباب الرئيسية التالية:

- تثبيت استقرار مستويات وأسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، في حالة اضطراب محسوس للسوق،
- مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك. كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها، حسب الأشكال نفسها، في حالة ارتفاعها المفرط وغير المبرر، لا سيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو حالات الاحتكار الطبيعية¹.

تجب الإشارة بداية إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي أن المشرع وبموجب القانون 05/10 قد عدّل نص المادة 05 من الأمر 03/03، هذه الأخيرة كانت تشترط قبل تعديلها أخذ الرأي الملزم لمجلس المنافسة حيث كانت تنص على أنه: "يجوز لرئيس الحكومة بعد الإطلاع على رأي مجلس المنافسة القيام بتحديد أسعار بعض السلع، والخدمات الخاصة بالمعتبة استراتيجية، أو تحديد حدود الربح القصوى الخاصة بها".

إلا أن المشرع بعد التعديل أصبح لا يشترط أخذ رأي مجلس المنافسة، لا بصفة إلزامية، ولا حتى بصفة اختيارية. وأصبح يشترط فقط أخذ رأي القطاعات المعنية. على الرغم من أن مسألة تحديد الأسعار وتسقيفها مسألة في غاية الأهمية ومن شأنها أن تؤثر على السير الحسن للمنافسة. وهي من صميم المهام التي أنشئ مجلس المنافسة لأجلها.

وعليه ومن خلال نص المادة 05 يمكن القول بأنه يجوز التدخل لتحديد الأسعار وتسقيفها في حالتين: تحديد الدولة لأسعار بعض السلع والخدمات الضرورية (أ)، وفي حالة

¹ - ينظر في هذا الصدد المرسوم التنفيذي رقم 31/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 والمتضمن كليات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية، ج.ر. عدد 04، 1996.

الإرتفاع المفرط وغير المبرر للأسعار (ب).

أ- تحديد الدولة لأسعار بعض السلع و الخدمات الضرورية

استنادا لنص المادة 05 من الأمر 03/03 المشار إليها أعلاه، فإنه: " يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم... لأجل تثبيت استقرار مستويات وأسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، في حالة اضطراب محسوس للسوق،...".

كما هو الحال عليه بالنسبة: للسميد العادي. والكتب المدرسية. والمرجعية¹ إضافة إلى منتجات البترول المكررة المخصصة للسوق الوطنية كالبنزين²، إضافة إلى الدقيق والخبز³، وكذا الأدوية المستعملة في الطب البشري⁴، ومياه الشرب⁵ وأيضا بالنسبة لخدمات نقل البضائع، والحليب المبستر⁶، والمسافرين بواسطة السكك الحديدية⁷، والحافلات الصغيرة والكبيرة⁸، إضافة إلى نسب الإيجار المطبقة على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكنات التي تملكها الدولة، والجماعات المحلية، والمؤسسات، والهيئات التابعة

- 1 - المرسوم التنفيذي رقم 32/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتضمن تحديد حد الربح عند أنتاج بعض المنتجات الاستراتيجية وفي مختلف مراحل توزيعها، ج.ر عدد 04، 1996.
- 2 - المرسوم التنفيذي رقم 33/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتضمن تحديد سعر البيع عند دخول النفط الخام المصفاة وعند الخروج منها وحدود ربح توزيع المنتجات المكررة المخصصة للسوق الوطنية بالجملة، ج.ر عدد 04، 1996.
- وكذا المرسوم التنفيذي رقم 34/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتضمن تحديد أسعار المنتجات البترولية وحد ربح تكرير البترول الخام. ج.ر عدد 04، 1996.
- 3 - المرسوم التنفيذي رقم 36/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع. ج.ر عدد 04، 1996.
- 4 - المرسوم التنفيذي رقم 41/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتعلق بحدود الربح القصوى عند الإنتاج والتوزيع التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري. ج.ر عدد 04، 1996.
- 5 - المرسوم التنفيذي رقم 42/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يحدد التعريف الأساسية لماء الشرب والصناعة والتطهير وكذا المرسوم التنفيذي رقم 43/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يحدد تعريف الماء الذي يستعمل في الفلاحة. ج.ر عدد 04، 1996.
- 6 - المرسوم التنفيذي رقم 37/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر الموضب عند إنتاجه وفي مختلف مراحل التوزيع، ج.ر عدد 04، 1996.
- 7 - المرسوم التنفيذي رقم 38/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن تعريف نقل المسافرين والبضائع الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية. ج.ر عدد 04، 1996.
- 8 - المرسوم التنفيذي رقم 39/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن تعريف نقل الركاب برا، ج.ر عدد 04، 1996.

لها¹. وإلى جانب الوزير الأول يملك وزير التجارة في مجال المنافسة والأسعار، المبادرة بالتقنين في مجال الأسعار وشروط تطبيقه²، وهذه الإجراءات ليست محددة بوقت معين.

ب- حالة الإرتفاع المفرط للأسعار

نصت المادة 05 من الأمر 03/03 في فقرتها الأخيرة على أنه: "مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك. كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها، حسب الأشكال نفسها، في حالة ارتفاعها المفرط وغير المبرر، لا سيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو حالات الاحتكار الطبيعية". وتتخذ هذه الإجراءات الاستثنائية عن طريق التنظيم أي بموجب مرسوم لمدة غير محددة، وهذا على خلاف ما كان عليه الحال قبل تعديل الأمر 03/03 بموجب القانون 05/10 بحيث كانت هذه الإجراءات تتخذ بموجب مرسوم لمدة أقصاها ستة أشهر بعد استشارة مجلس المنافسة.

فعلى خلاف تدخل الدولة في تحديد الأسعار في الظروف العادية، وبصفة دائمة فإن تدخل الدولة في هذه الحالة مرده إلى ظروف عارضة تقتضي تدابير استثنائية مؤقتة لمواجهتها³.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 53 فقرة 01 من الأمر المتعلق بالمنافسة نصت على الالتزام بالإعلان عن الأسعار بالقول: "إن إشهار الأسعار إجباري، ويتولاه البائع قصد إعلام الزبون بأسعار بيع السلع، والخدمات وشروط البيع".

غير أنه بصدور قانون الممارسات التجارية 04/02 نصت المادة 04 على أنه: "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار، وتعريفات السلع، والخدمات، وبشروط البيع"⁴.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 ويتضمن تحسين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات

ذات الاستعمال الرئيسي في السكن التي تملكها الدولة والجماعات والمؤسسات والهيئات التابعة لها. ج.ر عدد 04، 1996.

² - المادة 2/5 من المرسوم التنفيذي رقم 207/94 المؤرخ في 16 جويلية 1994 المحدد لصلاحيات وزير التجارة.

³ - لياس بروك، المرجع السابق، ص 06.

⁴ - القانون رقم 02/04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 27/06/2004 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010 الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18/08/2010.

وتعزيزا للإلزامية إشهار الأسعار جعل المشرع من فعل عدم إشهار الأسعار جريمة عاقب عليها بعقوبة الغرامة وبالإضافة إلى القواعد العامة في الإعلان عن الأسعار فإن المشرع قد حدد كفاءات خاصة بالإعلان عن أسعار بعض قطاعات النشاط أو المنتجات عن طريق التنظيم وتنفيذا لذلك صدرت الكثير من المراسيم التنفيذية والقرارات يمكن الإقتصار على بيان بعضها منها ما يتعلق بتعريفات نقل الركاب في سيارات الأجرة¹، ومنها ما يتعلق بأسعار المشروبات التي تستهلك في عين المكان والمقدمة في المؤسسات غير المصنفة²، ومنها أيضا أسعار إيجار الغرف واستهلاك المأكولات، والمشروبات في المؤسسات الفندقية...³، أما بالنسبة للخدمات فقد أخضع القانون الجزائري الإعلان عن أسعارها لنفس طرق الإعلان عن أسعار المنتجات⁴.

وتجب الإشارة إلى إن فرض هذه القيود من طرف الإدارة رهين بجملة من الشروط والإجراءات نوجزها فيما يلي:

- إن مثل هذه التدابير يجب أن تتخذ عن طريق التنظيم أي بموجب مرسوم ولمدة غير محددة، مع الأخذ بعين الاعتبار مبدأ تركيبة السعر، بمعنى تحديد أهم العناصر التي تدخل ضمن تركيبته وهي العوامل القابلة للتغير بتغير عامل الزمن⁵.

- إذا استمرت حالة الظروف الموجبة لتحديد الأسعار لفترات طويلة، فإنه آنذاك يمكن اتخاذ

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 40/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتعلق بتعريفات نقل الركاب في سيارات الأجرة طاكسي وكذا المرسوم التنفيذي رقم 448/02 المؤرخ في 13 شوال عام 1423 الموافق ل 17 ديسمبر سنة 2002 يتعلق بالتعريفات القسوى لنقل الركاب في سيارات الأجرة، ج.ر عدد 85، 2002.

² - القرار المؤرخ في 29 أكتوبر 1990 المحدد للأسعار القسوى للمشروبات التي تستهلك في عين المكان والمقدمة في المؤسسات غير المصنفة، ج.ر عدد 54، 1990.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 46/2000 المؤرخ في 01 مارس 2000 الذي يعرف المؤسسات الفندقية ويحدد تنظيمها وسيرها وكذا كفاءات استغلالها. ج.ر عدد 10، 2000.

⁴ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، طبعة 2006/1426، ص 539.

⁵ - وفي هذا الإطار تنص المادة 22 مكرر من القانون رقم 06/10 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي: "يجب أن تودع تركيبة الأسعار والخدمات، لاسيما تلك التي كانت محل تدابير تحديد أو تسقيف هوامش الربح أو الأسعار طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما لدى السلطات المعنية قبل البيع أو تأدية الخدمة. يطبق أيضا الالتزام بإيداع تركيبة أسعار السلع والخدمات ضمن نفس الشروط عندما تكون هذه السلع والخدمات محل تدابير تصديق على الهوامش والأسعار. تحدد شروط وكفاءات إيداع تركيبة الأسعار وفئات الأعوان الاقتصاديين المعنيين به وكذا نموذج بطاقة تركيبة الأسعار والسلطات المؤهلة التي يجب أن تودع لديها عن طريق التنظيم".

تدابير أخرى ، بعد أخذ رأي القطاعات المعنية، مؤداها إخضاع القطاع والمنتج لتنظيم مستمر إلى أن تعود المياه إلى مسارها الطبيعي.

- أنه بالنسبة للمنظمات المهنية الأكثر تمثيلا لأحد القطاعات، يمكن للإدارة أن تبرم اتفاقا معها قصد تحديد أسعار المنتجات أو الخدمات التي تقوم بها، إلا أنه وفي حالة عدم احترام هذا الاتفاق من طرف مهنيي القطاع، فيمكن للإدارة تحديد الأسعار انفراديا وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون، أي اتخاذ نص تنظيمي لهذا الغرض.

II - المخالفات المتعلقة بقانون الأسعار

إن التلاعب بأسعار السوق سواء برفعها، أو بخفضها باستعمال أساليب غير مشروعة من شأنه التأثير على حرية المنافسة الشريفة، والإضرار بالمستهلك بصفة خاصة، والإقتصاد القومي بصفة عامة، ولهذا تدخل المشرع لتجريم جملة من المخالفات المتعلقة بقانون الأسعار، وذلك في حالتين: ممارسة أسعار غير شرعية (أ)، والمخالفات الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية (ب).

أ- ممارسة أسعار غير شرعية

إذ تنص المادة 22 من القانون 02/ 04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: " يجب على كل عون اقتصادي تطبيق هوامش الربح والأسعار المحددة أو المسقفة أو المصدق عليها طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما " .

من المعلوم أن قانون المنافسة نص على حرية تحديد السعر وفقا لقانون العرض والطلب، كما نصت على ذلك المادة 04 من الأمر المتعلق بالمنافسة على: " أنه تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة والنزيهة " .

وقد نصت المادة 36 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم على أنه : " تعتبر ممارسات أسعار غير شرعية كل مخالفة لأحكام المواد 22 و 22 مكرر و 23 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من 20000 دج عشرين ألف دينار إلى 10.000.000 دج عشرة ملايين دينار"، فالأسعار المحددة لا يمكن مخالفتها بالرفع من مستواها، أو الخفض منها من طرف الأعوان الاقتصاديين لما في ذلك من ضرر بالمنافسين، والمستهلكين، والاقتصاد بشكل عام.

ب- المخالفات الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية

نصت المادة 23 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم على مجموعة من الممارسات، واعتبرتها ممارسة لأسعار غير شرعية، وهي تنصب على استعمال حيل تفضي إلى التأثير على السعر المقنن، إذ نصت على ما يلي: " تمنع الممارسات، والمناورات التي ترمي لاسيما إلى: القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات المحددة أو المسقفة، إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار، عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الإنتاج والاستيراد والتوزيع على أسعار البيع والإبقاء على ارتفاع أسعار السلع والخدمات المعنية، عدم إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق، إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع".

ويلاحظ أن الاتفاق بين المتعاملين الاقتصاديين للتأثير في الأسعار المقننة، وغيرها واستغلال وضعية الهيمنة من أجل تلك الغاية يمكن أن يتابع سواء من طرف المحاكم العادية طبقاً للقانون رقم 02/ 04، أو من طرف مجلس المنافسة باعتبارها ممارسات مقيدة للمنافسة طبقاً للمادتين 06 و 07 من الأمر المتعلق بالمنافسة .

وبصورة عامة جاء المنع في المادة 23 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم عاما وشاملا لكل الممارسات والمناورات التي يقوم بها العون الاقتصادي للتحايل على السعر المحدد للسلعة أو الخدمة أو هوامش الربح أو الأسعار المسقفة.

وفي ختام هذا الفرع يمكن القول بأن كل هذه الحالات التي سمح فيها المشرع بالتدخل، -إما عن طريق المنع والحظر، وإما عن طريق الإلزام- لأجل حماية المنافسة الحرة وتكريسها، قد ساهمت بما لا يدع أي مجال للشك في تهذيب مبدأ حرية التعاقد أو حرية الأطراف في ممارسة التجارة وضبطه، بما يحقق التوازن بين جميع الفاعلين في السوق، متعاملين اقتصاديين كانوا، أو مستهلكين. كل ذلك في إطار السياسة الاقتصادية العامة التي رسمتها الدولة للمرحلة الحالية مستخدمة في ذلك قواعد النظام العام التنافسي. هذا ويهدف النظام العام الشرعي إلى ذات الغاية، وإن اختلفت طرق تدخله ووسائل معالجته على ما سيتم تفصيله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

مظاهر تدخل النظام العام الشرعي في حماية المنافسة الحرة ومنع الاحتكار

إن النظام العام الشرعي في مسألة الحرية الاقتصادية التجارية ينفرد منذ البداية بسياسة اقتصادية متميزة لا تركز على الفرد وحده كما هو الشأن في النظام الاقتصادي الرأسمالي، ولا على المجتمع وحده كما هو في الشأن الاقتصادي الاشتراكي، وإنما هي سياسة قوامها التوفيق والموازنة والمواءمة بين المصلحتين على السواء¹.

فالنظام العام الشرعي يمنع ويحظر كل ما من شأنه الوقوف في سبيل حرية السوق وحرية التجارة فيه أو يعطل مسيرتها، ولقد كان من أهم ما عنى به النبي صلى الله عليه وسلم هو ضمان حرية السوق، والتأكد من سلامة التعامل فيها، حيث قال بعد أن اختار المكان المناسب له: " هذا سوقكم فلا ينقصن ولا يضرين عليه خراج" ، وقوله صلى الله عليه وسلم: " فلا ينقصن" لا يقصد به الانتقاص المادي من حدود السوق فقط، وإنما يشمل أيضا الانتقاص المعنوي كالسيطرة عليها أو توجيهها، أو فرض القيود التي لا مبرر لها عليها².

وتتفاوت مظاهر تدخل النظام العام الشرعي في حماية المنافسة الحرة، بين التدخل عن طريق المنع أحيانا **بصفة وقائية**، فهو يمنع الاحتكار بوجه عام مهما اختلفت أشكاله وأساليبه إذا أدى أو كان من شأنه أن يؤدي بقصد أو بغير قصد إلى إلحاق الضرر بالمنافسة بوجه عام، أو التضيق على جمهور المستهلكين في الأقوات أو الخدمات بوجه خاص (الفرع الأول)، وما بين التدخل عن طريق الإلزام **بصفة علاجية**، لمعالجة الأوضاع التي قد يخلفها الاحتكار غير المشروع، و يكون هذا عادة عن طريق سياسة التسعير الجبري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حظر النظام العام الشرعي للإحتكار غير المشروع

يعد الاحتكار آفة اقتصادية خطيرة، قد تتجاوز آثارها أحيانا المستهلكين الخواص، لتصل إلى هدم المبادئ الكلية التي تقوم عليها السياسة الاقتصادية للدولة ككل. لذلك فإن الفقهاء متفقون في هذا المجال على أنه يجوز لولي الأمر - من خلال قواعد النظام العام الشرعي -

¹ - محمد علي عكاز، المرجع السابق، ص 78.

² - الهادي السعيد عرفة، الضوابط الشرعية للمنافسة التجارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، عدد 29. أبريل 2001، ص 182-183.

التدخل لمكافحة الاحتكار ومنع وقوعه بكل الوسائل ابتداءً، فإذا ما وقع رغم ذلك كان لا بد من التدخل لإزالة آثاره انتهاءً. وعليه فبعد بيان تعريف الاحتكار وشروطه (أولاً)، نتولى بيان حكمه الشرعي (ثانياً)، ثم أهم الوسائل المتبعة لمكافحته (ثالثاً).

أولاً: تعريف الاحتكار وشروطه

إن تحديد تدخل ولي الأمر لمنع الاحتكار، يتطلب بداية تعريف الاحتكار والمقصود به (I)، ثم بيان أهم شروطه (II).

I - تعريف الإحتكار

لتعريف الاحتكار تعريفاً دقيقاً، لابد من الوقوف على معناه اللغوي (أ)، للوصول إلى تعريفه الفقهي (ب).

أ- التعريف اللغوي للاحتكار

وردت كلمة الاحتكار في معاجم اللغة العربية على النحو الآتي: فقد جاء في أساس البلاغة أن الاحتكار هو: "الالتواء والعسر، وسوء المعاشرة واحتكر الطعام: احتبسه للغلاء، وفلان حرفته الحكرة وهي الاحتكار"¹.

و جاء في لسان العرب: "الحكر ادخار الطعام للتربص وصاحبه محتكر، والاحتكار جمع الطعام ونحوه، مما يؤكل واحتباسه، انتظار وقت الغلاء به"². وفي المصباح المنير: "احتكر فلان الطعام إذا حبسه إرادة الغلاء، والاسم الحكرة مثل الغرفة من الاغتراف"³.

و جاء في القاموس المحيط: "الإحتكار مأخوذ من الحكر، والحكر بسكون الكاف الظلم وإساءة المعاشرة، وفتحها ما احتكر أي احتبس انتظاراً للغلاء، وأصل الحكرة الجمع والإمساك"⁴.

ب- التعريف الفقهي للاحتكار

اختلف الفقهاء في تعريف الاحتكار وذلك لاختلافهم في القيود التي وضعها كل مذهب

¹-محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، الجزء 01، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، 1991، ص 183.

²- ابن منظور، لسان العرب، الجزء 04، المرجع السابق، ص 208.

³- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، الجزء 01، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص 226.

⁴- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، محيط المحيط، المعلم بطرس البستاني، مكتبة لبنان، 1983، الجزء 01، ص 12.

لتعريف المقصود به.

فمن الحنفية، عرفه الكاساني بأنه: " أن يشتري طعاما في المصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر الناس"¹. وأما ابن عابدين فعرفه: " إشتراء الطعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء"².

ومن المالكية، قال سحنون: " سمعت مالكا يقول الحكرة في كل شيء من طعام وزيت وكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما يضر بالسوق"³. وقال الإمام الباجي: " الاحتكار هو الادخار للبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق"⁴. وقد ذكر الحطاب: " قال مالك: الحكرة في كل شيء من طعام أو كتان أو صوف أو عصفور أو غيره، فما كان احتكاره يضر بالناس منع محتكره من الحكرة، وإن لم يضر ذلك بالناس ولا بالأسواق فلا بأس به"⁵.

ومن الشافعية: قال النووي: " أن يبتاع في وقت الغلاء وبمسكه ليزداد في ثمنه"⁶. وأما البكري فقد قال أنه: " إمساك ما اشتراه في وقت الغلاء لا الرخص لبيعه بأكثر عند اشتداد حاجة أهل محله أو غيرهم إليه"⁷.

وأما الحنابلة: فعرفه ابن قدامة بقوله: " الاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط، أن يشتري، وأن يكون المشتري قونا، وأن يضيق الناس بشرائه"⁸. وقال البهوتي: " يحرم الاحتكار في قوت الآدمي فقط"⁹. وأما ابن تيمية وهو من الحنابلة المتأخرين فقال: " المحتكر هو الذي يعتمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من طعام فيحبسه عنهم ويريد إغلاءه عليهم، وهو ظالم

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 05، المرجع السابق، ص 122.

² - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء 05، المرجع السابق، ص 255.

³ - الإمام مالك، المدونة الكبرى، باب ما جاء في الحكرة، الجزء 10، ص 291.

⁴ - أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء 05، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 1322هـ، ص 15.

⁵ - الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وتخريج زكريا عميرات، الجزء 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1995، ص 227.

⁶ - محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المذهب، الجزء 13، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1997، ص 44. و يلاحظ هنا أن الإمام النووي في كتابه المجموع قد شرح كتاب المذهب للإمام الشيرازي، وقد توفي قبل تمامه، وفي طبعة محمد نجيب المطيعي هذه ما كتبه الإمام النووي حتى الجزء 09، وما بعد ذلك فهي تكملة المطيعي.

⁷ - البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، الجزء 03، دار الفكر، بيروت لبنان، الطبعة 01، 1997، ص 24.

⁸ - لابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 244.

⁹ - منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، الجزء 03، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص 166.

لعموم الناس"¹.

وأما ابن حزم الظاهري، فقد قال: "الحكرة المضرة بالناس حرام سواء في الابتياح أو في إمساك ما باع ويمنع من ذلك، والمحتكر في وقت رخاء ليس آثماً"². ويلاحظ من هذه التعاريف أن الفقهاء، قد اتفقوا على أمور، واختلفوا في أخرى، فمما اتفقوا عليه: أن الاحتكار يتحقق بالحبس وفي هذا أخذوا بمعناه اللغوي، وأن يكون الحبس لانتظار الغلاء، و أن العلة فيه هي الإضرار بالناس والتضييق عليهم. ومما اختلفوا فيه: محل الإحتكار، فقيده بعضهم بالأقوات، للآدميين فقط، كالحنابلة وبعض الشافعية، أو للآدميين والبهائم، كالإمام أبو حنيفة وبعض الشافعية، والبعض الآخر أطلقه في كل شيء، وهؤلاء هم المالكية وأبو يوسف من الحنفية وغيرهم. كما اختلفوا في شرط الشراء لتحقيق الاحتكار، فمنهم من اشترط الشراء من البلد - فإن كان مجلوباً أو من غلة أرضه، فلا يعد احتكاراً-، وهؤلاء هم بعض الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، والبعض الآخر لم يشترط الشراء من البلد، وهو أبو يوسف من الحنفية والظاهرية³. وقد عرّف بعض الفقهاء المعاصرين الاحتكار بأنه: "حبس مال أو منفعة أو عمل، والامتناع عن بيعه، أو بذله، حتى يغلو سعره غلاء فاحشاً غير معتاد، بسبب قلته، أو انعدام وجوده في مظانه، مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان عليه"⁴. كما عرّفه آخرون بأنه: "حبس كل ما يحتاج إليه الناس من السلع والخدمات سواء كان المحتكر فرداً أو عدة أفراد أو شركة أو دولة، وسواء كان الحبس بالشراء أو الجلب أو من غلة زرع أو إنتاج مصنعه، انتظاراً للغلاء أو لانعدامه في الأسواق أو تحقيقاً لغرض اقتصادي أو سياسي أو غيرهما، بقصد إلحاق الضرر بالناس أو السوق أو الدول"⁵. و الذي يبدو أن هذا التعريف الأخير يتسع ليشمل مفهوم الاحتكار في العصر الحديث، فإذا كانت العلة في حظره هي الإضرار بالمسلمين وبالأسواق، فهذا الإضرار قد يكون في

¹ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء 28، المرجع السابق، ص 75.

² - ابن حزم، المحلى، الجزء 09، المرجع السابق، ص 64.

³ - بلقيس عبد الرحمن فتوتة، الاحتكار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، طبع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010، ص 87.

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، ص 447.

⁵ - بلقيس عبد الرحمن فتوتة، المرجع نفسه، ص 90-91.

الأقوات، كما قد يكون في الخدمات أو الأعمال. بل أن الاحتكار في هذه الأخيرة قد يكون ضرره أكبر.

II - شروط الاحتكار المحرم

يتضح من التعريفات السابقة للفقهاء أن الاحتكار المحظور يترتب عليه ظلم وإضرار بالناس وإن اختلفت أساليبه وعباراته. وقد انقسم الفقه بشأن شروط الاحتكار إلى قسمين، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء (أ)، ومنها ما هو مختلف فيه (ب).

أ- شروط الاحتكار المحظور المتفق عليها

اتفق الفقهاء على ضرورة توفر ثلاثة شروط للقول بحظر الاحتكار وهي: أن يتم الحبس انتظاراً للغلاء، وأن يتم في وقت احتياج الناس للشيء المحتكر، وأن يكون الشيء المحتكر فاضلاً عن كفاية المحتكر ومن يمونهم.

فبالنسبة للشروط الأولى، فلا يعتبر الاحتكار محرماً إلا إذا قصد المحتكر من حبس الأشياء انتظاراً للغلاء. فالحبس انتظاراً للغلاء هو الحكمة من وراء هذا التحريم، إذ أن المحتكر يقصد من وراء حبسه الغلاء الفاحش وارتفاع سعر الشيء المحبوس، ثم يقوم ببيعه ليحقق ما يصبو إليه من غنى فاحش¹.

أما الشرط الثاني، والمتمثل في أن يتم حبس السلعة في وقت احتياج الناس للشيء المحتكر، أي أن يكون في وقت الضيق بحيث يؤثر على الناس، إذ العلة في التحريم ليست الاحتكار في ذاته وإنما استغلال ذائقة الناس ورفع الأسعار. وفي هذا ذكر الشوكاني: أن المحتكر أن منع غيره من الشراء وحصل به ضيق حرم. وأن كانت الأسعار رخيصة، وكان القدر الذي يشتريه لا حاجة بالناس إليه، فليس لمنعه من شرائه وادخاره إلى وقت حاجة الناس إليه معنى².

وفيما يخص الشرط الثالث، فهو ضرورة أن يكون الشيء المحتكر فاضلاً عن الكفاية، ذلك أن الفقهاء متفقين على جواز الحبس لحاجة الإنسان أو لمن يعولهم، وهذا الحبس لا يعد احتكاراً محظوراً. إلا إذا كان لمدة أكثر من سنة فيعد حينها احتكاراً محظوراً، ولو كان حاجة

¹ - محمد أنور حامد علي، المنافسة والاحتكار في ظل الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص65.

² - الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص262.

الحابس وبعياله¹. وهكذا فإذا ما اجتمعت هذه الشروط الثلاث باتفاق الفقهاء في الشيء المحبوس، كان ذلك احتكاراً محرماً.

ب- شروط الاحتكار المحظور المختلف فيها

بالإضافة إلى الشروط الثلاث المتفق عليها والمشار إليها أعلاه، اشترط بعض الفقهاء شروطاً أخرى غيرها حتى يكون الاحتكار محرماً، وهذه الشروط هي محل خلاف بينهم، وتتمثل أساساً في: أن يكون الشيء المحتكر مشتري من سوق البلد، وأن يكون الشيء المحتكر قوتاً، بالإضافة إلى توفر شرط المدة.

فبالنسبة للشرط الأول، وهو أن يكون الشيء المحتكر مشتري من سوق البلد، فمن الفقهاء من اشترطه كالحنفية والحنابلة. ومنهم من لم يشترطه، ومن ثم يجري حكم الاحتكار المحظور عندهم على السلع المحتكرة سواء من ناتج الزراعة أو الصناعة. وثمرة الخلاف بين هذين الرأيين، أن من حبس غلة ضيعته أو إنتاج مصنعه لا يعتبر محتكراً عند أصحاب الرأي الأول، بينما يعتبر محتكراً عند أصحاب الرأي الثاني. وكذلك الحال بالنسبة للسلع المستوردة، فمن رأى باشتراط الشراء من سوق البلد لا يعتبر احتكارها محرماً، ومن لا يشترط ذلك يعتبره محرماً.

والراجع من كل هذا، إعمالاً للعلة من تحريم الاحتكار، وهي منع الإضرار مطلقاً، وتماشياً مع مقتضيات العصر الحاضر، أنه لا يشترط في الشيء المحتكر أن يكون مشتري من سوق البلد، ومن ثم فمن حبس غلة ضيعته أو إنتاج مصنعه أو سلعة مستوردة يكون قد احتكر احتكاراً محرماً².

و أما الشرط الثاني المختلف فيه، فهو أن يكون الشيء المحتكر قوتاً، فذهب جانب من الفقه إلى أن الاحتكار المحظور مقصور على أقوات الناس، وإن توسع بعضهم في مفهوم القوت ليشمل ما يحتاجه الإنسان مع القوت كاللحوم والفواكه والزيوت، وكذا قوت البهائم. في حين ذهب جانب آخر إلى الاحتكار المحظور لا يقتصر فقط على قوت الإنسان وعلف البهائم، ولكنه يشمل كل شيء يضر حبسه بالناس.

¹ - يقول ابن حزم الظاهري: "والمحتكر في رضاء ليس آثماً، بل هو محسن، لأن الجلاب إذا أسرعوا بالبيع كثر الجلب، وإذا بارت سلعهم ولم يجدوا لها مبتاعاً تركوا الجلب فأضر ذلك بالمسلمين". المحلى، الجزء 09، المرجع السابق، ص 64.

² - ينظر في تفصيل هذا الترجيح: محمد أنور حامد علي، المرجع السابق، ص 72 وما بعدها.

والذي يترجح من هذه الآراء أن تحريم الاحتكار يشمل كل شيء يضر حبسه بالناس، سواء كان قوتا للآدميين، أو علفا للدواب، أو أي شيء آخر يحتاجه الناس إذا حبس عنهم، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك وأبو يوسف والثوري وابن حزم الظاهري¹.

و أما الشرط الثالث المختلف فيه، فهو شرط المدة، فمنهم من يرى ضرورة الحبس لمدة محددة، ومنهم من رأى أن لا أهمية للمدة في ثبوت الحرمة.

والذي يترجح هو عدم اشتراط مدة معينة للقول بحظر الاحتكار، فيتحقق بأي مدة كانت طال أم قصرت، مادام مستوفيا للشروط المتفق عليها لثبوت الحرمة.

وهكذا ومن خلال دراسة كل الشروط المتعلقة بالاحتكار وما تم ترجيحه من الآراء، يمكن القول بأن الاحتكار المحرم هو: "كل حبس بنية انتظار الغلاء، لغلة ضيعة أو إنتاج مصنع أو سلعة مستوردة، قوتا للآدميين، أو علفا للدواب، أو أي شيء آخر، فاضلا عن كفاية المحتكر، في وقت احتياج الناس إليه، طال أم قصرت مدة الحبس أم قصرت". ومتى توافرت هذه الشروط في الاحتكار كان مستوجبا للحكم الشرعي، الذي سنبينه فيما يأتي.

ثانيا: الحكم الشرعي للاحتكار

يرى جمهور الفقهاء أن الاحتكار حرام، وقد استدلوا في قولهم بحرمة الاحتكار، على أدلة من القرآن، والسنة النبوية، والمأثور والمعقول وفق ما يلي:

فالقرآن الكريم وإن كان لم ينص صراحة على التحريم، إلا أنه قد ورد فيه ما يدل على ذلك وفقا لتفسير بعض الفقهاء، ومن ذلك قوله تعالى: "ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب أليم"². وقد ذكر المفسرون في تفسير الإلحاد وجوها أحدها: انه الشرك والثاني أنه الإحتكار³. كما استدلوا أيضا على قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"⁴. فالاحتكار أكل لأموال الناس بالظلم والباطل، ومن ثم فهو يدخل في معنى الآية ويكون حراما.

ومن السنة النبوية، وردت العديد من النصوص منها: حديث سعيد بن المسيّب أن معمر

¹ - ينظر في تفصيل حجج هذا الرأي: محمد سلام مذکور، الاحتكار وموقف التشريع الإسلامي منه، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 23، سنة 1993، ص 498 وما بعدها.

² - سورة الحج، الآية 35.

³ - محمد فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1981، الجزء 23، ص 25.

⁴ - سورة النساء، الآية 39.

بن عبد الله العدوي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يحتكر إلا خاطئ"¹.

وعن عمر بن الخطاب قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " من احتكر على المسلمين طعاما ضربه الله بالجذام والإفلاس"². وعن عمر رضي الله عنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " الجالب مرزوق و المحتكر ملعون"³.

إن هذه الأحاديث وغيرها مما استدل به الفقهاء لقولهم بتحريم الإحتكار، تدل كلها على الوعيد بالعذاب واللعنة والضرب بالجذام والإفلاس، وهذه الجزاءات لا تلحق الإنسان إلا بارتكابه للحرام . وفي هذا يقول الإمام الشوكاني: " التصريح بأن المحتكر خاطئ كاف في إفادة عدم الجواز، لأن الخاطئ هو المذنب العاصي"⁴.

ومن المأثور ما نقل عن بعض الصحابة رضي الله عنهم، فقد قال عمر بن الخطاب رضي الله: " احتكار الطعام بمكة إحد"⁵. ومما جاء في الأثر أيضا أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه حرق طعاما احتكر بمائة ألف⁶.

وروي أيضا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج مع أصحابه فرأى طعاما كثيرا قد ألقى على باب مكة، فقال ما هذا الطعام؟ قالوا جلب إلينا، فقال بارك الله فيه وفيمن جلبه؟ فقيل له: فانه قد احتكر، قال ومن احتكره؟ قالوا فلان مولى عثمان وفلان مولاك فأرسل لهما فقال ما حملكما على احتكار طعام المسلمين، قالوا نشترى بأموالنا ونبيع قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس"، قال الراوي فأما مولى عثمان فلم يبعه، وقال والله لا أحتكره أبدا، وأما مولى عمر فباعه فرأيته مجذوما⁷.

وأما من المعقول، فقد استدل الفقهاء على تحريم الإحتكار بأنه ظلم ومنع للحق عن مستحقه وتضييق عليهم، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بهم. والإسلام ينهى عن هذا الضرر وهي الحكمة من وراء التحريم.

¹- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم الإحتكار في الأقوات، حديث رقم 1605، صحيح مسلم، ص 754.

²-أخرجه الإمام البيهقي في شعب الإيمان.

³- أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب، حديث رقم 2153 .

⁴- محمد نجيب المطيعي، تكلمة المجموع شرح المهذب، الجزء 13، المرجع السابق، ص 45.

⁵- أخرجه الطبراني، في الأوسط، الجزء 02، تحت رقم 1485.

⁶- أورد ذكر هذا الأثر: ابن حزم، المحلى، الجزء 09، المرجع السابق، ص 65.

⁷- ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 243.

وقد اتفق الفقهاء على أن الحاكم يأمر المحتكر بإخراج ما احتكر إلى السوق وبيعه، فإذا لم يمثل فإنه يجب التفرقة بين أمرين: الأول في حالة وقوع الضرر على العامة أجبر على إخراج ما عنده فإذا امتنع أخذ جبراً وأعطى المثل عند وجوده أو قيمته. والثاني إذا لم يوجد ثمة خوف على العامة فالمالكية والشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن يرون أن للحاكم جبر المحتكر على إخراج ما احتكره إذا امتنع عن البيع¹.

ثالثاً: صور الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي

يتفق الفقه الإسلامي على أن الاحتكار المحظور قد يتخذ صوراً وأشكالاً متعددة، وسنركز في دراستنا هذه على أهم صورتين عني بهما الفقه نظراً لمساهمتهما المزدوج بالسوق وما ينبغي أن يتمتع به من حرية من جهة، وبجمهور المستهلكين من جهة أخرى، وهما: بيع الحاضر للبادي (I)، وبيع تلقي الركبان (I).

I - بيع الحاضر للبادي

يعد بيع الحاضر للبادي من أهم صور الاحتكار المحظور، وقد تواترت النصوص في منعه. وهكذا فبعد تحديد المقصود به فقهيًا (أ)، نعد إلى بيان حكمه الشرعي (ب).

أ- تحديد المعنى الفقهي لبيع الحاضر للبادي

لقد تعددت تعاريف الفقهاء لبيع الحاضر للبادي، باختلاف مذاهبهم الفقهية، وهي وان اختلفت عباراتها، فقد اتحدت في معانيها، ويمكن أن نوجزها فيما يلي:
فمن الأحناف عرفه البابرّي على أنه: "الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمن غال"².

أما المالكية: فلهم ثلاثة أقوال في البادي هي: أنه العمودي خاصة، وهو الأظهر عندهم، وأنه القروي، أو أنه كل وارد على محل، ولو كان مدني³.
وأما من الشافعية: فقد عرفه الرملي بأنه: "البادي كل غريب قادم والمراد كل جالب لمتاع يبيعه بسعر يومه فيقول له البادي اتركه عندي لأبيعه على التدرج شيئاً فشيئاً بأعلى من

¹ - ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، الجزء 06، المرجع السابق، ص 12. وكذا؛ الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 05، المرجع السابق، ص 129.

² - محمد بن محمد البابرّي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، لبنان، (بدون سنة النشر)، الجزء 04، ص 56.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء 02، المرجع السابق، ص 134.

بيعه حالاً¹.

ومن الحنابلة: قال البهوتي: "البادي، وهو: المقيم في البادية والمراد هنا (من يدخل البلد من غير أهلها، ولو غير بدوي)، لأنه متى لم يقدم إلى بلد آخر لم يكن بادياً (لبيع سلعته) متعلق بحضر"².

ب- الحكم الشرعي لبيع الحاضر للبادي

إن الفقهاء قد عالجو حكم هذا البيع من وجهتين: وجهة الحرمة أو الكراهة، ووجهة الصحة أو البطلان.

فمن جهة التحريم أو الكراهة، فالذي يظهر من أقوال الفقهاء التي سبق ذكرها، أن المذاهب الأربعة تتفق على **تحريم بيع الحاضر لبادي**³، لأنه تضيق على أهل البلد، وهو صورة من صور الاحتكار، لأن الحاضر يشتري السلعة من البادي ويحبسها لحين غلو ثمنها، حتى إذا ارتفع الثمن أخرجها للناس، ففيه ظلم بين للمستهلكين، في حين أنه لو ترك السلعة للبادي لاستفاد المستهلكون من رخص سعرها، وأضاف بعض الفقهاء أن يكون له سمساراً، أي للبادي، وهو لا يختلف كثيراً عن الحاضر فالاختلاف لفظي فقط، لكن من حيث الفعل فالفعل واحد، لأن كليهما -الحاضر والسمسار- يقومان بنفس الفعل، وهو الحبس لحين الغلو والبيع بدلاً من البادي⁴.

وقد استدلل هؤلاء الفقهاء في قولهم بالتحريم، على مجموعة من الأحاديث منها: حديث طاووس عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباداً". قال: فقلت لابن عباس: ما قوله: لا يبيع حاضر لباداً؟ قال: "لا يكون له سمساراً"⁵.

¹ - شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1967، الجزء 03، ص 447.

² - منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، لجزء 07، دار الفكر، لبنان، 1982، ص 169.

³ - تجب الإشارة إلى أن هناك رأي عند الحنفية والحنابلة، يحمل النهي الوارد في الأحاديث على الكراهة على أساس من القول بأن أول درجات النهي الكراهة، فيحمل النهي الوارد هنا عليها، وقد اشترط الأحناف الكراهية في حالة القحط والعوز. ينظر؛ حاشية ابن عابدين، الجزء 05، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - إسلام هاشم عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقہ الإسلامي - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2011، ص 130.

⁵ - رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر، حديث رقم 2158، ص 517-518.

ومنه حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " نهى النبي عن التلقي وأن يبيع حاضر لباد"¹. ومنه أيضا حديث أنس بن مالك، قال: " نهينا أن يبيع حاضر لباد، وإن كان أخاه أو أباه"².

و أما من جهة الصحة والبطلان: فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، بين من رأى بصحة هذا البيع وتترتب عليه جميع أحكام البيع: وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد³. واستدلوا على ذلك بأن النهي الوارد في الأحاديث هو لمعنى في غير البيع، وهو الإضرار بأهل البلد، فلا يوجب فساد البيع، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة⁴.

ورأي يرى بطلان هذا البيع ولا تترتب عليه أحكام، وهو ما ذهب إليه الحنابلة والظاهرية. واستدلوا على ذلك بأنه بيع محرم من إنسان منهي عن ذلك البيع، فهو باطل يجب فسخه وقد وضع الشافعية والحنابلة شرطان للبطلان وهي أن يكون البادي جاهلا بالسعر، وأن يقصد الباد لبيعها بسعر يومها، وأن يكون بالناس حاجة إلى ما في يده من متاع، ويترتب على هذا التأخير في البيع ضيق فإذا تخلف شرط عندهم فالبيع صحيح⁵.

وأما فقهاء المالكية، فقد فصلوا في حكم هذا البيع من حيث الصحة والبطلان، فقالوا: أنه يفسخ إن لم يفت البيع على الأظهر وهو الذي رواه ابن حبيب عن مالك ورواية عن ابن القاسم، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه. بينما لا يفسخ إن فات البيع، ومضى بالثمن، لأن العقد سالم من الفساد، وإنما نهى عنه لمعنى الاسترخاص، ولذلك لا يعود بالفسخ، لأن البدوي قد علم بالبيع الأول ثمن سلعته، فلا يرخص بفسخه⁶.

ونخلص مما سبق أن بيع الحاضر للباد يضر بالسوق والمجتمع ضرراً بالغاً، ومن ثم أوجبت الشريعة من خلال نظامها العام الشرعي تجنبه لأنه محرم ومنهي عنه صراحة. وذلك في إطار الموازنة بين المصالح والمفاسد، فبالنظر إلى مآل هذا البيع نلاحظ الضرر الكبير

¹ - رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، حديث رقم 2162، صحيح البخاري، ص 518.

² - رواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، حديث رقم 1523، ينظر، صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 709.

³ - محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 03، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 05، المرجع السابق، ص 232.

⁵ - ابن حزم، المحلى، الجزء 08، المرجع السابق، ص 455.

⁶ - الحطاب، مواهب الجليل، الجزء 04، المرجع السابق، ص 378.

الذي يلحق بالسوق وبالناس، حيث سيرتفع السعر على الناس، وستكون استفادة البادي كبيرة، لكنّه سيستفيد وحده ويضر آخرين، وهنا تعارضت مصلحة خاصة مع مصلحة عامة، والمصلحة العامة مقدّمة على المصلحة الخاصة.

II - منع بيع تلقي الركبان (تلقي السلع أو تلقي الجلب).

يعد هذا البيع الصورة الثانية من صور الاحتكار المحظور الذي له أيضا أثر مزدوج على السوق والمستهلك، وبعد تحديد معناه الفقهي (أ)، نبيّن حكمه الشرعي (ب).

أ- المعنى الفقهي لتلقي الركبان

إن اصطلاح تلقي الركبان قال به المالكية والشافعية والحنابلة، وعبر الأحناف والظاهرية عنه بتلقي الجلب، كما عبّر عنه المالكية بتلقي السلع وذلك على النحو الآتي:

فمن الأحناف: عرف الشيرازي تلقي الركبان بقوله: "هو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من متاع ليغبنهم"¹. وقد ذكر الأحناف صورتان للتلقي: أحدهما: أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبييعوه من أهل البلد بزيادة. وثانيهما: أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر².

ومن المالكية: قال ابن جزّي "تلقي السلعة على ميل وقيل على فرسخين وقيل على مسيره يوم فأكثر قبل أن يصل إلى الأسواق"³.

ومن الشافعية: قال النووي: "... الجلب بفتح اللام مصدر بمعنى اسم مفعول المجلوب، يقال جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة، ... والركبان جمع راكب، والمراد قافلة التجارة التي تجلب الأرزاق والبضائع، وذكر الركبان خرج مخرج الغالب في أن من يجلب الطعام يكونون عددا ركباناً، ولا مفهوم له، بل لو كان الجالب عددا مشاة أو واحداً، راكباً أو ماشياً لم يختلف الحكم"⁴.

ومن الحنابلة: قال ابن قدامة: "يتلقون الأجلاب يشتركون منهم الأمتعة قبل أن تهبط

¹ الشيرازي، المهذب، الجزء 01، المرجع السابق، ص 292.

² محمد بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990، الجزء 06، ص 464-465.

³ أبو القاسم الغرناطي-ابن جزّي-، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1977، ص 170.

⁴ محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، الجزء 13، المرجع السابق، ص 24.

الأسواق فرما غبنوهم بينا فيضربونهم وربما أضروا بأهل البلد لأن الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم والذين يتقلونهم لا يبيعونها سريعا ويتربصون بها السعر"¹.

وأما الظاهرية: فقد عبر ابن حزم عنه باصطلاح تلقي الجلب فقال: "ولا يحل لأحد تلقي الجلب سواء خرج لذلك أو كان ساكنا على طريق الجلاب، وسواء بعد موضع تلقي أم قرب، ولو أنه على السوق على ذراع فصاعدا لا لأضحية، ولا لقوت ولا لغير ذلك أضر ذلك بالناس أو لم يضر"².

يتضح من هذه التعريفات أن الفقهاء متفقون على أن التلقي هو خروج المتلقي إلى الركبان (الجالبين) قبل دخولهم البلد ويشترئها منهم ويبيعها بسعر مرتفع لأهل السوق أو يحبسها حتى تغلوا والحكمة من النهي عن التلقي هو ما يترتب من ضرر على الجالب وضرر على أهل البيع، أما الضرر على الجالب فانه يمكن أن يشتري منه برخص فيستغل عدم معرفته بالسوق، أما الضرر على أهل البلد ففيه تقويت الريح لهم، لأن هؤلاء الركبان يبيعون برخص فيشتري منهم ويكسبون من ورائهم، فالجالب سيبيعها بسعر مناسب ولكن المتلقي قد يمسكها حتى يرتفع سعر السوق ثم يبيعها بسعر أعلى، بينما الجالب لن يبقى في البلد فيبيع السلعة بما تيسر³.

ب- الحكم الشرعي لبيع تلقي الركبان

إن الأحاديث التي وردت في بيع تلقي الركبان، جاءت جميعها تقريبا بصيغة النهي، ومن ثم فقد اختلف الفقهاء في هل أن النهي يدل على التحريم أم على الكراهة فقط. فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن النهي يدل على التحريم، ومن ثم فيبيع تلقي الركبان محرم عندهم، وإلى هذا ذهب بعض المالكية وبعض الشافعية والحنابلة في رأي، والظاهرية. واستدلوا على ما ذهبوا إليه بعدة أحاديث أهمها: ما روي عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: "كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى يبلغ به سوق الطعام"⁴.

¹- ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 304.

²- ابن حزم، المحلى، الجزء 08، المرجع السابق، ص 449.

³- إسلام هاشم عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك، المرجع السابق، ص 139.

⁴- رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب منتهى التلقي، حديث رقم 2166، ينظر، صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 519.

وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب فان تلقاه متلق مشتراً فاشتره فصاحب السلعة بالخيار إذا وردت السوق¹.

في حين ذهب جانب من الفقه إلى أن النهي يدل على الكراهية، وهو قول عند الحنفية وقول عند الشافعية وقول عند الحنابلة إذا لم تتوفر شروط الجواز عندهم واستدلوا على ما ذهبوا إليه، بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لا تلقوا الجلب فمن تلقاه، فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار"².

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا تلقوا الأجلاب، فمن تلقى منه شيئاً فاشترى، فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق"³.

وتجب الإشارة هنا إلى أن حكم البيع للركبان كحكم الشراء منهم لصراحة الأدلة وصحتها، فالعلة من النهي تشمل جميع الصور، إزالة الضرر عن الجالب وحمايته ممن يخدعه، ومراعاة مصلحة أهل البلد حتى لا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون باقي البلد، لأنه يعد هنا محتكراً إذا كان التلقي بقصد التحكم في سعر السلعة، فالمنع من التلقي هنا منع للإحتكار⁴.

الفرع الثاني

تدخل النظام العام الشرعي في تحديد الأسعار - التسعير الجبري -

سبقت الإشارة إلى أن الاحتكار محرم بأدلة تكاد تبلغ مرتبة القطع، وهذا التحريم يعد من أهم مبادئ الاقتصاد الإسلامي، ولا شك أن التسعير الجبري يعد من أنجع الوسائل لمقاومة الاحتكار، فهذا الأخير والتسعير مرتبطان ارتباطاً وثيقاً. وما يدل على أهمية التسعير الجبري أمران:

الأول أن التسعير الجبري يستند على دليل شرعي مهم في اجتهاد الفقهاء وهو المصلحة المرسلّة المتعلقة بحق العامة بالإجماع. وهذا ما أشار إليه صراحة الإمام الباقي في قوله: " ووجهه - أي التسعير الجبري أو مستنده - هو ما يجب من النظر في مصالح العامة". وقوله أيضاً: " وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة

¹ - سنن أبي داود، الجزء 02، ص 290.

² - رواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب، حديث رقم 1519، ينظر، صحيح مسلم، ص 709.

³ - سنن ابن ماجه، حديث رقم 2269.

⁴ - بليقيس عبد الرحمن حامد فتوتة، المرجع السابق، ص 335.

فيه"¹.

والثاني أن الفقهاء في تعليلهم لمشروعية الإلزام بالتسعير الجبري الذي يحدده الإمام بناء على المصلحة، قالوا: "إنه إلزام بالعدل ومنع من الظلم". وفي هذا الصدد يقول الإمام ابن تيمية: "إذا تضمن التسعير الجبري العدل بين الناس، وهذا هو مناط التسعير الجبري مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب"².

وعليه سنبين أحكام هذا التسعير الجبري، من خلال تعريفه بداية (أولاً)، ثم تحديد حكمه الشرعي عند الفقهاء (ثانياً)، ثم الحالات التي يجوز فيها التسعير (ثالثاً).

أولاً: التعريف الفقهي للتسعير

لقد تعددت تعريفات الفقهاء للتسعير، ومن أهمها ما جاء به الإمام الشوكاني: "التسعير هو أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمراً، أهل السوق، أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنعوا من الزيادة عليه، أو النقصان، لمصلحة"³. ومن الفقهاء المعاصرين من عرّف التسعير بأنه: "أن يصدر موظف عام بمختص بالوجه الشرعي، أمراً بأن تباع السلع أو تبذل الأعمال أو المنافع التي تفيض عن حاجة أربابه، وهي محتسبة أو مغالى في ثمنها أو أجرها، على غير وجه المعتاد، والناس أو الحيوان أو الدولة في حاجة ماسة إليها، بثمن أو أجر معين عادل بمشورة أهل الخبرة"⁴.

ثانياً: الحكم الشرعي للتسعير

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصل في التسعير هو الحرمة. واختلفوا بعد ذلك فيما إذا دعت إليه الحاجة العامة لمقاومة الاحتكار ومحاربة تغالي التجار أو المالكين في الأسعار على

¹ - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء 05، المرجع السابق، ص18.

² - ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، مصر، (دون تاريخ نشر)، ص18-19.

³ - الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء 05، المرجع السابق، ص220. وقد علق الأستاذ فتحي الدريني على هذا التعريف واعتراض على قول الإمام الشوكاني بأن التسعير لا يجيز البيع بالنقصان، فرأى جواز البيع بالنقصان الذي يتفق مع حكمة تشريع التسعير نفسه وهي نفع الناس وتخفيف الشدة عنهم بالوفاء بحاجاتهم بعوض المثل، إلا إذا تحقق في هذا النقص مناط التذرع إلى مال ممنوع وهو الاحتكار فيصبح حينئذ منافسة غير مشروعة. ينظر: فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، ص538.

⁴ - فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص542.

رأيين: الأول أنه محرم بالإطلاق أي في جميع الظروف والحالات لا فرق بين حالة السعة أو الغلاء (I)، والثاني أنه جائز مشروع، بل واجب عند بعضهم (II).

I - دليل القائلين بعدم الجواز

استدل هؤلاء الفقهاء بأدلة من القرآن والسنة والمعقول. فأما دليلهم من القرآن الكريم، فقولته تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً"¹.

ووجه الاستدلال من الآية أن المعاوضات المالية مبنية على الرضا، والتسعير يتعارض معه لأن فيه إجباراً للبائع بسعر لا يرضاه².

وأما من السنة، ما أخرجه الإمام أحمد والترمذي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله سَعَّرَ لنا، فقال: "إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعِّر، واني لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال"³. وما رواه أبو داود من حديث العلاء ابن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله سَعَّرَ لنا، فقال: "بل الله يرفع ويخفض واني لأرجو أن ألقى الله عز وجل وليست لأحد عندي مظلمة"⁴.

ووجه الدلالة من الحديثين، أنه صلى الله عليه وسلم لم يسعِّر حينما سأله التسعير، ولو كان ذلك جائزاً لأجابهم إليه، وبين علة عدم إجابته للتسعير أنه ظلم، والظلم حرام، فيكون التسعير حراماً⁵.

¹ - سورة النساء، الآية 29 .

² - الكاساني، بدائع الصنائع ، الجزء 05، المرجع السابق، ص 129.

³ - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ماجاء في التسعير، حديث رقم 1318، ينظر، سنن الترمذي، المرجع السابق، ص 402 .

⁴ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم 2997.

⁵ - وفي هذا يقول ابن قدامة: "الظاهر أنه -التسعير- سبب الغلاء، لأن الجالين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلدا يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ويطلبها المحتاج فلا يجدها، ويكتمها، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها إلا قليلاً، فيرفع في ثمنها ليحصلها، فتغلو الأسعار ويحصل الإضرار بالجانبين: جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه، فيكون حراماً". ينظر؛ ابن قدامة، المغني، الجزء 04، المرجع السابق، ص 44-45.

وأما من الأثر، فقد استدلوا بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه مر بحاطب ابن أبي بلتعة رضي الله عنه وهو يبيع زبيبا له في السوق، فقال له: إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا، فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطبا في داره، فقال له: " إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع، وكيف شئت فبع"¹.

ووجه الاستدلال من هذا الأثر، أن عمر رضي الله عنه عدل عن التسعير بعد مراجعة نفسه، وبين لحاطب أن ما قاله ليس بعزيمة ولا قضاء منه، ولكن اجتهاد قصد به الخير لأهل البلد.

وأما دليلهم من المعقول، فهو أن الناس لهم حرية التصرف في أموالهم والتسعير حجر عليهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وعلى هذا فليس التسعير في نظرهم وسيلة غير كفيلة بتحقيق السعر العادل فحسب، بل هو سبب مباشر لضرر عام جسيم يحل بالبائع، والجالب، والمنتج، والمشتري المستهلك، وباقتصاد الدولة في آخر الأمر².

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني: " أن الناس مسؤولون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن، أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران، وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به، منافع لقوله تعالى: " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"³.

II - دليل القائلين بالجواز

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بأدلة من السنة والقياس والمعقول، فأما من السنة، ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق"⁴.

¹ - الإمام مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب الحكرة، الجزء 04، ص 160.

² - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، ص 554.

³ - الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء 05، المرجع السابق، ص 20.

⁴ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العتق، باب إذا اعتق عبدا بين اثنين، أو أمة بين الشركاء، حديث رقم 2522،

ووجه الدلالة أن الحديث أصل في أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل بما لا يزيد عن هذا الثمن. فحاجة الناس إلى الطعام وغير ذلك مصلحة عامة، ليس الحق فيها لواحد بعينه، فتقدير الثمن فيها بثمن المثل على من وجب عليه البيع أولى من تقديره لتكميل الحرية. وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بتقويم الجميع بثمن المثل هو حقيقة التسعير¹.

وأما من القياس، فقد قاس هؤلاء الفقهاء رفع الأسعار على الاحتكار، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الاحتكار لما فيه من ظلم الناس ووقوع الضرر بهم، ومنعهم من قضاء حوائجهم، فكذا رفع الأسعار بقصد الغلاء يضر بالناس، فوجب رفع هذا الضرر بالتسعير العادل، ففي تحريم الاحتكار وجواز التسعير عند الغلاء يمنع جبروت الملاك والغلو في استخدامهم سلطة الملكية².

وأما أدلتهم من المعقول فهي أن التسعير في حال الضرورة جائز لرفع الحرج والضيق عن الناس، لأنهم يتضررون بارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا، ولأن المصلحة العامة وهي مصلحة الناس في جواز التسعير مقدمة على المصلحة الخاصة، وهي مصلحة التاجر في البيع بسعر عال. كما أن التسعير عند ارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا لا يعد ظلما وإنما هو إلزام بالعدل الذي أمر به الله تعالى، ويشترط لجوازه مشورة أهل الخبرة والبصارة³.

كما استدلوا أيضا أن القول بالتسعير فيه سد للذرائع. وسد الذرائع من الأدلة المعتمدة في الفقه الإسلامي خصوصا عند المالكية. يقول الإمام القرافي: "وإطلاق حرية التجارة دون تحديد للريح المعقول المناسب هو أمر سوف يؤدي إلى الاستغلال غالبا وهو منفذ للاحتكار في ضروريات الناس، فسدا للذرائع يجوز تقييد حرية التصرف بيعا وشراء، وذلك بتقييد التعامل بأسعار معينة، لأن الأضرار الفادحة من ترك الأسعار مرة توجب التدخل في أمرها"⁴.

III - الرأي الراجح في ضوء مقاصد النظام العام الشرعي

يتضح من خلال أقوال الفقهاء في مسألة جواز التسعير، أنهم اتفقوا على تحريم التسعير كأصل عام، إلا أنهم اختلفوا في مسألة جوازه حال الضرورة. والذي يترجح هو أن التسعير في

¹ - ابن تيمية، الحسبة، المرجع السابق، ص 36-37.

² - الحسيني جاد، التسعير في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد 22، سنة 1415هـ، ص 15.

³ - ابن تيمية، الحسبة، المرجع السابق، ص 26.

⁴ - القرافي، الفروق، المرجع السابق، فرق رقم 33.

حالة الضرورة أمر جائز بل يكون واجباً أحياناً إذا اقتضاه المصلحة العامة، وهي دفع الضرر العام عن الناس أو الدولة.

فهو تدبير تشريعي اجتهادي مصلحي ضروري يضطلع به ولي الأمر أو الحاكم في حالة تعارض المصلحتين الخاصة والعامة، وهو تدبير وقائي من جهة يحول دون استغلال حاجة الناس وذلك بمنع الاحتكار. وعلاجي من جهة أخرى إذا وقع الاختلال وعجز ولي الأمر عن المحافظة على السوق إلا به. لتكون المصلحة المتوقعة كالواقعة من حيث جلب المنافع ودرء المفسدات إعمالاً لقاعدة درء المفسدات أولى من جلب الصالح¹.

ووفي هذا الصدد يقول ابن القيم: "التسعير منه ما هو ظلم محرّم ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمّن ظلم الناس وإكراههم بغير حقّ على بيع بثمن لا يرضونه منعهم ممّا أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمّن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم ممّا يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب"² وقال أيضاً: "وعلى صاحب السوق الموكّل بمصلحته أن يعرف ما يشتركون به فيجعل لهم من الربح ما يشبه سعر المثل، وينهاهم أن يزيدوا على ذلك، ويتفقد السوق... فيمنعهم من الزيادة على الربح الذي جعله لهم فمن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق وهذا قول مالك في رواية أشهب وإليه ذهب ابن حبيب وقال به ابن المسيّب"³.

فمعيار ما يسعّر وما لا يسعّر عند الضرورة هو النظر فيما إذا كان غلاء الأسعار سببه التجار احتكاراً واستغلالاً، أو كان بسبب قانون العرض والطلب ففي هذه الحال الأخيرة لا يجوز التسعير؛ ومن ثم فليس في التسعير إذاً مخالفة لنصّ الحديث؛ وإنّما هو تطبيق للنصّ نفسه وفهم اجتهادي لمناطه وحكمته في الواقع ذلك أن امتناع رسول الله عليه الصلاة والسلام عن التسعير لا لكونه تسعيراً وإنّما لكون علّة التسعير غير متوقّرة فهم كانوا يبيعون بسعر المثل، وإنّما كان ارتفاع السعر ليس من قبل التّجار وإنّما بسبب قانون العرض والطلب، فقد قلّ عرض البضاعة فارتفع السعر ولا تسعير إذا لم تدع الحاجة إليه بأن كانت السلع متوقّرة في الأسواق وتباع بسعر المثل دون ظلم"⁴.

¹ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، ص 625-627.

² - ابن القيم، الطرق الحكيمية، المرجع السابق، ص 286.

³ - المرجع نفسه، ص 299.

⁴ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلّته، الجزء 02، المرجع السابق، ص 590.

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي أنه: "لا يتدخل ولي الأمر بالتسعير إلا حيث يجد خلافا واضحا في السوق والأسعار ناشئا عن عوامل مصطنعة، فلولي الأمر حينئذ التدخل بالوسائل العادية الممكنة التي تقضي على تلك العوامل وأسباب الغلاء والغبن الفاحش"¹.

ثالثا: بعض الحالات التي يجوز فيها التسعير في الفقه الإسلامي

سبق القول أن التسعير جائز وواجب إذا اقتضته الضرورة و المصلحة الاقتصادية العامة، ومن بين الحالات التي يجوز فيها نذكر ما يلي:

1- حاجة الناس إلى السلعة، وفي هذا يقول ابن تيمية: "لولي الأمر أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه"².

2- حالة الحصرية، وهي التي تسمى بالإمّتياز التجاري حاليا، بأن يكون بيع السلع لأناس مخصوصين، وهذا ما عبّر عنه ابن تيمية أيضا بقوله: "وأبلغ من هذا أن يكون الناس قد التزموا ألا يبيعوا الطعام أو غيره إلا أناس معروفون، فهنا يجب التسعير عليهم، بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل، ولا يشترون الأموال إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من أهل العلم"³.

3- حالة تواطؤ البائعين، ومثاله ما يسمى بالتجميع الاقتصادي حاليا، ويكون حين تتواطأ عدة مشروعات أو شركات كبيرة فتتصهر في شركة واحدة ذات إدارة واحدة من أجل الحد من المنافسة أو إلغائها باقتسام الإنتاج والأسواق والاتفاق على سياسة أسعار. و لاشك أن هذه الحالة أيضا تستدعي التدخل لتحديد الأسعار.

وهكذا فإذا توافرت هذه الحالات وغيرها مما يمكنه أن يؤدي إلى الاحتكار، جاز التدخل عن طريق التسعير، الذي يجب أن يكون بلا وكس ولا شطط، عادلا غير مجحف بأحد الفريقين متعامل أم مستهلك. كما يجب أن يكون بناء على دراسة مستفيضة واستشارات صادقة من الخبراء المختصين المنزهين عن أي مصلحة شخصية يحتمل أن تعود عليهم⁴.

وعليه يمكن القول مما سبق، أن النظام العام الشرعي منوط به كأصل عام الحفاظ على

¹- القرار رقم 08 بشأن تحديد أرباح التجار، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 01 إلى 06 جمادى الأولى 1409هـ الموافق ل 10 إلى 15 ديسمبر 1988.

²- ابن تيمية، الحسبة، المرجع السابق، ص31.

³- المرجع نفسه، ص 16.

⁴- يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، المرجع السابق، ص94.

مبدأ حرية الأسعار، فلا يجوز لولي الأمر أو الحاكم التدخل لتسقيف الأسعار وتحديدّها، كما يمنع التجار والمتعاملين في هذا المجال من عرقلتها، تحقيقاً للمصلحتين العامة والخاصة دون تعدي أحدهما على الأخرى. فالنظام العام الشرعي يحافظ بالمفهوم الحديث على قانون العرض والطلب، حتى إذا تلاعب التجار بالأسعار، وافتعلوا بذلك أزمة اقتصادية، منعوا وسعر لهم الحاكم دفعا للظلم والتحكم.

الفرع الثالث

المقارنة بين النظام العام التنافسي والنظام العام الشرعي بشأن حماية المنافسة الحرة و منع الاحتكار

يجب التسجيل بداية أن النظام العام الشرعي كان سباقا في تنظيم التجارة والمنافسة داخليا وخارجيا، فالحرية الاقتصادية وحرية ممارسة النشاط التجاري والمنافسة أصل فيه، فلكل فرد في المجتمع الإسلامي الحرية في اختيار النشاط التجاري وفي طرق كسبه وإنفاقه، كل ذلك في حدود الشرع، ومقاصد الشريعة، وكل من ابتغى من تصرفه مخالفة قصد الشارع، كان تصرفه باطلا.

لذلك فإن النظام العام الشرعي وكما سبق، قد منع وحظر كل ما من شأنه إلحاق الضرر بجمهور المستهلكين، أو السوق من خلال عرقلة المنافسة فيه بالاحتكار أو زيادة الأسعار. هذا ويبقى النظام العام الشرعي، في مسألة حظر الاحتكار وتحريمه، متميِّزا بنوعية الجزاءات المفروضة، فهي كأصل عام جزاءات دينية تقوم على الوازع الديني والعقاب الأخروي، و تفرض نوع من الرقابة الذاتية على التاجر المسلم، لقوله تعالى: "واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه"¹. وقوله تعالى: "وهو معكم أينما كنتم"². وقوله تعالى: "يعلم السر وأخفى"³. فإذا ما ضعف هذا الوازع أو رقق أو أسيء استعماله، كان لزاما على ولي الأمر والمجتهدين من الأمة، أن يعينوا مواقع التصرفات الضارة، لتسلب من أصحابها أمانة التكليف فيها، وأن يجتهدوا لمواجهة هذا الواقع باستتباط الأحكام الشرعية التي تعتبر كإجراءات وتدابير وقائية أو علاجية، مما يدخل كله في مبدأ سياسة التشريع⁴.

¹ - سورة البقرة، الآية 235.

² - سورة الحديد، الآية 04.

³ - سورة طه، الآية 07.

⁴ - فتحي الدريني، بحوث مقارنة، الجزء 01، المرجع السابق، ص490.

ومما ينهض بمبدأ سياسة التشريع، قاعدة سد الذرائع والتي مقتضاها: "أن كل فعل في الأصل مشروع، يصبح غير مشروع، إذا أدى إلى مآل ممنوع". وكذا قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة". وفي إطار هذه السياسة الشرعية، فإنه يجوز لولي الأمر اتخاذ مجموعة من الإجراءات، كجبر المحتكر على إخراج المادة المحتكرة وطرحها في السوق، فإذا أصر على الامتناع، تولى الحاكم أو من ينوبه بيع السلعة عنه بالسعر الذي كان ساريا قبل الاحتكار، كما قد يتدخل الحاكم للتسعير في حالة الضرورة، وغيرها من الإجراءات الوقائية والعلاجية التي سبق بيانها.

والغرض من هذه الإجراءات هو إيجاد التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة العامة عند تجاوز الحدود التي وضعها الشرع، فلا يكون الحل بإلغاء حرية الفرد واحتكار الدولة كما في النظام الاشتراكي، مما أدى إلى عرقلة الإنتاج وقتل المبادرات الفردية، وتعويد الإنسان روح الاتكال. كما لا يكون أيضا بفتح السوق وفسح الحرية الاقتصادية دون ضوابط كما في الأنظمة الرأسمالية.

وهنا يلاحظ أن المشرع الجزائري، قد انتهج في البداية نهجا اشتراكيا، يقوم على تجميع وسائل الإنتاج في يد الدولة، مما أدى إلى بروز ظاهرة الاحتكار القانوني للتجارة الخارجية، وتقييد الحرية الاقتصادية الداخلية إلى أبعد الحدود، فالدولة هي المنتج وهي الموزع، وهي البائع وهي المراقب. وعقب فشل هذه السياسة ودخول الجزائر في أزمة اقتصادية بداية الثمانينات، عجلت في نهايتها بالتخلي عن هذا التوجه، والانفتاح نحو اقتصاد السوق، وما يتطلبه من فتح للأسواق داخليا وخارجيا، وإقرار الحرية الاقتصادية للوصول إلى منافسة حرة. الأمر الذي أدى إلى بروز ظاهرة الاحتكار من جديد في ثوب آخر، تمارسه كبرى الشركات المهيمنة على السوق.

من هنا يظهر جليا هذا التذبذب في موقف المشرع، تبعا لتغير موقف الدولة، فأحيانا يكون الاحتكار قانونيا، ليصبح بعد فترة وجيزة سلوكا معرقلا للمنافسة تجب محاربتها، مما يدل على أنه ليست هناك أصول ثابتة لسياسة واضحة، فكل شيء قابل للتغيير من زمن إلى زمن، وهذا على خلاف النظام العام الشرعي، فهو قد اهتم بالمعاملات التجارية ووضع لها القواعد والأصول التي تجعلها صالحة في كل زمان ومكان، عن طريق الاجتهاد الذي يبقى دائما في إطار الأصل. وهذا ما عبر عنه الشيخ عبد الوهاب خلاف بقوله: "...ليكون ولاية الأمور في

كل عصر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي¹.

ومع هذا وجب أن نسجل للمشرع الجزائري، سعيه في المرحلة الحالية نحو تحقيق التوازن بين مصالح مختلف العاملين في السوق، باستعماله لمصطلح جديد في قانون المنافسة، وهو مصطلح الضبط، الذي يعني تلك الإجراءات الصادرة عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها وذلك طبقاً لأحكام القانون.

فهو قد أقر من خلال نظامه العام التنافسي، مبدأ حرية الأسعار كأصل عام، والذي لا يجوز التدخل فيه عن طريق التسعير إلا في أحوال مخصوصة، وفي هذا يتفق مع النظام العام الشرعي الذي يقوم على حرية الأسعار، وعدم جواز التسعير الجبري إلا إذا دعت الحاجة أو الضرورة الملحة لذلك. فالغاية بين النظامين هنا واحدة، وإن اختلفت الوسائل.

المبحث الثاني

الهيئات المكلفة بحماية النظام العام التنافسي في القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين

لا شك أن مهمة ضبط السوق، وحمائته من كل الممارسات التي قد تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة فيه، أضحت اليوم واجبا في غاية الأهمية، لتعلقه بالنظام العام للدولة والمصلحة الاقتصادية العامة لها.

وعلى اعتبار أن الدولة لم تعد الفاعل الوحيد في السوق، بل شهدت تحولا جذريا في وظائفها الاقتصادية وذلك بالمرور من وظائف الاستغلال التجاري المباشر والرقابة الإدارية، إلى دور جديد يتعلق أساسا بالتحكيم وإرساء التوازنات والظروف الضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي بكل حرية.

وهكذا فقد أدى الانتقال من الاحتكار العمومي كما سبق بيانه، إلى المنافسة الحرة، إلى ضرورة إعادة النظر في وظائف الدولة وعلاقتها بالاقتصاد عن طريق الفصل التام بين وظائفها بصفاتها عون تجاري اقتصادي، ووظائفها باعتبارها سلطة عامة ضامنة للمرفق العام. ومن ثم فقد تم منح وظيفة الرقابة الضبطية لصالح هيئات أنشئت خصيصا لهذا الغرض، تسمى

¹ - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، (دون دار نشر)، القاهرة، 1952، ص 33.

بالسلطات الإدارية المستقلة¹، أو هيئات الضبط المستقلة. والتي منها مجلس المنافسة الذي أوكلت إليه مهمة ضبط السوق، وحماية النظام العام التنافسي فيه (المطلب الأول). كما نجد في المقابل إنشاء وظيفة تسمى بوظيفة الحسبة، والتي بدورها تلعب دورا أساسيا في حفظ النظام العام الشرعي للسوق ومنع الاحتكار بكل أنواعه وأشكاله (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور مجلس المنافسة في حماية النظام العام التنافسي في القانون الجزائري

إن المشرع الجزائري واستجابة لطبيعة الدور الجديد للدولة في المجال الإقتصادي، قد استحدث وأنشأ سلطة إدارية مستقلة تسمى بمجلس المنافسة، باعتباره جهاز الضبط العام، المكلف بالسهر على حماية النظام العام التنافسي، من خلال فرض احترام وضمان تطبيق أحكام قانون المنافسة في كل قطاعات النشاط الإقتصادي والمالي.

وهكذا فقد خول المشرع الجزائري لمجلس المنافسة، سلطة التدخل إما بصفة وقائية، من أجل منع أي تهديد محتمل للمنافسة الحرة. وإما بصفة علاجية قمعية، إذا لجأت أي مؤسسة لممارسات أو أعمال تلحق ضرار بالسوق وبالمتدخلين فيه.

وعليه فحتى نسلط الضوء على هذه السلطة الإدارية المستقلة، ودورها في حماية النظام العام التنافسي، لا بد بداية من تحديد الطبيعة القانونية لها ومدى استقلاليتها، لأن ذلك وثيق الصلة بمدى نجاعتها في تحقيق المهمة المنوطة بها (الفرع الأول). ثم نحدد أهم الصلاحيات

¹ - لقد مر إنشاء المشرع الجزائري لهذه السلطات الإدارية المستقلة بمرحلتين، حيث لم ينشئ المشرع في المرحلة الأولى التي تمتد من 1990 إلى سنة 2000 إلا خمس سلطات، وهي: مجلس النقد والقرض سنة 1990، اللجنة المصرفية سنة 1990، لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة سنة 1993، مجلس المنافسة سنة 1995، وسيط الجمهورية سنة 1996. وتمتد المرحلة الثانية من 2000 إلى 2006 أين تسارع إنشاء هذه السلطات حيث تم إنشاء 09 سلطات في ظرف 06 سنوات إضافة إلى تعديل معظم النصوص القانونية المتعلقة بالسلطات المنشأة في المرحلة الأولى وهي: سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية سنة 2000، الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والوكالة الوطنية للجيولوجيا والرقابة المنجمية سنة 2001، لجنة ضبط الكهرباء والغاز سنة 2002، سلطة ضبط النقل سنة 2002، سلطة ضبط المحروقات والوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات سنة 2005، سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه سنة 2005. الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2006، سلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية، لجنة رقابة التأمينات، كما شهد قطاع النقل الجوي إنشاء سلطة مكلفة بالطيران المدني سنة 1998. ينظر لأكثر تفصيل: وليد بوجملين، سلطات الضبط الإقتصادي، دار بلفيس للنشر، الجزائر، (دون تاريخ نشر). و ديب نذيرة، استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012.

التي منحها لها المشرع لأجل حماية النظام العام التنافسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة ومدى استقلاليتها

للقوف على مدى فعالية مجلس المنافسة، في ضبط السوق وحماية النظام العام التنافسي فيه، نوضح بداية الطابع الإداري الذي يتمتع به المجلس (أولاً)، ثم تحديد مدى استقلاليتها عن السلطة التنفيذية (ثانياً).

أولاً: الطابع الإداري لمجلس المنافسة

بالرجوع إلى النصوص المنظمة والمنشئة لسلطات الضبط الاقتصادي يلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعترف صراحة لبعض السلطات بالطابع الإداري، في حين لم ينص على هذا الطابع للبعض الآخر. وبخصوص مجلس المنافسة فإن المشرع وفي ظل قانون المنافسة 95-06 لم يكن ينص صراحة على الطابع الإداري له، واكتفى فقط بالنص على المهام المخولة له. على أنه وبصدور الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي ألغى الأمر 95-06، نص المشرع صراحة على تمتع مجلس المنافسة بالطابع الإداري، حيث نصت المادة 23 منه على أنه: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة".

ويمكن إثبات الطابع الإداري لمجلس المنافسة من خلال معيارين: أولهما طبيعة المهام الموكلة إليه، فهو يسهر على تطبيق قواعد المنافسة ويتخذ في ذلك قرارات إدارية إلزامية كانت في السابق من إختصاص وزير التجارة من جهة. ومن جهة أخرى فإن ميزانيته تسجل ضمن ميزانية وزارة التجارة، وتخضع للقواعد العامة للتسيير مما يؤكد بأن هذا المجلس هو سلطة ذات طابع إداري¹.

أما المعيار الثاني الذي يمكن من خلاله التعرف على الطابع الإداري لمجلس المنافسة فهو مدى خضوع قراراته لرقابة القضاء الإداري، ذلك أن المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أن مثل هذا المعيار يعتبر محددًا للطبيعة الإدارية. غير أن ما يلاحظ من خلال النصوص المنظمة لمجلس المنافسة، هو تباين خضوع الطعن في القرارات التي يصدرها ما بين القضاء العادي والقضاء الإداري، إذ يكون الطعن في قراراته الصادرة بشأن قمع الممارسات

¹ - خمائلية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 25.

المقيدة للمنافسة أمام مجلس قضاء الجزائر وهو قضاء عادي¹، في حين يكون الطعن في قرار رفض التجميع الإقتصادي أمام مجلس الدولة وهو قضاء إداري².

ورغم هذا التباين فإن بعض الفقه يرى أنه لا ينفي الطابع الإداري لمجلس المنافسة، ويعتبر أن منح الاختصاص للطعن في بعض قراراته للقضاء العادي، ليس إلا تعبيراً عن ظاهرة متفشية في الجزائر وهي ظاهرة التقليد³.

وهكذا فإن القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة تعتبر قرارات إدارية نافذة مباشرة، وهي مظهر من مظاهر امتيازات السلطة العامة، وفق ما نصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 241/11 بنصها: "يرسل المجلس إلى الوزير المكلف بالتجارة، القرارات التي يتخذها ولاسيما منها الأنظمة و التعليمات والمنشورات"⁴.

كما يظهر الطابع الإداري لمجلس المنافسة، من خلال الهياكل الإدارية التي يضمها، والتي تتمثل على الخصوص في: مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات، مديرية الدراسات والوثائق وأنظمة الإعلام والتعاون، ومديرية الإدارة والوسائل، ومديرية تحليل الأسواق والتحقيقات والمنازعات، ويتم تحديد تنظيم هذه المديرية في شكل مصالح، بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية ورئيس مجلس المنافسة⁵.

ثانياً: مدى استقلالية مجلس المنافسة

لقد أثارت مسألة مدى استقلالية مجلس المنافسة نقاشاً فقهيًا واسعاً، ذلك أن الاستقلالية من الناحية القانونية يقصد بها عدم خضوع مجلس المنافسة لأية رقابة سلمية، أو رقابة وصائية، فالمشروع الجزائري ومن خلال الأمر 03/03 لم يكن صراحة على استقلاليته، واكتفى بوصفه سلطة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، إلا أنه بعد تعديل الأمر 03/03 بموجب القانون 12/08 أصبح المشروع ينص صراحة من خلال نص المادة 23 منه على إعتبار المجلس سلطة إدارية مستقلة حيث جاء فيها: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى

¹ نصت المادة 63 من الأمر 03/03 على أنه: "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية...".

² نصت المادة 19 من الأمر 03/03 في فقرتها الأخيرة: "يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".

³ ZOUAIMIA Rachid, Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien, Revue du Conseil d'Etat, N°07, 2005, p61-62.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 241/11 المؤرخ في 10 يوليو 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسييره، ج.ر، عدد 39، 2011.

⁵ طبقاً لنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 241/11.

في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة". ورغم تصريح هذا النص باستقلالية مجلس المنافسة، إلا أن وضعه لدى الوزير المكلف بالتجارة، يجعل هذه الاستقلالية محل تشكيك.

ذلك أنه وبالرجوع إلى القوانين المقارنة، وبالأخص التشريع الفرنسي، نجد أن هناك معيارين يمكن من خلالهما الحكم على المجلس بالاستقلالية من عدمها، وهما: المعيار العضوي (I)، والمعيار الوظيفي (II)، فمن خلال إسقاطهما على النظام القانوني لمجلس المنافسة يمكن حينها الحكم عليه بالاستقلالية من عدمها.

I - مدى استقلالية مجلس المنافسة إعمالاً للمعيار العضوي

يمكن الحكم على مدى استقلالية مجلس المنافسة تطبيقاً للمعيار العضوي من خلال النظر في تشكيلته (أ)، وكيفية تعيين أعضائه (ب).

أ- تشكيلة المجلس

يلاحظ في هذا الصدد، تردد المشرع وعدم استقراره على تشكيلة ثابتة، من حيث الفئات المكونة للمجلس، فبعدما كان عدد أعضائه في ظل الأمر 06/95 12 عضواً، تم تخفيض العدد إلى 09 أعضاء بموجب الأمر 03/03، ثم أصبح 12 عضو بموجب القانون 12/08 المعدل للأمر 03/03.

كما تم الإستغناء تدريجياً على فئة القضاة من تشكيلة المجلس، ورغم ذلك يلاحظ على التشكيلة الحالية أنها تتميز بالثراء والتنوع، وهذا شيء إيجابي من شأنه أن يكرس استقلالية المجلس ومن ثم شفافية ومصداقية أشغاله وقراراته. إذ لو كانت من قطاع واحد لأثر ذلك سلباً على أداء المجلس واستقلاليته.

غير أنه ما يعاب على المشرع هو تحديده لضابط أو معيار لانتقاء أعضاء المجلس، والجهة المكلفة بانتقائهم، واكتفى المشرع بالنص فقط بعبارة "يختارون"، الأمر الذي يجعل استقلالية المجلس مسألة نسبية، ويعزز القول بتبعيته للسلطة التنفيذية.

ب- تعيين أعضاء المجلس

رغم تعدد وتنوع تشكيلة أعضاء المجلس، إلا أن إسناد تعيين هؤلاء الأعضاء لرئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي، طبقاً لما نصت عليه المادة 25 من قانون المنافسة لا يخدم

استقلاليتهم. لذلك يرى البعض على حق أنه كان من الواجب توزيع سلطة إقتراح وتعيين أعضاء المجلس، بين جهات أخرى كالمجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة، وحتى المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي. كما يجب أن يتم انتخاب رئيس المجلس من بين أعضائه ضمانا للاستقلالية وإبعاده عن التبعية للسلطة التنفيذية¹.

وفيما يخص مدة تعيين أعضاء المجلس، فإنها كانت في ظل الأمر 03/03 محددة بخمس سنوات قابلة للتجديد، وبعد تعديله بموجب القانون 12/08، أصبح يتم تجديد تشكيلة المجلس كل أربع سنوات، ويستفيد من تجديد العهدة نصف أعضاء كل فئة من الفئات المذكورة فيما سبق، بحيث يمارسون مهامهم لمدة ثماني سنوات ما عدا النصف الأول للأعضاء الذين يتم تعيينهم لمدة أربع سنوات فقط. على أنه وفي ظل القانون 05/10 المعدل لقانون المنافسة، تم إتمام الفقرة الأخيرة من المادة 24 منه بحيث أصبحت تنص على أنه: "يمكن أعضاء مجلس المنافسة ممارسة وظائفهم بصفة دائمة".

على أنه وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 204/12 الذي يحدد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقررين، نجده ينص على أن رئيس مجلس المنافسة والأعضاء المصنفون في الفئة الأولى يمارسون وظائفهم بصفة دائمة وتوقيت كلي. في حين أن باقي الأعضاء المصنفون في الفئتين الثانية والثالثة يمارسون وظائفهم بصفة غير دائمة، ويعتبرون في حالة غياب مرخص خلال الفترة المخصصة لمشاركتهم في أشغال المجلس².

وما يلاحظ أيضا أن المشرع ودعا لاستقلالية مجلس المنافسة، قد كرس مبدئين من المبادئ المتعارف عليها في التشريعات المقارنة في مجال ضمان الحياد والاستقلالية، وهما: مبدأ التنافي، ومبدأ الإمتناع.

فبالنسبة لمبدأ التنافي، فإن المشرع قد اكتفى بمنع أعضاء مجلس المنافسة من ممارسة أي نشاط مهني، دون أن يشير إلى ما يفيد منع دخول الأعضاء في عهدة إنتخابية في إحدى الهيئات المنتخبة الوطنية أو المحلية. ثم تفتن بعد ذلك المشرع إلى أهمية تعميم مبدأ التنافي على جميع سلطات الضبط القطاعية الأخرى، وكان ذلك بموجب الأمر رقم 01/07 المتعلق

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 260.

² - المرسوم التنفيذي رقم 204/12 المؤرخ في 2012/05/06، الذي يحدد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقررين، ج.ر، عدد 29، 2012.

بحالات التنافى والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف¹.

أما فيما يخص مبدأ الإمتناع، فإنه إذا كان مبدأ التنافى يمنع العضو من ممارسة بعض النشاطات التي قد تؤثر سلبا على حياد المجلس، فإن الإمتناع يقضي بتتحي العضو عن المشاركة في مداولة، إذا ثبت وجود مصالح معين تربطه بأحد الأطراف محل المداولة².

II - مدى استقلالية مجلس المنافسة إعمالا للمعيار الوظيفي

تجمع التشريعات المقارنة على أهمية المعيار الوظيفي في تحديد مدى استقلالية مجلس المنافسة، وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه وللوقوف على مدى هذه الاستقلالية، وجب النظر بداية في الإطار القانوني الذي وضعه له المشرع من جهة أولى (أ)، والوسائل المالية المتاحة له من جهة ثانية (ب)، وعلاقته بالجهاز التنفيذي ممثلا في وزارة التجارة من جهة ثالثة (ج).

أ- استقلالية المجلس من خلال إطاره القانوني

يمكن الحكم على هذا الإطار القانوني من خلال منح المشرع للمجلس الشخصية المعنوية (1)، ومن خلال صلاحية وضع النظام الداخلي له (2).

1- منح الشخصية المعنوية لمجلس المنافسة

لقد منح المشرع الجزائري لمجلس المنافسة الشخصية المعنوية، وذلك بموجب نص المادة 23 من الأمر 03/03 التي تنص على أنه: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة لدى الوزير المكلف بالتجارة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي". ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد خالف في هذا القانون الفرنسي، الذي لا يمنح أغلب الهيئات الإدارية المستقلة الشخصية القانونية بما فيها مجلس المنافسة.

¹ - الأمر رقم 01/07 المؤرخ في 2007/03/01، المتعلق بحالات التنافى والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر. عدد 16، 2007. حيث نصت المادة 02 منه: "... من أن تكون لهم خلال فترة نشاطهم بأنفسهم أو بواسطة أشخاص آخرين، داخل البلاد أو خارجها مصالح لدى المؤسسات أو الهيئات التي يتولون مراقبتها أو الإشراف عليها أو التي أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأيا بغية عقد صفقة معها". كما جاء في المادة 29 من قانون المنافسة في فقرتها الأخيرة التأكيد على هذا المبدأ بقولها: "تتنافى وظيفة عضو مجلس المنافسة مع أي نشاط مهني آخر".

² - نصت المادة 29 من قانون المنافسة على هذا المبدأ بقولها: "لا يمكن أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية...".

إن منح الشخصية القانونية لمجلس المنافسة، يكتسي أهمية قانونية كبيرة، ويعد بلا شك دعامة من دعائم تحقيق استقلاليته، وذلك من ناحيتين، الأولى: تمتعه بذمة مالية، باعتبارها أحد أهم عناصر الشخصية القانونية طبقا لنص المادة 50 من القانون المدني. والثانية: تمتعه بأهلية التعاقد، مما يجعله يتحمل مسؤولية تصرفاته، ومن ثم بإمكان المؤسسات أن ترفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تصرفاته¹.

2- مدى اختصاص مجلس المنافسة بوضع نظامه الداخلي

تجب الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري، وفي ظل الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة، كان يعطي لمجلس المنافسة صلاحية وضع نظامه الداخلي، وهذا بموجب نص المادة 34 منه التي كانت تنص على أنه: "يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة على وجه الخصوص، قواعد سير المجلس وحقوق وواجبات أعضائه وكذلك قواعد التنافس المشار إليها في ممارسة مهامهم. يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة بمرسوم رئاسي بناء على اقتراح رئيس مجلس المنافسة، وبعد مصادقة المجلس عليه".

على أنه وبعد إلغاء الأمر 06/95، بالقانون 03/03، والقانون 12/08 المعدل والمتمم له تم تجريد المجلس من هذه الصلاحية، حيث أصبحت المادة 31 منه تنص على أنه: "يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره بمقتضى مرسوم تنفيذي". كما نصت المادة 32 بعد تعديلها على أنه: "يحدد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين بموجب مرسوم تنفيذي". وتطبيقا لنص المادة 31 من الأمر 03/03، صدر المرسوم التنفيذي رقم 241/11 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره².

وهكذا فإن تجريد مجلس المنافسة من صلاحية وضع نظامه الداخلي، يدل على مدى تبعية المجلس للسلطة التنفيذية تبعية شديدة، ومن ثم تقليص استقلاليته، حتى غدا مجرد مؤسسة عمومية ذات طبيعة خاصة أكثر مما هو هيئة إدارية مستقلة³.

¹ - ZOUAIMIA Rachid, Le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien, Revue Idara, n°2, 2008, p24 -25.

² - المرسوم التنفيذي رقم 241/11 المؤرخ في 2011/07/10، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر. عدد 39، 2011.

³ - ZOUAIMIA Rachid, Le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien, op.cit, p25.

ب- عدم إستقلالية مجلس المنافسة في وضع ميزانيته

تنص المادة 33 من قانون المنافسة على أنه: "تسجل ميزانية مجلس المنافسة ضمن أبواب ميزانية وزارة التجارة، وذلك طبقاً للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها". وتأكيداً لهذا، نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 241/11 على أنه: "تسجل ميزانية المجلس بعنوان ميزانية وزارة التجارة وذلك طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها". يلاحظ من خلال هذين النصين، بأن ميزانية المجلس تسجل ضمن ميزانية وزارة التجارة، مما يدل على اعتماده الكلي على تلك الاعتمادات المالية التي تقدمها له الدولة. الأمر الذي يجعله في تبعية للسلطة التنفيذية، وينقص من استقلاليته بل يعدمها في هذا المجال.

ج- علاقة مجلس المنافسة بالسلطة التنفيذية

إذا كان المشرع ينص على اعتبار مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة، فهذا يعني أنه يجب أن لا يخضع لأي سلطة سلمية أو وصائية من السلطة التنفيذية. لكن النظام القانوني الحالي لمجلس المنافسة يدعو إلى التشكيك في هذه الاستقلالية، بالنظر إلى إمكانية الحكومة في الترخيص بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة (1)، وكذا إلزام المجلس برفع تقرير سنوي إلى الهيئة التشريعية وممثلي الحكومة (2).

1- إمكانية ترخيص الحكومة للتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة

تنص المادة 21 من الأمر 03/03 على أنه: "يمكن أن ترخص الحكومة تلقائياً، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الأطراف المعنية، بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع".

إن المشرع ومن خلال هذا النص قد أعطى للحكومة صراحة إمكانية الترخيص للتجميعات الإقتصادية التي كانت محل قرار بالرفض من مجلس المنافسة، إذا ما دعت المصلحة العامة لذلك. والذي يبدو أن تقييد صلاحية الحكومة في منح مثل هذا الترخيص بوجود مصلحة عامة سيحققها هذا التجميع، لا يعد سوى ذريعة للتدخل في صلاحيات مجلس المنافسة، والحد من استقلاليته. إذ الأصل أن قرارات مجلس المنافسة مبناهما تحقيق المصلحة العامة ورعايتها بالترخيص لكل تجميع من شأنه أن يحققها.

ولو كانت المسألة متعلقة بحلول الحكومة محل المجلس في إصدار الترخيص لكن

الأمر أقل خطورة، لكن الأخطر هنا، هو أن الحكومة بمنحها لهذا الترخيص تخالف القرارات التي اتخذها مجلس المنافسة. الأمر الذي يؤكد عدم استقلالية المجلس استقلالية تامة مثلما أريد له أن يكون.

وإذا كان المشرع يسير بهذا النص نحو تقليص استقلالية المجلس، فإن المشرع الفرنسي وعلى العكس من ذلك نجده يميل نحو منح المجلس استقلالية أكثر، فبعدما كان يكتفي بأخذ الرأي الاستشاري لمجلس المنافسة ولا يمنحه صلاحية الترخيص للتجميع. أصبح المجلس حالياً يستأثر بمهمة منح الترخيص أو رفضه بموجب قانون عصنة الإقتصاد¹.

2- رفع التقرير السنوي إلى الهيئة التشريعية وممثلي الحكومة

تنص المادة 27 من الأمر 03/03 على أنه: "يرفع مجلس المنافسة تقريراً سنوياً عن نشاطه إلى الهيئة التشريعية وإلى رئيس الحكومة وإلى الوزير المكلف بالتجارة". يتضح من هذا النص أن المشرع قد ألزم المجلس برفع هذا التقرير السنوي إلى الجهات التي حددها، وهذا الإلزام يؤكد فعلاً عدم استقلالية المجلس، ويشكل صورة من صور تقييد حرية المجلس في القيام بنشاطه بكل استقلالية. وتجب الإشارة إلى أن المشرع في ظل الأمر 06/95 كان ينص على رفع تقرير سنوي إلى رئيس الجمهورية والهيئة التشريعية فقط. والذي يظهر مما سبق أنه ورغم اعتبار المشرع لمجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة، إلا أن نظامه القانوني لا يمنحه الاستقلالية الكافية، لا من الناحية العضوية المتعلقة بتشكيلته، وطريقة تعيين أعضائه. ولا من الناحية الوظيفية المتعلقة بعدم منحه صلاحية وضع نظامه الداخلي، أو إعداد ميزانيته وتسييرها. ومع ذلك فإن المشرع قد أسند لمجلس المنافسة مجموعة من الصلاحيات والمهام التي تجعله يلعب دوراً بارزاً في ضبط السوق وحماية المنافسة الحرة. وهذا ما سنبيّنه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

صلاحيات مجلس المنافسة في مجال ضبط السوق وحماية المنافسة الحرة

إن المشرع الجزائري قد حدد صلاحيات مجلس المنافسة من خلال الفصل الثاني، من الباب الثالث بعنوان مجلس المنافسة، من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، واعترف له بكونه سلطة إدارية مستقلة، دورها ضبط السوق، وهذا بموجب نص المادة 34 منه المعدلة بموجب

¹ - Loi N° 2008/776 du 04/08/2008 de modernisation de l'économie en France.

القانون 12/08 والتي تنص على أنه: "يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني. بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق، بأية وسيلة ملائمة أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تنعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية...".

فمن خلال هذا النص والنصوص اللاحقة له نجد أن المجلس يتمتع بمجموعة من الصلاحيات في مجال ضبط السوق أهمها: الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي (أولاً)، التصريح بعدم التدخل (ثانياً)، إجراء الإعفاء (ثالثاً)، إجراء العفو الجزئي أو التام (رابعاً)، ارتباط اتخاذ الأوامر بالتعهدات الملتزم بها من طرف المؤسسات المخالفة لقانون المنافسة (خامساً)، تقديم الاستشارات الاختيارية والإجبارية (سادساً).

أولاً: الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي

سبق القول عند دراسة تدخل النظام العام التنافسي لحماية المنافسة ومنع كل ما من شأنه عرقلتها، أن المشرع قد أوجب على الأطراف أو المؤسسات التي ترغب في تكوين تجميع اقتصادي ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من قبل مجلس المنافسة، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من الأمر 03/03: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة أشهر".

وقد حدد المشرع المعيار الذي بموجبه يشترط في التجميع الحصول على ترخيص، من خلال المادة 18 من الأمر 03/03 التي نصت على أنه: "تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40 % من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة".

يستفاد من هذا النص أن المشرع قد اعتمد على معيار كمي يركز على حصة المؤسسة في السوق وذلك إذ كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40 % من المبيعات والمشتريات في سوق معينة، على خلاف القانون الفرنسي الذي يعتمد على حجم رقم الأعمال.

وهكذا فإن المشرع قد كرس نظام الإخطار الإجباري قبل إتمام التجميع، إذ أوجب أن يعرض على المجلس كل مشروع تجميع تتوافر فيه أحكام المادتين 15 و 18، وكل تجميع

خارج ترخيص مجلس المنافسة يعتبر غير مشروع، ويعتبر نظام الإخطار الإجمالي من أكثر النظم فعالية، إذ من الصعب إزالة الآثار السلبية على المنافسة في حالة دخول التجميع حيز التنفيذ كالوضع في بعض القوانين التي تعتمد على نظام الإخطار اللاحق¹.

فرقابة مجلس المنافسة على التجميع تعد إجراء احتياطي يهدف إلى تفادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب فيما بعد تجاوز أثارها، فهي لا تهدف أساسا إلى منع عمليات التجميع بل هدفها تنظيمها في إطار حماية المنافسة و ضمان إيديولوجية الدولة في المجال الاقتصادي².

وقد حرص المشرع الجزائري بموجب القانون 12/08 المعدل للأمر 03/03 على حماية هذا الدور الإيديولوجي للدولة في عمليات مراقبة التجميعات الاقتصادية بإضافة المادة 21 مكرر والتي تنص في فقرتها الثانية على انه: "...لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة 18 أعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي لا سيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق".

وعليه ومن خلال هذا النص فإن مجلس المنافسة لا يأخذ بعين الاعتبار الحد المنصوص عليه في المادة 18 والمتمثل في النسبة التي تفوق 40 % من المبيعات والمشتريات في السوق المعنية، فإذا كان الأصل أن تخضع كل التجميعات الاقتصادية التي تتوفر فيها أحكام المواد من 15 إلى 18 من الأمر رقم 03-03 لهذا الإجراء، إلا أنه تختلف معاملة المؤسسات فيما يتعلق بالحد المطلوب أو المعيار الكمي، بحيث لا يأخذ المجلس بعين الاعتبار عند دراسته لمدى تأثير التجميع على المنافسة، في حالة ما إذا قدمت المؤسسات المعنية الدلائل التي تبين تحقيق التطور الاقتصادي كالعامل على تدعيم دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة- التي هي محل اهتمام السلطات الجزائرية في الوقت الحالي- أو تشجيع الاستثمار في بعض المناطق الجغرافية و القطاعات الحيوية، أو خلق مناصب الشغل، والحفاظ عليها أو تعزيزها³.

¹ - آيت منصور كمال، المرجع السابق، ص 04.

² - ينظر المرسوم التنفيذي رقم 05 / 219، المؤرخ في 22 يونيو 2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر. عدد 43، 2005.

³ - آيت منصور كمال، المرجع نفسه، ص 05.

ولغرض تدعيم مهام مجلس المنافسة وتحقيق البعد التكاملي في حماية وترقية المنافسة، قرر المشرع مشاركة الهيئات التي لديها علاقة بالمنافسة، وقد تقرر ذلك بصفة فعالة في تعديل نص المادة 19 بموجب القانون 12/08، حيث تمت إضافة أخذ رأي الوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع، بعدما كان يقتصر على أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة في ظل الأمر 03/03.

ثانيا: التصريح بعدم التدخل

تنص المادة 08 من الأمر 03/03 على أنه: "يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية واستنادا إلى المعلومات المقدمة له، أن اتفاق ما أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 06 و 07 أعلاه لا تستدعي تدخله. تحدد كفاءات تقديم طلب الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة، بموجب مرسوم".
يعتبر التصريح بعدم التدخل كإجراء وقائي¹، بمقتضاه يمكن للمؤسسات أن تطلب من مجلس المنافسة، التأكد من مدى انسجام وتوافق ممارساتها أو اتفاقاتها التي يرغبون في إبرامها أو تنفيذها مع القانون، والاستفادة من أحكام هذا النص، وبالتالي الحصول على تصريح عدم التدخل².

ويلاحظ في هذا المجال، أن مجلس المنافسة قد يمنح تصريحا بعدم التدخل لمؤسسة، وبعد منحه للترخيص، تزول الظروف التي بررت منحه، أو تعمد المؤسسة إلى مخالفة الالتزامات والتعهدات المفروضة عليها لحصول على الترخيص، أو كانت المؤسسة قد قدمت معلومات احتيالية، فهنا يثار التساؤل حول إمكانية سحب هذه التراخيص.

إن المشرع الجزائري قد سكت عن هذه المسألة، مما يدل على وجود فراغ قانوني، يرى بعض الفقه بصدده أنه ينبغي على مجلس المنافسة أن يجتهد لملء الفراغات القانونية عن طريق الالتزام بروح النص وعدم التقيد بالتطبيق الحرفي له³.

أي أنه مادامت العلة قد تحققت وهي المساس بالمنافسة فيجوز سحب الترخيص، فهذا

¹-جلال مسعد، المرجع السابق، ص 247.

²- ينظر المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 مايو 2005، الذي يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق. ج.ر عدد 35، 2005.

³ - ZOUAIMIA Rachid, Le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien, op.cit, p 38.

الأخير منحه وسحبه مرتبط بابتداء وانتهاء بعدم المساس بالمنافسة.

ثالثاً: إجراءات الإعفاء

تنص المادة 09 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: " لا تخضع لأحكام المادتين 06 و 07 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له. يرخّص بالاتفاقات أو الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل...".

يتضح من هذا النص، أنه إذا كان الأصل يقضي بمنع وحظر الاتفاقات والأعمال المدبرة المنصوص عليها في المادة 06 من الأمر 03/03، وكذا حظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها بموجب المادة 07 من ذات الأمر. إلا أن المشرع واستثناء من هذا الأصل قد أعفى هذه الممارسات من الحظر إذا كانت ناتجة مباشرة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، أو كان من شأنها أن تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني.

ويجب هنا التفرقة بين إجراء الإعفاء، والتصريح بالتدخل المشار إليه في الفقرة السابقة، فهذا الأخير قد يلحظ مجلس المنافسة عند تسليمه أن الاتفاق الذي عرض عليه، لا تتوفر فيه شروط حظره، إذا لم يكن له أثر محسوس في التأثير على السوق. في حين أنه في إجراء الإعفاء فالمجلس بالرغم من تأكده من أن الاتفاقات والتعسف في الهيمنة على السوق، له تأثير مباشر وملموس ومن شأنه المساس بالمنافسة، إلا أنه ونظراً لكون المزايا التي سيحققها في المقابل تفوق الآثار السلبية الناجمة عنه، فيعفيه من الحظر تغليباً للتطور الاقتصادي والتقني المأمول تحققه. وهذه في الحقيقة هي أهم أهداف النظام العام التنافسي وهو الموازنة وتحصيل المصلحة العامة ما أمكن.

رابعاً: إجراء العفو الجزئي أو التام

تنص المادة 60 من الأمر 03/03 على أنه: " يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق هذا الأمر".

بموجب هذا النص أجاز المشرع لمجلس المنافسة وهو ينظر في إحدى المخالفات

المتعلقة بقانون المنافسة، أن يعفي عفوا جزئيا أو شاملا المؤسسات المساهمة فيها، إذا بلغت عنها. وهو بهذا يجعل نوعا من المكافأة للمؤسسات المتعاونة مع المجلس.

إن هذا الموقف الذي اتخذته المشرع الجزائري، يدل فعلا على أن هدفه من وراء النظام العام التنافسي هدف وقائي، قبل أن يكون ردعي. فالهدف الأساس هو حماية المنافسة ومنع كل ما يعرقلها أو يضر بها، وليس تحصيل غرامات ومداخل للخزينة العمومية. كما يهدف أيضا إلى تنمية الحس الاقتصادي لدى المؤسسات التجارية في ضرورة المساهمة والتعاون من أجل الوصول إلى منافسة فعلية فعالة.

خامسا: ارتباط اتخاذ الأوامر بالتعهدات الملتمزم بها من طرف المؤسسات المخالفة

نصت المادة 34 في فقرتها الثانية من الأمر 03/03 على أنه: "في هذا الإطار يمكن مجلس المنافسة اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 43 من هذا الأمر".

وفي هذا الإطار قد أجاز المشرع لمجلس المنافسة، في إطار ممارسة مهمته في ضبط السوق، ومراقبة الاتفاقات والممارسات التي من شأنها عرقلة حرية المنافسة، أن يقوم بأي إجراء أو تدبير مؤقت لتفادي وقوع مثل هذه الممارسات، وهنا يجوز له أن يأمر المؤسسات بأن تتلزم بما تعهدت به لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات.

سادسا: تقديم الاستشارات

يجب أن نميز في هذا الصدد بين نوعين من الاستشارات التي يقدمها مجلس المنافسة: الاستشارات الاختيارية، والاستشارات الوجوبية التي كانت في ظل الأمر 03/03 قبل أن يتم إلغائها بموجب القانون 12/08.

ففيما يخص الاستشارات الاختيارية، فهي مسألة متروكة للجهات المعنية بذلك، التي لها إمكانية اللجوء إلى مجلس المنافسة بكل حرية لطلب رأيه في أي مسألة لها علاقة بالمنافسة. وقد نص المشرع على هذا النوع من خلال المادتين 35 و 38 من الأمر 03/03 .

فنصت المادة 35 من الأمر 03/03 على أنه: "يبدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة ذلك، ويبدي كل اقتراح في مجالات المنافسة. ويمكن أن تستشيريه أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية

والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلكين".
في حين نصت المادة 38 من الأمر 03/03 على أنه: "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر ولا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضوري، إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية".

من خلال هذين النصين، نجد أن المشرع قد نص على مجموعة من الجهات والهيئات العامة والخاصة التي يمكنها أن تطلب الرأي الاستشاري لمجلس المنافسة، ومن أهمها:
- استشارة الحكومة لمجلس المنافسة، والتي نصت عليها المادة 36 من الأمر 03/03 التي جاء فيها بأنه: "يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له"
تجب الملاحظ أن المشرع وبموجب القانون 12/08 قد عدّل المادة 36، وأضاف إمكانية الحكومة في استشارة مجلس المنافسة بشأن كل مشروع تشريعي، وهو ما لم يكن مسموحاً به في ظل النص القديم¹.

- الاستشارة من طرف المؤسسات والهيئات والجمعيات المختلفة، ويمكن بالرجوع إلى نص المادة 35 من الأمر 03/03 أن نحصر هذه الهيئات في: الجماعات المحلية- الولاية والبلدية-، الهيئات الاقتصادية والمالية مثل البنوك التجارية وشركات التأمين والمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، والمؤسسات، والجمعيات سواء كانت مهنية أو نقابية أو لحماية المستهلكين.

- الاستشارة من الجهات القضائية، وقد حولها المشرع ذلك من خلال الفقرة 01 من المادة 38 من الأمر 03/03 بنصها على أنه: "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة...". إن عموم النص يدل على أنه يجوز لأي جهة قضائية، سواء كانت محكمة أو مجلس أو محكمة عليا، أو محكمة إدارية أو مجلس الدولة. وهذا في أي نزاع مطروح أمامها يكون موضوعه ممارسة مقيدة للمنافسة.

وفيما يخص الاستشارة الوجوبية، فإن هذا النوع كان ينص عليه المشرع بموجب الأمر 06/95 ، والأمر 03/03 ، قبل إلغاء الأول، وتعديل الثاني. ففي ظل الأمر 06/95 كانت

¹ - حيث أصبحت المادة 36 من الأمر 03/03 تنص على أنه: "يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي أو تنظيمي له صلة بالمنافسة..."

تنص المادة 20 منه على أنه: "يستشار مجلس المنافسة وجوبا حول كل مشروع نص تنظيمي له ارتباط بالمنافسة". وبعد إلغاء هذا الأمر تحت حذف عبارة وجوبا من النص الجديد وهو المادة 36. أما فيما يخص الأمر 03/03 فقد كانت المادة 05 منه: "تجيز تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي بموجب تنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة". إلا أن هذا النص قد تم تعديله بموجب القانون 05/10، فأصبحت استشارة مجلس المنافسة غير مطلوبة أصلا، لا بصفة وجوبية، ولا بصفة اختيارية¹.

المطلب الثاني

دور ولاية الحسبة في حفظ النظام العام الشرعي

انتهينا مما سبق إلى أن جل التشريعات المعاصرة، قد أوجدت هيئات دارية مستقلة، تكون مهمتها ضبط السوق، وحماية المنافسة الحرة فيه، بما فيها التشريع الجزائري الذي استحدث مجلس المنافسة وعهد إليه للقيام بهذه المهمة كأصل عام، إلى جانب بعض الهيئات القطاعية الأخرى.

وقد عرف النظام الإسلامي قد قبل ذلك مؤسسة نظامية قريبة الشبه من هذه الهيئات الإدارية المستقلة عرفت بولاية الحسبة، بمقتضاها يملك المحتسب أن يقيد ممارسة الحريات الاقتصادية حفاظا على مقاصد الشريعة في تنظيم الأسواق.

وبعيدا عن دلالات الحسبة الفردية المتعلقة باحتساب الأجر والمثوبة عند الله، كمسؤولية دينية يثاب عليها فاعلها ويأثم تاركها². فقد تحوّل مضمونها إلى آلية مقاصدية لرعاية المصالح المعتبرة شرعا، جعلت منها مؤسسة نظامية وإدارية مستقلة ومتخصصة لدى الفكر الاقتصادي الإسلامي المعاصر، لتقوم بدور الرقابة الفعلية لضمان حماية مختلف المصالح الشرعية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يتوجب على السلطة أن تقوم بحمايتها ورعايتها. بحكم ما يملكه المحتسب من صلاحيات مزدوجة قضائية وإدارية مستقلة ومتخصصة بالتدخل السريع والفوري من خلال القيام بمهمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كوسيلة

¹ - تنص المادة 05 بعد تعديلها بالقانون 05/10 على أنه: "تطبيقا لأحكام المادة 04 أعلاه، يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تنسيقها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم، تتخذ تدابير تحديد هوامش الربح، أسعار السلع والخدمات أو تنسيقها أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية".

2 - محمد فاروق النبهان، الحسبة بين الأمس واليوم، مجلة الفيصل، العدد 63، الرياض، يوليو 1982، ص 48.

لحماية النظام العام الشرعي في المجتمع الإسلامي.

فهي بذلك - كما يذكر القلقشندي - وظيفة جليظة، رفيعة الشأن وموضوعها التحدث في الأمر والنهي والتحدث على المعايير والصنائع والأخذ على يد الخارج عن طريق الصلاح في معيشتة وصناعاته... وهذه الوظائف لا حصر لعددها على التفصيل ولا سبيل إلى استيفاء ذكرها على تفاوت المراتب¹. وهذا يدل على تعدد الوظائف والمهام التي أوكلت إلى المحتسب، غير أن أهمها هي مراقبة الأسواق، والأسعار، ومحاربة الغش بكل أنواعه، وهو ما سنقتصر عليه هذه الدراسة احتراماً لنطاقها الموضوعي. وللوقوف على أهمية نظام الحسبة في حماية النظام العام الشرعي لا بد من تحديد مفهومها وحكمها الشرعي (الفرع الأول)، ثم بيان أهم اختصاصات المحتسب في مجال ضبط السوق وحماية المنافسة الحرة (الفرع الثاني). ثم المقارنة بين نظام الحسبة ومجلس المنافسة كآليتين لحفظ النظام العام الحمائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم الحسبة وأساسها الشرعي

إن الحسبة تمثل أحد التطبيقات الإسلامية الخاصة لمبدأ الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، والذي يشمل جميع الولايات، إلا أن مضمون الحسبة وجوهرها كتعبير عن فعالية الدولة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وحفظ النظام العام بمختلف الأساليب الضبطية بتصحيح الانحراف وصيانة المجتمع عن الإخلال بنظامه².

ولعل طبيعة عمل هذه المؤسسة هي التي تجعل منها مؤسسة محورية في حفظ النظام العام الشرعي فهي تقوم على رقابة الشرعية في كل الاتجاهات هادفة إلى وضع الناس على عين الشريعة، ولذلك تؤدي الحسبة دوراً هاماً في تماسك المجتمع ووحدته وانضباطه واستقامته على شرع الله والحفاظ على مقاصده. وسنحول من خلال هذا الفرع الوقوف على مفهوم الحسبة (أولاً)، ثم بيان الأساس الشرعي الذي تستند إليه هذه الولاية (ثانياً).

أولاً: مفهوم الحسبة

ليبين مفهوم الحسبة، وجب تحديد معناها اللغوي (I)، ثم تحديد المقصود بها في اصطلاح الفقهاء (II).

1 - القلقشندي، صبح الأعشى، تحقيق يوسف علي، الجزء 04، دار الفكر، دمشق، الطبعة 01، 1987، ص 37.

2 - محمد كمال إمام، أصول الحسبة في الإسلام، دراسة تأصيلية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 66.

I- الحسبة في اللغة

إِسْمٌ مِنَ الْاِحْتِسَابِ، وَمِنْ مَعَانِيهَا الْأَجْرُ وَحَسَنُ التَّدْبِيرِ وَالنَّظَرِ، يُقَالُ: فَعَلْتُ هَذَا الْأَمْرَ حَسْبَةَ لَوَجْهِ اللَّهِ، أَيْ تَطَوُّعًا، وَأَحْتَسِبُ هَذَا الْأَمْرَ عِنْدَ اللَّهِ أَيَّ جَعَلْتُ أَجْرِي مِنَ اللَّهِ، وَمِنْهُ مَا رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: "إِذَا أَنْفَقَ الْمُسْلِمُ نَفَقَةً عَلَى أَهْلِهِ وَهُوَ يَحْتَسِبُهَا كَانَتْ لَهُ صَدَقَةً"¹. وَمِنْ مَعَانِيهَا الْإِنْكَارُ يُقَالُ: احْتَسَبَ عَلَيْهِ الْأَمْرُ إِذَا أَنْكَرَهُ عَلَيْهِ وَأَزَالَهُ، لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ إِذَا تَرَكَ فَالْأَمْرُ بِإِزَالَةِ تَرْكِهِ أَمْرٌ بِالْمَعْرُوفِ، وَالْمَنْكَرُ إِذَا فَعَلَ فَالْأَمْرُ بِإِزَالَتِهِ هُوَ النَّهْيُ عَنِ الْمَنْكَرِ².

II - الحسبة في اصطلاح الفقهاء

عَرَّفَهَا جَمْهُورُ الْفُقَهَاءِ³ بِأَنَّهَا أَمْرٌ بِالْمَعْرُوفِ إِذَا ظَهَرَ تَرْكُهُ، وَنَهْيٌ عَنِ الْمَنْكَرِ إِذَا ظَهَرَ فَعَلُهُ⁴. وَأَضَافَ الشَّيْرَازِيُّ فِي تَعْرِيفِهِمَا "وَاصِلًا بَيْنَ النَّاسِ"⁵، وَهِيَ عِبَارَةٌ زَائِدَةٌ بِمَثَابَةِ تَحْصِيلِ حَاصِلِ⁶. وَقَالَ ابْنُ خَلْدُونَ فِي تَعْرِيفِ الْحَسْبَةِ بِأَنَّهَا: "وِظِيْفَةٌ دِينِيَّةٌ مِنْ بَابِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْمَنْكَرِ"⁷.

ويعرفها ابن تيمية من خلال تعريفه للمحتسب كوظيفة مستقلة ومتميزة في اختصاصاتها عن اختصاصات الولاية والقضاة فيقول: "أما المحتسب فله الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مما ليس من اختصاص الولاية والقضاة وأهل الديوان ونحوهم"⁸. حيث يلاحظ فيه أمران وهما: الاختصاص والتقيد، وهو ما ذهب إليه تلميذه ابن القيم حيث قال: "الحكم بين الناس في النوع

¹ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء 01، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، 1959، ص 167.

² - عمر بن محمد بن عمر السمانى، نصاب الاحتساب، تحقيق مريزن سعيد، دار مكتبة الطالب الجامعي، مكة المكرمة، (دون تاريخ نشر)، ص 83.

³ - ينظر في هذه التعاريف وغيرها: عبد الفتاح الصيفي، الحسبة في الإسلام نظاما وفقها وتطبيقا، دراسة عصرية مقارنة، الضبطية الإدارية والقضائية، الجزء 01، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 17 وما بعدها.

⁴ - الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة. (دون تاريخ نشر)، ص 240.

⁵ - الشيرازي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق السيد الباز العريني، دار التراث العربي، (دون تاريخ نشر)، ص 06. ويقترب منه تعريف الغزالي لها بأنها "المنع عن المنكر لحق الله صيانة للممنوع من مقارفة المنكر"، الغزالي، إحياء علوم الدين، المرجع السابق، ص 323.

⁶ - عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 20.

⁷ - ابن خلدون، المقدمة، دار القلم، بيروت، لبنان، الطبعة 07، 1989، ص 249.

⁸ - ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، المرجع السابق، ص 15.

الذي لا يتوقف على الدعوى هو المعروف بولاية الحسبة وقاعدته وأصله هو الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر¹.

فمفهوم الحسبة يقوم على الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، ويدخل في المعروف الواجبات والمستحبات ومستحسنت الأعمال والأخلاق، ويدخل في المنكر المحرمات والمكروهات وكل ما يستقبح من قول أو عمل. فهي تقوم على حماية محارم الله أن تنتهك، وصيانة مصالح الناس أن تخترم².

ثانياً: الأساس الشرعي لولاية الحسبة

إن ولاية الحسبة تجد أساها الشرعي، في العديد من نصوص القرين الكريم، والسنة النبوية، والآثار.

فمن القرآن الكريم، قوله تعالى: "ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك المفعلون"³.

وقوله تعالى: "كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ"⁴. وقوله تعالى: "لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُدَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوْا وَكَانُوا يَعْتَدُونَ كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنِ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ"⁵. وقوله تعالى: "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ"⁶. وقوله تعالى: "الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ"⁷.

وأما من الأدلة من السنة النبوية فنذكر منها: مارواه أي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسله يقول: "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده

¹ - ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 232.

² - سعيد بن ناصر الغامدي، مؤسسات المجتمع ونظام الحسبة في الإسلام، مجلة الحسبة، جامعة الملك سعود، العدد 113، ص 67.

³ - سورة آل عمران، الآية 104.

⁴ - سورة آل عمران، الآية 110.

⁵ - سورة المائدة، الآيتان 78-79.

⁶ - سورة التوبة، الآية 71.

⁷ - سورة الحج، الآية 41.

فان لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان¹.

وعن عثمان بن بشير - رضي الله عنهما - عن النبي صلى الله عليه وسلم - قال: "مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً"².

وعن أبي مسعود - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "ما من نبي بعثه الله في أمة قبلي إلا كان له من أمته حواريون وأصحاب يأخذون بسنته ويفتدون بأمره ثم إنها تخلف من بعدهم خلوف يقولون ما لا يفعلون ويفعلون ما لا يؤمرون فمن جاهدكم ببيده فهو مؤمن، ومن جاهدكم بقلبه فهو مؤمن، ومن جاهدكم بلسانه فهو مؤمن، وليس وراء ذلك من الإيمان حبة خردل"³.

وعليه تجمع المصادر قاطبة على أن أصل الحسبة مكرّس في مصادر التأصيل الإسلامي ومستلهم عملياً من السنة النبوية⁴، والتي تتلخص في موقف النبي عليه الصلاة والسلام من تاجر في السوق، عندما قام الرسول بفحص جزء من بضاعته فوجدها غير صالحة، ولا تطابق شروط البيع الصحيحة، فقد روى أبو هريرة أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: يا صاحب الطعام ما هذا؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله قال: أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ. ثُمَّ قَالَ: "مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنَّا"⁵.

¹ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب كون النهي عن المنكر من الإيمان. حديث رقم 78، ينظر؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ص41.

² - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، حديث رقم 2493. ينظر، صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 604.

³ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، حديث رقم 50، ينظر؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ص42.

⁴ - ينظر؛ ابن الأخوة، معالم القرية في أحكام الحسبة، تحقيق محمد شعبان، وصديق أحمد المطيعي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1976، ص 11. وكذا: عبد الحي الكتاني، نظام الحكومة النبوية المسمى "التراتب الإدارية"؛ الجزء 01، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر) ص 284 .

⁵ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب كون النهي عن المنكر من الإيمان. حديث رقم 78، ينظر؛ صحيح مسلم، ص 41.

وهكذا فقد باشر النبي صلى الله عليه وسلم الحسبة بنفسه، كما في الحديث المتقدم بقوله: "من غش فليس منا"، وبهذا التوجيه النبوي التشريعي ابتدأت الحسبة في المجتمع الإسلامي الأول¹. بل أنه صلى الله عليه وسلم أشرك غيره فيها حيث أناط بأعلام الصحابة مهمة الرقابة، فقد أناط بعمر بن الخطاب مهمة مراقبة سوق المدينة، كما استعمل سعيد بن سعيد بن العاص على سوق مكة بعد الفتح². ولعل ذلك كان يمثل البداية الفعلية لممارسة السلطة لدورها في الرقابة على المصالح العامة.

كما نجد الخلفاء الراشدين قد قاموا بهذا الدور فالروايات التاريخية تؤكد لنا أن الخليفة الثاني عمر بن الخطاب كان يقوم بنفسه بالرقابة الفعلية، ويمارس دور المحتسب في الأسواق، متفقدًا أحوالها معاقبا كل من خالف أحكامها، وأعرافها³، فيأمر وينهى ويزجر المخالفين بسوطه، فقد استعمل السائب بن يزيد على سوق المدينة مع عبد الله بن عتبة بن مسعود، وتذكر بعض الروايات أن الخليفة عمر وسّع دائرة الحسبة، حتى شاركت فيها المرأة، كما يقول ابن عبد البر: إن سمراء بنت نهيل الأسديّة، عمّرت وكانت تمر في الأسواق، تأمر بالمعروف و تنهى عن المنكر وتنهاى الناس عن ذلك بسوط معها⁴.

فكان عمر بن الخطاب -رضي الله- يقوم بوظيفة المحتسب بنفسه فكان يشارف السوق، ويراقب المكاييل والموازين، كما كان يستعمل الولاة ويدفعهم إلى القيام بها. فعن عبد الله بن ساعدة الهذلي قال: رأيت عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- يضرب التجار بالدرّة إذا اجتمعوا على الطعام بالسوق حتى يدخلوا سكك أسلم ويقول: لا تقطعوا علينا سبلنا. بل انه رضي الله عنه يطوف بالسوق ويضرب بعض التجار بالدرّة ويقول: لا بيع في سوقنا إلا من تفقه، وإلا أكل الربا شاء أم أبي.

1 - إدريس محمد عثمان، الحسبة في النظام الإسلامي، أصولها الشرعية وتطبيقاتها العملية، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2000، ص122.

2 - ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق محمد على البجاوي، الجزء 02، نهضة مصر، القاهرة، (دون تاريخ نشر)، ص621.

3 - ابن عبد البر، الاستيعاب، الجزء 04، المرجع السابق، ص1151،

4- إلا أنّ هذا الأثر عبّ عليه الكتاني وشكك في تولية المرأة مهمة الحسبة في عهد عمر محتجا بتضعيف ابن العربي للأثر وموافقة القرطبي له في أحكامه بلا إنكار، غير أن الجزم بما ذكر ابن عبد البر من في ترجمة سمراء مؤيد بما أورده القاضي ابن سعيد من توجيه أن ولايتها كانت في أمر خاص يتعلق بأمر النساء ما ينحل به اعتراض ابن العربي. ابن عبد البر، الجزء 04، المرجع السابق، ص1680.

كما ولى الخليفة عمر الشفاء بنت عبد الله القرشية العدوية على سوق المدينة¹. ومما يذكر عن عمر بن الخطاب أنه "رأى رجلا قد شاب اللبن بالماء فأراقه عليه"².

ويتضح دور الحسبة وأهميتها جليا، من كتاب الإمام علي إلي واليه على مصر، والذي يوصيه فيه بالتجار خيرا، ثم يأمر بمراقبتهم ومعاقبة من يستحق العقاب منهم عندما يقتضي الأمر ذلك، فيقول كرم الله وجهه: "استوص بالتجار خيرا، وتفقد أمورهم بحضرتك، وفي حواشي بلادك، واعلم مع ذلك أن في كثير منهم ضيقا فاحشا، وشحا قبيحا، واحتكارا للمنافع، وتحكما في البياعات وذلك باب مضررة للعامة وعيب على الولاية فامنع من الاحتكار فان رسول الله صلى الله عليه وسلم منع منه، وليكن البيع سمحا، بموازين عدل وأسعار لا يجحف بالفريقين، البائع والمبتاع فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكل به وعاقب في غير إسراف"³.

كما يمكن التأسيس الشرعي لهذه المؤسسة النظامية في مصادر التأصيل الإسلامي في قاعدة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"، وما تقتضيه من مشروعية تدخل الدولة لتنظيم ممارسة المباح حيث يجوز للدولة في النظام الاقتصادي الإسلامي تشريع ما يقضي بمنع المباح بناء على سلطتها التقديرية إذا رأت أن في جوازه مفسدة عامة، بعد إفراغه في قواعد سامية من النظام العام. لأن المباح لم يشرعه الله ليفضي إلى المفساد فإذا ما أفضى إلى ذلك منع، للقاعدة: "كل ما غلبت فيه على المصلحة كان غير مشروع، وعلى الإدارة -ولي الأمر- درء هذه المفساد مراعاة للصالح العام بمنع أسبابها ولو كانت في الأصل مشروعة"⁴.

كما يمكن أيضا تنظيم استعمال المباح واستغلاله بالوجوب تحقيقا للصالح العام ومن ذلك ما سبق بيانه بشأن جواز تدخل ولي الأمر في منع الاحتكار ولو في الظروف العادية، وكذا التسعير الجبري إذ تعدى أرباب الطعام تعديا فاحشا صيانة لحقوق الأفراد ورفعاً للغبن الناتج عن غلاء الأسعار⁵.

ويكون تنظيم المباح فيما لم يرد به نص بتقييده إما بالمنع أو بالوجوب على حسب

1 - ابن حزم، المحلى، الجزء 09، المرجع السابق، ص 361.

2 - ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، المرجع السابق، ص 42.

3 - نهج البلاغة، الجزء 03، ص 83.

4 - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 112.

5 - ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 214.

نظرية المصالح المرسل¹، فمن المعلوم أنه إذا طغت حقوق الفرد وحرياته على حساب مصلحة الجماعة فإن النتيجة هي سيادة الفوضى وانتشار الأنانية والاستئثار عن الغير، وما يترتب عنه من أضرار اجتماعية تعود بالسلب على نظام الأمة².

ومن هنا كانت استعمال الحريات الاقتصادية في الفقه الإسلامي مقيد بعدم الإضرار بمصالح الجماعة مما يعني أنها تخضع للتنظيم التشريعي والإداري بما يضمن تحقق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في وقت واحد. وهو ما تسهر عليه مؤسسة الحسبة النظامية المستقلة التي عرفتها الخبرة الإسلامية كأحد تطبيقات مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر³. وعليه يتحدد مضمون الحسبة بأنها عبارة عن الولاية التي تخول للقائم عليها، القيام بالعمل الضبطي على وجه الإصابة من واقع الشرع، أو عن طريق الإنابة أو التفويض من ولي الأمر للعمل على تنفيذ ما أمر الله به من المعروف إذا ظهر تركه ونهى عنه من المنكر إذا ظهر فعله من أجل تحقيق المقاصد العامة للشيعة⁴.

مما سبق تمثل الحسبة في الإسلام الجهاز الرقابي الحارس على سلامة وشرعية النشاط الاقتصادي وهو ما أشار إليه محمد المبارك بقوله: "إن الحسبة رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصين، على نشاط الأفراد في مجال الأخلاق والدين، والاقتصاد، تحقيقاً للعدل، والفضيلة، وفقاً للمبادئ المقررة في الشرع الإسلامي، ولأعراف المألوفة في كل بيئة وزمن"⁵.

فالحسبة في الإسلام مبنية على أصل من أصول الإسلام العظيمة وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي وصف الله به المسلمين فقال الله تعالى: "كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ

¹ - يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "إن الفقهاء قد اعتبروا أوامر أولى الأمر - الإدارة - مرعية نافذة شرعاً، ولو كانت تتضمن تقييد مطلق أو منع جائز في الأصل أو ترجيح رأي فقهي مرجوح ما دامت تؤدي إلى مصلحة يرجع تقديرها إلى الإدارة (أولى الأمر) بحسب قاعدة المصالح المرسل¹". ينظر مصطفى الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء 03، دار القلم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 2004، ص23.

² - منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارنة بالدولة القانونية، دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة - رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص117.

³ - محمد كمال امام، أصول الحسبة في الإسلام، المرجع السابق، ص66.

⁴ - منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاتها، المكتبة العصرية للطباعة، القاهرة، 1983، ص117.

⁵ - محمد المبارك، الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1995، ص73.

مِنْهُمْ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ¹. فهي كما قال ابن القيم صفة وصف الله بها هذه الأمة، وفضلها من أجل ذلك على سائر الأمم².

على أنه ويتطور المجتمع واتساع أنشطته وتنوع معاملاته بدت الضرورة ملحة لإنشاء جهاز مستقل يتولى الوظيفة الرقابية الاحتسابية التي بموجبها ترتفع كفاءة الأداء الفردي والجماعي، وأصبح ذلك الجهاز ولاية مستقلة أضحت من بين الولايات المهمة في الدولة الإسلامية يقول ابن خلدون: " ثم لما انفردت وظيفة السلطان عن الخلافة، وصار نظره عاما في أمور السياسة اندرجت في وظائف الملك و أفردت- الحسبة- بالولاية"³.

ومنذ أواخر العهد الأموي بدأت الحسبة تأخذ شكلا تنظيميا وظيفيا مستقلا، وكان العصر العباسي الذي استقرت فيه الدولة العباسية، العهد الذي ظهرت فيه الحسبة بسلطاتها الواسعة كمؤسسة مستقلة، وامتدت إلى مدن المشرق ومدن المغرب العربي فالأندلس، وأصبح دورها بارزا وحيويا في ضبط وتوجيه وترشيد السلوك الإنساني التعامل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية⁴.

ومع ذلك تبقى الحسبة-كما يقول الماوردي-:"من قواعد الأمور الدينية وقد كان أئمة الصدر الأول يباشرونها بأنفسهم، لعموم صلاحها وجزيل ثوابها، ولكن لما أعرض عنها السلطان، وندب لها من هان وصارت عرضة للتكسب وقبول الرشاوى لان أمرها، وهان على الناس خطرها، ولكن ليس إذا وقع الإخلال بقاعدة سقط حكمها"⁵.

الفرع الثاني

اختصاصات المحتسب في مجال ضبط السوق وحماية المنافسة الحرة

الحسبة تمثل نظاما فريدا مارسه الرسول والخلفاء الراشدون من بعده ثم فيما بعد الخلافة الراشدة، ومنذ العصر العباسي الأول خاصة، برز في التاريخ الإسلامي موظف يطلق عليه المحتسب يتولى ديوان الحسبة، ويشترط فيه أن يكون أمينا قويا عالما بأحكام الشريعة، وبساعده

¹ - سورة آل عمران، الآية 110.

² - ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 232 .

³ - ابن خلدون، المقدمة، المرجع السابق، ص 399.

⁴ - صالح صالح، مكانة مؤسسة الحسبة في الاقتصاد الإسلامي ودورها في القضاء على الفساد الاقتصادي، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، 2005، ص 11.

⁵ - الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 245.

في عمله أشخاص يسمون المحتسبين يتفرغون لهذا العمل وتفرض لهم رواتب من بيت المال، بالإضافة إلى المتطوعين الذين يتبرعون بالعمل تحت إشراف والي الحسبة دون أن يكون لهم الحق في راتب مالي وبصلاحيات أقل من صلاحيات المحتسبين. ثم صارت الحسبة بعد ذلك في الدولة الإسلامية ولاية من الولايات الدينية ونظاما من الأنظمة الإدارية، فأصبح ضروريا أن يكون لها وال مآذون له من جهة الحاكم فهي فرض على القائم بأمر الأمة يعين لذلك من يراه أهلاله¹.

فنظام الحسبة في الإسلام له أثر عظيم في ضبط الأسواق ومراقبة السلع والأسعار، وحماية المصلحة العامة والخاصة، ومنع الإضرار بالتجار والمستهلكين على حد سواء، فهي تعد نظاما مثاليا لضبط الأسواق والأسعار وبالتالي لحماية المنافسة بين التجار من أي ممارسات ضارة بالتجار والمستهلكين وبخاصة من الاحتكار².

فمن أهم المجالات التطبيقية للحسبة المجالات الاقتصادية ذات العلاقة بالأسواق والمعاملات فيها³، حيث كان المحتسب يمارس وظيفة مباحث التفتيش وقمع الغش. ويمكن ان نحدد بعض اختصاصات المحتسب في المجال الاقتصادي كما يلي:

أولاً: السهر على تطبيق قواعد النظام العام الشرعي عموماً

يمثل النظام العام الشرعي الغاية الأساسية لمختلف المؤسسات والولايات في الدولة حراسة للشريعة وحماية للمصالح العامة للبلاد والعباد؛ ومن هنا كان من بين مهام المحتسب النظر في المعاملات المحرمة⁴ التي حرّمها التشريع الإسلامي في الأسواق لمخالفتها مبادئ الإسلام القائمة على أساس رعاية المبادئ الأخلاقية وحماية المصالح الاجتماعية كالربا والبيع الفاسدة، فعلى والي الحسبة إنكاره والمنع منه والزجر عليه وأمره في التأديب مختلف بحسب الأحوال وشدّة الخطر⁵. من غشّ المبيعات وتدليس الأثمان فينكره ويمنع منه ويؤدّب عليه بحسب الحال فيه؛ يقول الإمام ابن القيم: "ينهى والي الحسبة عن الخيانة وتطيف الكيل

¹ - ابن خلدون، المقدمة، المرجع السابق، ص 249. وكذا؛ الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 258.

² - محمد أنو حامد علي، المرجع السابق، ص

³ - ينظر في هذا المجال: محمد حسين مصطفى بشايرة، الدور الاقتصادي لنظام الحسبة في الإسلام مقارنة بأجهزة الرقابة المعاصرة في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2002.

⁴ - إدريس محمد عثمان، المرجع السابق، ص 177.

⁵ - الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 253.

والميزان والغش في الصناعات والبياعات ويتفقد أحوال المكايل والموازن وأحوال الصناعات الذين يصنعون الأطعمة والملابس والآلات¹ ويعلل سبب ذلك: "بأن هؤلاء يفسدون مصالح الأمة والضرر بهم عام لا يمكن الاحتراز منه، فعليه أن لا يهمل أمرهم وأن ينكل بهم أمثالهم، ولا يرفع عنهم عقوبته، فإن البليلة بهم عظيمة... ويدخل في المنكرات ما نهى الله عنه ورسوله من العقود المحرمة مثل: عقود الربا صريحاً واحتياطياً، وعقود الميسر، كبيع الغرر ونحوه"².

ثانياً: مراقبة مدى الالتزام بمقاييس الجودة والإتقان ومواصفات السلامة العامة

تقوم مؤسسة الحسبة بدور معتبر في توجيه العملية التنافسية المشروعة بالالتزام بمقاييس الجودة وضوابط الإتقان وذلك عن طريق منع كافة الممارسات التي تؤدي إلى الإخلال بالمقاييس والضوابط المعروفة ضمن كل سلعة أو خدمة فتقل بصورة معتبرة ظاهرة الغش والتزيف بحصر المهنيين في أهل مهنتهم و إلى متابعة غشهم، وإلى فرض إتباع المناهج المعينة في كل صناعة، دفعا لما يخشى.

والذي يتتبع الميراث التطبيقي والتجربة الميدانية لمؤسسة الحسبة الرقابية يلاحظ التنظيم الرقابي الدقيق والضوابط الإلزامية التي كانت تخضع لها أثناء أداء وظيفة الإنتاج بالمؤسسات الاقتصادية وطبيعة الزواجر التي قد تصل إلى حد توقيف المؤسسة الإنتاجية أو الخدمية توقيفا دائما أو مؤقتا ومعاقبة المتسببين في الانحرافات التي تخل بالسلوك الإنتاجي الرشيد.

وقد جعل القاضي أبا يعلى هذا الميدان من اختصاص مؤسسة الحسبة الذي تنفرد به عن غيرها من الولايات فيؤكد ذلك بقوله: "وأما من يراعي عمله في الجودة والرداءة فهو مما ينفرد بالنظر فيه ولاية الحسبة"³.

إن تعطيل وتغييب مؤسسة الحسبة في واقعنا المعاصر جعل الانحرافات تتوسع و يتفنن بعض المنتجين في تغطية مخالفاتهم لمقاييس الجودة وضوابط الإتقان في مواجهة الأجهزة الرقابية الموجودة التي لم تستطع أن تملأ الفراغ الذي تركته مؤسسة الحسبة من حيث حجم صلاحياتها وشموليته وتكامل أنشطتها، وسرعة إجراءاتها التصحيحية وسلطة ومكانه جهازها ضمن الهيكل التنظيمي للدولة⁴.

¹ - ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 241 .

² - المرجع نفسه، ص 242.

³ - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص303.

⁴ - وردة مراح، المرجع السابق، ص288.

إن الوضعية الحالية لمجتمعاتنا تظهر حجم الفراغ الرقابي الحالي وطبيعة الدور الفعال الذي يمكن أن تلعبه مؤسسة الحسبة بالتوازي والتكامل مع أشكال الرقابة الجزئية التابعة لبعض الهيئات الرسمية أو الجمعيات الخيرية والنقابات المهنية و التي لم تعد لوحدها قادرة على تحقيق الانضباط المجتمعي الحضاري، وبالتالي تزايدت تكاليف الانحرافات التي يتحملها الاقتصاد الوطني، الأمر الذي يتطلب ضرورة إعادة بعث هذه المؤسسة الرقابية الهامة، لتقوم بدورها الاقتصادي الريادي في هذا المجال بغية التقليل من الفوضى الحالية وضمان الأمن والسلامة وإزالة الحرج ودفع العسر والمشقة لضمان المناخ الأفضل للحركة التجارية التي تعتبر من أهم مقاييس كفاءة وفعالية الاقتصاديات الحديثة¹.

ثالثاً: مراقبة وتنظيم الأسواق وتوجيه المعاملات المرتبطة بها

يهدف تنظيم قوى السوق وتوجيهها إلى الاستفادة من مزاياها للمساهمة في التخصيص الأمثل للموارد، والتوزيع الأكفأ للدخول، من حيث التفاعل الحر بين قوى العرض والطلب، منعا للتصرفات الاحتكارية، والممارسات الاحتالية التحكيمية في الأسعار التي تؤدي إلى استغلال المنتجين والمستهلكين من قبل الوسطاء والمضاربين، والتي تتيح لمؤسسة الحسبة تحديد الأسعار أو هوامش الأرباح في مثل هذه الحالات الاستثنائية، فنتحقق مصالح جميع الأطراف، بعيداً عن أشكال الفساد والاستغلال والاضرار بالمستهلكين².

ومن ذلك أيضاً ما ذكره الإمام الشيرازي من أن للمحتسب أن يأمر الخبازين بنظافة أوعية الماء وتغطيتها وغسل المعاجن وتطيفها، وكذلك ما يغطي به الخبز وما يحمل عليه، وعليه أن يأمر العجان ألا يعجن بقدميه، وعليه أن يلبس ثوباً مقطوع الأكمام وهو يقوم بعملية العجين وأن يتلثم حتى لا يعطس أو يتكلم، فيسقط شيء من بصاقه أو مخاطه بالعجين، ويربط على جبينه عصابة بيضاء لئلا يعرق فيقطر منه شيء في العجين، ويحلق شعر ذراعيه لئلا يسقط منه شيء في العجين، وإذا عجن في النهار فليكن عنده إنسان في يده مذبة (مراوح التهوية الآن) يطرد عنه بها الذباب حتى لا يقع في الطعام³.

¹ - صالح صالح، المرجع السابق، ص22.

² - أسامة السيد عبد السمیع، الحسبة في الإسلام ودورها في حماية المستهلك دراسة فقهية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص161.

³ - الشيرازي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

وتمتد سلطة المحتسب إلى تنظيم الأسواق والمحلات ونظافتها¹، فيأمرهم ببيعها مغسولة، ويجب أن ينهاتهم عن بيع ما به دود من البطيخ والقثاء والتين والرطب، كما ينهاهم عن بيع ما سوس من الباقلاء والحمص وعن خلط القديم بالجديد، يأمرهم أن ينثروا عليه الملح المسحوق ليدفع مضاره². ويمارس المحتسب سلطته أيضا على اللبانيين، فيأمرهم بتنظيف أوانيهم وغسلها وتغطيتها، ويتعين غسل الأواني التي يبيعون فيها اللبن كل إناء على حدة³.

وبهذا فقد كان من أخص مهامه مراقبة المكاييل والموازين، ومراقبة من تسول له نفسه الأمانة بالسوء الغش ببخس أو تطفيف فيهما، حيث كانت لها دار خاصة به، فكان المحتسب يطلب جميع الباعة إلى هذه الدار في أوقات معينة ومعهم موازينهم وسنجهم ومكاييلهم، فيعايرها فإن وجد فيها خلا صادرها، وألزم صاحبها بشراء غيرها، أو أمره بإصلاحها، كما كان يلزم الأسواق ويتفقدتها من وقت لآخر، ويتخذ له من العيون ممن يطلعه على أخبار الناس الأشرار ليوقف كلا عند حده، ويلاحظ ما يقع من غش وتدليس في مبيع أو ثمن وفي الأخذ والعطاء، ولصاحب الحسبة الحكم على من غش في أسواق المسلمين في خبز أو عسل أو غير ذلك من السلع.

كما كان المحتسب يتفقد أحوال الصناع الذين يصنعون الأشرية والأطعمة والملابس والآلات وغيرها، فيمنعهم من صناعة المحرم على الإطلاق، ويمنع صاحب كل صناعة من الغش في صناعته، ويمنع من إفساد نقود الناس وتغييرها، كما كان لصاحب الحسبة الحكم على من غش في أسواق المسلمين في خبز أو عسل أو غير ذلك من السلع، وكان عمر بن الخطاب يطرح اللبن المغشوش في الأرض أدبا لصاحبه⁴.

ويمكن أن يتوسع النشاط الاحتسابي الرقابي على الأسواق ليشمل مكافحة الأشكال الجديدة من الغش والتحايل في مجال العلاقات التجارية فقد أغرقت معظم أسواق البلدان الإسلامية بالسلع والمنتجات المزيفة العلامات، والتي تتميز بانخفاض مستويات جودتها، وما يصاحب ذلك من خسائر للمستهلكين وللشركات المالكة للعلامات.

¹ - محمد عبده امام، الحق في سلامة الغذاء من التلوث، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص379.

² - الشيرازي، المرجع السابق، ص 22 وما يليها. وكذا، عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص254.

³ - الشيرازي، المرجع السابق، ص 87.

⁴ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص247-258.

رابعاً: المنع من احتكار السلع

المحتكر هو الذي يعتمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ظلماً، ولهذا كان من سلطات المحتسب أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه¹. وقد سبقت الإشارة لدى دراسة الاحتكار، أنه قد وردت أحاديث نبوية صريحة في منعه وتشديد الوعيد على المحتكرين²، ومن جملة تلك الأحاديث ما رواه سعيد بن المسيب قال: قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ"³. حيث يدل وجوب مراعاة حقوق المجتمع واحترام المصلحة العامة، والواجب على المحتسب أن يكره المحتكرين على بيع سلعهم بسعر المثل.

خامساً: تحديد الأسعار عند الضرورة

لقد سبق القول في بحث مسألة التسعير الجبري، أنه وإن كان الأصل العام يقضي بمنع التسعير، إلا أنه يجوز في بعض حالات الضرورة تدخل ولي الأمر للتدخل وضبط السعر في السوق، مما يدخل شرعاً في دائرة تقييد المباح.

ومن هذا المنطلق فلقد كان المحتسبون يؤدون مهامهم في رقابة الأسواق على نحو يماثل أحدث ما يتبع اليوم في هذا المجال، فقد كانوا يقومون بفرض التسعير على السلع والزام الباعة بالإعلان عن أسعارها كتابة، كما كانوا يبيثون العيون للبحث عن الأماكن التي يختزن فيها التجار الجشعون سلعهم لمصادرتها وبيعها بالأسعار المحددة وبيعثون الصبية والجواري لابتياح السلع من التجار لينظروا بأي ثمن بيعت ويتأكدوا من سلامة الكيل والميزان⁴.

الفرع الثالث

المقارنة بين نظام الحسبة ومجلس المنافسة كآليتين لحفظ النظام العام التنافسي

إن ولاية الحسبة، تعد كما سبق بيانه، هيئة رقابية شبيهة بسلطات الضبط الاقتصادي في التشريعات العالمية، ومجلس المنافسة في التشريع الجزائري، التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية ممثلة في النظام العام الاقتصادي التنافسي، وهو ما يتماشى مع مقاصد

1 - ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، المرجع السابق، ص15.

2 - إدريس محمد عثمان، المرجع السابق، ص181.

3 - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم الإحتكار في الأقوات، رقم 26، حديث رقم 1605، ينظر؛ صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 754.

4 - البشري الشوريجي، التسعير في الإسلام، المرجع السابق، ص128.

أحكام الشريعة الغراء في تحقيق المصالح الإنسانية من حفظ للدين والنفس والعقل والنسل والمال، فكل أحكام الشريعة استقراء إنما هي أوامر ونواه للحفاظ على هذه الكليات والأصول المجمع على حمايتها في جميع الشرائع والملل، فلا معنى لمقاصد الشارع دون رعاية مصالح الإنسان في كل المجالات ذات الصلة بالحياة الدنيا أو الآخرة أو بهما معا¹.

وبالرغم من تباين الفقهاء في بيان طبيعة عمل الحسبة نتيجة للأدوار الهامة التي اضطلعت بها هذه المؤسسة في الخبرة الإسلامية خصوصا في مجال حراسة تطبيق الشريعة والسهر على احترام قواعدها هادفة إلى وضع الناس على عين الشريعة، وتطهير المجتمع من المنكرات الظاهرة في الشارع العام، فإن اتساع صلاحياتها يمتد إلى ما يعرف بالضبط الاقتصادي كأحد صور الضبط الاجتماعي تطبيقا لمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كونها تهدف إلى منع المنكر لحق الله بتصحيح الانحراف وصيانة المجتمع عن مقارفة الإخلال بنظامه².

ومن ثم يمكن تكيف عملها بأنه من جنس عمل ومهام وصلاحيات الهيئات الإدارية المستقلة في مجال الضبط الاقتصادي، ورقابة المنافسة، من خلال الإشراف على الأسواق ومراقبة الأسعار والموازن والمكاييل؛ ومنع الغش التجاري والتلاعب بأمن وصحة ومال المستهلكين³.

ومن هذا المنطلق وبدراسة متأنية لولاية الحسبة، مقارنة بمجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة في مجال الضبط الاقتصادي يمكننا أن نحدد بعض أوجه التقارب بين النظامين (أولا)، وأوجه الخصوصية بينهما (ثانيا).

أولا: أوجه التقارب بين ولاية الحسبة ومجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة

إن الدراسة المتأنية والمتخصصة للمهام الموكلة لمؤسسة الحسبة في الإسلام تدفع إلى القول بأنها إحدى الصور المشابهة للتنظيم الضبطي الاقتصادي الحديث، ممثلا في مجلس المنافسة في مجالنا هذا، مما يجعل المحتسب وأعوانه هيئة مستقلة عن هيئات وسلطات الضبط الإداري في دولة الإسلام كونها تختص بالعمل وقائيا وعلاجيا لحفظ النظام العام الاقتصادي

¹ - عبد النور بزا، مصالح الإنسان مقارنة مقاصدية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008، ص36.

² - محمد كمال إمام، أصول الحسبة في الإسلام، المرجع السابق، ص66.

³ - وردة مراح، المرجع السابق، ص176.

واحترام القيم الأخلاقية.

إن الهيئات الإدارية المستقلة تشترك مع مؤسسة الحسبة في مهام ضبط السوق وتنظيمه بحيث تتمتع كلاهما بسلطة سن قواعد عامة مجردة غير موجهة إلى شخص محدد، فقوله عليه الصلاة والسلام السالف الإشارة إليه "من غش فليس منا" وإن كان تشريعا نبويا إلا أنه صدر عن النبي عليه الصلاة والسلام بمناسبة رقابة تفتيشية وضبط اقتصادي بالسوق مما يقتضي الاعتراف بالسلطة التنظيمية والضبطية لمؤسسة الحسبة.

وفي المقابل تملك غالبية الهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي وسائل تحقيق تسمح لها بالحصول على معلومات لصالح المستهلكين وخدمة المصلحة العامة.

ومن هذا القبيل يكون للحسبة نطاق واسع وغير محدد من الصلاحيات، لوجود مؤسسات أخرى تشترك في صفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، مما دفع بالبعض من الفقه إلى تخصيص مؤسسة الحسبة بالميدان الرقابي، كما هو مبين في تعريف الأستاذ محمد المبارك للحسبة بأنها: "مؤسسة رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصين على نشاط الأفراد في مجال الأخلاق و الدين و الاقتصاد أي في المجال الاجتماعي بوجه عام تحقيقا للعدل و الفضيلة وفقا للمبادئ المقررة في الشرع الإسلامي والأعراف المألوفة في كل بيئة و زمان"¹.

وإذا كانت سلطة المحتسب في الدولة الإسلامية تقوم على الوعظ والنصح والتعليم كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام مع صاحب الطعام الذي أصابه بلل بعيدا عن استعمال الردع والقوة والعقاب، فإنه مع اتساع رقعة الدولة الإسلامية حين انتشر الإسلام، ونتيجة ضعف الوازع الإيماني الذي يمثل أساس الرقابة الذاتية؛ أصبح لزاما أن يوجد رقيب خارجي يقوم على قوة العقاب إلى جانب قوة رقابة الضمير، فكانت الحسبة سلطة الدولة للدفاع عن مصالح الأمة وعن قيم الإسلام الروحية والمادية، ذلك أن الكثير من القيم الأخلاقية لا يمكن تفعيلها في الواقع الاقتصادي بدون الاعتماد على جهاز رقابي يبحث عن الانحرافات السلبية².

ومن هنا تتوافق الحسبة في طبيعتها مع القضاء في كون المحتسب يجوز له سماع

دعوى المستعدى والتي تتعلق إما بمنكر ظاهر يتعلق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن أو

¹ - محمد المبارك، المرجع السابق، ص70.

² - أسامة السيد عبد السميع، الحسبة في الإسلام ودورها في حماية المستهلك، المرجع السابق، ص69.

بغش أو تدليس في بيع أو ثمن وهو منصوب لإزالته أو اختصاصه بمعروف بين هو مندوب إلي إقامته، وذلك لأن موضوع الحسبة إلزام الحقوق والمعونة على استيفائها، وليس للناظر فيها الحق في أن يتجاوز ذلك إلي الحكم الناجز، والفصل البات.

كما تتوافق الحسبة مع القضاء في كون المحتسب يجوز له إلزام المدعى عليه بالخروج من الحق الذي عليه، ودفعها إلي مستحقيها، لأن في تأخيرها لها منكرًا وهو منصوب لإزالته¹. فالحسبة تشترك مع أحكام القضاء في الدعاوى السابقة وربما يكون هذا ما قصده ابن خلدون بقوله: "وكانها أحكام ينتزّه القاضي عنها لعموميتها وسهولة أغراضها فتدفع إلي صاحب هذه الوظيفة المحتسب ليقوم بها، فوضعها على ذلك أن تكون خادمة للقضاء"².

وعليه فإذا كانت ولاية الحسبة تضطلع بمهمة مراقبة الأسواق، وردع كل من يحاول احتكارها أو الغش فيها، فإنها في هذا المجال لا تختلف عن المهام التي يقوم بها مجلس المنافسة الجزائري، وغيره من الهيئات الضبطية القطاعية الأخرى.

وعلى هذا فمفهوم نظام الحسبة موجود وقائم في روح النظام القانوني المعاصر، ممثلاً في المجال الاقتصادي بمجلس المنافسة، والهيئات الضبطية القطاعية الأخرى، ولكن بتنظيم جديد يلائم تغير أنماط الحياة وتعدد نشاطاتها وتشابك أجهزتها³.

فالحسبة كما يرى الأستاذ عبد الفتاح مصطفى الصيفي⁴، مازالت قائمة بيننا وإن اختلفت تسميتها، وتباين شخص متوليها، ومجالها مازال حيويًا وإن تشعبت مسالكه ويكفي تدليلاً على ذلك إلقاء نظرة على الاختصاصات الموزعة بين رجال الضبط الإداري والضبط القضائي، والنيابة العامة والشرطة ووزارة الصحة ومختبراتها الفنية، ووزارتي التجارة والصناعة ومديرية قمع الغش ومراقبة الأسعار، ومجلس المنافسة، وهيئات الضبط القطاعية... الخ.

فكلها اختصاصات تقاسمها هؤلاء وكانت في الأصل من صميم اختصاص المحتسب وأعوانه، كل ما في الأمر أن الحسبة كانت نظاماً فخلفته وزارات، ومديريات ومصالح ومجالس، و سلطات إدارية مستقلة.

¹ - الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 241.

² - ابن خلدون، المقدمة، المرجع السابق، ص 249.

³ - عبد الله مبروك النجار، الحسبة ودور الفرد فيها في ظل التطبيقات القانونية لها، بحث بمجلة الأزهر، 1415هـ، ص 05.

⁴ - عبد الفتاح مصطفى الصيفي، المرجع السابق، ص 08.

ثانياً: خصوصية نظام الحسبة مقارنة بمجلس المنافسة

بالإضافة إلى الخصوصية الحضارية والطابع الرسمي العام للحسبة، كونها إحدى مؤسسات الدولة التي نشأت في ظل مسيرة التقدم الحضاري تتميز مؤسسة الحسبة بالاستقلالية في رقابة وتوجيه الأنشطة المجتمعية، كما تتميز بمجموعة من الخصائص التي تبرز مكانتها المؤسسية التنظيمية والشبه قضائية نذكر منها¹:

1- الطابع الإلزامي

تستهدف مؤسسة الحسبة في المجتمع تصويب مسيرة التنمية والتقدم، فهي ضرورة موضوعية للتقليل من مظاهر الفساد الاقتصادي والتفكك الاجتماعي وبعبارة الماوردي فإنه (أي المحتسب) يقر ما لا يضر ويمنع ما يضر ويجتهد فيما ضر ولم يضر لأنه من الاجتهاد العرفي².

وفي شأن الاهتمام بالإلزامية قرارات المحتسب التي يمكن أن ينزلها بالمخالفين للنظام في السوق، خصوصاً قرار سحب الرخص والمنع من النشاط الاقتصادي بإبعادهم وتحتيتهم من ذلك السوق، وهذه العقوبة من المحتسب للغاشين تعتبر في نظرنا من أشد العقوبات وأقساها، ذلك لأنها تحرم المعني بالأمر من حصانة السوق ووضعه في لائحة الخونة للأمانة، مما يقضي عليه من الناحية المادية، ويجعله في عداد العاطلين نتيجة إصراره وعناده.

وبالإضافة إلى هذا الإلزام عن طريق الجزاء المادي، فإن الحسبة قبل ذلك تقوم على الوازع الديني، من منطلق تربية المتعاملين في السوق على أخلاق الإسلام في المعاملات، وهذا ما تنتج إليه حالياً التشريعات المعاصرة من خلال مشاركة المجتمع المدني وجمعيات حماية المستهلكين في زرع وخلق ثقافة تنافسية نزيهة.

2- الطابع الاستقلالي

إذا كانت استقلالية الهيئات الإدارية، ومنها مجلس المنافسة، محل تجاذب وخلاف قانوني فإن مؤسسة الحسبة مستقلة في تأدية الوظائف الاحتسابية الرقابية بعيداً عن الهيمنة السياسية أو الضغوط والتجاوزات البيروقراطية التي تعد كذلك من مجالات الحسبة الرقابية المعاصرة، الأمر الذي يتيح لها مزيداً من الحرية في ترشيد حركية المجتمع التطورية، فللناظر

¹ - صالح صالح، المرجع السابق، ص36.

² - الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص207.

في الحسبة من قوة السلطة والاستعانة بالحماة، فيما يتعلق بالمنكرات الظاهرة، ما ليس للقضاة، وذلك لأن له أن يظهر بما يرهب فاعل المنكر، لأن الحسبة موضوعة لإلزام الناس بصنع المعروف، ومنعهم من المنكر، عكس ما هو في القضاء، الذي يقوم على المناصفة وإقرار العدل، فيحتاج إلى الأناة، والملاطفة.

3- الطابع الفوري

نظرا لطبيعة النشاط الاقتصادي المتسارع فإن أهم خاصية للمحتسب تمتعه بصلاحيه التنفيذ الفوري المباشر لقراراته باتخاذ الإجراءات المتعلقة بالقضاء على أشكال الفساد والاختلالات بخلاف الهيئات الأخرى التي تتميز بطول مدة تدخلها وتعقد إجراءاتها، وهناك أمور تستدعي سرعة بمراقبة مدى سلامة التعاملات من كافة الأشكال التي تؤثر في عناصر الثقة التجارية في الأسواق، وذلك بالتأكد من مستوى الالتزام بالعقود والوفاء بالديون، وإتمام الصفقات، وانتفاء التجاوزات والتعديت، وهي من الأمور التي تستدعي تدخلا فوريا ودائما من قبل مؤسسة الحسبة لفض منازعاتها والتقليل من انعكاساتها على التعاملات التجارية¹.

وفي سبيل ممارسة هذه الصلاحيات على أكمل وجه يتمتع المحتسب بامتيازات السلطة العامة من خلال تدابير الضبط الجد الواسعة والتي تشمل على سلطات التنظيم الضبطي وصلاحيات التنفيذ الجبري المباشر كمصادرة السلع المغشوش أو غير المطابقة للمقاييس والمواصفات القانونية إضافة إلى صلاحيات الضبط الإداري الخاص في مختلف القطاعات الحياتية كاختصاص المحتسب بقمع الغش التجاري، والرقابة على أصحاب الحرف والمهن، ومراقبة الجودة والأسعار بما يقضي على مشكلة الغلاء².

4- الطابع القضائي

درج العرف المعاصر للدولة الحديثة على أن من علامات قوة الدولة وتماسكها وجود مؤسسات المجتمع المدني التي تقوم بدور كبير في الاستقرار واستيعاب الطاقات وحماية الناس وسد الثغرات والحاجات التي لا تقوم بها الدولة، وحماية الناس من أي إجراءات أو ممارسات تضر بالمصلحة العامة وتخل بالمبادئ الكبرى والقيم الاجتماعية ومن ذلك تمكينها من الحق

¹ - شهر زاد بوسطلة، دور الحسبة في الوقاية من الفساد ومنعه، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 05، سبتمبر 2009، ص 161.

² - داود الباز، حماية السكنية العامة معالجة لمشكلة العصر في فرنسا ومصر، دراسة تأصيلية مقارنة في القانون الإداري البيئي والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 2004، ص 83.

في التقاضي نيابة عن المتضررين كضمانة من ضمانات حماية المستهلكين¹. مما يجعل المحتسب يتدخل بقرارات لها الحجية في الشيء المقضي فيه، ولتحقيق ذلك أجاز الفقهاء للمحتسب أن يؤدب كل من يشكل خطراً على المجتمع، ولو لم يرتكب معصية وذلك بالحبس والضرب، إلى أن يتوب ويقلع عن ذلك، كمن اشتهر بالإجرام في القتل والاغتصاب والسرقه، وغيرها من المنكرات في حالة العود إليها. مما يخلق حالة من الوعي الجماعي بالمثالية الإسلامية التي تؤكد المسؤولية الجماعية والتضامنية.

وهو ما يحول مؤسسة الحسبة إلى واجب ديني وحق يأثم إن تقاعس فيه مع القدرة عليه، ويثاب إن أداه على وجهه، وبمقتضى هذا المبدأ العظيم تراقب الأمة نفسها من الداخل، بهدف التعاون على البرّ والتقوى وبهدف التواصي بالحق والصبر والمثابرة على العمل والأداء المثقن، ويراقب العاملون مرؤوسيههم بهدف مصلحة العمل والإنتاج ومصلحة الأمة كلها، وبمقتضى هذا المبدأ العظيم تراقب الأمة كل أمم الأرض قاطبة، ترشدها إلى ما فيه خير البشرية جمعاء، وتدفعها إلى حسن العاقبة في الآخرة.

تلك أهم ما يميز نظام الحسبة عن غيره من المسميات الحديثة، فهو يعتبر مراقبة الله والجزاء الأخروي واستقامة الأخلاق جزءاً لا يتجزأ من متطلبات الحياة الاجتماعية العامة المدنية والمهنية، وإذا كان العرف القانوني يقضي بأن القانون لا يحمي المغفلين فإن نظام الحسبة في الإسلام يقوم على عكس ذلك، ويتبنى حماية من حصل عليه غرر أو خديعة أو ضرر².

وكخلاصة لهذا الباب الثاني يمكن القول، بأن المشرع الجزائري لما ثبت له أن العدل التبادلي قد يؤدي بالأفراد إلى تغليب مصالحهم الفردية على مصالح الجماعة من جهة، كما قد يغلب الطرف القوي في العلاقة التعاقدية مصلحته على مصلحة الطرف الضعيف من جهة أخرى، كان لزاماً عليه أن يتدخل لإعادة النظر في طبيعة العدل الذي ينبغي تحقيقه من خلال العلاقات التعاقدية للأفراد، فاضطلعت فكرة النظام العام الاقتصادي بهذا الدور الجديد، وذلك لتحقيق هدفين متعاقبين اقتضى كل منهما خضوع حرية التعاقد لعدة قيود، ففي البداية قصدت هذه الفكرة إلى حماية الطبقات الاجتماعية الضعيفة، بغية إعادة التوازن العقدي، ونظراً لهذا الدور فقد عرفت بالنظام العام الحمائي، الذي بموجبه تم فرض العديد من الالتزامات القانونية،

¹ - سعيد بن ناصر الغامدي، المرجع السابق، ص 66.

² - المرجع نفسه، ص. 66-67.

بحيث أصبح العقد يميل في بعض الأحيان إلى التنظيم وفرض المضمون أكثر مما يميل إلى الاتفاق، كما منحت للقاضي سلطة تقديرية ولو ضيقة نسبية في التدخل في العقود بغية إعادة التوازن.

وفي مرحلة متقدمة وبالضبط مع بداية التسعينات والألفية الجديدة، نهضت فكرة النظام العام الاقتصادي لتمكين الدولة من تحقيق السياسة الاقتصادية التي تنتهجها وتبغى توجيه الأفراد إليها، لذا شهدت حرية التعاقد قيوداً أخرى بهدف إجبار الأفراد على احترام هذه السياسة وتوجيههم إليها، وهذا نظراً للوضع الاقتصادي الجديد الذي أفرزته التغيرات والتحويلات الحديثة، والذي أصبحت المنافسة تشكل فيه السمة البارزة، والتي وضع لها المشرع نظاماً عاماً تنافسياً يهدف إلى ضبط المنافسة، وتأطيرها بمجموعة من القواعد الآمرة، وقد اقتضى هذا التوجيه تقييد حرية التعاقد، ومنعه من كل اتفاق أو تصرف قد يعرقل المنافسة أو يحد من الدخول إلى السوق، أو يؤدي إلى احتكارها. ولهذا الغرض أحدث المشرع سلطة إدارية مستقلة تتمثل في مجلس المنافسة الذي يضطلع بمهمة أساسية تتمثل في ضبط السوق ومنع كل ما من شأنه عرقلة المنافسة الحرة فيه.

كما ثبت من خلال هذا الباب أيضاً أن النظام العام الشرعي لا يسمح بدوره لمن يعملون في النشاط التجاري أن يكتسبوا دخولهم من ممارسات ظالمة تلحق الضرر بجمهور المستهلكين، ولذلك حرم الإسلام الإحتكار وحرم كل ما يحدث اضطراباً في الأسعار، وبالجملة فإن كل ربح يعود على التاجر أو المنتج من غشه أو خيانتته أو خداعه يعد ظلماً وهو مال حرام منزوع البركة في الدنيا وهو سبب للعذاب المقيم والشقاء الدائم في الآخرة.

كما كان لمؤسسة الحسبة التي باشرها رسول الله عليه وسلم بنفسه، دور كبير في حماية السوق من كل أشكال الخداع والغش في السلع والموازين، ويبقى النظام العام الشرعي، في مسألة حظر الإحتكار وتحريمه، متميزاً بنوعية الجزاءات المفروضة، فهي كأصل عام جزاءات دينية تقوم على الوازع الديني والعقاب الأخروي، فإذا ما ضعف هذا الوازع أو أسيء استعماله، كان لزاماً على ولي الأمر، التدخل لاتخاذ مجموعة من الإجراءات، كجبر المحتكر على إخراج المادة المحتكرة وطرحها في السوق، فإذا أصر على الامتناع، تولى الحاكم أو من ينوبه بيع السلعة عنه بالسعر الذي كان سارياً قبل الإحتكار، كما قد يتدخل الحاكم للتسعير في حالة الضرورة، وغيرها من الإجراءات الوقائية والعلاجية التي سبق بيانها.

خاتمة

إن دراسة طبيعة العلاقة التي تربط فكرة النظام العام بمبدأ حرية التعاقد في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، والذي تناولته هذه الرسالة انطلاقاً من مبدأ العدل باعتباره الغاية السامية التي يسعى كل من النظامين لتحقيقه، قد أمكن في نهايتها استخلاص مجموعة من النتائج.

وعليه، أن ثمة احتياج دائم في كل دولة - مهما كان توجهها السياسي والاقتصادي- إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك وحرية الأشخاص داخلها، تتمتع بسلطان الأمر والنهي المصحوب دوماً بجزاء على كل من يخالف أحكامها، اصطلاحاً على تسميتها بقواعد النظام العام، التي وإن تنكّبت التشريعات وضع تعريف جامع لها، إلا أنه يمكن اعتبارها مجموع القواعد التي تهدف إلى الحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه لضمان المصلحة العامة وبالتالي ضمان بقاء الدولة وسيرها.

وأن فكرة النظام العام بهذا المفهوم الغائي الوظيفي، هي فكرة قد لازمت مبدأ حرية التعاقد في التشريع الجزائري منذ إقراره، بحيث تقوم داخل دائرة القانون الخاص والمدني منه على وجه الخصوص، بدور أساسي في ضبط حرية التعاقد وتقييدها منعا لأي تضارب أو تصادم بين مختلف المصالح، سواء الفردية فيما بينها، أو بينها وبين المصلحة العامة، غاية ما في الأمر أن دورها يتسع ويضيق حسب التوجّهات التي انتهجتها الدولة، وحسب نظرتها لمفهوم العدل الذي ينبغي استهدافه من وراء قواعد النظام العام.

ومن ثم، فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أن كل من فكرة النظام العام في القانون الجزائري، والنظام العام الشرعي، تعتبران ضابطاً أو حداً يكبح جماح حرية التعاقد المتقلّبة، من أجل الموازنة بين حقوق كل طرف من الأطراف المتعاقدة من جهة، وبين مصلحة هؤلاء الأطراف والمصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى، غير أنهما يختلفان في مدى هذا التدخل والأساس الذي يقوم عليه.

فتدخل فكرة النظام العام في تقييد حرية التعاقد في القانون الجزائري، يتسع ويضيق بحسب التوجّهات الاقتصادية التي تنتهجها الدولة، ففي ظل المفهوم التقليدي الذي يقوم على أساس تحقيق العدل التبادلي، يكون مجال تدخل النظام العام في أضيق الحدود فاسحاً المجال لحرية التعاقد، بحيث تقتصر القيود على مرحلة إبرام العقد فقط، من حيث مراقبة مشروعية

العقد في محل الالتزام الناشيء عنه، ومن حيث الباعث الذي يقصده المتعاقد من وراء العقد. فلم يكن النظام العام يتدخل في المجال الاقتصادي بالحد من نشاط الأفراد، بحجة حماية الطرف الضعيف، أو أن يتدخل بين العاقدين لتحقيق المساواة القانونية. ولم يكن يهتم بتحقيق المساواة الاقتصادية بينهما، اللهم إلا في أحوال نادرة جدا، كحالاتي الغبن والاستغلال، والظروف الطارئة، ومنح المدين المعسر أجلا للوفاء، وتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

ومرد هذا تلك الفلسفة التي يقوم عليها مبدأ حرية التعاقد، وما يمنحه للمتعاقد من حرية ليس فقط في مجال الإبرام، وإنما حتى في إحداث الآثار. فآثار العقد هي من جعل العاقدين وفقا لحريرتهما التي تكون كفيلة بتحقيق التوازن بين مصالحهما، لأن العقد بهذا المفهوم لا ينبغي إلا أن يكون عادلا، إذ لا يعقل أن يقدم الشخص الحر على إبرام عقد يضر بمصالحه. فالمتعاقدين وفق هذا النظر هما الأقر دون غيرهما -حتى ولو كان المشرع- على تحقيق العدالة العقدية. ومن ثم، فإن المشرع الجزائري لم يهتم بوضع نظرية عامة للتوازن العقدي ابتداء.

بينما الأمر على خلاف ذلك في الفقه الإسلامي، فحرية التعاقد تثبت من البداية مقيدة بحدود النظام العام الشرعي، إذ أن حرية المتعاقدين تكمن فقط في إتيان السبب الظاهري، أما الأثر فهو من جعل الشارع، طبقا لمبدأ جعلية الآثار، التي يقصد الشارع من ورائه حفظ التوازن بين أفراد المجتمع. وتحقيق المقاربة أو التساوي في الالتزامات في عقود المعاوضات، وذلك بنفي الربا والغرر، ونفي أسباب الجهالة المفضية إلى التخاصم والنزاع. وحماية الناس من سلطان الهوى والظلم، والأناية والجشع، وبخاصة ممن يكون في مركز قوة يستغلها على حساب الطرف الضعيف المذعن.

وعلى هذا، فالعقود والشروط لا يكتفى فيها أن تكون موافقة لظواهر النصوص أو لمقتضى القياس، بل لا بد أن تكون موافقة لمقصد الشارع، فقد شرعت الأسباب لأجل مسبباتها. أو بعبارة أخرى شرعت التصرفات لأجل غاية أساسية قصدت من ورائها، حتى إذا لم تحقق غاياتها لم تشرع، ذلك أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده كان باطل كما قال الفقهاء.

على أن القول بجعلية الآثار في الفقه الإسلامي، لا يتعارض مع مبدأ رضائية وحرية العقود التي هي أصل فيه، بدليل أن الشارع أجاز للمتعاقدين اشتراط شروط تنقص أو تزيد من

آثار العقد، وهذا في حالة ما إذا لم تحقق الآثار الأصلية للعقد مصلحة العاقدين وغرضيهما. وتستمد إرادة المتعاقدين سلطانها في ذلك من الحدود التي يحددها الشارع لكل عقد وهي تختلف من عقد لآخر بحسب طبيعة العقد. وهذا يعني أن مركز الإرادة وأهميتها من الالتزامات التعاقدية يحتل مركزاً وسطاً ذو أهمية محدودة بحدود النظام العام الشرعي. فلا يمكن إطلاق السلطان للإرادة في ترتيب آثار العقود، ومع ذلك فإن هذا لا ينقص من دور الإرادة بقدر ما هو يحدد مكانتها وحدود التعبير عنها، وعليه ينتفي وجود أي تعارض بين شرعية آثار العقود ومبدأ الرضائية متى تم تحقيق هذه المعادلة.

إن مضمون المصلحة التي هي معيار للنظام العام في القانون الجزائري، يختلف عن مضمونها المقصود تحقيقه من قواعد النظام العام الشرعي، فهذا الأخير كان حريصاً كل الحرص على تحقيق التوازن بين المصلحة الجماعية والفردية على حد سواء، مع تقديم المصلحة العامة على الخاصة إذا اقتضى الأمر ذلك. على اعتبار عدم تأثيره بزمن أو بظروف معينة، أو خضوعه للإرادة الإنسانية بما فيها من دوافع نفسية، ونوازع مختلفة.

فالنظام العام الشرعي أصوله سماوية، تتفق ومقتضى الفطرة الإنسانية التي فطر الله الناس عليها. فقد شرع مبدأ العدل، وإلى جانبه أقر مبدأ الرحمة والإحسان، وأوصى بالتسامح والعفو، ورفع الحرج، والتخفيف عن الناس عند الضرورة، ونهى عن إتيان المنكرات، والمفاسد والأضرار، إلى غيرها من المبادئ التي لا يمكن لأي تشريع يراد به تحقيق صالح الأمم الاستغناء عنها. وهذا على خلاف مضمون المصلحة في القانون الجزائري المتغير من زمان لآخر، فبالأمس القريب كان المشرع الجزائري يرى في حماية المستأجر ومنحه حق البقاء في العين المؤجرة بعد انتهاء العقد مسألة متعلقة بالنظام العام، على أنه وبتغير الظروف أصبحت المسألة شأنًا خاصًا يخضع لحرية التعاقد، نظراً لتحول مفهوم المصلحة الذي أصبح يتجه نحو تحرير السوق العقارية وتوفير مناخ الاستثمار.

زيادة على ذلك، تختلف مصدرية قواعد النظام العام القانوني عن النظام العام الشرعي، ذلك أن الأصل في قواعد النظام العام القانوني أنها في غالبيتها نصوص تشريعية، متغيرة من زمن لآخر، بل تتغير في الزمن الواحد من مكان لآخر. وقد يفسح المجال أحيانا أمام القاضي استثناء لتحديد دائرة النظام العام في حالة غموض النص التشريعي أو انعدامه. إذ أنه من الصعب أحيانا على المشرع الوضعي أن يحدّد ويقنّن جميع الأوضاع التكليفية المرتبطة بالنظام

العام، ومع ذلك يبقى هذا الاجتهاد القضائي في حدود ضيقة ويسلّزم وجود نصوص قانونية تسمح به.

غير أنه وعلى العكس من ذلك، فالفقه الإسلامي ومهما اجتهد فيه لتخريج أحكام كلية وهو أهل لهذا التخريج، يرد دوماً ودائماً إلى القطعيات الثابتة والقائمة فيه دون إمكان التعديل أو التغيير مهما استطل الزمن، ومهما تبدلت الأحوال ومهما تغيرت الأمكنة، بل أنه وحتى الأدلة الشرعية الأخرى المختلف فيها، فهي أيضاً مردودة بالضرورة واللزوم إلى نصوص القرآن والسنة، ومن ثم يغدو ما قد يطرأ على هذه الأدلة، من تبدل أو تفرق من مذهب لآخر في خاصتها، إنما هو ترجيح لرأي على آخر مما تسعها جميعها النصوص المنزلة، وهنا يبدو الفرق في وجود نوع من الأبدية بالنسبة لقواعد النظام الشرعي، الأمر الذي تفتقر إليه قواعد النظام العام الوضعي.

ومن ثم، يظهر جليا التذبذب في موقف المشرع، تبعاً لتغير موقف الدولة، فأحياناً يكون الاحتكار قانونياً مشروعاً، ليصبح بعد فترة وجيزة سلوكاً معرقلاً للمنافسة تجب محاربتها، مما يدل على أنه ليست هناك أصول ثابتة لسياسة واضحة، فكل شيء قابل للتغيير من زمن لآخر. وهذا على خلاف النظام العام الشرعي، فهو قد اهتم بالمعاملات التجارية ووضع لها القواعد والأصول التي تجعلها صالحة في كل زمان ومكان، عن طريق الاجتهاد الذي يبقى دائماً في إطار الأصل. حتى يكون الحكام أو ولاية الأمر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم العامة في حدود أسس النظام العام من غير تفريط في المصالح الخاصة.

إن النظام العام الشرعي كان سابقاً في تنظيم التجارة والمنافسة داخلياً وخارجياً، فالحرية الاقتصادية وحرية ممارسة النشاط التجاري والمنافسة أصل فيه، فلكل فرد في المجتمع الإسلامي الحرية في اختيار النشاط التجاري وفي طرق كسبه وإنفاقه، كل ذلك في حدود الشرع، ومقاصد الشريعة، وكل من ابتغى من تصرفه مخالفة قصد الشارع، كان تصرفه باطلاً. لذلك فإن النظام العام الشرعي كما تم بيانه، قد منع وحظر كل ما من شأنه إلحاق الضرر بجمهور المستهلكين، أو السوق من خلال عرقلة المنافسة فيه بالاحتكار أو زيادة الأسعار.

هذا ويبقى النظام العام الشرعي، في مسألة حظر الاحتكار وتحريمه، متميزاً بنوعية الجزاءات المفروضة، فهي كأصل عام جزاءات دينية تقوم على الوازع الديني والعقاب الأخروي. فإذا ما ضعف هذا الوازع أو أسيء استعماله، كان لزاماً على ولي الأمر والمجتهدين من الأمة،

أن يتدخلوا لمواجهة هذا الواقع باستتباط الأحكام الشرعية التي تعتبر كإجراءات وتدابير وقائية أو علاجية، مما يدخل كله في مبدأ سياسة التشريع.

والغرض من هذه الإجراءات هو إيجاد التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة العامة عند تجاوز الحدود التي وضعها الشرع، فلا يكون الحل بإلغاء حرية الفرد واحتكار الدولة كما في النظام الاشتراكي، مما أدى إلى عرقلة الإنتاج وقتل المبادرات الفردية، وتعويد الإنسان روح الاتكال. كما لا يكون أيضا بفتح السوق وفسح الحرية الاقتصادية دون ضوابط كما في الأنظمة الرأسمالية.

وتجب الإشادة بسعي المشرع الجزائري الدؤوب في المرحلة الحالية نحو تحقيق التوازن بين مصالح مختلف العاملين في السوق، باستعماله لمصطلح جديد في قانون المنافسة، وهو مصطلح الضبط، الذي يعني تلك الإجراءات الصادرة عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها وذلك طبقا لأحكام القانون.

فهو قد أقر من خلال نظامه العام التنافسي، مبدأ حرية الأسعار كأصل عام، والذي لا يجوز التدخل فيه عن طريق التسعير إلا في أحوال مخصوصة، وفي هذا يتفق مع النظام العام الشرعي الذي يقوم على حرية الأسعار، وعدم جواز التسعير الجبري إلا إذا دعت الحاجة أو الضرورة الملحة لذلك. فالغاية بين النظامين هنا واحدة، والوسائل متعددة. كما حظر أيضا جميع أنواع الممارسات المقيدة للمنافسة، سواء أكانت أعمال مدبرة أو تعسف في استعمال القوة الاقتصادية، أو تكتل في شكل تجميع اقتصادي هدفه السيطرة على السوق... الخ.

ومما يحمد للمشرع أيضا تبنيه لنظام السلطات الإدارية المستقلة ومنها مجلس المنافسة لتضطلع بمهمة ضبط النشاط الاقتصادي فيه، وهي تذكرنا بمؤسسة الحسبة التي باشرها النبي صلى الله عليه وسلم بنفسه، ثم الخلفاء الراشدين من بعده، ومضت سنة في أمته.

وأمام هذه المقاربة والمفارقة بين النظامين، فإنه من المستحسن إعادة النظر في بعض قواعد النظام العام الحمائي، بهدف توسيع طريقة إعادة التوازن العقدي في القواعد العامة، من خلال تعديل بعض النصوص القانونية، منها خاصة:

- تعديل نص المادة 90 من القانون المدني والمتعلقة بعيب الاستغلال، وذلك بتوسيع أسباب استحقاق الحماية منه، لتشمل مثلاً: كوجود الشخص في حاجة ماسة إلى الشيء محل العقد، أو السداجة، أو قلة الخبرة والمعرفة الفنية، وعدم قصرها على حالتَي الطيش البين والهوى الجامح.

- تعديل المادة 183 من القانون المدني من حيث إضافة فقرة يستبعد فيها المشرع إمكانية إدراج الشرط الجزائي التعويضي في عقد الدين الذي يكون محله نقوداً أي في عقد القرض، على الأقل في العلاقات بين الأفراد، لتجنيبهم التعامل بالربا المحرم شرعاً.

- إعادة النظر في موقع التعسف في استعمال الحق داخل النظرية العامة للالتزامات، وعدم حصره كصورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية، المنصوص عليها بالمادة 124 مكرر قانون مدني، وذلك بإعادة إدراجها ضمن الأحكام العامة للقانون المدني على غرار بعض التشريعات العربية كالمشرع المصري، الذي يجعلها نظرية عامة كما هي عليه في الفقه الإسلامي.

- توسيع نطاق النظام العام الحمائي في مجال الشروط التعسفية من خلال القوانين الخاصة، ومنها القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية وذلك من خلال من جهة، التوسع في نطاق تطبيق الحماية من الناحية الشخصية، لجعله يشمل أيضاً المحترف أو المتدخل حين يتعاقد في إطار مهنته خارج نطاق اختصاصه، ومن جهة أخرى، التوسع في نطاق تطبيق الحماية من الناحية الموضوعية، لجعله يشمل عقود المساومة وعدم قصره فقط على عقود الإذعان، طالما كان معيار التعسف موضوعياً، -وهو ما يؤدي إليه الشرط التعسفي من التفاوت وعدم التوازن الفاحش-، الذي كما قد يكون في عقود الإذعان قد يكون في عقود المساومة أيضاً.

بالإضافة إلى التدخل للتنصيص على الجزاء المدني المترتب في حالة تضمين العقد شروطاً تعسفية، وعدم الاكتفاء فقط بالجزاء الجنائي وما ينشأ عنه من تعويض بالتبعية. وهذا السكوت عن الجزاء المدني، إما أن يكون سهواً من المشرع فوجب تداركه، وإما أن يكون موقفاً مقصوداً من المشرع بالنظر إلى تصوره المبدئي للتعسف كصورة من صور الخطأ الموجب للتعويض فقط دون البطالان، والذي أكدته بموجب المادة 124 مكرر قانون مدني سنة 2005، ومن ثم يصدق عليه ما قلناه بشأن التدخل لإعادة النظر في موقع نظرية التعسف في استعمال

الحق.

وزيادة على ذلك، الإسراع في تنصيب لجنة البنود التعسفية الموضوعة لدى وزير التجارة، والتي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي 306/06 المعدل بموجب المرسوم التنفيذي 44/08، لما لها من دور ولو استشاري في الحد والتقليل من الشروط التعسفية من خلال توصياتها والخبرات التي تقوم بها.

وكما أن تطبيق تلك النصوص يستلزم تعزيز قواعد النظام العام التنافسي، وذلك من خلال ضمان وإعطاء استقلالية أكبر لمجلس المنافسة، بوصفه سلطة إدارية مستقلة، تقوم بدور كبير في السهر على احترام قواعد النظام العام التنافسي وحماية لسوق والمنافسة الحرة فيه. وأخيرا، فإنه من الأجدر تفعيل نص المادة الأولى من القانون المدني التي تجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية، كمصدر رسمي احتياطي، وهذا لخلق نوع من الانسجام والتكامل بين النظام العام الوضعي والنظام العام الشرعي، بحيث يكون رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية -بما تتميز به من تنوع وثراء ومقاصد سامية عن النزوات البشرية- سدا للنقص التشريعي، مما قد يغني القاضي عن استيراد بعض الحلول من التشريعات الغربية التي قد لا تنسجم وطبيعة مجتمعنا. و لا يقصد هنا بمبادئ الشريعة، تلك التي قننها المشرع في العديد من النصوص القانونية، كالرضائية في العقود، ومجلس العقد، والتعسف في استعمال الحق، والظروف الطارئة... الخ. فهذه حين يطبقها القاضي يطبقها كنص قانوني، ولكن يقصد بها تلك المبادئ التي لم يقننها المشرع بعد في شكل نصوص، والتي يكون للقاضي ملزما بالرجوع إليها في حالة عدم وجود النص التشريعي وجوبا، وهنا يبدو الدور الذي يمكن أن تقوم به المحكمة العليا وهي تبسط رقابتها على قضاة الموضوع في تطبيقهم لهذه الجزئية.

قائمة المصادر والمراجع

I - باللغة العربية:

- القرآن الكريم

أولاً: المعاجم

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، (دون تاريخ نشر).
- 2- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، الجزء الأول، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 3- الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، الطبعة 04، 1987.
- 4- الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 5- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، محيط المحيط، المعلم بطرس البستاني، الجزء الأول، مكتبة لبنان، 1983.

ثانياً: المصادر والمراجع في الشريعة وعلومها (تفسير، حديث، أصول، فقه)

- 6- إبراهيم ابن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 7- ابن الأخوة، معالم القرية في أحكام الحسبة، تحقيق محمد شعبان، وصديق أحمد المطيعي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1976.
- 8- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، 1971.
- 9- ابن الهمام الحنفي، فتح القدير، الجزء 02، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1316هـ. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء 01، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، 1959.
- 10- ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997.
- 11- ابن خلدون، المقدمة، دار القلم، بيروت، لبنان، الطبعة 07، 1989.

- 12- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار-حاشية ابن عابدين-، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1407 هـ.
- 13- ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين- رسالة تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ الفاحش بلا تغيير-، الجزء 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 14- ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، الجز 06، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1418 هـ.
- 15- ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق محمد علي البجاوي، الجزء 02، نهضة مصر، القاهرة، (دون تاريخ نشر).
- 16- ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله التركي و عبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، مصر، الطبعة 03، 1992.
- 17- ابن قدامة، عمدة الفقه، تحقيق عبد الله سفر العبدلي، محمد دغليبي العتيبي، مكتبة الطرفين، (دون تاريخ أو بلد نشر).
- 18- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة 02، 1999.
- 19- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 06، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، 1333 هـ.
- 20- أبو الفضل الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الجزء السادس، إدارة المطبعة المنيرية بمصر درب الأتراك، الطبعة الثانية، (بدون تاريخ نشر).
- 21- أبو القاسم الغرناطي-ابن جزي-، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1977.
- 22- أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء الخامس، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 1322 هـ.
- 23- أبو حامد الغزالي، الاقتصاد في الاعتقاد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1403 هـ.

- 24- أبو حامد الغزالي، المستصفى من علوم أصول الفقه، الجزء الأول، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1322 هـ .
- 25- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، الجزء 01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1993.
- 26- أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار بالقاهرة، مصر، 1936،
- 27- أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة 04، 1995.
- 28- أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 29- أحمد بن محمد بن أبي الربيع، سلوك الممالك في تدبير الممالك، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، الطبعة 01، (دون تاريخ نشر).
- 30- أحمد تقي الدين ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، مصر، (دون تاريخ نشر).
- 31- أحمد تقي الدين ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، (دون تاريخ نشر)، 1995.
- 32- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 1999.
- 33- أحمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، (دون تاريخ نشر)، 1890.
- 34- البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، الجزء 03، دار الفكر، بيروت لبنان، الطبعة 01، 1997.
- 35- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وتخريج زكريا عميرات، الجزء 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1995.
- 36- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).

- 37- الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، الجزء 03، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة 01، 2003.
- 38- الزركشي، المنثور في القواعد، الجزء 03، تحقيق: تيسير فائق أحمد، طبع مؤسسة الخليج، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، 1402 هـ.
- 39- السرخسي، المبسوط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1989.
- 40- السنن الكبرى للنسائي، الجزء السادس، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2001.
- 41- السيوطي، الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، تحقيق خالد أبو سليمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1996.
- 42- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، الجزء 01 و 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 2003.
- 43- الشافعي، أحكام القرآن، تحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1395 هـ.
- 44- الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء 05، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، الجزء 05، دار الحديث، (دون بلد أو تاريخ نشر).
- 45- الشيرازي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق السيد الباز العريني، دار التراث العربي، (دون تاريخ نشر).
- 46- الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء 03، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، الطبعة 04، 1960.
- 47- الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 2005.
- 48- الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية، تونس، (دون تاريخ نشر).
- 49- الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام، القاهرة، مصر، الطبعة 05، 2012.
- 50- عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، (دون تاريخ نشر).

- 51- العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، الجزء 02، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994.
- 52- العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 53- الفخر الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق: طه جار العلواني، الجزء الثاني، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود، الطبعة الأولى، 1980.
- 54- القرافي، الفروق، دار المعرفة، الجزء الرابع، بيروت، (دون تاريخ نشر).
- 55- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1965.
- 56- القلقشندي، صبح الأعشى، تحقيق يوسف علي، الجزء 04، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 01، (دون تاريخ نشر).
- 57- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1986.
- 58- الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة. (دون تاريخ نشر).
- 59- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1994.
- 60- الموسوعة الفقهية الكويتية، إعداد وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، الطبعة 02، 1407 هـ.
- 61- أمير عبد العزيز، أصول الفقه الإسلامي، دار السلام، مصر، الطبعة الأولى، 1997.
- 62- جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، دار الفكر، دمشق، الطبعة 01، 2001.
- 63- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.

- 64- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبى، القاهرة، مصر، 1981.
- 65- حمد بن حمدي الصاعدي، الحكم الوضعي ومدى انطباقه على علم أصول الفقه، دار العلوم والحكم، سوريا، 2004.
- 66- حورية يونس الخطيب، الإسلام ومفهوم الحرية، دار الملتقى للنشر، قبرص، الطبعة 01، 1993.
- 67- رمضان عبد الودود عبد التواب، التعليل بالمصلحة عند الأصوليين، دار الهدى، القاهرة، مصر، 1986.
- 68- رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الطبعة 02، (دون دار نشر)، 1403 هـ.
- 69- زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، مع حاشية الرملي، الجزء 02، مطبعة الميمنية، مصر، 1313 هـ.
- 70- زكريا البري، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.
- 71- زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1968.
- 72- زهر الدين عبد الرحمن هاشم، مقاصد البيوع وطرق إثباتها في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة 01، 2011.
- 73- سعيد حوى، الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة 02، 1979.
- 74- سنن الترمذي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005.
- 75- سنن الدارقطني، دار ابن حزم، لبنان، الطبعة الأولى، 2011.
- 76- شرف الدين النووي، شرح صحيح مسلم، دار الريات للتراث، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 1987.
- 77- شرف الدين النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (دون تاريخ نشر)، الجزء 09.
- 78- شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، 1967.
- 79- صحيح مسلم، تحقيق نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، دار طيبة، 2006.

- 80- عبد الحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1983.
- 81- عبد الحميد متولي، مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الأولى، 1966.
- 82- عبد الحي الكتاني، نظام الحكومة النبوية المسمى "التراتب الإداري"؛ الجزء 01، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 83- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1998.
- 84- عبد السلام الرفعي، فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، دار إفريقيا الشرق، المغرب، 2004.
- 85- عبد الفتاح الصيفي، الحسبة في الإسلام نظاماً وفقها وتطبيقاً، دراسة عصرية مقارنة، الضبطية الإدارية والقضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- 86- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 06، 1987.
- 87- عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة، - دراسة تأصيلية مقارنة-، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة 01، 2009.
- 88- عبد النور بزا، مصالح الإنسان -مقاربة مقاصدية- المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة 01، 2008.
- 89- عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على مسائل الخلاف، مطبعة الإرادة، تونس، (دون تاريخ نشر).
- 90- عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، الجزء 02، الناشر المكتبة التجارية، مكة المكرمة، (دون تاريخ نشر).
- 91- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، (دون دار نشر)، القاهرة، 1952.

- 92- عز الدين بن زغبية، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة 01، 2010.
- 93- علال الفاسي، مقاصد الشريعة ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 05، 1993.
- 94- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 1996.
- 95- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، الجزء 02، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1980، ص 453.
- 96- علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997.
- 97- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الجزء 01، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1991.
- 98- علي محي الدين القره داغي، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، 2009 .
- 99- عمر بن محمد بن عمر السمانى، نصاب الاحتساب، تحقيق مريزن سعيد، دار مكتبة الطالب الجامعي، مكة المكرمة، (دون تاريخ نشر).
- 100- عوض محمد عوض، طبيعة الحسبة وشروط المحتسب، المعهد العالي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، 1990.
- 101- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة 03، 1997.
- 102- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1994.
- 103- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 2008.
- 104- فوزي خليل، المصلحة العامة من منظور إسلامي ويليه تطبيقات المصلحة العامة في عصر الخلفاء الراشدين، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة 01، 2003.

- 105- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون عن ابن القاسم، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1991.
- 106- محمد ابن ادريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1393هـ.
- 107- محمد ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، (دون تاريخ نشر).
- 108- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996.
- 109- محمد أبو زهرة، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 110- محمد الحسن مصطفى البغا، درء المفسدة في الشريعة الإسلامية، دار العلوم الإنسانية، دمشق، سوريا، الطبعة 01، 1998.
- 111- محمد الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء 05، (دون تاريخ نشر).
- 112- محمد المبارك، الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية، دار الفكر دمشق، سوريا، 1995.
- 113- محمد أنور حامد علي، المنافسة والاحتكار في ظل الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- 114- محمد بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990.
- 115- محمد بن حسن البناني، حاشية البناني بهامش شرح الزرقاني، الجزء 05، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 116- محمد بن محمد البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، لبنان، (بدون سنة النشر).
- 117- محمد جمال باروت، واحمد الريسوني، الاجتهاد بين النص والواقع، دار الفكر، بيروت، الطبعة 02، 2002.
- 118- محمد جنيد الديرشوي، الحرية الاقتصادية ومدى سلطان الدولة في تقييدها في الشريعة الإسلامية، دار النوادر، دمشق، سوريا، الطبعة 01، 2010.

- 119- محمد سعيد رمضان البوطي، حرية الإنسان في ظل عبوديته لله تعالى، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 01، 1992.
- 120- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 04، 2005 .
- 121- محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المال، الملكية، العقد، دار النفائس، الطبعة الثانية، 2010.
- 122- محمد علوشيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، شركة دار الأمة، برج الكيفان، الجزائر، الطبعة 01، 1997.
- 123- محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1974.
- 124- محمد عمارة، معركة الإسلام وأصول الحكم، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1989 .
- 125- محمد فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1981.
- 126- محمد كمال إمام، أصول الحسبة في الإسلام، دراسة تأصيلية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- 127- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1986.
- 128- محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، الجزء 13، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1997.
- 129- محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1997.
- 130- محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، الجزء الأول، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، 1991.
- 131- مسند الإمام زيد، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 132- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 09، 1968.

- 133- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار القلم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 2004.
- 134- مصطفى سعيد الخن، أثر الإختلاف في القواعد الأصولية في إختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1982.
- 135- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، تحقيق محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم، الجزء الثاني، دار الأرقم، لبنان، بيروت، (دون تاريخ نشر).
- 136- منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، الجزء 03، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).
- 137- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء 07، دار الفكر، بيروت لبنان، 1982.
- 138- منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاتها، المكتبة العصرية للطباعة، القاهرة، 1983.
- 139- نجم الدين الطوفي، شرح مختصر الروضة، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، الطبعة 01، 1408 هـ.
- 140- نزيه حماد، عقد السلم في الشريعة الإسلامية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، الطبعة 01، 1993.
- 141- نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 2001.
- 142- نعمان جعيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، دار النفائس الأردن، الطبعة 01، 2002.
- 143- نور الدين مختار الخادمي، المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، دار ابن حزم، الطبعة 01، 2010.
- 144- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ، دمشق، دار الفكر، بيروت، لبنان، (الطبعة 01، (دون تاريخ نشر).
- 145- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، دار الفكر، دمشق، الطبعة 02، 1985.

- 146- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1982.
- 147- يحي سعيدي، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكفالة، باب الزوار، الجزائر، الطبعة 01، 2012.
- 148- يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1421هـ .
- 149- يوسف القرضاوي، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة القاهرة، الطبعة 01، 1991.
- 150- يوسف القرضاوي، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي، طبعة مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 1995.
- 151- يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة (دون تاريخ نشر).
- 152- يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة الإسلامية، (دون دار نشر)، الطبعة 02، 1992.

ثالثا: المراجع المقارنة بين الشريعة والقانون

- 153- أسامة السيد عبد السميع، الحسبة في الإسلام ودورها في حماية المستهلك، دراسة فقهية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
- 154- بلقيس عبد الرحمن فتوة، الاحتكار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، طبع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010.
- 155- حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعات الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1989.
- 156- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 01، 1986.
- 157- حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات

- القانونية، الطبعة الأولى، 1999.
- 158- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 159- حمود حنبلي، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 160- داود الباز، حماية السكنية العامة معالجة لمشكلة العصر في فرنسا ومصر، دراسة تأصيلية مقارنة في القانون الإداري البيئي والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 2004.
- 161- شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، 1987.
- 162- صالح حميد العلي، باسم محمد الحافي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق-بيروت، الطبعة 01، 2008.
- 163- الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، منشورات البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، المملكة العربية السعودية، (دون تاريخ نشر).
- 164- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار التراث، 2002.
- 165- عبد الله الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، المكتبة العصرية، الطبعة 01، 2009.
- 166- عبد المنعم فرج الصدة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية، الجزء الأول- نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية-، جامعة دول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، فقرة 77.
- 167- علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثالثة، 2008.
- 168- عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.

- 169- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1984.
- 170- محمد ابن معجوز، السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 2005.
- 171- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 172- محمد عبده إمام، الحق في سلامة الغذاء من التلوث، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 173- محمد علي عكاز، القيود الشرعية الواردة على حرية التجارة وأثرها في التنمية الاقتصادية، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.
- 174- محمد علي محجوب، النظريات العامة للمعاملات في التشريع الإسلامي والقانون المصري، مطابع الأوفست الجديدة، (دون تاريخ نشر).
- 175- محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 176- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقہ الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، 2001.
- 177- منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية، دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة-، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة 01، 2003.
- 178- مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون- نحو توظيف أصول الفقہ الإسلامي في بناء أصول القانون-، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.

رابعاً: المراجع القانونية العامة

- 179- أبو إلياس جوزف، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، دار بيروت للنشر، لبنان، 1983.

- 180- أحمد زوكاغي، تنازع القوانين، أحكام القانون الخاص الدولي في القانون المغربي، دار تيفال للنشر، الدار البيضاء، (بدون تاريخ نشر).
- 181- أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 182- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 183- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول- التصرف القانوني-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 184- بلعبور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 185- بن شنيطي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني- نظرية الحق-، (دون دار نشر)، الطبعة 02، 2009.
- 186- بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة 01، 2005.
- 187- تشوار جيلالي، شرح قانون الأسرة الجزائري، محاضرات غير منشورة أقيمت على طلبة كلية الحقوق بجامعة تلمسان للسنة الجامعية 2011/2010 .
- 188- حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة 02، 1972.
- 189- حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 190- حسن كيرة، أصول القانون، دار المعارف، مصر، الطبعة 02، 1959.
- 191- حسن كيرة، المدخل إلى القانون،-النظرية العامة للحق-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973.
- 192- حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943.
- 193- حمدي عبد الرحمان، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، القاهرة، 1981.

- 194- حمدي عبد الرحمن، سهير منتصر، نظرية الالتزام، الطبعة 01، (دون دار ولا تاريخ نشر).
- 195- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 196- زكريا إبراهيم، مشكلات فلسفية-مشكلة الحرية-، دار مصر للطباعة، القاهرة، الطبعة 01، 1972.
- 197- زهدي يكنّ، القانون الإداري، منشورات المكتبة العصرية صيدا، بيروت، (دون تاريخ نشر).
- 198- سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر،-تحديات وتحولات-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 199- سليمان مرقص، مدخل العلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة 02، 1952.
- 200- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، 1993.
- 201- السنهوري وحشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون أو أصول القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1953.
- 202- شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، طرفا الالتزام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مصر، (بدون تاريخ نشر).
- 203- صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1385 هـ.
- 204- عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية القانون، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، مصر، الطبعة 05، 1966.
- 205- عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها و ضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1975.
- 206- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 207- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

- 208- عبد القادر الفار، آثار الحق في القانون المدني الأردني، -أحكام الالتزام-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة 02، 1995.
- 209- عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977.
- 210- عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة 01، 2008.
- 211- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 08، 1977.
- 212- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 213- علي سيد حسن، مدخل إلى علم القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983.
- 214- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 05، 2003.
- 215- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008.
- 216- علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 217- علي فيلالي، مقدمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2005.
- 218- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، طبعة 1992.
- 219- محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، (دون دار نشر)، الطبعة الأولى، 1961.
- 220- محمد العيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، (دون دار نشر)، 2005.

- 221- محمد الفقي، دروس في القانون التجاري الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 222- محمد جلال السعيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، الرباط، المغرب، 1993.
- 223- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- 224- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 225- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 1993.
- 226- مصطفى محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، دار الطالب، الإسكندرية، طبعة 1955.
- 227- أبو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة 05، 1998.
- 228- مصطفى العوجي، القانون المدني- العقد مقدمة في الموجبات المدنية-، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 05، 2011.
- 229- مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1987.
- 230- نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 231- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 232- نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مطابع سجل العرب، 1978.
- 233- نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحرية الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 234- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.

235- هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 01، 1969.

236- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009 .

237- يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2012.

خامسا: المراجع القانونية المتخصصة

238- أبو جعفر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

239- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

240- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

241- بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 01، 2005.

242- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

243- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006.

244- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.

245- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997.

- 246- رمضان حافظ عبد الرحمان، نظرية الغرر في البيوع، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، الطبعة 01، 2005.
- 247- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
- 248- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
- 249- صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964.
- 250- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1971.
- 251- عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، دراسة مقارنة، بدون ذكر دار النشر، 2005.
- 252- عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة 01، 2004.
- 253- علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
- 254- علي فتاك، تأثير المنافسة على الإلتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
- 255- كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2010.
- 256- لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 257- محمد بدران، مضمون النظام العام في مجال الضبط الإداري، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 258- محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

259- ميرفت عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

260- وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي، دار بلقيس للنشر، الجزائر، (دون تاريخ نشر).

سادسا: الأطروحات ومذكرات الماجستير ودبلوم الدراسات العليا

أ- الأطروحات

261- أحمد عبد التواب بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1992.

262- أحمد ياسين عبد الرحمن القراله، النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1996.

263- إسلام هاشم عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2011.

264- بن شنياتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.

265- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012.

266- تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011.

267- جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي- وزو، 2012 .

268- رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2007.

- 269- رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.
- 270- رضوان السيد راشد، الإيجار على التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.
- 271- عال مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001.
- 272- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1975.
- 273- عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للأداب في القانون المدني، رسالة دكتوراه، المطبعة العالمية، القاهرة، 1958.
- 274- عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.
- 275- عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، بدون سنة.
- 276- عبد الهادي نجار، دور القاضي في تعديل العقد- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، 2010.
- 277- عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1978.
- 278- عليان بوزيان، أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2007.
- 279- عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2008.
- 280- لينا حسن نكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2004.

- 281- مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في العقد، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 2005.
- 282- محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيما علي الحريات العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1961.
- 283- هشام عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، (دون تاريخ).
- ب- مذكرات الماجستير ودبلوم الدراسات العليا
- 284- أرزقي زوبير، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي-وزو، 2011.
- 285- إدريس محمد عثمان، الحسبة في النظام الإسلامي، أصولها الشرعية وتطبيقاتها العملية، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2000.
- 286- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002.
- 287- خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.
- 288- خمائية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 289- ديب نذيرة، استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 290- راضية العطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011.
- 291- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
- 292- عبد الله بن سليمان الميمني، التنظيم القانوني للمسؤولية عن أضرار المنتجات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 2000.

- 293- عياد كرافة أبو بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.
- 294- محمد حسين مصطفى بشايرة، الدور الاقتصادي لنظام الحسبة في الإسلام مقارنة بأجهزة الرقابة المعاصرة في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2002.
- 295- محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، دبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 1983.
- 296- معروف عريبي محمد، نظرية محل العقد بين الشريعة والقانون، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1974.
- 297- مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
- 298- ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03 ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي-وزو، 2004.
- 299- وردة مراح، الحسبة ودورها في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004.
- 300- وفيق علي المقابلة، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1994.
- 301- ولد عمر الطيب، ضمان عيوب المنتج، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، 2006.

سابعا: المقالات

- 302- أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، تلمسان، العدد 04، 2007.
- 303- آيت منصور كمال، مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري: إشكالية التوفيق بين المصالح، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في

- التشريع الجزائري، المنظم من طرف كلية الحقوق، جامعة عنابة، يومي 03-04 أبريل 2013.
- 304-** جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 20، العدد 03 و 04، 1996.
- 305-** الحسيني جاد، التسعير في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد 22، 1415هـ.
- 306-** دفاص عدنان، قانون المنافسة بين النظام التنافسي والأمن القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015.
- 307-** ديدن بوعزة، الإيجارات التجارية بين النظام والتعاقد، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04، 2007.
- 308-** رفيق يونس المصري، البيع بالتقسيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 06، الجزء 01، 1990.
- 309-** زروتي الطيب، تنازع القوانين في الوصية، م.ج.ع.ق، إق.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 03، 1994.
- 310-** سعيد بن ناصر الغامدي، مؤسسات المجتمع ونظام الحسبة في الإسلام، مجلة الحسبة، جامعة الملك سعود، العدد 113.
- 311-** شارف بن يحي، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة شلف، عدد 04، 2010.
- 312-** شهر زاد بوسطلة، دور الحسبة في الوقاية من الفساد ومنعه، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 05، سبتمبر 2009.
- 313-** شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، أحكام خيار المجلس -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المجلة العلمية، كلية الشريعة والقانون بطنطا، مصر، الجزء الأول، العدد 10، 1999.

- 314- الشيخ عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثامنة عشر، العدد الثاني، 1948.
- 315- صالح صالح، مكانة مؤسسة الحسبة في الاقتصاد الإسلامي ودورها في القضاء على الفساد الاقتصادي، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، 2005.
- 316- عابد فايد عبد الفتاح، العدالة في القانون المدني -دراسة مقارنة-، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ديسمبر 2012.
- 317- عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1936.
- 318- عبد الله مبروك النجار، الحسبة ودور الفرد فيها في ظل التطبيقات القانونية لها، بحث بمجلة الأزهر، 1415هـ.
- 319- عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، جامعة بغداد، العدد 13، السنة التاسعة، 1981.
- 320- علي الخفيف، الغبن في العقود، مجلة البحوث والدراسات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، العدد 10، 1979-1980.
- 321- لياس بروك، نظام الأسعار في الجزائر، الملتقى الوطني حول القانون الاقتصادي، جامعة ابن خلدون تيارت، 2008.
- 322- محسن ناجي، أثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد، بحث منشور في مجلة القضاء، السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول، بغداد، 1969.
- 323- محمد أحمد الزرقا، حرية التجارة في التشريع الإسلامي والقانون التجاري، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد 06، 1991.
- 324- محمد سلام مذكور، الاحتكار وموقف التشريع الإسلامي منه، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 23، سنة 1993.
- 325- محمد فاروق النبهان، الحسبة بين الأمس واليوم، مجلة الفيصل، العدد 63، الرياض، يوليو 1982.

- 326- محمد مصطفى حسن، المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة والعشرون، العدد الأول يونيو 1983.
- 327- محمود جمال الدين زكي، إتفاقات المسؤولية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والإقتصاد، السنة 30، العدد 03. مارس 1960،
- 328- الهادي السعيد عرفة، الضوابط الشرعية للمنافسة التجارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، عدد 29. أبريل 2001.
- 329- وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد، مجلة الاقتصاد، العدد 01. السنة الخامسة عشر.

ثامنا: النصوص التشريعية والتنظيمية

أ- القوانين

- 330- القانون رقم 05/85 المؤرخ 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.
- 331- القانون رقم 29/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر عدد 29، 1988.
- 332- قانون 12/89 المتعلق بالأسعار المؤرخ في 05/07/1989 ج.ر عدد 29، 1989.
- 333- القانون 11/90 المؤرخ في 12/04/1990 المتعلق بعلاقات العامل، ج.ر عدد 17، 1990.
- 334- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 14/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.
- 335- القانون رقم 25/90 الصادر في 18/12/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، ج.ر عدد 49، 1990.
- 336- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر عدد 41، سنة 2004. المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر عدد 46 المؤرخة في 18/08/2010.

- 337- القانون رقم 02/05 المؤرخ في 26/05/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 59/75 المتضمن القانون التجاري، ج. ر عدد 11 ، 2005.
- 338- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني.
- 339- القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.
- 340- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15، 2009.

ب- الأوامر

- 341- الأمر رقم 37/74 المؤرخ في 29/04/1974 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار، ج.ر عدد 38، الملغى.
- 342- الأمر رقم 37/75 الصادر بتاريخ 29 أبريل 1975، المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار الملغى.
- 343- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78، 1975، المعدل والمتمم.
- 344- الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق ل 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالمنافسة الملغى.
- 345- الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، 2003. المعدل والمتمم بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ 15 غشت سنة 2010 والمتعلق بالمنافسة.
- 346- الأمر رقم 01/07 المؤرخ في 01/03/2007، المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر عدد 16، 2007.

ج - المراسيم

- 347- المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج.ر، عدد 40، 1990.

- 348- المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المؤرخ في 10/11/1990 المتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، ج.ر، عدد 50، 1990.
- 349- المرسوم التنفيذي رقم 91/37 المؤرخ في 13/02/1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج.ر عدد 12، 1991.
- 350- المرسوم التنفيذي رقم 91/152 المؤرخ في 18 ماي 1991 تصنيف المنتجات والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة، ج.ر عدد 25، 1991.
- 351- المرسوم التنفيذي رقم 91/399 المؤرخ في 27 أكتوبر 1991 المتعلق بكيفيات تخصيص إعانات الصندوق التعويضي للأسعار، ج.ر عدد 53، 1991.
- 352- المرسوم التنفيذي رقم 92-25 المؤرخ في 13/01/1992 المتعلق بشروط استعمال المواد المضافة إلى المنتجات الغذائية وكيفيات ذلك، ج.ر، عدد 05، 1992.
- 353- المرسوم التنفيذي رقم 92-41 المؤرخ في 04/02/1992، المحدد لشروط إنتاج مواد التجميل والتنظيف البدني وتكييفها وتسويقها في السوق الوطنية وكيفيات ذلك، ج.ر، عدد 09، 1992.
- 354- المرسوم التشريعي رقم 93/09 المؤرخ في المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بموجب القانون رقم 11/04 المؤرخ في 17/02/2011 المتعلق بالترقية العقارية، ج.ر عدد 14، 2011.
- 355- المرسوم التنفيذي رقم 94/207 المؤرخ في 16 جويلية 1994 المحدد لصلاحيات وزير التجارة. ج.ر عدد 47، 1994.
- 356- المرسوم التنفيذي رقم 96/31 المؤرخ في 15 يناير 1996 والمتضمن كيفيات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الإستراتيجية، ج.ر عدد 04، 1996.
- 357- المرسوم التنفيذي رقم 96/32 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتضمن تحديد حد الربح عند إنتاج بعض المنتجات الإستراتيجية وفي مختلف مراحل توزيعها، ج.ر عدد 04، 1996.
- 358- المرسوم التنفيذي رقم 96/33 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتضمن تحديد سعر البيع عند دخول النفط الخام المصفاة وعند الخروج منها وحدود ربح توزيع المنتجات المكررة المخصصة للسوق الوطنية بالجملة، ج.ر عدد 04، 1996.

- 359-** المرسوم التنفيذي رقم 34/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتضمن تحديد أسعار المنتجات البترولية وحد ربح تكرير البترول الخام، ج.ر عدد 04، 1996.
- 360-** المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 ويتضمن تحسين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن التي تملكها الدولة والجماعات والمؤسسات والهيئات التابعة لها، ج.ر عدد 04، 1996.
- 361-** المرسوم التنفيذي رقم 36/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع، ج.ر عدد 04، 1996.
- 362-** المرسوم التنفيذي رقم 37/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر الموضب عند إنتاجه وفي مختلف مراحل التوزيع، ج.ر عدد 04، 1996.
- 363-** المرسوم التنفيذي رقم 38/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن تعريفه نقل المسافرين والبضائع الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج.ر عدد 04، 1996.
- 364-** المرسوم التنفيذي رقم 39/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن تعريفه نقل الركاب برا (خدمة الركاب)، ج.ر عدد 04، 1996.
- 365-** المرسوم التنفيذي رقم 40/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتعلق بتعريفات نقل الركاب في سيارات الأجرة طاكسي، ج.ر عدد 04، 1996.
- 366-** المرسوم التنفيذي رقم 41/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتعلق بحدود الربح القصوى عند الإنتاج والتوزيع التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري، ج.ر عدد 04، 1996.
- 367-** المرسوم التنفيذي رقم 42/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يحدد التعريفه الأساسية لماء الشرب والصناعة والتطهير، ج.ر عدد 04، 1996.
- 368-** المرسوم التنفيذي رقم 43/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يحدد تعريفه الماء الذي يستعمل في الفلاحة، ج.ر عدد 04، 1996.
- 369-** المرسوم التنفيذي رقم 46/2000 المؤرخ في 01 مارس 2000 الذي يعرف المؤسسات الفندقية ويحدد تنظيمها وسيرها وكذا كفاءات استغلالها، ج.ر، عدد 10، 2000.

370- المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 والمحدد للمقاييس التي تبين ان العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك معايير الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة، ج.ر، عدد 61، 2000.

371- المرسوم التنفيذي رقم 448/02 المؤرخ في 13 شوال عام 1423 الموافق ل 17 ديسمبر سنة 2002 يتعلق بالتعريفات القصوى لنقل الركاب في سيارات الأجرة، ج.ر، عدد 85، 2002.

372- المرسوم التنفيذي رقم 175-05 المؤرخ في 12 مايو 2005، الذي يحدد كفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق. ج.ر عدد 35، 2005.

373- المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المؤرخ في 22 /06/ 2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج. ر عدد 43، 2005.

374- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر عدد 56، 2006. المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 2008/02/03، ج.ر عدد 07، 2008.

375- المرسوم التنفيذي رقم 241/11 المؤرخ في 10/07/2011، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر عدد 39، 2011.

376- المرسوم التنفيذي رقم 204/12 المؤرخ في 06/05/2012، الذي يحدد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقررين، ج.ر، عدد 29، 2012.

د- القرارات الوزارية والبيانات

377- القرار المؤرخ في 29 أكتوبر 1990 المحدد للأسعار القصوى للمشروبات التي تستهلك في عين المكان والمقدمة في المؤسسات غير المصنفة. ج.ر، عدد 54، 1990.

378- القرار المؤرخ في 10/05/1994 المتضمن كفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج. ر، عدد 35، سنة 1990.

379- بيان مجلس الوزراء المنعقد يوم الثلاثاء 2010/05/11 لمناقشة مشروع قانون

المنافسة والقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. منشور على الموقع الإلكتروني

www.elmouradia.dz/arabe/president/activites/presidentacti.htm

II- المراجع باللغة الفرنسية

A- Ouvrages généraux

- 1- BARTIN et ETIENNE Adolphe, Principe de droit international privé selon la loi et la jurisprudence, Paris, 1930.
- 2- BERLIOZ (G.), Le contrat d'adhésion, 2ème éd., Thémis, Paris, 1973
- 3- BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, LGDJ, Liban, 2^{ème} éd, 1999.
- 4- BOIS Juzan, De la cause en droit français, Delmas, 1939
- 5- CAPITANT (H.), Introduction à l'étude du droit civil, notions générales, Vol 01, A.Pedone, Paris, 1898.
- 6- CAPITANT (H.), De la cause des obligations, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1927.
- 7- CALAIS-AULOY J. et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, 4^e édition, ., Dalloz , 1996.
- 8- COLIN Frédéric, Droit public économique, Gualino Editeur, Paris, 2005.
- 9- De LA MONRANDIERE Julliot, Cours de droit, Paris, 1932-1933.
- 10- DELMAS-MARTY Mireille, Droit pénal des affaires -1- les infractions – Thémis, Paris, 1981.
- 11- DEMONGUE R., Les Notion fondamentales de droit privé, Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations, A,Rousseau, Paris, Vol.01, 1911.
- 12- DE PAGE H., Traité élémentaire de droit civil belge, Principes, doctrine, jurisprudence, éd.. Bruylant, 1964.
- 13- DUGUIT L ., L'Etat, le droit objectif et la loi positive, A.Fontemoing, Paris, 1901.
- 14- FLOUR J. et. AUBERT J-L, Les obligations, l'acte juridique, 6^{ème} édition, Armand Colin, 1994.
- 15- FRISON-ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, , 2^{ème} édition, Broché, 2010.
- 16- GHESTIN (J.), conformité et garanties dans la vente, LGDJ, Paris, 1983.
- 17- GHESTIN (J.), L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, Paris 1982.
- 18- GHESTIN (J.), Traité de droit civil, le contrat, LGDJ, Paris, 1980.

- 19- GUYON Yves, Droit des affaires.1, droit commercial général et société, ECONOMICA, Paris, collection droit des affaires et de l'entreprise, série enseignement, 12^{ème} édition , 2003.
- 20- HEMARD (J)., Précis élémentaire de droit civil, 2^{ème} édition, Reliure inconnue, 1936.
- 21- HUBERCHT (H.G)., Droit public économique, Dalloz, 1997.
- 22- ISSAD Mohand, Droit international privé, Tome I, les règles de conflits, O.P.U, 1986.
- 23- KARIMI (A)., Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, LGDJ,2000.
- 24- LOUSSOUARN Yvon, Pierre BOUREL, Droit international prive, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1993.
- 25- MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2003.
- 26- MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit interne de la concurrence, ARMAND COLIN, Paris, 1996.
- 27- MALINVAUD (PH), la loi du 19 mai 1998 relative a la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de construction, Dalloz, 1999.
- 28- PEDAMON Michel, Droit commercial, commerçant et fond de commerce, concurrence et contrat du commerce, DALLOZ, Paris, précis, 2^{ème} édition, 2000.
- 29- RIPERT (G)., La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 1949.
- 30- VINEY(G) , l'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, D, 1998.
- 31- WILFRID Jean Didier, Droit pénal des affaires, 2^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 1992.

B- Ouvrages spéciaux

- 32- CARBONNIER Jean, Exordre, in l'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, Paris, 1996.
- 33- MALAURIE Ph., L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil compare France, Angleterre, U.R.S.S).thèse, Paris,1953.
- 34- MASSON, la notion de l'ordre public, thèse, Paris, 1899
- 35- MEKKI Mustapha, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude le hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Paris, 2004.

C- Articles, chroniques et interventions

- 36- ALGLAVE, Définition de L'ordre public en matière civile, R.P.D.A.,1968.
- 37- BENNADJI Cherif, Le droit de la concurrence en Algérie, In L'Algérie en mutation, sous la direction de CHARVIN Robert et GUESMI Ammar, Edition l'Harmatan, S.L.E, 2001.
- 38- BOULOC (B.) , Observations sous Cass. Civ .1^{er} ,11 janvier1989, RTD Com .1989.
- 39- CHEVALLIER Jacques, Etat et ordre concurrentiel, in L'ordre concurrentiel, mélanges en l'honneur d'Antoine PIRAVANO, Edition Frison-Roche, 2003.
- 40- CULOT-AULOY (J), La responsabilité du fait des produits défectueux, J.C.P, I, 194, 2005.
- 41- GHESTIN (J), De la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi19 mai 1998. J.C.P., 1998, doc. I, 148.
- 42- GHESTIN (J),, L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, 1982, Chr.
- 43- JOSSERAND, Un ordre juridique nouveau, D.H, 1937, chr .. –L
- 44- LOUSSOUARN (Y.), Observations sous Cass. civ. Re, 28 Nov 1973, R.T.D.Civ, 1975.
- 45- MALINVAUD (PH), La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de construction, D. 1999.
- 46- PILON, Rapport du conseiller sous Cass. req.,21 avril 1931 , S.,1931,1,p.377 .
- 47- REVEL (J), la coexistence du droit commun et de la loi relative a la responsabilité du fait des produits défectueux, R.T.D.Com., 1999.
- 48- VINEY (G.), L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985.D. 1998.
- 49- ZENNAKI (D),,Vice caché et défaut de conformité, in séminaire international sur la "consommation et concurrence en droit algérien", organisé par la Faculté de Droit, Université de Tlemcen , les 14-15 avr. 2001.
- 50- ZOUAIMIA Rachid, Le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien, Revue Idara, 2008, n° 2.
- 51- ZOUAIMIA Rachid, Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien, Revue du Conseil d'Etat, 2005,n° 07.

الفهرس

01.....	مقدمة.....
	الباب الأول: اتجاه فكرة النظام العام التقليدي نحو تحقيق العدالة التبادلية في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
15.....	الفصل الأول: علاقة فكرة النظام العام بحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقہ الإسلامي...
16.....	المبحث الأول: تأصيل فكرة النظام العام في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي.....
17.....	المطلب الأول: مفهوم النظام العام في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي.....
18.....	الفرع الأول: تطور النظام العام وتحديد مدلوله في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي.....
19.....	أولاً: تطور النظام العام وتحديد مدلوله في القانون الجزائري.....
19.....	I- تطور فكرة النظام العام.....
20.....	أ- فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي.....
23.....	ب- فكرة النظام العام في ظل المذهب الإجتماعي.....
25.....	II- تحديد مدلول النظام العام في القانون الجزائري.....
25.....	أ- محاولات الفقہ الفرنسي لتعريف النظام العام.....
29.....	ب- مدلول النظام العام في القانون الجزائري.....
29.....	1- موقف المشرع الجزائري من تعريف النظام العام.....
33.....	2- علاقة فكرة النظام العام بالآداب العامة في القانون الجزائري.....
35.....	ثانياً: مدلول النظام العام في الفقہ الإسلامي.....
36.....	I- مدى دلالة حق الله على النظام العام الشرعي.....
38.....	II- علاقة الأحكام الشرعية بفكرة النظام العام الشرعي.....
40.....	III- المصلحة وعلاقتها بفكرة النظام العام الشرعي.....
42.....	الفرع الثاني: معيار النظام العام في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي.....
43.....	أولاً: المصلحة العامة كمعيار للنظام العام في القانون الجزائري.....
43.....	I- المصلحة العليا للدولة.....
46.....	II - مصالح الفئات الخاصة.....
47.....	ثانياً: فكرة المصلحة المعتبرة كمعيار للنظام العام الشرعي.....
49.....	I - تحديد مفهوم المصلحة المعتبرة.....
53.....	II - مراتب المصلحة المعتبرة.....
53.....	أ- المصالح الضرورية.....
54.....	ب- المصالح الحاجية.....
55.....	ج- المصالح التحسينية.....

- III - ضوابط المصلحة المعتبرة.....57
- 57.....ثالثا: مقارنة بين حقيقة المصلحة كمعيار للنظام العام في المنظورين الشرعي والقانوني
- المطلب الثاني: مصادر النظام العام في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي59
- الفرع الأول: مصادر النظام العام في القانون الجزائري.....60
- أولا: النظام العام التشريعي.....61
- I - علاقة فكرة النظام العام بالنصوص القانونية عامة.....61
- II - علاقة قواعد النظام العام بالقواعد القانونية الآمرة61
- ثانيا: النظام العام القضائي.....64
- الفرع الثاني: مصادر النظام العام الشرعي.....68
- أولا: النظام العام الشرعي الثابت بالأدلة المتفق عليها.....69
- I-القرآن الكريم ودلالته على النظام العام الشرعي.....69
- II- دلالة السنة النبوية على النظام العام الشرعي.....71
- III- دلالة الإجماع على النظام العام الشرعي.....74
- IV- دلالة القياس على النظام العام الشرعي.....75
- ثانيا: النظام العام الشرعي الثابت بالأدلة المختلف فيها.....77
- I-المصالح المرسله ودلالاتها على النظام العام الشرعي.....77
- II- سد الذرائع ودلالته على النظام العام الشرعي.....79
- III- الاستحسان ودلالته على النظام العام الشرعي.....81
- IV-العرف ودلالته على النظام العام الشرعي.....82
- ثالثا: النظام العام الشرعي الثابت بالاستقراء من مقاصد الشريعة.....85
- I- المقاصد الأصلية.....86
- II-المقاصد التبعية87
- رابعا: مقارنة بين مصدرية النظام العام الشرعي والنظام العام الوضعي88
- المبحث الثاني: ماهية مبدأ حرية التعاقد في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي.....88
- المطلب الأول: تطور مبدأ حرية التعاقد في القانون الوضعي و الفقہ الإسلامي.....89
- الفرع الأول: تطور مبدأ حرية التعاقد في القانون الوضعي.....90
- أولا: تطور مبدأ حرية التعاقد في بعض القوانين القديمة.....90
- I - مبدأ حرية التعاقد في القانون الروماني.....91
- II - مبدأ حرية التعاقد في القانون الكنسي.....93

- 94..... ثانيا: دور الفقه الوضعي في تطوير مبدأ حرية التعاقد.....
- 95..... I- ظهور مبدأ حرية التعاقد في مدرسة القانون الطبيعي.....
- 96..... II- إطلاق مبدأ حرية التعاقد في ظل المذهب الفردي.....
- 99..... III - تقييد مبدأ حرية التعاقد في ظل المذهب الإجتماعي.....
- 101..... ثالثا: مبدأ حرية التعاقد في التشريع الجزائري.....
- 107..... الفرع الثاني: تطور مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي.....
- 107..... أولا: أسبقية الفقه الإسلامي في إقرار مبدأ حرية التعاقد.....
- 108..... ثانيا: مبدأ حرية التعاقد كأصل عام في الفقه الإسلامي.....
- 111..... المطلب الثاني: مفهوم حرية التعاقد في الفقهاء القانوني والإسلامي.....
- 111..... الفرع الأول: مفهوم الحرية بوجه عام في الشريعة والقانون.....
- 112..... أولا: المعنى اللغوي والفلسفي للحرية.....
- 112..... I- معنى الحرية لغة.....
- 112..... II - الحرية عند الفلاسفة.....
- 114..... ثانيا: مفهوم الحرية في الفقه القانوني الوضعي.....
- 116..... ثالثا: مفهوم الحرية في الفقه الإسلامي.....
- 119..... الفرع الثاني: حقيقة العقد في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.....
- 119..... أولا: تعريف العقد لغة.....
- 119..... ثانيا: تعريف العقد في القوانين الوضعية.....
- 119..... I- تعريف العقد في القوانين المقارنة.....
- 121..... II- تعريف العقد في القانون المدني الجزائري.....
- 121..... ثالثا: تعريف العقد في الفقه الإسلامي.....
- 122..... I- المعنى العام للعقد.....
- 123..... II- المعنى الخاص للعقد.....
- 127 رابعا: مقارنة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي و في القوانين الوضعية.....
- الفصل الثاني: فكرة النظام العام التقليدي كمصدر لحدود حرية التعاقد في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.....
- 128.....
- 129..... المبحث الأول: وظائف النظام العام في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.....
- 129..... المطلب الأول: وظائف النظام العام في القانون الجزائري.....
- 130..... الفرع الأول: تطور الدور الوظيفي لفكرة النظام العام في القانون الفرنسي.....
- 131..... أولا: فكرة النظام العام كأداة قانونية للتأسيس للفكر الليبرالي الحر.....

- 131.....ثانيا: فكرة النظام العام أداة قانونية لإعادة التوازن داخل المجتمع.
- 132.....ثالثا: فكرة النظام العام وسيلة لفرض مشروعية القاعدة القانونية وحمل الأفراد على احترامها.
- 133.....الفرع الثاني: فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي في فقه القانون الدولي الخاص.
- 137.....أولا: النظام العام الوقائي.
- 138.....ثانيا: النظام العام الاستبعادي.
- 145.....الفرع الثالث: فكرة النظام العام كحد على حرية التعاقد في القانون الداخلي.
- 146.....أولا: مبررات وأسباب تدخل فكرة النظام العام للحد من حرية التعاقد.
- 147.....أ- المبررات الاقتصادية والاجتماعية لتقييد فكرة النظام العام لحرية التعاقد.
- 150.....ب - المبررات القانونية لتقييد فكرة النظام العام لحرية التعاقد.
- 152.....المطلب الثاني: وظائف النظام العام الشرعي.
- 154.....الفرع الأول: حماية النظام العام الشرعي للمصلحة العامة والأسس الجوهرية في المجتمع.
- 158.....الفرع الثاني : الأسس التي يستند عليها النظام العام الشرعي في تقييده لحرية التعاقد.
- 159.....أولا: الأسس العامة التي يستند عليها النظام العام الشرعي في تقييد حرية التعاقد.
- 159.....I - مبدأ العدل كأساس لتقييد النظام العام الشرعي لحرية التعاقد.
- 161.....II - مبدأ التضامن الاجتماعي كأساس لتقييد النظام العام الشرعي لحرية التعاقد.
- 164.....ثانيا: الأسس والنظريات الخاصة بالعقود والمعاملات المالية.
- 164.....I - دور نظرية الخيارات العقدية في تقييد حرية التعاقد.
- 164.....أ- المقصود بالخيارات العقدية.
- 165.....ب- أهمية نظرية الخيارات في تقييد حرية التعاقد.
- 166.....1- خيار الرؤية.
- 167.....2- خيار العيب.
- 167.....3- خيار المجلس.
- 167.....II - دور نظرية جعلية الآثار في تقييد حرية التعاقد.
- 168.....أ- المقصود بجعلية الآثار.
- 169.....ب- إتجاهات الفقهاء حول فكرة الجعلية.
- 171.....الفرع الثالث: المقارنة بين وظائف النظام العام الشرعي والنظام العام التقليدي.
- المبحث الثاني: النظام العام التقليدي ضابط لمشروعية العقد في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي.
- 174.....المطلب الأول: النظام العام التقليدي ضابط لمشروعية محل الالتزام الناشئ عن العقد في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي.
- 175.....

- الفرع الأول: مشروعية محل الإلتزام الناشيء عن العقد في القانون الجزائري.....175
- أولاً: وجود المحل أو تحقق وجوده في المستقبل176
- I- رهن المال المستقبل.....179
- II- التعامل في تركة شخص على قيد الحياة مخالف للأداب179
- ثانياً: قابلية المحل للتعامل وعدم مخالفته للنظام العام.....179
- I- الأشياء غير القابلة للتعامل بطبيعتها180
- II - الأشياء الغير قابلة للتعامل بحكم القانون180
- الفرع الثاني: مشروعية محل الإلتزام الناشيء عن العقد- المعقود عليه- في الفقه الإسلامي.....182
- أولاً: أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد ومقتضاه شرعاً.....182
- I - اشتراط المالية في محل العقد.....182
- II- اشتراط الملكية في محل العقد.....183
- III- أن يكون محل العقد متقوم شرعاً.....184
- ثانياً: أن يكون المعقود عليه خالياً من كل غرر.....184
- I- تعريف الغرر وصوره185
- أ- الجهل بجنس المحل185
- ب- الجهالة بنوع المحل.....186
- ج - الجهل بصفة المحل186
- د- الجهل بمقدار المحل.....187
- هـ- التعاقد على المحل المعدم.....187
- II- ضابط الغرر المؤثر.....189
- أ- أن يكون الغرر كثيراً190
- ب- أن يكون الغرر في عقد من عقود المعاوضات المالية.....191
- ج- أن يكون الغرر في المعقود عليه أصالة.....193
- د- أن لا تدعو للعقد حاجة.....193
- 1- عقد الإجارة.....194
- 2- عقد السلم.....194
- 3- عقد الجعالة.....196
- ثالثاً: تقدير موقف المشرع الجزائري بصدد الغرر في العقود مقارنة بالفقه الإسلامي.....197
- المطلب الثاني: النظام العام التقليدي ضابط لمشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد في القانون الجزائري
- والفقه الإسلامي.....200

- الفرع الأول: النظام العام التقليدي ضابط لمشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد في القانون الجزائري. 201
- أولاً: مفهوم الباعث الدافع إلى التعاقد في القانون الجزائري..... 201
- I- السبب القسدي..... 203
- II- الباعث الدافع إلى التعاقد..... 205
- ثانياً: مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد في القانون الجزائري..... 206
- الفرع الثاني: النظام العام الشرعي ضابط لمشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد في الفقه الإسلامي.. 208
- أولاً: أصل النظر في المآل وأثره على مشروعية الباعث 209
- I - قاعدة سد الذرائع..... 211
- II- قاعدة الحيل..... 212
- ثانياً: منع النظام العام الشرعي للعقود التي يراد الوصول بها إلى الربا..... 214
- I - تحديد المقصود الربا وأثره في العقود..... 214
- II- تحريم البيوع الآجلة وبيع العينة منعا للربا -بيوع الذرائع الربوية- 217
- ثالثاً: مقارنة بين النظام العام التقليدي والشرعي في ضبطهما لمشروعية الباعث للتعاقد..... 220
- الباب الثاني: إتجاه فكرة النظام العام الاقتصادي نحو تحقيق العدالة التوزيعية في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي..... 224
- الفصل الأول: تقييد النظام العام الحمائي لحرية التعاقد تحقيقاً للتوازن العقدي في القانون الجزائري والفقه الإسلامي..... 225
- المبحث الأول: تقييد النظام العام الحمائي لحرية التعاقد حماية للطرف الضعيف في القانون الجزائري والفقه الإسلامي..... 226
- المطلب الأول: آليات تدخل النظام العام الحمائي لحماية الطرف الضعيف في القانون الجزائري.. 227
- الفرع الأول: فرض النظام العام الحمائي التشريعي لبعض الالتزامات حماية للطرف الضعيف..... 227
- أولاً: مبررات فرض الالتزام العام بالإعلام 229
- I- المبررات الواقعية أو المادية 229
- II- المبررات القانونية 231
- ثانياً: تحديد مفهوم الإلتزام العام بالإعلام وتدخل المشرع لفرضه..... 232
- I- تمييز الإلتزام بالإعلام عما يشابهه 232
- أ- التمييز بين الإلتزام بالتحذير و الإلتزام بالإعلام البسيط 232
- ب- التمييز بين الإلتزام بالتحذير و الإلتزام بالنصيحة 234
- II- فرض المشرع الجزائري للإلتزام بالإعلام..... 236
- أ- الوسم 236

- ب - دليل الإستعمال 238
- الفرع الثاني: دور النظام العام الحمائي القضائي في حماية الطرف الضعيف..... 239
- أولاً: سلطة القاضي في تعديل العقد حماية للطرف الضعيف طبقاً للقواعد العامة..... 240
- I - سلطة القاضي في رفع الغبن و الاستغلال..... 241
- II - سلطة القاضي في منح المدين المعسر أجلاً للوفاء - نظرية المبصرة-..... 243
- أ- حالات تدخل القاضي لمنح المدين المعسر أجلاً للوفاء..... 244
- 1- سلطة القاضي في منح أجل للوفاء في دعوى التنفيذ..... 244
- 2- سلطة القاضي في منح أجل للتنفيذ في دعوى الفسخ..... 245
- ب- شروط تدخل القاضي لمنح أجل للمدين المعسر..... 245
- III - سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول - نظرية الظروف الطارئة- 247
- أ- شروط تدخل القاضي لرد الالتزام لحده المعقول في نظرية الظروف الطارئة 247
- 1- أن يكون العقد متراخي التنفيذ..... 248
- 2- أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع..... 248
- 3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا 249
- ب- كيفية تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق للحد المعقول..... 249
- ثانياً: تطويع النظام العام الحمائي القضائي للقواعد العامة حماية للطرف الضعيف..... 250
- I- تيسير إبطال العقد من خلال التوسع في مفهوم عيوب الإرادة..... 250
- أ- التوسع في مفهوم عيب الغلط..... 251
- ب- التوسع في مفهوم عيب التدليس 252
- II- تطويع قواعد الإلتزام بضمان العيب الخفي 252
- أ- التوسع في تحديد أصحاب الحق في التمسك بدعوى ضمان العيب الخفي 253
- ب- التوسع في تحديد مفهوم عدم الصلاحية للاستعمال..... 253
- ج- إتجاه القضاء الفرنسي نحو جعل تخلف الصفة الموعود بها عيباً من عيوب المبيع..... 253
- د- تشبيهه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع 254
- هـ- تدخل القضاء لتحديد الأجل القصير المنصوص عليه في المادة 1648 من القانون المدني .. 254
- و- استجابة المشرع و إقراره للإلتزام بالسلامة..... 255
- III- التوسيع من نطاق تطبيق المسؤولية العقدية 255
- أ- حق المشتري الأخير في الرجوع مباشرة على المنتج بدعوى المسؤولية العقدية 256
- ب- امتداد نطاق المسؤولية العقدية إلى التعويض عن الضرر غير المتوقع 257
- ج- عدم جواز التمسك بشروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية لمخالفته للنظام العام..... 257

- IV- تدخل المشرع لإقرار نظام خاص لمسؤولية المنتج حماية للمستهلك 258
- أ- نظام مسؤولية المنتج في التشريع الفرنسي..... 258
- ب- نظام مسؤولية المنتج في التشريع الجزائري..... 259
- المطلب الثاني: آليات تدخل النظام العام الشرعي لحماية الطرف الضعيف 260
- الفرع الأول: منع النظام العام الشرعي لكل صور الغش والخداع حماية للطرف الضعيف..... 261
- أولاً: التعريف بالغش وأثره في العقود..... 261
- I- الغش في اللغة 261
- II - الغش في الاصطلاح..... 261
- III - أثر الغش في العقود..... 262
- ثانياً: بعض صور حماية النظام العام الشرعي من الغش والخداع في العقود..... 264
- I- الحماية من الغش في بيع النجش 264
- أ- تعريف النجش..... 264
- ب-الحكم الشرعي للنجش وأثره في العقود..... 265
- II - الحماية من الغش عن طريق الإعلان المضلل..... 267
- أ - الأدلة على مشروعية الإعلانات التجارية..... 267
- ب- الضوابط الشرعية للإعلانات التجارية..... 268
- 1- الأمر بالصدق في الإعلان التجاري..... 268
- 2- منع النظام العام الشرعي الإعلان عن المحرمات..... 269
- 3 - ألا يكون في الإعلان ما يثير الغرائز والشهوات..... 270
- 4- الأمر بالوفاء بالشروط والميزات العقدية المعلن عنها في الإعلان..... 270
- الفرع الثاني: معالجة النظام العام الشرعي لاختلال التوازن العقدي 271
- أولاً: معالجة اختلال التوازن من خلال الغبن 271
- I - تعريف الغبن 271
- أ- معنى الغبن في اللغة..... 271
- ب- تعريف الغبن اصطلاحاً..... 272
- II - أقسام الغبن وأثرها في العقود..... 272
- ثانياً: نظرية الميسرة..... 274
- I- مفهوم نظرية الميسرة..... 274
- II- ضوابط تطبيق نظرية الميسرة..... 276
- ثالثاً: نظرية الجوائح وصلتها بنظرية الظروف الطارئة..... 277

- I- تعريف الجائحة 277
- II- أثر الجوائح على العقد 279
- الفرع الثالث: المقارنة بين النظام العام الحمائي و النظام العام الشرعي في مجال حماية الطرف
الضعيف..... 280
- المبحث الثاني: معالجة النظام العام الحمائي للشروط التعسفية في القانون الجزائري والفقہ
الإسلامي..... 282
- المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي..... 283
- الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي في القانون الجزائري..... 284
- أولاً: تعريف الشرط التعسفي في القانون الجزائري 284
- I- تعريف الشرط..... 284
- أ- الشرط كوصف للإلتزام 284
- ب- الشرط كعنصر من عناصر الإلتزام..... 285
- ج- الشرط كبنء اتفاقى تعاقدى 285
- II- تعريف التعسف..... 285
- III- تحديد المقصود بالشرط التعسفي..... 286
- أ- التعريف الفقہى للشرط التعسفي..... 286
- ب- التعريف التشريعى للشرط التعسفي..... 288
- 1- تعريف الشرط التعسفي في التشريعات المقارنة 288
- 2- تعريف الشرط التعسفي في التشريع الجزائري..... 289
- ج- التعريف القضائى للشرط التعسفي..... 290
- ثانياً: معايير الشرط التعسفي في التشريع الجزائري..... 290
- ثالثاً: نطاق تطبيق الشرط التعسفي..... 293
- I- النطاق الشخصى لتطبيق الشرط التعسفي..... 293
- II - النطاق الموضوعى لتطبيق الشرط التعسفي..... 295
- الفرع الثانى: مفهوم الشرط التعسفي في الفقہ الإسلامي..... 296
- أولاً: تعريف الشرط التقييدى المقترن بالعقد 296
- I- تعريف الشرط عند الأصوليين..... 297
- II - الشرط عند الفقہاء 297
- III- تعريف الشرط التقييدى المقترن بالعقد 298
- ثانياً: التعسف في الفقہ الإسلامي ودليله الشرعى..... 299

- I - تعريف التعسف في الفقه الإسلامي..... 300
- II - الأدلة الشرعية لنظرية التعسف في الفقه الإسلامي 300
- ثالثا: تحديد المقصود بالشرط التعسفي في الفقه الإسلامي..... 303
- المطلب الثاني: دور النظام العام الحمائي في معالجة الشروط التعسفية في القانون الجزائري والفقه الإسلامي..... 304
- الفرع الأول: دور النظام العام الحمائي في معالجة الشروط التعسفية في القانون الجزائري..... 305
- أولا: محاولة النظام العام الحمائي حصر الشروط التعسفية مسبقا 305
- I - تحديد المشرع الجزائري للشروط التعسفية عن طريق القائمة 306
- أ- الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة انعقاد العقد..... 306
- ب- الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد 306
- ج- الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد 397
- II - دور لجنة الشروط التعسفية..... 307
- III - سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي لكل شرط لم يرد في القائمة..... 308
- أ- العبارة الواضحة في العقد تمنع التأويل..... 309
- ب- العبارة الغامضة في العقد تستدعي التأويل..... 309
- ج- تفسير الشك لصالح الطرف المذعن دائما كان أم مدينا..... 310
- ثانيا: الجزاءات التي يفرضها النظام العام الحمائي على الشروط التعسفية..... 311
- I - الجزاء المدني للشروط التعسفية..... 311
- أ- الجزاء المدني في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية..... 311
- ب- الجزاء المدني للشروط التعسفية في القواعد العامة..... 311
- 1- سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي 313
- 2- سلطة القاضي في الإعفاء من الشرط التعسفي..... 314
- II - الجزاء الجنائي للشروط التعسفية..... 316
- الفرع الثاني: معالجة النظام العام الشرعي للشروط التعسفية 318
- أولا: النظام العام الشرعي ضابط لمشروعية الشروط المقترنة بالعقد..... 318
- I - أسباب الاختلاف بين الفقهاء حول الشروط التقييدية المقترنة بالعقد..... 319
- II - آراء الفقهاء حول الأصل في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد..... 320
- أ- القائلين بأن الأصل في الشروط هو الحظر إلا ما جاء الدليل على إباحته..... 320
- ب- القائلين بأن الأصل في الشروط هو الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه..... 321
- ج- الرأي الراجح..... 322

- ثانيا: أن تتوافر في الشرط المقترن بالعقد معايير التعسف.....323
- ثالثا: جزاء الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي324
- الفرع الثالث: المقارنة بين دور النظام العام الحمائي والنظام العام الشرعي في معالجة الشروط التعسفية.....325
- الفصل الثاني: تقييد النظام العام التنافسي لحرية التعاقد ضمانا للمنافسة الحرة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي327
- المبحث الأول: مظاهر تدخل النظام العام التنافسي في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.....329
- المطلب الأول: مظاهر تدخل النظام العام التنافسي في القانون الجزائري.....330
- الفرع الأول: حظر النظام العام التنافسي للممارسات المقيّدة للمنافسة.....331
- أولا: الإتفاقات والأعمال المدبرة.....331
- I - وجود اتفاق.....332
- أ- المقصود بالاتفاق المحظور.....332
- ب- أشكال الاتفاقات المحظورة.....334
- II - تقييد الاتفاق لحرية المنافسة335
- أ- قيام العلاقة السببية بين الاتفاق وتقييد المنافسة.....335
- ب- صور الاتفاقات المقيّدة للمنافسة337
- ثانيا: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية339
- I - الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن على السوق339
- II - الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية342
- ثالثا: ممارسة الأسعار المخفضة بشكل تعسفي344
- رابعا: التبرير القانوني للاتفاقات المحظورة و حالة الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن345
- I - التبرير تطبيقا لنص تشريعي أو تنظيمي.....346
- II - الإعفاء بسبب المساهمة في التقدم الاقتصادي أو التقني.....347
- الفرع الثاني: رقابة النظام العام التنافسي على التجميعات الاقتصادية.....349
- أولا: تحديد المقصود بالتجميع الاقتصادي.....349
- ثانيا: شروط إخضاع التجميع للرقابة350
- I - أن يكون التجميع تعزيزا لوضعية الهيمنة على السوق.....350
- II - أن يؤدي التجميع إلى المساس بالمنافسة351
- ثالثا: إجراءات رقابة التجميع الاقتصادي352
- الفرع الثالث: تدخل النظام العام التنافسي في ضبط مبدأ حرية الأسعار.....355

- أولاً: التكريس القانوني لمبدأ حرية الأسعار.....356
- ثانياً: القيود التي يفرضها النظام العام التنافسي على مبدأ حرية الأسعار.....358
- I - حالات التدخل لتحديد الأسعار.....360
- أ- تحديد الدولة لأسعار بعض السلع و الخدمات الضرورية.....360
- ب- حالة الإرتفاع المفرط للأسعار.....361
- II - المخالفات المتعلقة بقانون الأسعار.....363
- أ- ممارسة أسعار غير شرعية.....363
- ب- المخالفات الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية.....364
- المطلب الثاني: مظاهر تدخل النظام العام الشرعي في حماية المنافسة الحرة ومنع الاحتكار.....365
- الفرع الأول: حظر النظام العام الشرعي للإحتكار غير المشروع.....365
- أولاً: تعريف الإحتكار وشروطه.....366
- I - تعريف الإحتكار.....366
- أ- التعريف اللغوي للاحتكار.....366
- ب- التعريف الفقهي للاحتكار.....366
- II - شروط الاحتكار المحرم.....369
- أ- شروط الاحتكار المحظور المتفق عليها.....369
- ب- شروط الاحتكار المحظور المختلف فيها.....370
- ثانياً: الحكم الشرعي للاحتكار.....371
- ثالثاً: صور الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي.....373
- I - بيع الحاضر للبادي.....371
- أ- تحديد المعنى الفقهي لبيع الحاضر للبادي.....373
- ب- الحكم الشرعي لبيع الحاضر للبادي.....374
- II- منع بيع تلقي الركبان (تلقي السلع أو تلقي الجلب).....376
- أ- المعنى الفقهي لتلقي الركبان.....376
- ب- الحكم الشرعي لبيع تلقي الركبان.....377
- الفرع الثاني: تدخل النظام العام الشرعي في تحديد الأسعار - التسعير الجبري-.....378
- أولاً: التعريف الفقهي للتسعير.....379
- ثانياً: الحكم الشرعي للتسعير.....379
- I - دليل القائلين بعدم الجواز.....380
- II - دليل القائلين بالجواز.....381

- III - الرأي الراجح في ضوء مقاصد النظام العام الشرعي.....382
- 384..... ثالثا: بعض الحالات التي يجوز فيها التسعير في الفقه الإسلامي
- الفرع الثالث: المقارنة بين النظام العام التنافسي والنظام العام الشرعي بشأن حماية المنافسة الحرة
- ومنع الاحتكار.....385
- المبحث الثاني: الهيئات المكلفة بحماية النظام العام التنافسي في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.....387
- المطلب الأول: دور مجلس المنافسة في حماية النظام العام التنافسي في القانون الجزائري.....388
- الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة ومدى استقلاليته.....389
- أولا: الطابع الإداري لمجلس المنافسة.....389
- ثانيا: مدى استقلالية مجلس المنافسة.....390
- I - مدى استقلالية مجلس المنافسة إعمالا للمعيار العضوي.....391
- أ- تشكيلة المجلس.....391
- ب- تعيين أعضاء المجلس.....391
- II - مدى استقلالية مجلس المنافسة إعمالا للمعيار الوظيفي.....393
- أ- استقلالية المجلس من خلال إطاره القانوني.....391
- 1- منح الشخصية المعنوية لمجلس المنافسة391
- 2- مدى اختصاص مجلس المنافسة بوضع نظامه الداخلي.....394
- ب- عدم إستقلالية مجلس المنافسة في وضع ميزانيته.....395
- ج- علاقة مجلس المنافسة بالسلطة التنفيذية.....395
- 1- إمكانية ترخيص الحكومة للتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة395
- 2- رفع التقرير السنوي إلى الهيئة التشريعية وممثلي الحكومة396
- الفرع الثاني: صلاحيات مجلس المنافسة في مجال ضبط السوق وحماية المنافسة الحرة396
- أولا: الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي.....397
- ثانيا: التصريح بعدم التدخل.....399
- ثالثا: إجراءات الإعفاء400
- رابعا: إجراء العفو الجزئي أو التام400
- خامسا: ارتباط اتخاذ الأوامر بالتعهدات الملتزم بها من طرف المؤسسات المخالفة401
- سادسا: تقديم الاستشارات401
- المطلب الثاني: دور ولاية الحسبة في حفظ النظام العام الشرعي403
- الفرع الأول: مفهوم الحسبة وأساسها الشرعي.....404

404.....	أولاً: مفهوم الحسبة.....
405.....	I- الحسبة في اللغة.....
405.....	II - الحسبة في اصطلاح الفقهاء.....
406.....	ثانياً: الأساس الشرعي لولاية الحسبة.....
411.....	الفرع الثاني: اختصاصات المحتسب في مجال ضبط السوق وحماية المنافسة الحرة.....
412.....	أولاً: السهر على تطبيق قواعد النظام العام الشرعي عموماً.....
413.....	ثانياً: مراقبة مدى الالتزام بمقاييس الجودة والإتقان ومواصفات السلامة العامة.....
414.....	ثالثاً: مراقبة وتنظيم الأسواق وتوجيه المعاملات المرتبطة بها.....
416.....	رابعاً: المنع من احتكار السلع.....
416.....	خامساً: تحديد الأسعار عند الضرورة.....
416.....	الفرع الثالث: المقارنة بين نظام الحسبة ومجلس المنافسة كآليتين لحفظ النظام العام التنافسي.....
417.....	أولاً: أوجه التقارب بين ولاية الحسبة ومجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة.....
419.....	ثانياً: خصوصية نظام الحسبة مقارنة بمجلس المنافسة.....
420.....	1- الطابع الإلزامي.....
420.....	2- الطابع الاستقلالي.....
421.....	3- الطابع الفوري.....
421.....	4- الطابع القضائي.....
424.....	خاتمة.....
432.....	قائمة المصادر والمراجع.....
467.....	الفهرس.....

ملخص:

تضطلع قواعد النظام العام بمهمة تقييد وتوجيه وضبط حرية التعاقد تحقيقاً لهدفين، أحدهما تبادلي والآخر توزيعي، وهما وظيفتين لا غنى عن إحداهما بدون الأخرى، فالعدل التبادلي مكمل للعدل التوزيعي، ولا تظهر الفائدة منه إلا بعد أن يكون العدل التوزيعي قد تحقق بالفعل، كما أن الفائدة من العدل التوزيعي لا تستمر إلا عن طريق العدل التبادلي، ومعنى هذا أن العقد وما يمنحه لأطرافه من حرية في التعاقد، سيبقى وسيلة للتبادل لا غنى عنها، شريطة تأطيره وضبطه للوصول به إلى الهدف التوزيعي. فحرية التعاقد هي وسيلة التبادل، والوصول بها إلى التوزيع هو النتيجة، واستعمال الوسيلة لتحقيق النتيجة لا بد له من عين ساهرة تضبطه وترعاه وهي قواعد النظام العام.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، حرية التعاقد، العدل التبادلي، العدل التوزيعي، الضبط. التوازن العقدي

Résumé :

Les règles de l'ordre public ont un rôle très important dans la limitation et la direction et la régulation de la liberté contractuelle afin d'atteindre deux objectifs, l'un est commutatif et l'autre distributif, ces deux fonctions sont indispensables l'un à l'autre, c'est à dire la justice commutative est un complément de la justice distributive, et son intérêt n'apparaît pas qu'après la réalisation effective de la justice distributive, ainsi que l'intérêt de la justice distributive ne durera que par la justice commutative, cela veut dire que le contrat fournit à ses parties une certaine liberté de contracter, et restera un outil nécessaire d'échange, à condition de l'encadrer et le réguler, car la liberté contractuelle est un outil d'échange, dont son accès à la distribution est le résultat, et l'utilisation de l'outil pour la réalisation du résultat, nécessite un mécanisme vigilant qui lui régule et protège telles sont les règles de l'ordre public.

Mots clés: l'ordre public, liberté contractuelle, justice commutative, justice distributive, régulation, l'équilibre contractuel.

Abstract:

the rules of public order plays a very important role in the restriction and control and guidance of contractual freedom to achieve two goals, one is commutative and distributive another, these two functions are indispensable to each other, that means the commutative justice is a complement of distributive justice, and interest does not appear until after the effective realization of distributive justice and the interest of distributive justice will last only for commutative justice, it means that the contract provided its parts a certain freedom to contract, and will remain a necessary tool of exchange, provided to frame and control. For freedom of contract is a tool of exchange, including its access to distribution is the result, and use of this tool requires a vigilance mechanism that regulates and protects him that is the rules of public order.

Key words: public order, freedom of contract, commutative justice, distributive justice, adjustment, contractual balance.