

مفهوم الخيار القانوني

للمستهلك في العدول عن العقد

دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

د. وليد خالد عطية
م.م عباس عبد الصمد عباس
استاذ القانون الخاص المساعد

المقدمة

يطلق على القوانين المدنية والتجارية في مختلف الدول أنها قوانين قديمة والسماح للمشرعين من تعديل بعض القواعد والأحكام لتلك القوانين , إلا أنه لا يمكن أن يتسامحوا بالتعديل الجذري للمبادئ العامة التي تقوم عليها , نتيجة للتطور الحاصل في الميادين التجارية والاقتصادية .

وأن الأزمات الاقتصادية التي مر به العالم في القرن الماضي جعل المصنعون والمنتجون والتجار ومختلف المهنيين يفكرون بشتى الطرق لتلافي تلك

الأزمات وتعويض ما سببته من خسارة وإعادة بناء قواهم المالية , فظهرت المنافسة واحتدمت بين أصحاب المشاريع التجارية والصناعية والخدمية , ومما لا شك فيه أن تلك المشاريع لا يمكن لها الاستمرار بعملها وازدهارها ما لم يكن هناك مستهلكون لتلك المنتجات والخدمات الذين يبحثون عن إشباع حاجاتهم , ونظراً لما يملكه المهنيون من قوة اقتصادية وفنية وقانونية وعلمية تجاه المستهلكين وأستتبع ذلك اختلال للتوازن في العملية التعاقدية أستدرك المشرعون الأوروبيون أولاً ضرورة إصدار قوانين تحمي الفئة الضعيفة في العملية الاقتصادية أطلق عليها اسم قوانين حماية المستهلك وبعدها وفي مطلع القرن الواحد والعشرين أصدر المشرعون العرب قوانين مماثلة لهذه القوانين حمايةً للمستهلكين ومنهم المشرع العراقي الذي شرع قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ بعد أن استشعر الضرورة والأهمية لإصدار هذا القانون تحقيقاً للتوازن والمساواة بين المستهلكين والمهنيين وحفاظاً على صحتهم وسلامتهم .

أهمية موضوع البحث

تتجلى أهمية الموضوع من إن السلع قد لا تتلاءم وصحة وسلامة المستهلك ولا يتبين له ذلك إلا عند الاستشارة من جهات مختصة ومن ثم فهو عقد لا

يستطيع ان يتحلل منه سيما ان درء المفاصد أولى من جلب المنافع ، إضافة إلى ذلك ان الاهتمام المتزايد لحمات الدعاية والإعلان وما يصاحب ذلك من ترغيب وحث على التعاقد بل والأكثر من ذلك الانتقال الى محل إقامة المستهلك وإغرائهم بالتسهيلات المقدمة قد تدفع الى أبرام عقد او عقود لم يكونوا ليبرموها لولا تلك الأساليب هذه الأسباب جميعاً أعطت للموضوع أهمية بالغة.

منهج البحث

ستقوم الدراسة في بحثنا هذا على منهج الدراسة المقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي وبأسلوب تحليلي واستقرائي لتلك القوانين بعد جمع المعلومات وإعطاء الوصف الذي نفضله وفقاً لأسس علمية تحافظ على ثوابت القانون وأسس ومركزاته مع بيان موقف الفقہ الإسلامي من ذلك الخيار .

وسوف نتناول بحث الموضوع وفق خطة علمية تكون من الآتي:

المبحث الأول مفهوم خيار المستهلك في العدول عن العقد في القانون الوضعي

المبحث الثاني مفهوم خيار المستهلك في العدول عن العقد في الفقہ الإسلامي

المبحث الثالث تمييز خيار المستهلك في العدول عن العقد عما يشته به من

أوضاع في القانون الوضعي

والله من وراء القصد

المبحث الأول

مفهوم خيار المستهلك في العدول عن العقد في القانون الوضعي

المستهلك المحور الذي تدور حوله كافة النصوص القانونية الواردة في قوانين حماية المستهلك بل هو السبب المباشر للتشريع بغية إعادة التوازن بينه وبين المهني , لطالما كانت القواعد التقليدية في القوانين شرعت على أساس أن جميعهم يتمتعون ولو نسبياً في نفس القوة في مواجهة الآخر إلا أنه تدريجياً بدأ المشرعون يشعرون بالخطر الذي لحق بفئة من أفراد المجتمع وسيلحقهم إذا لم يكن هناك تدخل صريح ومباشر لحمايتهم وهؤلاء هم المستهلكون .

أما من حيث وسائل الحماية نجد أنها متنوعة وكثيرة في قوانين حماية المستهلك منها منحهم خياراً في العدول عن العقد بعد إبرامه , عليه نخصص هذا المبحث في تعريف المستهلك في مطلبٍ أول وتعريف خياره في العدول عن العقد في مطلبٍ ثانٍ .

المطلب الأول

تعريف المستهلك

المستهلك في اللغة : الاستهلاك: مادته الأصلية هلك , واستهلك المال : أنفقه وأنفذه, وأهلكه: باعه , وهلك الشيء: هلكه وأهلكه وأستهلك⁽¹⁾.
أذن من يقوم بعملية يقصد بها استهلاك الشيء فهو مستهلك.

(1) أنظر أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري, لسان العرب , المجلد العاشر , دار أدب الحوزة , قم , ١٤٠٥ هـ , ص ٥٠٥ . وكذلك مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي , القاموس المحيط , الجزء الثالث , دار العلم للجميع, بيروت , بدون سنة طبع , ص ٣٢٤ .

أما في الاصطلاح الاقتصادي : فإن أصل الكلمة تعود إلى علم الاقتصاد^(٢)

قال البعض^(٣) (يعرف الاستهلاك لدى رجال الاقتصاد بأنه آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات ويعتبر المستهلك في المفهوم الاقتصادي هو الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك المحددة على النحو السابق). وفي مقابل المستهلكين هناك جماعة أخرى وهم المهنيون من منتجين وبائعين وموزعين للسلع والخدمات^(٤) وغيرهم إذ أن العملية الاقتصادية تمر بثلاث مراحل وهي الإنتاج والتوزيع والاستهلاك .

أما في الاصطلاح القانوني : لم يكن هناك اتفاق بين رجال القانون على تعريف موحد للمستهلك بل احتدم الخلاف بينهم^(٥) , وأن أساس هذا الخلاف يكمن في مدى اعتبار المهني مستهلكاً من عدمه , فهل تقتصر هذه الصفة على من يحصل على متطلباته لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية فقط؟ أم يشمل أيضاً من يشتري سلعة أو خدمة لأغراض صناعته أو حرفته^(٦) وبناءً على ذلك ليس هناك تعريفاً قانونياً للمستهلك لذا كان هناك اتجاهان لتعريف المستهلك اتجاه ضيق وآخر واسع , وفيما يأتي توضيح لهذين الاتجاهين نتناولهما في فرعين اثنين .

(٢) Calais – Aujoy (Jean), Droit de la Consommation , 3^e edition , Dalloz , paris , 1992 , p3

(٣) د. حسن عبد الباسط جمعي , حماية المستهلك , الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٦ , ص٨.

(٤) Robert Clark , Contract , 2nd Edition , Sweet an Maxwell, London , 1986 , P. 107 – 108 .

(٥) Calais - Aujoy (Jean) and Steinmetz (Frank) , Droit de la

Consommation , 6^e edition , Dalloz , paris , 2003 , p6 .

(٦) أنظر د. عمر محمد عبد الباقي , الحماية العقدية للمستهلك , دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٤ , ص١٩

الفرع الأول

الاتجاه الضيق للمستهلك

أغلب التشريعات تبنت الاتجاه الضيق لتعريف المستهلك وكذلك كتاب القانون وأحكام القضاء , فمنها على سبيل المثال نجد أن المشرع الفرنسي أصدر مجموعة من القوانين لحماية المستهلك وقد عرف المستهلك في البعض منها , مثلاً قانون تنظيم الإعلان عن أسعار السلع بأنه ((من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجياته الشخصية وحاجيات من يعولهم وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق نشاطه المهني))^(٧) إلا أنه بعد تقنين تلك القوانين جاء التقنين الفرنسي لحماية المستهلك الصادر عام ١٩٩٣ خالياً من تعريف المستهلك غير أن لجنة تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي اقترحت تعريفاً للمستهلك وهو ((المستهلكون هم الأشخاص اللذين يحصلون أو يستعملون المنقولات أو الخدمات للاستعمال غير المهني))^(٨) .

وعرفه المشرع المصري بأنه ((كل شخص تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص))^(٩) .

كما أن المشرع القطري أورد تعريفاً له قريباً إلى تعريف المشرع المصري بأنه ((كل من يحصل على سلعة أو خدمة , بمقابل أو بدون مقابل , إشباع لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين , أو يجري التعامل أو التعاقد معه بشأنها))^(١٠)

(٧) أنظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي , حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت , ط الأولى , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٦ , ص ٢٦ .

(٨) أنظر د. حمد الله محمد حمد الله , مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي , الجزء الأول , ط الثالثة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠ , ص ٦ .

(٩) المادة (٦) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ .

(١٠) المادة (١) من قانون حماية المستهلك القطري رقم (٨) لسنة ٢٠٠٨ .

وذهب المشرع الليبي إلى تعريف المستهلك بأنه ((كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري المنتج أو يتلقاه لغرض الاستهلاك الشخصي))^(١١). وإلى جانب التشريع يتجه فريق من الكتاب إلى تبني المفهوم الضيق للمستهلك

فقد عرفه البعض (أن المستهلك هو كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية)^(١٢). وذكر كاتب آخر^(١٣) المستهلك (كل شخص يتصرف لتحقيق أغراض لا تدخل في نشاطه المهني) وهناك من عرفه^(١٤) (هو ذلك الشخص الذي يبرم عقوداً مختلفة من شراء وإيجار وغيرها , من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية , دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها كما هو الحال بالنسبة للمنتج أو الموزع (التاجر) ودون أن تتوفر له القدرة الآنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها) . ويذهب آخر^(١٥) إلى أن المستهلك هو ذلك (الشخص الذي يبرم العقود المختلفة والمتنوعة من شراء وإيجار وقرض وانقاع وغيرها , من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوفر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها) .

(١١) المادة (١) من قانون حماية المستهلك الليبي لعام ٢٠٠٨

(١٢) حسن عبد الباسط جمعي , مصدر سابق , ص ١٣ .

(١٣) د. عامر قاسم أحمد , الحماية القانونية للمستهلك , دراسة في القانون المدني والمقارن , ط الأولى , الدار العلمية الدولية ودار الثقافة , عمان , ٢٠٠٢ , ص ٩ .

(١٤) د. جمال النكاس , حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي , بحث منشور من مجلة الحقوق , جامعة الكويت , السنة الثالثة عشر , العدد الثاني , ١٩٨٩ , ص ٤٧ .

(١٥) د. خالد ممدوح إبراهيم , إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) , ط الأولى , دار

الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٦ , ص ٣٣٥ .

وأما من جهة القضاء نجد أن القضاء الفرنسي في محكمة باريس الابتدائية عرف المستهلك بأنه (كل شخص يدخل طرف في علاقة عقدية , للترود بالسلع والخدمات بغية إشباع حاجاته الشخصية)^(١٦) .

وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني المفهوم الضيق للمستهلك في أول الأمر على أساس أنه : وحده الذي يبرم عقد استهلاك من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية , ومن ثم سيقى نطاق الحماية القانونية محدوداً^(١٧) .

من خلال التعاريف المتقدمة للمستهلك فإن الاتجاه الضيق يشترط لإضفاء هذه الصفة توافر الشروط الآتية :

١. أن يكون المستهلك شخصاً طبيعياً , ويتم إضفاء صفة المستهلك للشخص المعنوي الذي يمارس نشاطاً غير مهني استثناءً^(١٨) غير أن هناك^(١٩) من يقصر مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي الذي يتصرف لإشباع حاجاته المنزلية أو الأسرية .
 ٢. أن يكون الغرض من التعاقد الحصول على سلعة أو خدمة.
 ٣. أن يكون الغرض من التعاقد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية .
- ويجد أصحاب الاتجاه الضيق للمستهلك مبرراته لهذا الاتجاه بالنقاط الآتية :

^(١٦) Tribunal Instance Paris , Hocht . 1979 , D . 1980 , I , p . 383 , obs .

VASSEUR مشار للتعريف لدى د. عبد الحميد الديسبي عبد الحميد , حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج (دراسة مقارنة) , دار الفكر والقانون , المنصورة , ٢٠١٠ , ص ٢٨

^(١٧) Cir., ire , 15 avril 1986 : RTD Civ. 1987 , p86 , obs , Mestre (J)

أنظر د. محمد بودالي , حماية المستهلك في القانون المقارن - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي , دار الكتاب الحديث , القاهرة , ٢٠٠٦ , ص ٢٦ .

^(١٨) انظر د. عامر قاسم أحمد , مصدر سابق , ص ١٠ . أيضا د. أسامة أحمد بدر , حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني , دراسة مقارنة , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠٠٨ , ص ٥٨

^(١٩) Canada Code of practice for Consumer protection in electronic Commerce – Jan 2003 . مشار إليه لدى د. نبيل محمد أحمد صبيح , حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة) مجلة الحقوق , جامعة الكويت , السنة الثانية والثلاثون , العدد الثاني , ٢٠٠٨ , ص ١٧٤

١. في معرض التبرير من خلال انتقاد المفهوم الواسع - يذهب البعض إلى أن المفهوم الواسع لتعريف المستهلك يجعل نطاق قانون الاستهلاك غير محدد ويتطلب الأمر البحث في كل تعاقد على حده , ولا يخفى أن النتائج تكون ظنية دائماً لمعرفة ما إذا كان المهني يتعاقد داخل تخصصه أم خارجه , كما أن المتعاقدين بحاجة

إلى أن يعرفا القانون الذي سيحكم التعاقد بينهما والمعنى الضيق للفظ المستهلك , محدد نسبياً" وينشئ أماناً قانونياً لا يتحقق في المعنى الواسع الغامض جداً^(٢٠).

٢. أن المفهوم القانوني للاستهلاك والذي تعني قوانين حماية المستهلك به لا يمتد إلى التصرفات التي تخدم أغراض المهنة وإنما يقتصر على التصرفات التي تشبع الحاجات الشخصية أو العائلية^(٢١) .

٣. إن السياسة التشريعية الهادفة لحماية المستهلكين كان منطقتها هو حماية الطرف الضعيف في العقد الذي هو الشخص العادي الذي يبرم التصرفات القانونية بهدف إشباع الحاجات الشخصية والعائلية , أما المهني عندما يبرم تصرفات قانونية خارج تخصصه بهدف خدمة أغراضه المهنية أو التجارية ليس ضعيفاً من الناحية الاقتصادية وكما أنه يستطيع (إن لم يكن مكلفاً قانونياً بذلك) أن يلجأ لخبير يعوضه عن نقص خبرته طالما أن ما يبرمه من تصرفات تتعلق بالمهنة أو التجارة^(٢٢) .

٤. يذهب جانب من الكتاب - وهم في معرض الانتقاد لمعيار الاختصاص بتحديد مفهوم المستهلك - إلى أن هذا المعيار الفضفاض يؤدي الأخذ به إلى التوسع في مفهوم المستهلك ومن ثم مد الحماية القانونية إلى عدد كبير من

(٢٠) أنظر د . حمد الله محمد حمد الله , مصدر سابق , ص ١٢ .

(٢١) أنظر د. حسن عبد الباسط جميعي , مصدر سابق , ص ١١ .

(٢٢) أنظر المصدر السابق, ص ١٢ . وانظر د. أسامة أحمد بدر , مصدر سابق , ص ٥٨ .

المستهلكين , سواء كانوا مهنيين أم غير ذلك , ويعود السبب في أن الأساس الذي أعتده هذا المعيار هو أن التصرف قد تم خارج نطاق التخصص المهني وهذا المعيار يشوبه الغموض لأن المهني يمكن أن يُعد غير مهني بالنسبة لتصرفات معينة ومهنياً في تصرفات أخر^(٢٣).

٥. ذهب جانب آخر من الكتاب^(٢٤) - بخصوص ما جاء في المادة (٣٥) من القانون الفرنسي الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ بأن نصوص هذا القانون المتعلقة بالشروط التعسفية تخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين - الى القول (أن النظرة السليمة إلى المادة (٣٥) تؤدي إلى تأكيد وجهة نظرنا ودحض المفهوم الواسع للمستهلك فمن ناحية أولى لا يمكن فهم لفظ غير المهني الواردة بهذه المادة على أن المشرع قصد منه مد نطاق الحماية إلى من لا يسمح له تخصصه بالتعامل على قدم المساواة من الناحية الفنية مع الطرف الآخر حتى لو كان الغرض من العقد غرضاً مهنياً . إذ يعد ذلك من ناحية من قبيل تحميل الألفاظ أكثر مما يمكن أن تؤدي إليه بغير سند قانوني , ومن ناحية ثانية فإن هذا النص إذا ما وضع في مكانه الصحيح بين القوانين العديدة التي صدرت بهدف حماية المستهلك يعد نصاً استثنائياً . وبالتالي حتى إذا افترضنا جدلاً صحة التفسير الذي صدر عن أصحاب المفهوم الواسع للمستهلك بشأنه فإنه لا يجب سحب هذا التفسير إلى قوانين حماية المستهلك . فالاستثناء يجب أن لا يتوسع في تفسيره ولا يجوز أن يقاس عليه أو أن يتخذ أساساً لتعميم الحكم).

(٢٣) منهم أنظر د. نبيل محمد احمد صبيح , مصدر سابق , ص ١٧٨.

(٢٤) منهم د. حسن عبد الباسط جميعي , مصدر سابق , ص ١١.

الفرع الثاني

الاتجاه الواسع للمستهلك

كما تطرقنا إلى تعريف المستهلك في الاتجاه الضيق من خلال التشريع وآراء الكتاب وأحكام القضاء نتناول هنا ذات الخطوات للتعريف بالاتجاه الواسع.

فعلى سبيل المثال نجد في القانون الإسباني تعريفاً للمستهلك في القانون رقم ١٩ يوليو عام ١٩٨٤ المتعلق بالدفاع عن المستهلكين والمستخدمين ،

حيث تنص المادة الأولى منه على أن المستهلك هو ((كل شخص طبيعي أو معنوي يملك أو يستخدم بوصفه المستهدف النهائي للأموال المنقولة أو العقارية سلعاً أو خدمات ، ولا يعتبر مستهلكاً الأشخاص الذين يملكون أو يستهلكون سلعاً أو خدمات بغرض إدماجها في عمليات الإنتاج أو التحويل أو التداول أو الانتقال للغير من دون أن يكونوا المستهدفين أخيراً من تلك العمليات))^(٢٥) .

وكذلك عرف المشرع اللبناني المستهلك ((بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها ، وذلك لإغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني))^(٢٦)

وفي تعريف واسع للمستهلك عرفه المشرع الفلسطيني ((كل من يشتري أو يستفيد من سلعه أو خدمه))^(٢٧) .

وفي تعريف قريب منه عرف المشرع التونسي المستهلك - في القانون بأنه ((كل من يشتري منتجاً لاستعماله لغرض الاستهلاك))^(٢٨)

^(٢٥) المادة (١) من قانون الأسباني رقم ١٩ لسنة ١٩٨٤

^(٢٦) المادة (٢) من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (٦٥٩) لسنة ٢٠٠٥ .

^(٢٧) المادة (١) من قانون حماية المستهلك في فلسطين رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٥ .

^(٢٨) الفصل الثاني (د) من قانون حماية المستهلك التونسي رقم (١١٧) لسنة ١٩٩٢ .

أما بالنسبة لرأي الكتاب بتأييد الاتجاه الواسع , ذهب بعض من الكتاب^(٢٩) إلى تأييد المفهوم الواسع وعرفوا المستهلك بأنه (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبرم تصرفاً قانونياً للحصول على مال أو خدمة بقصد أن يكون هو أو ذويه المستعمل النهائي له وتمتد نفس الصفة إلى المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه) . وبتعريف أوسع عرفه آخرون^(٣٠) أنه (كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك) .

وفي ذات الاتجاه أيضاً هناك من الكتاب من يقول أن مفهوم المستهلك يشمل , فضلاً عن غير التاجر الذي يشتري ما يحتاج إليه من سلع أو خدمات لاستعماله الشخصي والتاجر الذي يشتري ما يحتاجه لغرض آخر غير التجارة للاستعمال الشخصي , المهني أو التاجر أيضاً الذي يتعاقد في سلعة خارج دائرة السلع التي يتعامل فيها^(٣١).

أما موقف القضاء نجد أن القضاء الفرنسي في قراراته بعضها يأخذ بالاتجاه الواسع للمستهلك , إذ أيدت محكمة النقض الفرنسي في بعض أحكامها هذا الاتجاه , عندما عدت بائع أسماك تعاقد لأغراض مهنته على شراء جهاز لإطفاء الحريق ومزارع تعاقد على تركيب نظام لإطفاء الحريق في محل عمله من قبيل المستهلكين^(٣٢) .

من الجدير بالذكر هنا أن محكمة النقض الفرنسي في أول الأمر تبنت المفهوم الضيق للمستهلك واقتصرته على الشخص الذي يتعاقد من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية فقط , غير أنها بعد عام واحد عدلت عن موقفها

^(٢٩) منهم د. عمر محمد عبد الباقي , مصدر سابق , ص ٤١ .

^(٣٠) منير البصري وأحمد المنصوري , حماية المستهلك من الشروط التعسفية , بحث

منشور على موقع شبكة الانترنت . . http : // droitcivil . over – blog .

com / article – 5144795 . html

^(٣١) أنظر د. جمال زكي الجريدي , البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت ,

دراسة فقهية مقارنة , ط الأولى , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٨ , ص ٦٥

^(٣٢) Cass . crim., 15 . 1980 , I.R., 146 . Cass . crim., 30 oct . 1979 , D., 1980 ,

avr . 1982 , D ., 1984 , N 439 . مشار إليه لدى عمر محمد عبد الباقي , مصدر

سابق , ص ٣١

بتطبيق القواعد الخاصة بحماية المستهلك على المهني بوصفه مستهلكاً لا محترفاً بعد أن حرّمته من ذلك ابتداءً وهكذا كرس القضاء الفرنسي مفهوماً جديداً للمستهلك ، ولكن منذ عام ١٩٩٥ أصبحت محكمة النقض الفرنسية تعتمد معياراً جديداً في قراراتها في تحديد صفته ، ومن ثم لا يستفيد من قواعد الحماية ، لعدم اعتبار كل شخص يبرم عقداً له صلة مباشرة بنشاطه المهني مستهلكاً وإن كان التعاقد خارج اختصاصه^(٣٣).

ومن خلال تلك التعاريف يلاحظ أن الاتجاه الواسع يضفي صفة المستهلك

على :-

١. الشخص الطبيعي أو المعنوي لا فرق بينهما .
٢. وصف المستهلك لا يتوقف على الغرض من التعاقد حيث يعد مستهلكاً سواء كان لأغراض شخصية أم عائلية أم مهنية .
٣. أن لا يكون التعاقد داخل في اختصاصه .
٤. أن لا يتعلق التصرف القانوني بنشاطه المباشر .
٥. أن يكون هو المستفيد النهائي من السلعة أو الخدمة .

بعبارة أخرى أن أنصار الاتجاه الواسع يسعون إلى إعطاء صفة المستهلك إلى المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه كونه جاهلاً لتلك السلعة أو الخدمة مقابل المهني المحترف المتخصص مما يعني اختلال التوازن العقدي ، غير أن تعاقد المهني خارج نطاق تخصصه لا يكفي إن يعد مستهلك بل يشترط وفقاً لمعيار الصلة المباشرة^(٣٤) أن لا يكون هذا التصرف الذي هو خارج نطاق اختصاصه له صلة مباشرة بمهنته ، وقد عد بعضهم أنه من قبيل العقود التي لها صلة مباشرة بالنشاط المهني هي تلك الأنشطة التي تساهم

(٣٣) أنظر د. محمد بودالي ، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات ، دراسة مقارنة ، ط الأولى ، دار الفجر ، القاهرة و ٢٠٠٥ ، ص ٦٤ .

(٣٤) الأساس الذي يعتمد عليه في تحديد متى يعد المهني مستهلكاً أم لا هو أحد المعيارين (أما معيار الاختصاص أو معيار العلاقة المباشرة) أنظر في تفصيل ذلك د. نبيل محمد أحمد صبيح ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ ، وما بعدها . د. أسامة أحمد بدر ، مصدر سابق ، ص ٤٧ وما بعدها .

بشكل أو بآخر في تسيير العملية الاقتصادية كشراء الحاسبات الآلية , والأثاث المكتبية , والمركبات وغيرها , إذ جميعها لازمة لتسيير هذا النشاط وتوسيعه , أما شراء آلة لإطفاء الحرائق أو تركيب جهاز إنذار ضد الحريق أو السرقة و غيرها , مما لا يدخل في نطاق سير النشاط المهني فهي عقود ليس لها صلة مباشرة بالمهنة وسيكون صاحب المهنة فيها ممثلاً لموقف المستهلك^(٣٥) وأخيراً فإن مسألة وجود هذه الصلة المباشرة من عدمها تخضع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

تحليل وتقدير

نرى أن الخلاف بين الاتجاهين الضيق والواسع كان محوره المهني الذي يبرم تصرفاً قانونياً لأغراض مهنته - إذ لا خلاف بينهم عندما يبرم المهني عقداً لأغراضه الشخصية والعائلية , فهو أمام هذه الحالة يعد مستهلكاً - وفق هذا الأساس ومن خلال التحليل والتقدير ونصل إلى تأييد الاتجاه الواسع لكونه الأرجح على الآخر من خلال النقاط الآتية .:

١. أن القانون الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بحماية المستهلك من الشروط التعسفية قصد المشرع الفرنسي عندما ذكر المهني في ناحية وغير المهني والمستهلك في ناحية أخرى دليل واضح على امتداد الحماية القانونية إلى المهني عندما يبرم عقداً لأغراض مهنته في حالات معينة , إذ لا يعقل الإطناب والزيادة في صياغة النصوص دون مسوغ في مصطلح غير المهني وإعمال الكلام أولى من إهماله .

٢. المهني عندما يتصرف خارج نطاق اختصاصه وليس للتصرف علاقة مباشرة في عمله سيكون دائماً الطرف الضعيف في مواجهة الطرف

(٣٥) Pizzio (J.P.) : Droit de la Consummation , D.S., 1995 . 37 .
 مشار إليه لدى د. عمر محمد بعد الباقي , p. 311 , samm . comm. . ,
 مصدر سابق , ص ٣٩ .

الآخر المحترف في اختصاصه , ومن ثم اختلال التوازن العقدي مما يبرر سحب الحماية للأول .

٣. إن ما قيل بأن الاتجاه الواسع استناداً إلى معيار الاختصاص (الفضايف) يؤدي إلى التوسع في مفهوم المستهلك – بالإمكان التقييد من هذا التوسع باعتماد معيار الصلة المباشرة لتحديد مفهوم المستهلك ومن ثم لا يمكن اعتبار المهني مستهلكاً وإن كان يتصرف خارج نطاق اختصاصه طالما هناك علاقة وصله مباشرة بين التصرف القانوني والمهنة المحترف بها كالمحامي عندما يشتري أجهزة الكمبيوتر أو أجهزة الاتصال لمكتبه فإن هذه الأجهزة لها صلة بمهنته كتقديم الاستشارات مثلاً , من ثم التقييد من هذا التوسع عند اعتماد معيار الصلة المباشرة .

٤. أما النقد الموجه إلى الاتجاه الواسع من حيث انه سيجعل نطاق قانون الاستهلاك غير محدد وسيلزم البحث في كل حالة على حده (هل يتصرف في اختصاصه أم لا) فإن مثل هذا النقد يمكن رده من حيث أن الاتجاه الضيق يؤدي إلى النتيجة نفسها وهي أنه يستلزم البحث في كل حالة على حده (هل يتصرف لأغراض شخصية أم عائلية أم لأغراض مهنية) لاسيما أن هناك كثيراً من السلع أو الخدمات تستخدم لأغراض شخصية وكذلك لأغراض مهنية وبصعب تحديد الوجهة التي اتجهت إليه وسنعمد الرأي ذاته بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق .

٥. أما القول بأن المهني أقوى معلوماتياً واقتصادياً وبالإمكان الاستعانة بخبير يعوض نقص خبرته ليبرر الاتجاه الضيق نجد أن مثل هذا القول يجعل من قوانين الاستهلاك قوانين لذوي الدخل المحدود هذا من جهة ومن جهة أخرى إن المستهلك عندما يتصرف لأغراض شخصية أو عائلية فإنه يستطيع على حد قولهم أن يستعين بخبير

ليعوض له نقص خبرته لتلك الأغراض ومن ثم نفي صفة المستهلك عنه أيضا.

٦. وأخيراً يفترض أصحاب الاتجاه الضيق جدلاً صحة التفسير الوارد في المادة (٣٥) من القانون الفرنسي ويجب عدم سحب هذا التفسير إلى كل قوانين حماية المستهلك لكون الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع بتفسيره . نقول هنا إن هذا القول عام بشأن كل استثناء إلا أن التسليم بهذه النتيجة لتبرير الاتجاه الضيق قد لا يبدو دقيقاً حيث يؤدي ذلك أن تتعدد مفاهيم المستهلك حسب كل قانون خاص لحماية المستهلك غير أن الأمر يتطلب تسهياً للتطبيق القضائي بتحديد مفهوم واحد للمستهلك (وربما يتم طلب تحديد ذلك المفهوم من قبل المشرع في قانون حماية المستهلك) وإذا تطلبت الحاجة العملية التي توفر حماية لفئة معينة يمكن أن تشرع قواعد قانونية لحمايتهم دون إعطائهم صفة مستهلك .

المهني

لتحديد المستهلك وتعريفه بشكل دقيق من جهة ولكون حماية المستهلك الذي قصده المشرع من خلال الوسائل التي نص عليها ومنها - موضوع الرسالة - تطلب الأمر أن يكون الطرف الآخر في العملية التعاقدية مهنيًا (محترفًا) من جهة أخرى لذا من الأهمية بمكان بيان من هو المهني ولو بشكل موجز .

أطلق المشرع اللبناني على المهني لفظ (المحترف) و عرفه بأنه (الشخص الطبيعي أو المعنوي ، من القطاع الخاص أو العام ، الذي يمارس ، باسمه أو لحساب غيره ، نشاطاً يتمثل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات كما يعد محترفاً ، لغرض تطبيق أحكام هذا القانون ، أي شخص

يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها وذلك إطار ممارسته لنشاطه المهني^(٣٦) .

واستخدم المشرع المصري لفظ المورد بدلاً من المهني أو المحترف وهو (كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو باستيراد ، أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها ، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأيّة طريقة من الطرق)^(٣٧) .

أما من بالنسبة للكتاب في القانون فقد وردت تعريف متعددة منها (هو من يمارس مهنة حرة)^(٣٨) ونلاحظ جانباً من الكتاب^(٣٩) عرفه بأنه (ذلك الشخص "الطبيعي أو المعنوي" الذي يباشر حرفة تجارية أو صناعية أو فنية أو مهنية أو حرة ، أو زراعية أو مدنية ، على وجه الاحتراف) .

وقال آخر^(٤٠) (الشخص الذي يتعاقد في مجال يتصل اتصالاً مباشراً مع نشاطه) . وعرف بأنه (الشخص الذي يتصرف لأغراض مهنته وحاجاتها)^(٤١)

إذن لغرض تطبيق القوانين الخاصة بحماية المستهلك ينبغي أن يكون أحد أطراف العملية التعاقدية مهنيًا في مواجهة الطرف الآخر المستهلك الأمر الذي يترتب عليه اختلاف التوازن التعاقدية بين الطرفين فأحدهما ذو قدرة اقتصادية وعلمية وفنية وقانونية والآخر لا يملك شيئاً من تلك القدرة أو الخبرة أو يملك جزءاً منها فقط .

^(٣٦) المادة (٢) من قانون حماية المستهلك في لبنان رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥ .

^(٣٧) المادة (١) من قانون حماية المستهلك في مصر رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ .

^(٣٨) د. جمال زكي الجريدي ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .

^(٣٩) د. حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٤٠ .

^(٤٠) د. محمد بودالي ، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

^(٤١) د. عدنان إبراهيم سرحان ، المهني المفهوم والانعكاسات القانونية ، بحث منشور في

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ،

الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٦ .

ومصطلح المهني هنا لا يقتصر على التاجر الذي يمارس عملاً من الأعمال التجارية على وجه الاعتياد وما يترتب على هذا الاعتياد من اكتساب الاحتراف وإنما يمتد ليشمل آخرين كالأشخاص الذين يمارسون أعمالاً مدنية كالأطباء والمحامين وغيرهم من أصحاب المهن وكذلك الذين يمارسون أعمالاً فنية كالمصنعين المنتجين.

بصورة عامة نقول أن المهني يمتلك مشروعاً أو عملاً أو نشاطاً يمارسه على وجه الاعتياد والاستمرار مما يكسبه موقفاً اقتصادياً قويا مقابل المستهلكين . غير أنه لا يشترط أن يمتلك المهني المقومات كلها كونه كذلك من حيث التنظيم والإدارة وتوفر المستخدمين بل يكفي أن يعد مهنياً متى ما مارس عملاً على وجه الاعتياد أكسبه خبرة ومعرفة وتوقفاً على الطرف الآخر (المستهلك) وأخيراً نقول إن مصطلح المهني لا يقتصر على الأشخاص الطبيعيين وإنما يشمل كذلك الأشخاص المعنويين , وأن الأخير منهم سواء كانوا أشخاصاً من القانون الخاص أم من القانون العام .

موقف المشرع العراقي من تعريف المستهلك والمهني

ونختم هذا المطلب بالتطرق إلى موقف المشرع العراقي من تعريف المستهلك والمهني إذ يلاحظ أن المستهلك عرف بالمادة (١) البند خامساً بأنه ((الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها))^(٤٢) . من الوهلة الأولى يتضح بأن المشرع قد تبني الاتجاه الواسع للمستهلك إذ لم يحدد الغرض أو القصد من التزود بالسلعة أو الخدمة فقط اكتفى بالإشارة إلى الإفادة منها غير أن مثل هذا التعريف يعني أن المشرع قد اتسع اتساعاً كبيراً تعدى به حدود الاتجاه الواسع أيضاً ومن شأن هذا الاتساع في تعريف المستهلك إلى أن يشمل كثيراً من الفئات فهو يشمل

^(٤٢) قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ , نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية , بالعدد , رقم ٤١٤٣ في ٨ / ٢ / ٢٠١٠ .

المستهلك لأغراض شخصية وعائلية ولأغراض مهنية ونتيجة لذلك يعد المهني مستهلكاً حتى وإن تعاقد للحصول على سلعة أو خدمة في اختصاصه بل والأكثر من ذلك قد لا يكون المستفيد النهائي من السلعة أو الخدمة كأن يحصل على سلعة لإعادة بيعها مرة أخرى . غير أن المشرع العراقي قد تنبه إلى أمر مهم وقيده من الاتجاه الواسع للمستهلك نوعاً ما وذلك بتعريف السلعة في المادة (١) البند ثانياً^(٤٣) حينما ذكر بالأخير بأنه (معداً للاستهلاك) ومن ثم لا يكمن أن يعد المحترف (مستهلكاً) إذا ما كان يستخدم المنتج في إعادة التصنيع كون المنتج هنا لا يعد سلعة كما ورد في التعريف.

الاستنتاج

تأسيساً على ما تقدم وتأييداً للاتجاه الواسع الذي تبناه المشرع العراقي إلا أنه قد بالغ فيه , نرى بأن يتم تقييد هذه المبالغة والعودة إلى حدود الاتجاه الواسع بإعتماد معيار العلاقة المباشرة لتحديد متى يعد المحترف أو المهني مستهلكاً ومتى

لا يعد كذلك وأن يتبنى هذا التعريف الذي نقترحه لتعريف المستهلك (بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على سلعة أو خدمة باعتباره المستفيد النهائي لهما لأغراض الاستهلاك أو لأغراض ليس لها علاقة مباشرة بمهنته) وتحليلاً للتعريف , فصفة المستهلك كما يتمتع بها الشخص الطبيعي يتمتع بها الشخص المعنوي على حدٍ سواء دون أصل أو استثناء كما يذهب إليه أصحاب الاتجاه الضيق . أما قولنا كونه المستفيد النهائي فإن الغاية منه إخراج عمليات المضاربة بالسلعة أو الخدمة وهذا ما يتفق والمرحلة الأخيرة من مراحل العملية الاقتصادية , أما عبارة لأغراض غير مهنية نجد أنها أشمل من

(٤٣) ((السلعة : كل منتج صناعي أو زراعي أو تحويلي أو نصف مصنع أو مادة أولية أو أي منتج آخر ويمكن حسابه أو تقديره بالعدد أو الوزن أو الكيل أو القياس يكون معداً للاستهلاك))

عبارة لأغراض شخصية أو عائلية التي يستخدمها عدد كبير من الكتاب^(٤٤) إذ ربما يتصرف الشخص لغرض الحصول على السلعة أو الخدمة ليس له شخصياً ولا لعائلته وإنما لصديق أو جارٍ له , وأخيراً عبارة لأغراض غير مهنية ليس لها علاقة مباشرة بمهنته وهي تأييد للاتجاه الواسع وتقييداً للتوسع لمعيار الاختصاص , أما بالنسبة للمهني نلاحظ أن المشرع العراقي استخدم لفظ المجهز بدلاً عنه في المادة (١) البند سادساً بأنه ((كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء أكان أصيلاً أم وسيطاً أم وكيلاً)) . عند تحليل التعريف الذي أورده المشرع العراقي نلاحظ أن المجهز قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون أيضاً شخصاً معنوياً كما هو الحال بالنسبة للمستهلك لم يحدد من هو الشخص الطبيعي أو المعنوي^(٤٥) ومن ثم ينبغي الرجوع إلى القانون المدني العراقي لتحديد الشخص الطبيعي والمعنوي^(٤٦) وهذا يعني أن المجهز عندما يكون شخصاً معنوياً فقد ينتمي إلى القطاع الخاص العام وكذلك المختلط .

كما أن المشرع بعد أن عدد الفئات اللذين ينطبق عليهم صفة المجهز لم يقيد التعريف بقيد وإنما جاء التعريف مطلقاً فعلى سبيل المثال عبارة (بائع سلعة) قد يكون هذا الشخص غير محترف لعملية البيع والشراء أي لم يكن تاجراً فهل ينطبق عليه صفة (المجهز) أو المهني ومن ثم تطبيق قانون حماية المستهلك . سيما أن غاية المشرع من القانون هي حماية المستهلك باعتباره ضعيف في مواجهة الطرف الآخر (المجهز) والذي يعد أكثر خبرة ومعرفة وفي مركز أفضل منه , وحبذا لو أن المشرع قيد التعريف بعبارة أخيرة وهي (في نطاق ممارسته لنشاطه المهني) كما يلاحظ أن التعريف لم يتطرق إلى

(٤٤) منهم أنظر د. خالد ممدوح إبراهيم , مصدر سابق , ص ٣٣٥ . كذلك د. عمر محمد عبد الباقي يستخدم عبارة (هو أو ذويه) , مصدر سابق , ص ٤١ . أيضاً د. حسن عبد

الباسط جميعي , مصدر سابق , ص ١٣

(٤٥) بينما المشرع المصري في قانون حماية المستهلك عرف مصطلح الأشخاص راجع نص المادة (١) من القانون .

(٤٦) راجع نصوص المواد من (٣٤ - ٦٠) من القانون المدني العراقي

الإيجار وعليه فلا يمكن تطبيق قانون حماية المستهلك على من يحترف إيجار السلع .

وعليه نقترح تعريفاً للمهني أو المجهز نحبذ أن يأخذ به المشرع العراقي وهو (كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإنتاج أو استيراد أو تصدير أو توزيع أو بيع أو إيجار للسلعة أو يقوم بتقديم الخدمة سواء كان أصيلاً أو وسيطاً أو وكيلاً وذلك في نطاق ممارسته لنشاطه المهني) .

المطلب الثاني

تعريف خيار للمستهلك في العدول

الخيار في اللغة : اسم بمعنى طلب خير الأمرين ويقال هو بالخيار : يختار ما يشاء^(٤٧) ويقال (خيره بين الشيئين أي فوض إليه الخيار)^(٤٨) .
أما الخيار في القانون نجد أنه سلطة يمنحها القانون لأحد طرفي العقد أو كليهما بحالتين : الأولى بإجازة العقد أو نقضه بالإرادة المنفردة عند تحقق حالة من حالات التوقف وعدم النفاذ , والثانية بنقض العقد بالإرادة المنفردة في حالة العقد النافذ غير اللازم.

غير أن المراد في هذا المطلب هو الخيار المقرر بنص القانون لحماية المستهلك بصفته الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ولتوضيح هذا الخيار من ناحية التعريف به , انتظم هذا المطلب في أربعة فروع نتناول في الأول منه نشأة خيار العدول وفي الفرع الثاني مبررات خيار العدول وفي فرع ثالث نتناول خصائص خيار العدول وفي الفرع الرابع مضمون خيار العدول .

(٤٧) إبراهيم مصطفى / أحمد حسن الزيات / حامد عبد القادر / محمد علي النجار , المعجم

الوسيط , الجزء الأول , دار الدعوة , اسطنبول , ١٩٨٩ , باب الخاء , ص ٢٦٤

(٤٨) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي , مختار الصحاح , الطبعة الأولى , دار

الكتب العلمية , بيروت , ١٩٩٤ , ص ١٠٨

الفرع الأول

نشأة خيار العدول

لم توجد حماية تشريعية للمستهلك في القوانين الأجنبية إلا بعد عام ١٩٤٥ بانتهاء الحرب العالمية الثانية وما أعقبها من أزمات اقتصادية طاحنة اجتاحت العالم في تلك الآونة إذ عجز الإنتاج عن الوفاء بمطالب الناس فارتفعت الأسعار الأمر الذي تنبه معه المشرع الأجنبي بضرورة حماية المستهلك وابتداءً من تلك الفترة تم وضع التشريعات^(٤٩).

فقد قدم الرئيس الأمريكي (كنيدي) لائحة حقوق المستهلك (Consumer Bill of rights) في 15 March 1962 إلى الكونكرس الأمريكي والتي عدت مرجعاً سياسياً في تحديد حقوق المستهلك على نطاق دولي بقوله (إن تعريف كلمة المستهلك تشملنا جميعاً , وأنهم أكبر شريحة اقتصادية تؤثر وتتأثر بجميع القرارات الاقتصادية العامة والخاصة) , وقد تضمنت الرسالة في حينها الحقوق الأربعة الآتية :

١. حق الأمان .

٢. حق الحصول على المعلومات .

٣. حق سماع الرأي .

٤. حق الاختيار^(٥٠) .

كانت هذه الرسالة السبب وراء دعوة الأمم المتحدة الدول الأعضاء إلى حماية المستهلكين تشريعياً أمام التطور الاقتصادي والتكنولوجي وقصور القواعد القانونية التقليدية عن حمايته لذلك عمدت دول عدة إلى البحث عبر وسائل مباشرة أو غير مباشرة لحماية جماعة المستهلكين تتمثل في تشريع

^(٤٩) أنظر د. رمضان السيد علي الشرنباصي , حماية المستهلك في الفقه الإسلامي , دراسة مقارنة , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٤ , ص ٣٢ , هامش رقم (٢).
^(٥٠) مشار إليه لدى هادي عبد الحسين مطر اللامي , دور المنظمات في حماية حقوق (Shallat , 1999) المستهلك , رسالة ماجستير مقدم إلى مجلس كلية الإدارة والاقتصاد , جامعة البصرة , ٢٠٠٦ م , ص ٦٤ .

قوانين ، وفي إطار قوانين حماية المستهلك نجد أن الوسيلة البارزة لحمايته وضمان حقه في الاختيار تتجسد في ما يسميه بعض الكتاب بحق الرجوع إذ يقول (أن مبدأ القوة الملزمة للعقد لن يحول دون تقرير مثل هذا الحق للمستهلكين ، إذ إن ضرورات الحماية المعاصرة تتعارض معه تعارضاً صارخاً ، كما أن التطورات الاقتصادية غالباً ما تلعب دورها في قدرة المستهلك على الوفاء بالتزاماته ، على نحو يجعل منه إمكانية تحلله من العقود وسيلة فعالة للتقليل من فرص عجزه عن الوفاء بالتزاماته المالية وما يترتب عليها من أضرار اقتصادية واجتماعية واضحة في الأسرة والمجتمع بشكل عام)^(٥١). كما يذكر آخر أن المهنيين أنفسهم لا يعترضون على رد السلعة مادام المستهلك يحتفظ بفاتورة الشراء لغرض كسب ثقة المستهلكين وليس في ذلك إضرار بمبدأ القوة الملزمة للعقد^(٥٢) . نستطيع القول هنا بأن الأمر بديهي جداً أمام تراجع المذهب الشخصي ومبادئه التقليدية بسبب النتائج غير العادية في التعاقد لانعدام المساواة الاقتصادية والمدنية ناهيك عن تخلي بعض من المنتجين والبائعين أو الموزعين عن قيم التعامل التجاري والاقتصادي والمنافسة المشروعة مما أدى هذا التراجع إلى تدخل الدولة في مختلف المجالات وقد تعلق الأمر بخيار العدول نلاحظ أن المشرع أوجب إدراج خيار العدول في أصل العقد^(٥٣) لحماية المستهلك ما بعد تكوين العقد بمحنة مهلة للتفكير والتروي بأمر العقد.

ففي انكلترا القانون الصادر عام ١٩٤٦ بشأن البيع الإيجاري منح المشتري خيار الرجوع في تعاقدته خلال مدة أربعة أيام تبدأ من تاريخ تسليم المستأجر صورة من العقد أما القانون الألماني الصادر عام ١٩٦٩ بشأن البيع الوارد على بعض القيم المنقولة منح المشتري خيار الرجوع خلال

(٥١) د. جمال النكاس ، مصدر سابق ، ص ١٠٩

(٥٢) أنظر د. أحمد محمد محمد الرفاعي ، الحماية المنية للمستهلك (إزاء المضمون العقدي)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٩٩.

(٥٣) راجع نص المادة (٥٢) من قانون حماية المستهلك في لبنان رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥.

أسبوعين من إبرام العقد^(٥٤). وفي فرنسا التشريع الصادر في ١٢ يوليو ١٩٧١ الخاص بالتعليم بالمراسلة ولعله يعد أول تشريع يمنح المتعاقد خيار العدول خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطالب وسائل التعليم^(٥٥) فقد نص هذا الرجوع التزامه بتعويض المؤسسة التعليمية مبلغاً لا يزيد عن ٣٠ % من أجر التعليم بالمادة (٢١) منه , والتشريع الثاني في فرنسا القانون رقم ٧٢ - ٦ الصادر في ٣ / ١ / ١٩٧٢ نص على خيار المستهلك في العدول عن عقود التمويل الائتماني بعد إتمامها وقبل تنفيذها خلال مدة لا تقل عن ١٥ يوماً من تاريخ إبرامها^(٥٦) .

ثم جاء قانون ٢٢ / ديسمبر ١٩٧٢ بشأن (البيع بالمنزل) نجد أن المشرع الفرنسي في المادتين الثالثة والرابعة سمح للعميل الانسحاب من العقد بعد التوقيع عليه وذلك خلال ستة أيام التالية على توقيع العقد^(٥٧) . ثم جمعت تلك القوانين وغيرها في تقنين الاستهلاك الفرنسي الصادر عام ١٩٩٣ .

موقف القوانين العربية

نلاحظ أن القوانين العربية جميعها والتي صدرت حديثاً والخاصة بحماية المستهلك لم تتضمن خيار العدول عن العقد بالمعنى الذي تشير له - الرسالة - عدا قانون حماية المستهلك في لبنان رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥ في

(٥٤) أنظر د. محمد السعيد رشدي , التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (ومدى حجيتها في الإثبات) , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٥ , ص ٨٦ و ٧٨ .

(٥٥) أنظر د. عبد العزيز المرسي حمود , الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص , ٢٠٠٥ , ص ٧٠ .

(٥٦) أنظر د. جمال النكاس , مصدر سابق , ص ١٠٥ .

(٥٧) أنظر د. عامر القيسي , تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك , بحث منشور في مجلة كلية الحقوق , جامعة النهريين , مجلد ٩ , العدد ١٧ , ٢٠٠٦ , ص ١٢٠ .

المادة (٥٥)^(٥٨) منه وبذلك يعد أول قانون عربي خاص بحماية المستهلك يتضمن النص على هذا الخيار .

موقف القانون العراقي

نلاحظ أيضاً أن المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ وكما هو الحال في أغلب القوانين العربية لم يمنح المستهلك الخيار في العدول عن العقد بعد إبرامه . ربما أن المشرع لم يقتنع بهذا الخيار مثلاً , أم قصد المحافظة على المبادئ التقليدية للقانون والتي منها (مبدأ القوة الملزمة للعقد) بالرغم من أن الباحث لا يرى في هذا الخيار اعتداءً على تلك المبادئ كما سنوضحه من خلال الدراسة , أم أنه قد اكتفى بتلك النصوص التي أوردها في القانون بحماية المستهلك لتحقيق التوازن بينه وبين المهني إلى جانب النصوص الواردة في القانون المدني لسد ما يظهر من نقص في تلك الحماية .

الفرع الثاني

مبررات خيار العدول

مبررات خيار العدول تختلف عن المبررات المقررة للمشتري في خيار الرؤية أو خيار التجربة و خيار المذاق مثلاً . فمبررات خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته^(٥٩) أما مبررات خيار التجربة وخيار

(٥٨) نصت على ((خلفاً لأي نص آخر , يجوز للمستهلك , الذي يتعاقد وفقاً لأحكام هذا الفصل , العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مهلة عشرة أيام تسري اعتباراً أما من تاريخ التعاقد , فيما يتعلق بالخدمات أم من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة))

(٥٩) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري , مصادر الحق في الفقہ الإسلامي , الجزء الرابع , دار المعارف , القاهرة , ١٩٦٧ , ص ٢٣٢ .

المذاق هو تحقق المشتري من ملائمة المبيع أو صلاحيته للغرض الذي اشتراه من أجله ويرجع في ذلك إلى إرادة المتعاقدين وطبيعة المبيع^(٦٠)

أما مبررات خيار العدول فهو يختلف عن ما تقدم كون أن المشرع يهدف بهذه الوسيلة إلى حماية رضا المستهلك إلى جانب وسائل آخر ابتكرها المشرع في قوانين حماية المستهلك, إذ يقول البعض أن المستهلك في كل تعاقد أما أن يكون الضحية وأما أن لا يكون كذلك^(٦١). إذ يميل بعض الكتاب^(٦٢) إلى تقسيم هذه الوسائل إلى قسمين أحدهما يضم وسائل للحماية من طبيعة وقائية, منها الإحاطة بالمعلومات المتعلقة بالعقد وتخويله مهلة العدول والقسم الآخر يضم وسائل علاجية منها تقرير بطلان العقد وتفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف. على أية حال نجد أن تشريعات حماية المستهلك تجعل من الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك المحور الذي تدور حوله ومن شأن تحديد سبب الضعف أن يتحدد معه مبررات خيار العدول.

وقد أشار جانب من الكتاب^(٦٢) (إلى أن فترة إعادة النظر في البيع بواسطة التلفزيون تستمد أساسها القانوني من ذات الاعتبارات التي تقوم عليها نظرية حماية المستهلك) إلا أن الباحث يؤيد جزئياً مثل هذا الأساس لفترة إعادة النظر أو خيار العدول غير أن هذه الاعتبارات تمثل المبررات غير المباشرة أو البعيدة والذي نبحت عنه المبررات القريبة أو المباشرة لهذا الخيار ,

^(٦٠) أنظر د. أحمد السعيد الزقرد , حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون , بحث منشور في مجلة الحقوق , جامعة الكويت , السنة التاسعة عشر , العدد الثالث , ١٩٩٥ , ص ٢٢١.

^(٦١) Reinhard (Yves) DROIT COMMERCIAL , 5^e edition , Litec , paris , p.114.

^(٦٢) Stickler (y) : La protection de la parte Foible en droit civil in www – iej.u – strosby

Fr/ fpartiefaibleciv . htw . مشار إليه لدى د. محمد حسين عبد العال ,

مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية, دراسة تحليلية مقارنة, دار النهضة العربية, القاهرة , ٢٠٠٧ , ص ٤٦.

^(٦٢) أنظر د. أحمد السعيد الزقرد , مصدر سابق , ص ٢٣٤

وتحقيقاً للبحث عن مبررات الخيار سنقتصر جهودنا على ذلك الطرف الضعيف لتحديد مبررات خيار العدول.

فأول الجوانب الإيجابية لتشريعات حماية المستهلك تبديد الوهم القائم حول المساواة الطبيعية فيما بين الأفراد في ظل اعتناق مبدأ سلطان الإرادة في صورته المطلقة والذي سبب كثيراً من الأضرار فكان لا بد أن يتدخل المشرع ليمنع بوجه عام - القوي مالياً واقتصادياً وعلمياً وفنياً , من سحق الضعيف أياً كانت الطائفة التي ينتمي إليها^(٦٣).

ويقسم الضعف إلى ثلاثة أنواع الضعف الذاتي وهو حالة الشخص عدم الأهلية وناقص الأهلية وكذلك من يعتره عارض من عوارض الأهلية وأخيراً تعيب إرادة المتعاقد بعيب من عيوب الرضا , والضعف الثاني هو الضعف النسبي ويسمى أيضاً بالضعف الاقتصادي ويظهر عندما يكون لأحد العاقدين نفوذ اقتصادية أو أن العاقد بحاجة خاصة إلى محل العقد وهذا يكون في عقود الإذعان , أما الضعف الثالث فهو الضعف المعرفي ويظهر عندما يكون أحد العاقدين تتفاوت معرفته ودرايته وعلمه مع الطرف الآخر^(٦٤).

إذن هناك ضعف معرفي لدى الطرف الضعيف من حيث عدم خبرته وكفائته ودرايته بالعقد أو بمحل العقد أو بشروط العقد وهذا فيما لاشك فيه عند التعاقد بين

المهني المحترف والمستهلك خاصةً أمام هذا التطور الهائل سواء كان من قبل المنتج أو الموزع أو المروج للخدمة , فنستطيع القول أن مبررات خيار العدول يكمن في الضعف المعرفي للمستهلك والذي يتعلق بركن الرضا , وعلى هذا التحليل هناك حماية للطرف الضعيف (الذي يكمن بالضعف

(٦٣) أنظر أميرة حسن الرافي , المحاكم الاقتصادية (قوانين الاستثمار - قوانين حماية المستهلك , المكتب العربي الحديث , الإسكندرية , ٢٠٠٩ , ص ٤٢٥ .

(٦٤) أنظر بهذا المعنى د. محمد حسين عبد العال , مصدر سابق , ص ١٦ وما بعدها.

المعرفي) تكون في مرحلة تكوين العقد وما بعد تكوينه وهي الحماية الوقائية تميزاً عن الحماية في مرحلة تنفيذ العقد وهي الحماية العلاجية , وطالما كانت الحماية الوقائية قبل نفاذ العقد كان من الضروري أن يقرر المشرع وسائل تحقق تلك الحماية لذلك جاء بخيار العدول عن العقد , أما الحماية العلاجية نجدها بعد نفاذ العقد لذا كان من الضروري أن يخرج المشرع عن مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في العقود الاستهلاكية كما في حالة حق المستهلك في الرجوع المباشر على المنتج^(٦٥) وكذلك حالة القروض الاستهلاكية كأن يتم إبرام عقد البيع من أجل شراء دار مثلاً وفي الوقت ذاته يبرم المتعاقد عقد قرض فإذا فشل بالحصول على القرض يستتبع ذلك أن تنهار العملية التعاقدية بأكملها^(٦٦).

ويقول بعض من الكتاب^(٦٧) في معرض التمييز بين عقود الإذعان وعقود الاستهلاك هو أن في ظل نظرية عقود الإذعان , ينحصر معنى الضعف التعاقدية في الضعف الاقتصادي في مرحلة تنفيذ العقد , بينما في إطار نظرية عقود الاستهلاك , يتسع مفهوم الضعف التعاقدية ليشمل الضعف المعرفي أيضاً إلى جانب الضعف الاقتصادي , وقد امتدت هذه الحماية لتشمل مرحلة إبرام العقد وشتان ما بين طبيعة وأسلوب الحماية التي تثبت للعقود الضعيف في هاتين المرحلتين : ففي مرحلة تكوين العقد تنصب هذه الحماية على الرضا الذي قد لا يكون رضاً سليماً بسبب الجهل وعدم الخبرة فالحماية التي تنقرر في هذه المرحلة هي حماية ضد الضعف المعرفي ولغرض دعم رضا الطرف الضعيف حتى يكون رضاً مستنيراً لا بد من فرض وسائل منها الالتزام بالإعلام لمصلحة المستهلك أو الترخيص له

(٦٥) أنظر في ذلك د. جمال النكاس , مصدر سابق , ص ١١١ وما بعدها.

(٦٦) أنظر في ذلك أميرة حسن الرافي , مصدر سابق , ص ٢٤٢.

(٦٧) د. محمد حسين عبد العال , مصدر سابق , ص ١٠٨.

بالعدول عن العقد بعد إبرامه خلال مدة معينة بحيث تتاح له فرصة كافية لأن يتخذ قراراً صائباً بشأنه .

تأسيساً على ما تقدم نجد أن الضعف المعرفي للمستهلك والمتمثل بضعف الخبرة والعلم والدراية والمعرفة في ماهية العقد وآثاره أو في ماهية السلعة أو الخدمة أو مدى الحاجة لهما من شأنه أن يحدد المبرر من خيار العدول عن العقد إذ أن هذا الضعف سينال حتماً ركن الرضا الصادر عن إرادة غير مدركة أو مستتيرة للعملية العقدية لذا بات من الضروري أن يجد المشرع وسيلة فعالة تحمي المستهلك ، بوصفه الطرف الضعيف ، وتلك الوسيلة هي خيار العدول عن العقد ليستدرك الأمر ويقرر بشكل نهائي خلال تلك الفترة بين المضي في العقد أو العدول عنه أما بخصوص التسرع بإبرام العقد^(٦٨) نجد أنها نتيجة للضعف المعرفي للمستهلك فلو كان يمتلك الخبرة والعلم والمعرفة ما تسارع في التعاقد .

صفوة القول أن المبرر لخيار العدول عن العقد يتمثل بالضعف المعرفي للمستهلك ليتلافى خلال المدة الممنوحة له هذا الضعف كما من شأن تبني هذا المبرر دعم الاتجاه الواسع لتعريف المستهلك ، ذلك عندما يبرم عقداً للحصول على سلعة مثلاً خارج نطاق تخصصه وليس لها علاقة مباشرة بمهنته سيكون ضعيف الخبرة والمعرفة تجاه المهني (المحترف) .

الفرع الثالث

خصائص خيار العدول

من أهم الموضوعات في تعريف خيار العدول عرض خصائص هذا الخيار وما يتسم به والذي من خلاله سيتضح لنا ذاتيته وما يختلف به عن الخيارات المعروفة

(٦٨) يجعل جانب من الكتاب مبرر منح مهلة لإعادة النظر هو حماية المستهلك من التسرع في إبرام العقد ، راجع في تفصيل ذلك د. أحمد سعيد الزقرد ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ .

في القانون وكشف جوانبه جميعها وحيثياته . عليه بالإمكان إجمال تلك الخصائص بالنقاط الآتية .:

١. مصدر خيار العدول عن العقد (وفقاً لموضوع الرسالة) هو نص القانون , الذي أراد به المشرع تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية نتيجة للتباين المستمر بل وازدياد ذلك التباين واتساع الفجوة بين المهني والمستهلك فأوجد تلك الوسيلة حمايةً للمستهلك قدر المستطاع ونص عليها في قوانين حماية المستهلك , والتي قد يأبى المهني إعطائها للمستهلك اتفاقاً .
٢. يمارس خيار العدول عن العقد بالإرادة المنفردة للمستهلك دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر , تحقيقاً للغاية التي قصدها المشرع والتي لم يمكن بلوغها إلا بهذه الكيفية .
٣. خيار العدول عن العقد خيار محض للمستهلك بحسب الأصل فله أن يعدل عن العقد دون بيان الأسباب أو تبرير العدول , بل الأكثر من ذلك دون الاحتجاج بصدور خطأ من الطرف الآخر كون أن هذا الخيار شرع لمعالجة ضعف المستهلك المعرفي .
٤. خيار العدول عن العقد لا يتطلب أضرار يوجه للمهني ودون الحاجة الى اللجوء الى القضاء لإصدار حكم قضائي . بل أن المهني ملزم بتنفيذ ما اختاره المستهلك حال العدول بقوة القانون وإلا تعرض إلى جزاء لعدم الاستجابة لخيار المستهلك .
٥. خيار العدول عن العقد خيار بلا مقابل إذ لا يترتب بذمته شيء تجاه المهني نتيجة لعدوله , فلا يخسر أي مبلغ ليتمكن من ممارسة خياره دون تأثير خسران مبلغ من المال الذي بسببه قد يعزف عن العدول وهذا ما يفرغ الخيار عن مقاصده .
٦. خيار العدول عن العقد خيار مؤقت , يحدد المشرع الفترة التي يسمح بها للمستهلك العدول عن العقد وغالباً ما تكون تلك الفترات غير

طويلة لغرض استقرار المعاملات وتحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين .

٧. خيار العدول عن العقد لا يرد إلا على العقود اللازمة دون العقود غير اللازمة كونه في العقود الأخيرة يستطيع المستهلك في أي مرحلة من إلغاء العقد بإرادته المنفردة فلا حاجة لإعطاء مثل هذا الخيار .
٨. خيار العدول عن العقد يعد من النظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على إسقاطه عند التعاقد أو فرض قيود تحد من ممارسته , وعليه يقع باطلاً كل اتفاق أو شرط يفرغ هذا الخيار من مقاصده أو حرمان المستهلك من ممارسته .

الفرع الرابع

مضمون خيار العدول

هل يعني خيار العدول الانسحاب قبل إبرام العقد, بمعنى آخر قبل صدور القبول أم ينصرف ذلك الى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وارتباط القبول بالإيجاب؟ وهل يتضمن خيار العدول رد السلعة واسترداد الثمن إذا تم دفعه أم يشمل كذلك حالة استبدال السلعة .

الإجابة على هذين السؤالين يحددان مضمون خيار العدول , إلا إنه من الجدير بالإشارة هنا , هل يختلف خيار العدول أو كما يسميه بعضهم^(٦٩) حق العدول عن العقد عن حق الرجوع في التعاقد؟ يرى جانب من الكتاب^(٧٠) أن حق الرجوع في التعاقد قد يتماشى مع مفهوم حق العدول عن التعاقد , رغم الاختلاف بينهما , فالعدول يكون عن قول في المرحلة السابقة على إبرام العقد , أما الرجوع في التعاقد يكون عن فعل بعد إبرام العقد .

(٦٩) أنظر د. نبيل محمد أحمد صبيح , مصدر سابق , ص ٢١٦

(٧٠) أنظر د. عمر محمد عبد الباقي , مصدر سابق , ص ٧٦٦

بينما يرى آخرون أنه ليس من المهم كثيراً في حقيقة الأمر تحديد اللفظ الذي يكون من المناسب استخدامه للتعبير عن هذه الوسيلة ما إذا كان هو رخصة (الرجوع) أو (العدول) أو (التنازل) أو (إعادة النظر) أو (الإلغاء) أو (النقض) أو (السحب) أو حتى الندم وإنما المهم هو الوسيلة ذاتها , التي من شأنها إعادة الوضع مرة أخرى^(٧١) .

- في رأينا . يبدو أن الأمر سيتضح بصورة جلية عند وضع الأسماء بمسمياتها وهو أن كلا من العدول أو الرجوع يعني العودة إلى الحال الأولى أو السابقة التي كان عليها . وجل ما في الأمر إذا شئنا التمييز نقول العدول أو الرجوع عن العقد وهي تشير إلى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد , ونقول العدول أو الرجوع عن التعاقد وهي تشير إلى المرحلة السابقة لإبرام العقد . فالعقد هو ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))^(٧٢) أما التعاقد يعني المراحل السابقة على إنشاء العقد بارتباط الإيجاب والقبول كمرحلة التفاوض مثلاً وإن ما يعزز رأينا بعدم التفرقة بين العدول والرجوع موقف المشرع العراقي في كلتا المفردتين إذ لم يميز بينها فقد استخدم لفظ (العدول) في المادة (٩٢)^(٧٣) من القانون المدني العراقي فيما يتعلق بدفع العربون, ولفظ (الرجوع) في المادة (١٤٦) و (٧١٢)^(٧٤) من القانون ذاته .

^(٧١) أنظر محمد شكري سرور - التجارة الالكترونية ومقتضات حماية المستهلك - بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية , دبي - دولة الإمارات العربية المتحدة من الفترة ٢٦ - ٢٨ أبريل ٢٠٠٣ , ص ١٠١ وما بعدها مشار إليه لدى د.نبيل محمد أحمد صبيح , مصدر سابق , ص ٢١٨ .

^(٧٢) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

^(٧٣) المادة (٩٢) فقرة (١) نصت على ((يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً ولا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك)) الفقرة (٢) نصت على ((فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء العدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول . فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً)) .

^(٧٤) المادة (١٤٦) الفقرة (١) ((إذا نفذ العقد كان لازماً . ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص القانون أو بالتراضي)) أما المادة (٧١٢) نصت على ((إذا تم الصلح فلا يجوز لأحد من المتعاقدين الرجوع فيه ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه))

على هذا الأساس نحدد هنا مضمون خيار العدول بالاستفسار هل أن ممارسة هذا الخيار قبل أو بعد صدور القبول وانعقاد العقد ؟ لاسيما أن جانباً من الكتاب عندما يتناول موضوع العدول أو الرجوع عند العقد يتطرق إلى الرجوع قبل إبرام العقد والرجوع بعد إبرامه معتمدين في ذلك على النصوص التشريعية المقررة لحماية المستهلك بمنحه مدة للتفكير والتروي ، والاستفسار الآخر لتحديد مضمون خيار العدول هو هل أن ممارسة خيار العدول يقتصر على رد المبيع واسترداد الثمن إن تم دفعه أم يشمل حالة استبدال السلعة أيضاً ؟ . ولغرض توضيح ذلك المضمون نجيب على تلك الأسئلة من خلال هذه الدراسة التحليلية .

عرض الآراء

ذكر بعض الكتاب^(٧٥) إلى أن المشرع أمام هذه الحالة يعمد إلى تأخير إبرام العقد ويعطى للمستهلك مكنة العدول رغم توافق القبول والإيجاب هذه المدة الزمنية التي يحددها المشرع تتيح للمستهلك الفرصة الضرورية كي يتدبر ويتروى في أمر التعاقد ، فإذا وجد في مصلحته ، لم يعدل حتى تمر المدة المحددة ، وعندها ينشأ العقد ، وإلا رجع عن العقد ، ورجوعه هذا يحول دون إبرام العقد ، أي لا يفسخ العقد ، ولا ينهيه ، وإنما يعطل إبرامه . وفي الاتجاه نفسه يرى بعضهم^(٧٦) أنه بالإمكان التمييز بين صورتين لحق العدول عن العقد ففي الأولى يكون العدول عن العقد سابقاً على انعقاده في خلال مدة معينة تعرف بمهلة التفكير وهذا ما يمكن تسميته بحق الانسحاب ، أما الصورة الثانية يكون للمستهلك خلال مدة أخرى تعرف بمهلة العدول أن يعدل عن العقد حتى بعد إبرامه وهذا ما يمكن تسميته بحق النقض أو الفسخ بالإرادة المنفردة .

(٧٥) أنظر د. سليمان براك دايج ، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد ٨ ، العدد ١٤ ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٩

(٧٦) أنظر د. محمد حسين عبد العال ، مصدر سابق ، ص ١٢٩

وفي اتجاه مماثل يذكر ثالث^(٧٧) بأن الإيجاب في العقد الالكتروني موجهاً من مهني (غالباً شركات كبرى) إلى المستهلكين وأن بعض التشريعات تجعل من قبول المستهلك غير نهائي , بحيث يكون له خيار الرجوع في قبوله . ويتضح من عبارة (غير نهائي) أن هناك قبول آخر يكون نهائياً وينعقد به العقد .

هذه جانب من آراء بعض الكتاب بشأن ممارسة خيار العدول قبل إبرام العقد علماً أن بعضهم^(٧٨) يذكر أن العدول يكون أيضاً بعد إبرام العقد تارة قبل التنفيذ وتارة أخرى بعد التنفيذ وحسب ما أورده المشرع في النص .

وأما بالنسبة للاستفسار الثاني لتحديد مضمون خيار العدول والمتعلق باستبدال السلعة بأخرى إلى جانب رد السلعة , نلاحظ هناك أن جانب من الكتاب^(٧٩) يشير إلى أن ممارسة هذا الخيار يكون في رد الشيء واسترداد الثمن أو طلب تغييره بآخر وهذان وجها ممارسة هذا الحق , فقد يرى من مصلحته استبدال المبيع دون رده .

مناقشة الآراء والترجيح

يرى الباحث أن خيار العدول يتحدد مضمونه في العدول بعد إبرام العقد بعبارة أخرى بعد صدور القبول وانعقاد العقد لحظة ارتباطه بالإيجاب حسب النظرية المعتمدة في تحديد لحظة انعقاده^(٨٠) أما قبل صدور القبول فلا محل لاستعمال هذا الخيار كونه لم يتقرر ويثبت بعد لمن وجه له الإيجاب إلا بعد انعقاد العقد .

(٧٧) أنظر د. نبيل محمد أحمد صبيح , مصدر سابق , ص ٢١٩ .

(٧٨) أنظر في تفصيل ذلك عبد المنعم حسن إبراهيم , حماية المستهلك , دراسة مقارنة , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , بدون سنة طبع , ص ٥٠٨ وما بعدها

(٧٩) أنظر المصدر السابق , ص ٢٢٥

(٨٠) اعتمد المشرع العراقي نظرية العلم بالقبول انظر المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي .

ففي (عقد القرض) تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم (١٠) لسنة ١٩٧٨ الخاص بحماية المستهلك في نطاق عمليات الائتمان^(٨١) لتنظيم علاقة المقترض بالمقرض , فجاء في المادة الخامسة إلزام المقرض بالإبقاء على العرض المقدم إلى طالب الإقراض ١٥ يوماً لا يستطيع المقرض أن يعدل عن إيجابه في هذه الفترة , كما منح المقترض فترة سبعة أيام تبدأ من تاريخ القبول للعدول عن العقد .

نلاحظ أن هذه الفترة التي منحها المشرع الفرنسي السابقة لانعقاد العقد الغرض منها منح المستهلك فرصة التفكير والتروي بهدوء قبل انعقاد العقد وأن فترة السبعة أيام للتأكد من أن رضائه جاء نتيجة لإرادة مستنيرة مدركة بعيدة عن المؤثرات والمغريات التي قد تصاحب العرض المقدم وإلا كان له العدول عن العقد. وهاتان المدتان تعززان رأينا بأن العدول عن العقد يكون بعد انعقاده وليس قبله.

كما أن القانون الفرنسي في ٢٢ / ٧ / ١٩٧١ الخاص بالتعليم بالمراسلة أعد العقد باطلاً فيما إذا أبرم خلال ستة أيام من تلقي المستهلك العرض و كذلك قانون ١٣ أغسطس ١٩٧٩ في فرنسا الخاص بالائتمان العقاري والذي يقضي ببطلان العقد للموافقة الصادرة في مهلة الأيام العشرة التي تلي تسليم العرض^(٨٢)

يتضح مما تقدم أن المهلة الممنوحة قبل إبرام العقد لا تدخل ضمن مضمون خيار العدول الذي يمنحه المشرع بنص تشريعي من ثم لا نكون أمام سوى حال من حالات الإيجاب الملزم وليس عدول عن العقد في المرحلة السابقة على العقد وعلى هذا الأساس كل قبول يعد عديم الأثر والجدوى إذا صدر

^(٨١) Calais – AUloy (Jean) , Droit de la consommation , Dalloz ,3^e edition,1992 p257

^(٨٢) Ghestin (Jacques) , Traite de droit Civil , La formation du Contract , 3^e edition , 1993 p 150

خلال فترة التروي والتفكير الممنوحة لطالما حكم عليه بالبطلان وبالتالي يتطلب الأمر إلى قبول بعد انتهاء الفترة الممنوحة .

أما بالنسبة لاستبدال السلعة بأخرى نلاحظ إن بعضهم يعده الوجه الثاني لممارسة حق العدول , غير إننا نجد أن خيار العدول يتعلق ويتضمن إلغاء للعقد والعودة إلى الحالة السابقة قبل التعاقد وهذا يعني أنه يقتصر على رد السلعة أو المنتج^(٨٣) وليس استبدالها بأخرى كون أن الحالة الأخيرة لا تمثل إنهاء للرابطة العقدية وتحقيق الحماية المطلوبة للرضا خصوصاً وأن المستهلك قد يتعاقد على سلعة معينة , دون أن يكون بحاجة لها , نتيجة للظروف المحيطة به مثلاً أو تحت المغريات باقتناء أكثر من السلعة لغرض الحصول على كوبون مسابقة أو الحصول على جائزة بسيطة, كما أن منح المستهلك الخيار باستبدال السلعة فقط دون ردها لن يكون هناك تحقق للحماية المنشودة في حماية الطرف الضعيف إذ من شأن استبدال السلعة أن لا يتحقق التوازن بين أطراف العقد , ناهيك من أن الغلبة ستكون للمهني (المحترف) بمجرد إبرام العقد بعد تلك الدعاية والإعلانات التي وضعت له , أما إذا تضمن النص التشريعي رد السلعة سيستطيع المستهلك من استبدال السلعة للقول من ملك الكل ملك الجزء , فضلاً عن إن الحياة التجارية أوجدت قاعدة عرفية تشير إلى أن السلعة تستبدل ولا ترد إذ نجد تلك العبارة في أغلب المحلات التجارية , عليه فإن خيار العدول عن العقد يقتصر على رد السلعة دون استبدالها .

وفي هذا يقول بعض الكتاب^(٨٤) (فإذا اختار المشتري إعادة النظر بطريق تغيير البضاعة بأخرى خلال المدة المحدودة فإن ذلك لا يمس أصلاً

^(٨٣) قدر تعلق الأمر لتحديد مضمون خيار العدول . أما هل يشمل خيار العدول الخدمة من

عدمها نتطرق له في تحديد نطاق خيار العدول

^(٨٤) د. أحمد السعيد الزقرد , مصدر سابق , ص ٢١٣

بجوهر التعاقد فالمشتري لا يعدل عن العقد فقد يعيد البضاعة لأنها لا تتوافق والاستعمال المحدد لها لكنه لا يود أن يستغني عن الشراء أصلاً) .
 وأن من انعكاسات اكتساب صفة المهني فرض قيود عدة , مرتبطة بصالح عموم الناس منظوراً لهم من زاوية الاستهلاك والمستهلكين , ومنها إلزام المهني بتحمل إعطاء المستهلك مهلة الندم والرجوع عن العقد^(٨٥) .

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لخيار العدول والتكيف القانوني للعقد

المقترن بالخيار

لعل أهم ما يميز قوانين حماية المستهلك تضمنها خيار العدول عن العقد وبعد التعريف به أصبح من الضروري بيان الطبيعة القانونية للخيار والتكيف القانوني للعقد المقترن بخيار العدول لذا سنخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً .

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لخيار العدول عن العقد

إن تحديد طبيعة هذا الخيار أمر مهم من الناحية القانونية فهل هو حق - حيث أن الحقوق تنقسم في القوانين الوضعية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية فضلاً عن الحقوق المعنوية - فهل ينتمي الخيار إلى تلك الحقوق ومن ثم فهو حق ؟ أم انه مجرد رخصة لا يرتقي إلى مرتبة الحق ؟ أم إن الخيار لا ينتمي لا إلى الحق ولا إلى الرخصة .

عرض الآراء

^(٨٥) أنظر د. عدنان إبراهيم سرحان , المهني المفهوم والانعكاسات القانونية , بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية , كلية الحقوق , جامعة الإسكندرية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ص ٦٥ وما بعدها

نعرض جانب من آراء فقهاء وكتاب القانون بهذا الصدد فقد ذهب بعضهم^(٨٦) إلى أن الخيار لا ينتمي إلى الحقوق الشخصية ولا إلى الحقوق العينية , وإنما ينتمي إلى طائفة أخرى من الحقوق ظهرت حديثاً وهي الحقوق الإرادية المحضة .

وفي الاتجاه ذاته ذهب جانب من الفقه^(٨٧) إلى أن الفكر القانوني الحديث عنى بتحليل فكرة الحق على صورة أكثر كمالاً وتوصل إلى حقوق أخر إلى جانب الحقوق الشخصية والعينية وهي الحقوق الثانوية وتسمى بالحقوق الترخيصية أو الحقوق الإرادية وتقوم هذه الحقوق على مكنة إنشاء علاقة قانونية أو تعديلها أو القضاء عليها.

وذهب البعض الآخر من الكتاب^(٨٨) إلى الاتجاه السابق نفسه من أن الرجوع في التعاقد ليس حقاً , فالحق العيني سلطة تخول لصاحبها على شيء من التمتع به والاحتجاج به على الغير , وأما الحق الشخصي رابطة تخول لصاحبها على شخص , له بمقتضاها مطالبته بالقيام بالتزام معين لا يتمكن من الوصول إلى حقه بدونه.

وفي مقابل ذلك هناك من ذهب من الكتاب^(٨٩) إلى أن الرجوع مجرد رخصة إذ أنها فكرة حديثة نسبياً على الفكر القانوني وأن الرخصة تقع في مرحلة وسطى بين الحق والحرية العامة فهي تختلف عن الحرية العامة كون صاحب الرخصة في وضع متميز عن غيره ممن ليس لديهم رخصة لكن هذه الميزة تبقى محدودة وضيقة بالمقارنة بالحق .

^(٨٦) Najjar : le droit d'option Contribution a l'etude de du droit potestatif et de lact unilateral ,. paris 1967 . p . 150.

^(٨٧) أنظر د . عبد الحي حجازي , مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الاقتصادية , جامعة عين شمس , العدد الأول , السنة الأولى , يناير , ١٩٥٥ , ص٢٣ .

^(٨٨) أنظر د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل , المصادر الإرادية للالتزام , العقد والإدارة المنفردة والتصرف القانوني مطبوعات جامعة الكويت , ط الأولى , ١٩٥٥ , ص١٠٩ وما بعدها

^(٨٩) أنظر د . عبد العزيز المرسي حمود , مصدر سابق , ص٧٨

ورغم ذلك ذهب آخر^(٩٠) إلى القول أن هناك منزلة وسطى بين الحق والرخصة فهو في منزلة أعلى من مجرد الإباحة (الرخصة) وأدنى من الحق وأن هذا النوع يمكن اعتباره حقاً شبه عيني . ويذهب رأي آخر^(٩١) إلى أن خيار الرجوع في التعاقد منزلة وسطى بين الحق والرخصة وتسمى ((بالمكنة القانونية)) إذ تخول صاحبها سلطة أكثر من الرخصة وأقل من الحق .

وأخيراً يرى جانب من الفقہ^(٩٢) إلى أن هناك منزلة وسطى بين الرخصة والحق تتميز عنهما ويضرب مثلاً للتعريف بينهما وهو أن شخصاً رأى داراً أعجبتة ورغب في شرائها , فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له الحق التملك في الدار أو في غيرها فهذه مجرد رخصة وبعد أن يصدر منه القبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار وهذا هو الحق ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة الى الدار ذاتها .

مناقشة الآراء والترجيح

تكاد تتفق آراء الفقهاء والكتاب جميعهم على أن الخيار ليس حقاً شخصياً ولا عينياً وإن ما ذهب إليه بعضهم من أنه حقاً إرادياً محضاً فهو قول - مع جل احترامنا لهذا الرأي - ليس له سند في القانون إذ أن الحقوق المالية تنقسم الى حقوق شخصية وعينية وحقوق معنوية أو ما تسمى بالحقوق الفكرية (الذهنية) والتي هي حقوق من نوع خاص . فالحق في لغة القانون كما يعرفه الأستاذ السنهوري (مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون)^(٩٣) أي بمعنى آخر أن المال في القانون هو الحق وإن فكرة الحق الإرادي أو الحق الترخيصي لا يمكن الأخذ به لعدم وجود عنصر المال فيها .

(٩٠) أنظر د. محمد سلام مذكور , المدخل للفقہ الإسلامي , ط الثالثة , دار النهضة العربية القاهرة , ١٩٦٦ , ص ١٤٦ .

(٩١) أنظر د. إبراهيم دسوقي أبو الليل , مصدر سابق , ص ١١١ .

(٩٢) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري , مصادر الحق في الفقہ الإسلامي , الجزء الأول , ط الثالثة , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ١٩٩٨ , ص ٩ .

(٩٣) المصدر السابق , المكان نفسه .

أما ما ذهب إليه بعض من الكتاب من أن الرجوع مجرد رخصة أو (خيار) فهو يتفق مع الآراء الأخرى من أنه مرحلة وسطى إلا أنه يختلف معهم في التسمية إذ يميز بين مصطلح الحريات العامة و الرخصة , غير أننا نرى أن الحريات العامة هي الرخصة وكما عرفها الأستاذ السنهوري بان الرخصة (إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة).

وعلى هذا الأساس هناك ثلاث مراتب وهي الرخصة والمنزلة الوسطى والحق وأننا نتفق مع من ذهب إلى أن الخيار منزلة وسطى بين الرخصة والحق فهو في مرحلة متقدمة على الرخصة أي أن صاحب الرخصة في هذه المرحلة سيكون في مركز قانوني يتميز به عن غيره وبالوقت نفسه لم يصل إلى مرحلة الاستثناء وهو الحق , وعلى هذا إذا كانت الرخصة في مرحلة أولية سابقة على مرحلة الخيار فإن الحق يكون في مرحلة نهائية إذن الخيار يكون في المنزلة الوسطى بين الرخصة والحق .

صفوة القول أن الطبيعة القانونية لخيار المستهلك في العدول عن العقد ليس حقاً كما أنه ليس رخصة وإنما هو منزلة ومرتبة وسطى بين الرخصة والحق وهذه المنزلة مركز قانوني تمكن صاحبها من أحداث أثر قانوني بمحض إرادته وهذا الأثر يتمثل بأنهاء العلاقة العقدية وهذه المنزلة الوسطى سميت لدى بعضهم بـ (المكنة القانونية) .

الفرع الثاني

التكييف القانوني للعقد المقترن بخيار العدول

يتضح من نص المادة أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأحد العاقدين العدول أو الرجوع عنه إلا بالاتفاق ومثل هذا الخيار لا يتعلق بموضوع الرسالة والذي يهمننا ما جاء بنص المادة من عبارة (بمقتضى نص في القانون) حيث لاحظنا أن عدداً من المشرعين قد نص على خيار العدول لحماية المستهلك بشكل صريح .

إذن ما نريد بحثه هنا هو بيان التكييف القانوني للعقد المقترن بالخيار بنص القانون للعدول فهل هو عقد بشرط التجربة أم عقد معلق على شرط أم عقد غير تام أم عقد غير لازم أم غيرها، لذا اختلف الفقہ في بيان تكييف العقد على النحو الآتي :

١. عقد بشرط التجربة

تنص المادة ٥٢٤ من القانون المدني العراقي على أن :

((١. في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها وإذا لم يكن هنا اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للمبيع . ٢ . ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ))^(٩٤).

البيع على شرط التجربة يكون ذلك عادة بأن يشترط المشتري على البائع أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلبه ولا يكون مجرد الرؤية للمبيع كافياً للتوثق من ذلك^(٩٥)

لذا يتضح بأن شرط التجربة يتعلق بركن المحل فيجري المشتري فحص المبيع وتجربته والتأكد من مدى ملائمته مع الغرض المقصود منه أو مطابقته لمواصفاته الشخصية في حين أن خيار الرجوع عن التعاقد ينصب ويتعلق بركن الرضا لحمايته من ضعف خبرته ومعرفته كما أن خيار العدول يمارس دون أن يشترط المشتري ذلك الخيار له فهو مقرر بنص القانون كما لا يخضع

^(٩٤) نص المادة (١٤٦ ف/١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

^(٩٥) أنظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الرابع ، ط الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٠

لرقابة القضاء ولا حاجة لتبرير ذلك فهو يتوقف على إرادته أما البيع بشرط التجربة ومدى ملائمة المبيع للغرض المقصود منه فهو يخضع إلى تبرير وبيان الأسباب ومن ثم يكون القول للقضاء بعد رأي الخبراء .

٢. عقد معلق على شرط

تنص المادة (٢٨٦) من القانون المدني العراقي على أن :

((١. العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ .

٢. ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر

الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً)) .

وجد جانب من الفقه ضالته في فكرة الشرط . بمعنى أن العقد يعد منعقداً منذ الاتفاق عليه , لكنه معلقاً على شرط واقف هو اختيار المستهلك إمضائه بعد فوات مدة التروي , أو معلقاً على شرط فاسخ وهو اختياره سحب الرضا خلال هذه المدة

في حالة إبقاء القبول الصادر خلال هذه المدة صحيحاً منتجاً لآثاره^(٩٦) بعبارة أخرى أن الشرط الواقف المعلق عليه نفاذ العقد يكون رضا المستهلك غير نهائي, ويكون نهائي بعد مضي المدة وسقوط خياره في العدول إذ ينفذ العقد ويترتب عليه آثاره منها نقل الملكية أما الشرط الفاسخ المعلق عليه زوال العقد فإن العقد يترتب آثاره جميعها منذ انعقاده ولكنه يزول باستعمال المستهلك خياره بالعدول .

نجد أن هذا الرأي منتقد من جوانب عدة ولا يصلح في تكييف العقد المتضمن خيار العدول من حيث أن الشرط من الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام بعد تكوين العقد لا أثناء تكوينه . ويقول جانب من الفقه^(٩٧) (إلى أن

^(٩٦) أنظر ديببيه فرييه – النصوص المتعلقة بالنظام العام التي تستهدف الحفاظ على تروي المتعاقدين – دالوز ١٩٨٠ – رقم ٤٦ و ٤٩ مشار إليه لدى د. مصطفى محمد جمال , السعي إلى التعاقد في القانون المقارن , ط الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠٠٢ , ص ٢٢١ .

^(٩٧) د. مصطفى محمد جمال , مصدر سابق, ص ٢٢١

فكرة الشرط لا تصلح لتقديم تفسير للوضع الناشئ عن فترة التروي والتدبر الممنوحة من المشرع في أي من صورتها ففكرة الشرط تعبر عن أمر خارج عن العقد يعلق عليه الطرفان وجوده بينما الخيار الناشئ عن مدة التروي والتدبر يتعلق بالتراضي المكون للعقد ذاته وليس بأمر خارج عنه ومضاف إليه .(

كما أنه وطبقاً للقواعد العامة أن الشرط الإرادي المحض أي المتوقف على إرادة المدين إذا كان معلقاً على شرط واقف يكون الشرط والعقد باطلان .

٣. عقد غير تام

وهو أن الرضا الأول لا يعتد به ولا يتم العقد إلا بعد انتهاء المدة الممنوحة للعدول عن العقد وبمضي تلك الفترة يكتمل وجود العقد , كما يقول بعضهم^(٩٨) هناك مرحلتين لتكوين الرضا فبعد مضي فترة العدول أو الرجوع تبدأ المرحلة الثانية التي يكتمل بها وجود العقد أي أن العقد لا يولد نهائياً طالما فترة الرجوع لم تنته بعد .

وهناك من ذهب^(٩٩) إلى أن المستهلك إذا لم يشأ تأكيد رضاه بالعقد , أو سحب موافقته خلال فترة التروي فإنه يحول دون تمام تكوين عقد ملزم . ويذهب كاتب آخر^(١٠٠) إلى أن هذه المهلة هي التي تحدد رضاء المستهلك فإن انقضاء فترة التفكير قرينة قانونية على صدور الإرادة النهائية وانعقاد العقد بها , ولا يمكن التمسك بأن التوقيع يقيد تلك القرينة القانونية التي فرضها المشرع , ليسمح بصدور إرادة مستتيرة وواعية بالعقد .

يتضح مما تقدم أن العقد لا يتكون أو يتم إلا بعد مضي الفترة الممنوحة دون العدول أو بعد صدور تأكيد لهذا القبول وهذا الرأي لا يمكن قبوله من حيث جعل الرضا يتكون على مرحلتين وهذا ما يتعارض مع القواعد العامة بانعقاد العقد بمجرد النقاء بالإيجاب بالقبول هذا من جهة كما أن القول بضرورة

(٩٨) أنظر د. أحمد السعيد الزقرد , مصدر سابق , ص ٢٢٧ .

(٩٩) أنظر د. مصطفى محمد الجمال , مصدر سابق , ص ٢٢٢ .

(١٠٠) أنظر د. عامر القيسي , مصدر سابق , ص ١٢١ .

صدور تأكيد للقبول فإن من شأن عدم تأكيد القبول أن يكون الرجوع عن التعاقد لا عن العقد وهذا الرأي لا يمكن قبوله إلا للفترة الممنوحة قبل انعقاد العقد وهذا من جهة أخرى .

٤. عقد غير لازم

ذهب عدد من الفقهاء إلى أن العقد المقترن بخيار العدول عقد غير لازم^(١٠١) .

فقد ذهب بعض الكتاب^(١٠٢) إلى أن العقد لا يصير باتاً إلا بعد فوات مدة الرجوع وأن الأساس القانوني للحق في الرجوع عن العقد يكمن في فكرة العقد غير اللازم , فالعقد رغم إبرامه صحيحاً يكون لازماً في مواجهة احد طرفيه فقط , أما طرفه الآخر وهو من تقرر له هذا الحق فلا يلزمه العقد , و ذلك الأساس يعد في نظر هذا الرأي وسيلة بمقتضاها يتم التوفيق بين القوة الملزمة للعقد والرجوع فيه .

وذهب آخر^(١٠٣) مؤيداً لفكرة العقد غير اللازم بأن المشرع بإقراره وتنظيمه حق الرجوع في حالات معينة بنص تشريعي خلال المهلة التشريعية , ولمن تقرر له الحق في الرجوع عقداً غير لازم .

وهذه الفكرة لم تسلم من النقد أيضاً إذ يذهب رأي إلى القول^(١٠٤) إذا اعتبرنا أن عقد البيع في أول الأمر عقد غير لازم خلال فترة العدول. وبعد مضي فترة العدول ينتهي العقد ذاته إلى عقد لازم . يعني ذلك أن نقر للعقد بطبيعتين مختلفتين ومتعارضتين فهو أول الأمر عقد غير لازم ثم يتحول بعد ذلك إلى عقد لازم . وهذا القول غير مقبول كون صفة اللزوم أو عدم اللزوم

(١٠١) أنظر د. نبيل محمد صبيح , مصدر سابق , ص ٢٢١ . وكذلك د. أحمد السعيد الزقرد

, مصدر سابق , ص ٢٢٩ . وكذلك د. عمر محمد عبد الباقي , مصدر سابق , ص ٧٧٥

(١٠٢) أنظر في تفصيل ذلك د. عمر محمد عبد الباقي , مصدر سابق , ص ٧٧٥

(١٠٣) أنظر د. محمد السعيد رشدي , مصدر سابق , ص ١٤١ .

(١٠٤) أنظر د. محمد أمين الرومي , التعاقد الالكتروني عبر الانترنت , ط الأولى , دار

المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , ٢٠٠٤ , ص ٦٦

يجب أن تكون صفة ابتداء وانتهاء فأما أن يكون عقد لازم أو غير لازم ولا يمكن أن تجتمع الصفتان في عقد واحد .

ونحن نؤيد الرأي المنتقد لفكرة العقد غير اللازم لعقود الاستهلاك المقترنة بخيار العدول , فقد وجدنا أن من خصائص خيار العدول عن العقد أن لا يرد إلا على العقود اللازمة و من ثم لا يمكن تحويلها إلى عقود غير لازمة بمجرد إقترانه بالخيار, إذ أن اللزوم وعدم اللزوم صفتان مستقلتان عن بعضهما يتصف بأحدهما كل عقد من العقود بعد نفاذه ولا يمكن أن تجتمعان في العقد الواحد إذ أن الأصل في العقود اللزوم , وأن صفة عدم اللزوم تكون لبعض العقود حسب طبيعتها ليس إلا . ولا نؤيد القول بأن الخيارات تجعل العقود غير لازمة لأن في ذلك تغيير لطبيعة العقود , وأن فسخ العقد في حالة الخيارات ليست إلا سلطة يمنحها القانون أو الاتفاق لأحد المتعاقدين أو كليهما.

رأينا في الموضوع

٥. عقد غير نافذ أو عقد نافذ لازم مقترن بخيار العدول بنص القانون

كون العقد غير نافذ بنص القانون نقول أن العقد الموقوف أو غير النافذ بصورة عامة عقد صحيح موجود إلا أنه به خلل ليس باعتبار ذاته أو بعض أوصافه وإنما لتعلق التصرف بحق الغير أو لوجود عيب في رضا المتعاقدين أو نقص في الأهلية , غير أن هذا لا يحول دون أن يقرر المشرع عدم نفاذ العقد في حالات أخر بنص القانون مراعاة لحماية الطرف الضعيف وهنا (المستهلك) تحقيقاً للأسباب الموجبة لقوانين حماية المستهلك . وأن عدم النفاذ يكون تجاه المستهلك لا من جهة المهني إذ خيار العدول لا يمنعه من التنفيذ إن أراد التنفيذ لأن الضمان الكافي بممارسة هذا الخيار يكون دائماً قبل تنفيذ العقد كون نفاذه قد يؤثر على قرار المستهلك بالرجوع (وسنلاحظ في الفصل الثالث من هذه الدراسة فائدة عدم النفاذ).

أما كون العقد نافذ لازم وللمستهلك الخيار بالعدول عن العقد بنص القانون نجد في بعض الحالات أن العقد نافذ بين الطرفين و ينفذ كل منهما التزامه وهذا ما يتضح من خلال النصوص القانونية على سبيل المثال نص المادة (٥٦) من قانون حماية المستهلك في لبنان التي توجب على المحترف إعادة المبالغ التي يكون قد تقاضاها وأن يتحمل المستهلك مصاريف التسليم ومنها أيضاً المادة السادسة من التوجيه الأوربي رقم (EC/97/7) التي تشير إلى تحمل المستهلك أعباء تكاليف إرجاع السلع إلى المهني (وسنوضح تفصيل ذلك في الفصل الثالث).

هذه النصوص وغيرها تشير بوضوح إلى نفاذ العقد بين الطرفين , إلا أنه بعد النفاذ ولزوم للعقد يعطي المشرع صراحة للمستهلك خيار العدول عن العقد بنص القانون وهذا العدول وإن كان يشكل خروجاً على مبدأ (القوة الملزمة للعقد) لكنه تطبيقاً للقانون إذ لا نرى في العدول عن العقد اعتداءً ومساساً لهذا المبدأ وإنما إن صح القول خروج عن هذا المبدأ لمقتضيات العدالة وما يؤيد رأينا لهذا التكييف نص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي الذي جاء في الفقرة (١) منه ((١. إذا نفذ العقد كان لازماً . ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)) .

وتأسيساً على ما تقدم نوضح في أدناه وعلى شكل نقاط أفضلية العقد غير النافذ والذي نقترح على المشرع العراقي عند النص على خيار العدول عن العقد أن يتم صياغته على نحو يجعل به العقد غير نافذٍ لحين انتهاء فترة العدول , وإن كل تنفيذ للعقد من المستهلك لا يعتد به وعلى النحو الآتي .:

١. المحافظة على الأصول القانونية والقواعد الثابتة بانعقاد العقد فور ارتباط الإيجاب بالقبول .

إن فكرة التكوين التدريجي للرضا أو عدم الاعتداد بالقبول الأول لحين صدور قبول الثاني أفكار لم يتم قبولها لافتقادها إلى أساس تستند عليه غير أنها (قد يكون لها محل نظر في التعاقد الإلكتروني بظهور

نظريات جديدة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد وهي نظرية تأكيد القبول كون مجرد الضغط على الأيقونة بالقبول غير كافي وإنما لا بد من التأكيد بالضغط للمرة الثانية) ولتجنب ذلك النقد نجد أن فكرة العقد غير النافذ تحافظ على الأصول القانونية بانعقاد العقد فور ارتباط الإيجاب بالقبول إلا أن آثاره لا تترتب إلا بعد مضي المدة وعدم العدول ليستطيع المستهلك خلال الفترة الممنوحة التبصر في إرادته هل كانت مدركة مستتيرة ولم يكن هناك تسرع في رضائه نتيجة لضعف معرفته وخبرته .

٢. المحافظة على حقوق المتعاقدين والغير كذلك .

العقد غير النافذ خلال الفترة الممنوحة للعدول من شأنه عدم ترتيب العقد لآثاره إذ يبقى المهني مالكا للمبيع مثلاً في عقد البيع وما يترتب على ذلك من فائدة له كما لا يستطيع المستهلك التصرف بالشيء محل العقد والفائدة للمستهلك بعدم سريان التقادم بحقه مثلاً أما الفائدة بالنسبة للغير بعدم تعلق المال بحق للمستهلك .

٣. عدم تحمل تبعه الهلاك .

العقد غير نافذ يحقق حماية للمستهلك فيبقى البائع مالكا للمبيع في عقد البيع , ففي حالة هلاك المبيع دون تعدي أو تقصير من الطرف الآخر أو كان الهلاك لسبب أجنبي كانت تبعه الهلاك على البائع أما لو كان العقد نافذاً وترتبت عليه آثاره بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري كانت تبعه الهلاك على المشتري . وهذا ما ينطبق على القانون المدني الفرنسي الذي ربط الهلاك بانتقال الملكية وليس بالتسليم^(١٠٥) .

٤. التوافق مع المبرر من إقرار خيار العدول .

(١٠٥) أنظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , مصدر سابق , ص ٦٠٩, هامش(١)

نجد أن العقد غير نافذ يتفق مع المبرر من إقرار هذا الخيار للمستهلك خلال فترة معينة كونه - خيار العدول - يهدف إلى الاستيثاق من الرضا لضعف المستهلك المعرفي تجاه المهني ومن ثم لا يحتاج إلى نفاذ للعقد وتسليم السلعة لتأكد من مدى ملائمتها للغرض الذي تم التعاقد من أجله أو مطابقتها للمواصفات أو الوقوف على خصائصها كما في شرط التجربة أو الرؤية .

٥. عدم وجود ما يمنع الفصل بين تكوين العقد وانعقاده وبين نفاذه .

إذ نجد أن المشرع^(١٠٦) قرر إيقاف العقد في حالات معينة لتعلقها بالإرادة والرضا , ويمكن تقرير حالات أخرى في قوانين حماية المستهلك تحقيقاً لأهداف القانون سيما أن خيار العدول عن العقد يهدف إلى حماية الرضا فربما أن يكون هذا الرضا غير صحيح لأسباب أخر قدرها المشرع غير العيوب التقليدية في القوانين المدنية والتي تجعل من العقد موقوف غير نافذ .

صفوة القول أن العقد المقترن بخيار العدول عقد غير نافذ أو

نافذ لازم مقترن بخيار العدول بنص القانون .

موقف المشرع العراقي من خيار العدول

كما ذكرنا سابقاً أن المشرع العراقي لم يضمن قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ نصاً يتعلق بخيار العدول لتحديد التكييف القانوني له . غير أننا نجد تطبيقاً لخيار العدول في القانون العراقي ومنها قانون النقل النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣^(١٠٧) حيث نصت المادة (٢٠) ((- أولاً - إذا عدل الراكب عن النقل قبل مباشرته فعليه أن يخطر الناقل بعدوله قبل مدة لا تقل عن ٢٤ ساعة من الموعد المعين لتنفيذ النقل. وعند الضرورة القصوى يجوز

(١٠٦) أنظر نص المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي بشأن العقد الموقوف

(١٠٧) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٩٥٣ في ٨ / ٨ / ١٩٨٣

إخطار الناقل في اليوم المذكور، وفي هاتين الحالتين لا يستحق الناقل أجره لنقل .. ((.

يرى الباحث أن تكيف العدول عن العقد الوارد في المادة (٢٠) من قانون النقل دون خسارة الأجرة، أي دون دفعها، هو عقد غير نافذ وليس عقد غير لازم، كون أن العقد غير لازم يكون في العقود التي تقتضي طبيعتها ذلك، وأن عقد النقل من العقود اللازمة للطرفين والذي لا يستطيع أي من الطرفين فسخ العقد بإرادته المنفردة دون أن يترتب عليه جزء من جراء ذلك، لذا فإن التكيف الذي نراه أن العقد غير نافذ لحين قبل ٢٤ ساعة عن ميعاد النقل حيث بعدها ينفذ العقد وتستحق الأجرة. وهذا ما أشارت إليه الفقرة ثانياً من المادة (٢٠) والتي تنص على ((ثانياً- إذا لم يحضر الراكب في الميعاد المعين للنقل ولم يخطر الناقل استحققت الأجرة))

عليه فإن من تاريخ انعقاد العقد ولغاية الفترة المحددة له بالعدول فإن العقد غير نافذ، وأن القول بأن أجرة النقل تكون مدفوعة سلفاً في أغلب الأحيان فإن هذا لا يعد تنفيذاً للعقد كونه شرط موضوع من الناقل أذعن له الراكب ولا يغير من الأمر شيئاً وعن خياره في العدول إذ يستطيع العدول ويلتزم الناقل هنا بإعادة المبلغ له .

المبحث الثاني

مفهوم خيار المستهلك في الفقه الإسلامي

بعد الاختلال للتوازن في العملية التعاقدية , نتيجة للأزمات الاقتصادية واستمرار استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف تدخل المشرع الأوربي بعد الحرب العالمية الثانية بشكل ملموس بغية إعادة ذلك التوازن بين المهني والمستهلك بحماية الأخير بوسائل شتى منها - تلك التي تناولتها الرسالة - حيث النص عليها بالقانون , ليستطيع العدول عن العقد بمحض إرادته وبشكل مطلق دون الخضوع لأي قيد ودون بيان الأسباب والمبررات للعدول بل أن عدوله يكون دون مقابل , هذا هو موقف القانون المعاصر لذا بقي التساؤل هنا : هل أن الشريعة الإسلامية عرفت مثل تلك الوسيلة لحماية المستهلك ؟

نقول هنا سنخصص هذا المبحث لبيان أن الشريعة الإسلامية لم يصل إلى درجة كمالها أي من القوانين الوضعية ولن تصل مهما كان التطور بل أن تلك القوانين تستمد وتستلهم بين حين وآخر من مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية و تنص عليها في قوانينها مع بعض التعديلات والتي تتناسب ومبادئها وأفكارها , هذا يعني أن الشريعة الإسلامية قد عرفت تلك الوسيلة بالعدول عن العقد منذ عهد التكوين للرسالة الإسلامية أي العدول الثابت بحكم الشرع (وليس بالاتفاق) والذي يستطيع به المتعاقد العدول عن العقد دون بيان الأسباب والمبررات أي بمحض إرادته ودون أن يترتب عليه جراء ذلك أي تبعات كخسران مبلغ من المال مثلاً حيث يمارسه بإرادته المنفردة ولا يخضع لسلطة الحاكم الشرعي وهذا ما سنوضحه خلال البحث لذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين نتناول في الأول تعريف المستهلك وخيار العدول في الفقه الإسلامي , وفي المطلب الثاني الطبيعة الفقهية لخيار العدول والتكييف الفقهي للعقد المقترن بالخيار .

المطلب الأول

تعريف المستهلك وخيار العدول في الفقه الإسلامي

مصطلح المستهلك من المصطلحات الوضعية المعاصرة ونظراً لتركز البحث على خياره في العدول بات من المهم بيان من هو المستهلك في الفقه الإسلامي وهذا ما نتناوله في فرع أول ومن ثم التعريف بخياره في العدول في فرع ثان .

الفرع الأول

تعريف المستهلك في الفقه الإسلامي

يذهب رأي إلى القول (أن فقهاؤنا القدامى لم يتعرضوا للفظ الاستهلاك , لأنها من حيث الإطلاق اصطلاح معاصر مع أن مضامينها ومتعلقاتها موجودة في الفكر الاقتصادي الإسلامي منذ نشأته)^(١٠٨) .

إذ أن أفكار الإمام علي بن أبي طالب "عليه السلام" الاقتصادية عند الإطلاع عليها والوقوف على مضامينها نجد أنها تفوق ما وصل إليه الاقتصاد الغربي كما أن في تراثنا الكثير من الأفكار تدل على التقدم والتفوق على كثيراً من النظريات الاقتصادية الغربية لا بل أن عدة من هذه النظريات تجد أساسها في تراثنا الفقهي والفكري^(١٠٩) .

نستطيع من هنا الانطلاق بتوضيح صورة المستهلك في الفقه الإسلامي وهو الإنسان الذي استخلفه الله تعالى على الأرض إذ خلق له كل شيء وسخر لأجله كل ما في الكون لديمومة الحياة .

يذكر بعض الكتاب^(١١٠) أن الإسلام أهدف الحياة الإنسانية كلها وحماها (المستهلك عضو فيها) ولولا الإسلام لما كانت هناك حياة لإنسان ولا استقرار

(١٠٨) د. موفق محمد عبده , حماية المستهلك في الفقه الاقتصادي الإسلامي , ط الأولى ,

دار مجدلاوي , عمان , ٢٠٠٢ , ص ٣٢

(١٠٩) أنظر جواد كاظم حميد , علم الاقتصاد عند الإمام علي عليه السلام , ط الأولى , مؤسسة وارث الأنبياء الثقافية , البصرة , ٢٠٠٩ , ص ٣.

(١١٠) أنظر د. رمضان علي السيد الشرنباصي , مصدر سابق , ص ٢٧

لمجتمع وان التشريعات الإسلامية تستهدف المحافظة على أمور خمسة عرفت بالضروريات الخمس وهي :-

١. المحافظة على الدين .
٢. المحافظة على النفس .
٣. المحافظة على العقل .
٤. المحافظة على النسل .
٥. المحافظة على المال .

وبهذا يعرف البعض^(١١١) المستهلك من وجهة شرعية باعتبار تصرفه إلى أنه (من يقوم بإبرام عقود شرعية - قانونية - مع غيره للحصول على مال أو خدمة إشباعاً لحاجاته الاستهلاكية الشخصية والعائلية , أي أن فعله تصرف شرعي - قانوني - لتملك عين أو منفعتها) . ويعرفه آخر^(١١٢) بأنه (كل من يؤل إليه الشيء بطريقة الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال) . ونستطيع تأصيل الاستهلاك في الشريعة الإسلامية في العديد من النصوص الشرعية في القرآن الكريم حيث يقول تعالى في محكم كتابه " يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم"^(١١٣) . وقوله تعالى " وكلوا وأشربوا ولا تسرفوا"^(١١٤) .

ومن خلال ما تقدم بالإمكان إيراد عدد من العناصر نوضح بها صورة المستهلك وعلى النحو الآتي .:

(١١١) د. مختار حمامي , الرقابة الشرعية للسوق وأثرها على حماية المستهلك , بحث مقدم الى الملتقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي المنظم من قبل معهد العلوم القانونية والإدارية , بالمركز الجامعي بالوادي , المنعقد في الجزائر يومي ٧ و ٨ جمادي الأول ١٤٢٩ هـ الموافق لـ ١٣ , ١٤ ابريل ٢٠٠٨ م , ص ٩٣ .

(١١٢) د. رمضان علي السيد الشرنباصي , مصدر السابق , ص ٣٢ .

(١١٣) سورة البقرة , من الآية رقم (١٧٢)

(١١٤) سورة الأعراف من الآية رقم (٣١) .

- الإنسان

بعد أن خلق الرب الكريم الإنسان ومن قبله الدنيا والأرض ومن ثم مكنه على الأرض واستخلفه عليها حيث يقول عز من قائل " ولقد مكناكم في الأرض وجعلنا لكم فيها معاش قليلاً ما تشكرون " (١١٥). ولغرض ديمومة الحياة يتطلب الأمر استغلال الثروة الموجودة فيها لتوفير احتياجاته المختلفة فلا بد من توفر فئة منتجة وموزعة للسلع والخدمات وفئة تتلقى تلك السلعة والخدمات وهم (المستهلكون) وما الاستهلاك سوى وسيلة تمكن الإنسان القيام بواجباته الدنيوية والتي حث عليها الإسلام تحقيقاً لمصالحه واحتياجاته الشخصية ولا يقتصر صفة المستهلك على المتعاقد فقط بل تشمل أفراد عائلته أو من يعيّلهم بل أكثر من ذلك على الآخرين وفقاً للقيم والواجبات الشرعية وفي ذلك يقول تعالى " يسألونك ماذا ينفقون , قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وأبن السبيل وما تفعلوا من خير فإن الله به عليم " (١١٦) . ولا يقتصر المستهلك على الإنسان وحده في الشريعة الإسلامية بالرغم من تسخير كل ما في الكون له إلا أنه يمكن أن يتمتع بهذه الصفة بعض المؤسسات في الشريعة الإسلامية كالجهاز الخيرية في حالة الوقف أو الوصية لها مثلاً.

ويذكر بعضهم (١١٧) أن (الفقہ الإسلامي يقرر(ما يسمى قانوناً) بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية أو الشخصية المجردة عن طريق الاعتراف لبعض الجهات

العامّة كالمؤسسات والجمعيات والمساجد بوجود شخصية اعتبارية تشبه شخصية الأفراد الطبيعيين في أهلية التملك وثبوت الحقوق والالتزام بالواجبات

(١١٥) سورة الأعراف آية رقم (١٠) .

(١١٦) سورة البقرة آية رقم (٢١٥) .

(١١٧) د. عبد الستار حامد الدباغ , نظرية الحق في الفقہ الإسلامي , ط الأولى , مركز

البحوث والدراسات الإسلامية , بغداد , ٢٠٠٨ , ص٤٢

وافترض وجود ذمة مستقلة للجهة العامة . بقطع النظر عن ذمم الأفراد (والتابعين لها) . ويذكر جانب من الفقهاء المحدثين^(١١٨) لإثبات الشخصيات الحقوقية الثابتة في الفقه الغربي وتصحيحها وفق أسس الفقه الإسلامي , يكون بثلاث طرق .

- نوع التصرف

نظمت الشريعة الإسلامية أحكاماً في العبادات ومثلها في المعاملات إذ يذكر بعضهم^(١١٩) أن الفقه ينقسم إلى أربعة أقسام : عبادات , وعقود , وإيقاعات , وأحكام فالعبادات تقرب إلى الله تعالى , مثل الصلاة و العقود التي تتعد بوجود طرفين , مثل البيع , أما الإيقاعات إنشاء من طرف واحد مثل الطلاق و أخيراً الأحكام تشمل الصيد والذباحة وغيرها .

وذهب البعض الآخر^(١٢٠) إلى القول أن المعاملات المالية التي ينبغي فيها مراعاة المستهلكين , وحمايتهم من الغش والضرر إنما تخص المعاوضات إذ فيها تقع المشاحنات بخلاف التبرعات , فإنها مبنية على الإحسان والرفق . بينما يرى الباحث بأن يتم مراعاة المستهلكين في أنواع المعاملات المالية جميعها من عقود معاوضات وتبرعات ومن إيقاعات كالجعالة ومن الأحكام كالشفعة لقوله تعالى " ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد"^(١٢١) . وعلى هذا الأساس فإن الإنسان بتصرفه مع الغير وتعامله بشتى أنواع المعاملات سيجعل الله نصب عينيه في العقود والتبرعات والإيقاعات ومن ثم عدم الانحراف في سلوكه لما فيه ضرر للآخرين .

- السلع والخدمات

^(١١٨) راجع في تفصيل الطرق الثلاث السيد كاظم الحسيني الحائري , فقه العقود , الجزء الأول , ط الثانية , مجمع الفكر الإسلامي , قم , ١٤٢٣ هـ , ص ٩٠ وما بعدها .

^(١١٩) أنظر محمد جواد مغنية , فقه الإمام جعفر الصادق , الجزء الثالث , قدس محمدي , قم , ص ١٣ .

^(١٢٠) أنظر د. مختار حمامي , مصدر سابق , ص ٩٤ .

^(١٢١) سورة ق آية رقم (١٨) .

في مجال الاستهلاك فإننا نجد كثيراً من السلع التي يحرم استهلاكها كالأطعمة والأشربة لما فيها من ضرر بالغ على الإنسان فلا يحل أكل السباع مثلاً وشرب المسكرات كالخمر وما يحرم من الألبسة ومواد الزينة كالحرير والذهب على الرجل^(١٢٢) (إذ يحرض التشريع الإسلامي على حماية المستهلك من استهلاك السلع المحرمة شرعاً , وذلك لما فيه من ضرر على المستهلك في دينه وجسمه ولأجل هذا حرم الإسلام الاستهلاك الخبيث)^(١٢٣). إذ يقول عز من قائل " وَيُحِلُّ لِهِم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث " ^(١٢٤) . وقوله تعالى " حَرَّمَ عَلَيكُم الميئة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم " ^(١٢٥)

أما الخدمات فهي من المصطلحات الاقتصادية المعاصرة ولكن لا يوجد ما يحول دون إيجاد عقود مستحدثة في مجال الخدمات . إذ يقول بعضهم^(١٢٦) أن العقود التي أوردها الفقهاء في كتبهم وتعرضوا لأحكامها ليست وحدها وأن غيرها لا تترتب عليها الآثار وإنما العقود في عصور التدوين والتشريع لم تتعداها , فإذا أوجدت الحاجة أو الحضارة طرقاً غيرها للتبادل والتكسب , وسماه الناس عقداً ولم تخل بالأداب العامة والنظام يجب الوفاء بها مع بعض القيود والحدود.

إذن بالإمكان أن يتمتع الإنسان بأي نوع من أنواع الخدمات المادية أو الذهنية أو المالية وتجدر الإشارة الى أن الإسلام يحرض ويسعى على إقامة

^(١٢٢) راجع في تفصيل ذلك أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي , شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام , القسم الثاني , ط العاشرة , مركز الرسول الأعظم , بيروت , ١٩٩٨ , ص ٢٧٣ وما بعدها. وكذلك زين الدين الجبعي العاملي المعروف بالشهيد الثاني , الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية , الجزء الثاني , ط الأولى , مؤسسة كنج عرفان , قم , ١٤٢٣ هـ , ص ٨ وما بعدها .

^(١٢٣) د. موفق محمد عبده , مصدر سابق , ص ٨٤ .

^(١٢٤) سورة الأعراف من الآية رقم (١٥٧) .

^(١٢٥) سورة المائدة من الآية رقم (٣) .

^(١٢٦) أنظر هاشم معروف الحسيني , نظرية العقد في الفقہ الجعفري , دار التعارف

للمطبوعات , بيروت , ١٩٩٦ , ص ١٣٦ .

التوازن بين المنتج والمستهلك فهو لا يسمح بتفضيل أحدهما على الآخر فهو يحمي المستهلك كما يحمي المنتج كذلك يقف ضد عدوان احدهما على الآخر. (١٢٧)

وعلى هذا نستطيع تعريف المستهلك في الفقه الإسلامي بأنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل على سلعة أو خدمة باعتباره المستفيد النهائي منهما لإشباع حاجاته المختلفة أو حاجات الآخرين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية)

الفرع الثاني

تعريف خيار العدول عن العقد في الفقه الإسلامي

بعد أن تناولنا خيار العدول عن العقد والمقرر بنص القانون في قوانين حماية المستهلك . نبحث في هذا الفرع التعريف بخيار العدول عن العقد في الفقه الإسلامي بالتساؤل هل ورد في هذا الفقه مثل هذا الخيار بخصائصه التي تم ذكرها؟ .

الشريعة الإسلامية سعت ومن ذلك الحين - عصر نزول الرسالة الإسلامية - إلى تحقيق العدالة والمساواة بين أفراد البشر ومنع استغلال القوي للضعيف في مختلف الميادين سيما في مجال التجارة والمعاملات المالية حيث يقول جل وعلا " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم" (١٢٨) " بهذا تؤكد شريعتنا على التراضي في التعاقد وعدم جواز أخذ مال الغير دون رضاه سواء كان عنوة أم بالغش أم التغيرير أم ما شاكل ذلك .

(١٢٧) أنظر د. عطية عبد الواحد , حماية المستهلك من منظور إسلامي , ١٩٩٥ , ص ٢٩

(١٢٨) سورة النساء من الآية رقم (٢٩) .

وتعد الخيارات من أهم الموضوعات عند تناول عقد البيع، وهذه الخيارات منها ما يكون بالاشتراط بين المتعاقدين ومنها ما يكون بحكم الشرع وقد اختلف في عددها .

حيث ذهب الأحناف إلى ثلاثة عشر خياراً^(١٢٩) ومنهم من قال سبعة عشر خياراً^(١٣٠)، وعند الأمامية قيل أربعة عشر خياراً^(١٣١)، وجاء لدى السيد الشهيد الصدر اثنا عشر خياراً^(١٣٢) وذكر السيد الشيرازي أحد عشر خياراً^(١٣٣) أما في المكاسب اقتصر الخيارات على سبعة لأن ما عددهما لا يستحق عنواناً مستقلاً وهذا ما ذهب إليه السيد أبو القاسم الخوئي والسيد السيستاني أيضاً^(١٣٤) أما الحنابلة فقالت ثمانية خيارات^(١٣٥).

إلا أن الذي يهمنا في هذا الفرع بيان أي من تلك الخيارات تمنح للمتعاقد الفرصة بالعدول عن العقد كما هو ثابت في قوانين حماية المستهلك في الفقه الغربي ومن خلال البحث وجدنا أن خيار المجلس في الفقه

(١٢٩) أنظر الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الخامس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٤٣٧ .

(١٣٠) أنظر محمد علاء الدين الحصكفي ، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار ، الجزء الخامس ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٧٤ ، تحقيق محمد أمين المعروف بابن عابدين .

(١٣١) أنظر محمد بن جمال الدين مكي العاملي المعروف بالشهيد الأول ، اللمعة دمشقية ، ط الأولى ، دار الفكر ، قم ، ١٤١١ هـ ، ص ١٠٧ .

(١٣٢) أنظر السيد محمد الصدر ، منهج الصالحين ، الجزء الثالث ، ط الأولى ، دار الأضواء ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٥٠ .

(١٣٣) أنظر السيد صادق الحسيني الشيرازي ، المسائل الإسلامية مع المسائل الحديثة ، ١٤٢٣ هـ ، ص ٥٧٣ .

(١٣٤) أنظر مرتضى بن محمد أمين الأنصاري ، المكاسب ، الجزء الخامس ، ط الأولى ، مجمع دار الفكر الإسلامي ، قم ، ١٤١٨ هـ ، ص ٢٥ . والسيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين (المعاملات) ، الجزء الثاني ، الطبعة السادسة والعشرون ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٢٨ . والسيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، المعاملات ، الجزء الثاني ، ط الأولى ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ٤٠ .

(١٣٥) أنظر منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الثالث ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٢٢٩ .

الإسلامي يثبت للمتعاقدین بحكم الشرع دون حاجة إلى الاتفاق , كما يهدف إلى حماية رضا المتعاقدین بمنحهم مهلة للتفكير بشأن العقد أما بالعدول عنه أم بالمضي به كي يكون التعاقد عن طيب نفس ليس فيه ما يجعل احدهما نادماً محسوراً وهذا ما ينطبق مع مبادئ الشريعة الغراء , عليه سنوضح إن خيار المجلس في الفقه الإسلامي يتوافق مع الخيار القانوني للمستهلك في الفقه المعاصر في جل خصائصه , وهذا ما سنبحث مع بيان آراء المذاهب الإسلامية في هذا الخيار وكما يأتي .:

تعريف خيار المجلس

الخيار في اللغة تقدم تعريفه^(١٣٦)

أما الخيار في الاصطلاح الفقهي : (ملك إقرار العقد وإزالته بعد وقوعه مدة معلومة)^(١٣٧).

وعرف أيضاً (حق يقتضي السلطنة على فسخ العقد بإلغاء مضمونه وإن كره الطرف الآخر)^(١٣٨) وأيضاً (حق خاص يقتضي الاستيلاء على فسخ العقد)^(١٣٩)

والمجلس في اللغة : من جلس يجلس جلوساً ومجلساً , كمقعد , وأجلسته .
والمجلس : موضعه كالمجلسة^(١٤٠)

أما المجلس في الاصطلاح الفقهي : (مطلق مكان المتبايعين حين البيع)^(١٤١)

^(١٣٦) أنظر ص (٢٣) من البحث

^(١٣٧) السيد علي الطباطبائي , رياض المسائل في بيان أحكام الشرع بالدلائل , الجزء الثامن , ط الأولى , النشر الإسلامي , قم , ١٤١٩ هـ , ص ١٧٧ .

^(١٣٨) السيد محمد الصدر , مصدر سابق , ص ٥٠ .

^(١٣٩) السيد هاشم الموسوي , تلخيص المرام في معرفة الأحكام , القسم الأول , دار

المؤرخ العربي , بيروت , بدون سنة طبع , ص ٣٢٢

^(١٤٠) أنظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي , القاموس المحيط , الجزء الأول ,

المؤسسة العربية للطباعة والنشر , بيروت , بدون سنة طبع , ص ٤٣٩

^(١٤١) المكاسب , ج ٥ , ص ٢٧ .

إضافة إلى الموضوع , وإنما المعتبر عدم التفرق في الأبدان^(١٤٢) .
وعند إضافة الخيار إلى المجلس نصل إلى المقصود وهو خيار المجلس
كمصطلح فقهي ويقصد به (كل بيع يقع فللمتبايعين الخيار ما لم يفترقا من
المجلس وإذا فارقا مجلس البيع مصطحبين بقي الخيار الى أن يفترقا)^(١٤٣) .
حكمة خيار المجلس

إن الحكمة من خيار المجلس هي إعطاء المتعاقدين فرصة للتفكير
والتدبر والتروي في أمر العقد ليقررا مصير العقد أما بالإبقاء عليه أو التراجع
والعدول عنه إذا وجد ذلك في مصلحتهما^(١٤٤) .

وبهذا يتفق خيار العدول المقررة في قوانين حماية المستهلك مع الحكمة
من خيار المجلس في الفقه الإسلامي وهذا يدل وبشكل واضح على كمال
وعدالة أحكام الشريعة الإسلامية في الأزمنة جميعها منذ عصر التكوين حتى
يرث الله عز وجل الأرض ومن عليها وتبقى المنهل الذي يستمد منه أسمى
القواعد والأحكام خدمة للمصلحة الخاصة والعامة على حد سواء (ورغم
التباين البسيط جداً , كما سنرى , بين خيار المجلس وخيار العدول عن العقد
المقرر للمستهلك في القوانين المعاصرة) إلا أن الغاية والحكمة واحدة وهو
دفع الضرر عن المتعاقد بإكمال رضاه حتى لا يجبر على تنفيذ العقد وهو
مرغم عليه وخصوصاً أن المستهلك قد تدفعه الغريزة أكثر من العقل للحصول
على مبتغاه وحاجته وبعد الحصول عليها تضعف تلك الغريزة ويأخذ العقل
دوره الطبيعي بالتشخيص والمفاضلة ومدى الحاجة الى التعاقد من عدمه .

خيار المجلس لدى المذاهب الإسلامية

^(١٤٢) أنظر رياض المسائل , ج ٨ , ص ١٧٧ . وكذلك المكاسب , ج ٥ , ص ٢٧ .

^(١٤٣) السيد هاشم الموسوي , مصدر سابق , ص ٣٢٢ .

^(١٤٤) أنظر محمد جواد مغنية , مصدر سابق , ص ١٤٨ . وكذلك هاشم معروف الحسني ,

مصدر سابق , ص ٣٧٦ .

اختلفت المذاهب في ثبوت خيار المجلس ونتج عن هذا الخلاف قولان , الأول ينفي خيار المجلس , والثاني بثبوت خيار المجلس والذي سنتناوله تباعاً ومن ثم بيان رأي الباحث .:

نفي خيار المجلس وأدلته

ذهبت الحنفية والمالكية إلى نفي خيار المجلس .

قالت الحنفية : (أن خيار المجلس ليس بثابت عندنا)^(١٤٥) إذ ليس لأي من المتعاقدين اختيار إمضاء العقد أو فسخه ولو في مجلس العقد^(١٤٦) وكذلك فإن خيار المجلس غير ثابت لدى المالكية أيضاً^(١٤٧) . حيث قال مالك : (وليس لهذا عندنا حد معروف , ولا أمر معمول به فيه)^(١٤٨) .

أدلة نفي الخيار التي ساقها أصحاب هذا الرأي .:

١. قوله جلا وعلا : " يا أيها اللذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل

إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم " ^(١٤٩) حيث أباح الله تعالى أكل

المال مباشرة بعد العقد ,

بشكل مطلق فلم يشترط التفرق وأن العقد المطلق يكون به ثبوت الملك في الحال^(١٥٠).

٢. قوله تعالى " يا أيها اللذين آمنوا أوفوا بالعقود " ^(١٥١) .

^(١٤٥) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , الجزء الخامس , ط الأولى , المكتبة الحبيبية , باكستان , ١٩٨٩ , ص ٢٢٨
^(١٤٦) أنظر محمد أمين المعروف بابن عابدين , حاشية رد المحتار على الدر المختار – شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان , الجزء الخامس , دار الفكر بيروت ١٩٩٥ , ص ٧٤

^(١٤٧) أنظر محمد عرفه الدسوقي , حاشية الدسوقي على شرح الكبير , الجزء الثالث , دار أحياء الكتب العربية , عيسى البابي الحلبي وشركاؤه , بدون سنة طبع , ص ٩١ .

^(١٤٨) الإمام مالك بن أنس الموطأ , الجزء الثاني , دار أحياء التراث العربي , بيروت , ١٩٨٥ , ص ٦٧٠ تصحيح وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي

^(١٤٩) سورة النساء من الآية رقم (٢٩) .

^(١٥٠) أنظر بدائع الصنائع , ج ٥ , ص ٢٢٨ .

^(١٥١) سورة المائدة من الآية رقم (١) .

- تتضمن الآية الكريمة أمر الوفاء بالعقد أي بعد انعقاده من إيجاب وقبول حيث أن الأصل في العقود للزوم فلا ينتظر الى التفارق من المجلس^(١٥٢)
٣. عن ابن عمر أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار))^(١٥٣) .
- يذهب الحنفية إلى أن الخيار المذكور محمول على خيار الرجوع وخيار القبول فخيار الرجوع للبائع إذا قال بعثك كذا فله أن يرجع قبل أن يقبل المشتري اشترت وكذا إذا قال المشتري اشترت منك كذا كان له أن يرجع أيضاً ما لم يقبل البائع بعث وللبائع والمشتري أن لا يقبل أيضاً^(١٥٤)
٤. خيار المجلس (وإن ورد به حديث) وهو قوله عليه الصلاة والسلام ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)) فهذا الحديث (وإن كان صحيحاً لكن صحته لا تنافي أنه خبر آحاد وعمل أهل المدينة مقدم عليه عند مالك وذلك لأن عمل أهل المدينة كالمتمواتر لأنه من قبيل الاجماعيات والمتواتر يفيد القطع بخلاف خبر الآحاد وإنما يفيد الظن)^(١٥٥) .
٥. قال مالك : (إن البيع كلام فإذا أوجب البيع بالكلام وجب البيع ولم يكن لأحدهم أن يمتنع مما قد لزمه)^(١٥٦) .
٦. خيار المجلس كما ورد في حديث ابن عمر حمل بعض المالكية إلى القول بالتفرق هنا بالأقوال لا على التفرق في الأبدان . فهو خيار تروي^(١٥٧) .

^(١٥٢) أنظر د. رمضان السيد الشرنباصي و د. محمد كمال الدين إمام و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي , المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٢ , ص ٤١٢ . وأنظر طلال علي خيار أبو خمره (الحربي) , خيار المجلس وأثره في العقود في الفقه الإسلامي , رسالة ماجستير مقدم إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية , بغداد , ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م , ص ١٦ .

^(١٥٣) أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري , صحيح مسلم , الجزء الخامس , دار الفكر , بيروت بدون سنة طبع , ص ٩ .

^(١٥٤) أنظر بدائع الصنائع , ج ٥ , ص ٢٢٨ .

^(١٥٥) حاشية الدسوقي , ج ٣ , ص ٩١ .

^(١٥٦) الإمام مالك بن أنس , المدونة الكبرى , الجزء الرابع , مطبعة السعادة , مصر , بدون سنة طبع , ص ١٨٧ .

^(١٥٧) أنظر حاشية الدسوقي , ج ٣ , ص ٩١ .

٧. خيار المجلس مجهول العاقبة فليس له أمد ومن ثم قد يطول وقد يقصر
فالأولى أن يبطل كخيار الشرط مجهول العاقبة^(١٥٨) .
٨. عن ابن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال ((المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون صفقة خيار
ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله))^(١٥٩) . الإقالة الواردة في
الحديث الشريف تدل على نفي خيار المجلس وإلا لماذا نص على
الإقالة؟^(١٦٠)

إثبات خيار المجلس وأدلته

ذهبت كل من الأمامية^(١٦١) والشافعية^(١٦٢) والحنابلة^(١٦٣) إلى القول بثبوت
خيار المجلس فقد جاء عند الأمامية : (بأنه لا خلاف بينهم في ثبوت هذا
الخيار والنصوص به مستفيضة)^(١٦٤) .

^(١٥٨) أنظر حسن علي دنون , النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ,
رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق , جامعة فؤاد الأول , ١٩٤٦ , ص ١٤٩
^(١٥٩) أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي , سنن النسائي , الجزء
السابع , دار أحياء التراث العربي , بيروت , بدون سنة طبع , ص ٢٥١ , تصحيح بمعرفة
أفاضل العلماء وقرئت على الشيخ حسن المسعودي مدرس القسم العالي بالأزهر .
^(١٦٠) أنظر حسن علي دنون , مصدر سابق , ص ١٤٨
^(١٦١) أنظر شرائع الإسلام , ق ٢ , ص ٢٨٦ . الروضة البهية , ج ٢ , ص ١١١ . وكذلك
المكاسب , ج ٥ , ص ٢٧
^(١٦٢) أنظر أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي , الأم , الجزء الثالث , ط الأولى , دار
الفكر , بيروت , ١٩٨٠ , ص ٤ . وكذلك أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف
الفيروزآبادي الشيرازي , المهذب , الجزء الأول , دار الفكر , بيروت , ١٩٩٩ ,
ص ٣٥٩ . وكذلك محمد الشريبي الخطيب , مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج
الجزء الثاني , شركة مصطفى البابي الحلبي , مصر , ١٩٥٨ , ص ٤٣ .
^(١٦٣) أنظر موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه , المغني , الجزء
الرابع , دار الكتاب العربي , بدون سنة طبع , ص ٨ . كذلك كشف القناع , ج ٣ , ص ٢٢٩ .
كذلك شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامه المقدسي , الشرح
الكبير على متن المقنع , الجزء الرابع , دار الكتاب العربي , بدون سنة طبع , ص ٣
^(١٦٤) المكاسب , ج ٥ , ص ٢٧ .

وذكر الشافعية : أن الشارع أثبت الخيار في عقد البيع رفقاَ بالمتعاقدين والخيار على نوعين : خيار تشهي , وخيار نقيصة , وخيار التشهي ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع وسببه المجلس أو الشرط^(١٦٥) .

وقالت الحنابلة : (خيار المجلس (بكسر اللام) وأصله مكان الجلوس فيثبت خيار المجلس ولو لم يشترطه)^(١٦٦) .

الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا الاتجاه

١. حديث البيعان : الشيخ أبو الفتوح الرازي في تفسيره : عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا))^(١٦٧)

٢. عن عبد الله بن الحرث قال سمعت حكيم بن حزام رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما))^(١٦٨) .

٣. حدثنا محمد بن رمح المصري . أنبأنا الليث بن سعد , عن نافع , عن عبد الله بن عمر , عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يفترقا وكانا جميعاً . أو يخير أحدهما

الآخر . فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك , فقد وجب البيع . وإن تفرقا بعد أن تبايعا , ولم يترك واحد منهما البيع , فقد وجب البيع))^(١٦٩) .

^(١٦٥) أنظر مغني المحتاج , ج ٢ , ص ٤٣

^(١٦٦) كشف القناع , ج ٣ , ص ٢٢٩ .

^(١٦٧) ميرزا حسين النوري الطبرسي , مستدرک الرسائل ومستنبط الوسائل , الجزء الثالث عشر , ط الثانية , مؤسسة آل البيت لإحياء التراث , بيروت , ١٩٨٨ , ص ٢٩٨

^(١٦٨) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي , صحيح البخاري , الجزء الثالث , دار الفكر , بدون سنة طبع , ١٩٨١ , ص ١٨ .

^(١٦٩) أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني , سنن ابن ماجه , الجزء الثاني , دار الفكر , بدون سنة طبع , ص ٧٣٦ , تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي

٤. قال أبي عبد الله (الصادق) عليه السلام ((أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا , فإذا افترقا فقد وجب البيع))^(١٧٠).

٥. روي عن الحلبي عن أبي عبد الله (الصادق) عليه السلام أنه قال : ((إن أبي عليه السلام اشترى أرضاً يقال لها العريض فلما استوجبها قام فمضى , فقلت له : يا أبا عبد الله عجلت بالقيام ! فقال : يا بني إني أردت أن يجب البيع))^(١٧١).

٦. ذهب الأمامية الى القول (لنا بعد إجماع الأمامية ما روي من قوله (عليه السلام) المتبايعان , بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار فسامهما متبايعين , وذلك لا يجوز إلا بعد وجود التبايع منهما - لأنه أسم مشتق من فعل كالضارب والقائل - ثم يثبت لهما الخيار قبل التفرق)^(١٧٢) .

الاستنتاج والترجيح

من خلال تلك النصوص والأدلة نذهب إلى القول بمشروعية خيار المجلس وثبوته في العقود بعد التعاقد وكان للمتعاقدين الخيار بالإمضاء أو الفسخ لحين افتراقهما من مجلس العقد ويستدل الباحث بترجيحه هذا على الأدلة الآتية .:

(١) النصوص الواردة عن النبي الأكرم صلى الله عليه وآله وسلم وعن الأئمة المعصومين عليهم السلام وما جاء في كتب الحديث مستقيضة بخصوص خيار

المجلس وذكرنا سلفاً عدداً منها.

(٢) الآية الكريمة التي استدلت بها أصحاب الرأي الذين لم يثبت عندهم خيار المجلس (من عدم أكل المال بالباطل إلا بالتراض) لا نسلم لهم

^(١٧٠) أبي جعفر محمد بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق , من لا يحضره الفقيه , الجزء الثالث , ط الثانية , جماعة المدرسين في الحوزة العلمية , قم المقدسة , ١٤٠٤ هـ , ص ٢٠١ , تصحيح وتعليق علي أكبر الغفاري.

^(١٧١) المصدر السابق , ص ٢٠٣

^(١٧٢) علي بن محمد القمي السبزواري , جامع الخلاف والوفاق بين الأمامية وبين أئمة الحجاز والعراق , ط الأولى , ياسدار إسلام , قم , ١٤٢٠ هـ , ص ٢٥٥

بهذا الاستدلال لعدم وجود تعارض بين هذه الآية وحديث (البيعان) إذ يستطيع كلا المتعاقدين من التصرف في المال بعد العقد وقبل الافتراق ومن شأن هذا التصرف أن يؤدي إلى سقوط الخيار ولا يتعارض مع ثبوت الملك.

٣) أن استدلال المانع الحنفية ومن وافقهم من الأخذ بخيار المجلس بالآية المباركة (أوفوا بالعقود) هو استدلال غير مسلم لهم فالآية ليست منافية للخيار بل أن الوفاء بالعقود عبارة مطلقة ترد على جميع أنواع العقود الجائزة (غير اللازمة) وغير الجائزة (اللازمة) وأن الأخذ بمطلق الآية يعني أن العقود الجائزة من حيث الأصل كعقد العارية والوديعة لا يستطيع أي من الطرفين فسخ العقد إلى حين انتهاء مدته كما يذكر جانب من الفقہ^(١٧٣) (بل أن المراد من وجوب الوفاء الالتزام بجميع ما قصده المتعاقدان من العقد والعمل بكل ما يستدعيه من الآثار)

٤) نفي خيار المجلس على محض الافتراض، من حيث أن المراد بالافتراق هو الافتراق بالقول كخيار الرجوع والقبول أي قبل اقتران القبول بالإيجاب فللموجب العدول عن إيجابه قبل صدور القبول وهو خيار الرجوع وللموجه له الإيجاب التأخر بصدور القبول وهو خيار القبول، أمر لا يستقيم مع النصوص الواردة من أن المراد بالافتراق هو افتراق الأبدان ومما يعضد قولنا ما ورد في السنة المطهرة ونستدل بذلك على (روى أبو أيوب، عن محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: ابتعت أرضاً فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ثم رجعت أردت أن يجب البيع حين الافتراق)^(١٧٤)

وجاء في كتاب الأم (أخبرنا ابن جريح قال أملى على نافع مولى ابن عمر أن عبد الله بن عمر أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((إذا تبايع

^(١٧٣) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص ١٦

^(١٧٤) من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٢٠٤

المتبايعان البيع فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يفترقا أو يكون بيعهما عن خيار ((قال نافع وكان عبد الله إذا ابتاع البيع فأراد أن يوجب مشى قليلاً ثم رجع) (١٧٥)

٥) الاستدلال على نفي خيار المجلس كونه مجهول العاقبة وليس له حد وقد يمتد لطالما المتعاقدين لم يفترقا , قول هو الآخر مبني على أساس الافتراض حيث بإمكان أي من الطرفين ومن تلقاء نفسه أن ينهي هذا الخيار بأن يفارق صاحبه بل والأكثر من ذلك يستطيع أن ينهي الخيار كذلك عند تخيير صاحبه بين الإمضاء والفسخ فعندئذ يسقط خيار المجلس .

٦) الحديث الشريف المستدل به على نفي خيار المجلس ((... ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله)) (١٧٦) نقول هنا أن الإقالة غير مقتصرة من حيث الزمان على مجلس العقد وإنما حتى بعد الافتراق من المجلس هذا من جهة , ومن جهة أخرى عبارة خشية أن يستقبله يقصد منها هو التخيير لصاحبه بأمر العقد فيما إذا كان يرغب بالإقالة وليس لنفي خيار المجلس لطالما كانت الإقالة تستمر للمتعاقدين حتى بعد تفرق المتعاقدين .

٧) أن الحديث الشريف ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا)) (١٧٧) نلاحظ أن البيعان صفة بالشخص وهذه الصفة لا يمكن أن يتصف بها الشخص إلا بعد وقوع البيع فعلاً أما قبل ذلك فلا يمكن تسميتها بالبيعان .

موقف المشرع العراقي من خيار المجلس

لم يأخذ المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

(١٧٥) الأم , ج ٣ , ص ٤.

(١٧٦) سبق تخريجه عند القائلين بنفي خيار المجلس , ص ٥٨.

(١٧٧) سبق تخريجه عند القائلين بثبوت خيار المجلس , ص ٥٩.

بخيار المجلس متأثراً بالفقهاء الحنفي للأسباب المبينة سابقاً وأن ما جاء في المادة (٨٢)^(١٧٨) منه يقصد به (خيار الرجوع) والذي للموجب بعد صدور الإيجاب منها الرجوع قبل أن يصدر القبول من الطرف الذي وجه له الإيجاب . فلو صدر قبول من الطرف الآخر بعد ذلك الرجوع فلا ينعقد العقد لعدم وجود إيجاب قائم لكي يرتبط به .

المطلب الثاني

الطبيعة الفقهية لخيار العدول والتكيف الفقهي

للعقد المقترن بالخيار

خيار العدول عن العقد في قوانين حماية المستهلك يقترب من خيار المجلس في الفقه الإسلامي ولمزيد من تسليط الضوء نبحث في هذا المطلب الطبيعة الفقهية لخيار العدول في فرع أول والتكيف الفقهي للعقد المقترن بالخيار في فرع ثان .

الفرع الأول

الطبيعة الفقهية لخيار العدول

بعد أن تناولنا الطبيعة القانونية لخيار العدول ووصلنا إلى نتيجة مفادها أن الخيار مكنه قانونية يستطيع بها الشخص من الوصول الحق , وطالما تم بحث الموضوع من جانب فقهي ربما سائل يسأل عن طبيعة هذا الخيار في نظر الفقهاء المسلمين لاسيما أن لهذا التحديد نتائج في غاية الأهمية لعل من أهمها بيان هل أن الخيار يسقط بالمسقطات وينتقل بالوفاة وبغيره من الأسباب ؟ ابتداء نقول أن الطبيعة الفقهية للخيارات في الفقه الإسلامي من طبيعة

^(١٧٨) المادة (٨٢) تنص على ((المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس . فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك)) .

واحدة , وكما هو الحال في القانون الوضعي الذي يميز بين الرخصة والمنزلة الوسطى والحق فإن هناك من الفقهاء من يميز بين الحكم والحق والملك لتحديد طبيعة الخيار .

عرض الآراء

يذكر بعض الفقهاء^(١٧٩) بأن هناك فرق بين الحكم والحق إذ أن الحكم ليس فيه السلطنة للشخص على شيء أو على شخص آخر وإنما هو إباحة كجواز الفسخ في العقود الجائزة وكجواز الأكل والشرب أي مجرد رخصة له , أما الحق ففيه نوعان من السلطنة على الشيء كالسلطنة على فسخ العقد والسلطنة على الشخص كحق القصاص .

وهناك من يقول^(١٨٠) أن الحكم عبارة عن ترخيص من الشارع بفعل شيء أو تركه أو الحكم بترتيب أثر خارجي على فعل شيء أو تركه فلا يكون للإنسان الخيار بين رفعه أو وضعه كالجواز في العقود الجائزة والتي هي ترخيص من الشارع للمتعاقدين فليس لأحدهما السلطنة على العقد , أما الحق فهو نوع من السلطنة الثابتة مجعولة من الشارع لأحد المتعاقدين أو كلاهما من حيث فسخ العقد أو إمضائه وملكة تلك السلطنة . أما بالنسبة للملك فهي وإن كانت سلطنة مجعولة من الشارع كما في الحق إلا أن السلطنة هنا شاملة لأنواع التصرفات جميعها في الأعيان والأموال بخلاف الحق الذي ليس جميع التصرفات .

وفي ذلك يقول الأصفهاني^(١٨١) (أن الملك ملازم للسلطنة المطلقة مع أن الحق سلطنة خاصة على تصرف خاص)

^(١٧٩) أنظر في تفصيل ذلك محمد هادي المقدسي النجفي , كتاب البيع – تقارير درس

سيد محمد رضا موسوي كلبايكاني (قدس) , ص ١٤

^(١٨٠) أنظر هاشم معروف الحسني , مصدر سابق , ص ٥٤

^(١٨١) أنظر الشيخ محمد حسين الأصفهاني , حاشية كتاب المكاسب , الجزء الأول , ط

الأولى , دار المصطفى (ص) لإحياء التراث , قم , ١٤١٨ هـ , ص ٤١١ وما بعدها .

تحقيق الميرزا محمد حسين النائيني .

وفي صدد التفريق بين الحكم والحق والملك ذكر البعض^(١٨٢) إلى أن الحق كالمالك يترتب عليه الإسقاط أو النقل بالمعاوضة أو الإرث والذي هو ليس من الإباحة الشرعية .

ويذكر الخوانساري^(١٨٣) إن زمام الأمر بيد من جعل له وأنه ذو سلطنة وقدرة كاملة من حيث الإضافة في نفسها ومتعلقها بأن تكون قابلة لأنحاء التقلبات تسمى ملكاً أما إذا كانت السلطنة غير كاملة لقصور من نفس الإضافة كحق المرتهن أو في متعلقه كحق الخيار لتعلقه بالعقد فتسمى حقاً أما إذا لم يكن المجعول الشرعي مستتباً للإضافة والسلطنة فليس هو إلا حكماً وأن تسميته بالحق كان بالمعنى اللغوي لا بالمعنى الاصطلاحي حيث الفرق واضح بين الحكم والحق وأن قوام الأخير قابليته للإسقاط .
وهناك من يقول (بأن السقوط بالإسقاط والانتقال بالإرث من أظهر خواص الحقوق وآثارها)^(١٨٤) .

وقد ذكر السيد الحائري^(١٨٥) أن هناك ضابطاً للتفريق بين الحكم والحق وهو الضابط العقلاني للإسقاط والضابط العقلاني لجواز النقل والإرث , فالضابط الأول ما كان في نظر العقلاء لرعاية حال من أعطي الأمر بيده ولمصلحته كحق الخيار مثلاً له إسقاطه وإذا لم يكن كذلك فليس له إسقاطه كالولاية المجعولة لمصلحة المولى عليه , أما الضابط العقلاني لجواز النقل والإرث فإن كان في ذي الحق خصوصية لم يجز نقله وإذا انتفت الخصوصية جاز والتي هي مقومية الحق , غير أن جواز النقل والإرث غير متلازمين دائماً فقد يفترقا كحق الشفعة يورث ولا ينقل لأن الوارث مالك لنفس الخصوصية بخلاف الأجنبي وكذلك حق الخيار بينما حق القسم ينقل الى

(١٨٢) المصدر السابق , ص ١٨

(١٨٣) أنظر الشيخ موسى بن محمد النجفي الخوانساري , منية الطالب في شرح المكاسب , الجزء الأول , ط الأولى , مؤسسة النشر الإسلامي , قم ١٤١٨ هـ , ص ١٠٦ وما بعدها .
تحقيق الميرزا محمد حسين النائيني .

(١٨٤) هاشم معروف الحسني , مصدر سابق , ص ٥٦ .

(١٨٥) أنظر السيد كاظم الحسيني الحائري , مصدر سابق , ص ١٣٢ وما بعدها

الضرة ولا يورث لأن الضرة مالكة لنفس الخصوصية بخلاف الوارث وأخيراً كل حق لا يقبل الإسقاط عرفاً لا يقبل النقل أو الإرث عرفاً أيضاً لأن عدم قبوله للإسقاط كان لدخل مصلحة فيه غير مصلحة ذي الحق .

تحليل وتقدير

الآراء التي سبق عرضها تذهب إلى أن هناك فرقاً بين الحكم والحق والملك وأن الخيار الممنوح للمتعاقد في فسخ العقد أو إمضائه حقاً وليس حكماً أو ملكاً فنقول هنا :

الحق في اللغة : له معاني كثيرة . الحق : من أسماء الله تعالى , أو من صفاته , قال ابن الأثير : هو الموجود حقيقة , المتحقق وجوده وإلهيته , وقال الراغب : أصل الحق : المطابقة والموافقة , والحق : يقال لموجود الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة , بالإضافة إلى معاني عدة منها القرآن , خلاف الباطل , العدل , الإسلام . المال , الملك , الموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره , الصدق في الحديث , الموت , وغيرها من المعاني^(١٨٦) .

أما الحق في الاصطلاح الفقهي : (هي السلطنة)^(١٨٧) .

أما الحكم في اللغة : القضاء في الشيء بأنه كذا وليس كذا سواء لزم ذلك غيره أم لا وخصص بعضهم فقال : القضاء بالعدل^(١٨٨) .

أما الحكم في الاصطلاح الفقهي : هو (المجعول المتعلق بعمل المكلفين اقتضاءً أو تخييراً)^(١٨٩) .

على هذا الأساس ولغرض بيان الطبيعة الفقهية لخيار العدول عن العقد فيما إذا كان حقاً أو حكماً . نقول أمام تعدد معاني الحق وتنوعه قد يطلق على بعض مصاديق الحكم بأنها حق وفق المعنى اللغوي ولكن في الحقيقة

^(١٨٦) محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي , تاج العروس من جواهر القاموس , مجلد الثالث عشر , دار الفكر , بيروت , ص ٧٩ وما بعدها , دراسة وتحقيق علي شيري^(١٨٧) الشيخ محمد حسين الأصفهاني , مصدر سابق , ص ٤١ .

^(١٨٨) تاج العروس من جواهر القاموس , م السادس عشر , ص ١٦٠ .

^(١٨٩) الشيخ موسى بن محمد النجفي الخوانساري , مصدر سابق , ص ١٠٦ .

ووفقاً للمعنى الاصطلاحي نجد أن الخيار الممنوح للمتعاقدین في العدول عن العقد نوع من السلطنة المجعولة من الشارع لهما غير أن هذه السلطنة غير كاملة لجميع الحالات وإنما مقتصرة على فسخ العقد أو إمضاءه ومن ثم تكون تلك السلطنة حقاً وليس ملكاً هذا من جهة ، من جهة أخرى نجد أن الخيار ليس حكماً كون الأخير أي الحكم ، عبارة عن ترخيص في فعل الشيء أو تركه وأن أمره يعود إلى الشارع فليس للإنسان رفعه أو وضعه ، على هذا الأساس فإن حق الاستمتاع بالزوجة وحق الوصاية وحق الولاية وحق الخيار في العقود الجائزة كانت على سبيل الرخصة والإباحة وليس السلطنة ، فهي من الأحكام وليس من الحقوق كونها عبارة عن ترخيص في فعل الشيء أو تركه .

أما حق الشفعة وحق الرهن وحق الخيار في العقود اللازمة فهي على سبيل السلطنة الممنوحة ، فهي من الحقوق وليست من الأحكام ، وأن معيار التفريق بين الحكم والحق هو قابلية الأخير للإسقاط دون الأول فما كان قابل للإسقاط فهو حق وإلا فهو حكم وبهذا تؤيد تلك الآراء التي تم عرضها فيما يتعلق بالحد الفاصل بين الحكم والحق.

أخيراً نقول أن (الحكم) يقابل (الرخصة) في القانون الوضعي مثل حرية التملك والتعاقد ، فالشريك مثلاً في العقار مع شريكه قبل تصرف الشريك بالحصّة ليس له حق وإنما رخصة وهذا ما يسمى (الحكم) بالفقہ الإسلامي ، و (الحق) يقابل (المنزلة الوسطى) أو ما يسمى بالمكنة القانونية في القانون الوضعي حيث بعد بيع الشريك حصته ينشأ حق بالشفعة للشريك وهما المنزلة الوسطى أو المكنة تمكن صاحبها من تملك الحصّة وهذا ما يسمى (بالحق) بالفقہ الإسلامي ، و (الملك) يقابل (الحق) في القانون الوضعي وهو عندما يمتلك الشريك الحصّة المباعة من المشتري الأول وهذا ما يسمى (بالملك) بالفقہ الإسلامي .

صفوة القول أن الطبيعة الفقهية لخيار العدول هو الحق والذي يقابل المنزلة الوسطى (المكنة القانونية) في القانون الوضعي .

الفرع الثاني

التكييف الفقهي للعقد المقترن بالخيار

تتقسم العقود من حيث اللزوم إلى عقد لازم ويسمى بالعقد غير الجائز وإلى عقد غير لازم وهو العقد الجائز , وإن هذا التقسيم للعقود هو المقصود في هذا الفرع , بمعنى آخر هل أن العقد المقترن بالخيار خلال فترة انعقاد مجلسه , والذي يكون لكل من العاقدين الخيار بالعدول , أنعقد لازماً أم غير لازم ؟

عرض الآراء

ذهبت الحنفية^(١٩٠) - وهي من المذاهب النافية لخيار المجلس - إلى القول أن عقد البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته إن كان خالياً من الخيارات كان لازماً .

وذهبت الشافعية^(١٩١) إلى القول أن الأصل في البيع اللزوم لأن القصد من البيع نقل الملك وما يكون له من التصرف إلا أن الشارع خرج عن هذا الأصل رفقاً بالمتعاقدين في الخيارات فيصبح العقد هنا جائزاً بعد أن كان لازماً . وكذلك الحنابلة^(١٩٢) قالوا : أن البيع في خيار المجلس يقع جائزاً وأن لكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما دام مجتمعين لم يفترقا وإن تفرقا بعد البيع ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع ولا خلاف في لزومه بعد التفرق . أما لدى الشيعة الإمامية^(١٩٣) : فقد جاء في المكاسب إلى أن البيع في بناءه عرفاً وشرعاً وضع على اللزوم وإنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو

^(١٩٠) أنظر بدائع الضائع , ج ٥ , ص ٢٢٨ . وكذلك حاشية رد المحتار, ج ٥ , ص ٩.

^(١٩١) أنظر مغني المحتاج , ج ٢ , ص ٤٣

^(١٩٢) أنظر المغني , ج ٤ , ص ٦ وما بعدها .

^(١٩٣) ج ٥ , ص ١٤ وما بعدها . وكذلك هاشم معروف الحسيني , مصدر سابق , ص ٣٧٤.

لكلاهما إذ يسقط بالإسقاط وغيره , وأن البيع ليس كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع

الواهب كونه حكماً شرعياً أي (الرجوع في الهبة) من حيث الأصل والذات فلا يقبل الإسقاط حيث يقول (أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمئة انعقاد البيع لا ينافي كونه في حد ذاته مبنياً على اللزوم , لأن الخيار حق خارجي قابل للإنفاك . نعم , لو كان في أول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه , لا حقاً مجعولاً قابلاً للإسقاط كان منافياً لبنائه على اللزوم).

وأخيراً من الآراء التي قيلت بهذا الصدد هناك من يرى^(١٩٤) بأن للخيارات قواسم مشتركة وقواعد عامة ومنها قاعدة : الخيار يسلب صفة اللزوم عن العقد ويراد بها أن ثبوت حق الخيار للعاقدين أو لأحدهما في فسخ العقد يسلب عن العقود صفة اللزوم المترتبة على طبيعتها إذ تكون لازمة حال خلوها من الخيار وجائزة عندما يرافقها الخيار .

الاستنتاج والترجيح

يرى الباحث أن العقد بعد انعقاده وخلال فترة انعقاد المجلس لازم ولا يمكننا القول أنه عقد غير لازم كون أن العقود غير اللازمة أو ما تسمى بالجائزة كانت حسب طبيعتها غير لازمة لمصلحة الطرفين أو أحدهما كعقد العارية وأن عقد البيع من العقود اللازمة من ثم لا يمكن أن يكون لفترة غير لازم ومن ثم يصبح لازماً - حيث أن خيار المجلس يقتصر على عقد البيع وأقسامه كما سنرى - وان اللزوم وعدم اللزوم صفتان مستقلتان عن بعضهما يتصف بأحدهما كل عقد من العقود بعد النفاذ ولا يمكن أن يجتمعان في العقد

(١٩٤) أنظر حوران محمد سليمان , نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقہ الإسلامي , دراسة فقهية مقارنة , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة , جامعة دمشق , بدون سنة طبع , ص ٦٩ ,

الواحد إذ ما كان لازماً ابتداءً يبقى هكذا حتى زواله وما كان غير لازم ابتداءً يبقى هكذا حتى زواله أيضاً هذا من جهة ,
ومن جهة أخرى توصلنا من خلال تحديد الطبيعة الفقهية للخيار إلى أنه حق وليس حكماً , فلو كان من شأن الخيار أن يجعل عقد البيع جائزاً لكان الخيار حكماً وليس بحق كجواز الرجوع في الهبة وغيرها .
صفوة القول أن الفسخ أو الإمضاء للعقد الذي ينعقد لازماً في مجلسه مفاده إعطاء المتعاقدين السلطنة على العقد بحل العقد منذ مرحلة إبرامه .

المبحث الثالث

التمييز بين خيار العدول عن العقد ونظريات

زوال العقد في القانون الوضعي .

تمهيد وتقسيم

خيار العدول عن العقد من شأن ممارسة المستهلك له أن يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي أي العودة إلى مرحلة ما قبل إبرام العقد وكأن لم يكن غير أن هذا الوضع لا يقتصر على العدول عن العقد وإنما هناك نظريات متعددة آخر لزوال العقد معروفة في القانون الوضعي تقترب من خيار العدول , غير أنه من الجدير بالذكر هنا أن العقد قد يزول بعد تنفيذ الالتزامات التي تنشئ عنه وهو الطريق الطبيعي لزوال العقد وهذا ما يسمى بالانقضاء , وقد تعلق الأمر بموضوع التمييز بات من الضروري بحث هذه النظريات (عدا حالة انقضاء العقد) بالقدر الذي يتناسب لبيان التمييز بينهما وما يترتب عليه من توضيح لخيار العدول عن العقد لهذا أنتظم هذا المبحث في ثلاث مطالب خصصنا المطلب الأول للتمييز بين خيار العدول عن العقد ونظرية البطلان أما الثاني للتمييز بين خيار العدول عن العقد ونظرية الفسخ والمطلب الثالث للتمييز بين خيار العدول عن العقد ونظرية الإلغاء.

المطلب الأول

التمييز بين خيار العدول ونظرية البطلان

البطلان في اللغة : بطل الشيء وبطولا وبطلانا أي ذهب ضياعاً وخسراً وقولهم : ذهب دمه بطلاً أي هدرًا , والإبطال : يقال في أفساد الشيء وإزالته^(١٩٥).

البطلان في الاصطلاح : هو (الانعدام القانوني للتصرف)^(١٩٦)

^(١٩٥) تاج العروس , ج ١٤ , ص ٥٦

^(١٩٦) ياسر أحمد كامل الصيرفي , إلغاء التصرف القانوني , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة طبع ص ٢٢٢ .

طبقاً للنظرية التقليدية للبطلان ينقسم البطلان إلى ثلاث مراتب الانعدام , والبطلان المطلق , والبطلان النسبي . حيث يذكر الأستاذ السنهوري أن انعدام العقد يكون عندما ينعدم ركن من أركان العقد أي نقص ركن من أركان تكوينه أما البطلان المطلق للعقد إذا وجدت أركان العقد ولكن اختل ركن منها وذلك عندما لم يستوفي الشروط اللازمة , كأن يكون المحل غير معين أو غير قابل للتعيين أو أن السبب مخالفاً للنظام العام , أما البطلان النسبي للعقد يكون إذا وجدت أركان العقد واستوفت تلك الأركان شروطها , ولكن الرضا صدر بشكل غير صحيح , كأن يصدر عن ناقص الأهلية أو شابه عيب من العيوب الثلاثة المعروفة (الغلط والتدليس و الإكراه) كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً^(١٩٧)

غير أن هذه النظرية منتقدة لأسباب عدة منها , أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني , فهو يستوي مع العقد المنعدم في الانعدام كما أن التمييز بينهما ليس له فائدة عملية كون العقد في الحالتين لا ينتج أثره ويتمسك به كل من له مصلحة وغير ذلك من الأسباب^(١٩٨) . وعلى أية حال أن التقسيم للبطلان في القوانين المعاصرة يعتمد التقسيم الثاني للبطلان المطلق والبطلان النسبي^(١٩٩) .

أما القانون المدني العراقي لا يعتمد هذا التقسيم للبطلان حيث ان البطلان على درجة واحدة وهو البطلان المسمى بالبطلان المطلق أما البطلان النسبي لم يأخذ به المشرع العراقي متأثراً بالفقه الإسلامي , والذي سببته فيما بعد عند الحديث عن

^(١٩٧) أنظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , نظرية العقد , الجزء الثاني , ط الثانية الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ١٩٩٨ , ص ٦٠٢

^(١٩٨) المصدر السابق , ص ٦٠٦

^(١٩٩) من هذه القوانين على سبيل المثال القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري

الموضوع بالفقہ الإسلامي , إذ أن حالات البطلان النسبي , وهو العقد القابل للبطلان يعده المشرع العراقي عقداً صحيحاً لكنه موقوف^(٢٠٠).
وتسمية العقد الباطل عقداً , تسمية مجازية , فهو لا وجود له في الحقيقة ولا أثر له ولا يفيد حكماً^(٢٠١) .

وبناءً على ما تقدم نجد أن أوجه التشابه بين خيار العدول والبطلان هو أن كلاهما يعيد المتعاقدين إلى المرحلة السابقة لإبرام العقد ويجعل من العقد كأن لم يكن بمعنى آخر يكون لهما أثر رجعي على العقد وأن كلاهما يعد من النظام العام فلا يمكن التنازل عنه أو الاتفاق على خلافه كما ولا حاجة لإصدار حكم فيهما.

إلا أن هناك اختلاف واضح وبالإمكان إجمال التمييز بينهما بالنقاط الآتية

::

١. خيار العدول عن العقد يرد على العقد الصحيح أما البطلان يرد على العقد إذا كان في ركنه خلل أو إذا اختلفت بعض أوصافه^(٢٠٢) .
٢. خيار العدول عن العقد مقرر لمصلحة المستهلك ومن ثم لا يمكن التمسك به من الغير أما البطلان جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به حتى المحكمة يجب عليها القضاء به^(٢٠٣) .

(٢٠٠) على سبيل المثال حالات نقص الأهلية , وتعيب الرضا

(٢٠١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , مصادر الالتزام , الجزء الأول , بغداد , ١٩٨٠ , ص ١٢١

(٢٠٢) المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي ((٢- فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع . ٣- ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلفت بعض أوصافه كأن يكون العقد عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوفي للشكل الذي فرضه القانون)) .

(٢٠٣) المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان , وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)) .

٣. خيار العدول عن العقد مكنة قانونية يمنحها المشرع للمستهلك أما البطلان

جزءاً يترتب على تعييب العقد نتيجة ما يعيبه من خلل في ركن من أركانه أو بعض أوصافه .

٤. خيار العدول عن العقد غير قابل للتجزئة أما أن يعدل عن العقد تماماً أو يمضي بالعقد بشكله الكامل , أما في البطلان ولغرض استقرار المعاملات يمكن استثناءً أن يشمل البطلان جزءاً من العقد كما في حالة إنقاص العقد^(٢٠٤) وكذلك فيما يخص تحول العقد^(٢٠٥) .

٥. خيار العدول عن العقد يسقط بمضي المدة المقررة له لممارسته أما البطلان لا يخضع لأي مدة ولا يسقط مهما طال الزمن حيث لا يسري عليه التقادم .

٦. في خيار العدول يكون للعقد وجود قانوني أما في البطلان فليس له إلا وجود مادي وليس قانوني .

ولإلقاء المزيد من الضوء على خيار العدول نتناول هنا في نهاية هذا المطلب التمييز بينه والبطلان النسبي كما أخذت به بعض القوانين التي سبق الاشارة لها .

إذ نجد أن التقارب بين خيار العدول والبطلان النسبي يكون أقرب نوعاً ما عن البطلان المطلق كون إن البطلان النسبي لا يمكن التمسك به إلا لمن تقرر لمصلحته كما هو في خيار العدول وأنه يسقط بمضي المدة أي التقارب من حيث التوقيت كما يكون التشابه من حيث الوجود القانوني للعقد .

(٢٠٤) المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((إذا كان العقد مما شق منه باطل فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتبارها عقداً مستقلاً)) إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطل ((.

(٢٠٥) المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتبارها العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى إبرام هذا العقد))

غير أن الاختلاف بينهما يتمثل بأن البطلان النسبي يرد على العقد غير الصحيح وأن العقد تترتب عليه آثاره لكنها عرضة للزوال أما خيار العدول يرد على العقد الصحيح كما أن آثار العقد - حسب جانب من التكييف الذي تم تحديده في الفصل الأول - لا تترتب إلا عند مضي المدة كونه عقد غير نافذ . (كما أن البطلان النسبي لا يتقرر إلا بالتقاضي أو التراضي) (٢٠٦) .
أما خيار العدول فليس ثمة حاجة لهما .

المطلب الثاني

التمييز بين خيار العدول ونظرية الفسخ

الفسخ في اللغة: (فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ: نقضه فانقضض) ويقال (تفاسخت الأقاويل: تناقضت) (٢٠٧)
وفي الاصطلاح (٢٠٨) الفسخ بأنه (انقضاء الرابطة العقدية لاستحالة التنفيذ أو للامتناع عنه أو للإخلال به) كما عرف الفسخ بأنه (انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي . وهو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ويفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه , فيطلب الآخر فسخه ليفلت بذلك من تنفيذ ما التزم به) (٢٠٩) .
إذن الفسخ وسيلة يلجأ إليها أحد المتعاقدين عند عدم تنفيذ العقد أو عند تنفيذه خلافاً لما يقتضيه القانون من وجوب تنفيذه طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع

(٢٠٦) لسان العرب , ج ٣ , ص ٤٤

(٢٠٧) د. عبد الرزاق السنهوري , نظرية العقد , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٦١٦

(٢٠٨) حسن علي الذنون , النظرية العامة للفسخ في الفقہ الإسلامي والقانون المدني , رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول , نهضة مصر , مصر , ١٩٤٦ , ص ٢٤

(٢٠٩) د. عبد الحميد الشواربي , فسخ العقد في ضوء القضاء والفقہ , ط الثالثة , منشأة المعارف , الإسكندرية , ص ١٥ .

حسن النية^(٢١٠) حيث إذا نفذ العقد وكان لازماً لا يجوز الرجوع عنه ما لم يكن هناك نص بالقانون أو بالاتفاق^(٢١١). غير أن المتعاقد قد لا يجد أمامه من سبيل , نتيجة لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد , سوى اللجوء الى حل الرابطة العقدية بالفسخ وهذا ما تقتضيه العدالة .

وقد ذكر الأستاذ السنهوري (أن أساس نظرية الفسخ تتمثل في اعتبارات العدالة والسبب طبقاً للنظرية التقليدية فبالنسبة للأول ليس من العدل ألا يقوم أحد المتعاقدين بالتزامه ومع ذلك يطالب المتعاقد الآخر بأن ينفذ التزامه أما بالنسبة للثاني فإن سبب التزام أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين هو تنفيذ التزام الآخر طبقاً للنظرية التقليدية فإذا لم يتم التنفيذ انقطع السبب وهي النتيجة التي يصل إليها من طريق الفسخ)^(٢١٢).

ويذكر جانب من الكتاب أن للفسخ طبيعة مزدوجة فهو وسيلة ضمان للدائن حتى يستطيع المحافظة على حقوقه , وجزاء قانوني للمدين كما أن الفسخ يعد من أعمال التصرف إذا لحق عقداً من عقود التصرفات ويعد من أعمال الإرادة إذا انصب على عقد من هذا النوع^(٢١٣). وبما أن الفسخ يكون خلافاً واستثناءً من انقضاء العقد بالتنفيذ فهو لا يكون إلا بحكم قضائي أو بالاتفاق أو استناداً إلى نص القانون وتمثل هذه الحالات أنواع الفسخ الثلاث .

^(٢١٠) راجع المادة (١ / ١٥٠) من القانون المدني العراقي

^(٢١١) راجع المادة (١٤٦) من القانون ذاته

^(٢١٢) د. عبد الرزاق السنهوري , نظرية العقد , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٦٧٩ . وفي نفس الاتجاه يذكر جانب آخر من الفقه إلى أن الأساس الصحيح نظرية الفسخ عند غالبية الشراح هو السبب ود. عبد الحي حجازي , مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , العدد الأول , السنة الأولى , ١٩٥٩ , ص ١٤٣ .

^(٢١٣) أنظر حسن علي الذنون , مصدر سابق , ص ٧٤ وما بعدها . ويراد بأعمال التصرف تلك التي تنطوي على تقرير حق عيني على الشيء كالببيع , أما أعمال الإدارة فهي التي ترمي إلى استغلال الشيء دون المساس بأصله ويتفق مع الاستعمال الذي أعد له الشيء كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . أنظر د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير , مصدر سابق , ص ٦٤

فالأصل لا يقع الفسخ من تلقاء نفسه , بل يجب لوقوعه أن يصدر به حكم أي يجب أن يطلب من القاضي , وحكم القاضي هو الذي ينشئ الفسخ فلا يترتب بمجرد عدم التنفيذ بل يبقى العقد قائماً رغم عدم التنفيذ حتى يحكم القاضي بفسخه^(٢١٤) وهذا الفسخ بحكم القضاء .

والفسخ استناداً إلى نص القانون هو انحلال العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي خارج عن إرادة المدين^(٢١٥) .

أما الفسخ باتفاق الطرفين أي الاتفاق على إنهاء العقد بسبب إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه , يطلق عليها الفسخ الاتفاقي أو التفاسخ ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم^(٢١٦) وبهذا يتضح الفرق بين الفسخ والانفساخ والتفاسخ , والأخير يقترب من خيار العدول لذا سيكون التمييز بينهما .

من المهم وقبل تناول التمييز نشير هنا إلى الشروط الواجب توفرها للفسخ وهي :

١. أن يكون العقد ملزماً للجانبين .
 ٢. أن لا يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد .
 ٣. أن يكون الطرف الثاني الذي يطلب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد .
- الفسخ الاتفاقي تختلف درجاته حسب مدى الاتفاق والذي يستمد من القانون المدني العراقي^(٢١٧) .

^(٢١٤) أنظر د. عبد الحي حجازي , مدى خيار الدائن بين التنفيذ في الفسخ , مصدر سابق , ص ١٤٤

^(٢١٥) أنظر د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي , أساس انفساخ العقد , بحث منشور , مجلة الحقوق , جامعة الكويت , السنة السابعة والعشرون , العدد الثالث , ٢٠٠٣ , ص ٢٣

^(٢١٦) أنظر د. عبد الحميد الشواربي , مصدر سابق , ص ٤٥

^(٢١٧) المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي تنص على ((يجوز الاتفاق على أن العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الأضرار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته))

الدرجة الأولى: الاتفاق على أن العقد مفسوخ من تلقاء نفسه : وهذا الاتفاق لا يعفي من إقامة الدعوى لطلب الفسخ ولا من الأعدار ولكنه يسلب من القاضي سلطته التقديرية فلا يكون له سوى الحكم بالفسخ والذي يكون منشأً للفسخ .

الدرجة الثانية: الاتفاق على أن العقد مفسوخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي , فليس هناك حاجة إلى إقامة دعوى ولكن لا يعفي من الأعدار الذي يوجه للمدين .

الدرجة الثالثة: الاتفاق على أن العقد مفسوخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي ولا أعدار , أما هذا الاتفاق والذي يصل إلى أبعد مدى بين الطرفين فإنه يشمل بالإضافة الى ما ذكر في الدرجتين السابقتين , من سلب السلطة التقديرية للقاضي وليس حاجة الى إقامة الدعوى , فإنه يعفي من الأعدار كذلك .

وعلى هذا الأساس نجد أن الفسخ الإتفاقي يقترب من خيار العدول بشكل أكبر من الفسخ القضائي والقانوني , كما أن الدرجة الثالثة من درجات الفسخ الإتفاقي الأقرب من الدرجتين السابقتين من خيار العدول .

بعد ذلك التوضيح الموجز نصل إلى التمييز بين خيار العدول عن العقد ونظرية الفسخ فمن حيث التشابه بينهما نجد أن كلاً منهما يعيد الطرفين إلى مرحلة ما قبل إبرام العقد وبأثر رجعي وأنها يمارسان بالإرادة المنفردة وخلال مرحلة ما بعد إبرام العقد ودون حاجة الى حكم قضائي كما في الفسخ الإتفاقي وإن كلاً من خيار العدول والفسخ مقرر بنص القانون

أما أوجه الاختلاف بينهما فبالإمكان إجمالها بالنقاط الآتية :

1. خيار العدول عن العقد يمارسه المستهلك بمحض إرادته دون أن يكون هناك إخلال من الطرف الثاني أما في الفسخ لا يمكن ممارسته إلا عند الإخلال وعدم تنفيذ الالتزام من الطرف الثاني , من ثم فإن الأخير له معنى الجزاء دون الأول .

٢. الغرض من خيار العدول عن العقد حماية المتعاقد عن ما يلحق رضاه من مؤثرات ومغريات أو تسرع لعدم خبرته والذي يجعل رضاه غير سليم وكامل أما الغرض من الفسخ هو أن مقتضيات العدالة ترفض الظلم وتدفع الضرر عن المتعاقد والذي يكون بالفسخ . وأن القول بغير ذلك كما يقول جانب من الفقہ^(٢١٨) أن الدائن سيبقى ملتزماً بالعقد دون المدين فضلاً عن ما قيل في السبب بأنه أساساً للفسخ بالنظرية التقليدية.
٣. خيار العدول عن العقد محدد بفترة من الوقت غالباً ما تكون قصيرة أما الفسخ يمتد لفترة طويلة إلى أن يسقط بالتقادم .
٤. خيار العدول عن العقد لا يتضمن العدول الجزئي عن العقد أما في الفسخ يمكن فسخ الجزء الذي لم يتم تنفيذه دون الجزء المنفذ .
- أخيراً من الجدير أن نتطرق لموضوع الإقالة هنا في هذا المطلب كون المشرع العراقي أعتبر الإقالة فسخاً في حق المتعاقدين^(٢١٩)
- والإقالة كما يعرفها البعض (اتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد وإرجاع الحال إلى ما كانت عليه ورد ما سلم إلى صاحبه)^(٢٢٠) فهي من الحالات التي تؤدي الى زوال العقد بعد انعقاده باتفاق الطرفين ,ويقول الأستاذ السنهوري أن العقد كما ينشئ من أيجاب وقبول , فإنه يلغى بإيجاب وقبول أيضاً , فالعقد ينشئ والالتزام والإقالة تلغيه ,وقد يكون كل من الإيجاب والقبول صريح أو صمني^(٢٢١).

^(٢١٨) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري , نظرية العقد , الجزء الثاني , مصدر سابق ,

ص ٦٧٩ الهامش

^(٢١٩) المادة (١٨٣) من القانون المدني العراقي تنص على ((الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد))

^(٢٢٠) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير , مصدر سابق ,

ص ١٨٦ .

^(٢٢١) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري , مصادر الحق في الفقہ الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقہ الغربي - الجزء السادس , دار المعارف , القاهرة , ١٩٦٨ , ص ٢٤٤ .

غير أن الإقالة وأن أدت إلى زوال العقد إلا أنها تختلف عن الفسخ وخاصة الفسخ الاتفاقي لأن الأخير نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام , وفي نطاق التمييز , نجد التشابه بين خيار العدول والإقالة , بأن زوال العقد في كل منهما يكون دون أخل من أحد المتعاقدين , وأن مجال أعمالهما بعد إبرام العقد وعدم ضرورة بيان الأسباب , ودون حاجة للجوء إلى القضاء .

أما أوجه الاختلاف فهي:-

- ١- خيار العدول عن العقد يمارس بالإرادة المنفردة أما الإقالة لا بد من اتفاق الطرفين .
- ٢- خيار العدول عن العقد يعيد الطرفين إلى مرحلة ما قبل إبرام العقد أما الإقالة لا تعيد الطرفين إلى ما قبل التعاقد دائماً فقد يكون الإنهاء للمستقبل .
- ٣- خيار العدول عن العقد مقيد بفترة من الوقت لحين نفاذ العقد أما الإقالة بالإمكان أن تكون في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد .
- ٤- مبررات خيار العدول عن العقد هو حماية الطرف الضعيف أما الإقالة تخضع لمبدأ سلطان الإرادة .

المطلب الثالث

التمييز بين خيار العدول ونظرية الإلغاء

الإلغاء في اللغة: لغا - قال باطلا وألغى الشيء أبطله^(٢٢٢)
 الإلغاء في الاصطلاح : هو (طريق خاص لإنهاء التصرف القانوني)^(٢٢٣)
 يجوز المشرع في بعض العقود إلغاء التصرف القانوني لكلا المتعاقدين تارة , ومن هذه العقود عقد الوكالة والعارية والوديعة , واقتصار الإلغاء في تصرفات قانونية أخرى لأحد المتعاقدين فقط دون الآخر تارة أخرى , ومن هذه العقود

(٢٢٢) مختار الصحاح , ص ٣٠٧

(٢٢٣) د. ياسر أحمد كامل الصيرفي , مصدر سابق , ص ٢٨٠

عقد الكفالة والرهن والقرض . يذكر جانب من الكتاب^(٢٢٤) إلى أن مبررات إلغاء التصرف القانوني ليست واحدة في جميع الحالات وإنما تختلف من حال إلى آخر إلا أنه من الممكن تصنيف هذه الحالات وتقسيمها إلى طائفتين الأولى تتضمن حالات الإلغاء التي ترجع لاعتبارات تتعلق بطبيعة التصرف . وهي ما ذكرناه أعلاه - الطائفة الثانية تتضمن حالات الإلغاء التي ترجع لاعتبارات تتعلق بطبيعة الحق محل التصرف أي التصرفات التي تنصب على حقوق الإنسان كعقد العلاج الطبي , وعقد نشر الصورة , وعقد نشر المصنفات الفنية والأدبية .

والإلغاء الذي نقصده هنا هو إلغاء العقد بالإرادة المنفردة وليس باتفاق الإرادتين , لذا قيل بأن القانون يجعل لأحد المتعاقدين الحق في أن يستغل بإلغاء العقد بإرادته المنفردة ونص القانون على ذلك في عقود كثيرة منها الوكالة العارية والوديعة^(٢٢٥) . وإذ لا نؤيد القول - مع جل احترامنا- بأن الإلغاء قد يكون بإرادة منفردة أو بإرادة الطرفين^(٢٢٦) , كون الأخير إقالة للعقد وليس إلغاء للعقد , وكما هو معروف إن العقود تنقسم من حيث تنفيذها إلى عقود فورية وعقود مستمرة , ويكون الزمن عنصراً جوهرياً في الثاني دون الأول^(٢٢٧) . وعلى هذا الأساس يكون الإلغاء في العقود المستمرة لأن ليس للإلغاء أثر رجعي على الماضي كما هو عليه الفسخ وقد يطلق بعض الكتاب على الإلغاء مصطلح (الإنهاء)^(٢٢٨) .

^(٢٢٤) أنظر المصدر السابق , ص ٩

^(٢٢٥) أنظر د. محمد علي عثمان الفقي , فقه المعاملات , دراسة مقارنة , دار المريخ , الرياض , ٢٠٠٢ , ص ١٧٦ .

^(٢٢٦) أنظر د. أكرم ياملكي , د. فائق الشماع , القانون التجاري , جامعة بغداد , ١٩٨٠ ,

ص ٦٨

^(٢٢٧) أنظر د. عبد المجيد الحكيم , و د. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير , مصدر

سابق , ص ٢٨ .

^(٢٢٨) د. أكرم ياملكي , د. فائق الشماع , مصدر سابق , ص ٦٨ .

بينما يجد الباحث بأن الإلغاء يختلف عن الإنهاء لأن الأخير يكون في العقود المستمرة عندما يخل أحد الطرفين بالتزامه إذ يستطيع المتعاقد الآخر أن يطلب من القضاء إنهاء العقد إذ يكون للحكم أثر للمستقبل دون الماضي، أما الإلغاء يقتصر مجاله في العقود غير اللازمة ودون حاجة بالرجوع إلى القضاء لأنها رخصة منحها المشرع لأحد المتعاقدين أو لكليهما معاً .

ويذهب جانب من الفقه^(٢٢٩) إلى القول (أما في عقود المدة فلا تنطبق المادة المتعلقة بالفسخ بمعنى أنه عندما يفسخ عقد المدة ينتهي بالنسبة للمستقبل فقط أي أنه يبقى بالنسبة للماضي . ولا يسمى الفسخ في هذه الحالة فسحاً بالمعنى الحقيقي وإنما يسمى إنهاء **resolution**).

غير أننا نجد بالإمكان استثناءً أن يرد الإلغاء على العقود الفورية كما في عقد الوكالة الذي يكون من العقود المستمرة تارة ، ومن العقود الفورية تارةً أخرى ، على ضوء التصرف الموكل به فإذا كان التوكيل لإبرام صفقة من بيع أو شراء كان عقداً فورياً ، أما إذا كانت الوكالة لممارسة عدة تصرفات أو تصرف يستمر لفترة من الزمن مثل عقد التوريد نيابةً عن الموكل فهو عقدٌ مستمرٌ ، وعليه فإن عقد الوكالة في الحالتين إذا تم إلغائه يكون أثره للمستقبل دون الماضي .

إذن بعد تلك المقدمة نصل إلى التمييز بين خيار العدول ونظرية الإلغاء إلا أن هناك أوجه عدة للشبه بينهما إذ أن العدول والإلغاء يمارسان بالإرادة المنفردة ودون الحاجة إلى إقامة دعوى أو بيان الأسباب للعدول أو الإلغاء فضلاً عن تعلقهما بالنظام العام ويردان على العقد الصحيح .
غير أن نقاط الاختلاف بين خيار العدول والإلغاء تكون بما يأتي :

(٢٢٩) د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، مطبعة النهضة ، مصر ، ١٩٥٤ ، ص ٧٧ .

١. مبررات خيار العدول عن العقد حماية الطرف الضعيف (المستهلك) أمام الطرف المحترف (المهني) , أما الإلغاء لم يشرع لذلك إنما يعود إلى طبيعة العقود التي ترد عليها .

٢. خيار العدول عن العقد عند ممارسته يجعل من العقد كأن لم يكن أي يكون له أثر رجعي , أما الإلغاء يكون له أثر مباشر للمستقبل دون الماضي.

٣. خيار العدول عن العقد يكون في العقود اللازمة , أما الإلغاء مجال عمله في العقود غير اللازمة .

٤. طبيعة خيار العدول مكنة قانونية للمستهلك , أما الإلغاء فهي رخصة للمتعاقدين أو لأحدهم .

صفوة القول : أن خيار العدول عن العقد يختلف عن كل من البطلان والفسخ والإلغاء وإن كان هناك بعض التشابه , إلا أن هناك فوارق جوهرية لا يمكن معها أن ننسب خيار العدول إلى أي منها , عليه فإن العدول عن العقد في قوانين حماية المستهلك يجد أساسه في نص القانون حيث أوجد المشرع ذلك النظام حماية للمستهلك أمام توسع الفجوة بين المهنيين والمستهلكين , والرغبة في تحقيق العدل التوازن بين طرفي العملية التعاقدية ولاختلاف أسس وغاية تلك النظريات المشار إليها تم النص على العدول عن العقد في القانون^(٢٣٠) . لذا نقترح أن يأخذ المشرع العراقي بخيار العدول عن العقد حماية للمستهلك بتعديل تشريع قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ بعد أن بينا ولو بشكل بسيط عدم كفاية تلك النظريات السابقة في القانون المدني بحماية المستهلك .

^(٢٣٠) على سبيل المثال تقنين الاستهلاك الفرنسي منشور على الموقع الإلكتروني

<http://legifrance.gouv.fr/Droit-francais>

الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث لا يسعنا الا ان نسجل اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها وهي على الشكل الاتي:

أولاً: النتائج

١- نتج عن التطور التكنولوجي , اقتصادياً , أن تكون هناك فئة لها من القوة , نظراً لما تمتلكه من مستويات ليست مادية فحسب بل مهنية وقانونية وعلمية ومقابلها فئة أقل قدرةً منها نستطيع وصفها بالضعيفة - فعكس القوة الضعف - فالأول هم المهنيون والثاني المستهلكون وأمام تلك السلوكيات والعلاقات العقدية في المجتمع ظهر الاختلال والتفاوت في تلك العلاقات وعدم قدرة القواعد القانونية في المجموعة المدنية من إعادة التوازن , شرعت قوانين لحماية المستهلكين ووضعت وسائل لحمايتهم منها خيار العدول عن العقد - موضوع البحث - والتي نحن بخاتمته .

٢- لما كان الهدف من التشريعات الجديدة إعادة التوازن بين المهني والمستهلك وحماية الأخير في صحته وسلامته وعدم الارتقاء على حسابه فكان هو المقصود من التشريع , ومنح خيار العدول له , لذا كان من الضروري التعريف بالمستهلك والذي كان محل خلاف بين

اتجاهين ضيق والأخر واسع , فالإتجاه الضيق يقتصر علي تعريف المستهلك بالشخص الذي يسعى للحصول على السلع والخدمات لأغراض شخصية أو عائلية فقط أما الإتجاه الواسع يعرف المستهلك بالشخص الذي يسعى للحصول على السلع والخدمات لأغراض شخصية أو عائلية ولأغراض مهنية خارجة عن اختصاصه . وقد توصلنا إلى نتيجة مفادها تبني الإتجاه الواسع بنطاق أضيق عن ما هو عليه عند اعتماد معيار العلاقة المباشرة بتعريف المستهلك بأنه (كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على سلعة أو خدمة باعتباره المستفيد النهائي لهما لأغراض الاستهلاك أو لأغراض ليس لها علاقة مباشرة بمهنته) .

٣- المبرر من خيار العدول عن العقد يتمثل بالضعف المعرفي للمستهلك تجاه تلك الخبرة العلمية والفنية والمهنية التي يتمتع بها المهني إذ أن من شأن ذلك الضعف , يستطع المهني أن يقنعه إلى التعاقد دون أن تكون لديه الرغبة في التعاقد لولا تلك الأساليب المتبعة , كما أن هذا الضعف قد يدفعه إلى التسرع دون التفكير ملياً , إذ لا يمكن إنكار ما

للتنوع وللتشابه في السلع والخدمات والمؤثرات الخارجية للإعلانات من تأثير على رضاه.

٤- خيار العدول عن العقد لما كان بنص القانون فقد تمييز بجملة خصائص تحقيقاً للغاية التي قصدتها المشرع , فهو من النظام العام وبالتالي لا يمكن الاتفاق على خلافه أو التنازل عنه , كما أنه يمارس بالإرادة المنفردة للمستهلك دون التوقف على موافقة المهني , بالإضافة إلى أنه غير مطالب ببيان الأسباب والمبررات التي دعت له للعدول , كما أنه لا يخضع لرقابة القضاء وأخيراً ولغرض استمرار المعاملات والأوضاع القانونية فهو خيار مؤقت لا يتعدى بضعة أيام .

٥- خيار العدول عن العقد والذي جاء به المشرعون في القوانين الوضعية سبقهم به الفقه الإسلامي منذ عصر تكوين الرسالة إذ منح المتعاقدين خيار العدول عن العقد في مجلس العقد بحكم الشرع , فباستطاعة أي من المتعاقدين العدول عن العقد بمحض إرادته دون أن يكون ملزماً ببيان أسباب ومبررات العدول وهو كذلك خيار مؤقت ينقضي بانقضاء المجلس ونظراً لاختلاف الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في مبادئه وأساسه وأساليبه بتحقيق العدل والعدالة بين أفراد المجتمع نتج

عن ذلك الاختلاف في بعض الأحكام بين العدول عن العقد في خيار المجلس في الفقہ الإسلامي عن قوانين حماية المستهلك في القانون الوضعي .

٦- من خلال البحث توصلنا الى أن الطبيعة القانونية لخيار العدول عن العقد في قوانين حماية المستهلك يحتل مرتبة وسطى بين الرخصة والحق فهو أعلى من الرخصة وأدنى من الحق وهو ما يسمى بالممكنة القانونية إذ يكون المستهلك في مركز قانوني يمكنه من إحداث آثار قانونية في الأوضاع القائمة , وكذلك الطبيعة الفقهية لخيار العدول عن العقد في مجلس العقد في الفقہ الإسلامي فهو يحتل أيضاً المرتبة الوسطى بين الحكم والملك فهو أعلى من الحكم وأدنى من الملك وهو ما يسمى في الفقہ الإسلامي بالحق وهو سلطنة يمنحها المشرع للمتعاقد بفسخ العقد . وبذلك يتفق خيار العدول في القانون الوضعي مع الفقہ الإسلامي بأن كل منهما يحتل مرتبة وسطى تسمى بالقانون الوضعي (بالممكنة القانونية) وبالفقہ الإسلامي (بالحق) .

٧- التكيف القانوني للعقد المقترن بخيار العدول في القانون الوضعي يختلف عن التكيف الفقهي له في الفقہ الإسلامي فيكون العقد في

قوانين حماية المستهلك عقداً غير نافذ لحين مضي الفترة المحددة للعدول عن العقد وكل تنفيذ للعقد يعد عديم الأثر هذا من جهة , أما من جهة أخرى نلاحظ أن المشرع قد يقرر نفاذ العقد بالنسبة للمهني كما لاحظنا ذلك في التعاقد عن بعد فإن العقد يعد غير نافذ بالنسبة للمستهلك أيضاً . أما إذا قرر المشرع - ونحن لا نؤيد ذلك - أن يتم تنفيذ العقد بين الطرفين أو لا يعارض تنفيذ العقد فيكون التكييف القانوني للعقد أنه عقد نافذ لازم مقترن بخيار العدول بنص القانون , أما بالنسبة للتكييف الفقهي للعقد خلال مجلس العقد نجد أنه عقد نافذ لازم أيضاً بحق الطرفين ألا أن لكل منهما سلطنة بفسخ العقد وبذلك يتفق التكييف القانوني للعقد في حالته الثانية مع التكييف الفقهي للعقد خلال خيار المجلس .

٨- خيار العدول عن العقد يؤدي عند ممارسته الى زوال العقد , وإن هذه النتيجة قد تقرب هذا الخيار مع غيره من النظريات كالبطلان والفسخ والإلغاء ولكن توصلنا إلى نتيجة مفادها أن خيار العدول عن العقد يختلف عن غيره وإن كان هناك بعض التشابه إلا أنه توجد فوارق

جوهرية بينهما فلا يمكن نسبة هذا الخيار إلى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء.

ثانياً: المقترحات

١- تعديل نص البند خامساً المادة (١) من (الفصل الأول الخاص بالتعاريف) الخاص بتعريف المستهلك وأن يحل محلها ((المستهلك : كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على سلعة أو خدمة باعتباره المستفيد النهائي لهما لأغراض الاستهلاك أو لأغراض ليس لها علاقة مباشرة بمهنته)) وذلك للأسباب المبينة في البحث , بدلاً من هذا التوسع بالتعريف .

٢- تعديل نص البند سادساً المادة (١) أيضاً الخاص بتعريف المجهز حيث توصلنا من خلال البحث وتحليل التعريف إلى أنه تعريف واسع ومن ثم يشمل على سبيل المثال البائع للسلعة حتى وإن كان للمرة الأولى وكان من الأفضل تقيد النص بمن يمارس العمل على الوجه الاعتيادي والاستمرار وأن يحل محلها ((المجهز : كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإنتاج أو استيراد أو تصدير أو توزيع أو بيع

أو إيجار للسلعة أو يقوم بتقديم الخدمة سواء كان أصيلاً أم وسيطاً
أم وكيلاً وذلك في نطاق ممارسته لنشاطه المهني)) .

المخلص

تعتمد الدراسة في بحثنا هذا على منهج الدراسة المقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي وبأسلوب تحليلي واستقرائي لتلك القوانين بعد جمع المعلومات وإعطاء الوصف الذي نفضله وفقاً لأسس علمية تحافظ على ثوابت القانون وأسس ومركزاته مع بيان موقف الفقہ الإسلامي من ذلك الخيار .

Abstract

Study is based on our research on the method comparison study between positive law and Islamic jurisprudence and in a manner analytical and inductive of those laws after the collection of information and give a description you prefer according to scientific foundations keeps the fundamentals of law and the foundations and supporting infrastructure with a statement of the position of Islamic jurisprudence of the piece option.