

عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة -

أ.رحمون عامر

مقدمة

إن المتأمل في الحياة اليومية يجد أن الإنسان يجري عدة عقود في مختلف المجالات لسد احتياجاته، وهذه العقود تحكمها قواعد وتنظيمها سواء نظمت في الشريعة الإسلامية أو قننت في التشريعات الحديثة والأحكام الخاصة.

وإذا كانت القواعد العامة التي تحكم العقود تقتضي أن يكون المتعاقدان حريين في اشتراط الشروط وترتيب الآثار العقدية عليها، إلا إن عقود الإذعان تخرج عن هذا المقتضى حيث إن أحد الطرفين يملئ الشروط والطرف الآخر ما عليه إلا القبول أو الرفض، فهي تقابل عقود المساومة أو المشيئة التي تتعقد على قدم المساواة بين الطرفين أي بعد تفاوض بين طرفي العقد.

ومن خلال هذا البحث نحاول أن نلقي الضوء على عقد من العقود النمطية الذي يسمى عقد الإذعان، وهو الأكثر انتشارا في شتى المجالات التجارية اليومية نسبة لزيادة حجم المعاملات .

ويعتبر عقد الإذعان من العقود المستحدثة التي جاءت وليدة التطور الصناعي والاقتصادي وذلك من خلال تعاظم دور المؤسسات والشركات الكبرى واختصاصها بإبرام هذه العقود التي تمس السلع والخدمات الضرورية للحياة الحديثة التي لا يمكن الاستغناء عنها، مثل عقود الإشتراك في الخدمات العامة وعقود التأمين وعقود العمل وعقود النقل، فهذه العقود يجد المستهلك نفسه مضطرا لعقدها مهما كانت الشروط الواردة فيها لانعدام المنافسة بشأن هذه السلع والخدمات غالبا، وهي بهذه الصفة تتسبب في الكثير من الضرر للمستهلك وذلك نتيجة لما قد تنطوي عليه من شروط تعسفية.

ونظرا لأهمية مثل هذه العقود وانتشارها في المجتمع ودخولها في ضرورات الحياة ومكانتها في التشريعات الحديثة ومنها القانون الجزائري تأتي هذه الدراسة التي اخترت لها عنوان: **عقود الإذعان - في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة -**

إشكالية البحث

إن الإشكالية التي يطرحها الموضوع تتمثل في الرضا في عقود الإذعان، حيث أن المبدأ العام في العقود أن يدخل الإنسان برضا وإرادة حرة وعلى علم تام وانتفاء جهالة، إلا أن عقود الإذعان لما كانت قد صممت على أساس القبول أو الرفض دون وجود مساومة حقيقية بين طرفيها في الشروط

كانت مظنة الفساد لاحتمال أن تكون حقيقتها عقود إكراه لا تتوفر على الرضا أو ربما تضمنت شروطا منافية لمقتضيات العدالة.

وفي ضوء أهمية الموضوع المذكورة سابقا تتحدد إشكالية الموضوع في السؤال الرئيسي التالي :

- كيف عالجت كل من الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري عقد الإذعان ؟
والذي يمكن أن نستخلص منه التساؤلات الجزئية التالية :

ما هو مفهوم عقد الإذعان ؟

ما هي طبيعة عقد الإذعان؟

ما هو التكيف الفقهي لهذه العقود؟

ما هو الحكم الشرعي لهذه العقود؟

المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان

عقد الإذعان من العقود المستجدة يدخل ضمن تقسيمات العقود، وللوصول إلى ماهية عقد الإذعان لابد من التعرض لتعريف عقد الإذعان وطبيعته وهو ما سنتناوله في هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان

أولاً: الإذعان في المدلول اللغوي

(ذ عن) الذال والعين والنون أصل واحد يدل على الإصحاب والانقياد¹، والإذعان في اللغة هو الإسراع مع الطاعة والانقياد، قال الله تعالى: "وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين"²، أي: مسرعين في الطاعة³.

فَعَقْدُ الإِذْعَانِ فِي اللُّغَةِ هُوَ عَقْدُ الإِنْقِيَادِ وَالخُضُوعِ، وَالمَعْنَى الإِصْطِلَاحِي لِهَذِهِ الكَلِمَةِ لَا يَخْرُجُ عَنِ مَعْنَاهَا اللُّغَوِي.

ثانياً: تعريف عقد الإذعان في الفقه القانوني

تعددت تعاريف عقد الإذعان من الناحية القانونية، نذكر منها مايلي:

- عرّفه "ساليي" الذي يجمع كل الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للإذعان بقوله: >> عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقاً ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل العقد <<⁴.

- وعرّف عقد الإذعان بأنه: >> العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يصنعها الموجب ولا

يقبل مناقشة

فيها وذلك فيما يتعلق سلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون

المنافسة محدودة

النطاق في شأنها <<⁵.

يظهر من هذا التعريف أنه بيان لخصائص عقد الإذعان وضوابطه، فهو تعريف مجمل لكل صفات هذا العقد حيث ذكر محل العقد الذي يرد عليه والمتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي وكذلك العلاقة بين طرفي العقد أي الموجب والقابل.

هذا وغيرت المبادئ القانونية المعاصرة من مفهوم عقد الإذعان، فالإذعان المعاصر يسير نحو هجر هذا المفهوم الضيق لعقد الإذعان إلى فكرة أكثر اتساعا وهو الرأي السائد في فرنسا والذي تبناه عدد غير قليل من الفقه المصري الحديث، حيث يعرف حسب هذا الاتجاه بأنه: << العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا بصورة موحدة وعامة قبل الفترة التعاقدية >>⁶.

فحسب هذا المفهوم الحديث لعقد الإذعان نجد أنها قد قلصت الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم ولا يكون أمام الطرف الآخر (المستهلك) إلا توقيع هذه العقود دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها.

فالاتجاه الحديث لمفهوم عقد الإذعان وهو مفهوم واسع أهمل اشتراط الاحتكار وذلك لاعتبارين:
- أن الاحتكار من ناحية ليس شرطا مستقلا، وإنما هو قرينة على أن القبول قد اقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة سلفا من جانب الموجب دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها.
- ومن ناحية أخرى فإن الاحتكار ليس مقصودا لذاته وإنما يترتب عليه من وجود الموجب في مركز قوي يسمح له بوضع شروط التعاقد بصفة مستقلة وسابقة وبدون أن يقبل فيها أي مناقشة أو تعديل.⁷

- وقد ذكر المشرع الجزائري عقد الإذعان في القانون المدني في المادة 70 أنه: << يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم للشروط المقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها >>.

ثالثا - أصل تسمية عقد الإذعان بهذا الاسم

عقود الإذعان مصطلح غربي حديث جاء لاتفاقيات تحكمها خصائص وشروط معينة⁸. ويبدو أن الفقيه ساليي هو أول من جذب الأنظار في فرنسا نحو هذه العقود عندما سطر في كتابه "الإعلان عن الإرادة" أن هناك بعض العقود يفرض مضمونها بواسطة أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر الذي يقتصر دوره على انضمامه لهذا العقد بدون مناقشة أو تعديل، ومن هنا أطلق عليها الأستاذ "ساليي" *contrats d'adhésion* بمعنى عقود الإنضمام⁹.

أما في الفكر القانوني العربي فيعتبر الدكتور "السنهوري" أول من استخدم تعبير عقود الإذعان حيث يقول: << ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الإنضمام،

لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، وهذه التسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه "الإعلان عن الإرادة"، وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان لما يشعر به هذا التغيير من معنى الاضطرار في القبول، وقد صادفت هذه التسمية راجا في اللغة القانونية من فقه وقضاء <<¹⁰.

وهذه التسمية أكثر توفيقا من التسمية الفرنسية لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار، بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك إذ يشمل عقد الإذعان وغيرها من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة¹¹.

وقد استقرت هذه التسمية في أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري، ويسمى هذا العقد في القانون اللبناني

(عقد موافقة)، ذلك لأن دور الطرف القابل لا يتعدى كونه موافقة على مشروع نظامي غير قابل للمناقشة¹².

المطلب الثاني: طبيعة عقد الإذعان

أولا: طبيعة عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقود الإذعان هل هي عقود حقيقية تنشأ بتوافق إرادتين وبالتالي تخضع للأحكام العامة للعقود، أم أنها عبارة عن مراكز أو لوائح قانونية منظمة تنشئها إرادة الموجب وبالتالي لا تخضع

لما تخضع له العقود من أحكام وقواعد وإنما تخضع للقواعد الخاصة بهذه المراكز أو اللوائح.

1- القول الأول: وعلى رأسهم "سالي" وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل "ديجيه" و"هوريو" فينكرون على عقود الإذعان صبغته التعاقدية، إذ أن العقد توافقت إرادتين على حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانونا أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه فيجب تفسيره كما يفسر القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضعت لتنظيمها¹³

ويرى الأستاذ "سالي" أن عقود الإذعان ليس لها من العقد سوى الاسم، ويذهب في تحليله إلى أنها العقود التي يوجد فيها تغلب قاصر على إرادة واحدة تعمل كإرادة منفردة تملي قانونها ليس على فرد ولكن على مجموعة غير محدودة، وتلتزم مقدما من جانب واحد حتى يقع إذعان من هؤلاء الذين يريدون قبول قانون العقد.¹⁴

2- القول الثاني: وهم الكثرة من فقهاء القانون المدني يرون أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم

بتوافق إرادتين

ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر

فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية¹⁵، ذلك لأن المساواة القانونية متحققة فيها والتراضي متوافر فيها والطرف المذعن يدخل فيها برضاه دون إجبار أو إكراه أو إلزام¹⁶.

ويتبين من خلال ما سبق في بيان التكييف القانوني لهذا العقد أن عقد الإذعان هو عقد صحيح لأنه يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد العامة التي تخضع لها بقية العقود، وأن علاج الضعف الذي يعتري الطرف المذعن في عقود الإذعان لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إن العلاج هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي وذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا:

- وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.

- وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الإذعان.¹⁷

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الاتجاه واعتبر عقود الإذعان عقودا حقيقية، وذلك بحسب ما نصت عليه المادة 70 من التقنين المدني بأنه: >> يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها <<.

ثانيا: طبيعة عقد الإذعان في الفقه الإسلامي

إن تحديد طبيعة عقد الإذعان في الفقه الإسلامي مرتبط بتعريف العقد، وقد عرف الفقهاء العقد بأنه >> ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله <<¹⁸.

ومن خلال هذا التعريف نجد أن العقد في حقيقته الشرعية ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق، كما أن تعريف العقد عند الفقهاء المسلمين قد امتاز ببيان الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع وهي الإيجاب والقبول، ذلك لأن مجرد توافق الإرادتين لا يعرف وجوده، لأن الإرادة أمر خفي لا يستدل عليه إلا بأمر ظاهر من كلام أو فعل أو إشارة¹⁹.

ويتبين من تعريف الفقهاء للعقد أن عقد الإذعان عقد حقيقي، لأن الرأي الشائع في عقود الإذعان أنها تتعد باتفاق إرادتين طرفيها الذي يظهره توافق الإيجاب والقبول، حيث أن الإيجاب فيها يصدر بعرض الخدمة أو السلعة من الجهة التي تملك التصرف فيها على الجمهور في شكل بات نهائي لا يقبل المناقشة، ثم يقع القبول بكل ما يدل على الرضا بإنشاء العقد على أساس الشروط التي يضعها الموجب²⁰.

وهذا ما قرره الفقهاء المعاصرون بأنه يبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحكيميين التقديرين وهما كل ما يدل عرفا على تراضي طرفيه وتوافق إرادتيه على إنشاءه وفقا للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكل محدد²¹. وعلى ذلك فإن عقد الإذعان يمثل عقدا حقيقيا في الفقه الإسلامي، وذلك ينسجم مع اتجاه أكثر القانونيين.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقد الإذعان والحكم الشرعي له

إن عقد الإذعان من المعاملات المستجدة، ولا بد لكل معاملة مستحدثة من ضمها لنطاق الفقه وذلك باستنباط حكم شرعي لها، ويتم ذلك بتكييفها من خلال دراسة هذا العقد من حيث مشروعيته واتفاقه مع مقاصد الشريعة وقبوله ضمن القواعد العامة للعقود وأحكام التعامل الشرعي وكذلك بإعطاء الوصف الحقيقي للعقد.

وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث ببيان التكييف الفقهي لعقد الإذعان في المطلب الأول، ثم إعطاء الحكم الشرعي له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقد الإذعان

لم يعرف الفقه الإسلامي عقود الإذعان بالصورة التي عرفتھا النظم القانونية المعاصرة ذلك أن عقود الإذعان هي نتيجة لتطورات اقتصادية هائلة. وإذا كان الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح عقود الإذعان فإنه لا عبرة بالتسمية أو المصطلح، أي إن العبرة بوجود النظر أو الحكم الذي يعالج المشكلة في الفقه وهو ما يعبر عنه بالتكييف الفقهي.

وقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في تكييف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي، حيث اعتبر بعض الفقهاء المعاصرين أن عقد الإذعان يشتهب مع عقود المعاوضة التي يتم التعبير فيها بالتعاطي دون صيغة للإيجاب والقبول، ومنهم من كيفه على أساس أنه بيع المضطر من حيث اضطرار المذعن إلى السلعة، ومنهم من قام بتكييف عقد الإذعان على معاني الاحتكار، بينما اعتبره بعض الفقهاء عقدا مستقلا مستحدثا.

أولا: تكييف عقد الإذعان على أنه بيع المضطر

أ- المضطر لغة: هو الملجأ إلى ما ليس منه بد، وقيل: هو الملجأ إلى ما فيه ضرر بشدة وقسر²².

ب- تعريف عقد المضطر اصطلاحا: <<هو أن يضطر الرجل إلى طعام وشراب أو لباس وغيرها، ولا يبيعهما البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير وكذلك الشراء منه>>²³.

ويلاحظ من خلال مفهوم بيع المضطر وجود شبه بينه وبين عقد الإذعان من ناحية ضعف أحد طرفي العقد وحاجته إلى ما في يده، فالمضطر محتاج لتلك السلعة الضرورية التي لا غنى عنها ولا بد له من التعاقد للحصول عليها، وكذلك الأمر في عقد الإذعان فالمذعن وهو الطرف الضعيف محتاج للسلعة لأن السلعة أو الخدمة في عقد الإذعان لا بد أن تكون ضرورية أو حاجية.

فبيع المضطر وعقد الإذعان يتفقان من حيث الخضوع للسع، فالسعر في كليهما محدد ويجب على الطرف الآخر الانصياع والإذعان له ولا يجوز له الخروج عليه²⁴.

ويختلفان في أمور أهمها: أن احتمال وقوع الغبن الفاحش في عقود الإذعان أقل من احتمال وقوعه في بيع المضطر، بسبب خضوع عقود الإذعان لرقابة الدولة أو للنظام القانوني المتعامل به في الشركات فالغالب فيه أن يكون الثمن غالباً بحيث يفوق ثمن المثل.

ثانياً: تكيف عقد الإذعان على أنه من عقود المعاوضة

أ-المعاوضة لغة: من الفعل عطا، والعطو التناول، وعطوت الشيء تناولته، والمعاوضة المناولة

25

ب- المعاوضة اصطلاحاً: >> هو وضع الثمن وأخذ المثلين عن تراض منهما من غير لفظ وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاوضة <<²⁶.

وعليه يمكن القول بأن صورة عقد الإذعان التي تتم بموجب عقود نموذجية تتضمن شروطاً معدة سلفاً كعقود

الغاز والنور والمياه وركوب المواصلات موجودة بالفعل في الفقه الإسلامي، وإن كان الفقهاء عبروا عنها بعقود المعاوضة، وهذا النوع من العقود ينحصر في دور الطرف القابل في الدخول فيها أو عدم الدخول فيها، فإذا دخل فيها انعقد العقد دون أن يستطيع أن يعدل من شروط الموجب التي أوردتها في عقده، ولذلك لا يكون هناك

فارق بين عقود الإذعان المعروفة وعقود المعاوضة في الفقه الإسلامي إلا في التسمية، لأن نفس

الظروف الشبيهة

التي تلحق عقود الإذعان يمكن أن تلحق عقود المعاوضة سواء بسواء²⁷.

ونحن نرى أن التشابه في عقود المعاوضة وعقود الإذعان لا أثر له، حيث إن المتعاقدين في المعاوضة لم يتركوا الكلام إجباراً بل برضاها فبوسع كل واحد منهما مساومة الآخر، أما المتعاقد في عقد الإذعان فلا يحق له المساومة في شيء من شروط العقد فليس له إلا القبول أو الرفض، وعلى ذلك يمكن اعتبار التعاطي طريقاً من طرق عقود الإذعان.

ثالثا: تكييف عقد الإذعان على أنه عقد جديد

من خلال ما سبق يتبين أنه إذا كان عقد الإذعان يشترك مع بعض المعاملات الفقهية المعروفة في بعض المعاني إلا أنه يتعذر تكييفه على واحد منها، وعليه يمكن القول أن عقد الإذعان يعتبر عقدا جديدا له أحكامه وشروطه الخاصة ومشابته لبعض العقود لا يعني أنه يندرج ضمنا في كل شيء.

فالشريعة الإسلامية لم تعرف عقود الإذعان باسمها، ولكن العبرة في العقود في نظر الشريعة الإسلامية للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني²⁸، ولهذا تعترف الشريعة الإسلامية بأي عقد يقع بين الناس إذا كان مشروعاً وإن لم تسمه باسمه.

وعليه يمكن القول أن عقد الإذعان عقد مستقل مستحدث ليس له نظير في الفقه الإسلامي ويحتاج إلى استنباط حكم شرعي له على ضوء المنهج الراجح من أجل مواجهة كل الشروط المستحدثة.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء المعاصرين حول حكم عقود الإذعان

عرفنا مما سبق أن عقود الإذعان بتسميتها وأوصافها المتميزة وخصائصها وضوابطها الآنف الذكر عقود مستحدثة أفرزها التطور الهائل في عالم الصناعة والاقتصاد وما تولد عنه من شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع والمنافع الضرورية لكافة الناس ونظم علاقتها القانونية مع الطرف المذعن الفقه الغربي.

ولهذا قال الدكتور "السنهوري": لا ننسى أن فكرة عقود الإذعان لم تنبثق إلا منذ عهد قريب، أما عن الأحكام الشرعية المتعلقة بعقد الإذعان فقد قال الدكتور "السنهوري": إننا لا ننتظر أن نجد في الفقه الإسلامي ما نراه في الفقه الغربي في صدد عقود الإذعان²⁹.

وقد تعددت اتجاهات المعاصرين في حكم عقد الإذعان، وفيما يلي نشير إلى بعض هذه الآراء:
- ذكر الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور أن العلماء اختلفوا في حكم عقود الإذعان على عدة أقوال:

1- المذهب الأول: المنع مطلقا لفقدان الإرادة العقدية الباطنة في هذه العقود، وأخذ بهذا المذهب

جمهور الفقهاء المعاصرين فلم يوردوا عقد الإذعان مطلقا في العقود المالية المستجدة، وقد عزا هذا القول إلى قدرتي باشا المصري والعلامة أبو زهرة والدكتور وهبه الزحيلي.

2- المذهب الثاني: الإباحة مطلقا إحقاقا لعقد الإذعان ببيع التعاطي ومفاده الاكتفاء بالإرادة

الظاهرة وهي صيغة العقد، ونقل كلام الزرقا في هذه المسألة: ويمكن أن يعتبر نوعا من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة عقود الإذعان، كالاشتراك في المياه والغاز والهاتف.

ويرى الأستاذ "مصطفى الزرقا" أن عقود الإذعان تتم بالتعاطي أي بما يفهم منه إبرامها وإنشاؤها بطريقة الدلالة، وذلك بأن يكون الإنعقاد مسبقا بفعل من شأنه أن يترتب عن العقد ويعبر عن تنفيذه، حيث يعتبر الطلب الذي يتقدم به المشترك بمثابة الإيجاب من جهته، أما القبول فإنه يصدر فعلا لا قولاً من الموجب عندما يقوم بإيصال محل العقد وهو السلعة أو الخدمة المطلوبة إلى الطالب اعتباراً لدلالة البذل على القبول والرضا³⁰.

3- المذهب الثالث: وهو الكراهة التحريمية مطلقاً، وعزاه إلى الدكتور السنهوري لما قرره من اشتمال هذا العقد على الاحتكار.³¹

4- المذهب الرابع: وهو التفصيل

- فإما أن يشتمل عقد الإذعان على احتكار ما في معناه كتلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي، وهو حينئذ مكروه تحريماً لوجود الضرر بالفرد والجماعة والضرر يزال، وإما أن لا يشتمل على احتكار أو تلقي الركبان ولكنه يشتمل على نوع من الإكراه الملجئ، وإما أن يخلو العقد من عنصري الاحتكار والإكراه، وحينئذ لا بد من تفصيل آخر في حالتين اثنتين:

- الحالة الأولى: إما أن يحتاج إليه الناس ويجري به التعامل، فلو منع لحصل في الناس حرج

كما هو الأمر اليوم

في أكثر مرافق الحياة، كاستئجار السيارات والطائرات والشراء من المؤسسات الاستهلاكية في القطاع العام والقطاع المشترك، بحيث لو حكم الفقهاء بالحظر لصار في الناس ضيق وتعطلت أمور كثيرة من الحاجيات، والحاجيات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات، ولا تعد هذه العقود احتكاراً ولا إكراهاً.

الحالة الثانية: أن يستغنى عن هذه العقود بحيث لا يصير في الناس حرج عند فقدانها، كما كان الأمر منذ عقود من الزمن، فلو رجع الأمر كما كان لما قلنا بعقود الإذعان لمخالفتها القواعد العامة للبيع لدى الفقهاء، وعلى هذا فلو سافر شخص إلى بلاد بدائية لا يحتاجون هذا العقد رجع الحكم إلى الكراهة التحريمية والحظر شرعاً كما في البلاد الإسلامية النائية³².

ويرى الدكتور "قطب سانو" بعد أن قرر ندرة أو تعذر الوقوف على بيان لحكم هذه العقود من كلام الفقهاء المعاصرين أن حكم عقد الإذعان يعود لاعتبارين:

-الأول: باعتبارها عقوداً مستحدثة وهو الجواز، لأن الأصل في المعاملات هو الحل.

-الثاني: حكمها مع ما يخالها من شروط وقيود وهو لا يختلف عن حكم بقية عقود المعاوضات وهو المشروعية وخضوعها لما يخضع له غيرها من تأثير الشروط على صحتها وفسادها وبطلانها، فإذا كانت شروطها من نوع الشروط التي تبطل العقود أو تفسدها فإنها تكون باطلة، وكذلك الحال

فيما لو كانت شروطها من الشروط الفاسدة غير الباطلة فالنظر هنا ينصب على مشروعية كل شرط على حدى، فيصح إن كان قابلاً للتصحيح ويلغى إن تعذر ذلك، ثم ذكر جملة من الضوابط الشرعية في أبواب الشروط، وقال: ويعني هذا أنه لا حاجة في نظرنا المتواضع إلى البحث عن جذور قديمة لهذه العقود مادامت الأركان والشروط العامة تتوفر فيها ومادامت شروطها لا تعارض قاعدة شرعية معتبرة³³.

- ويرى الدكتور "نزيه حماد" أن حكم عقد الإذعان على وجهين:
- صحيح شرعاً ملزم لطرفيه إذا كان الثمن فيه عادلاً ولم تتضمن شروطه ظلماً أو إجحافاً بالطرف المذعن لا فرق بينه وبين عقد المساومة وذلك إستناداً إلى:
- أن الطرف الموجب المحتكر لسلعة أو المنفعة باذل لها غير ممتنع عن بيعها لطالبتها بالثمن الواجب عليه شرعاً وهو عوض المثل أو مع غبن يسير باعتباره معفواً عنه شرعاً لعسر التحرز عنه في عقود المعاوضات المالية وتعارف الناس على التسامح فيه.
- ولأن احتكاره بهذه الصورة جائز شرعاً لانتفاء التوصل به إلى التغالي بثمن ما عنده أو إحاق الضرر بالطرف المذعن عن طريق الغبن الفاحش أو الشروط التعسفية الجائرة.
- ولضرورة استقرار التعامل بين الناس بإنفاذ ما تراضوا عليه من عقود المعاوضات القائمة على أساس العدل والإنصاف والخالية من الإضرار بالجماعة³⁴.
- وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص عقود الإذعان بأن الحكم الشرعي لعقد الإذعان من وجهين:
- إذا كان الثمن فيه عادلاً ولم تتضمن شروطه ظلماً بالطرف المذعن فهو صحيح شرعاً ملزم لطرفيه وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنها بأي إلغاء أو تعديل لانتفاء الموجب الشرعي لذلك.

- ما انطوى على ظلم بالطرف المذعن لأن الثمن فيه غير عادل أي فيه غبن فاحش أو تضمن شروطاً تعسفية ضارة به، فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداءً قبل طرحه للتعامل به وذلك بالتسعير الجبري العادل الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة بتخفيض السعر المتغالي فيه إلى ثمن المثل أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه إستناداً إلى:

- أ- أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعاً دفع ضرر احتكار فرد أو شركة سلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس، عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل (عوض المثل) بالتسعير الجبري

العادل الذي يكفل رعاية الحقين: حق الناس بدفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط وحق المحتكر بإعطائه البديل العادل.

ب- أن في هذا التسعير تقديمًا للمصلحة العامة - وهي مصلحة الناس المضطرين إلى السلع أو المنافع في أن يشتروها بالثمن العادل - على المصلحة الخاصة، وهي مصلحة المحتكر الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربح فاحش أو شروط جائرة، إذ من الثابت المقرر في القواعد الفقهية أن "المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة" وأنه "يُتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام"³⁵.

نتائج البحث :

من أهم النتائج التي توصلت إليها في دراسة أحكام عقد الإذعان بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي -دراسة مقارنة - مايلي:

- إن عقود الإذعان من العقود التي تتعقد دون مناقشة أو مساومة بين الطرفين، بحيث يستطيع أحدهما بحكم وضعه الفعلي أو القانوني أن يفرض على الطرف الآخر صيغة العقد وشروطه دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها، بل لا يملك إلا الإذعان والانقياد لما يُعرض ويُملى عليه أو تركه.

-عقود الإذعان من العقود الحديثة النشأة في مجال المعاملات المالية، فلم تكن معروفة في الفقه الإسلامي بل ظهرت في الفقه الغربي الحديث، خصوصاً في القانون المدني الفرنسي، ويسميتها الفرنسيون عقود الانضمام Contrat d'adhésion لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، وأول من أطلق عليها عقود إذعان هو الفقيه القانوني الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

- عقد الإذعان يعتبر من العقود الحقيقية فهو يتصف بالصفة التعاقدية ، وهذا الرأي هو الذي استقر عليه رأي علماء القانون وفقهاء الشريعة المعاصرين.

- يمكن تكييف الايجاب والقبول في عقد الاذعان على أنه نوع من التعاطي من حيث انعدام المساومة فيها

- الإذعان لا علاقة له بالإكراه الذي يعدّ من أهم عيوب الرضا في الفقه الإسلامي.

- عقود الإذعان تشبه عقود المعاطاة من حيث اشتراكهما في عدم التلفظ بالإيجاب أو القبول، ومن حيث ثبات الثمن إلا أنهما يختلفان في أمور أهمها: محل العقد فهو أوسع في عقود المعاطاة، أما في عقود الإذعان فيقتصر على الضروريات والحاجيات فقط.

- عقد الإذعان يشبه بيع المضطر من حيث اشتراكهما في محل العقد وحصول عنصر الاضطرار، لكن يختلفان في أمور أهمها: أن احتمال وقوع الغبن الفاحش في عقود الإذعان أقل من احتمال

وقوعه في بيع المضطر؛ بسبب خضوع عقود الإذعان لرقابة الدولة أو للنظام القانوني المتعامل به في الشركات، بخلاف بيع المضطر فالغالب فيه أن يكون الثمن غالباً بحيث يفوق ثمن المثل - تكييف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي على أنه عقد جديد .

- إن الحكم الشرعي لعقود الإذعان بناء على مبدأ حرية التعاقد والاشتراط هو الجواز والإباحة، وذلك تغليباً لرأي جمهور الفقهاء في اعتبار الأصل في العقود والشروط الإباحة، إلا ما ورد نهييه في الشرع، أو خالف مقتضى العقد ومقاصده الأصلية.

التوصيات

- الاهتمام بفقه المعاملات ضرورة ملحة تستدعي من العلماء المعاصرين والباحثين مزيداً من النظر والبحث لكثرة النوازل فيها.

- دعوة العلماء والباحثين لإظهار منهج الفقه الإسلامي، والذي يمتاز بالشمول وقابليته للتطبيق في كل مكان وزمان باستيعابه لمستجدات الحياة وتطوراتها، وبما يحمله من سياسات وقائية وعلاجية، فهو يأتي بالحلول الكفيلة بالقضاء على المشكلات ومنها المعاملات المالية المعاصرة والذي أفلست فيه كل النظم الوضعية لمعالجة مشكلاته.

- يجب على الدولة أن تتخذ الوسائل المناسبة الوقائية منها والعلاجية لإقامة العدل وحفظ حقوق العامة من تعسف الطرف القوي في عقد الإذعان، ومن هذه الوسائل ما يلي:

- منع الاحتكار بأنواعه بفتح المنافسة أمام الجميع بما يحقق المصلحة العامة .

- التسعير الجبري العادل بما يدفع الظلم والضرر عن الناس.

- وضع الأنظمة المناسبة التي تنظم عقد الإذعان والتي تعمل على إعادة التوازن بين المتعاقدين.

مصادر ومراجع البحث

- (1) ابن منظور، جمال الدين محمد أبو الفضل، لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ - 2003م
- (2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ - 2003م
- (3) ابن فارس، أبو الحسين محمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1399هـ - 1979م
- (4) الأهواني، حسام الدين كامل، النظرية العامة للتزامات، الطبعة الثانية، مصر، 1995م

- (5) بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك ، الإمارات العربية المتحدة 1998م
- (6) الزرقا، أحمد مصطفى، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سوريا، 1418هـ - 1998م
- (7) الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، 1989م
- (8) الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجه التأويل، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1998م
- (9) لعشب، محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990م
- (10) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 14، جدة، السعودية، 1425 هـ - 2004م
- (11) نزيه، حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دار القلم، دمشق، سوريا، 2007م
- (12) عبدالدايم، حسني، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008م
- (13) الغزالي، حسن إنشاء الالتزام في حقوق العباد، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1420هـ - 1998م
- (14) فرج الصده، عبد المنعم، نظرية العقد في القوانين العربية، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974م
- (15) الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1424هـ - 2003م
- (16) سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006م
- (17) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، - الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998م
- (18) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1954م
- (19) الشرباصي، رمضان علي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر

هوامش

- (1) ابن فارس، أبو الحسين محمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبد السلام هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1399هـ-1979م، (355/2)
- (2) سورة النور، الآية: (49)
- (3) الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجه التأويل، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1998م، ص 314
- (4) لعشب، محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990م، ص 23
- (5) فرج الصده، عبد المنعم، نظرية العقد في القوانين العربية، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974م، ص 120
- (6) الأهواني، حسام الدين كامل، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثانية، مصر، 1995م، (124/1)
- (7) لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص 25
- (8) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 14، جدة، السعودية، 1425هـ-2004م، (523/3)
- (9) بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة 1998م، ص 5
- (10) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، -مصادر الالتزام- الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 1998م، ص 245
- (11) فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 135
- (12) لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني، مرجع سابق، ص 29
- (13) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، (246/1)
- (14) سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، مرجع سابق، ص 177
- (15) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، (76/2)
- (16) نزيه، حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دار القلم، دمشق، سوريا، 2007م، ص 233
- (17) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص (247/1)
- (18) الزرقا، أحمد مصطفى، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سوريا، 1418هـ-1998م، (382/1)
- (19) الشرياصي، رمضان علي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص 18
- (20) الغزالي، حسن إنشاء الالتزام في حقوق العباد، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1420هـ-1998م، (289/1)
- (21) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، (524/3)
- (22) الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1424هـ-2003م، ص 334
- (23) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ-2003م، (247/2)

- (24) عبدالدايم، حسني، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008م، ص108
- (25) ابن منظور، جمال الدين محمد أبو الفضل، لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ-2003م، (318/6-319)
- (26) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، (27/7)
- (27) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1954م، (77/1)
- (28) الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، 1989م، ص55
- (29) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، (77/2)
- (30) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، (330/1)
- (31) الفرفور، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، (239/3)
- (32) المرجع نفسه، (239/3)
- (33) سانو، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، (337/3)
- (34) حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية، مرجع سابق، ص245-246
- (35) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، (523/3)