الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق- كلية الشريعة
قسم الفقه الإسلامي وأصوله

سلطة القاضي في تعديل العقود المالية في الفقه الإسلامي

«دراسة مقارنة»

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب:

أنس محمد مطيع الديرشوي

إشراف الدكتور:

محمد نجدات المحمد

العام الدراسي
١٤٣٨هـ/ ٢٠١٧م


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

- إلى معلمي الأول.. سيدي وحبيبي ومن فداه أبي وأمي.. رسول الله صلى الله عليه وسلم...
- إلى والدَيَّ العزيزين الكريمين.. صاحبَي الفضل عليّ بعد الله تعالى فيما وصلت إليه.. بارك الله في عمرك أبي.. ورحمكِ الله تعالى وغفر لكِ أمي...
- إلى كل من علّمني حرفاً مذ وعيت وحتى هذه اللحظة من أساتذتي وشيوخي الكرام.. وأخص بالذكر شيخي فضيلة الدكتور صفوان داوودي حفظه الله تعالى.. من كان له الفضل بعد الله تعالى عليّ في تلقي علوم الشريعة الإسلامية واللغة العربية...
- إلى كل من دعمني وساندني وصبر عليّ ودعا لي.. إخوتي الكرام وأبنائهم.. زوجتي الوفية الصابرة.. سائر أقربائي وأصدقائي وأحباب قلبي الأوفياء...
- إلى كل طالب علم جعل عنوان مسيرته العلمية: (وقود قطار العلم لا يَنفد)...

إليكم جميعاً أهدي هذا العمل راجياً المولى عز وجل قبوله ورضاه عني...

شكر وتقدير

أتقدم في هذا المقام بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي فضيلة **الدكتور محمد نجدات المحمد حفظه الله تعالى**، الذي منحني من وقته وجهده الشيء الكثير فترة إشرافه على هذا البحث، ولم يتوانَ لحظة في توجيهي وإسداء النصح لي، حتى تمّ هذا البحث بفضل من الله تعالى، بارك الله تعالى به وبعلمه ونفع به...

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الصرح العلمي العظيم كلية الشريعة بجامعة دمشق متمثّلة بكوادرها كافة، وعلى رأسهم عميدها الموقر فضيلة أستاذي **الدكتور محمد توفيق البوطي حفظه الله تعالى** على رحابة صدره وطيب كلماته في كل أمر استشرته فيه...

وإلى أستاذي **الدكتور أسامة الحموي حفظه الله تعالى** الذي مدّ إليّ يد العون في سبيل تسجيل هذا البحث، وحظيت بإشرافه في الفترة الأولى منه...

وإلى سائر أساتذتي الأفاضل على ما قدموه لي من الناحية العلمية...

وإلى الموظفين الكرام على ما قدموه من تسهيلات إدارية...

فجزاكم الله تعالى جميعاً خير الجزاء وأجزل لكم الثواب...



مُقَدِّمَة:

الحمد لله الرحيم الرحمن، الكريم المنّان، صاحب المنّة والفضل والإحسان، المتفضِّل بالعطايا من بحر جوده دون حدود، والمتجمِّل بالمَكرُمات من فيض كرمه دون قيود، والصلاة والسلام على أشرف خلقه وإمام رسله سيدنا ونبينا وحبيبنا محمد وعلى آله وصحبه الغرّ الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

لقد اصطفى الله تعالى خير خلقه لخير رسالاته، فبعث نبيه الكريم سيدنا محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم لنشر شريعة الحق والعدل التي ارتضاها سبحانه وتعالى دستوراً يحكم خَلقه على رحاب أرضه، من لدنه صلى الله عليه وسلم وحتى قيام الساعة، وما ذلك إلا إشارة لكل لبيب إلى صلاحية أحكام هذه الشريعة للتطبيق في كل زمان ومكان.

ولقد انبثق عن هذه الشريعة الغرّاء الفقهُ الإسلامي ذو المبادئ الراسخة والقواعد الثابتة الشاملة بعموم مدلولها ودقّة تركيبها لما مضى من القضايا والموضوعات، ولما استجدّ أو قد يستجدّ منها عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة وتغيّراته المستمرة، وهذه الخصيصة البارزة قصُرت عنها القوانين الوضعية بمختلف أطوارها عبر الزمان؛ لأنها من وضع البشر الذين لا تتجاوز أنظارهم حدود زمانهم الذي يعيشون فيه، فغدت الحاجة ملحّة إلى تحديثها وإعادة النظر فيها من حين لآخر وفقاً لتغيّر الظروف وتجدّد الأحداث.

أما الفقه الإسلامي فقد صيغت أحكامه وقُعِّدت قواعده منذ بزوغ فجر رسالة الإسلام الخالدة ببعثة نبينا المصطفى صلى الله عليه وسلم، فلم ينتقل إلى الرفيق الأعلى بجوار ربه عز وجل حتى أكمل به الله تعالى أحكام هذا الدِّين، فتركنا على المحجّة البيضاء ليلها كنهارها ونهارها كليلها لا يزيغ عنها إلا هالك والعياذ بالله، بنص قول الله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [سورة المائدة: ٣].

فسخّر الله تعالى من بعد نبيه المصطفى صلى الله عليه وسلم لهذا الدين ثلّة من الأئمة الأفذاذ الذين نهلوا من معين هذه الشريعة الغرّاء، واجتهدوا في دراسة نصوص القرآن الكريم والسنة

النبوية المطهّرة، فكانت النتيجة الباهرة أن خرجوا بفقهٍ راسخ الأركان، ثابت البنيان، تفيَّأ الناس ظلاله من لدن ذلك الزمان وحتى نهاية الزمان، فلا تكاد تحدث حادثة أو تستجدّ واقعة عبر الزمان إلا ولها من بين أحكامه وقواعده حلّ وبيان، وشاهد وبرهان، ولا يزال الناس في فسحة من أمرهم وخيرة في شأنهم ما دام مرجعهم ومردّهم إلى أحكام هذا الفقه العظيم.

ومن بين مجالات هذا الفقه المتكامل والذي حظي بنصيب وافر من الدّقة في البيان، مجال العقود المالية التي يسعى كل فرد في المجتمع إلى إشباع حاجاته وتحقيق رغباته من خلالها، فلا يكاد يمرّ على الفرد يوم إلا ويبرم فيه عدداً من العقود تستقيم بها حياته وحياة من يعولهم، فتجلّى هذا الفقه العظيم ليجد فيه الناس ضالّتهم المنشودة؛ لما يشتمل عليه من نظام دقيق ذي ضوابط واضحة في جانب العقود تُسهِّل مسالك شعابها وتُذلِّل شوارد صعابها، وتتجلى تلك الضوابط في طائفة من الأركان والشروط تُمثِّل العمود الفقري للعقد، فيتحقق بها وجوده وتتأتّى بها مشروعيته.

ويأتي على رأس تلك الأركان والشروط مبدأ الرضائية بنص قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، فإذا تحقّق الرضا من قِبل العاقدَين ساغ لهما إطلاق العنان لإبرام ما شاءا من عقود واشتراط ما شاءا من شروط، بشرط تلافي محاذير الشرع واجتناب محظوراته المعروفة في مختلف أبواب الفقه.

فإذا تحقّق ذلك لم يسغ لأية جهة التّدخل في العقد بنقض أو تعديل سواء من قِبل أحد طرفي العقد بإرادته المنفردة أو من قِبل القاضي أو أيّة جهة أخرى.

بيد أنه في بعض الأحيان قد يبرم شخص عقداً ما دون رضاه تحت وطأة ظرف عصيب أو حاجة ملحّة ألّمت به، كما قد تستجدّ أحياناً بعض الظروف لم تكن في الحسبان وذلك بعد إبرام العقد من قِبل طرفيه برضاهما، مما يكون لها بالغ الأثر في التزامات العقد من حيث الضرر الذي تحيقه بمصلحة طرفي العقد أو أحدهما.

فهنا يأتي دور القضاء متمثِّلاً في سلطة القاضي في التدخل في العقد بإجراء ما يلزم من تعديل في سبيل إعادة التوازن إلى العقد وإلى مصلحة طرفيه، بحيث لا تطغى مصلحة أحدهما على الآخر، استناداً إلى سعة الفقه الإسلامي بمبادئه وقواعده التي لا تقف جامدة أمام ما قد تطرأ على العقد من ظروف أو متغيّرات تستدعي التدخل من جهة القضاء لبسط العدل ودرء الخلاف بين طرفي العقد.

ولقد وفقني الله تعالى إلى الكتابة في هذا الموضوع المهم للوقوف على سلطة القاضي في هذا المجال، ببيان مدى مشروعيتها وحدودها وضوابطها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متمثِّلاً في القانونين المصري والسوري.

والله تعالى أسأل التوفيق والسداد ومجانبة الزلل في كل حرف يُخطّ في هذا البحث، وأن يغفر لي كل زلّة وردت فيه، إنه أكرم مسؤول وبالإجابة جدير.

❖ أهمية البحث:

اكتسب موضوع هذه الرسالة أهمية في جانب العقود المالية يمكن إيجازها في نقطتين على النحو الآتي:

١- تتجلى النقطة الأولى في إبراز أهمية هذا البحث في كونه يتعلق بالعقود المالية التي يسعى كل فرد في المجتمع إلى إبرامها بشكل شبه يومي، سدّاً لحاجاته وإشباعاً لرغباته في سبيل العيش الرغيد.

ونظراً لتنوع العقود المالية بشكل يصعب حصرها في هذا الزمان بين ما كان معروفاً منها من قبل كالبيع والإجارة والرهن والكفالة والعارية والقرض ونحو ذلك، وبين ما استجدّ منها مؤخراً كالتوريد والمقاولة والصيانة وبعض أشكال الإجارة ونحو ذلك، نظراً لذلك فإن الحاجة تبدو ملحّة -في ظل التطور الذي يشهده هذا الجانب وما تمرّ به المجتمعات من ظروف سياسية واجتماعية واقتصادية- إلى معرفة الضوابط الشرعية التي تحكم العقد المالي إذا لم

يتحقق فيه الرضا التام من قِبل طرفيه تحت ضغط حاجة ملحة أو ظرف عصيب قد يمرّ به أحد الطرفين فيلجأ إلى إبرام العقد ولو بغبنٍ فاحشٍ أو استغلالٍ بيّنٍ لسدّ حاجته، أو قد يتحقق الرضا التام من قِبل طرفي العقد فيكتسب العقد بذلك قوته الملزمة لطرفيه لتنفيذ التزاماته على النحو المتفق عليه، بيد أنه قد تلحق العقد بعض الظروف بعد إبرامه من شأنها المساس بمصلحة أحد طرفيه ممّا يسبِّب خللاً بيّناً في التوازن العقدي، فيأتي دور القاضي للتدخل في تلك الحالات بغرض تعديل العقد بما يعيد إليه التوازن بين مصلحة طرفيه، ويزيل الضرر الناتج عن تلك الظروف، ضمن شروط وضوابط يسلِّط هذا البحث الضوء عليها بما ينسجم مع مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده وأحكامه في بسط العدل وإزالة الضرر ودرء الخلاف والشقاق الذي قد تسبِّبه تلك الظروف بين طرفي العقد.

٢- إن موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد يتّسم بخطورة غير عادية في القوانين الوضعية؛ كونه يُعدّ في القانون خروجاً على أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد، وهو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) الذي يعني حظر تعديل العقد أو نقضه من قِبل أحد طرفيه بإرادته المنفردة، وكذلك من قِبل القاضي الذي يجب عليه احترام ما اتّفقت عليه إرادة المتعاقدين.

ولقد كثر الحديث والخلاف في القوانين الوضعية في هذا الجانب في أطوارها المختلفة عبر الزمان؛ لما يُشكِّله من تهديد لاستقرار المعاملات وانتهاك صارخ لسلطان الإرادة وللقوة الملزمة للعقد كذلك، ولم تستقر القوانين الوضعية إلا مؤخراً على ضرورة منح هذه السلطة للقاضي والنظر إليها كاستثناء يرِد على مبدأ القوة الملزمة للعقد بغرض دفع الضرر وإعادة التوازن بين مصلحة طرفي العقد.

فيأتي هذا البحث ليُبرز أهمية سلطة القاضي في هذا الجانب في الفقه الإسلامي؛ للتأكيد على ثباتها واستقرارها منذ نشأة هذا الفقه قبل قرون عديدة دون أن تتزعزع أو تضطرب كما جرى لها في القوانين الوضعية، لما يشتمل عليه هذا الفقه من مبادئ راسخة وقواعد ثابتة جلية في إرساء مبادئ العدل وإزالة الضرر المحتمل وقوعه على طرفي العقد أو أحدهما، بمنأى عن

حدوث أي خلاف بين فقهاء الأمة الإسلامية في ضرورة هذه السلطة، والنظر إليها كسلطة أصلية تفرضها نصوص الشرع ومبادئه وقواعده، لا النظر إليها كسلطة استثنائية كما في القوانين الوضعية.

❖ أسباب اختيار البحث:

١- يعود السبب الأول في اختياري لهذا الموضوع إلى رغبة ذاتية في التخصص في جانب المعاملات المالية بعد أن كتبت موضوعاً في الفقه الجنائي في مرحلة الماجستير، ولقد رأيت في هذا الموضوع ما يناسب هذه الرغبة كخطوة أولى في هذا التّخصص؛ كونه يضم جوانب عديدة للعقود المالية بشتى أنواعها دون التركيز على عقد معين، مما يساهم في سبر أغوار جلّ العقود المالية لاستنتاج سلطة القاضي إزاءها، وبذلك تتكوّن لدى الباحث فكرة عامة عن أغلب العقود المالية في بداية الطريق في هذا التخصص.

٢- ومن الأسباب أن هذا الموضوع فيه دمج بين جانبين، أحدهما: سلطة القضاء في مجال المعاملات المالية، والجانب الآخر: شموله لجلّ العقود المالية سواء ما كان معروفاً منها من قبل أو ما استُجدّ منها عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة، ولا يخفى ما يمثّله هذا الأمر من زيادة اطلاع على مختلف الأبواب الفقهية بغرض التوفيق بين الجانبين، والخروج بأحكام تنسجم مع مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة في منح القاضي سلطة تعديل العقود المالية، ولا ريب أن الموضوعات الواسعة المتناثرة في مختلف الأبواب الفقهية كهذا الموضوع تعود بفوائد جمّة على أي باحث في مستهلّ طريقه نحو التخصص والتعمق في البحث العلمي.

٣- وأخيراً من خلال اطلاعي على عدد من الأبحاث المشابهة لهذا الموضوع لم ألمس فيها عمقاً في الجانب الفقهي التأصيلي بقدر ما اشتملت على تفصيلات في الجانب القانوني، فقررت مستعيناً بالله تعالى وبمشورة عدد من أساتذتي الكرام حفظهم الله تعالى الخوض في هذا الموضوع بما يُبرز فيه الجانب الفقهي بالدرجة الأولى -بحكم التخصص- من خلال تأصيل مفرداته، وتخريجها بما ينسجم مع التطبيقات المعروفة في الفقه الإسلامي، والتي استندت بالأساس إلى مبادئ الفقه وقواعده العامة الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.

❖ مشكلة البحث:

كما هو معلوم فإن للعقد المالي بشكل عام أركانه وشروطه وفقاً لاتفاق طرفيه وإرادتهما الصافية من أيّة شائبة قد تُكدِّر صفوها من غش أو غبن فاحش أو استغلال أو ربا أو نحو ذلك، فإذا تمّ العقد وفق ذلك اكتسب قوته الملزمة لطرفيه من حيث خضوعهما لأحكامه وما يرتّبه من التزامات، دون أن يسوغ لأيّ منهما الاستئثار بنقضه أو إدخال تعديل عليه بإرادته المنفردة، كما لا يسوغ ذلك لأيّة جهة أخرى كالقضاء وغيره.

فهنا لا تثور أيّة مشكلة بشأن العقد والتزاماته، وإنما يمضي بناءً على ما اتفق عليه طرفاه بمنأى عن محظورات الشرع.

بيد أن المشكلة تثور إذا صاحب إرادة أحد طرفي العقد ظرفٌ عصيبٌ أو حاجةٌ ملحّةٌ أُرغم العاقد من خلالها على إبرام العقد بما يعكّر صفو إرادته من غبنٍ أو استغلالٍ أو ربا ونحو ذلك، أو لحِق العقد بعد إبرامه من قِبل طرفيه برضاهما التام ظرفٌ طارئٌ أعاق تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها، أو أَضَرَّ بمصلحة طرفي العقد أو أحدهما في حال تمّ تنفيذ العقد بما تمّ الاتفاق عليه حين إبرامه، ونحو ذلك من الحالات.

ففي مثل هذه الحالات تبرز سلطة القاضي في التدخل في العقد بنقضه أو تعديله بغرض إعادة التوازن بين مصلحة طرفيه، ودفع الضرر عنهما، ودرء ما قد يحدث من خلاف بينهما بسبب ذلك.

فما مدى مشروعية سلطة القاضي في تعديل العقد؟ وما هي الحالات التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها؟ وما هي حدود سلطته وضوابطها في هذا التعديل؟ وعلى أي أساس ترتكز سلطته في تعديل العقد؟

مجموعة أسئلة يتصدى هذا البحث للإجابة عليها بناء على ما ورد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متمثّلاً في القانونين المصري والسوري -محل المقارنة في هذا البحث- فأسأل الله تعالى تيسير ذلك.

❖ أهداف البحث:

*** يهدف هذا البحث إلى عدد من الأمور أهمها:**

١- التأكيد على معرفة الفقه الإسلامي بهذا الموضوع الذي عرفته القوانين الوضعية مؤخراً، وذلك قبل قرون عديدة من خلال إلقاء الضوء على عدد من التطبيقات المعروفة في الفقه الإسلامي والتي تصلح كأساسٍ أو مستندٍ لسلطة القاضي في تعديل العقد بما يحيط بجوانبها كافة، وبشكل أكثر سعةً وشمولاً من القوانين الوضعية كما سيتضح جليّاً أثناء البحث.

٢- التكييف الدقيق والتخريج الملائم لجلّ مفردات البحث بالاستناد إلى نصوص الشرع ومبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.

٣- إلقاء الضوء على أهمية وظيفة القاضي وحقيقة الدور الإيجابي الذي يتعيّن عليه القيام به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية، والقضاء على مظاهر الظلم والاستغلال بين أفراد المجتمع.

٤- الكشف عن حدود الحرية التعاقدية للفرد في إبرام ما يشاء من العقود، أو اشتراط ما يشاء من الشروط، بمنأى عن استغلال الغير أو إيقاعه في غبن فاحش أو ربا مقيت، حتى لا يستجلب سلطة القضاء لإصلاح ما أحدثه من خلل في العقد.

٥- الكشف عن حدود حرية القاضي في إعمال سلطته في تعديل العقد، وهل يملك حرية مطلقة في ذلك، أم يتعيّن عليه الالتزام بضوابط معينة في سبيل المحافظة ما أمكن على قدسية الرابطة العقدية واحترام إرادة طرفي العقد؟

٦- دراسة أبرز الحالات التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها سواء تلك التي يتسبب بها أحد طرفي العقد كالغبن والاستغلال والإذعان والمغالاة في الشرط الجزائي ونحو ذلك، أو التي لا يَدَ لطرفي العقد في حدوثها كالظروف الطارئة.

❖ صعوبات البحث:

*** إن أبرز ما واجه الباحث من صعوبات في هذا البحث يكمن في نقطة مفادها:**

صلاحية كل فصل من فصوله الخمسة ليكون رسالة مستقلة، ولئن أرغمت ضرورةُ استيفاء موضوع «سلطة القاضي في تعديل العقود المالية» بجُلِّ جوانبه الباحثَ على إثبات هذه الفصول الخمسة بتمامها دون الاقتصار على بعضها، فإن ذلك شكّل صعوبة عليه في خوض كافة التفصيلات المتعلقة بكل فصل من هذه الفصول، تفادياً للإطالة غير المحمودة في البحث، مما حدا به إلى تجنب الخوض في بعض الأمور التي من الممكن الاستغناء عنها في أمثال هذا البحث، كالنقاشات المطوّلة بين الفقهاء في بعض المسائل والردود التفصيلية على الأدلة ونحو ذلك، اكتفاءً بذكر أبرز الآراء والأدلة والراجح في تلك المسائل بما أمكن من الإيجاز.

❖ الدراسات السابقة:

لا يعدّ هذا البحث الأول من حيث موضوعه، فقد سبقه عدد من الأبحاث في الموضوع نفسه، ولم يتسنَّ لي الاطلاع عليها كلها كونها في الغالب رسائل جامعية غير منشورة، وفيما يلي أعرض لما تسنّى لي الاطلاع عليه من تلك الأبحاث:

١ - سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي:

أطروحة دكتوراه في الحقوق للباحث الدكتور محمد علي الخطيب، من جامعة عين شمس في مصر، سنة ١٩٩٢م.

حيث أحرز هذا البحث قصب السبق في موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد، ولا يخفى من خلال عنوانه أنه مختص في الجانب القانوني بالدرجة الأولى، ومع ذلك فإن الباحث قدّم من خلاله جهوداً محمودة في الجانب الفقهي للموضوع، وكان له السبق في خوض ذلك وإنارة الدرب لمن أتى من بعده ليكتب في الموضوع نفسه، ومن بينهم صاحب هذه الأطروحة، حيث استفدت كثيراً من بحثه كما سيظهر في ثنايا البحث، وبحكم التخصص القانوني لصاحب البحث فإن بحثه استوفى الجوانب القانونية بشكل مفصل في القانونين اليمني والمصري، واختصر الجوانب الفقهية.

ويمكن القول بناء على ذلك بأن الباحث الخطيب أشار إلى مواطن هـذا الموضـوع في الفقـه الإسلامي -وحاز الأسبقية إلى ذلـك- تاركـاً تفاصـيله الدقيقـة مـن تكييـف وتخـريج وأدلـة تفصيلية وما دار بين الفقهاء من خلاف إلى أهل الاختصاص في الفقه الإسلامي لمـن يـأتي مـن بعده، فشكر الله تعالى جهده.

* وقد قسّم الجانب التطبيقي من سلطة القاضي في تعديل العقد في بحثه إلى قسمين:

القسم الأول: عَرَض فيه لسلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوين العقد أو إنشـائه، وفي هذا القسـم دَرَس سـلطة القـاضي في التعـديل مـن خـلال نظريتَـي الغـبن والاسـتغلال، وكذلك من خلال عقود الإذعان.

القسم الثاني: عَرَض فيه لسلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلـة تنفيـذ العقـد، وفي هـذا القسم دَرَس سلطة القاضي في التعديل من خلال نظرية الظروف الطارئـة والـشرط الجزائـي ونظرة الميسرة.

٢- سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي:

أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون للباحث الدكتور محمد بوكماش، مـن جامعـة الحـاج لخضر في الجزائر، سنة ١٤٣٢هـ- ٢٠١٢م.

من خلال اطلاعي السريع على هذه الأطروحة ظهر أن الباحث حـاكى في أطروحتـه عـدداً من جوانب الأطروحة التي تقدّم ذكرها للدكتور محمد علي الخطيب، خصوصاً أنـه سـار عـلى التقسيم نفسه الوارد في تلـك الأطروحـة، وهـو دراسـة سـلطة القـاضي في تعـديل العقـد في مرحلتين: مرحلة إنشاء العقد، ومرحلة تنفيذ العقد، بيد أنه بحكم الانتماء اتّخذ القـانون المـدني الجزائري محلاً للمقارنة في البحث.

ومن حيث الجملة فـإن الأطـروحتين السـابقتين -بحكـم التّخصـص- أظهرتـا الجوانـب القانونية لسلطة القاضي في تعديل العقد بشـكل مفصـل، ولم ألمـس مـن خلالهـما التأصـيل أو التكييف الفقهي الدقيق لمفردات البحث، كما لم ألمس فيهما اهتماماً بالتطبيقـات المعـاصرة لكـل حالة من حالات تعديل العقد من قِبل القاضي.

فما قمت به إذن في هذه الأطروحة -كونها مختصّة في الجانب الفقهي بالدرجة الأولى- ممـا لم ألمسه في الأطروحتين السابقتين:

أ- التكييف الفقهي الدقيق لجلّ مفردات البحث، وتخريج أغلب مسائله على نصوص الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة، وعلى مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة كذلك.

ب- عرض التطبيقات المعاصرة والأمثلة المناسبة لكل حالةٍ من حالات تعديل العقد من قِبل القاضي.

ج- لم أتبع التقسيم الذي اتّبعه الباحثان في أطروحتيهما، وإنما قسمت البحث إلى خمسة فصول يعرض كل فصل لإحدى الحالات التي يسوغ للقاضي تعديل العقد فيها، من خلال السير في كل فصل من الفصول الخمسة على نسق واحد وذلك بتقسيمه -أي كل فصل- إلى ثلاثة أجزاء: يختصّ الجزء الأول منه بالتكييف الفقهي لتلك الحالة، ويختصّ الجزء الثاني بدراسة أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد في تلك الحالة، وأخيراً يختصّ الجزء الثالث بعرض أبرز الأمثلة والتطبيقات المعاصرة لتلك الحالة.

٣- دور القاضي في تعديل العقد -دراسة تحليلية تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-:

أطروحة دكتوراه في الحقوق للمستشار الدكتور فؤاد محمود معوض، من جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٩٨م.

عرض الباحث في أطروحته للعقود المالية وغيرها، ولم يعرض لبعض الحالات الهامة لسلطة القاضي في تعديل العقد، كتعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال، كما أن الباحث ركّز كثيراً على الجانب النظري لسلطة القاضي في التعديل على حساب الجانب التطبيقي، وأخيراً افتقرت مفردات البحث إلى التكييف الفقهي الدقيق استناداً إلى أصول المذاهب الفقهية المعتبرة، وربما يعود السبب في ذلك إلى أن البحث في مجال الحقوق.

وثمة أبحاث أخرى في الموضوع نفسه بذلتُ جهداً كبيراً في الحصول عليها دون جدوى أبرزها:

٤- سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد:

رسالة ماجستير في الحقوق، للباحث غازي عايد الغثيان، من جامعة مؤتة في الأردن، سنة ٢٠٠٥م.

❖ منهج البحث وطريقته:

لقد اتّبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، والمنهج الاستنتاجي، وذلك باستقراء ما ورد بخصوص مسائل البحث من آراء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة، ومن ثَمّ تحليلها والمقارنة فيما بينها مبدياً الرأي الراجح في الأعم الأغلب، لأصِلَ من خلال ذلك إلى التكييف الفقهي الملائم لأبرز مفردات البحث، ومن ثَمّ استنتاج أهم الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في تعديل العقود المالية تخريجاً على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، ومقارنة ذلك بما ورد في القانونين المصري والسوري.

*** وأما طريقة البحث فتتلخص في النقاط الآتية:**

١- قسمت البحث إلى فصول فمباحث فمطالب ففروع، وتضم الفروع في بعض الأحيان عدداً من المسائل، كما تضم المسائل أحياناً عدداً من الفقرات.

٢- اقتصرت في مسائل هذا البحث على ما ورد في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة (الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي) مستغنياً عمّا لا حاجة إليه من باقي المذاهب.

٣- توخّيت قدر الإمكان الرجوع إلى الكتب المعتمدة في كل مذهب لدى عرض الآراء، ولم أكتفِ بمصدر واحد من كل مذهب، بل رجعت في جلّ المسائل إلى مصدرين أو أكثر مراعياً في ذلك الرجوع إلى كتب الفقهاء المتقدمين والمتأخرين في كل مذهب قدر الإمكان.

٤- التزمت بالترتيب الزمني للمذاهب الفقهية لدى عرض الآراء (الحنفي فالمالكي فالشافعي فالحنبلي) إلا في القليل النادر من المسائل، كما لو انفرد أحد المذاهب برأي في مقابل رأي الجمهور فإني أُقدِّم رأي الجمهور في الذكر في هذه الحالة وإن كان ذلك المذهب أقدم زمنياً من مذاهب الجمهور، وكذلك إذا كان لأحد المذاهب رأي غير معتمد في مقابل رأي معتمد فإني أذكر رأيهم المعتمد حسب الترتيب الزمني للمذهب، وأُرجئ ذِكر الرأي المقابل للمعتمد إلى ما بعد عرض الآراء المعتمدة في بقية المذاهب أو أضمّه إلى أحد المذاهب إن كان موافقاً له.

٥- حرصت على الاستشهاد بنصوص الفقهاء وسردها ضمن قوسين في أغلب المسائل، ولاسيما في مواطن الاستنتاج لدعم الضابط أو الرأي الذي استنتجته، وأحياناً قد يفصل كلام

بين جزأين من أجزاء نص قمت باقتباسه لا ضرورة لذكره، فأقوم في هذه الحالة بوضع عدد من النقاط (...) مكان ذلك الكلام بين الجزأين المذكورين من النص.

٦- عنيت بعرض أدلة الفقهاء في جلّ المسائل وإتباعها بالترجيح وأسبابه ما أمكن.

٧- حرصت- حسب إمكاني- على إسقاط العديد من الأحكام الواردة في البحث على التطبيقات المعاصرة في نهاية كل فصل من فصول الرسالة.

٨- استفدت من الكم الهائل من المراجع المعاصرة التي تمسّ موضوع الرسالة وبيّنت ذلك في مواضعه من البحث، لاسيما بعض كتب أستاذَي أساتذتي الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور فتحي الدريني رحمهما الله تعالى، وكتاب الشرط الجزائي لأستاذي الدكتور أسامة الحموي حفظه الله تعالى، وأطروحة سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي للدكتور محمد علي الخطيب وغيرها، وذلك في الجوانب التكميلية للبحث لا الجوانب الأساسية المتعلقة بالتكييف الفقهي لمفردات البحث وآراء المذاهب الفقهية؛ لأن المرجع في هذه المسائل الأساسية هو المصادر الأصيلة المعتمدة في كل مذهب.

٩- إن الجانب التطبيقي المتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقود المالية لم يَرِد له ذكر عند فقهاء المذاهب الأربعة المعتبرة، لذا فقد قمت باستنتاج سلطة القاضي في كل فصل من فصول الرسالة الخمسة بتوفيق من الله تعالى استناداً إلى مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة وأصول المذاهب الفقهية، وذلك بعد التكييف الفقهي لمفردات تلك الفصول، ثم أتبعت الأحكام والضوابط المُستنتجة لسلطة القاضي في تعديل العقد في كل فصل بأبرز التطبيقات المعاصرة لها، وهذا ما يُمثِّل جانب الجِدّة في الموضوع، فأسأل الله تعالى أن لا يكون ما قمت به من استنتاج في هذا الجانب مُجانباً للصواب.

١٠- اتّبعت لدى المقارنة مع القوانين الوضعية الطريقة الآتية:

أ- اكتفيت بالقانونين المصري والسوري كأساس للمقارنة في جلّ مسائل الرسالة.

ب- آثرت البدء بعرض رأي القانون في فصلين من فصول الرسالة، هما الفصل الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، والفصل الرابع: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي؛ لأن هذين الموضوعين ظهرا مؤخراً في القوانين الوضعية فلم يكن لي بُدٌّ من البدء برأي القانون فيهما حتى تتّضح صورتهما في القانون، ومن ثَمّ يتسنى عرض مدى الانسجام والملاءمة بينهما وبين مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة وأصول مذاهبه الأربعة المعتبرة.

ج- حرصت على أن يكون رأي القانونين المصري والسوري حاضراً في المسائل الأساسية للبحث، مع تجنّب رأييهما في المسائل الفرعية المتناثرة، وأَتْبَعت كل مسألة ذُكِر فيها رأي القانون بعقد مقابلة موجزة بينه وبين رأي الفقه الإسلامي، مُبدياً أسبقية الفقه الإسلامي إلى معرفة جلّ الموضوعات التي قد يُظنُّ أنها ما عُرِفت إلا مؤخراً في القوانين الوضعية.

١١- اتبعت في تخريج الأحاديث النبوية الشريفة الطريقة الآتية:

أ- ما ورد في الصحيحين (صحيح البخاري ومسلم) أو أحدهما، لم أُخرِّجه من المصادر الأخرى، كما لم أُبيّن درجته كونه معلوم الصحة.

ب- ما لم يرِد في الصحيحين أو أحدهما خرّجته -حسب وجوده- من باقي المصادر، كالسنن الأربعة (سنن أبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه) وموطأ الإمام مالك ومسند الإمام أحمد ومعاجم الطبراني ومستدرك الحاكم وسنن البيهقي وغيرها، مع بيان درجة الحديث ما أمكن مستدلاً بكلام علماء الحديث فيه، كابن الملقن والحافظ ابن حجر العسقلاني والهيثمي والزيلعي وغيرهم رحمهم الله تعالى.

ج- قمت بتخريج كافة الأحاديث الواردة في الرسالة بالتفصيل لكل حديث لدى وروده للمرة الأولى، وعند تكراره أكتفي في الحاشية بالإشارة إلى الموضع الذي سبق تخريجه فيه.

١٢- أما بخصوص الأعلام: فقد وضعت في الحواشي تراجم موجزة للأعلام الذين تعرّضتُ لذكرهم خلال صياغتي للبحث دون الأعلام الذين وردت أسماؤهم في النصوص المقتبسة، مكتفياً بالاسم الكامل للعَلَم وسنة وفاته وأبرز وصف فيه أو عمل قام به وأهم

تصانيفه، بدءاً من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ما قبل المعاصرين، وذلك من المصادر الأصيلة للتراجم حسب العَلَم المُتَرجَم له، وذلك عند ورود اسم العَلَم للمرة الأولى، دون الإشارة إلى موضع الترجمة عند التكرار تفادياً لإثقال الحواشي، لاسيما أن بعض الأعلام كثُر ذكرهم في البحث بشكل يجعل من الإحالة إلى موضع الترجمة في كل مرة أمراً غير مستحسن.

١٣- أما ما يتعلق بالمراجع: فقد التزمت بتوثيقها في الحاشية بشكل كامل يتضمن اسم المرجع بالكامل ورقم الجزء والصفحة واسم المؤلِّف والمحقّق إن وُجِد ثم دار النشر وبلد النشر ورقم الطبعة وتاريخها- حسب وجود ما سبق- وذلك لدى ورود المرجع للمرة الأولى، وعند التكرار أذكر اسم المرجع ومؤلِّفه ورقم الجزء والصفحة.

فإن لم تُذكر دار النشر أضع هذه الرموز (د.ن) وإن لم يُذكر رقم الطبعة أضع (د.ط) وإن لم يُذكر تاريخ الطبعة أضع (د.ت).

١٤- ضمّت خاتمة البحث خلاصة لأهم نتائجه وأهم التوصيات المتصلة بالموضوع.

١٥- وضعت في نهاية البحث فهارس علمية شاملة للآيات القرآنية حسب ترتيبها في المصحف، وللأحاديث النبوية والآثار والقواعد الفقهية والمصطلحات والأعلام حسب ترتيب الحروف، وللمصادر والمراجع حسب ترتيب الحروف ضمن كل فنّ وعلم على حدة، وأخيراً وضعت فهرساً تفصيلياً لموضوعات البحث وفقراته.

❖ خطة البحث:

*** لقد قسمت هذا البحث إلى فصل تمهيدي وخمسة فصول رئيسية على النحو الآتي:**

أما الفصل التمهيدي:

فقد اشتمل على مقدمات وجيزة في مفهوم القضاء وسلطة القاضي ومفهوم العقد وأقسامه وأبرز أحكامه وتعديله في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك في ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول:** عرضت فيه لمفهوم القضاء ومشروعيته ومفهوم سلطة القاضي، وذلك في مطلبين:

- **المطلب الأول**: مفهوم القضاء ومشروعيته.
- **المطلب الثاني**: مفهوم سلطة القاضي.

▪ **المبحث الثاني:** عرضت فيه لمفهوم العقد وأقسامه وأهم المبادئ التي تقوم عليها أحكامه، وذلك في ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول**: تعريف العقد وتمييزه عما يشابهه من المصطلحات.
- **المطلب الثاني**: أقسام العقد وأهم تصنيفاته.
- **المطلب الثالث**: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد.

▪ **المبحث الثالث:** عرضت فيه لمفهوم التعديل وأقسامه، وذلك في مطلبين:

- **المطلب الأول**: تعريف التعديل لغةً وفقهاً وقانوناً.
- **المطلب الثاني**: أقسام التعديل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي والمقارنة بينهما.

وأما الفصل الأول:

فقد خصّصته للحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال، وذلك في مبحثين:

▪ **المبحث الأول:** عرضت فيه للغبن وأنواعه ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه، وذلك في أربعة مطالب:

- **المطلب الأول**: تعريف الغبن لغة واصطلاحاً والألفاظ المتعلقة به.
- **المطلب الثاني**: أنواع الغبن ومعيار التفرقة فيما بينها.
- **المطلب الثالث**: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن.
- **المطلب الرابع**: نماذج لأمثلة وتطبيقات متعلقة بالغبن.

▪ **المبحث الثاني:** عرضت فيه للاستغلال وصوره وشروطه ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه، وذلك في أربعة مطالب:

- **المطلب الأول**: تعريف الاستغلال لغة واصطلاحاً ومدى صلته بالغبن والتغرير.
- **المطلب الثاني**: صور الاستغلال وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **المطلب الثالث**: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **المطلب الرابع**: نماذج لأمثلة وتطبيقات معاصرة للاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وأما الفصل الثاني:

فقد خصّصته للحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وذلك في خمسة مباحث:

- **المبحث الأول:** عرضت فيه لمفهوم الظروف الطارئة وتكييفها الفقهي، وذلك في مطلبين:
  - **المطلب الأول**: مفهوم الظروف الطارئة لغة واصطلاحاً.
  - **المطلب الثاني**: التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.
- **المبحث الثاني:** عرضت فيه للأدلة التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها في الفقه الإسلامي، وذلك في مطلبين:
  - **المطلب الأول**: الأدلة التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.
  - **المطلب الثاني**: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.
- **المبحث الثالث:** عرضت فيه لأحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد في ظلّ تحقّق الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وذلك في مطلبين:
  - **المطلب الأول**: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الجوائح في بيع الثمار على الأشجار.

- **المطلب الثاني**: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغيّر قيمة النقود.

▪ **المبحث الرابع:** عرضت فيه لأحكام سلطة القاضي في تعديل العقد في ظلّ تحقق الظروف الطارئة في القانون الوضعي، وذلك في أربعة مطالب:

- **المطلب الأول**: تعريف عام بنظرية الظروف الطارئة قانوناً والعقود التي تنطبق عليها.
- **المطلب الثاني**: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري.
- **المطلب الثالث**: مظاهر وضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري.
- **المطلب الرابع**: مقارنة ما ورد في القانونين المصري والسوري بما ورد في الفقه الإسلامي.

▪ **المبحث الخامس:** عرضت فيه لنماذج من أمثلة معاصرة لنظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تعديل العقد بسببها، وذلك في مطلبين:

- **المطلب الأول**: أمثلة معاصرة لسلطة القاضي في التعديل في مسألة الجوائح في بيع الثمار على الأشجار.
- **المطلب الثاني**: أمثلة معاصرة لسلطة القاضي في التعديل في مسألة تغيّر قيمة النقود.

وأما الفصل الثالث:

فقد خصّصته للحديث عن سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان وذلك في أربعة مباحث:

▪ **المبحث الأول:** عرضت فيه لمفهوم عقد الإذعان وكيفية ظهوره، وذلك في مطلبين:

- **المطلب الأول**: مفهوم عقد الإذعان في اللغة والاصطلاح القانوني.
- **المطلب الثاني**: كيفية ظهور عقد الإذعان وتطوره في القوانين الحديثة.

▪ **المبحث الثاني:** عرضت فيه لتكييف عقد الإذعان وضوابطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك في ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول**: تكييف عقد الإذعان وضوابطه في القانون الوضعي.
- **المطلب الثاني**: تكييف عقد الإذعان وضوابطه في الفقه الإسلامي.
- **المطلب الثالث**: تكييف عقد الإذعان وضوابطه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

▪ **المبحث الثالث:** عرضت فيه لأحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك في ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول**: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في القانون الوضعي.
- **المطلب الثاني**: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي.
- **المطلب الثالث**: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

▪ **المبحث الرابع:** عرضت فيه لنماذج من أبرز التطبيقات المعاصرة لعقد الإذعان وسلطة القاضي في تعديله، وذلك في ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول**: احتكار الخدمات الضرورية في المجتمع.
- **المطلب الثاني**: احتكار مجموعة من السلع الأساسية من قِبل طائفة معينة من التجار (الوكالات الحصرية).
- **المطلب الثالث**: الإذعان في عقد العمل (المصدر الأساسي لدخل الفرد ومن يعولهم).

وأما الفصل الرابع:

فقد خصّصته للحديث عن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، وذلك في أربعة مباحث:

- **المبحث الأول:** عرضت فيه لمفهوم الشرط الجزائي وتمييزه عما قد يشتبه به من أوضاع، وذلك في مطلبين:
  - **المطلب الأول:** مفهوم الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح القانوني الحديث.
  - **المطلب الثاني:** تمييز الشرط الجزائي عما قد يشتبه به من أوضاع.
- **المبحث الثاني:** عرضت فيه للطبيعة القانونية للشرط الجزائي وتكييفه في الفقه الإسلامي، وذلك في مطلبين:
  - **المطلب الأول:** طبيعة الشرط الجزائي وخصائصه في القانون الوضعي.
  - **المطلب الثاني:** تكييف الشرط الجزائي وحكمه في الفقه الإسلامي.
- **المبحث الثالث:** عرضت فيه لأحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، وذلك في ثلاثة مطالب:
  - **المطلب الأول:** أساس سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي ومشروعيتها.
  - **المطلب الثاني:** ضوابط سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء أو التعديل.
  - **المطلب الثالث:** مظاهر سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء والتعديل.
- **المبحث الرابع:** عرضت فيه لأبرز تطبيقات الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، وذلك في مطلبين:
  - **المطلب الأول:** نماذج من العقود التي يحظر فيها الشرط الجزائي.
  - **المطلب الثاني:** نماذج من العقود التي يُشرع فيها الشرط الجزائي.

وأما الفصل الخامس:

فقد خصّصته للحديث عن سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي، وذلك في ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول:** عرضت فيه لمفهوم الأجل وخصائصه وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك في ثلاثة مطالب:
  - **المطلب الأول:** مفهوم الأجل لغة واصطلاحاً.

- **المطلب الثاني**: خصائص الأجل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **المطلب الثالث**: أنواع الأجل باعتبار مصدره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

▪ **المبحث الثاني:** عرضت فيه لأحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك في أربعة مطالب:

- **المطلب الأول**: مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي ومؤيداتها في القانون الوضعي.
- **المطلب الثاني**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **المطلب الثالث**: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **المطلب الرابع**: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي.

▪ **المبحث الثالث:** عرضت فيه لأبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي، وذلك في مطلبين:

- **المطلب الأول**: أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي تخريجاً على حالة منح المدين المعسر أجلاً للوفاء بالتزامه.
- **المطلب الثاني**: أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي تخريجاً على حالة تمديد الأجل في عقد إجارة الأرض للزراعة.

ثم أتبعت البحث بخاتمة تضمّنت أبرز النتائج التي ظهرت في البحث، وأهم التوصيات المتعلقة بموضوع البحث، ثم وضعت فهارس علمية متنوعة.



الفصل التمهيدي

الفصل التمهيدي

مقدمات وجيزة في: مفهوم القضاء وسلطة القاضي ومفهوم العقد وأقسامه وأبرز أحكامه وتعديله في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ينصب موضوع هذا البحث على السلطة التي خوّلت الشريعةُ الإسلامية من خلالها القاضيَ ليُعمل اجتهاده في طائفة من العقود المالية التي اقتضت ظروف معينة – كما سيمر في فصول ومباحث هذه الرسالة– أن يُجري فيها تعديلات محددة، استناداً إلى نصوص الشرع وقواعده ومبادئه وأحكامه، وتماشياً مع روح الشريعة الإسلامية الغراء التي لا تقف جامدة أمام ما قد يطرأ على العقود من ظروف أو متغيّرات تستدعي التدخل من جهة القضاء؛ لبسط العدل ورفع الخلاف الذي ينشأ بين أطراف العقد بسبب ما قد تُخلِّفه تلك الظروف من خلل في الالتزامات أو عدم توازن في الحقوق.

وقبل أن يستهل الباحث الحديث في هذا البحث تبدو الحاجة مُلحّة إلى تمهيد موجز لإيضاح أبرز المفردات التي يرتكز عليها البحث؛ كي تبدو صورته أكثر وضوحاً وأدق تفصيلاً.

* **وبناءً على تلك المفردات فقد تمّ توزيع الفصل التمهيدي على ثلاثة مباحث كالآتي:**
  - ❖ **المبحث الأول:** مفهوم القضاء ومشروعيته ومفهوم سلطة القاضي.
  - ❖ **المبحث الثاني:** مفهوم العقد وأقسامه وأهم المبادئ التي تقوم عليها أحكامه.
  - ❖ **المبحث الثالث:** مفهوم تعديل العقد وأقسامه.



المبحث الأول:

مفهوم القضاء ومشروعيته ومفهوم سلطة القاضي

إن لولاية القضاء أهمية عظيمة ومكانة جليلة في الشريعة الإسلامية؛ كونها أعظم الولايات خطراً وأدقّها عملاً، فبه تُصان الحقوق وتُحترم الحدود ويزول الخلاف وينصلح الحال.

ولا يمكن للمجتمع البشري أن ينعم برغد العيش في ظلال العدل والمساواة إلا بعد اعتناق مبادئ الإسلام، وإرساء دعائم القضاء وقواعده وأحكامه النابعة من كتاب الله تعالى وسنة نبيه المصطفى صلى الله عليه وسلم.

ونظراً للصلة الوثيقة التي تربط موضوع هذا البحث بأحكام القضاء رأى الباحث أن يستهلّ هذا التمهيد بتوضيح موجز لمفهوم القضاء ومشروعيته بشكل عام، ثم التطرق بشكل خاص لمفهوم سلطة القاضي كخطوة أولى نحو بيان جلّ مفردات هذا البحث.

* **وذلك في مطلبين كالآتي:**

- المطلب الأول: مفهوم القضاء ومشروعيته.
- المطلب الثاني: مفهوم سلطة القاضي.



المطلب الأول:

مفهوم القضاء ومشروعيته

* **سيتم عرض هذا المطلب من خلال فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: مفهوم القضاء لغة واصطلاحاً.
- **الفرع الثاني**: مشروعية القضاء.

- **الفرع الأول**: مفهوم القضاء لغة واصطلاحاً

❖ **أولاً**: مفهوم القضاء في اللغة:

القضاء: الحُكم، وأصله: قضَاي لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف قُلبت همزة، والجمع: الأقضية.

وأصل القضاء: القطع والفصل، يقال: قضَى يَقضِي قضاءً فهو قاضٍ إذا حَكَم وفَصَل، وقضاء الشيء: إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه.

والقاضي في اللغة: القاطع للأمور المُحكم لها، واستُقضي فلان: أي جُعل قاضياً يحكم بين الناس.

ويأتي القضاء أيضاً بمعنى الصنع والتقدير، كما يأتي بمعنى الحتم والأمر، ويأتي كذلك بمعنى الأداء والإنهاء، تقول: قَضيتُ دَيني، ويأتي كذلك بمعنى الفراغ، تقول: قَضيتُ حاجتي، وضَرَبَه فقَضَى عليه أي: قتله كأنه فرغ منه، وقضى نحبَه قضاءً أي: مات[1].

فالحاصل أن كلمة القضاء في اللغة تأتي بمعنى: الحكم والفصل والصنع والتقدير والأداء والفراغ.

---

(١) لسان العرب: ١٥/ ١٨٦-١٨٧ مادة (قضي)، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، ط١، د.ت، ومختار الصحاح، ص: ٢٢٦ مادة (قضي)، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، د.ط، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

❖ **ثانياً**: مفهوم القضاء اصطلاحاً:

* القضاء في الاصطلاح الفقهي:

ثمة عدة تعريفات للقضاء لدى فقهاء المذاهب، أسرد طرفاً منها فيما يأتي:

ففي مذهب السادة الحنفية عُرف القضاء شرعاً بأنه: (فصل الخصومات وقطع المنازعات)[1].

وعرّفه العلامة قاسم[2] رحمه الله بأنه: (إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا)[3]، فخرجت من التعريف مسائل الإجماع ومسائل العبادات.

وفي مذهب السادة المالكية عُرف القضاء شرعاً بأنه: (صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين).

فالمقصود بصفة حكمية: أي له صفة توجب نفوذ حكمه، وبذلك نعلم أن هناك حكماً ونفوذ حكم، ومعنى حكمي: أي يوجب النفوذ.

وخرج بقوله: (لا في عموم مصالح المسلمين) الإمامة والتحكيم وولاية الشرطة[4].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٥٢، محمد أمين عابدين، دار الفكر، بيروت، د.ط،١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، وينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٤/ ١٧٥، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار المكتب الإسلامي، القاهرة، د.ط،١٣١٣هـ، ولسان الحكام في معرفة الأحكام: ١/ ٢١٨، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.

(٢) هو قاسم بن قطلوبغا بن عبدالله المصري، فقيه حنفي يعرف بقاسم الحنفي، محدّث أصولي مؤرّخ، من تصانيفه: (شرح درر البحار) لمحمد القونوي في فروع الحنفية، و(تاج التراجم في طبقات الحنفية) و(غريب القرآن) توفي سنة ٨٧٩هـ. ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب: ٧/ ٣٢٦، عبدالحي بن أحمد بن محمد العكري، ابن العماد الحنبلي، تحقيق: عبدالقادر الأرناؤوط ومحمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط١، ١٤٠٦هـ، وهدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين: ٥/ ٨٣٠، إسماعيل باشا البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط،١٤١٣هـ- ١٩٩٢م.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٥٢، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٦/ ٢٧٦-٢٧٧.

(٤) شرح حدود ابن عرفة: ٢/ ٥٦٧، أبو عبدالله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٣م. (التعريف لابن عرفه، والشرح للرصاع).

كما عرفه ابن رشد[1] رحمه الله تعالى بقوله: (الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام) قال الله تعالى: ﴿ فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ ﴾ [سورة سبأ: ١٤]. أي: ألزمناه وحتمنا به عليه، وقال الله تعالى ﴿فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ ﴾ [سورة طه: ٧٢]. أي: ألزم بما شئت واصنع ما بدا لك[2].

وجاء في كتاب مغني المحتاج للسادة الشافعية تعريف القضاء شرعاً بأنه: (فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى)[3].

وعُرّف كذلك بأنه: (الولاية الآتية أو الحُكم المترتب عليها، أو إلزام من له الإلزام بحُكم الشرع) فخرج الإفتاء[4].

وفي مذهب السادة الحنابلة عُرف القضاء شرعاً بأنه: (الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات، أو تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات)[5].

---

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد أبو الوليد، فقيه مالكي فيلسوف طبيب، يلقب بالحفيد تمييزاً له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الذي يميز بالجدّ، من تصانيفه(تهافت التهافت) في الفلسفة، و(بداية المجتهد ونهاية المقتصد) في الفقه، توفي سنة ٥٩٥هـ. ينظر: شذرات الذهب، ابن العماد: ٤/ ٣٢٠، والأعلام: ٦/ ٢١٣، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، ١٩٧٩م.

(٢) ينظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ١/ ٩، أبو عبدالله محمد بن فرحون اليعمري، تحقيق: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

(٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ٤/ ٣٧٢ محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٨/ ٢٣٥، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م.

(٥) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع: ٦/ ٢٨٥، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٢هـ، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: ٦/ ٤٣٧، مصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي، دمشق، د.ط، ١٩٦١م، والروض المربع شرح زاد المستقنع: ٣/ ٣٨٢، منصور بن يونس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، د.ط، ١٣٩٠هـ.

تلك هي أبرز تعريفات القضاء الواردة في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة[1]، وبإمعان النظر في تلك التعريفات يتّضح أنها قد عرضت لأبرز عناصر القضاء بعبارات مختلفة، وهذه العناصر هي:

١- وجود حكم ملزم.

٢- كون هذا الحكم مستنداً إلى الشرع.

٣- أن يؤدي هذا الحكم إلى فصل الخصومات وقطع المنازعات.

ويرى الباحث أن التعريف الأول للسادة الشافعية وكذلك التعريف الأول للسادة الحنابلة من أشمل التعريفات الجامعة المانعة للقضاء شرعا لاشتمالهما على عناصر القضاء وإخراج ما ليس من القضاء من تعريفه كالإفتاء ونحوه بتعبير وجيز واضح.

ويُكتفى بما مضى من توضيح لمفهوم القضاء؛ لأن ما يهم في هذا المقام هو الاطلاع على أبرز عناصر القضاء من كلام الفقهاء لإسقاطها على موضوع هذا البحث، وأما التعمق في مفهوم القضاء والاستغراق في توضيحه بشكل أكبر فليس هذا محله، وإنما في الأبحاث المتخصصة في القضاء.



(١) لقد عرض بعض الباحثين لمفهوم القضاء من خلال تعريفات الفقهاء السابق ذكرها، وأشاروا إلى اقتصار تلك التعريفات على القضاء العادي المختص بفصل النزاع والخصومات بين الناس دون شمولها لقضاء المظالم وقضاء الحسبة اللذين يهدفان إلى حفظ الحقوق العامة وحماية الأمن ونحو ذلك ولو لم توجد خصومة.

وللتوسع في هذا الأمر، ينظر: تاريخ القضاء في الإسلام، ص: ١٢-١٣، الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، والسلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ص: ٢٤-٢٦، أستاذنا الدكتور محمود بركات، دار النفائس، عمّان، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧م.

■ **الفرع الثاني**: مشروعية القضاء

بعد أن تمّ بيان مفهوم القضاء والاطلاع على أبرز عناصره بشكل موجز في الفرع الأول، يأتي هذا الفرع لبيان مشروعية القضاء وأبرز الأدلة المنصوبة عليه في الشرع الإسلامي؛ لتتم الفائدة ويتراصّ بنيان هذا البحث بإذن الله تعالى.

*** فالأصل في مشروعية القضاء: القرآن الكريم، والسنة المطهّرة، والإجماع.**

١ - القرآن الكريم:

يُعد الحكم بين الناس من أرفع الأشياء وأجلها خطراً، فاستخلف الله تعالى الخلفاء في الأرض ليقيموا حكمه وينصفوا عباده ويقوموا بأمره، وقد استدل الفقهاء على مشروعية القضاء بالآيات الآتية:

- قول الله عز وجل: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴾ [سورة ص:٢٦]. فاستخلفه في أرضه لإقامة حكمه واتباع سبيله، وحذره من اتباع الهوى والضلالة عن القصد.

فهذه الآية إذن تجعل الحكم بين الناس والفصل في الخصومات جزءاً من مهمات الرسول، ووظيفة لازمة لخليفة الله في أرضه، فهي وصية من الله عز وجل لولاة الأمور أن يحكموا بين الناس بالحق المنزل من عنده تبارك وتعالى، ولا يعدلوا عنه فيضلّوا عن سبيل الله[1]، ويؤكد هذا المعنى كذلك:

- قول الله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ ﴾ [سورة الحديد: ٢٥].

فالآية تنص صراحة على تنزيل الكتب والميزان على الرسل، وتنص كذلك على الغاية والهدف من ذلك وهو أن يقوم الناس بالقسط أي بالعدل.

(١) تفسير القرآن العظيم: ٤/ ٣٣، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ.

- وقال الله تعالى لنبيه محمّد صلى الله عليه وسلم: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾ [سورة النساء: ١٠٥]. فلم يفوض إليه بل قال له: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾[1].

- وقال الله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ﴾ [سورة المائدة: ٤٨].

- وقال الله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ﴾ [سورة المائدة: ٤٩]. أي: لا تترك الحكم بما بيّن الله تعالى من القرآن من بيان الحق وبيان الأحكام.

فالحاكم نائب عن الله تعالى في أرضه في إنصاف المظلوم من الظالم، وإيصال الحق إلى المستحق، ودفع الظلم عن العباد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كل ذلك من الصفات الحميدة يميل إليها كل لبيب، ومحاسنه لا تخفى على أحد، ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد[2].

- وقال الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا﴾ [سورة النساء: ٦٥].

فقد ربط الله تعالى الإيمان بقبول التحاكم إلى الله والرسول، كما وصف القرآن الكريم المؤمنين بذلك، فقال الله تعالى:﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا۟ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾ [سورة النور: ٥١].

---

(١) أخبار القضاة: ١/ ١-٤، أبو بكر محمد بن خلف بن حيان البغدادي، الملقب بوكيع، تحقيق: عبدالعزيز المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط١، ١٣٦٦هـ- ١٩٤٧م.

(٢) ينظر: أحكام القرآن: ٦/ ٢١١، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب، القاهرة، د.ط، د.ت، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٧٥.

إذن ثمة آيات كثيرة يأمر الله تعالى فيها باتباع أمره، ويحذر أن يُحاد عن ذلك بهوى أو اتباع مَطمَع، ويذم مَن فعل ذلك، قال الله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلَّذِينَ يَكْتُبُونَ ٱلْكِتَٰبَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَٰذَا مِنْ عِندِ ٱللَّهِ لِيَشْتَرُوا۟ بِهِۦ ثَمَنًا قَلِيلًا ۖ فَوَيْلٌ لَّهُم مِّمَّا كَتَبَتْ أَيْدِيهِمْ وَوَيْلٌ لَّهُم مِّمَّا يَكْسِبُونَ﴾ [سورة البقرة: ٧٩][1].

٢- السنة النبوية المطهّرة:

ثبتت مشروعية القضاء في عدة أحاديث شريفة، فنجد فيها تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين، فبه بُعثت الرسل، وقامت السموات والأرض، وجعله النبي صلى الله عليه وسلم من النعم التي يُباح الحسد عليها[2]، ومن هذه الأحاديث:

- عن ابن مسعود رضي الله عنه[3] عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا حَسَد إلا في اثنتين رجلٌ آتاه الله مالاً فسَلّطه على هلَكَته في الحق، ورجلُ آتاه الله الحكمة فهو يَقضي بها ويُعلّمها»[4].

---

(١) للاطلاع على الأدلة من القرآن الكريم، ينظر: أخبار القضاة، وكيع: ١/ ١-٤، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٧٥، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤/ ٣٧٢، والمغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: ١٠/ ٨٩، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، والتنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، ص: ٣٨-٤٠، الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون: ١/ ١١.

(٣) هو عبدالله بن مسعود بن حبيب الهذلي، من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً، ومن السابقين إلى الإسلام، شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم المشاهد كلّها، وله في الصحيحين ٨٤٨ حديثاً، توفي سنة ٣٢هـ. ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة: ٣/ ٣٩٤، عز الدين بن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، تحقيق: عادل الرفاعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م، والإصابة في تمييز الصحابة: ٤/ ٢٣٣، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: علي البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: ٦/ ٢٦٦٨، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: ما جاء في اجتهاد القضاة بما أنزل الله تعالى، رقم الحديث: ٦٨٨٦، الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري=

ففي هذا الحديث مبالغة في الحث على تحصيل الخصلتين المذكورتين، أي الإنفاق في وجوه الخير والقضاء بالحق، كأنه قيل لو لم يحصلا إلا بالطريق المذموم لكان ما فيهما من الفضل حاملاً على الإقسام على تحصيلهما به، فكيف والطريق المحمود يمكن تحصيلهما به، والحسد في هذا الحديث مجازي المقصود به الغبطة، أي أن يتمنى مثل النعمة التي على غيره من غير زوالها عن صاحبها، والمراد بالحديث: لا غبطة محبوبة إلا في هاتين الخصلتين وما في معناهما[1].

- وفي حديث عائشة رضي الله عنها[2] أنه صلى الله عليه وسلم قال: «هل تَدرون مَن السَابقون إلى ظلِّ الله يوم القيامة؟ قالوا: الله ورسوله أعلم. قال: الذين إذا أُعطوا الحق قَبلوه، وإذا سُئلوه بَذلوه، وإذا حَكَموا للمسلمين حَكَموا كَحُكمهم لأنفسهم»[3].

= الجعفي، تحقيق: أستاذنا الدكتور مصطفى البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ط٣، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م، ومسلم كذلك في صحيحه: ١/ ٥٥٩، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: فضل من يقوم بالقرآن ويعلمه، رقم الحديث: ٨١٦، صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت، واللفظ لهما.

(١) ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٩/ ٧٣، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، وصحيح مسلم بشرح النووي: ٦/ ٩٧، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٣٩٢هـ.

(٢) هي السيدة عائشة الصّدّيقة بنت أبي بكر الصّدّيق، أم المؤمنين وأفقه نساء المسلمين، وكان أكابر الصحابة يراجعونها في أمور الدين، توفيت سنة ٥٨هـ، وقيل ٥٧هـ، ودُفنت بالبقيع. ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني: ٨/ ١٦، والاستيعاب في معرفة الأصحاب: ٤/ ١٨٨١، يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر، تحقيق: علي البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ٦/ ٦٧، باب: أحاديث عائشة رضي الله عنها، رقم الحديث: ٢٤٤٢٤، مسند أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني، مؤسسة قرطبة، مصر، د.ط، د.ت.

هذا الحديث غريب تفرد به ابن لهيعة عن خالد بن أبي عمران، حدّث به أحمد بن حنبل في مسنده روايته عن حسن عن ابن لهيعة، وكذا ذكره ابن الجوزي في جامع المسانيد، ورواه أبو العباس بن القاصّ من أصحاب الشافعية في كتاب القضاء من حديث يحيى بن أيوب عن ابن زحر عن علي بن زيد عن القاسم عن عائشة مرفوعاً. =

- وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المُقسطون عند الله يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين، الذين يَعدِلون في حكمهم وأهليهم وما وَلُوا»[1].

فدل هذان الحديثان على أن المقسط العادل أرفع الناس منزلة يوم القيامة، وأن ضدّه بضدّ ذلك عند الله تعالى[2].

- وجاء في الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن أصاب فله أجران»[3].

ولقد ذكر الإمام النووي رحمه الله تعالى أن هذا الحديث ورد في حاكم عالم أهل للحكم إن أصاب فله أجران باجتهاده، وإن أخطأ فله أجر باجتهاده في طلب الحق، أما غيره فآثم[4].

= ينظر: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: ٥/ ٥٢٧- ٥٢٨، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبدالله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، وتلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير: ٤/ ١٨١، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، د.ن، د.ط، ١٣٨٤هـ- ١٩٦٤م.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: ٣/ ١٤٥٨، كتاب: الإمارة، باب: فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عليهم، رقم الحديث: ١٨٢٧.

(٢) أخبار القضاة، لوكيع: ١/ ٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٦/ ٢٦٧٦، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم الحديث: ٦٩١٩، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١٣٤٢، كتاب: الأقضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم الحديث: ١٧١٦.

(٤) ينظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٤/ ٣٧٢.

والإمام النووي هو: يحيى بن شرف بن مري النووي أبو زكريا محيي الدين، من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق، ولد سنة ٦٣١هـ، علامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة، من أهم تصانيفه: (المجموع شرح المهذب) لم يكمله، و(روضة الطالبين) و(المنهاج) في الفقه والحديث (شرح صحيح مسلم)، توفي في نوى سنة ٦٧٦هـ. =

- وروت أم سلمة[1] رضي الله عنها قالت: «جاء رجلان يَختصمان في مواريث قد دُرست ليس بينهما بَيّنة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنّكم تَختصمون إليّ وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم أن يكون أَلحَنَ بحُجّته من بعض، فأقضي بنحو ما أسمع، فمن قَضيتُ له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أَقطَع له قطعة من نار، فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حَقّي لأخي، فقال صلى الله عليه وسلم: أما إذاً فقوما فاذهبا فلتَقتَسما، ثم تَوخّيا الحق، ثم اسْتَهِما، ثم ليحلّل كل واحد منكما صاحبه»[2].

وقبل الانتقال إلى دليل الإجماع يجدر التنبيه إلى أن ما ورد في شأن القضاء في السنة النبوية المطهّرة من تخويف ووعيد إنما المقصود به قضاءُ الجُور[3].

= ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: ٨/ ٣٩٥، تاج الدين بن علي بن عبدالكافي السبكي، تحقيق: محمود الطناحي وعبدالفتاح محمد، دار الهجرة للنشر والتوزيع، السعودية، ط٢، ١٤١٣هـ، وطبقات الشافعية: ٢/ ١٥٣، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة- تحقيق: الحافظ عبدالعليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.

(١) هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية، أم المؤمنين، تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة أربع من الهجرة بعد وفاة زوجها أبي سلمة بن عبدالأسد، كانت موصوفة بالعقل البالغ والرأي الصائب، تنقل كتب الحديث لها قريباً من ٣٧٨ حديثاً، توفيت سنة ٥٩هـ. ينظر: أسد الغابة، ابن الأثير الجزري: ٧/ ٣١٢، والإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني: ٨/ ١٥٠.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٩٥٢، كتاب: الشهادات، باب: من أقام البينة بعد اليمين، رقم الحديث: ٢٥٣٤، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١٣٣٧، كتاب: الأقضية، باب: الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم الحديث: ١٧١٣.

وللاطلاع على الأدلة من السنة النبوية المطهرة، ينظر: أخبار القضاة، وكيع: ١/ ١-٤، وشرح فتح القدير: ٧/ ٢٥٢، كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن همام السيواسي الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط٢، د.ت، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ١/ ١١، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤/ ٣٧٢، ونهاية المحتاج، الرملي: ٨/ ٢٣٥، والمغني، ابن قدامة: ١٠/ ٨٩، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/ ٢٨٥-٢٨٦، وشرح منتهى الإرادات: ٣/ ٤٨٦، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط٢، ١٩٩٦م، والتنظيم القضائي، الدكتور محمد الزحيلي،ص:٣٩-٤٠.

(٣) ينظر في تفصيل ذلك: تبصرة الحكام، ابن فرحون: ١/ ١١.

٣- الإجماع:

وأما دليل الإجماع: فقد أجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس، والقضاء من فروض الكفايات؛ لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه(فكان واجباً عليهم كالجهاد والإمامة، قال الإمام أحمد[١] رحمه الله تعالى: (لابد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس؟)[٢] وفيه فضل عظيم لمن قوي على القيام به وأداء الحق فيه، ولذلك جعل الله فيه أجراً مع الخطأ وأسقط عنه حكم الخطأ، ولأن فيه أمراً بالمعروف، ونصرةً للمظلوم، وأداءً للحق إلى مستحقه، ورداً للظالم عن ظلمه، وإصلاحاً بين الناس وتخليصاً لبعضهم من بعض، وذلك من أبواب القرب، ولذلك تولّاه النبي صلى الله عليه وسلم والأنبياء قبله فكانوا يحكمون لأممهم)[٣].



(١) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني، إمام المذهب الحنبلي، ولد سنة ١٦٤هـ، له (المسند) في الحديث، توفي ببغداد سنة ٢٤١هـ. ينظر: طبقات الحنابلة: ١/ ٢٤، محمد بن أبي يعلى أبو الحسين، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، د.ط- د.ت، وصفة الصفوة: ٢/ ٣٣٦، أبو الفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: محمود فاخوري ومحمد رواس قلعه جي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة: ١٠/ ٨٩.

(٣) المغني، ابن قدامة: ١٠/ ٨٩، وينظر في هذا المعنى: مغني المحتاج، الشربيني: ٤/ ٣٧٢.

المطلب الثاني:

مفهوم سلطة القاضي

بعد أن تقدّم في المطلب الأول بيان مفهوم القضاء بشكل عام والأدلة المنصوبة على مشروعيته، سيتم التطرق بإذن الله في هذا المطلب لمفهوم سلطة القاضي، تلك السلطة التي يتمكن القاضي من خلالها من الحُكم في بعض القضايا غير الثابتة بدليل قطعي، استناداً إلى نصوص الشرع وأحكامه وقواعده الصالحة لكل زمان ومكان.

وسيتم توضيح مفهوم السلطة في اللغة والاصطلاحين الفقهي والقانوني وذلك على النحو الآتي:

➢ **أولاً: مفهوم السُّلطة لغةً:**

السلطة لغة: من سَلَط يَسْلَط سَلاطةً، والسلاطة القهر، وقد سلّطه الله فتسلّط عليهم، والاسم سُلطة بالضم، والسلطان: الحجّة والبرهان، واشتقاقه من السَليط، وسلطان كل شيء شدّته وحدّته وسطوته، وتُطلق الكلمة كذلك على قُدرة الملك، وقُدرة من جُعل ذلك له وإن لم يكن ملكاً، وذلك كقولك: قد جَعلتُ له سلطاناً على أخذ حقي من فلان[1].

وسَلّطتُه على الشيء تسليطاً: مَكّنتُه منه، فمعنى تسلّط: تمكّن وتحَكّم[2].

فتعني السُّلطة بناءً على ذلك: السيطرة والتّمكُّن والقَهر والتّحكُّم.

➢ **ثانياً: مفهوم السُّلطة في الاصطلاح الفقهي:**

السلطة في الاصطلاح الفقهي لا تخرج عن معنى القوة والتّمكن من تنفيذ أحكام الله على وجه الإلزام[3].

والفقه الإسلامي يُسلّم بمنح القاضي هذه السلطة إلى حدٍّ لا يَصل إلى التّجرُّؤ على النصوص الشرعية بمُخالفتها، فمادام القاضي يستند في أحكامه إلى نصوص الشرع وقواعده

---

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٧/ ٣٢٠-٣٢١، مادة (س ل ط)، والقاموس المحيط، ص: ٨٦٧-مادة (السلط والسليط)، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ط، د.ت.

(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: ١/ ٢٨٥، مادة (س ل ط)، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

(٣) ينظر: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، محمود بركات: ص٥٨.

وأحكامه ومبادئه وتؤدي تلك الأحكام إلى معالجة القضايا وتسوية الخلافات بين الناس، فإن الشرع كفيل بمنح القاضي هذه السلطة، وهذه هي سمة الشريعة الصالحة لكل زمان ومكان، وهو ما سيتضح جليّاً في ثنايا هذا البحث بإذن الله لدى عرض آراء المذاهب الفقهية في سلطة القاضي في تعديل العقود المالية.

➢ **ثالثاً: مفهوم السلطة في الاصطلاح القانوني**[1]:

يمكن توضيح مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في القانون الوضعي من خلال عرضٍ موجزٍ لمدى وجود هذه السلطة في القانون الوضعي بحسب أنظار القانونيين؛ إذ ثمة خلاف بينهم حول وجود سلطة تقديرية للقاضي، ويتجلّى هذا الخلاف حول طبيعة عمل القاضي، وهل يتمتع –كمبدأ عام– بسلطة تقديرية عند ممارسته للعمل القضائي؟ أم أن القاضي يمارس ولاية القضاء في إطار سلطة مقيدة؟

- **ثمة ثلاثة آراء في هذه المسألة:**

➢ **الرأي الأول:**

يذهب جانب من القانونيين إلى أن القاضي لا يملك سلطة التقدير في أن يريد أو لا يريد، بل إنه يستمدُّ ولايته من المشرِّع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقاً لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، وتسيطر على هذا الاتجاه فكرة مؤداها أن القانون يتَّسم دائماً بالكمال ولا يوجد به أي نقص، ومن ثَمَّ لا مجال لإعمال السلطة التقديرية للقاضي؛ إذ إن مجال إعمال هذه السلطة يكون في حالات نقص التشريع، كما إنهم يزعمون أن القاضي لو جاز له أن يُصدر حكمه بناءً على سلطته التقديرية أو استناداً إلى عِلمه الشخصي فسيؤدي هذا المنهج إلى الكثير من التضارب وعدم الاستقرار في العمل، وقد يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدل؛ بسبب تَحكُّم القضاة، وهذا هو الاتجاه المُضيِّق.

---

(١) ينظر في تفصيل ذلك: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ص: ٢٢-٣٧ (بتصرف)، أحمد محمود سعد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

➢ **الرأي الثاني**: وثمة اتجاه وسط يُبيح السلطة التقديرية بقيود، ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن العمل القضائي وإن كان مقيداً بحسب الأصل بالنصوص القانونية إلا أن القاضي يتمتع في أدائه بسلطة تقديرية مقيدة ومرتبطة في تقديرها بالقيم والأهداف التي توخَّاها المشرع، بحيث يمكن القول بأن السلطة التقديرية ليست هي الأصل في سلطة القضاة.

➢ **الرأي الثالث**: وأخيراً ثمة اتجاه موسّع للسلطة التقديرية للقاضي، وهو اتجاه غالبية القانونيين، حيث إنهم ردُّوا على أصحاب الاتجاه المُضيِّق بأن اتجاههم هذا نابعٌ من تصورهم الخاطئ لمفهوم السلطة التقديرية وخلطهم بين التحكُّم والتقدير، فالتحكُّم صفة تُطلق على السلوك الذي يكون الباعث عليه غير مطابقٍ للقاعدة التي تحكمه، وإنما يتطابق والقواعد التي يختارها الشخص تبعاً لرغباته وأهوائه، أما السلطة التقديرية في المجال القانوني فتعني حرية التقدير، بمعنى القدرة على الاختيار بين عدَّة قرارات، وهذا يعني بدوره تعدُّد القرارات المتاحة، ومن ثمَّ فإن الصفة التقديرية في سلطة القاضي مرتبطة مع التنظيم القانوني دون الفصل بينهما، وعلى ضوء التمييز السابق يتَّضح مقصود التحكُّم ومقصود السلطة التقديرية، ولهذا فلا مناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في ممارسته لنشاطه القضائي، سواء تعلَّق الأمر بفهم الواقع أو بأعمال القانون، حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون؛ إذ إن المنطق الصحيح يقود إلى هذه النتيجة، ومن ثمَّ يمكن القول – في هذا الصدد– أن المبدأ السائد الآن هو أن للقاضي المدني الفصل في المنازعات بين الأفراد، ويجب أن يقضي بالحل الذي يتفق وصحيح القانون، وله في هذا الصدد سلطة تقديرية وحرية تُخوِّله أن يُطوِّع النص القانوني ويُفسِّره طبقاً لحاجة المجتمع دون أن تصل هذه الحرية إلى حدّ أن يضع القاضي نصوص القوانين؛ لأن هذا من صميم اختصاص المُشرِّع وحده.

إذن يتضح مما سبق أنه لا خلاف من حيث المبدأ العام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في منح القاضي حيِّزاً اجتهادياً يتماشى مع روح النصوص الشرعية بالنسبة للقاضي في ظل أحكام الشريعة الإسلامية، ويتفق كذلك مع قواعد وأحكام النصوص القانونية بالنسبة للقاضي في ظل القوانين الوضعية؛ كي تستقيم أمور المجتمع، ولئلَّا يقع الناس في ضيق وحرج جرَّاء الإبقاء على العقد كما كان عند بدء انعقاده إذا تبدّلت الأحوال وتقلّبت الظروف.

المبحث الثاني:

مفهوم العقد وأقسامُه وأهم المبادئ التي تقوم عليها أحكامه

بعد أن تقدّم في المبحث الأول بيان مفهوم القضاء وسلطة القاضي، يسير التدرج في هذا البحث نحو الحديث عن جُزئية أخرى من الجزئيات التي شكَّلت عنوان البحث، فالحديث في السطور القليلة الآتية سيدور حول توضيح مفهوم العقد وأقسامه وأهم المبادئ التي تقوم عليها أحكامه، **وذلك في مطالب ثلاثة كالآتي:**

- المطلب الأول: تعريف العقد وتمييزه عما يشابهه من المصطلحات.
- المطلب الثاني: أقسام العقد وأهم تصنيفاته.
- المطلب الثالث: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد.



المطلب الأول:

تعريف العقد وتمييزه عمّا يشابهه من المصطلحات

* **سأعرض لمضمون هذا المطلب في فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: تعريف العقد لغة واصطلاحاً.
- **الفرع الثاني**: تمييز العقد عمّا يشابهه من المصطلحات.



- **الفرع الأول**: تعريف العقد لغة واصطلاحاً

➢ **أولاً: تعريف العقد لغةً:**

العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدٍّ وشدّة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها، وعَقَد العقد: نقيض الحل، وهو من الشدِّ والربط، يقال: عقدتُ الحبل فهو معقود، وكذلك العهد، ومنه عُقدة النكاح، وعَقَد العهد واليمين يعقدهما عقداً: أي أكّدهما، والجمع عقود، وهي أوكد العهود، ويقال: عهدتُ إلى فلان في كذا وكذا وتأويله: ألزمتُه ذلك، فإذا قلتَ: عاقدتُه أو عقدتُ عليه فتأويله: أنك ألزمته ذلك باستيثاق، وعُقدة كل شيء: إبرامه وإحكامه[1].

* **إذن فالعقد لغة يستخدم لعدة معان، أبرزها معنيان:**

الأول: الجمع بين أطراف الشيء وربطها وشدّها، وضده الحل.

والآخر: إحكام الشيء وإبرامه وإيجابه.

---

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٣/ ٢٩٦-٢٩٨، والقاموس المحيط، الفيروزآبادي: ١/ ٣٨٣-٣٨٤، وتهذيب اللغة: ١/ ١٣٤-١٣٥، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م، ومعجم مقاييس اللغة: ٤/ ٨٦، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، والمصباح المنير، الفيومي: ٢/ ٤٢١.

ولا يخفى ما بين هذين المعنيين من ارتباط، فالجمع بين أطراف الشيء وشدّها ينتج عنه إحكام ذلك الشيء، وبناءً على ذلك يختص المعنى الأول بالأمور الحسية كما في ربط الحبل وشدّه مثلاً، أما المعنى الثاني فهو أعم من الأول؛ إذ تندرج تحته الأمور المعنوية فضلاً عن الأمور الحسية، كالبيع واليمين والنكاح ونحو ذلك، فعُقدة النكاح والبيع: إبرامهما وإحكامهما ووجوبهما، حيث يقال: انعقد النكاح بين الزوجين والبيع بين البيّعين بمعنى: أُبرم وأُحكم وأُوجب.

➢ **ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً:**

سأعرض في هذا المقام لتعريف العقد في الاصطلاحين الفقهي والقانوني:

*** العقد في الاصطلاح الفقهي:**

من خلال استقراء ما كتبه فقهاء المذاهب الأربعة المعتبرة يُستنتج أن للعقد عندهم معنيين: أحدهما عام، والآخر خاص، فالمعنى العام للعقد عندهم اشتُهر الإمام الرازي الجصّاص[1] رحمه الله تعالى باعتماده، حيث قال في كتابه «أحكام القرآن»: (العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه...)[2].

فالعقد بهذا المعنى يشمل التصرف الذي يُنشئ التزاماً سواء صدر من طرف واحد كالطلاق والوقف والنذر والإبراء، أو صدر من طرفين كالبيع والإجارة ونحو ذلك؛ لأن العقد في الأصل هو العزم، وذلك يشمل كل ما من شأنه أن يُنشئ التزاماً سواء تمَّ من طرف

(١) هو أحمد بن علي أبو بكر الرازي، المعروف بالجصاص، من أهل الري، ولد سنة ٣٠٥هـ، من فقهاء الحنفية وانتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته، سكن بغداد ودرس بها، من تصانيفه: (أحكام القرآن) و(الفصول في الأصول) توفي سنة ٣٧٠هـ. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ١/ ٨٤، عبدالقادر بن أبي الوفا القرشي، مير كتب خانه، كراتشي، باكستان، د.ط، د.ت، وتاج التراجم في طبقات الحنفية، ص: ٩٦، أبو الفداء زين الدين قاسم بن طلوبغا السودوني، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.

(٢) أحكام القرآن: ٣/ ٢٨٥، أبو بكر محمد بن علي الرازي الجصّاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، ١٤٠٥هـ- ١٩٩٥م.

واحد أو من عدة أطراف؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

* وأما المعنى الخاص للعقد عند الفقهاء، فبيانه كما يأتي:

- جاء في كتاب «شرح فتح القدير»: (والمراد بالعقد مطلقاً سواء كان نكاحاً أو غيره مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر..)[١].

- وفي موضع آخر في كتاب البيوع: (... فإن الانعقاد إنما هو للَّفظين... أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي)[٢].

- وفي كتاب «البحر الرائق»: (والعقد شرعاً على ما في التوضيح ربطُ القبول بالإيجاب)[٣].

- وفي «التعريفات»: (العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً)[٤].

- كما جاء في «حاشية الدسوقي»[٥]: (... كسائر العقود، أي وهي ما يتوقف على إيجاب وقبول)[٦].

---

(١) شرح فتح القدير، الكمال ابن الهمام: ٣/ ١٨٧.

(٢) شرح فتح القدير، الكمال ابن الهمام: ٦/ ٢٤٨-٢٤٩.

(٣) البحر الرائق، ابن نجيم: ٥/ ٢٨٣.

(٤) التعريفات: ص ١٩٦، علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.

(٥) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، تولى التدريس في الأزهر، من تصانيفه: (حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل) و(حاشية على مغني اللبيب) توفي سنة ١٢٣٠هـ. ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: ص ٣٦١، محمد بن محمد بن مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة بالأوفست عن الطبعة الأولى بالمطبعة السلفية، ١٣٤٩هـ، والأعلام، الزركلي: ٦/ ١٧.

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٥، محمد بن عرفه الدسوقي، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

ومما ورد في تعريفه عند السادة الشافعية: (هو ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما)[1].

- وجاء في المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية: (العقد التزام المتعاقدين وتعهّدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول) وفي المادة (١٠٤): (الانعقاد تعلّق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلّقهما)[2].

فمن خلال ما سبق سرده من نصوص لدى بعض الفقهاء، اتّضح جليّاً أن الفقهاء رحمهم الله تعالى عندما أطلقوا كلمة العقد فإنهم عنوا بها المعنى الخاص في الأعم الأغلب، وهو الارتباط الحاصل بين إرادتين أو أكثر على وجه مشروع يترتب عليه أثر شرعي، ويحصل هذا الارتباط بالإيجاب والقبول أو بما يقوم مقامهما.

(ومن ذلك يتبيّن أن المناط في وجود العقد على وجه الاحتمال هو التحقّق من وجود إرادتي العاقدين، وتوافقهما على إنشاء التزام شرعي بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل أو بكل شيء يقوم مقام الربط بين الكلامين)[3].

* ومما تقدم يُستنتج أن للعقد عناصر من أركان وشروط ينبغي توافرها ليتّسم بالمشروعية حال انعقاده، **وهي:**

- **أولاً:** وجود طرفين أو أكثر كما في البيع والإجارة ونحوهما.
- **ثانياً:** ارتباط القبول بالإيجاب أو ما يقوم مقامهما.
- **ثالثاً:** ظهور أثر الارتباط في المحل، أي حكمه المقصود في المعقود عليه، كما في عقد البيع عندما يخرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري ويستحق البائع الثمن.

---

(١) المنثور في القواعد، الزركشي: ٢/ ٣٩٧.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: ص٢٩، تأليف: جمعية المجلة، تحقيق: نجيب هواويني، المكتبة التجارية للكتب، د.ط، د.ت.

(٣) ينظر: أحكام المعاملات الشرعية: ص١٨٥، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

رابعاً: أن يكون الارتباط مشروعاً، فما كان غير مشروع فلا يسمى عقداً، كمن قال لآخر: أجّرتك على أن تقتل فلاناً، أو تسرق مالاً ونحو ذلك[1].

واستناداً إلى المعنى الخاص للعقد عند الفقهاء، فإن مفهوم العقد يدل على ما يتم من التزام بين عدة أطراف فحسب، أما ما يتمّ بناءً على إرادة منفردة كالوقف والطلاق والإبراء فلا يسمى عقداً، وإنما يسمى التزاماً أو تصرفاً.

وبناء على ذلك يرى الباحث أن يُعرّف العقد بتعريف جامعٍ لعناصره مانعٍ من دخول ما ليس منه فيه، وذلك على النحو الآتي:

العقد هو: الارتباط الحاصل بين طرفين بإيجاب وقبول أو بما يقوم مقامهما على وجه مشروع بحيث يظهر أثره في المحل.

فخرج بقول الباحث: «الارتباط الحاصل بين طرفين»: ما تمّ بناءً على إرادة منفردة كالوقف والطلاق ونحوهما، وخرج بقوله: «على وجه مشروع»: ما اشتمل على محظور شرعي، كالعقد على الخمر أو السرقة ونحو ذلك.

كما شمل هذا التعريف ما تمّ بإيجاب وقبول أو بما يقوم مقام الإيجاب والقبول كالتعاقد بالمعاطاة ونحو ذلك.

وشمل كذلك النص على ظهور أثر الارتباط في محل العقد، كانتقال ملكية المبيع للمشتري واستحقاق البائع للثمن ونحو ذلك.

*** تعريف العقد في القانون الوضعي:**

يلاحظ المطّلع على القانونين المصري والسوري أنهما لم يوردا تعريفاً للعقد؛ وذلك- بحسب ما ورد فيهما- تجنّباً للتعريفات الفقهية التي يحسن أن يترك أمرها للاجتهاد، وهذا خلاف ما

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد: ص ١٢٧-١٢٨- أحمد فراج حسين، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، ١٩٨٦م، والنظريات العامة في الفقه الإسلامي: ص ١٥-١٦، رمضان الشرنباصي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٣م.

انتهجه القانون الفرنسي الذي عرّف العقد في المادة (١١٠١) بأنه: (اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه)[١].

وقد تضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تعريفاً للعقد في المادة (١٢٢) التي جاء فيها: (العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها)[٢].

ومن أشهر تعريفات العقد لدى شُرّاح القانون المصري أنه: توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان الأثر إنشاء التزام أو نقله أو إنهاءه[٣].

كما ورد تعريف العقد لدى شُرّاح القانون السوري بأنه: اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني[٤].

* ومما سبق اتّضح أن قوام العقد في القانون الوضعي أمران:

- **أحدهما**: توافق إرادتين أو أكثر؛ لأن الإرادة الواحدة في القانون تُنشئ تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة، ولا يسمى ذلك عقداً.
- **والأمر الآخر**: أن يكون التوافق بُغية إحداث أثر قانوني يصح إنفاذه قضاءً وإلا لم نكن أمام عقد، فأعمال المجاملات والقيام بخدمات مجانية ليست عقوداً ما دامت النية لم تنصرف إلى الالتزام قانوناً[٥].

---

(١) النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد): ص ٧٩-٨٠، الدكتور عبدالرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، د.ط- د.ت، وشرح القانون المدني السوري النظرية العامة للالتزام: ص ٤١- محمد وحيد الدين سوار، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، د.ط، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.

(٢) محاضرات في القانون المدني- نظرية العقد في قوانين البلاد العربية: ص ١٩، عبدالمنعم فرج الصدة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، د.ط- ١٩٥٨م، وضوابط العقود: ص ٤٦، عبدالحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، د.ت.

(٣) النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد، السنهوري: ص٨١، ومحاضرات في القانون المدني، الصدة: ص٢٠.

(٤) شرح القانون المدني السوري، محمد وحيد سوار: ص٤٢.

(٥) النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد، السنهوري: ص٨٠- ٨١، ومحاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص٢٠- ٢١، وضوابط العقود، البعلي: ص٤٧- ٤٨.

■ **الفرع الثاني**: تمييز العقد عما يشابهه من المصطلحات

لكي تتّضح صورة العقد في الفقه الإسلامي بشكل أكبر، أعرض بإيجاز لما يميّزه عمّا يشابهه من المصطلحات كالالتزام والتصرف، فبناءً على ما سبق اتّضح أن العقد بمفهومه العام يقترب كثيراً من الالتزام والتصرف:

أ- فكونه يقترب من الالتزام؛ فلأن الالتزام هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه سواء أكان صادراً من شخص واحد أم من شخصين[1].

وبذلك فإن الالتزام يُرادف العقد بمفهومه العام؛ لأن كليهما يشمل الالتزام الصادر من شخص واحد كالوقف والإبراء، وكذلك الصادر من شخصين كالبيع والإجارة، أما العقد بمفهومه الخاص فلا يشمل سوى الالتزام الصادر بإرادتين أو أكثر كالبيع، وعلى هذا المعنى يكون الالتزام أعم من العقد بمفهومه الخاص.

ب- وأما كون العقد بمفهومه العام يقترب من التصرف؛ فلأن التصرف هو كل ما صدر عن الشخص المميز بإرادته من قول أو فعل يرتب الشارع عليه أثراً من الآثار[2].

فهو يشبه العقد بمفهومه العام من حيث شموله لما صدر بإرادة واحدة أو أكثر، بيد أنه يختلف عن العقد في كونه لا يختص بالأقوال فحسب، بل يشمل الأفعال كذلك كتصرف الإنسان في ملكه دون عقد من استعمال أو هدم أو بناء ونحو ذلك، كما يختلف عن العقد بمفهومه العام كذلك في كونه يشمل أقوالاً لا تدخل في مفهوم العقد كالدعوى والإقرار[3].

وبذلك يتّضح جليّاً أن التصرف أعم من العقد بمفهوميه العام والخاص.

---

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/ ٨٢-٨٣، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، ط٣، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م.

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/ ٨٢-٨٣، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، ط٣، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م.

(٣) نظرية العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة: ص١٧ نقلاً عن الشيخ مصطفى الزرقا، أستاذنا الدكتور صالح العلي والدكتور باسل الحافي، دار اليمامة، دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٨م.

المطلب الثاني:

أقسام العقد وأهم تصنيفاته

من الضرورة بمكان تخصيص هذا المطلب لأقسام العقد فقهاً وقانوناً؛ كي تبرز صورة العقود التي يهدف هذا البحث إلى دراستها وبيان سلطة القاضي في تعديلها جليّة واضحة.

* **وستتم دراسة مضمون هذا المطلب في فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: أقسام العقد وأهم تصنيفاته في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: أقسام العقد وأهم تصنيفاته في القانون الوضعي ومقارنتها بما جاء في الفقه الإسلامي.



- **الفرع الأول**: أقسام العقد وأهم تصنيفاته في الفقه الإسلامي

إن المتقدمين من فقهاء المذاهب رحمهم الله تعالى لم يُفردوا للعقد نظرية عامة تندرج تحتها الأحكام العامة التي تشترك فيها جُلّ العقود، وإنما عرضوا لكل عقد على حدة بذكر تعريفه ومشروعيته وجُلّ أحكامه، لذا فإن المتأمّل في كتبهم لا يجد فيها تصنيفاً عاماً يتمّ من خلاله فرز العقود من حيثيّات مختلفة، بل إنهم عالجوا العقود من خلال سردها ودراسة كل عقد على حدة بشكل متوالي دون التقيّد بترتيب معين في السرد.

وقد أبرَزَت دراساتهم أهم العقود الشائعة آنذاك، كالإجارة والبيع والكفالة والحوالة والوكالة والصلح والشركة والمضاربة والهبة والرهن والمزارعة والمساقاة والوديعة والعارية والقرض والاستصناع (عند السادة الحنفية) بالإضافة إلى النكاح.

وبناءً على ذلك يمكن القول إن الفقهاء المتقدمين رحمهم الله تعالى قد أشبعوا العقود التي كانت شائعة في زمانهم دراسةً وتقعيداً واستدلالاً دون فرزها إلى تصنيفات عامة يصدُق كل تصنيف منها على مجموعة من العقود، ولا ضير في ذلك ما دامت تلك هي الطريقة المتّبعة في زمانهم في التأليف، ويكفي أنهم ذلّلوا الصِعاب وأماطوا اللثام عن كل شاردة وواردة تتعلق بالعقود لمن أتى من بعدهم، حتى برز من العلماء المتأخرين من تصدّى لهذا الأمر، فظهرت على الساحة الفقهية عدة تصنيفات للعقود من حيثيات مختلفة.

وقد يتبادر إلى الأذهان ههنا سؤال مفاده:

هل يقتصر الفقه الإسلامي على العقود التي أوردها الفقهاء المتقدمون فحسب؟

وللإجابة على هذا السؤال ينبغي ألّا يفارق الحسبان أن من أهم ما يميز الفقه الإسلامي أنه صالح للتطبيق في كل زمان ومكان، ولم يأت تشريع بمثل ما أتى به لا من قبله ولا من بعده، فالناظر المتأمّل في الفقه الإسلامي لا يلزمه مزيد جهد في البحث عن ضالّته؛ لاشتماله على قواعد عامة ومبادئ هامة وأدلة قاطعة وحجج دامغة، لا يمكن لأية قضية مستجدّة أن تستعصي على صاحبها ما دامت وِجهته هذا الفقه العظيم.

وبإسقاط هذا الكلام على مسألة العقود وأنواعها ولتستقيم الإجابة على السؤال السابق يمكن القول: إن الفقه الإسلامي لا يقتصر على عقودٍ ذكرها الفقهاء كانت شائعة في زمانهم، بل إنهم قد عرضوا في ثنايا حديثهم عن تلك العقود للكثير من القواعد والمبادئ التي يمكن أن يقاس عليها كل ما قد يستجدّ بين الناس من عقود، ولتوضيح ذلك أعرض لبعض القواعد والأدلة والنصوص الدالة على ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

- القاعدة الفقهية المسلّمة بين الفقهاء: (المسلمون عند شروطهم)، والمُستنبطة من قوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم»[1].

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٤/ ١١٣، كتاب: الأحكام، رقم الحديث: ٧٠٥٩، المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله، أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ- ١٩٩٠م، وأبو داود في سننه: ٣/ ٣٠٤، كتاب: الأقضية، باب: في الصلح، رقم الحديث: ٣٥٩٤، سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الفكر، بيروت، د.ط- د.ت، والترمذي في سننه: ٣/ ٦٣٤، كتاب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم الحديث: ١٣٥٢، الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى، أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط- د.ت.
ولقد ضعّف الحافظ ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى أغلب طرق هذا الحديث في تلخيص الحبير: ٣/ ٢٣، إلا أنه يبدو صالحاً للحجية لتعدد شواهده والله تعالى أعلم.

- وكذلك قول الصحابي الجليل عمر بن الخطاب[1] رضي الله عنه: (مقاطع الحقوق عند الشروط)[2].

وهذا يعني أن الشيء الذي يقطع ويفصل ويُبيّن هو الشرط، فكل عقد مستجد حصل حوله وفاق بين المتعاقدين ولم يخالف نصوص الشرع وقواعده وأحكامه عُدَّ صحيحاً وإن لم

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي القرشي أبو حفص، الصحابي الجليل وثاني الخلفاء الراشدين، شهد بدراً وما بعدها، قُتل على يد أبي لؤلؤة المجوسي سنة ٢٣هـ. ينظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٤/ ١٥٦، والإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني: ٤/ ٥٨٨.

(٢) هذا الأثر عن الصحابي الجليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه علّقه البخاري في صحيحه في **موضعين**:

أحدهما: في باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، وفيه: وقال عمر: إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت. ينظر: الجامع الصحيح المختصر: ٢/ ٩٧٠.

والموضع الآخر: في باب الشروط في النكاح، وفيه: وقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط. ينظر: الجامع الصحيح المختصر: ٥/ ١٩٧٨، كما أخرجه ابن أبي شيبة موصولاً في مصنفه: ٤/ ٤٥١، باب: النجش في البيع، رقم الأثر: ٢٢٤٦٤، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر عبدالله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٠٩هـ، كما أخرجه البيهقي في سننه:٧/ ٢٤٩، باب: الشروط في النكاح، رقم الأثر: ١٤٢١٦، سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبوبكر البيهقي، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، دار الباز، مكة المكرمة، د.ط، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م، وأخرجه كذلك سعيد بن منصور في سننه: ١/ ٢١١، باب: ما جاء في الشرط في النكاح، رقم الأثر: ٦٦٢، سنن سعيد بن منصور (١)، سعيد بن منصور الخراساني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط١، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٢م. قال ابن حجر رحمه الله في تغليق التعليق: في باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح وقال عمر إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت، من طريق سفيان بن عيينة عن يزيد بن يزيد بن جابر عن إسماعيل بن عبيدالله بن أبي المهاجر عن عبدالرحمن بن غنم قال: شهدت عمر... ثم ذكر قوله، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عيينة فوافقناه بعلوّ. انتهى كلامه، ينظر تغليق التعليق على صحيح البخاري: ٣/ ٤٠٨- ٤٠٩، أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: سعيد القزقي، المكتب الإسلامي، بيروت، دار عمار، عمان، الأردن، ط١، ١٤٠٥هـ. ومن ذلك يظهر أن هذا الأثر صحيح الإسناد ومما يزيده قوةً تعليق البخاري له بصيغة الجزم في موضعين من صحيحه، والله تعالى أعلم.

يأت الفقهاء على ذكره، وهكذا في كل عقد مستجد ينبغي عَرْضه على ميزان الشرع الغني بقواعده وأحكامه، فما دام الوفاق حاصلاً فالعقد مشروع.

- جاء في «بدائع الصنائع» في هذا الصدد: (... وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «المسلمون عند شروطهم»[1]، فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خُصّ بدليل؛ لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه، وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به.... وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه)[2].

هذا هو باختصار موقف الفقه الإسلامي من العقود المستجدة.

وبالعودة إلى المسألة التي بين أيدينا وهي تقسيم العقود وتصنيفها، وبما أنه اتّضح أن الفقهاء المتقدمين رحمهم الله لم يعهدوا تقسيم العقود في مصنفاتهم، يرى الباحث أنه بالإمكان استنتاج تصنيفين رئيسيين للعقد لهم، وذلك استناداً إلى تعريفهم للعقد، فكما مر فإن الفقهاء عرفوا معنيين للعقد أحدهما عام والآخر خاص، فالعام هو: (ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه)[3]، أي سواء تم العقد بإرادة واحدة أو بأكثر.

وأما المعنى الخاص- وهو المعتمد عندهم في الأعم الأغلب- فهو كما جاء في كتاب «شرح فتح القدير» في مذهب السادة الحنفية: (والعقد مطلقاً سواء كان نكاحاً أو غيره مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي)[4] أي لا يشمل إلا ما تم بإرادتين أو أكثر.

---

(١) سبق تخريجه ص ٤٩.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٥٩، بتصرف يسير.

(٣) أحكام القرآن، الرازي الجصاص: ٣/ ٢٨٥.

(٤) شرح فتح القدير، الكمال بن الهمام: ٣/ ١٨٧، و ٦/ ١٤٨-١٤٩، بتصرف يسير.

ولدى إمعان النظر في تعريف العقد بالاعتبارين العام والخاص يمكننا استنتاج هذين التصنيفين الرئيسين وذلك على النحو الآتي:

❖ **التصنيف الأول**: أنواع العقد من حيث إرادة عاقديه:

* **ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى قسمين:**

- **الأول**: العقد بإرادة منفردة، كالوقف والإبراء والنذر ونحو ذلك.

- **والقسم الآخر**: العقد بإرادتين أو أكثر، كالبيع والإجارة والوكالة والكفالة ونحو ذلك.

❖ **التصنيف الثاني**: أنواع العقد من حيث ارتباطه بالمالية من عدمه:

هذا التصنيف يمكن استنتاجه من التعريف الذي سبق ذكره في مذهب السادة الحنفية (والعقد مطلقاً سواء كان نكاحاً أو غيره.... إلخ) وبناء على هذا التعريف فإن مفهوم العقد عند الفقهاء لا يقتصر على ما يتم في ظل المعاملات المالية، بل يمتد ليشمل غيرها من الالتزامات، وعليه يمكن تقسيم العقد بهذا الاعتبار إلى قسمين:

- **الأول**: العقود غير المالية، كالزواج والطلاق والعهد والحلف على شيء في المستقبل والنذر ونحو ذلك مما لا يدخل تحت مفهوم المعاملات المالية.

- **والقسم الآخر**: وهو أغلب العقود الشائعة بين الناس والتي تعرف بالمعاملات المالية، كالبيع والإجارة والشركة والمضاربة والهبة ونحو ذلك.

هذا ما استنتجه الباحث من كلام الفقهاء المتقدمين في مسألة تصنيف العقود وأقسامها، وتكمن أهمية الاطلاع على مسألة تصنيف العقود في هذا المقام في الوصول إلى أنواع العقود التي سيشملها هذا البحث بإذن الله، وهي العقود المالية فحسب.



- **الفرع الثاني**: أقسام العقد وأهم تصنيفاته في القانون الوضعي، ومقارنتها بما جاء في الفقه الإسلامي

  - **أولاً**: أقسام العقد وأهم تصنيفاته في القانون الوضعي[1]:

بالنسبة لما ورد في القانون الوضعي بشأن أقسام العقود، فالقانونان المصري والسوري- اللّذان اتّخذهما الباحث أساساً للمقارنة في هذا البحث- لم يوردا تقسيمات للعقود؛ لأن هذه المسألة كما تقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري أَدْخَل في باب الفقه منها في ميدان التشريع، وذلك خلافاً للقانون الفرنسي الذي نصّ على ثلاثة تقسيمات للعقود على النحو الآتي:

١) العقود المُلزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

فالعقد المُلزم لجانبين: هو الذي يُنشئ التزامات في ذمة كلٍّ من طرفيه العاقدين، أي أن كل طرف فيه يكون في الوقت ذاته دائناً ومديناً للآخر، كما في البيع والإيجار وعقد العمل والشركة والوكالة، فالبائع ملتزم بتسليم المبيع ودائن بحقه في قبض الثمن، والمشتري كذلك مدين بتسليم الثمن ودائن بقبض المبيع.

وأما العقد الملزم لجانب واحد: فهو العقد الذي يُرتّب التزاماً لأحد عاقديه على الآخر فحسب، بحيث يكون أحدهما مديناً غير دائن، والآخر دائناً غير مدين، كالهبة يلتزم فيها الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه، ولا يلتزم الموهوب له بشيء.

٢) عقود معاوضة وعقود تبرع:

فالمعاوضة تعني: أن يأخذ العاقد مقابلاً لما يعطي كالبيع.

والتبرع: هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد العاقدين مقابلاً لما يعطي كالهبة.

---

(١) للاطلاع على هذه الأقسام ينظر: مصادر الحق، السنهوري: ١/ ٨٠، والنظرية العامة للالتزام، وحيد سوار: ١/ ٤٣-٤٩، ومحاضرات في القانون المدني، الصدّة: ص ٢٦-٤٩، ومصادر وأحكام الالتزام: ص ٢٢-٣٨، مصطفى الجمال ورمضان أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٠م، ونظرية العقد لأستاذنا الدكتور صالح العلي: ص ٣١٨-٣١٩.

٣) العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

فالعقد المحدد: هو الذي يستطيع فيه كلٌّ من العاقدين أن يحدّد عند التعاقد مقدار غُرمه وغُنْمه في العقد، كبيع شيء بثمن محدد.

وأما العقد الاحتمالي: فهو الذي لا يمكن فيه تحديد مقدار الغُرم والغُنم بمقتضى العقد، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر مجهول أو غير مُحقّق الحصول، كالمضاربة وعقد الرهان والمرتّب مدى الحياة.

وقد تكفّل بعض شرّاح القوانين والمختصّين فيها بوضع عدة تقسيمات للعقود، أعرض فيما يأتي لطرف منها متحاشياً ما سبق ذكره في القانون الفرنسي:

- **التقسيم الأول: عقود مسمّاة وعقود غير مسمّاة:**

فالعقد المسمّى: هو العقد الذي ينظّمه الشارع ويخلع عليه اسماً معيناً، والمشرِّع لا يسعه أن يحيط بكل العقود؛ لتجدّدها كل يوم، وإنما يسعى فحسب لتنظيم أكثر هذه العقود تداولاً وشيوعاً، والعقود المسمّاة وفقاً للتقسيم الذي أخذت به المجموعات المدنية العربية الجديدة ومن بينها المجموعة المدنية المصرية والمجموعة المدنية السورية هي:

١- عقود تقع على الملكية، كالبيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح والدخل الدائم، وقد عالجها المشرّع المصري في الباب الأول من الكتاب الخاص بتلك العقود، بينما وردت في المواد (٣٩٥) إلى (٥٢٥) من القانون المدني السوري.

٢- العقود الواردة على المنفعة، كالإيجار والمزارعة وإيجار الوقف والعارية، وقد عالجها المشرّع المصري في الباب الثاني، بينما وردت في المواد (٥٢٦) إلى (٦١١) من القانون المدني السوري.

٣- العقود الواردة على العمل، كعقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة والتزام المرافق العامة، وقد عولجت في الباب الثالث من التشريع المصري، ووردت في المواد (٦١٢) إلى (٧٠٤) من القانون المدني السوري.

٤- عقود الغرر، كالمقامرة والرهان والمرتّب مدى الحياة والتأمين، وقد وردت في الباب الرابع من التشريع المصري، وفي المواد (٧٠٥) إلى (٧٣٧) من القانون المدني السوري.

٥- الكفالة: وهي أحد عقود الضمان، تناولها المشرّع المصري في الباب الخامس، بينما أوردها المشرّع السوري في المواد (٧٣٨) إلى (٧٦٧) من القانون المدني السوري.

وأما العقدان الآخران وهما الرهن الرسمي والرهن الحيازي، فقد عولجا في الكتاب الخاص بالحقوق العينيّة التبعيّة في التشريع المصري، وفي المواد (١٠٢٨) إلى (١٠٧١) من القانون المدني السوري.

وأما **العقود غير المسمّاة**: فهي العقود التي لم ينظّمها الشارع؛ إما لأنها لم تكن معروفة حين وضع التشريع، أو لأنها لم تبلغ في أهميتها وتداولها الدرجة التي تستحق معها مثل هذا التنظيم، ومن أمثلتها: عقد النشر بين المؤلف والناشر، وعقد النزول في الفندق، واتفاق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ونحو ذلك.

- **التقسيم الثاني**: عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية:

فالعقد الرضائي: هو الذي تكفي الإرادة لانعقاده، أي التراضي واتفاق الإرادتين، كالبيع والإيجار ونحوهما.

والعقد الشكلي: فهو ما يجب لانعقاده فوق تراضي المتعاقدين أن يفرغ في شكل معين يحدده القانون.

وأما **العقد العيني**: فهو ما يجب لانعقاده فوق تراضي المتعاقدين أن تُسلّم العين محل التعاقد، كهبة المنقول.

- **التقسيم الثالث**: عقود فورية وعقود مُدّة:

فالعقد الفوري: هو الذي لا يقوم في تنفيذه على فكرة الزمن سواء تمّ التنفيذ فوراً أو تراخى إلى أجل، فعقد البيع عقد فوري التنفيذ سواء قُدّم الثمن أو المبيع فوراً أو كان مُؤجّلاً أو مُقسّطاً.

وعقد المُدّة: هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه، فعقد الإيجار يُعدّ عقد مُدّة؛ لأنه يرِد على المنفعة والزمن عنصر جوهري في تنفيذه لأنه هو الذي يحدد مقدار هذه المنفعة، ومن أمثلته كذلك: عقد العمل لمدة معينة، وعقد التوريد ونحو ذلك.

- **التقسيم الرابع**: عقود بسيطة وعقود مختلطة:

فالعقد البسيط: هو الذي يتناول عملية قانونية واحدة ينهض بها عقد واحد، كالبيع والإيجار.

أما المختلط: فهو الذي ينطوي على عدة عمليات قانونية ينهض بكلٍّ منها في العادة عقد، فيكون بذلك مزيجاً من عدة عقود، كعقد النزول في الفندق فهو عقد غير مسمّى يجمع بين عقد الإيجار بالنسبة إلى الحجرة التي يسكنها النازل، وعقد بيع بالنسبة إلى المأكل، وعقد عمل بالنسبة إلى الخدمة، وعقد وديعة بالنسبة إلى الأمتعة.

- **التقسيم الخامس**: عقود الإذعان وعقود المساومة الحرّة:

فالأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط التعاقد، حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرّة من أطراف العقد، وهذا هو شأن العقود جميعاً، والآن بعد اتّساع دائرة النشاط الاقتصادي وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية أصبح أحد المتعاقدين يستقلّ غالباً بوضع شروط التعاقد مقدّماً وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور الأخير إما على قبول الصفقة كلّها برمّتها، وإما أن يرفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها، وغالباً ما يضطّر المتعاقد الآخر إلى هذا القبول؛ لتعلّق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غِنى عنه، وتلك هي عقود الإذعان، مثل عقود النقل والعقود الخاصة بتوريد الكهرباء والمياه والغاز والهاتف والبريد والتأمين.

- **التقسيم السادس**: العقود الأصلية والعقود التبعيّة:

فالعقد الأصلي: هو ذلك العقد الذي يكون وجوده وجوداً مستقلًّا فلا يستند إلى عقد آخر، كالبيع والإيجار والشركة.

أما **العقد التّبعي**: فهو العقد الذي لا يوجد مستقلًّا، بل يستند وجوده إلى علاقة قانونية سابقة فيُعدّ تابعاً لها، كعقد الكفالة والرهن، فهناك التزام أصلي مضمون فيأتي عقد الرهن أو الكفالة لضمانه، فلا يتصور وجود هذا العقد مستقلًّا عن ذلك الالتزام المضمون.

○ **ثانياً**: المقارنة بين ما تمّ استنتاجه في الفقه الإسلامي وما ورد في القانون الوضعي بخصوص أقسام العقد وتصنيفاته:

بمقارنة سريعة بين ما سبق استنتاجه في الفقه الإسلامي وما ورد في القانون الوضعي بخصوص أقسام العقد وتصنيفاته: يُلحظ ما تمّت الإشارة إليه في المطلب السابق من أن الفقه الإسلامي أوسع نظراً من القانون الوضعي بالنسبة لمفهوم العقد؛ حيث عدَّ الزواج عقداً وما تمّ بإرادة واحدة كالنذر والإبراء عقداً، وذلك غير داخل في مفهوم العقد في القانون الوضعي.

كما يُلحظ أن المشرّعين المصري والسوري لم يوردا تقسيماً أو تصنيفاً للعقود تاركين هذا الأمر للشُّرّاح، وهذا العمل شبيه لعمل الفقهاء المتقدمين في الفقه الإسلامي، حيث لم يُعهد في كتبهم تقسيم العقود أو تصنيفها، بيد أن هذا الموضوع قد أُشبع طرحاً بعد ذلك من قبل الباحثين في المجالين الفقهي والقانوني.

فالحاصل أن موضوع تقسيم العقود لا تخفى أهميته لمن يريد دراسة العقود بالتفصيل؛ إذ يساهم هذا الأمر في فرز العقود إلى طوائف يتميّز من خلالها المختلف منها من المؤتلف، كما يمهّد هذا الأمر الطريق لكل من يطرق هذا الباب مبتغياً مُراده من تلك العقود، أو باحثاً عن ضالّته بين ثناياها.

وقد رأى الباحث أن يسير في هذا البحث بالتّدرّج حتى الوصول إلى لُبّ الموضوع، فكان من الضروري الوقوف على تقسيمات العقود وأنواعها- ولو على عجالة- لتبدو صورة العقود التي تستهدفها هذه الدراسة- وهي العقود المالية- جليّة واضحة.



المطلب الثالث:

أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد

بعد أن تقدّم في المطلبين السابقين بيان مفهوم العقد وأقسامه، يسير التّدرُّج في هذا البحث نحو الحديث عن أهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد، وخاصة في الجانب الذي يتعلق بهذا البحث، وهنا لابد لنا من وقفة أمام أهم تلك المبادئ كي تُشكّل الركيزة الأساسية والمنطلق الذي أنطلق منه نحو بيان سلطة القاضي في تعديل العقود المالية، وفيما يلي أُجمل أهم تلك المبادئ قبل الخوض في تفصيلاتها:

ثمّة مبدأ يمكن تصنيفه على أنه الركن الأساسي في بناء العقود وإنشائها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على حد سواء، وهو مبدأ الإرادة أو سلطان الإرادة، وينبثق عن هذا المبدأ الرئيسي مبادئ أخرى كنتيجة منطقية له، وأهمها: مبدأ حرية التعاقد، ومبدأ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين.

*** وسأشرع بتفصيل ما سبق إجماله من خلال توزيع مضمون هذا المطلب على ثلاثة فروع كالآتي:**

- **الفرع الأول**: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد في القانون الوضعي.
- **الفرع الثالث**: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



- **الفرع الأول**: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد في الفقه الإسلامي

➢ **أولاً**: مبدأ سلطان الإرادة:

لا يخفى على كل باحث في مجال العقود بشكل عام والعقود المالية -محل حديثنا- بشكل خاص أن مسألة الإرادة في العقود قد أُشبعت طرحاً قديماً وحديثاً، حيث لا يمكن الحديث

عن أي حكم من أحكام العقد بمنأى عن سلطان الإرادة ومدى تأثيره في إبرام العقود، بل إن الإرادة تُمثّل الحجر الأساس في بنية العقد بنص كتاب الله تعالى في مواضع عدة نصّت على لزوم الرضا الذي يُمثّل عمود الإرادة وركنها الأساسي، فقد قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، وقال الله تعالى: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ [سورة النساء: ٤].

وتكمن أهمية الاطلاع على مسألة الإرادة في هذا البحث في الوقوف على مدى تأثير الإرادة في إنشاء العقد وأحكامه وآثاره؛ لمعرفة مدى إمكانية تدخّل القاضي فيما بعد في تعديل أحد بنود العقد سواء بإصلاحه أو إلغائه، وهل يُعدّ هذا التدخل من قبيل المساس بإرادة المتعاقدين أو رضاهما عن العقد المُبرم بينهما؟

وأبدأ بما ذكره الشيخ علي الخفيف معلّقاً على مسألة تأثير الإرادة في العقود، حيث ذكر رحمه الله: (أن العقود إنما شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة، وأنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد الظاهرة، وأن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة بشرط ألّا تتجاوز الحدود التي بيّنها الشارع، وأن العاقدين يلزمان بها بإيجاب من الشرع)[1].

ثم فصل رحمه الله هذا الأمر، فذكر (أن كون العقود قد شُرعت للحاجة والمصلحة فإن مقتضى ذلك أن تُترك الحرية للناس في أن يُنشئوا من العقود ما تدعوهم الحاجة إلى إنشائه وإن لم يكن معروفاً لهم من قبل متى كان في مصلحتهم ولم يتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية، وعندئذٍ يدخل في عموم قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [سورة المائدة:١]، وقول الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾ [سورة الإسراء: ٣٤]).[2]

(١) أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف: ص ٢٢٥-٢٢٦.

(٢) المرجع نفسه.

ولقد دَرَج بعض العلماء والباحثين في مجال العقود على القول بأن العقود أسباب جعلية شرعية، وليست بأسباب طبيعية، أي أن الأصل في الفقه الإسلامي هو حرية العاقدين في إنشاء التصرف القانوني أيّاً كان نوعه، أما آثار هذا التصرف فإنما تترتب بحكم الشارع، فالشارع قد وضع للعقود حدوداً عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشاء هذه العقود، فإرادة المتعاقد- بحسب رأيهم- يقتصر تأثيرها على إنشاء العقد لا إنشاء الآثار المترتبة عليه، وينحصر مجالها في تكوين العقد وإيجاده لا في إعطاء أحكامه وآثاره، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلّها من عمل الشارع لا من أعمال العاقد؛ وذلك حرصاً من الشارع على تحقيق التقارب في الالتزامات بين المتعاقدين، وحفظاً للتوازن بين طرفي العقد، فالمتعاقدان يُنشئان العقد والشارع هو الذي يرتّب آثاره، ففي عقد البيع مثلاً تنتقل ملكية المبيع للمشتري والثمن للبائع، فالعقد سبب في هذا الانتقال، وعليه فإن للمكلف الحرية في اتخاذ هذا السبب وهو العقد، أما ما ينتج عنه بعد ذلك من آثار، كانتقال ملكية المبيع والثمن فهو من قبيل المسبّبات التي لا كسب فيها للمكلف، وإنما هي من اختصاص الشرع[1].

وللباحث وقفة تأمّل واستنتاج أمام هذه المسألة الضرورية، وهي مدى أثر الإرادة في آثار العقود، إذ لا خلاف ولا إشكال حول مسألة أثر الإرادة في إنشاء العقود، وأن للمكلف الحرية المطلقة في إنشائها مادامت ضمن ما أحلّه الشرع، **حيث يرى الباحث** أن إطلاق القول بأن الإرادة ليس لها أي أثر في آثار العقود دون بيان وتفصيل فيه نظر، خاصة وأن الله عز وجل قد نص في كتابه الكريم على وجوب الوفاء بالعقود على سبيل العموم، حيث قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: ١]، كما جعل التراضي بين المتعاقدين أصلاً في

(١) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي: ص ١٠٦، محمد علي الخطيب، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٢م، وينظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: ص ٢٢٥-٢٢٦، الشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط- د.ت، والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: ص ٩٧، أستاذنا الدكتور أسامة الحموي، دار الخير، دمشق، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

العقود، فقال عز وجل: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، وقال عز وجل: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [سورة النساء: ٤].

فالأحرى بيان هذه المسألة وعرضها بتفصيل أوضح وذلك بأن يُقال: إن لإرادة المتعاقدين أثراً في آثار العقود، كما لها أثر في إنشاء العقود، ولا ضير في هذا القول مادامت الشريعة الإسلامية قد أحاطت كافة العقود بسياجها المنيع، فهي تتدخّل في كل ما من شأنه أن يخالف المقصود الأسمى من أيّة معاملة قد تتم بين المتعاقدين، ولا يقتصر تدخّلها في جانب آثار العقود فحسب كما قد يُفهم من الرأي السابق عرضه لبعض العلماء والباحثين، بل إنها تتدخل في كلا الجانبين، جانب إنشاء العقود وجانب آثار العقود على حد سواء إذا ظهر مُسوّغ التّدخّل، فمن يُنشئ عقد بيع على محظور في الشرع فإن عقده باطل، ولا أثر لإرادته في إنشاء عقد كهذا، كمن باع خمراً أو نحو ذلك من المحرمات.

وكذلك فإن لإرادة المتعاقدين أثراً في آثار العقود- وأعني هنا العقود المالية محل هذا البحث-؛ لأن المتعاقد لا يُقدم على إنشاء أيّ عقد إلا لأن إرادته تتّجه نحو أثره وحكمه الأصلي، حتى إذا تجاوز ذلك الأثر إلى اشتراط ما ليس من حقه اشتراطه، أو تعدّى على غيره بغبن أو غرر أو نحو ذلك، فإن الشرع يقف حائلاً بينه وبين مُبتغاه غير المشروع، فمن يُبرم عقد بيع فإنه بلا ريب يبتغي الحصول على ثمن المبيع، كما أن المشتري يبتغي الحصول على ملكية المبيع، فإذا تجاوز البائع هذا الأمر باشتراط ما ليس من حقه اشتراطه، فإن الشرع لا يمكّنه من ذلك؛ لأنه تجاوز حقه إلى حق غيره، وذلك لا يستدعي منا القول بأنه لا أثر لإرادة البائع هنا؛ لأن إرادته قد نالت مقصودها وهو الحصول على ثمن المبيع.

فخلاصة ما يودّ الباحث الوصول إليه هنا أن لإرادة المتعاقدين أثراً في آثار العقود كما لها أثر في إنشاء العقود، بشرط ألّا تتجاوز ما وضعه الشارع من حدود وقواعد ومبادئ في ذلك، وفي هذا ضمانٌ لسير العقود كما يريد لها الشرع أن تكون دون حصول أدنى ضرر من غش أو غبن

أو تغرير لأيٍّ من المتعاقدين، وهذا القول هو أكثر دقة ووضوحاً بالنسبة لمن يريد أن ينهل من معين شريعتنا الإسلامية الغراء، خصوصاً أننا نعيش في زمانٍ والقوانين الوضعية تحيط بنا من كل جانب، وثمّة من يتربّص بأحكام فقهنا الإسلامي ليرميها بالجمود، ويُسبل عليها أحكامه التي لا يهدف من ورائها سوى الإساءة والتشكيك، فإذا ما قرّرنا بأنه لا أثر لإرادة المتعاقدين في آثار العقد هكذا بإطلاق دون تفصيل، قد يظن من لا يفهم قواعد ديننا وأحكامه ومبادئه بأن الشرع الإسلامي لا يأبه بحرية المتعاقدين في العقود، وأن آثار العقود وأحكامها حبيسة خلف قضبان هذا الشرع، وفي ذلك اتهام لأحكام هذا الشرع العظيم بما ليس فيها، وبلداننا الإسلامية بحاجة إلى أن يُغدق الله تعالى عليها نعمة تطبيق أحكام الفقه الإسلامي الصالحة لكل زمان ومكان؛ لتتبوّء هذه الأحكام مكانتها الأصلية التي كانت عليها من قبل دراسةً وتطبيقاً، ولتُزيل براثن أحكام القوانين الوضعية التي لم تأت على بلداننا بخير.

➢ **ثانياً**: مبدأ حرية المتعاقدين:

بعد أن تقدّم في النقطة الأولى بيان مسألة الإرادة ومدى أثرها في العقد، يثور تساؤل بشأن مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود بناءً على أن الشريعة الإسلامية تولي إرادة المتعاقدين أهمية كبيرة في مختلف معاملاتهم وعقودهم المالية، وخاصة في العصر الحاضر وما يشهده من تقدّم في هذا الجانب، فقد كثرت العقود وتشعّبت أشكالها، فكان لابد للتشريع الإسلامي الصالح لكل زمان ومكان من كلمة فصل في هذا الجانب، وهل أطلق العنان للمتعاقِدين في إنشاء ما تقتضيه مصالحهم من عقود؟

وقبل الخوض في تفاصيل هذه القضية، يجدر التأكيد على أن التشريع الإسلامي لم يقف في يوم من الأيام حجر عثرة أمام مصالح الناس وحاجاتهم، فالله تعالى ارتضى لعباده هذا التشريع العظيم لتستقيم حياتهم وتُقضى حوائجهم على النحو الذي يضمن لهم حفظ أموالهم وممتلكاتهم بمنأى عن الغش والخداع، وسنّ لهم في سبيل تحقيق ذلك القوانين والأحكام، ورسم لهم الحدود والمبادئ الكفيلة بإرساء موازين العدل وترسيخ قيم القسط بينهم؛ تجنّباً لوقوعهم في خلافات لا تُحمد عقباها.

فالتشريع الإسلامي إذن ما هو إلا رقيب على معاملات الناس وعقودهم، ولا يقف إلا في وجه من يحاول اقتطاع حق ليس له، أو الظّفر بمغْنم على حساب الإضرار بغيره.

واستناداً إلى هذه المعاني العظيمة، فقد أطلق التشريع الإسلامي الحرية للمتعاقِدين في إنشاء ما يرون من عقود ضمن منظومته الرّصينة التي لا مكان فيها للإضرار بالغير، أو استخدام وسائل الغش والتغرير.

وبالرجوع إلى آراء المذاهب الفقهية المعتمدة في هذا الجانب، نكاد نجدها متفقة من حيث المبدأ العام وهو مراعاة مصلحة أطراف العقد ضمن حدود الشريعة الإسلامية وقواعدها الثابتة، وإن كانت تلك الآراء- من حيث الظاهر- تدور بين مُضيّق وموسع لأحكام العقود وشروطها، ولكن لدى إمعان النظر في عباراتهم نجد في نهاية المطاف أن حرية المتعاقدين في إنشاء العقود مكفولة عندهم، ولا تتقيد إلا بالقيود الخطيرة التي بيّنها الشارع الحكيم وفصّل القول فيها، وهي كل ما ينتج عنه إضرار بالغير من ربا أو غش أو تغرير ونحو ذلك.

فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية اشتُهر في أصولهم الأخذ بمبدأ التقييد أو المنع في أبواب العقود إلا ما ورد به الشرع وأجازه، خصوصاً في مسألة الشروط في العقد، حيث اقتضت أصولهم ضرورة مراعاة حدود الشرع ومبادئه لدى إنشاء أيّ عقد أو الاشتراط فيه، وأن يحصل المقصود من مقتضى العقد وواجباته، وأن تتحقق المصلحة المرجوّة من إنشاء العقد باجتناب موانعه ومحظوراته التي نبّه إليها الشرع[1].

(١) للاطلاع على ما ذكره جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في مسألة الشروط في العقد، ينظر: المحيط البرهاني: ٦/ ٤٢٠، برهان الدين بن مازة الحنفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٦٥، والحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي: ٥/ ٣١٢ وما بعدها، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م، وفتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير): ٨/ ١٩٥، عبدالكريم بن محمد الرافعي القزويني، د.ن، د.ط، د.ت.

وبالمقابل لمذهب الجمهور يأتي مذهب السادة الحنابلة، الذين اشتهروا في أصولهم بالتوّسع في هذا الجانب؛ حيث جعلوا الأصل في العقود وما يتعلّق بها من أحكام وشروط الجواز أو الإطلاق إلا ما جاء الشرع بتحريمه والمنع منه[1].

بيد أن المُتمعّن في هذه المذاهب كما أسلفت يكاد يلمس منها جميعاً التأكيد على الثمرة الأهم والمقصد الأسمى من إقرار أي حكم أو شرط يتعلق بالعقود، وهو اجتناب ما جاء الشرع بتحريمه والمنع منه، فيبقى كل ما عداه إما داخلاً ضمن دائرة المباح المطلق، أو قابلاً لتصحيح طفيف من قبل العاقدين أو القاضي حتى تستقيم المعاملات بين الناس على أتمّ وجه.

فخلاصة القول في هذه المسألة تكمن في أن الفقهاء- سواء من ذهب منهم إلى أن الأصل في العقود وما يتصل بها من أحكام وشروط هو المنع أو التقييد إلا ما أذن به الشرع وهم الجمهور، أو من ذهب إلى أن الأصل فيها هو الجواز أو الإطلاق إلا ما جاء الشرع بتحريمه والمنع منه وهم السادة الحنابلة- متفقون على أن الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان ما جاءت إلا لتُنظّم شؤون المجتمع أفراداً وجماعات، ولم تجد حرية المتعاقدين مجالاً خصباً في إنشاء العقود كما وجدته في ظلّ أحكام هذا الشرع الذي بُني على أساس متين من العدل والمساواة، والتشريع الإسلامي وإن أطلق العنان للناس في إنشاء ما يرون من عقود تحقّق مصالحهم، فهو في الوقت نفسه لم يفتح باب الحرية على مصراعيه بحيث تؤدي إلى الإضرار بأحد أطراف العقد بغش أو خداع أو نحو ذلك تحت مسمى الحرية؛ ولذلك رسم الحدود وقعّد القواعد وأصّل المبادئ والأحكام.

➢ **ثالثاً**: مبدأ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين:

لكي تكتمل صورة الإرادة ويتّضح المقصود من التّطرّق لها في هذا البحث، بقي أن أسلّط الضوء على مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يُعدّ الثمرة للمبدأين السابقين مبدأ الإرادة ومبدأ

(١) ينظر: الفروع: ٤/ ٣٢٣، محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: ٣/ ١٣٩، مصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م.

حرية المتعاقدين، فإذا تحقّق الرضا من قبل أطراف العقد، واتّجهت إرادتهم وحرّيّتهم نحو إنشاء ما يرون من عقود تحقّق مصالحهم ضمن حدود الشرع وأحكامه ومبادئه، فإن نتيجة هذا الأمر وثمرته هي أن كل عقد استكمل أركانه وشرائطه يتمتّع بالقوة الإلزامية، أي أن العاقد إذا باشر بإرادته وحريته إنشاء عقد من العقود فإن عليه الالتزام بما ألزم به نفسه تجاه الأطراف الآخرين، وأن يتقيّد بكل قيد ورد في العقد الذي اكتملت صورته، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة:١]، وقال الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [سورة الإسراء: ٣٤]، وقال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ﴾ [سورة المؤمنون: ٨].

وغيرها من الأدلة الصريحة من كتاب الله تعالى الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود والالتزامات.

وكما أسلفت فإن إرادة العاقدين تستمّد سلطانها من الشرع بالحدود التي وضعها لكل عقد، وقد تُحقّق تلك الحدود حاجة العاقدين فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تُنقص أو تزيد من آثار العقد المشروعة، فإن لم تتحقّق حاجة العاقدين وغرضهما احتاجا إلى اشتراط شروط تُحقّق الغرض المطلوب.

وما يمس صميم هذا البحث من هذه المسألة هو أن العاقدين ربما يُقدِمان بإرادتيهما على إنشاء عقد من العقود وبالتالي فإن ذلك العقد -بناء على ما سبق بيانه- يتمتّع بقوة إلزامية توجب عليهما الالتزام بما ورد فيه، ولكن قد تطرأ أمور خارجة عن إرادة الطرفين ينتج عنها إضرار بأحدهما أو مساس بحق من حقوقه المشروعة، فهنا يثور سؤال مفاده: هل يمضي العقد كما باشراه ابتداءً بكافة بنوده والتزاماته دون أدنى تعديل، استناداً إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد، أم أن ثمّة تدخّلاً يحصل من قبل القاضي مدعوماً بأدلة الشرع ومقاصده وأحكامه ومبادئه التي قامت على أساس العدل وعدم حدوث أي ضرر يمسّ أحد أطراف العقد من ظرف طارئ أو غبن أو غرر ونحو ذلك؟

*** وتقرير الجواب على هذا السؤال يكون كالآتي:**

إن الأصل بناءً على مقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد هو أن أحداً من العاقدين لا يملك التّنصّل مما التزمه في العقد، كما لا يملك إجراء أيّ تعديل بإرادته المنفردة؛ للأدلة التي سبق عرضها، كما لا تخفى الغاية من تقرير هذا الأمر من حصول الاستقرار في المعاملات، والنهوض بالمجتمع نحو التّقدّم في النواحي الاقتصادية التي تعود بالنفع والفائدة على كل أفراده، فإذا لم يُراع مبدأ القوة الملزمة للعقد وكان العاقد مختاراً في التّنصّل مما التزمه لدى إنشاء العقد، لانعدمت الثقة بين الناس واضطرب المجتمع جرّاء ذلك، فكان من الضروري تقرير هذا المبدأ الأساسي؛ حتى يتم قطع الطريق أمام كل من يحاول نقض ما التزم به في العقد، أو إجراء تعديل عليه يحقّق مصلحته الفردية بمنأى عن مصالح الآخرين، كما أن القاضي لا يملك في الأصل أن يتدخّل بحكم سلطته لإجراء أيّ تعديل على ما ارتضاه العاقدان في العقد المُبرم بينهما إن استوفى ذلك العقد الشروط والأركان التي أقرّها الشرع.

هذا من حيث الأصل، ولكن قد تتخلّف أحياناً بعض الغايات التي من أجلها أقرّ الشرع إبرام العقود، فينتج عن التقيُّد الدقيق بما ورد في العقد مساس بحقوق أحد العاقدين بسبب ظرف طرأ بعد إبرام العقد، وحيث أن التشريع الإسلامي يقوم في أصله وجوهره على مبدأ العدالة المطلقة بين الناس بنص قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [سورة النحل: ٩٠]، وقول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [سورة النساء: ٥٨]، وقول الله تعالى: ﴿وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾ [سورة المائدة: ٤٢]، وغيرها من الآيات الكثيرة التي تأمر بالعدل، (فتحقيق العدالة هو هدف أسمى للفقه الإسلامي من أجل تحقيق سعادة الإنسان على ظهر هذه الأرض، فأينما وُجد العدل فثمّ شرع الله ودينه، وفي ميدان العقود فإن الفقه الإسلامي يقرّر مبدأ الرضائية في العقود تطبيقاً لمبدأ العدالة، ولكن مبدأ الرضائية هذا إذا نتج عن تطبيقه في بعض العقود نتيجة لظروف معينة ظلم بسبب اختلال ميزان التعادل في

الالتزامات بين المتعاقدين وقت تنفيذ العقد مثلاً، فإن الفقه الإسلامي يحكم بإنهاء العقد أو فسخه، أو تعديل الالتزامات فيه إلى الحد المناسب الذي يرتفع معه الظلم، ويعود بالالتزامات العقدية إلى التوازن)[1] فالشرع إذن يُسوّغ للقاضي التّدخّل في العقد في هذه الحالة بالقدر الذي يرفع به الظلم عن الطرف الذي وقع عليه.

وبذلك يجد القاضي بحكم سلطته ما يُبرّر له التّدخّل في العقد؛ لأن الهدف من تدخّله في الأصل هو نصرة الغاية التي ابتغاها العاقدان من إبرام العقد، وهي تحقيق المصلحة، فإذا وقع خلل في مصلحة أحدهما تدخّل القاضي لإصلاحه؛ حفاظاً على مبدأ التوازن العقدي قدر الإمكان، وتحقيقاً للعدل بين الطرفين، وذلك لا يناقض مبدأ القوة الملزمة للعقد ألبتّة؛ لأن العقود ما شُرعت إلا للتيسير على الناس تحت مظلة مبدأ العدالة، والعدالة لا تتحقّق إلا بتدخّل القاضي إذا استدعى الأمر.

* ومحور هذه الرسالة يدور حول هذه السلطة التي منحها الشرع للقاضي، فإذا تقرّرت صياغة المحور الرئيسي للرسالة على شكل سؤال من عدة نقاط فإنه يكون كالآتي:

ما مدى مشروعية تدخّل القاضي في العقود المالية لتعديلها، وماهي مظاهر هذا التّدخّل، وما هي ضوابطه؟

هذا ما سيقوم الباحث -بإذن الله- بدراسته في الفصول الرئيسية لهذه الرسالة؛ لأهمية هذا الأمر وخطورته في سبيل استقرار المعاملات بين الناس، وطرح الخلافات التي قد تنشأ بينهم جانباً.

تلك هي أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد في الفقه الإسلامي، والتي تُشكّل نواة هذا البحث الذي بين أيدينا، ولنُلق فيما يأتي نظرة على موقف القوانين الوضعية من تلك المبادئ لاسيما موقف القانونين المصري والسوري.



(١) الشرط الجزائي، أستاذنا الدكتور أسامة الحموي: ص ٣٤٧-٣٤٨.

■ **الفرع الثاني**: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد في القانون الوضعي

➢ **أولاً**: مبدأ سلطان الإرادة:

لقد تقدّم في الفرع الأول أن مبدأ الإرادة حظي في ظلّ أحكام التشريع الإسلامي بعناية بالغة منذ بزوغ فجر هذا التشريع بالرسالة المحمّديّة الخالدة التي جاءت لتحقيق مصلحة الفرد والمجتمع على حد سواء، وأن إرادة العاقدين نالت حظوتها في ظل أحكام هذا التشريع سواء في جانب إنشاء العقود أو في الآثار المترتبة على إنشائها، بشرط ألّا تؤدي تلك الإرادة إلى نقض أو تهميش الغايات التي من أجلها أقرّ الشرع مختلف أنواع العقود.

وبما أن التشريع الإسلامي جاء منذ اللحظة الأولى لنشوئه في عصر النبوة دستوراً متكاملاً يُنظّم كافة أحوال الفرد والمجتمع وتسير تحت مظلة أحكامه كافة أشكال المعاملات مهما تغيّرت الأزمنة وتبدّلت الظروف والأمكنة، فإن تلك الحظوة التي نالتها الإرادة لإنشاء العقود وتحديد آثارها لم تعصف بها رياح التغيير عبر الزمان مادامت ملتزمة بأحكام هذا التشريع وحدوده ومنضبطة بمبادئه وقيوده.

وهذا الاستقرار الذي عاشته الإرادة ولازالت تتفيّأ ظلال هذا التشريع الإلهي الخالد، لم تنعم به في ظل أحكام القوانين الوضعية.

ومع أن أنصار هذا المبدأ من القانونيين يذهبون إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية، ويرون أن الإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها، ومع أن هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على إثر تطوّر النّظم الاقتصادية، إلا أن استمرار هذه النظم في التّطوّر وظهور الصناعات الكبيرة واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية مهّد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار، فقامت هذه المذاهب مُعارِضة للمذاهب الفردية، وكان من ذلك أن انتكص مبدأ سلطان الإرادة، وجعل خصومه يبالغون في نقده وعدم الاعتداد به، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين ينتصرون له من جديد ولكن في حدود معقولة[1].

(١) النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد، للسنهوري: ص ٨٥-٨٧.

وبعرض الكلام السابق بشيء من التفصيل كما يذكر القانونيون، فلقد مرّ سلطان الإرادة بعيداً عن أحكام التشريع الإسلامي بمراحل مختلفة، كان يُعدّ في كلٍّ منها صدى لما يسود في كل عصر من تيارات اقتصادية واجتماعية وسياسية، فهذا المبدأ لم يعرفه القانون الروماني كاملاً في أيّ عصر من عصوره؛ إذ بدأت العقود فيه شكلية تسيطر عليها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة، فإذا استوفى المدين الشكل المرسوم نشأ التزامه صحيحاً حتى لو لم يكن هناك سبب لهذا الالتزام، أو كان السبب غير مشروع، أو كانت الإرادة معيبة.

إذن فلقد ساهمت العوامل السياسية بنصيب وافر في التمكين لهذا المبدأ؛ ذلك أنه في القرن السابع عشر ظهرت نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تشبّعت بروح الفردية فساعدت على إقرار هذا المبدأ، ولقد بلغت هذه النظريات أوجّها في القرن الثامن عشر وهي تنادي بوجود قانون طبيعي يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته، ويترك هذه الإرادة توجّه ما في المجتمع من نظم اقتصادية واجتماعية.

وبهذا ساد المبدأ في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وقد تشيّع له فريق بلغوا حدّ التّطرّف في الانتصار له حتى أرادوا إقامة أحكام القانون المختلفة على الإرادة، فعندهم الإرادة هي أساس كل أنواع الالتزامات والنظم القانونية، فهي تسيطر على جميع مصادر الالتزام؛ إذ هي قوام التصرف القانوني.

إلا أن العوامل الاقتصادية والسياسية التي كانت سبباً لازدهار مبدأ سلطان الإرادة والتّطرّف في الانتصار له أخذت تنكمش تدريجياً، لتصنع الطريق أمام عوامل اقتصادية وسياسية أخرى دعت إلى مهاجمة هذا المبدأ، فما أن جاء القرن العشرون حتى قامت الصناعات الكبيرة تضم الجموع الحاشدة من العمال، وتكوّنت الشركات الضخمة برؤوس أموال كبيرة، وأخذ الاختلال في التوازن بين القوى الاقتصادية الجديدة يظهر على أشدّه، فأدى هذا إلى تنظيم نقابات العمال لإعادة هذا التوازن، وبذلك وُلِدت قوى اجتماعية جديدة، وظهرت مذاهب اشتراكية مضادّة للمذاهب الفردية التي سادت في القرنين السابقين له، ويقوم أساس

هذه المذاهب الجديدة على أن تُراعى مصلحة المجموع قبل كل شيء، فإذا تعارضت هذه المصلحة مع مصلحة الفرد قُدّمت الأولى على الثانية.

لذا فقد انتكص مبدأ سلطان الإرادة، وأخذت قوّته تضعف يوماً بعد يوم، وقد قام له معارضون أسرفوا هم أيضاً في نقده كما بالغ أنصاره في تأييده، فذهبوا إلى أن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تستند إلى محض إرادة العاقد، وإنما ترتكز على اعتبارات اجتماعية ترجع إلى الاستقرار الواجب في التعامل والنظام الذي يجب أن يسود المجتمع، فليست الإرادة في نظرهم هي أساس القوة الملزمة للعقد، وإنما أساسها اعتبارات تتصل بالصالح العام؛ إذ العقد نظام يُراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وليس الخضوع لسلطان الإرادة.

وبناءً على ما سبق بيانه من مبالغة أنصار المبدأ في تأييده وجَعْله أساساً لجميع أنواع الحقوق والنظم القانونية وما قابله من مبالغة من المعارضين له في الحطّ من شأنه وعدم الاعتداد به في أيّ حق أو نظام، بناءً على ذلك نتج فريق وسط بين هذين الطرفين عُرِف بفريق المعتدلين، فانتصروا للمبدأ ولكنهم وقفوا به عند حدوده المعقولة، وبذلك أمكن تحديد المجال الحقيقي لهذا المبدأ، ويتجلّى دور هذا المبدأ بشكل أساسي وهام في المعاملات والعقود المالية؛ إذ إن دورها في الأحوال الشخصية محدود، فعقد الزواج مثلاً تُنشئه الإرادة ولكن القانون يستقلّ بتحديد آثاره[1].

وبذلك تبيّن أن التصرفات القانونية في مجال المعاملات والعقود المالية وهي التي تتولد عنها الالتزامات الإرادية هي المجال الطبيعي للإرادة، وهي التي يتجلّى فيها سلطان الإرادة على أوسع ما يكون له أن يظهر، فالعقد إذن يتكون من إرادتين أو عدة إرادات تتّجه إلى إحداث الآثار القانونية، والقوانين الحديثة تعترف للإرادة بالقدرة على إحداث الآثار القانونية إذا

(١) بتصرف من: محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ١٠-١٥، والقوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: ص ٧٩، وليد صلاح رمضان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٩م.

اتّجهت إلى ذلك، بمعنى أنها تجعل من اتجاه الإرادة إلى تحقيق أثر قانوني معين أساساً لأن يُرتّب القانون على مجرد اتجاهها إليه نشوء هذا الأثر وتحقّقه.

- **ومبدأ سلطان الإرادة يعني في القوانين الحالية أمرين:**

الأول: الرضائية، أي أن الإرادة وحدها قادرة على إنشاء الالتزام، بمعنى أنه لا يلزم أن يقترن التعبير عن الإرادة بأيّ إجراء أو شكل خاص ليترتب عليها ما تقصد إليه من آثار قانونية، وذلك على خلاف ما كان عليه الحال في كثير من القوانين القديمة كالروماني، حيث كان يلزم في التعبير عن الإرادة القيام بأعمال مرسومة ذات طابع طقسي، أو التّلفّظ بعبارات محدّدة يكمن فيها سر الالتزام.

والأمر الثاني: قدرة الإرادة على تعيين الحدود التي تلتزم فيها، أي قادرة على تحديد مضمون الآثار القانونية التي تنشأ بها وفقاً لرغبة صاحبها، وأن التزام الشخص بإرادته أو قبوله للتّحمّل بواجب قانوني معين يجعله متحمّلاً به بالصورة التي حدّدها، وإذا تمّ الاتفاق بينه وبين شخص آخر على ما تعهّد به لا يجوز للملتزم أن يرجع عما التزم به إلا إذا رضي هذا الشخص الآخر، أي لا يجوز تعديل الاتفاق إلا باتفاق لاحق بين أطرافه.

* غير أن سلطان الإرادة في المجالين السابقين ليس مطلقاً، بل ترد عليه قيود ينبغي الوقوف عليها لمعرفة المدى الحقيقي للدور الذي تقوم به الإرادة في هذا المضمار:

فأما الأمر الأول وهو الرضائية: فترد عليها قيود آتية من الشكلية التي يقرّرها القانون بالنسبة إلى بعض التصرفات، فالقانون المصري مثلاً يستلزم تمام التراضي على إبرام عقد رهن العقار رهناً رسمياً أمام الموثق، أي يستلزم لانعقاد الرهن الكتابة الرسمية كما في المادة (١٠٣١) مدني، ولابد أن يُضاف إلى الشكلية وجود إرادة سليمة للمتعاقد، فإذا تمّ الشكل المطلوب ولكن ثبت أن المتعاقد كان مُكرهاً أو غالطاً في مسألة جوهرية، لا يكون تصرّفه صحيحاً رغم توافر الشكل المطلوب؛ بسبب عيوب الإرادة، وهذا يخالف أحكام القوانين القديمة التي كان الشكل فيها شرطاً كافياً لقيام العقد، والقانون السوري كالمصري قد جرى على هذا الأساس فاتّخذ مبدأ رضائية العقد أصلاً وأوجب مراعاة ما يفرضه القانون من

مراسيم شكلية استثناء، وهذا ما عبّرت عنه المادة (٩٢) إذ جاء فيها: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرّره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)، ومن العقود التي أوجب فيها القانون السوري كالمصري شكلية الرسمية لانعقادها الهبة العقارية، فقد أوجبت المادة (٤٥٦) أن تكون هذه الهبة بسند رسمي تحت طائلة البطلان، وفي الوعد بالعقد الشكلي أوجب القانون السوري أن يتوافر في الوعد ما يشترطه القانون في العقد الموعود من مراسيم شكلية، كما في المادة (١٠٢).

فالغاية من اشتراط الأشكال في بعض العقود في القوانين الحديثة هي حماية المتعاقد بتنبيهه إلى خطورة التصرف الذي يُقدِم عليه، كما في الهبة أو الرهن الرسمي، أو تحقيق الاستقرار بتوحيد الصورة التي يتمّ بها إبرام بعض التصرفات الهامة كثيرة الانتشار، كما الحال في اشتراط رسمية عقد بيع الحقوق العقارية في بعض القوانين، لتيسير تسجيله خصوصاً مع الأخذ بنظام السجل العيني.

➢ **وأما الأمر الثاني** وهو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف، ويُمثِّل الشطر الآخر من مبدأ الإرادة: فترد عليه أيضاً قيود لها خطرها، فقيد النظام العام والآداب معروف، إذ يمتنع على الإرادة أن تتجه إلى ما يخالفهما، وفكرة النظام العام فكرة مرنة تضيق وتتّسع تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع، فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظلّ المذاهب الفردية، وتتّسع في ظلّ المذاهب الاشتراكية، وقد تَقلّص المذهب الفردي اليوم وأخذ المذهب الاشتراكي ينتشر بصورة متزايدة إلى جانب نظريات اجتماعية تنادي بالتضامن الاجتماعي، وظهر أثر ذلك في التشريع والقضاء والحياة العملية للمجتمع، حيث نجد في كل ناحية من هذه النواحي قيوداً تَحدّ من سلطان الإرادة الفردية إلى درجة كبيرة، فقد أخذ المشرّع يتدخّل في العقد بنصوص آمرة مراعاةً للصالح العام وحمايةً للجانب الضعيف في العقد، ومن أمثلة ذلك: ما استحدثته المجموعات المدنية في معظم البلاد العربية من أحكام تتعلّق بالاستغلال والظروف الطارئة وعقود الإذعان والشرط الجزائي وما أُعطي للقاضي من سلطة لاستكمال شروط العقد التي لم يتفق عليها الطرفان.

فالخلاصة أن قدرة الإرادة أو حرية الأفراد في إنشاء التصرف وتحديد آثاره مازالت هي القاعدة، ولكن ترِد على هذه القاعدة قيود زادت في الوقت الحاضر عمّا كان مقرّراً قبل ذلك إلى درجة كبيرة، وترجع هذه الزيادة في القيود التي تحدّ من سلطان الإرادة الفردية إلى نوعين من الأسباب:

➢ **أوّلها: دائم**، وهو نشوء قوى اجتماعية جديدة أدّت إلى تطور في الأفكار، فظهرت نظريات اجتماعية حديثة ناهضت المذهب الفردي الذي كان سائداً من قبل.

➢ **والنوع الثاني من الأسباب: عارض**، وهو نشوب حربين عالميتين جعلت الشارع يتدخّل في العقد على نطاق واسع لمواجهة الاختلال الاقتصادي ومنع التّحكّم[1].

إذن فقد استقرّ هذا المبدأ وصار دعامة تُبنى عليه النظريات القانونية، وهو بعد أن تمشّى فيه المنطق القانوني أصبح يشتمل على أصلين:

- **الأول**: كل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة.

- **والأصل الآخر**: لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من الآثار، فالإرادة الحرة هي التي تولّد الحق وهي التي تحدّد آثاره.

ولهذا الأصل الثاني، وهو كون الإرادة المرجع الأعلى فيما يترتب على الالتزامات من الآثار ناحيتان:

- **الأولى**: إن كل ما ارتضاه الملتزم دَيناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره؛ لأن التزامه إنما بُني على إرادته، فلا يصح تقييد أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لَحِق أحد المتعاقدين مادام قد ارتضى هذا الغبن؛ إذ ليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشيئين المتبادلين، بل

(١) الفقرات السابقة بتصرف من المراجع التالية: القانون المدني السوري، الزرقا: ص ٣٠-٣١، ومحاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ١٥-١٨، والنظرية العامة للالتزام: ص ٥٠-٥٥، جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، ١٩٨٤م.

يكفي أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين، وقد توّفر في كلٍّ منهما حريته وإرادته المستقلة، والأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون.

- **والناحية الأخرى**: إن العقد وقد تمّ بتوافق إرادتين مستقلّتين لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين، فلا يستقلّ أحد من المتعاقدين بتعديله، كما لا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدّله أو يُضيف إليه ما ليس منه.

تلك هي الجوانب المختلفة لمبدأ سلطان الإرادة بعد أن وصل إلى القمة من سيطرته على نواحي القانون المتعدّدة، وقد كان المشرّع الفرنسي خاضعاً لهذا المبدأ عندما قرّر في المادة (١١٣٤) أن العقود التي تتم قانوناً تكون شريعة لمن تعاقد، فلا يجوز الرجوع فيها إلا بإرادة المتعاقدين المتبادلة أو لأسباب يحدّدها القانون، ولم يستقرّ القرن التاسع عشر إلا والناس معتقدون أن تطوّر النظم القانونية ليس إلا تاريخاً لتحرّر الإرادة من الشكلية شيئاً فشيئاً، حتى أصبحت مجرّدة عن كل وضع، وهي الآن تبسط سيادتها وسلطانها على جميع نواحي القانون، وتسيطر على كل النظم الاجتماعية والاقتصادية[1].

وهذا ما سار عليه القانون السوري، إذ إنه بالنظر إلى الأحكام التي جاء بها في نظرية العقد نجد أن تلك الأحكام تسير في ظلّ مبدأ سلطان الإرادة العقدية، ذلك المبدأ الأساسي الذي يسود سلطانه نظرية العقد في جميع أدواره وخاصة في تكوينه وآثاره[2].

➢ **ثانياً**: مبدأ حرية التعاقد:

بعد أن تقدّم الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة في القانون الوضعي يأتي الدور على المبدأ الثاني من أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد، وهو حرية التعاقد، فالحرية التعاقدية هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة، **وتقوم على ثلاثة أُسس**:

(١) النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد، السنهوري: ص ٩٨-١٠٢.

(٢) القانون المدني السوري، الزرقا: ص ٢٨.

- **أوّلها**: قدرة الفرد على التعاقد أو عدم التعاقد، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، فليس للمتعاقدَين أن يُبرما عقداً مخالفاً للنظام العام أو للآداب العامة، وكذا ليس لهما أن يعقدا عقداً مخالفاً لنص آمر، والقانون السوري كالمصري قد أقرّ هذا الاستثناء العام من هذا الأساس القانوني، فنصّت المادة (٣٦) على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

- و**ثانيها**: قدرة الفرد على اختيار الشخص الذي يتعاقد معه بصفة عامة، مع وجود بعض المستثنيات المتعلقة بالنظام العام والآداب، وهي لا تقدح في الأصل العام في حرية الفرد في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه.

- **والثالث**: قدرة الفرد على تحديد شروط العقد، فللمتعاقِدِين أن يحدّدوا ما شاءوا من الشروط بمحض مشيئتهم دون أن يخضعوا في ذلك لأيّ قيد، فيما عدا القيود المتعلقة بالنظام العام والآداب، وهي على أيّة حال قيود استثنائية تستهدف حماية التراضي في العقود كقواعد الأهلية مثلاً، أو حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان.

وكون النظام العام هو قيد على الحرية التعاقدية، ورد النصّ عليه في المادتين (١٣٦) و(١٣٧) من القانون المدني السوري[1].

➢ **ثالثاً**: مبدأ القوة الملزمة للعقد أو (العقد شريعة المتعاقدين):

هذا هو المبدأ الثالث والأخير من أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد، ولها صلة وثيقة بموضوع هذا البحث، وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين، ومؤدى هذا المبدأ: أن عقد الشخص ملزِم له بمضمونه كالإلزام القانوني للمكلف، وإن اختلفا في المصدر من حيث إن القانون يُلزم المكلف بإرادة غيره وهو الشارع، أما العقد فيُلزم صاحبه بإرادته، وكما لا يستطيع أن يتحلّل من التكليف القانوني إلا بتنفيذه، لا يستطيع أن يتحلّل من

(١) بتصرف من المراجع التالية: القانون المدني السوري، الزرقا: ص ٣٢-٣٦، وشرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار: ص ٥٠-٥٢، والنظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون: ص ٧١-٧٣، بهاء الدين العلايلي، دار الشواف، الرياض، د.ط، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م.

الرابطة العقدية وما فرضته عليه من التزامات بإرادته إلا بموافقة المتعاقد الآخر، أو بتنفيذ العقد، أو بمسوّغ يقرّه القانون، وقد نصّت المادتان (١٤٨) من القانون السوري و(١٤٧) من القانون المصري على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون) وتحريم نقض العقد أو تعديله بغير اتفاق طرفيه يقتضي تحريم ذلك على القضاء أيضاً، فالقاضي لا يستطيع أن يعدّل من شروط العقد، أو أن يعفي أيّ طرف من أطرافه من التزاماته مادام العقد صحيحاً ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة أو منع الظلم، إلا في الأحوال التي يقرّر القانون له فيها هذه السلطة.

*** إذن فمبدأ القوة الملزمة للعقد يمكن أن يترتب عليه نتائج متعددة أهمها:**

أ- إن المتعاقدين مرتبطان بالعقد، فلا يملك أحدهما أن يتنصّل مما التزم به في العقد بإرادته المنفردة، فيما عدا حالة القوة القاهرة.

ب- إن القوة الملزمة للعقد تُلزِم القضاء، فليس للقاضي إنهاء العقد أو تعديله باسم العدالة إلا في أحوال استثنائية، كحالة الظروف الطارئة والشروط التعسفية في عقود الإذعان.

ج- إن المشرّع ملتزم أيضاً بالعقد، فمن جهة لا تسري القوانين الجديدة بأثر رجعي، أي أنها لا تُطبّق إلا على العقود التي نشأت في ظلّها، فتخرج بذلك العقود الخاصة السابقة في تكوينها على القانون الجديد بصفة عامة، يستوي في ذلك العقود التي نُفّذت في ظلّ القانون القديم أو التي لم تُنفّذ بعد، ومن جهة أخرى يمتنع على المشرّع تعديل العقد الخاص؛ ضماناً لاستقرار الأوضاع التعاقدية التي تُعدّ أساس النظام الاجتماعي[1].

*** بقي من هذا المبدأ أن أشير إلى أهم الاستثناءات الواردة عليه وهي كالآتي:**

١) إنهاء العقد من جانب أحد المتعاقدين، فثمّة حالات خاصة يجوز فيها إنهاء العقد من جانب واحد استثناءً من القاعدة العامة التي لا تُجيز ذلك إلا باتفاق جميع الأطراف، ويحصل

(١) بتصرف من المراجع التالية: القانون المدني السوري، الزرقا: ص ٣٦-٣٧، وشرح القانون المدني، محمد وحيد الدين سوار: ص ٣٣١-٣٣٢، ومصادر وأحكام الالتزام، مصطفى الجمال: ص ١٨-١٩.

الإنهاء من طرف واحد استثناء في العقود الممتدّة في الزمان، أي التي يتطلّب تنفيذها فترة من الوقت إذا لم يتحدّد لها مدة، كما في الشركة والإيجار وعقد العمل والوكالة والوديعة؛ مراعاةً من المشرّع لطبيعة هذه العقود، كما في المواد (٦٦٠) المتعلّقة بعقد العمل غير محدّد المدة، و(٦٨١، ٦٨٢) المتعلّقتان بعقد الوكالة، و(٤٩٧، ٤٩٩) المتعلّقتان بعقد الشركة من القانون المدني السوري.

٢) تعديل العقد من جانب القاضي، فللقاضي سلطة تعديل العقد في حالات خاصة لاعتبارات تتعلّق بالعدالة، وقد أخذت التشريعات المدنية العربية بهذا الاتجاه، فنصّت على إمكانية أن يُعدّل القاضي في العقد في حالات معينة، مثل ردّ الالتزام المرهِق إلى الحدّ المعقول في حالة الظروف الطارئة، وتعديل الشروط التعسّفيّة في عقود الإذعان أو الإعفاء منها، وإعادة التوازن إلى العقد في حالة الغبن، وتعديل الشرط الجزائي، ومنح المدين نظرة الميسرة ونحو ذلك، كالمواد (١٤٩) المتعلّقة بتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، و(١٥٧) المتعلّقة بمنح المدين نظرة الميسرة، و(٢٢٤) المتعلّقة بتعديل الشرط الجزائي من القانون المدني المصري، وكذلك ما يقابلها في القانون السوري[1].

تلك هي أبرز النقاط المتعلّقة بنظرة القوانين الوضعية- لاسيما القانونين المصري والسوري- لأهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد والتي سبق الاطلاع على رأي الفقه الإسلامي فيها، وبناءً على ذلك يجدر التطرق في الفرع الآتي لأبرز نقاط المقابلة بين الرأيين في تلك المبادئ.

(١) بتصرف من المراجع التالية: شرح القانون المدني، محمد وحيد الدين سوار: ص ٣٣٢-٣٣٣، والنظرية العامة للالتزام، جميل الشرقاوي: ص ٣٢٠-٣٢٢، والنظرية العامة للعقود، العلايلي: ص ١٠٩-١١٠، والقوة الملزمة للعقد: ص: ٣٠-٣٢، حسين عامر، مطبعة مصر، القاهرة، ط١، ١٣٦٨هـ-١٩٤٩م.

▪ **الفرع الثالث**: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

* سيتم التّطرّق فيما يأتي لأبرز نقاط المقابلة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالنسبة لأهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد والتي تمّ عرضها فيما سبق في كلا التشريعين:

➢ **أولاً**: ثمّة نقطة جوهرية ينبغي البدء بها لدى إجراء أيّة مقابلة بين أحكام الفقه الإسلامي ومثيلاتها في القوانين الوضعية، وهي مصدر التشريعين؛ إذ إن مصدر أيّ أمر هو الركيزة الأساسية والركن الجوهري الذي يستمدّ منه قوّته، وينتج عنه ثباته واستقراره.

ولدى إسقاط هذه النقطة الجوهرية على المسألة التي بين أيدينا وهي أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد لاسيما العقود المالية، وهي الإرادة والحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، نجد أن الفقه الإسلامي كونه إلهي المصدر قد عرف مبدأ الإرادة بمعناه الدقيق وصورته الصحيحة المتكاملة منذ اللحظة الأولى لإقراره من قبل رب العباد سبحانه وتعالى، فلم يتعرّض لأيّة تقلّبات أو تغيّرات تعبث بثباته واستقراره، فقد سطّر القرآن الكريم أصول هذا المبدأ، ورسم معالمه وحدوده بعبارات موجزة ومعانٍ عظيمة، فقال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة:١]، وقال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، ولم يجد الفقهاء المسلمون أيّة مشقة بعد ذلك في تقرير هذا المبدأ استناداً إلى تحقّق الرضا الذي نصّت عليه الآية الكريمة، ومن ثمّ السّير بهذا المبدأ تحت مظلة أحكام الشرع وضوابطه وقيوده التي لا يسوغ معها تحليل الحرام وتحريم الحلال.

أما بالنسبة للقوانين الوضعية فكونها من وضْع البشر فهذا يعني أن أحكامها وقتيّة تتناسب والمرحلة التي تمرّ بها، ولا يمكن لها أن تعرف الثبات والاستقرار، لقصور علم البشر على المرحلة التي يعيشونها، لذا فإن مبدأ الإرادة في ظلّ القوانين الوضعية قد مرّ بعدة مراحل عبر العصور -كما تقدّم- متأثّراً بما ساد في كل عصر من تيارات اجتماعية واقتصادية وسياسية، فلم

يكن له وجود في ظلّ سيطرة الشكلية على العقود في القانون الروماني، ثم أخذ ينمو شيئاً فشيئاً حتى بلغ أوجّه في عصر سيطرة المذاهب الفردية، ثم بدأ بالانكماش في عصر ظهور المذاهب الاشتراكية، إلى أن استقرّ في الوقت الراهن على الصورة التي بين أيدينا مقيّداً بقيود وضوابط معيّنة تمّ التّطرّق إليها فيما سبق.

➢ **ثانياً**: وبالنظر إلى مضمون مبدأ الإرادة وما يتبعه من مبادئ كالحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، نجد أن ثمّة توافقاً بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية من حيث وجود الأحكام وتقنينها والنّصّ عليها، أي من حيث الشكل الخارجي للتشريعين فحسب بمنأى عن المضمون؛ لأن المضمون ينبع من المصدر، ويستمدّ منه نهجه ومبادئه، فالفقه الإسلامي إلهي المصدر، وهذا يعني أن أحكامه منضبطة بما قرّره الله تعالى في كتابه الكريم، وأنزله على قلب نبيه المصطفى صلى الله عليه وسلم، وبما آتاه ثلّة من عباده المؤمنين من علم وفهم وفقه واستنباط للأحكام استناداً إلى ما ورد في المصدرين الأصليين لهذا التشريع، وهما الكتاب والسنة، أما القوانين الوضعية فهي من وضع البشر، وهذا يعني أنها تستمدّ نهجها ومبادئها من نهج واضعيها وعقيدة مشرّعيها، وبناءً على ذلك فإنها تختلف من تشريع لآخر حسب نهج المشرّعين ومعتقداتهم.

وبالعودة إلى نقطة الوفاق بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية من حيث الظاهر، فقد تقدّم أن الإرادة قد نالت منتهى حظوتها في ظلّ أحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، سواء في جانب إنشاء العقود أو في جانب الآثار الناجمة عن إنشائها، مع الاختلاف الجوهري بينهما في جانب التطبيق، فليست كل العقود المباحة في نظر القوانين الوضعية يبيحها الفقه الإسلامي، وليست كل الآثار التي يمكن للعاقدين تحديدها في ظل القوانين الوضعية يقرّها الفقه الإسلامي؛ إذ إن أحكام الفقه الإسلامي ومبادئه وحدوده جلية واضحة، لا يسوغ لأي عاقد أن يتجاوزها بحجة الإرادة والرضا، فمن عقد على بيع خمر أو شرائها فعقده باطل؛ لأن الخمر محرّمة في الفقه الإسلامي، وهذا الحكم يختلف في القوانين الوضعية، والأمثلة على ذلك عديدة لا يسع المجال للاسترسال بعرضها هنا.

➢ **ثالثاً**: ولدى النظر إلى مبدأ الحرية التعاقدية، فقد تقدّم أن كلا التشريعين الإسلامي والوضعي قد قرّر هذا المبدأ، فللأفراد أن يبرموا ما شاءوا من عقود، وأن يضعوا ما شاءوا من شروط ضمن قيود ترِد عليها وتهدف إلى تحقيق الموازنة بين مصالح الأفراد، ولكن جوهر الخلاف بينهما يكمن في المضمون كما أسلفت، حيث تتبع تلك القيود في التشريع الإسلامي قواعد العدالة ومصلحة الجماعة بالشكل المنصوص عليه في مصادر الشرع، فلا يجوز الاتفاق بأي شكل من الأشكال على تحليل الحرام أو تحريم الحلال تحت مسمى الحرية التعاقدية.

وأما طبيعة القيود في التشريعات الوضعية فتتبع قواعد العدالة والنظام العام في كل مجتمع بحسبه، فقد تبيح أموراً يحرمها التشريع الإسلامي، وقد تحرّم أموراً يبيحها التشريع الإسلامي، وقد تتفق في بعض الأحيان مع ما جاء به التشريع الإسلامي.

كما لا يخفى أن القيود التي وضعتها التشريعات الوضعية المختلفة وربطتها بالنظام العام والآداب تكشف الكثير من عوار تلك التشريعات؛ لأن تحديد مفهوم النظام العام والآداب ينبع من فهم البشر، ولا يمكن للبشر باختلاف مشاربهم وأهوائهم أن تتّحد رؤيتهم حيال ما يمكن أن يكون موافقاً للنظام العام والآداب وما يمكن أن يخالفهما؛ لذا فإننا نجد هذا الخلاف جليّاً بين مشرّعي القوانين أنفسهم، وتثور بسبب ذلك العديد من المشكلات لدى وضع القيود والضوابط في مختلف القوانين.

وأكتفي بهذا القدر من المقابلة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ إذ غدا الأمر واضحاً بالنسبة لما جاء به التشريعان في مسألة الإرادة وبقية المبادئ، وأن الوفاق بينهما ما هو إلا وفاق من حيث ظاهر النصوص والقوانين فحسب، أما بالنسبة للجانب التطبيقي المنبثق عن مضمون التشريعين فلا ريب أنه من الصعب حصول الوفاق بينهما مادامت القوانين الوضعية تُشَرّع بمنأى عن أحكام الشرع الإسلامي وقواعده ومبادئه الراسخة التي لا تنفك عن الارتباط بمنهج القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة المصدرين الأساسيين للتشريع الإسلامي الصالح لكل زمان ومكان.

وبذلك تتّضح صورة الإرادة وبقية المبادئ التي تم التّطرّق لها في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية على الأقل فيما يخدم موضوع هذا البحث وهو سلطة القاضي في تعديل العقود المالية، إذ لا يمكن الوقوف بدقة على تلك السلطة بمنأى عن أحكام الإرادة وبقية المبادئ التي تم الحديث عنها، فهي المنطلق الذي يمكن من خلاله تحديد مدى سلطة القاضي في التّدخّل في العقود المالية بالتّعديل أو الإلغاء، وبالاطّلاع الدقيق على تلك المبادئ يُزال كل إشكال أو التباس قد يحصل لدى البعض جرّاء مَنْح العاقِدِين الإرادة والحرية في إبرام ما يشاءون من عقود، وفي الوقت نفسه مَنْح القاضي سلطة التّدخّل في تلك العقود بالضوابط التي حدّدها الشرع.

فلا تناقض بين الأمرين إذن مادام الشرع قد وضع الضوابط الدقيقة لكليهما وربط بها العاقد والقاضي على حد سواء؛ كي تستقيم المعاملات بين الناس على أتمّ وجه وأبهى صورة، وتُزال كافة أشكال الخلاف بين أطراف العقد.

وسيتّضح الأمر بصورة أفضل لدى الخوض في المسائل التفصيلية لهذا البحث بإذن الله تعالى.



المبحث الثالث:

مفهوم تعديل العقد وأقسامه

سيتمّ التّطرّق بإذن الله تعالى في هذا المبحث لآخر المفاهيم المتعلقة بعنوان هذا البحث والتي ينبغي بيانها قبل الخوض في المسائل التفصيلية، حيث سيتوقف البحث قليلاً عند مفهوم التعديل بشكل عام؛ كي تتّضح صورة التعديل المقصود في هذا البحث، ومن ثَمّ الوقوف عند موضوع أقسام تعديل العقد؛ كي تتّضح كذلك صورة القسم المقصود في هذا البحث.

* **وذلك في مطلبين:**

- المطلب الأول: تعريف التعديل لغةً وفي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المطلب الثاني: أقسام تعديل العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



المطلب الأول:

تعريف التعديل لغةً وفي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

- **أولاً: التعديل لغة:**

يأتي التعديل لغةً بعدّة معانٍ، فالعدل ما قام في النفوس أنه مستقيم، وهو ضد الجور، وعدَل الحاكم في الحكم: يَعدِل عدلاً، وهو عادل من قوم عدول، وفي أسماء الله سبحانه وتعالى العدل، وهو الذي لا يميل به الهوى فيجور في الحكم.

وتعديل الشهود أن تقول: إنهم عدول، وعدَّل الحكم أقامه، وعدَّل الرجل زكّاه، وعدَّل الموازين والمكاييل سوّاها، وعدل الشيء يعدله عدلاً، وعادله وازنه، وعادلت بين الشيئين وعدلت فلاناً بفلان: إذا سوّيت بينهما.

وتعديل الشيء: تقويمه وتسويته، ومنه قول الله تعالى: ﴿ٱلَّذِى خَلَقَكَ فَسَوَّىٰكَ فَعَدَلَكَ﴾ [سورة الانفطار: ٧][1].

وهذا المعنى الأخير هو الأقرب لملامسة موضوع البحث؛ إذ يعدّ تعديل القاضي للعقد من قبيل تسويته وتقويمه.

- **ثانياً: التعديل في الفقه الإسلامي:**

لقد تمت الإشارة فيما سبق إلى أن فقهاء المذاهب المتقدمين رحمهم الله تعالى لم يضعوا للعقد نظرية عامة تشمل أحكامه ومتعلقاته العامة؛ لذا فإن المتتبّع لكتبهم لا يجد فيها تعريفاً خاصاً بمصطلح تعديل العقد، بيد أنه بالنظر إلى ما ذكره الفقهاء من مسائل تطبيقية لتعديل القاضي للعقد يمكن استنتاج معنى للتعديل عندهم بأنه:

إجراءٌ يقوم القاضي من خلاله بإدخال تغيير جزئي في العقد لتسويته وتقويمه، وذلك بإزالة الأسباب التي أدّت إلى حدوث خلل أو نقص فيه.

---

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: ١١/ ٤٣٠-٤٣٣ ، وتهذيب اللغة، الأزهري: ٢/ ١٢٣-١٢٥، باب العين والدال مع اللام، ومختار الصحاح، الرازي: ص ١٧٦، والقاموس المحيط، الفيروزآبادي: ص ١٣٣١-١٣٣٢، والمصباح المنير، الفيومي: ٢/ ٣٩٦.

كما في مسألة الغبن في العقد، فلو حصل غبن لأحد أطراف العقد أو استغلال يمسّ بحق من حقوقه، فإن للقاضي سلطة التّدخّل لإعادة التوازن إلى العقد بإزالة الغبن أو الاستغلال الذي أثّر فيه دون نقض العقد برُمّته، وذلك ما بيّنه الفقهاء رحمهم الله تعالى كما سيمر بالتفصيل بإذن الله تعالى.

- **ثالثاً: التعديل في القانون الوضعي:**

يُقصد بتعديل العقد في اصطلاح القانونيين: إجراء تغيير جزئي في العقد، ينصبّ هذا التّغيير على عنصر من عناصره أو بند من بنوده، إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك، بحيث لا يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو نقضه.

أو هو بمعنى آخر: إعادة النظر في البنود التي تضمّنها العقد والقيام بالإنقاص منها أو الزيادة إليها.

وينصبّ التعديل في القانون على كمّ الالتزام أو كيفية تنفيذه أو إلغاء بند من بنود العقد أو شرط من شروطه، كما قد ينصبّ على عنصر الزمن في العقد وهو الأجل المتّفق على تنفيذ الالتزام خلاله، وذلك بمدِّه أو الإنقاص منه أو وقْف تنفيذه بصورة مؤقتة، إلى غير ذلك من الصور التي قد يظهر فيها هذا التعديل[1].



(١) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، محمد علي الخطيب، ص: ١٦-١٧.

المطلب الثاني:

أقسام تعديل العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

* **ستتم دراسة مضمون هذا المطلب في فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: أقسام تعديل العقد في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: أقسام تعديل العقد في القانون الوضعي.



- **الفرع الأول**: أقسام تعديل العقد في الفقه الإسلامي

لم ينصّ الفقهاء صراحة على أقسام التعديل الذي قد يلحق العقد، بيد أن المتتبّع للمسائل المتعلقة بتعديل العقد في الفقه الإسلامي يلمس وجود قسمين للتعديل، هما[1]:

- **القسم الأول: التعديل الاتفاقي:**

وهو الذي يتمّ بناءً على إرادة طرفي العقد، إذ من المعلوم بناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد والذي سبق الحديث عنه في المبحث السابق أن أحداً من طرفي العقد لا يمكنه التّنصّل مما التزمه لدى إنشاء العقد، كما لا يملك إجراء أي تعديل بإرادته المنفردة بمنأى عن إرادة الطرف أو الأطراف الأخرى، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: ١]، وقال الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [سورة الإسراء: ٣٤].

فدلّ ذلك على وجوب احترام العقد من قِبل عاقديه وعدم استقلال أيّ عاقد بإجراء تعديل فيه دون اتفاق مع الطرف الآخر أو بقية الأطراف، فإذا التقت إرادة طرفي العقد على إجراء تعديل فيه كان لهما ذلك بناءً على الإرادة المشتركة بينهما والتي قامت على أساس التراضي؛ لأن التراضي هو الركن الأساسي الذي تنبني عليه جلّ أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، قال

(١) ينظر: الشرط الجزائي، أستاذنا الدكتور الحموي: ص ٣٤٦، وسلطة القاضي في تعديل العقد، الخطيب: ص ١٨ وما بعدها.

الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

- **القسم الثاني: التعديل القضائي:**

وهو الذي يتمّ بواسطة القاضي تحقيقاً لمبدأ العدالة الذي بُني عليه جوهر التشريع الإسلامي، وقرّره الله تعالى في محكم تنزيله، مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ ﴾.. الآية [سورة النحل: ٩٠]، وغيرها من الآيات.

وإن المتتبّع للمذاهب الفقهية يجد فيها ما يُبرّر للقاضي التّدخّل بإجراء بعض التعديلات في العقود إذا تحقّق المسوّغ الشرعي لذلك، كما لو حدث خلل في التزامات العقد أو مساس بحق أحد أطرافه أدى إلى اختلال ميزان العدالة، وهذا الأمر لا يتناقض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ لأن العقود ما شُرعت إلا للتيسير على الناس تحت مظلّة مبدأ العدالة، والعدالة لا تتحقّق إلا بتدخّل القاضي في العقد إذا استدعى الأمر، كما في حالة الظروف الطارئة، أو حصول غبن أو غرر لأحد أطراف العقد، أو في حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وغيرها من الحالات التي ذكرها الفقهاء.

وهذا القسم (التعديل بواسطة القاضي) هو المعني بالدراسة في هذا البحث، وسوف تُخصّص الفصول الرئيسية للبحث بإذن الله تعالى لدراسة أبرز الحالات التي يسوغ للقاضي معها التدخل لإجراء التعديل في العقد.

- **الفرع الثاني**: أقسام تعديل العقد في القانون الوضعي.

بالنسبة للقوانين الوضعية، فثمّة أقسام ثلاثة للتعديل فيها، وذلك على النحو الآتي:

- **القسم الأول: التعديل الاتفاقي:**

وهو الذي يتمّ بناءً على إرادة طرفي العقد كما مرّ في أقسام التعديل في الفقه الإسلامي، والأصل أن تكون هذه الإرادة اتفاقاً بينهما سواء كان هذا الاتفاق معاصراً للعقد الذي ينصبّ عليه التعديل في صورة اتفاق مستقلّ أو في صورة بند يُضمّناه ذلك العقد، أو كان اتفاقاً لاحقاً

لإنشاء العقد بحيث يبيح لهما معاً أو لأحدهما خلال فترة معينة أو في ظرف معين إجراء تعديل أو تعديلات معينة في موضوع العقد، أو يُخوّلا بموجب هذا الاتفاق الذي قد يكون لاحقاً لإنشاء العقد غيرهما كالمحكّم أو القاضي إجراء ما يريانه من تعديل في موضوعه أو حتى نقْضِه.

وهذا ليس فيه أيّ مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، بل هو أمر طبيعي ونتيجة مباشرة لذلك المبدأ، وقد ورد النّصّ عليه صراحة في المادة (١٤٨) من القانون السوري والمادة (١٤٧) من القانون المصري، حيث نصّت المادتان على (أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّرها القانون).

ومن المعلوم أن أحداً من المتعاقدين لا يجوز له بمفرده نقْض العقد ولا تعديله؛ لأنه وليد إرادتين، وما تُبرمه إرادتان لا تحلّه إرادة واحدة[1].

- **القسم الثاني: التعديل التّشريعي:**

وهذا النوع من التعديل لا يستند إلى إرادة المتعاقدين أو اتفاقهما، بل يتمّ رغماً عنهما وخلافاً لما اتفقا عليه، ويتمّ عادة بصدور تشريع يُقرّره.

*** ويمكن ردّ تدخّل المشرّع في العلاقة العقدية بالتعديل إلى طائفتين:**

➢ **الأولى:** تدخّل المشرّع في مدة العقد، كأن يمدّ مدة العقد المتفق عليها من قبل الأطراف والتي كانت من المفترض انتهاء العلاقة العقدية بانقضائها، كالنصّ على امتداد فترة إيجار الأراضي الزراعية لمدة يحدّدها؛ استجابة لمقتضيات الصالح العام.

➢ **والطائفة الثانية:** أنه يتدخّل في تحديد مبلغ الأداء المالي الذي يلتزم به أحد المتعاقدين، ومن أمثلة ذلك: تحديد المشرّع الأجرة في الأراضي الزراعية بسبعة أمثال الضريبة، وتدخّله لإنقاص سعر الفائدة المتفق عليها حتى في العقود السارية وقت صدوره[2].

---

(١) سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، محمد علي الخطيب: ص ١٨-١٩.

(٢) ينظر: القوة الملزمة للعقد، وليد صلاح رمضان: ص ٥٩٢-٥٩٣، وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، محمد علي الخطيب: ص ٢٠.

- **القسم الثالث: التعديل القضائي:**

لقد تقدّم في أقسام التعديل في الفقه الإسلامي أن هذا النوع يكون مصدره القاضي، إذ يجريه بمناسبة نزاع مطروح عليه بموجب طلب من أحد طرفي العقد، وهو الطرف المتضرّر في هذا العقد.

وتُجمع التشريعات الوضعية على أن هذا النوع من التعديل لا يكون من دون تفويض صريح من القانون الوضعي بفروعه المختلفة يخوّل القاضي بموجبه سلطة تقديرية واسعة، وهذه السلطة تتقرّر بموجب نص صريح خاص أو عام، كنظرية الظروف الاستثنائية، والغرض منها إعادة التوازن العادل للالتزامات المنصوص عليها في العقد.

ويُميّز الفقه القانوني بين التعديل القضائي والتعديل التشريعي بمدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، فإذا وجِدت كان التعديل قضائياً، أما إذا كان مقيّداً في ذلك فإن التعديل يكون تشريعياً؛ إذ التعديل بواسطة التشريع قد لا يتسنى تحقيقه في كل وقت، ولذلك كان لابد من وساطة القاضي[1].

تلك هي أقسام التعديل الذي ينصبّ على العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وبعد الانتهاء من بيان وتوضيح أبرز المفردات التي يرتكز عليها هذا البحث اتّضح أن المراد بسلطة القاضي في تعديل العقود المالية: هو وجود حكمٍ ملزمٍ صادرٍ عن القاضي، مستندٍ إلى الشرع، قاطعٍ للنزاع بين المتعاقدين.

وبناء على ذلك فإن مناط البحث سيدور بإذن الله تعالى حول مظاهر هذه السلطة الممنوحة للقاضي وضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لاسيما القانونين السوري والمصري.

وبهذا يُختتم الحديث في مباحث الفصل التمهيدي الذي استُهلّ به هذا البحث كمنطلق نحو دراسة مسائله التفصيلية، والله تعالى أسأل التوفيق والسداد.



(١) سلطة القاضي في تعديل العقد، الخطيب: ص ٢١.

الفصل الأول:

سلطة القاضي

في تعديل العقد

بسبب الغبن والاستغلال

الفصل الأول

لقد سبق الحديث في الفصل التمهيدي لهذا البحث عن مبدأ يُعدّ الركيزة الأساسية في أحكام العقود في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية على حد سواء، وهو مبدأ الإرادة؛ إذ إن العاقد لا يبرم عقداً من العقود إلا بناءً على توجُّه إرادته نحو ذلك العقد، فلا يمكن الحكم على صحة أيّ عقد بمنأى عن إرادة عاقديه.

فإذا سلمت إرادة طرفي العقد، واتّجها بناء على ذلك نحو إبرام العقد برضاهما، واستوفى العقد شروطه وأركانه التي وضعها الشرع، اكتسب قوّته الملزمة بعد ذلك، ولم يسُغ لأحد أن يتدخّل بنقض ذلك العقد أو تعديله.

بيد أن تلك الإرادة لا تسلم دائماً من بعض الشوائب التي قد تعكّر صفوها، وتؤدي إلى خلل في حقوق أحد أطراف العقد أو التزاماته، فبات من مقتضى مبدأ العدالة الذي أرست دعائمه أحكام الشريعة الإسلامية ونصّت عليه معظم التشريعات الوضعية كذلك، أن يتدخّل القاضي في العقد بتعديل ذلك الخلل وإعادة الحق إلى نصابه.

وهنا تبرز مشكلة جسيمة لا يسلم منها كثير من العقود وتُعدّ شائبة من شوائب الإرادة، وهي مشكلة الغُبن، تلك المشكلة التي تمسّ بمبدأ العدالة وتُفقد الثقة بين أطراف العقد مما قد يسبّب الخلاف فيما بينهم.

من هنا حرصت الشريعة الإسلامية وجلّ التشريعات الوضعية على التّصدّي لتلك المشكلة وذلك من خلال منح القاضي سلطة التّدخل إلى حد معين في كل عقد شابه غبن أو استغلال.

وبناء على ذلك سيتناول هذا الفصل بإذن الله موضوعَي الغبن والاستغلال بتوضيحهما وبيان صورهما ومدى سلطة القاضي في تعديل عقدٍ شابَه أحدهما، وذلك من خلال توزيعه على مبحثين:

- **المبحث الأول**: الغبن وأنواعه ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه.
- **المبحث الثاني**: الاستغلال وصوره وشروطه ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه.



المبحث الأول:

الغبن وأنواعه ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه

*** ستتم دراسة مشكلة الغبن في هذا المبحث بإذن الله تعالى من خلال المطالب الآتية:**

- المطلب الأول: تعريف الغبن لغةً واصطلاحاً والألفاظ المتعلقة به.
- المطلب الثاني: أنواع الغبن ومعيار التفرقة فيما بينها.
- المطلب الثالث: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن.
- المطلب الرابع: نماذج لأمثلة وتطبيقات متعلّقة بالغبن.



المطلب الأول:

تعريف الغبن لغة واصطلاحاً والألفاظ المتعلّقة به

* **سيتم التّطرّق لهذا المطلب في فرعين:**

- **الفرع الأول**: تعريف الغبن لغة واصطلاحاً.
- **الفرع الثاني**: الألفاظ المتعلّقة بالغبن.

- **الفرع الأول**: تعريف الغبن لغة واصطلاحاً

• **أولاً: تعريف الغبن لغة**

غَبَنْتَ رأيك: أي نسيتَه وضيّعتَه، غَبَن الشيء وغبن فيه غبناً نسيه وأغفله وجهله.

والغَبن ضعف الرأي، يقال: في رأيه غَبن، ورجل غَبين ومغبون في الرأي والعقل والدين.

والغَبن في البيع والشراء: الوَكَس، غَبَنَه يَغْبِنه غُبناً: أي خَدَعَه[1].

فاتّضح مما سبق، أن الغبن في البيع يأتي بمعنى النقص أو الخداع، وفي الرأي بمعنى الغفلة والنسيان.

• **ثانياً: تعريف الغَبن اصطلاحاً:**

سأعرض لتعريف الغَبن في الاصطلاحين الفقهي والقانوني، وأبدأ بتعريف الغَبن في الاصطلاح الفقهي:

- **تعريف الغَبن في الاصطلاح الفقهي:**

- جاء في «البحر الرائق»: (والمراد بالتّغابن الخداع، فقولهم: لا يتغابن الناس فيه معناه: لا يخدع بعضهم بعضاً لفُحشه وظهوره، وقولهم: يتغابن الناس فيه: أي يخدع بعضهم بعضاً لقلّته)[2].

(١) لسان العرب، ابن منظور: ١٣/ ٣٠٩- ٣١٠، باب (غبن)، والقاموس المحيط، الفيروزآبادي: ص ١٥٧٣، ومعجم مقاييس اللغة، ابن فارس: ٤/ ٤١١، والمصباح المنير، الفيومي: ٢/ ٤٤٢.

(٢) البحر الرائق، ابن نجيم الحنفي: ٧/ ١٦٩.

- وفي «مواهب الجليل»: الغَبن هو (بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، أو اشتراها كذلك)[1].

- ومما ورد في تعريفه لدى الفقهاء المعاصرين: (أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر)[2].

- **ويرى الباحث** إضافة قيد «الفُحش» على التعريف الأخير حتى يكون مانعاً؛ ذلك لأن المقصود بالكلمة لدى إطلاقها هو الغبن الفاحش، حيث إن الغبن اليسير لا يتحقق فيه معنى الخداع المنهي عنه كونه مما جرت العادة بوقوعه بين الناس ويصعب الاحتراز عنه، فيصبح التعريف كالآتي:

الغبن هو: (أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر بشكل فاحش) وبذلك خرج الغبن اليسير من التعريف.

فيُلحظ مما سبق مدى التقارب بين المعنيين اللغوي والفقهي للغبن؛ حيث يدور المفهوم الفقهي للغبن في العقود المالية حول معنى الخديعة والنقص في أحد العوضين.

- **تعريف الغبن في الاصطلاح القانوني:**

لقد عرّف القانونيون الغبن بأنه: الضرر المالي الذي يُسبّبه العقد للعاقد من عدم تعادل قيمة الأداءين، أو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذ.

فهو بذلك لا يُتصوّر إلا في المعاوضات المحددة، فلا يكون في عقود المعاوضة الاحتمالية؛ لأن الغبن من طبيعة هذه العقود، كما أنه لا يكون في التبرعات؛ لأن العاقد فيها يعطي ولا يأخذ، كما أن الغبن لدى القانونيين يُقاس بمعيار مادي فيُنظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، أي القيمة بحسب سعر السوق[3].

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: ٤/ ٤٦٨-٤٦٩، أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي الحطاب، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/ ٢٢١، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٤، د.ت.

(٣) محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٢١٧- ٢١٨، وشرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار: ص١١٣.

وبذلك يتّضح مفهوم الغبن لغة وفي الاصطلاحين الفقهي والقانوني، ويظهر عدم وجود اختلاف جوهري بين تلك المعاني؛ إذ تدور جميعاً حول معنى النقص وعدم التعادل بين العوضين في الالتزامات المالية المحدّدة، كالبيع والشراء والإجارة ونحو ذلك من العقود التي تحتمل الغبن.



▪ **الفرع الثاني**: الألفاظ المتعلّقة بالغبن

ثمة ألفاظ لها صلة بموضوع الغبن، أعرض فيما يأتي لتعريفها بشكل موجز قبل بيان الأحكام التفصيلية للغبن، وأهمها: التَّغرير، والتَّدليس، والخِلابة.

• **أولاً: التَّغرير:**

➢ **التَّغرير لغة:** غَرّه يغرّه غرّاً وغروراً فهو مغرور وغرير، أي خدعه وأطمعه بالباطل، والغَرَر الخطر، والتَّغرير: حمل النفس على الغَرَر، وفي قولهم: غَرّ فلانٌ فلاناً أي عرّضه للهلكة والبوار[1].

➢ **والتغرير في الاصطلاح الفقهي:**

جاء في «مواهب الجليل» تعريف التغرير الفعلي: (أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظنّ به المشتري كمالاً فلا يوجد)[2].

فيلحظ من هذا التعريف أنه من باب تعريف الشيء بتعريف أحد أنواعه، فهو تعريف للتَّغرير الفعلي أحد أنواع التَّغرير، **ومما ورد في تعريفه لدى المعاصرين:**

(التغرير: حمل العاقد على معاوضة بطريقة باطلة تجعله يظنّ أنها في مصلحته، وتُرغّبه فيها، والواقع غير ما يظن)[3].

---

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٥/ ١١-١٤، وينظر: مختار الصحاح، الرازي: ١/ ١٩٧، وتهذيب اللغة، الأزهري: ٨/ ١٧، والمصباح المنير، الفيومي: ٢/ ٤٤٥.

(٢) مواهب الجليل، الحطاب: ٤ / ٤٣٧- ٤٣٨.

(٣) أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف: ص ٣٥٦.

ومن تعريفات المعاصرين كذلك: (التغرير: الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه)[1].

فمما سبق يتّضح أن المعنى الاصطلاحي للتغرير لا يختلف عن معناه اللغوي الذي يدور حول الخديعة والإغراء بالباطل، وأن للتَّغرير نوعين أساسيين: تغرير قولي وتغرير فعلي.

- **ثانياً: التَّدليس:**

➢ **التَّدليس لغة:** الدَّلس بالتحريك الظُلمة، وفلان لا يُدالس ولا يُوالس أي لا يخادع ولا يغدر، والمُدَالسة: المخادعة، ودَلَّس في البيع وفي كل شيء: إذا لم يُبيّن عيبه.

والتَّدليس في البيع: كتمان عيب السلعة عن المشتري[2].

➢ **التدليس في الاصطلاح الفقهي:**

وردت عدة تعريفات للتَّدليس عند الفقهاء، منها: (التدليس كتمان عيب السلعة عن المشتري وقت العقد)[3].

ومنها: (دلّس العيب: كتمه عن المشتري مع علمه به، أو غطّاه عنه بما يوهم المشتري عَدَمه، مشتق من الدّلسة: وهي الظلمة) فكأن البائع يستر العيب، وكتمانه جعله في ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به[4].

فمن خلال ما سبق يتّضح مدى التقارب بين معاني التدليس في اللغة والاصطلاح الفقهي؛ إذ تدور كلها حول معنى الخديعة واستعمال الحيل.

---

(١) المدخل الفقهي العام: ١/ ٣٧٩، الشيخ مصطفى الزرقا، دار الفكر، بيروت، د.ط،١٣٧٨هـ-١٩٦٨م.

(٢) لسان العرب، ابن منظور: ٦/ ٨٦، ومختار الصحاح، الرازي: ١/ ٨٧، وتهذيب اللغة، الأزهري: ١٢/ ٢٥٢-٢٥٣، والمصباح المنير، الفيومي: ١/ ١٩٨.

(٣) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: ٢/ ٨٠، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤١٥هـ.

(٤) المغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١١٣.

• **ثالثاً: الخِلابة:**

➢ **الخِلابة لغة:** المخادعة، وقيل الخديعة باللسان، وخالَبَه واختلبه: خادَعَه.

وفي الحديث النبوي الشريف: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل كان يُخدع في بيعه: «إذا بايعْت فقل: لا خِلابة»[1]، أي: لا خِداع[2].

➢ **الخلابة في الاصطلاح الفقهي:**

جاء في كتاب «شرح الفتح القدير»: (والخلابة الخديعة)[3].

وفي كتاب «الفواكه الدواني»: (الخِلابة بكسر الخاء المعجمة واللام المفتوحة المخففة: وهي الكذب في ثمنها أي السلعة إما بلفظ أو كناية)[4].

كما عرفها الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله بقوله: (**الخلابة**: أن يَخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهِمة قولية أو فعلية تَحمله على الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاهما)[5].

فلفظ الخِلابة كما يظهر أعمّ من لفظي التغرير والتدليس؛ لأنها كما تكون بستر العيب قد تكون بالكذب وغيره، وهو اللفظ الذي استخدمه النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق: «إذا بايعت فقل لا خلابة» لتشمل الخلابة بذلك كافة أشكال الخداع والحيلة في كل عقد قابل لحدوث الخديعة فيه[6].

تلك هي أبرز الألفاظ المتعلّقة بموضوع الغبن، ويبدو جليّاً مدى التقارب فيما بينها حول معنى الخديعة والتضليل في المعاوضات.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٤٥، كتاب: البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع، رقم الحديث: ٢٠١١، ومسلم كذلك في صحيحه: ٣/ ١١٦٥، كتاب: البيوع، باب: من يخدع في البيع، رقم الحديث: ١٥٣٣، بلفظ: «من بايعت».

(٢) لسان العرب، ابن منظور: ١/ ٣٦٣- ٣٦٤، مادة خلب.

(٣) شرح فتح القدير، الكمال ابن الهمام: ٦/ ٣٠٠.

(٤) الفواكه الدواني، النفراوي: ٢/ ٨١.

(٥) المدخل الفقهي العام، الشيخ مصطفى الزرقا: ١/ ٤٠٤.

(٦) التغرير وأثره في العقود: ص ٥٥، كفاح الصوري، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، الأردن، ط١، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.

المطلب الثاني:

أنواع الغبن ومعيار التفرقة فيما بينها

* سأعرض في هذا المطلب بإذن الله تعالى لأنواع الغبن كما ذكرها الفقهاء، وكذلك لمعيار التفرقة فيما بينها، وذلك في فرعين كالآتي:

- **الفرع الأول**: أنواع الغبن.
- **الفرع الثاني**: معيار التفرقة بين أنواع الغبن.



- **الفرع الأول**: أنواع الغبن

*** لقد ذكر الفقهاء نوعين للغبن كالآتي**[1]:

- **النوع الأول: الغبن اليسير**:

وهو ما يدخل تحت تقويم المقوّمين، أي تقدير أهل الخبرة من أهل السوق ممن لديهم دراية بأحوال السوق وحركة البيع والشراء، ولا تكاد تخلو منه جلّ المعاملات والعقود، كمن اشترى سلعة بألف ولدى عرضها على المقوّمين قوّمها بعضهم بتسعمائة، وبعضهم بألف، وآخرون بألف ومائة، فهذا السعر يشمله تقويم المقوّمين كما يظهر من المثال؛ ولذلك عُدّ هذا النوع من الغبن يسيراً.

- **النوع الثاني: الغبن الفاحش**:

عكس اليسير، وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين وتقدير الخبراء العارفين بالأسعار، كمن اشترى سلعة بألف فقوّمها بعض المقوّمين بثمانمائة، وبعضهم بسبعمائة، وآخرون بخمسمائة، فهذا السعر لم يشمله تقويم أيّ أحد من المقوّمين؛ ولذلك عُدّ هذا النوع من الغبن فاحشاً.



(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ١٤٣، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦/ ٣٠.

■ **الفرع الثاني: معيار التفرقة بين أنواع الغبن**

* للفقهاء أقوال في المسألة كالآتي:

- فقد قدّر الإمام محمد بن الحسن -صاحب الإمام أبي حنيفة- رحمهما الله تعالى[1] الزيادة القليلة التي يُتغابن في مثلها بنصف العُشر، فقال: إن كانت نصف العُشر أو أقل فهي مما يُتغابن في مثلها، وإن كانت أكثر من نصف العُشر فهي مما لا يُتغابن في مثلها، ونصف العُشر يعني: (٥٪).

- كما قدّر الغبن نصر بن يحيى من الحنفية[2] في العروض التجارية بنصف العُشر (٥٪) وفي الحيوانات بالعُشر (١٠٪) وفي العقار بالخُمس (٢٠٪)[3].

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي نصر بن يحيى، فقد جاء في المادة (١٦٥) منها: (الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العُشر في العروض، والعُشر في الحيوانات، والخُمس في العقار أو زيادة)[4].

---

(١) الإمام أبي حنيفة: هو النعمان بن ثابت الكوفي، الإمام الأعظم، وإليه ينسب المذهب الحنفي، ولد سنة ٨٠هـ، قال الإمام الشافعي رحمه الله: قيل لمالك: هل رأيت أبا حنيفة؟ قال: نعم، رأيت رجلاً لو كلمك في هذه السارية أن يجعلها ذهباً لقام بحجّته. توفي ببغداد سنة ١٥٠هـ. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، القرشي: ١/ ٢٦، والطبقات السنية في تراجم الحنفية: ١/ ٢٤، تقي الدين عبدالقادر التميمي الغزي- د.ن- د.ط- د.ت.

* والإمام محمد بن الحسن: هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صاحب أبي حنيفة، ولي قضاء الرقة للرشيد، من تصانيفه: (كتب ظاهر الرواية الستة) توفي سنة ١٨٩هـ. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، القرشي: ٢/ ٤٢، وتاج التراجم في طبقات الحنفية، العلامة قاسم: ١/ ٢٣٧.

(٢) اسمه كما ورد نصير بن يحيى البلخي، أخذ الفقه عن الجوزجاني عن محمد، توفي سنة ٢٦٨هـ. ينظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص: ٢٣١، أبو الحسنات محمد عبدالحي اللكنوي الهندي الحنفي، ومعه التعليقات السنية للمؤلف، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٢٤هـ.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦/ ٣٠.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ١/ ١١٣، علي حيدر، تحقيق: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

- وفي مذهب السادة المالكية قُدِّر الغبن الفاحش بما زاد على الثُّلث، وقدّره ابن رشد رحمه الله تعالى بالعُشر[1].

- وفي مذهب السادة الشافعية يُرجَع في تقدير الغبن الفاحش إلى العرف[2].

- وعند السادة الحنابلة قول بالثلث وقول بالسدس وقول بالربع، جاء في كتاب «الإنصاف»: (... وقيل: يُقدّر الغبن بالثُّلث... وقيل: يُقدّر بالسُّدس، وقيل: يُقدّر بالرُّبع)[3].

*** تلك هي أبرز الآراء الفقهية الواردة في تقدير الغبن الفاحش وتمييزه عن الغبن اليسير.**

والباحث يرى أن تقدير الغبن الفاحش ممّا يرجع إلى اختلاف العرف والعادة بين الناس في كل زمان بحسبه، كما أن التقدير قد يختلف من سلعة إلى أخرى؛ فلكل سلعة خصوصيّتها في نظر التجار وعموم الناس، فما يّعدّ غبناً فاحشاً بالنسبة إلى سلعةٍ ما، قد لا يُعدّ كذلك بالنسبة إلى سلعةٍ أخرى، والباحث بذلك لم يذهب بعيداً عمّا نصّ عليه عدد من فقهاء المذاهب رحمهم الله تعالى وبيان ذلك كالآتي:

- ففي مذهب السادة الحنفية نصّ الإمام الجصّاص الحنفي رحمه الله تعالى على اختلاف التقدير من سلعةٍ لأخرى، حيث قال معلِّقاً على رأي الإمام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في التقدير: (... ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التّقدير في الأشياء كلّها؛ لأن ذلك يختلف باختلاف السلع، منها ما يُعدّ أقل من ذلك غبناً فيه، ومنها ما لا يُعدّ أكثر من ذلك غبناً فيه)[4].

- وفي مذهب السادة المالكية في أحد الأقوال ما ينصّ على اعتبار العادة في تقدير الغبن، جاء في «مواهب الجليل»: (... وقيل: لا يُحدّ بالثلث ولا بغيره من الأجزاء سوى ما دلّت العادة على أنه غبن)[5].

---

(١) ينظر: القوانين الفقهية: ص ١٧٦، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، د.ن، د.ط، د.ت.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج، الرملي: ٥/ ٣٢.

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: ٤/ ٣٩٤- ٣٩٥، علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦/ ٣٠ نقلاً عن الإمام الجصاص.

(٥) مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٧٢.

- وهذا ما يفهم من مذهب السادة الشافعية كذلك، جاء في كتاب «نهاية المحتاج» في باب الوكالة: (... ولا بغبن فاحش، وهو ما لا يُحتمل غالباً في المعاملة... والأوجه اعتبار العرف المطّرد في كل ناحية بما يُتسامح به فيها)[1].

- وهو معتمد مذهب السادة الحنابلة أيضاً، جاء في كتاب «الإنصاف»: (يرجع الغبن إلى العرف والعادة على الصحيح من المذهب، نصّ عليه وعليه جماهير الأصحاب)[2].

هذا ما يرى الباحث ترجيحه في هذه المسألة استناداً إلى الآراء السابقة في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة.

فخلاصة ما سبق بيانه، أن للغبن نوعين يسير وفاحش، فاليسير ما يدخل تحت تقويم المقوّمين، والفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين، وتقدير اليسير والفاحش يرجع -في الراجح- إلى اعتبار العرف والعادة في كل زمان بحسب ما تعارف عليه أهله، والله تعالى أعلم.

وثمرة الاطّلاع على هذه المسألة - أي أنواع الغبن ومعيار التفرقة فيما بينها- ستظهر في المطلب القادم بإذن الله تعالى لدى إلقاء الضوء على سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن، إذ سيدور محور البحث في ذلك المقام حول أثر الغبن بنوعيه في العقود ومدى سلطة القاضي في التّدخّل فيها بالتعديل أو الفسخ.



(١) نهاية المحتاج، الرملي: ٥/ ٣٢.

(٢) الإنصاف، المرداوي: ٤/ ٣٩٤.

المطلب الثالث:

أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

لقد تقدّم في المطلب السابق بيان نوعي الغبن اليسير والفاحش، وأن الغبن الفاحش قد يصحبه التغرير وقد لا يصحبه، ونصل بذلك إلى المسألة الأهم في هذا المبحث والتي تمس صميم البحث، وهي آراء الفقهاء في أثر الغبن بنوعيه في العقود، لمعرفة مدى السلطة التي يسوغ للقاضي من خلالها تعديل العقود التي شابَها الغبن.

* **وسيتم عرض المسألة بإذن الله تعالى في فرعين:**

- **الفرع الأول**: أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.
- **الفرع الثاني**: أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.



- **الفرع الأول**: أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله

* **يشمل الحديث في هذا الفرع مسألتين:**

۞ **المسألة الأولى**: آراء الفقهاء في أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.

۞ **المسألة الثانية**: الاستثناءات الواردة على أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.



۞ **المسألة الأولى**: آراء الفقهاء في أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله

تقدّم في المطلب السابق أن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقوّمين، أي تقدير أهل الخبرة ممن لديهم دراية بأحوال السوق، كمن اشترى سلعة بتسعة دراهم فقوّمها بعضهم بعشرة، وبعضهم بتسعة، وآخرون بثمانية.

والغبن اليسير قلَّما يخلو منه عقد من العقود، وتختلف أنظار الناس حوله، فقد يُعدّ غبناً في نظر بعضهم، ولا يُعدّ كذلك في نظر آخرين، وقد جرت العادة بين الناس في التسامح في مثل هذه الأمور؛ لذا فإن فقهاء المذاهب لم يقفوا مليّاً عند هذا النوع من الغبن، وعدّوه من الأمور التي يعسر الاحتراز عنها، وبالتالي فإن لحق الغبن اليسير عقداً ما فإنه يُغتفر فيه ويُعدّ ذلك العقد سارياً لا شائبة فيه، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء[1].

كما أن الناس لا يكاد يمرّ عليهم يوم دون أن يبرموا فيه ما يحتاجون من عقود، فإن لم يجرِ التسامح بينهم فيما يقع فيها من غبن يسير، لنالهم بسبب ذلك ضيق شديد، وربما أدى الأمر إلى تعطّل معاملاتهم والإضرار بحاجاتهم.

وبناء على ذلك فإن القاضي لا يملك سلطة تعديل العقود التي لحقها غبن يسير؛ حفاظاً على رابطة العقد وقوّته المُلزِمة لأطرافه من أن تُمَسّ بدون مسوّغ شرعي، كما تقدّم في مباحث التمهيد لدى الحديث عن مبدأ القوّة الملزِمة للعقد أن القاضي -بناء على هذا المبدأ- لا يملك سلطة التّدخل في العقد بتعديل أو نحوه إلا إذا وُجد المسوّغ الشرعي لذلك، والغبن اليسير -كما نصّ الفقهاء- لا يُعدّ مبرّراً قويّاً ولا مسوّغاً شرعياً لتدخّل القاضي.

۞ **المسألة الثانية**: الاستثناءات الواردة على أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله

بقي أن أشير إلى أن السادة الحنفية استثنوا بعض الحالات التي يؤثّر فيها الغبن اليسير في العقد دفعاً للتّهمة، وهي:

١) تصرّف المدين المحجور عليه بسبب دَينه المستغرِق لماله ببيع أو شراء، فإن باع أو اشترى بغبن يسير كان للدائنين حق فسخ العقد، أو طلب إزالة الغبن من المتعاقد الآخر؛ لأن تصرّف المدين المحجور عليه موقوف على إجازة الدائنين.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦/ ٣٠، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٦٩، ونهاية المحتاج، الرملي: ٥/ ٣٢، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ١٤٩.

٢) تصرّف المريض مرض الموت ببيع أو شراء بغبن يسير، فحكمه كالسابق يتوقّف على إجازة الدائنين أو الورثة، فلهم فسخ العقد بعد موته، أو طلب إزالة الغبن.

٣) تصرّف الوكيل بالبيع لمن لا تجوز شهادته له دفعاً للتّهمة.

٤) بيع الوصيّ شيئاً من أموال اليتيم بغبن يسير لمن لا تجوز شهادته له[1].

وبناء على الاستثناءات السابقة التي نصّ عليها السادة الحنفية من الأصل العام- وهو عدم الاعتداد بالغبن اليسير في العقود- فإن للقاضي سلطة التّدخّل في تلك العقود المستثناة إما بتعديلها بإزالة الغبن عنها، أو بفسخها إن لم يتسنّ إزالة الغبن عنها.

تلك هي أهم النقاط المتعلقة بالغبن اليسير استناداً إلى ما ذكره فقهاء المذاهب، ولننتقل بعد ذلك إلى آرائهم في أثر الغبن الفاحش في العقود في الفرع الآتي.

▪ **الفرع الثاني**: أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله

تقدّم في المطلب السابق أن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين وتقدير الخبراء العارفين بالأسعار، كمن اشترى سلعة بمائة درهم فقوّمها بعضهم بثمانين، وبعضهم بسبعين، وآخرون بخمسين، فالغبن ههنا فاحش؛ لأن السعر لم يشمله تقويم أحدٍ من المقوّمين.

والفقه الإسلامي يحوي العديد من الآراء في مسألة الغبن الفاحش؛ لأن الفقهاء رحمهم الله تعالى ميّزوا بين نوعين من الغبن الفاحش، هما الغبن الفاحش المجرّد عن التغرير، والغبن الفاحش المصاحب للتغرير، ونظراً لأهمية المسألة وتعدُّد الآراء فيها سيتمّ بيان رأي كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة على حدة؛ ليتسنّى -بناء على ذلك- معرفة مواضع الاتفاق والاختلاف فيما بينها بشكل أدقّ وأكثر وضوحاً، وصولاً إلى ما يراه الباحث راجحاً في المسألة، **وذلك يشمل خمس مسائل على النحو الآتي:**

---

(١) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم الحنفي: ٧/ ١٦٩، والفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: ٥/ ٦٢، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤١١هـ- ١٩٩١م.

۞ **المسألة الأولى**: رأي السادة الحنفية في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.

۞ **المسألة الثانية**: رأي السادة المالكية في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.

۞ **المسألة الثالثة**: رأي السادة الشافعية في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.

۞ **المسألة الرابعة**: رأي السادة الحنابلة في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.

۞ **المسألة الخامسة**: تحرير آراء المذاهب الفقهية الأربعة في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله وأدلتهم وترجيح الباحث.

ꕥ ꕥ

۞ **المسألة الأولى**: رأي السادة الحنفية في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله:

تعدّدت الآراء ضمن مذهب السادة الحنفية في أثر الغبن الفاحش في العقد بنوعيه المجرّد عن التغرير والمصاحب له، وبعد إمعان النظر في نصوصهم اتّضح أن لهم ثلاثة آراء في مسألة «أثر الغبن الفاحش في العقد» كالآتي:

الرأي الأول: لبعض فقهاء المذهب مفاده أن للغبن الفاحش أثراً في العقد سواء صحبه تغرير أو لم يصحبه[1].

(١) البحر الرائق، ابن نجيم الحنفي: ٦/ ١٢٦، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ٧٩، وحاشية ابن عابدين وأصلها: ٥/ ١٤٣، وممن أفتى بهذا الرأي أبو بكر الزّرنجري، وهو شمس الأئمة أبو بكر محمد الزرنجري، من قرى بخارى (زرنجر) برع في الفقه، وكان يُضرب به المثل في حفظ مذهب الإمام أبي حنيفة، توفي سنة ٥١٢هـ. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، القرشي: ٢/ ٥٦١.

وبناء على هذا الرأي، فإن للقاضي سلطة التّدخّل في العقد بمجرد وقوع الغبن الفاحش فيه مطلقاً وذلك من خلال منْح المتعاقد المغبون الخيار بين طلب تعديل العقد بإزالة الغبن عنه أو طلب فسْخه.

الرأي الثاني: جاء في ظاهر الرواية أنه لا أثر للغبن الفاحش في العقد سواء صحبه تغرير أو لم يصحبه، وبه أفتى بعض الفقهاء المتقدمين في المذهب[1].

وبناء على هذا الرأي، ليس للقاضي سلطة التّدخّل في العقد الذي شابه غبن فاحش بتعديلٍ أو فسخٍ مطلقاً سواء صحب الغبنَ تغريرٌ أو لم يصحبه؛ وذلك بسبب تقصير المغبون في معرفة الغبن الذي وقع عليه.

الرأي الثالث: إن للغبن الفاحش أثراً في العقد إن صحبه تغرير، أما إن تجرّد عن التغرير فلا أثر له حينئذ في العقد، ففي عقد البيع مثلاً، إن ظهر أن البائع غرّ المشتري في العقد بأن قال له: قيمة متاعي كذا، أو قال: متاعي يساوي كذا، فاشترى بناء على ذلك، ثم ظهر الأمر بخلاف ما قاله البائع، فإن للمشتري الحقّ في ردّ العقد بسبب التغرير من البائع، أما إن لم يقل البائع مثل ذلك، ولم يلجأ إلى طرق أخرى في التغرير، فليس للمشتري حينئذ ردّ العقد بالغبن الفاحش؛ لانتفاء التغرير[2].

وبناء على هذا الرأي، فإن للقاضي سلطة التّدخل في العقد الذي شابه غبن فاحش مصحوب بالتغرير وذلك من خلال منْح المتعاقد المغبون المغرّر به حقّ الخيار بين طلب تعديل العقد بإزالة الغبن عنه، أو طلب فسْخه.

أما إن تجرّد الغبن الفاحش عن التغرير فلا سلطة للقاضي حينئذ في التّدخّل في العقد بتعديلٍ أو فسخ.

---

(١) البحر الرائق، ابن نجيم الحنفي: ٦/ ١٢٦، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ٧٩، وحاشية ابن عابدين وأصلها: ٥/ ١٤٣، وممن أفتى بهذا الرأي أبو بكر الزّرنجري.

(٢) المراجع نفسها.

وقد وضّح الفقيه الحنفي ابن عابدين[1] رحمه الله تعالى هذه الآراء، حيث سلك سبيل التوفيق بين تلك الآراء للوصول إلى الرأي المعتمد في المذهب، داعماً كلامه بالبراهين المؤيدة له، فقد استحسن أن يكون الخلاف المُفترَض بين فقهاء المذهب لفظياً بأن يُحمل الرأيان الأول والثاني على مدى مصاحبة الغبن للتغرير، فمن أفتى بردّ العقد بالغبن الفاحش يُحمل كلامه على أن الغبن الفاحش صحِبه تغرير، ومن أفتى بعدم الرّدّ بالغبن الفاحش يُحمل كلامه على انتفاء التغرير.

وقد بنى -رحمه الله تعالى- كلامه هذا على أن الرأيين الأول والثاني لم يُشر فيهما إلى الإطلاق، أي أن من قال بردّ العقد بالغبن الفاحش لم ينص على الإطلاق في كلامه، وكذلك الرأي الثاني المنسوب إلى ظاهر الرواية لم يُنص فيه على أن العقد لا يُردّ بالغبن الفاحش مطلقاً، فدلّ على أنه لا منافاة بين هذين الرأيين وبين الرأي الثالث الذي ارتأى التفصيل في المسألة من حيث وجود التغرير وعدمه.

وبناء على هذا التوفيق بين الآراء في المسألة فقد ارتأى الفقيه ابن عابدين أن يُفتى فيها بناء على التفصيل المذكور في الرأي الثالث؛ حيث حَمَل رحمه الله تعالى ما ورد في ظاهر الرواية على هذا التفصيل حيث قال: (... وحيث كان ظاهر الرواية محمولاً على هذا القول المُفصّل يكون هو ظاهر الرواية؛ إذ لم يذكروا أن ظاهر الرواية عدم الرّدّ مطلقاً حتى ينافي التفصيل، فلذا جزم في التحفة بحمله على التفصيل، وحينئذ لم يبق لنا إلا قول واحد هو المُصرّح بأنه ظاهر الرواية وبأنه المُفتى به وبأنه الصحيح، فمن أفتى في زماننا بالرّدّ مطلقاً فقد أخطأ خطأً فاحشاً؛ لما علمت من أن التفصيل هو المُصحّح المُفتى به، ولاسيما بعد التوفيق المذكور)[2].

فخلاصة القول في المعتمد والمُفتى به في مذهب السادة الحنفية- بناء على ما أورده العلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى- أن للغبن الفاحش أثراً في العقد إن صحبه تغرير من أحد

(١) هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، من أهم تصانيفه: (رد المحتار على الدر المختار) و(نسمات الأسحار شرح المنار) توفي في دمشق سنة ١٢٥٢هـ. ينظر: هدية العارفين، إسماعيل باشا البغدادي: ٦/ ٣٦٨، والأعلام، الزركلي: ٦/ ٤٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ١٤٣.

المتعاقدين للعاقد الآخر، ومن ثَمّ يسوغ للقاضي من خلاله التّدخّل في العقد بمنح المتعاقد المغبون والمُغرّر به الخيار بين طلب تعديل العقد بإزالة الغبن عنه، أو طلب فسخه؛ استدلالاً بمسألة المرابحة، أي بما إذا خان في المرابحة، فذلك تغرير يثبت به الرّدّ، وهو كافٍ في نقْض لزوم العقد؛ لأن الخيانة لا مُسوّغ لها في الشرع مهما كانت الظروف والأحوال، وأما إن تجرّد الغبن الفاحش عن التغرير فلا أثر له حينئذ في العقد، ولا يملك القاضي حينها سلطة التّدخّل في العقد بتعديلٍ أو فسخ؛ لأن ذلك حصل بتقصير من المتعاقد المغبون الذي لم يتحرَّ الأمر جيداً، وعقود المعاوضات تمتاز بأنها عقود لازمة في أصلها، فلا يتغيّر لزومها بسبب تقصير المغبون[1].

- هذا هو معتمد السادة الحنفية والمُفتى به عندهم وحججهم عليه.

بقي أن أشير إلى أن السادة الحنفية نصّوا على أن العقد يُردّ بالغبن الفاحش وإن لم يصحبه تغرير إن تعلّق بأموال بيت المال أو الوقف أو اليتيم ومن في حكمه كالصغير والمحجور عليه لجنون أو سفه[2].

جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (٣٥٦) منها: (إذا وُجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وُجد الغبن وحده في مال اليتيم فلا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم)[3].

فللقاضي في تلك الحالات سلطة التّدخّل في العقد بتعديله ورفع الغبن عنه أو بفسخه؛ حمايةً لمصلحة اليتيم، وحفاظاً على أموال الوقف وبيت المال.

۞ **المسألة الثانية:** رأي السادة المالكية في أثر الغبن الفاحش في العقد، ومدى سلطة القاضي في تعديله

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ١٤٣.

(٢) ينظر: رسائل ابن عابدين: ٢/ ٧٤، محمد أمين عابدين، رسالة تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير، نسخة قديمة د.ن- د.ط- د.ت.

(٣) مجلة الأحكام العدلية: ١/ ٧٠- ٧١.

* **للسادة المالكية تفصيل في المسألة من خلال الحالات الآتية:**

الحالة الأولى: إن الغبن الفاحش يؤثّر في لزوم العقد إذا كان المغبون عاقداً عن غيره في بيع أو شراء، كالوكيل والوصي إذا باع أحدهما ما لا يتغابن به الناس، وحدّده بعض فقهاء المذهب بالثّلث، وذهب آخرون إلى أن غبن الوكيل والوصي ما نقص عن القيمة نقصاً بيّناً وإن لم يبلغ الثّلث، والحكم نفسه ينطبق على أموال بيت المال.

جاء في «حاشية الدسوقي»: (ولا يُردّ المبيع بغبن، أي ما لم يكن البائع بالغبن أو المشتري به وكيلاً أو وصيّاً، وإلا رُدّ ما صدر منهم من بيع أو شراء.... وهل يتقيّد الغبن في بيع الوكيل والوصيّ بالثّلث كالغبن في بيعهما ما لأنفسهما، أو لا يتقيّد به بل ما نقص عن القيمة نقصاً بيّناً أو زاد عليها زيادة بيّنة وإن لم يكن الثّلث، قال ابن عرفة: وهو الصواب، وهو مُقتضى الروايات في المدوّنة)[1].

ففي هذه الحالة وبناء على ما رجّحه ابن عرفة[2] رحمه الله تعالى يملك القاضي سلطة التّدخل في العقد بتعديله وإزالة الغبن عنه، فيحكم بأن يرجع الموكّل أو الموصى عليه على المشتري بما وقع الغبن به وإزالة ذلك الغبن، فإن تعذّر الرجوع على المشتري رجعا على البائع وهو الوكيل والوصي بذلك، هذا إن كان العقد عقد بيع، فإن كان عقد شراء حكم القاضي برجوع الموكّل أو الموصى عليه على البائع بما وقع الغبن به، فإن تعذّر الرجوع على البائع رجعا على المشتري، وهو الوكيل والوصي[3].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٠، وينظر: مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٧٢، والتاج والإكليل لمختصر خليل: ٤/ ٤٦٨، أبو عبدالله المواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.

(٢) هو أبو عبدالله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، عالم بالفقه والأصول، من تصانيفه: (المختصر) في الفقه المالكي، و(مختصر الحوفي) في الفرائض، توفي سنة ٨٠٣هـ. ينظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ص ٣٣٧، وشجرة النور الزكية، محمد بن مخلوف: ص ٢٢٧.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٠.

الحالة الثانية: إذا وقع في العقد غبن فاحش من أحد المتعاقدين وعلم به المتعاقد الآخر ورضيه، فلا يُردّ به العقد حينئذ؛ لأن الأمر بات واضحاً بالنسبة إليه ومع ذلك ارتضاه، فلا أثر له في العقد[1].

ففي هذه الحالة لا يملك القاضي سلطة التّدخّل في العقد بتعديلٍ أو فسخ، ويَمضي العقد بناء على الاتفاق المُبرم بين المتعاقدين بغضّ النظر عن الغبن الذي شابَه؛ لرضا المتعاقد المغبون به، وذلك شأنٌ عائدٌ إليه فلا يسوغ لأحدٍ التّدخّل فيه.

الحالة الثالثة: حالة الاسْترسال والاستِئمان:

المُسْتَرسِل: هو المتعاقد الذي يخبر الآخر بجهله بالثمن، فإن كان مشترياً يقول: بعني كما تبيع الناس فإني لا أعلم الثمن، وإن كان بائعاً يقول: اشترِ مني كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة، وفي الاستئمان كأن يقول: ما قيمة هذه السلعة حتى أشتريها أو أبيع بها؟ فيقول له: كذا وكذا.

فقد نصّ جلّ فقهاء المذهب على أن الغبن الفاحش في حالتي الاسترسال والاستئمان يؤثّر في العقد، فإن أخبر أحد المتعاقدين الآخر بجهله بالثمن أو استأمنه فكذب عليه، فإن له ردّ العقد بناء على ذلك[2].

وبناء على القول المعتمد في المذهب في حالتي الاسترسال والاستئمان، فإن للقاضي سلطة التّدخّل في العقد إن شابه غبن فاحش في تلك الحالتين وذلك إما بفسخ العقد أو تعديله بإزالة الغبن الذي لحِقه؛ لرفع الضرر عن المسترسل الجاهل بالأسعار وأحوال السوق.

الحالة الرابعة: فيما عدا الحالات السابقة، لا أثر للغبن في العقد ولو كان فاحشاً أو خارجاً عن مُعتاد العقلاء، جاء في «حاشية الدسوقي» وأصلها الشرح الكبير: (ولا يُردّ المبيع بغبن ولو خالف العادة)[3]، أي لا يُعتدّ بالغبن بالغاً ما بلغ إن كان المتعاقد من أهل الرشاد والبصر بأحوال السوق، ويمضي العقد حتى لو ثبت أن السلعة بيعت بأضعاف ثمنها الحقيقي.

---

(١) ينظر: مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٧١.

(٢) ينظر: التاج والإكليل، المواق: ٤/ ٤٦٨، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٤١.

(٣) حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٠، وينظر: مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٧٢.

* وقد استدلّ السادة المالكية للمشهور في المذهب وهو عدم ردّ العقد بالغبن الفاحش إلا في حالتي الاسترسال والاستئمان:

- بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يبع حاضر لِباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[1].

- وبقوله صلى الله عليه وسلم: «غبن المسترسل ظلم»[2].

فهذان دليلان على أنه لا غبن في غير المسترسل، وما لم يكن فيه ظلم فهو حق لا يجب القيام به، والحكم نفسه ينطبق على حالة الاستئمان أيضاً.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: ٣/ ١١٥٧، من حديث جابر رضي الله عنه، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم الحديث: ١٥٢٢.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه: ٥/ ٣٤٩، باب: ما ورد في غبن المسترسل، رقم الحديث: ١٠٧٠٧، عن جابر بن عبدالله وأنس بن مالك رضي الله عنهما بلفظ: «غبن المسترسل ربا»، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٨/ ١٢٦، باب: أحاديث مكحول الشامي عن أبي أمامة، رقم الحديث: ٧٥٧٦، بلفظ: «غبن المسترسل حرام»، المعجم الكبير، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، تحقيق: حمدي السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل، ط٢، ١٤٠٤هـ- ١٩٨٣م. قال الهيثمي رحمه الله: رواية أبي أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «غبن المسترسل حرام»، رواه الطبراني في الكبير وفيه موسى بن عمير الأعمى وهو ضعيف جداً. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ٤/ ٧٦، وقال الحافظ المناوي: «غبن المسترسل حرام» عن أبي أمامة بإسناد ضعيف، و«غبن المسترسل ربا» البيهقي عن أنس بإسناد فيه متهم، وعن جابر بن عبدالله وعلي بإسناد جيد. ينظر: التيسير بشرح الجامع الصغير: ٢/ ١٦٠، الحافظ زين الدين عبدالرؤوف المناوي، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، ط٣، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م، وقال أبو الفضل العراقي: حديث «غبن المسترسل حرام» الطبراني من حديث أبي أمامة بسند ضعيف، والبيهقي من حديث جابر بسند جيد وقال (ربا) بدل (حرام).

ينظر: المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار: ١/ ٤٢٦، الحافظ العراقي، أبو الفضل زين الدين عبدالرحيم بن زين العراقي، تحقيق: أشرف عبدالمقصود، مكتبة طبرية، الرياض، ط١، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

فالحاصل أن هذا الحديث لم أجده بلفظ: «غبن المسترسل ظلم»، وإنما ورد بلفظَي: حرام وربا، وقد سبق سرد كلام العلماء في رواياته. والله أعلم.

وقال ابن عبدالسلام[1]: ظاهر الأحاديث يدل على صحة المشهور؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث جابر[2] في الجمل الذي باعه منه وقد ساوَمَه أولاً: «تبيعه بدرهم؟ فقال: لا، ثم ثبت في الصحيح أنه باعه بخمس أواق على أن له ظَهره إلى المدينة»[3].

وقد قال ابن رشد نقلاً عن ابن دحون[4] ردّاً على من ذهب إلى ردّ العقد بالغبن في غير حالة الاسترسال ومثلها الاستئمان: كيف يُفسخ البيع للغبن وذلك جائز بين كلّ متبايعين، إلا ما خصّته السنة بالرّدّ[5].

- تلك هي أبرز أدلة الرأي المشهور في المذهب.

وثمة رأي في المذهب عُزي إلى ابن القصّار[6] مفاده:

---

(١) هو محمد بن عبدالسلام بن يوسف، من فقهاء المالكية، كان إماماً حافظاً عالماً بالحديث، من تصانيفه:(شرح جامع الأمهات لابن الحاجب) في الفقه، توفي سنة ٧٤٩هـ. ينظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ص ٣٣٦، والأعلام، الزركلي: ٧/ ٧٦.

(٢) هو جابر بن عبدالله بن عمرو بن حرام الأنصاري، صحابي شهد بيعة العقبة، وغزا مع النبي صلى الله عليه وسلم ١٩ غزوة، أحد المكثرين من الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم، توفي بالمدينة سنة ٧٨هـ. ينظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ١/ ٣٧٧، والإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني: ١/ ٤٣٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٩٦٨، كتاب: الشروط، باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم الحديث: ٢٥٦٩، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١٢٢٣، كتاب: المساقاة، باب: بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم الحديث: ٧١٥.

(٤) هو عبدالله بن يحيى بن دحون القرطبي، من كبار فقهاء المالكية في قرطبة، توفي سنة ٤٣١هـ. ينظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ص ١٤٠.

(٥) مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٦٩- ٤٧٠، وينظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٠.

(٦) هو علي بن أحمد أبو الحسن البغدادي الشيرازي، المعروف بابن القصار، فقيه مالكي، ولي قضاء بغداد، من تصانيفه: (عيون الأدلة وإيضاح الملة) في الخلافيات، توفي سنة ٣٩٨هـ. ينظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ص ١٩٩، وشجرة النور الزكية، محمد بن مخلوف: ص ٩٢.

وجوب ردّ العقد بالغبن إن كان أكثر من الثّلث، ورأي آخر ذكره ابن عسكر[1] في العمدة والإرشاد مفاده ردّ العقد بالغبن مطلقاً، ولقد عقّب صاحب كتاب مواهب الجليل[2] على هذا الرأي الأخير بقوله: (فما ذكره ابن عسكر في العمدة والإرشاد من تشهير القول بالقيام بالغبن مطلقاً خلاف المعروف في المذهب، ونص العمدة: ومن باع أو ابتاع فغبن غبناً فاحشاً ثبت له الخيار على المشهور)[3].

وبناء على ذلك لا يملك القاضي سلطة التّدخّل في العقد الذي شابه غبن بأيّ حال من الأحوال ولو كان الغبن فاحشاً، بشرط أن يكون المتعاقد المغبون من أهل الرّشاد والدّراية بالأسعار وأحوال السوق.

وخلاصة ما سبق بيانه من مذهب السادة المالكية أن المشهور عندهم هو عدم ردّ العقد بالغبن الفاحش حتى لو تجاوز مُعتاد العقلاء، إلا إذا كان المتعاقد المغبون ممن ينطبق عليه وصفا الاسترسال أو الاستئمان جاهلاً بأحوال السوق، أو وقع الغبن في عقد الوكيل أو الوصي، فيُردّ ما صدر عنهما من بيع أو شراء بغبن فاحش.

(١) هو القاضي أبو عبدالله محمد بن علي بن خضر المالكي، من فقهاء المالكية، صاحب فنون فقه ونحو وأدب وكتابة، توفي سنة ٦٣٦هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء: ٢٣/ ٦٦، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٩، ١٤١٣هـ.

(٢) صاحب كتاب مواهب الجليل: هو محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني المعروف بالحطاب، فقيه مالكي أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة سنة ٩٠٢هـ، وتوفي في طرابلس الغرب سنة ٩٥٤هـ، من مصنفاته: (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل) و(شرح نظم نظائر رسالة القيرواني). ينظر: الأعلام، الزركلي: ٧/ ٢٨٦.

(٣) مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٧٢.

۞ **المسألة الثالثة**: رأي السادة الشافعية في أثر الغبن الفاحش في العقد، ومدى سلطة القاضي في تعديله

باستقراء ما ذكره فقهاء الشافعية في هذا الصدد نكاد نجد اتفاقاً فيما بينهم على أن الغبن الفاحش لا أثر له في العقد وحده بمنأى عن التغرير، فإن صحبه تغرير كان له أثر في العقد، وكان للمتعاقد المغبون والمغرر به الخيار في فسخ العقد أو إمضائه بعد إزالة الغبن عنه[1].

ومن الأمثلة التي ذكرها فقهاء الشافعية في هذا الصدد مسألة «تلقّي الركبان»: بأن يتلقّى شخص طائفةً يحملون متاعاً من طعام أو غيره إلى البلد فيشتريه منهم، أو يخبرهم بكساد ما معهم؛ ليغبنهم قبل قدومهم البلد ومعرفتهم السعر، ففي هذه الحالة يكون لهم الخيار إذا أُغبنوا وعرفوا الغبن، وهو على الفور قياساً على خيار العيب؛ لأنهم يجهلون الأسعار وأحوال السوق، وفي تلقّيهم قبل دخولهم السوق تغريرٌ بهم، فكان لهم الخيار[2].

* ومن النصوص الواردة في عدم اعتبار الغبن الفاحش إن لم يصحبه تغرير:

ما جاء في «شرح البهجة الوردية» مع حاشيتها: (ولا يُخيّرون بغبن وإن فحش، كالزجاج أي كشرائه زجاجة ظنّها جوهرة حتى بالغ فيها بالثمن؛ لتقصيره حيث لم يبحث..... قوله: «ظنّها جوهرة» خرج به ما لو قال له البائع: هي جوهرة، فإنه يثبت له الخيار)[3].

فهذا نص صريح في عدم ردّ العقد بالغبن الفاحش إن لم يصحبه تغرير، فالمشتري إن اشترى زجاجة بسعرٍ غالٍ على أنها جوهرة بظنٍّ محضٍ منه دون تأثير من البائع، فهذا تقصير

(١) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي: ١/ ٢٩٢، أبو إسحاق الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، والغرر البهية في شرح البهجة الوردية: ٩/ ١٠٣- ١٠٦، الشيخ زكريا الأنصاري، من برنامج المكتبة الشاملة الالكتروني، د.ن، د.ط، د.ت، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٦- ٣٧، ونهاية المحتاج، الرملي: ٤/ ٧٤- ٧٥.

(٢) ينظر: المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٩٢، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٦.

(٣) شرح البهجة الوردية، الشيخ زكريا الأنصاري مع حاشية الشربيني: ٩/ ١٠٥- ١٠٦.

منه لا دخَل للبائع به، وأما إن أثّر عليه البائع بأن زيّن له الزجاجة حتى ظنّ أنها جوهرة، أو قال له بصريح العبارة: هي جوهرة، فذلك تغرير واضح من البائع يُثبِت الخيار للمشتري بين فسخ العقد أو طلب تعديله بإزالة الغبن عنه.

* ولقد استدلّ السادة الشافعية لما ذهبوا إليه في هذه المسألة بالآتي[1]:

• بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنه نهى أن تُتلقّى السلع حتى يهبط بها الأسواق»[2]؛ ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل.

• كما استدلوا للخيار في المسألة بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا تَلقّوا الجَلَب، فمن تلقّاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق»[3]؛ ولأنه غرّهم ودلّس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلّس عليهم بعيب.

• كما احتجّوا في رأيهم بعدم ردّ العقد بالغبن الفاحش إن لم يصحبه تغرير، بأن ذلك يعود إلى تقصير المغبون وعدم تحرّيه قبل العقد بقدرٍ كافٍ، وعدم معرفته بأحوال السوق من خلال سؤال أهل الخبرة والدّراية بالأسعار وتقلّباتها، ولا دَخْل للمتعاقد الآخر بذلك؛ إذ لم يؤثر في إرادة المغبون الذي أوقعه تقصيره في الغبن.

- تلك هي أبرز أدلتهم في هذه المسألة.

* بيد أن السادة الشافعية لم يعتدّوا بالغبن الفاحش حتى وإن صحبه تغرير في بعض الحالات، وعزوا ذلك إلى التقصير الشديد من قبل المغبون وترْكِه التّحرّي بشكلٍ كافٍ كما في

(١) ينظر: المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٩٢، وشرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري: ٩/ ١٠٥- ١٠٦، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٦- ٣٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٥٩، كتاب: البيوع، باب: النهي عن تلقي الركبان، رقم الحديث: ٢٠٥٧، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١١٥٦، كتاب: البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب، رقم الحديث: ١٥١٧، والحديث من رواية ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: ٣/ ١١٥٧، كتاب: البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب، رقم الحديث: ١٥١٩. وقد روي هذا الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه بألفاظ متقاربة.

مسألة: «النَّجش»: وهو أن يزيد الشخص في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا لرغبةٍ في شرائها، بل ليخدع غيره فيشتريها، فقد صرّح فقهاء الشافعية في هذه المسألة بأن لا خيار للمشتري في الأصحّ؛ لتفريطه حيث لم يتأمل أو يراجع أهل الخبرة، وفي مقابل الأصحّ: له الخيار؛ للتّدليس كما في مسألة التّصرية[1].

فخلاصة القول إذن أن فقهاء الشافعية ذهبوا في المعتمد من الأقوال إلى عدم ردّ العقد بالغبن الفاحش إلا إذا صحبه تغرير.

وبناء على ذلك، فليس للقاضي سلطة التّدخل في العقد الذي لَحَقه غبن فاحش بفسخٍ أو تعديلٍ إلا إذا صحبه تغرير، فإن صحِب الغبنَ الفاحش تغريرٌ من قبل أحد المتعاقدين، كان للقاضي سلطة التّدخّل في العقد بمنْح المتعاقد المغبون حق الخيار في فسخ العقد أو طلب تعديله بإزالة الغبن الذي لحقه؛ حفاظاً على حقّه ورفع الضرر الذي أصابه.

۞ **المسألة الرابعة**: رأي السادة الحنابلة في أثر الغبن الفاحش في العقد، ومدى سلطة القاضي في تعديله

لدى التّحقيق فيما ذكره فقهاء الحنابلة في المعتمد من المذهب يظهر جليّاً نهجهم في المسألة، وهو أن الغبن الفاحش الذي يؤثّر في العقد ويُمنَح بسببه المتعاقد المغبون حق الخيار، هو الغبن المصحوب بالتغرير أو الخديعة؛ إذ لا يكاد يخلو موضع من المواضع التي عُرض فيها لمسألة الغبن في مصنّفاتهم من ذكر قيدَي التغرير أو الخديعة، كتعليل لمنح المتعاقد المغبون حق الخيار[2].

*** وقد نصّوا بصورة أساسية على ثلاث صور للغبن يغلب فيها مظنّة التغرير والخداع، وفيما يلي بيانها بإيجاز:**

---

(١) ينظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٧.

(٢) ينظر على سبيل المثال في مسألة النهي عن تلقي الركبان: المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١.

• **الصورة الأولى**: مسألة «تَلقّي الرُّكبان»:

الرُّكبان: هم القادمون من السفر بجلوبة، وهي ما يُجلب للبيع، وإن كانوا مشاة، حتى لو كان تلقّيهم بغير قصد التلقّي لهم واشترى منهم أو باع لهم شيئاً، فلهم الخيار إذا هبطوا السوق وعلموا أنهم قد غُبنوا غبناً يخرج عن العادة[1]، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تلقّوا الجلب، فمن تلقّاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار»[2].

وقد نصّ فقهاء المذهب على أن الغاية من منْح المتعاقد المغبون حق الخيار في هذه الحالة هي وقوعه في غبن وخديعة.

جاء في «المغني»: (... ولأن النهي «أي عن تلقّي الركبان» لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى ضربٍ من الخديعة يمكن استدراكه بإثبات الخيار فأشبه بيع المصراة... فإذا تقرّر هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غُبن.... وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن؛ لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن)[3].

هذا هو المذهب في هذه الصورة، وثمة قول غير معتمد في المذهب يقضي بمنحهم الخيار في هذه الصورة مطلقاً حتى وإن لم يُغبنوا أو يقعوا في غرر[4].

وبناء على الرأي المعتمد في المذهب، فإن ثبت وقوع الغبن مع التغرير في صورة تلقّي الركبان فإن للقاضي سلطة التّدخّل في العقد المُبرم معهم إما بتعديل العقد وإزالة الغبن عنه، أو بفسخه بناء على طلب المغبون.

• **الصورة الثانية**: مسألة «النَّجش»:

فيما يلي أسرد نصّاً من كتاب «كشاف القناع» يوضّح هذه الصورة بشكل مُفصّل:

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١٥٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١.

(٢) سبق تخريجه ص ١١٥.

(٣) المغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١٥٢، وينظر: كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١.

(٤) ينظر: الإنصاف، المرداوي: ٤/ ٣٩٤.

(والصورة الثانية في النَّجش، وهو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها.... وهو حرام؛ لما فيه من تغرير المشتري وخديعته، فهو في معنى الغش، ويَثبت للمشتري بالنّجش الخيار إذا غُبن الغبن المذكور، كالصورة الأولى. قال في المبدع: وظاهره أنه لابد من حذق الذي زاد فيها؛ لأن تغرير المشتري لا يحصل إلا بذلك، وأن يكون المشتري جاهلاً، فلو كان عارفاً واغترّ بذلك فلا خيار له؛ لعجلته وعدم تأمّله)[1].

فالنّص السابق صريح الدلالة على أن العلّة في منح المغبون حق الخيار في بيع النّجش هي الغبن المصحوب بالتغرير.

* وقد استدلّ فقهاء الحنابلة لمذهبهم في النّجش بالآتي[2]:

- روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع النَّجَش».[3]

- قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تَلَقّوا الرُّكبان ولا يَبع بعضكم على بيع بعض ولا تَنَاجَشُوا ولا يَبع حاضرٌ لِبادٍ»[4].

---

(١) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١، وينظر: المغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١٤٨- ١٤٩، والمبدع في شرح المقنع: ٤/ ٤٩١، إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح، من برنامج المكتبة الشاملة الالكتروني- د.ن- د.ط- د.ت.

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٤٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٥٣، كتاب: البيوع، باب: النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع، رقم الحديث: ٢٠٣٥، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١١٥٦، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...، رقم الحديث: ١٥١٦.

أما بالنسبة لترجمة راوي الحديث ابن عمر رضي الله عنهما فهو: عبدالله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، نشأ في الإسلام وهاجر مع أبيه إلى الله ورسوله، شهد الخندق وما بعدها، وهو أحد المكثرين من الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، كان آخر من توفي بمكة من الصحابة سنة ٧٣هـ. ينظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٣/ ٣٤٧، والإصابة: ابن حجر: ٤/ ١٨١.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٥٥، كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفّل الإبل...، رقم الحديث: ٢٠٤٣، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١١٥٥، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...، رقم الحديث: ١٥١٥، واللفظ للبخاري.

• قالوا: لأن في النّجش تغريراً بالمشتري وخديعةً له، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الخَديعة في النار»[1].

- تلك هي أهم أدلتهم في المسألة.

بقي أن أشير إلى أن المغبون له حق الخيار في النّجش سواء أكانت زيادة من لا يريد الشراء بمواطأة من البائع أم بغير مواطأة منه، أو كانت الزيادة من قِبل البائع نفسه دون علم المشتري بالأمر، فللمشتري الخيار في كل ذلك بسبب التغرير[2].

إذن فالنّقول الصريحة السابقة تؤكد معتمد مذهب السادة الحنابلة في أثر الغبن الفاحش في العقود ممثّلاً في صورة بيع النّجش هنا:

وهو ردّ العقد بالغبن إن فحُش بما لم تجرِ العادة بمثله، وصحِبه تغريرٌ أثّر في إرادة المغبون ودفعه إلى إبرام العقد.

---

(١) رواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم في صحيحه: ٢/ ٧٥٣، كتاب: البيوع، باب: النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع، وفيه: وقال ابن أبي أوفى الناجش آكل ربا خائن، وهو خداع باطل لا يحل، قال النبي صلى الله عليه وسلم: الخديعة في النار ومن عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد. قال ابن حجر رحمه الله: وأما حديث الخديعة في النار فرواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قيس بن سعد بن عبادة وأبو هريرة وابن مسعود وأنس.... وأما حديث ابن مسعود فوقع لنا عالياً... وفيه عن ابن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المكر والخديعة في النار ومن غشنا فليس منا، رواه ابن حبان في صحيحه عن أبي خليفة فوافقناه بِعُلُوٍّ. ينظر: تغليق التعليق: ٣/ ٢٤٤- ٢٤٦، بتصرف، كما رواه ابن حبان في صحيحه: ٢/ ٣٢٦، باب: ذكر الزجر عن أن يمكر المرء أخاه المسلم أو يخادعه في أسبابه، رقم الحديث: ٥٦٧ عن ابن مسعود رضي الله عنه، صحيح ابن حبان بترتيب ابن لبان، محمد بن حبان بن أحمد أبي حاتم التميمي البستي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٤م، والطبراني في المعجم الكبير: ١٠/ ١٣٨، رقم الحديث: ١٠٢٣٤، عن ابن مسعود رضي الله عنه، قال الهيثمي رحمه الله: وعن عبدالله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من غشنا فليس منا والمكر والخداع في النار»، رواه الطبراني في الكبير والصغير ورجاله ثقات. ينظر: مجمع الزوائد: ٤/ ٧٨- ٧٩.

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١٤٩، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١٢، والمبدع، ابن مفلح: ٤/ ٤٩١.

وبناء على ذلك، فإن ثبت وقوع الغبن الفاحش مع التغرير في هذه الصورة وهي «بيع النّجش» فإن للقاضي سلطة التّدخّل في هذا العقد بمنح المتعاقد المغبون حق الخيار بين إمساك المبيع ورَدِّه، فإن اختار المغبون إمساك المبيع أجرى القاضي تعديلاً على العقد بحطِّ مقدار الغبن الفاحش عن الثمن الذي دفعه المغبون وإرجاعه إليه، وإن اختار فسخ العقد ردَّ المغبون المبيع إلى البائع.

- **الصورة الثالثة**: المُسْترسِل:

هذه هي الصورة الثالثة والأخيرة من الصور التي نصّ عليها فقهاء الحنابلة، ويغلب على الظّنّ وقوع الغبن الفاحش مع التغرير فيها، ممّا يستدعي تدخّل القاضي فيها بتعديل العقد أو فسخه.

والمُسْتَرسِل: هو الجاهل بالقيمة من بائعٍ ومشترٍ، ولا يحسن المبايعة.

قال الإمام أحمدرحمه الله تعالى: المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه.

والمسترسل له الخيار إذا غُبن غبناً يخرج عن العادة؛ لجهْله بالمبيع كالغبن في تلقّي الركبان، والعلّة في منحه الخيار في هذه الحالة -إضافة إلى الغبن الفاحش- هي: التغرير من قِبل المتعاقد الآخر؛ لأن المسترسل جاهل لا يعرف أحوال السوق، فيُزيّن له البائع السلعة ويزيد في ثمنها بغير وجه حق، فهذا تغريرٌ محضٌ من قِبل البائع.

وأما غير المسترسل فإنه يدخل على بصيرة بالغبن، فهو كالعالم بالعيب، وكذلك المستعجل الذي لو تأنّى لما وقع في الغبن، فأمثال هذين لا خيار لهم؛ لتقصيرهم وتفريطهم وعدم تغريرهم من قِبل البائع[1].

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١٧- ١٨، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١- ٢١٢، والمبدع، ابن مفلح: ٤/ ٤٩١.

وقد جاء التصريح بعلّة التغرير في هذه الصورة في كتاب «كشاف القناع» وأصله: (... وأما من له خبرة بسعر المبيع ويدخل على بصيرة بالغبن، ومن غُبن لاستعجاله في البيع ولو توقّف فيه ولم يستعجل لم يُغبن، فلا خيار لهما؛ لعدم التغرير)[1].

فثبت أن التغرير بالمسترسل إضافة إلى غبنه هما سبب منْحِه الخيار في هذه الصورة.

وبناء على ذلك، فإن للقاضي في هذه الصورة سلطة التّدخّل في العقد بمنح المسترسل المغبون حق الخيار بين طلب تعديل العقد بإزالة الغبن عنه وإعادة مقدار ما غُبن فيه من الثمن إليه، وبين طلب فسخ العقد وإعادة المبيع إلى البائع.

تلك هي الصور الثلاث التي نصّ عليها فقهاء الحنابلة بشكل أساسي ومفصّل كمظانٍّ لوقوع الغبن الفاحش مع التغرير في معاملات الناس وعقودهم اليومية، ويُقاس عليها غيرها من الصور والحالات المشابهة أو ما يمكن أن يُستجدّ عبر الزمان.

* إذن فالسادة الحنابلة ينظرون في تقرير أثر الغبن في العقود إلى أمرين:

- أحدهما: كون الغبن فاحشاً.

- والآخر: ارتباطه بتغرير من قبل أحد المتعاقدين يؤثر في إرادة المتعاقد الآخر ويحمله على إبرام العقد.

تلك هي أهم التفصيلات الواردة في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة في مسألة «أثر الغبن الفاحش في العقود، ومدى سلطة القاضي في تعديلها» ولننتقل فيما يلي إلى بيان موجز للمؤتلف والمختلف من تلك الآراء في المسألة الآتية.

۞ **المسألة الخامسة**: تحرير الآراء الواردة في المذاهب الفقهية الأربعة في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله وترجيح الباحث

بعد أن تمّ بيان التفصيلات الواردة في المذاهب الفقهية الأربعة في مسألة: (أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله) في كل مذهبٍ على حدة، أشرع بإذن الله فيما

(١) كشاف القناع وأصله، البهوتي: ٣/ ٢١٢.

يلي في تحرير تلك الأقوال ولمّ شتاتها وبيان مؤتلفها ومختلفها؛ كي تنتظم أهم الآراء التي افترقت حولها هذه المسألة، حيث سيتمّ عرض الآراء أولاً قبل الكشف عما يراه الباحث راجحاً في المسألة:

○ **أولاً: الآراء الواردة في المسألة:**

* من خلال تتبّع ما ورد في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة حول هذه المسألة تبيّن أن فيها خمسة آراء كالآتي[1]:

➢ **الرأي الأول**: إن للغبن الفاحش أثراً في العقد مطلقاً ولو لم يصحبه تغرير، وهذا قولٌ عند بعض الحنفية، ونصّ عليه ابن عسكر من المالكية في كتاب العمدة والإرشاد.

على أن أغلب الفقهاء نصّوا على هذا الرأي في حالات مستثناة فقط كما في أموال بيت المال والأوقاف، وأموال المحجور عليهم لصغر أو جنون أو سفه، وكذلك في عقد الوكيل أو الوصي[2].

➢ **الرأي الثاني**: إن للغبن الفاحش أثراً في العقد ولو لم يصحبه تغرير، بشرط أن يصل الغبن إلى الثّلث، وقد عُزي هذا الرأي إلى ابن القصار من المالكية.

➢ **الرأي الثالث**: لا أثر للغبن الفاحش في العقد مطلقاً حتى لو صحبه تغرير، وهذا ما جاء في ظاهر الرواية في مذهب السادة الحنفية، وهو قول بعض المالكية أيضاً.

---

(١) للاطلاع على هذه الآراء مفصّلة ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم الحنفي: ٦/ ١٢٦، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ٧٩، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ١٤٣، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٧٠، والتاج والإكليل، المواق: ٤/ ٤٦٨، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٠، والمهذب، الشيرازي: ١/ ٢٩٢، والغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري: ٩/ ١٠٣- ١٠٦، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٦- ٣٧، ونهاية المحتاج، الرملي: ٤/ ٧٤- ٧٥، والمغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١٤٨ وما بعدها، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١ وما بعدها، والإنصاف، المرداوي: ٤/ ٣٩٨ وما بعدها، والمبدع، ابن مفلح: ٤/ ٤٩١.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦/ ٣٠، ورسائل ابن عابدين: ٢/ ٧٤، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٧٢، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٠، ونهاية المحتاج، الرملي: ٥/ ٣٢.

➢ **الرأي الرابع**: لا أثر للغبن الفاحش في العقد بالغاً ما بلغ حتى لو خرج عن العادة ومعتاد العقلاء، إلا في حالتي الاسترسال والاستئمان، بمعنى أن يجهل أحد المتعاقدين الأسعار وأحوال السوق، أو يعتمد على أمانة المتعاقد الآخر في معرفة الأسعار وتقلّبات الأحوال في السوق، وهذا هو الرأي المشهور والمعتمد في مذهب السادة المالكية.

➢ **الرأي الخامس**: إن للغبن الفاحش أثراً في العقد إن صحبه تغرير من أحد المتعاقدين تجاه الآخر، أما إن تجرّد الغبن عن التغرير فليس له أثر في العقد بالغاً ما بلغ، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من السادة الحنفية والشافعية والحنابلة في معتمد هذه المذاهب والمُفتى به فيها، مع اختلافهم في بعض الصور والأمثلة كمسألة النَّجَش والمُسْتَرسِل ونحوهما.

ومما يُذكر في هذا المقام أن السادة الحنابلة وإن نصّوا على ثلاث صور أساسية في المسألة وهي تلقّي الركبان وبيع النّجش والمسترسل، إلا أن المتتبّع لمذهبهم يستنتج أن العلّة الجامعة بين تلك الصور هي وقوع الغبن الفاحش المصحوب بالتغرير فيها مما يدلّل على أن هذا الرأي هو المعتمد في المذهب في عموم الحالات لا في الصور الثلاث المذكورة فحسب.

وقد سبق عرض الأدلة فيما مضى ضمن كل مذهب على حدة.

○ **ثانياً: الرأي الراجح من وجهة نظر الباحث، وأسباب ذلك:**

بعد الاطّلاع على آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة: «أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله» ترجّح لدى الباحث رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، القائلين بأن الغبن الفاحش لا أثر له في العقد ما لم يكن مصحوباً بتغريرٍ يحمل المتعاقد المغبون على التعاقد؛ **وذلك للأسباب الآتية:**

السبب الأول: لم ينهض دليل قوي لدى مخالفيهم يُمكِن الاستناد إليه كدليلٍ قاطعٍ في المسألة، وبيان هذا السبب كالآتي:

- فمن ذهب إلى ردّ العقد بالغبن الفاحش مطلقاً حتى لو لم يصحبه تغرير بحجّة الرفق بالناس وحمايتهم من الوقوع في الغش، يرد عليه بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «... دعوا

الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[1] بعد نهيه عن بيع الحاضر للبادي؛ لئلا يوقعه في تغرير أو خداع محتمل، فما لم يكن فيه تأثير من قِبل أحد المتعاقدين يحمل الآخر على إبرام العقد، لا يُسأل عنه إن أقدم هذا الآخَر على إبرام العقد بكامل رضاه وإرادته، ففي عقد البيع مثلاً: يعرض البائع سلعته بسعرٍ ما وقد يعرضها بهامش ربح كبير، فإن اشتراها مشترٍ بذلك السعر بلا تأثيرٍ من البائع من تزيينٍ للسلعة أو وصْفها بأوصاف كاذبة ليست فيها، فلا يُسأل البائع عن ذلك؛ إذ كان بإمكان المشتري التّحرّي بقدرٍ أكبر وعدم الاستعجال في الشراء، أو البحث عن السلعة نفسها لدى شخص آخر بسعرٍ أقلّ، وخاصةً في زماننا هذا لكثرة المتاجر والأسواق.

• ومن ذهب إلى عدم ردّ العقد بالغبن الفاحش مطلقاً حتى لو صحبه تغرير بحجّة تقصير المغبون وعدم تحرّيه بشكلٍ كافٍ قبل إبرام العقد، يرد عليه بأن مجرّد وقوع التغرير مصاحباً للغبن الفاحش كافٍ في ردّ العقد، بغضّ النظر عن حال المغبون من حيث التقصير في التّحري وعدمه؛ إذ يُعدّ التغرير بمنزلة الكذب والخيانة، وذلك لا يسوغ في الشرع بأيّ حال من الأحوال، كما أن التغرير يؤثّر في إرادة المغبون ويخدش في رضاه، وينافي القيد الذي نصّ عليه الله تعالى في كتابه الكريم في قوله: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، إذ لا يمكن للمغبون أن يقع في تغريرٍ يحمله على التعاقد عن رضا منه، كما أن هذا الرأي قد يتذرّع به فئة من التجار ممن لا يكترثون لموضوع الأمانة والصدق إلى مزاولة الخداع والتغرير على نطاق واسع؛ لفقدان الرادع لهم حينئذٍ، مما يؤثّر في عقود الناس ومعاملاتهم.

• ومن ذهب إلى عدم ردّ العقد بالغبن بالغاً ما بلغ إلا في حالتي الاسترسال والاستئمان وهم السادة المالكية؛ استدلالاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «غبن المسترسل ظلم»[2] وأنه لا غبن في غير المسترسل، فيمكن الرّدّ عليهم بأن الغاية من تحريم النبي صلى الله عليه وسلم

(١) سبق تخريجه: ص ١١١.

(٢) سبق تخريجه: ص ١١١.

غبن المسترسل هي وقوعه في التغرير غالباً؛ لجهله بالأسعار وحال السوق، وهذا ينطبق بعينه على غير المسترسل أيضاً؛ إذ الناس سواسية أمام تغرير التجار المسترسل منهم وغير المسترسل، لأن تغريرهم قد يخفى على كثير من الناس حتى أولئك الذين هم على قدرٍ كافٍ من الدّراية بأحوال السوق؛ نظراً لكثرة البضائع وتعدّد السلع وخاصة في هذا الزمان، والتغرير ظلمٌ يستوي وقوعه على المسترسل وغيره.

إذن فالقول بردّ العقد بالغبن الفاحش مع التغرير مطلقاً دون قصْر التغرير على حالات معينة كالاسترسال ونحوه على ما ارتآه جمهور الفقهاء، فيه سدٌّ لبابٍ من أبواب الظلم كبير، ومنفعة يسري أثرها على عموم الخلْق من مسترسلٍ وغيره.

❖ **السبب الثاني**: وفي مقابل حجج المخالفين لمذهب الجمهور نجد أن حجج الجمهور في المسألة من القوة بحيث تنهض للاستناد إليها والاحتجاج بها، حيث قاسوا هذه المسألة بمسألة الخيانة في المرابحة، وفي كلتا المسألتين تغريرٌ لا يمكن غضّ الطرف عنه؛ لأن الخيانة ممنوعة في الشرع في كل الأحوال، كما أن النصوص التي احتجّ بها بعضهم في مسألة تلقّي الركبان والمسترسل والنّجش ونحوها تبدو علّة الحكم فيها بيّنة من حيث ارتباطها بالتغرير والخديعة، كما أن ما يُنسَب إلى تقصير المغبون في التّحرّي وعدم سؤال أهل الخبرة، هو الغبن الفاحش المُجرّد عن التغرير لا المصاحب له؛ لذا لم ير الجمهور ردّ العقد به.

❖ **السبب الثالث**: إن الركون إلى رأي جمهور الفقهاء في المسألة هو الأنسب والأحوط في هذا الزمان في ظلّ العدد الهائل للأسواق وتنوّع السلع فيها، مما يصعب على عموم الناس الإحاطة بها، إذن فالقول بعدم ردّ العقد بالغبن الفاحش ولو صحبه تغرير بحجّة تقصير المغبون في الإحاطة بحال السوق لا يستقيم في هذا الزمان؛ إذ فيه تحميل للمغبون فوق طاقته، فالسلعة الواحدة قد تتفاوت في السعر تفاوتاً بيّناً من سوق لآخر، حسب موقع السوق وأجرة المحالّ الموجودة فيه وكذلك الناس الذين يرتادونه، ففي كل بلد ثمة ما يُعرف بالأحياء أو المناطق الراقية، ترتفع فيها أجرة المحالّ التجارية فترتفع بموازاة ذلك أسعار السلع المعروضة فيها، فلا يرتادها إلا الأغنياء من الناس، وفي مقابل ذلك ثمة أسواق في مناطق أخرى دون

السابقة تُباع فيها السلع نفسها بأسعار أقل تماشياً مع مرتاديها من ذوي الدّخل الأقل، وتجد هذا الأمر مقبولاً لدى عموم الناس؛ إذ كل إنسان أدرى بحاله وما يناسب دخْله من الأسواق، فالأمر الأهم في كل ما سبق بيانه هو انتفاء التغرير من قِبل التجار بما يحمل الناس على التعاقد معهم دون وجه حق.

كما أن القول المعاكس للسابق وهو ردّ العقد بالغبن الفاحش مطلقاً ولو لم يصحبه تغرير، يصعب ضبطه أيضاً للأسباب السابقة المتمثّلة في التفاوت البيّن في أحوال الأسواق والظروف التي تكتنفها، مما قد يعطّل عقود الناس ومعاملاتهم، إذ يصعب على القضاء التّدخل في كل الوقائع.

فكان من الأمثل ضبط هذه المسألة من خلال قيد «التغرير» وجعْله سبباً يُبرّر تدخّل القاضي في العقود التي يقع فيها مصاحباً للغبن الفاحش، بتعديلها وإزالة الغبن عنها؛ لما يشتمل عليه التغرير من كذب وخداع لا يمكن أن يُبرّر في أيّ حال وتحت أيّ ظرف.

لذا فإن مذهب جمهور الفقهاء القاضي بردّ العقد بالغبن الفاحش المصحوب بالتغرير هو الأمثل للاقتداء به في هذا الزمان بالنسبة للتجار والمستهلكين وكذلك الجهات المسؤولة عن مراقبة الأسواق وضبط الأسعار على حدّ سواء.

وبناء على ذلك، فإن للقاضي سلطة التّدخّل في كل عقد شابَه غبنٌ فاحشٌ مصحوبٌ بتغريرٍ أثَّر في إرادة الطرف المغبون وحمَله على التعاقد، وذلك إما بتعديله بإزالة الغبن عنه أو بفسخه إذا طلب المغبون ذلك أو صعُب تعديل بنوده. والله تعالى أعلم

أما بالنسبة لرأي القانون الوضعي في مسألة الغبن الفاحش وأثره في العقد، فسأرجئ الخوض فيه إلى المبحث الثاني الذي يعرِض لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال؛ لأن مشرّعي القانون دمجوا بين الغبن والاستغلال في حالة واحدة أطلقوا عليها اسم «الغبن الاستغلالي»، **فشملت هذه الحالة أمرين:**

- **أحدهما:** وقوع الغبن الفاحش في العقد.

- **والآخر**: استغلال أحد العاقدين للآخر لبعض الأسباب التي سنعرفها في محلّها بإذن الله تعالى، فبات من الأنسب عرض رأيهم في الغبن الفاحش وأثره في العقد في المبحث الآتي المتعلّق بالاستغلال وأثره في العقد.

وفي ختام الحديث عن المسألة الأهم في هذا المبحث وهي «أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله» يجْدر التأكيد على ما سبق طرحه في الفصل التمهيدي لهذا البحث فيما يتعلّق بِمبدَأَي: (حرية المتعاقدين، والقوة الملزمة للعقد)، فقد يقول قائل: إن تدخّل القاضي في عقد من العقود بتعديله أو فسخه بسبب ما شابَه من غبن فاحش وتغرير فيه افتئات على حرية المتعاقدين وتجنٍّ على القوة الملزمة للعقد، مما ينتج عنه اضطراب العقود ونزْع صفة الإلزام عنها.

فهذا افتراض مردود جملة وتفصيلاً- إن حصل- وبيان ذلك ما يلي:

لقد أقرّت الشريعة الإسلامية مبدأ «حرية المتعاقدين» في أرحب نطاق ممكن، كما أحاطت العقود بسياج منيع لا يسوغ لأيّة جهة المساس بها، بيد أنها في موازاة ذلك وضعَت -لضمان حماية العقود وصيانة الحقوق والحريات- ضوابط أساسية يجب مراعاتها في سبيل تحقيق العدالة للأطراف كافة، فالمتعاقدان لهما الحرية المطلقة في إبرام أيّ عقد يرغبان فيه مادامـا في منأى عن محاذير الشرع ومحظوراته وأساليب الخداع وأدواته، فما تمّ بينهما من عقد بناء على ذلك يكتسب صفة الإلزام، ولا يسوغ لأيّة جهة التّدخّل فيه بتعديل أو بغيره.

فالحرية إذن لا تعني العبث وارتكاب المحظور، بل تعني التّمتّع بالحقوق كافة، والقيام بكل ما يرغب به الشخص من عقود والتزامات تحت مظلة مبادئ الشرع وقواعده وأحكامه المنصوص عليها في المصادر المُحْكمة كالقرآن العظيم والسنة النبوية المطهّرة والإجماع والقياس وغيرها، ولست بصدد التفصيل في تلك الضوابط، وإنما أروم التأكيد على أن الشريعة الإسلامية لم تفتح الباب على مصراعيه أمام سلطة القضاء وتدخّل القضاة في عقود الناس، وإنما سخّرت تلك السلطة في سبيل حماية كل طرف يناله ضرر بعد إبرام العقد؛ لإحقاق الحق وإرساء العدل بين أطراف العقد كافة، ومن ذلك منْح القاضي سلطة التّدخّل في كل عقد

يشوبه غبن فاحش مع تغرير؛ فالغبن ظلمٌ، والتغرير خداعٌ، واجتماعهما في عقد يُعدّ من قبيل أكْل أموال الناس بالباطل المنهي عنه بنص قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

إذن فهذا النوع من التّدخل في العقد من قِبل القاضي لا يُناهض مَبدَأَي: (حرية المتعاقدين، والقوة الملزمة للعقد) بل على العكس من ذلك تماماً فإنه يُرسّخ أعمق معاني الحرية، ويزيد العقد متانة وقدسيّة، فلا معنى لحرية التعاقد إذا شابَ العقد ظلمٌ أو تغريرٌ بحقّ أيّ طرف، والعقد المكتمل الأركان والمكتسب لصفة الإلزام هو العقد الذي تمّ في ظلّ الرضا من جميع أطرافه وبطيب نفس منهم، من غير أن يُعكّر صفوه أدنى محظور شرعي من غبن وتغرير ونحو ذلك، وعندئذ لا يسوغ للقاضي التّدخّل فيه بتعديل وغيره، بل يسري بناء على ما ارتضاه طرَفاه بحرّيّتهما المطْلَقة.

وبهذا الكلام يزول اللّبس عمّن استشكل عليه أمر تدخّل القاضي في العقود بتعديل وغيره في ظلّ إقرار مَبدَأَي: (حرية المتعاقدين، والقوة الملزمة للعقد)، والله تعالى أعلم.



المطلب الرابع:

نماذج لأمثلة وتطبيقات متعلّقة بالغبن

حتى تكتمل صورة هذه المسألة وهي «سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن»، سأعرض في هذا المطلب بإيجاز لبعض الأمثلة والتطبيقات المتعلّقة بهذه المسألة والتي من الممكن وقوعها في هذا الزمان:

١- كما هو معلوم مما سبق فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقّي الركبان؛ لعلّة التغرير والخداع، وصورة: «تلقّي الركبان» لا زالت قائمة حتى عصرنا هذا وإن اختلفت الطرق والوسائل، فنجد في كثير من البلاد في العصر الراهن يَعْمد أهل القرى والأرياف إلى جمْع محصولاتهم الزراعية ومنتجاتهم الحيوانية كالبيض، والحليب بمختلف مشتقّاته من ألبان وأجبان وغيرها، والاتجاه بها نحو المدن الكبيرة بغرض بيعها والاستفادة من أثمانها، فقد يعترضهم بعض التجار قبل وصولهم إلى السوق، فيعرِضوا عليهم شراء جميع ما معهم مقابل أسعار متدنّية؛ بحجّة ضعف حركة السوق أو قلة الإقبال على أمثال المنتجات التي بحوزتهم من قِبل الناس في تلك الفترة، فيقنع أهل القرى بذلك الإيهام والتغرير من قِبل التجار، ويبيعون ما معهم بأقل من سعر السوق أي بغبن فاحش؛ خشية كساد منتجاتهم، ورغبةً منهم في العودة إلى قراهم مبكّرين لصعوبة التّنقل بسبب ما يحيط وسائل النقل العامة من ظروف شاقّة في بعض البلاد.

وهذا بعينه ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سبق بيانه[1].

وبناء على ذلك، فإن وصل الأمر إلى القاضي فإنه يملك في هذه الحالة سلطة التّدخل في العقد المُبرم بين التجار وأهل القرى، بتخيير أهل القرى الذين وقعوا في الغبن الفاحش مع التغرير بين تعديل العقد بإزالة الغبن عنه ورفْع ثمن منتجاتهم المُباعة إلى المثل، وبين فسخ العقد وإعادة منتجاتهم المُباعة إليهم.

---

(١) ينظر: ص ١٠٥-١٠٧ من هذا البحث.

٢- ومن الأمثلة كذلك:

ما يلجأ إليه بعض أصحاب العقارات الجديدة من بيوت أو محلات تجارية، إذ يوهم صاحبُ العقار الجديد المشتري أو المستأجر بقوله: إن هذا العقار يساوي أكثر مما عرضته عليك؛ لما لموقِعِه من أهمية كبيرة نظير قيام عدد من المشاريع بالقرب منه في المستقبل القريب، تمنحه قيمة إضافية.

فإن كان العقار الجديد بيتاً في حي جديد مثلاً، أغراه بقيام عدد من المرافق الخدمية بالقرب منه، كالمساجد والمدارس والحدائق والأسواق ونحوها مما يزيد في قيمة البيت. بيد أن الحقيقة بخلاف ذلك والبائع كاذبٌ فيما يقول!!

وإن كان العقار الجديد محلاً تجارياً، أغراه بموقعه المناسب وكثرة تردّد الناس إليه، خصوصاً وأن الموقع مقبلٌ على مشاريع جديدة تزيد في أهميته، وتجعل إقبال الناس عليه في ازدياد أكثر، فيغترّ المشتري أو المستأجر بإيهام صاحب المحل الكاذب في قوله، فيدفع له أكثر مما يساويه المحل حقيقةً.

فهذا تغريرٌ محضٌ من قِبل صاحب العقار في الحالتين السابقتين حَمَل المشتري أو المستأجر على إبرام العقد بغبن فاحش، فإن تمّ اكتشاف ذلك من قِبل المشتري أو المستأجر المغبون فإن له الاحتكام إلى القضاء، وللقاضي في هذه الحالة سلطة التّدخل في العقد إما بتعديله وإزالة الغبن عنه بإعادة المبلغ الزائد عن سعر العقار الحقيقي إلى المتعاقد المغبون من مشترٍ أو مستأجر، أو بفسخ العقد بناءً على طلب المغبون.

٣- ومن التطبيقات كذلك، ما يحدث كثيراً في هذا الزمان من كذبٍ وتغريرٍ من قبل بعض الباعة، كأن يدّعي البائع بأن سلعته آيلة للنفاد أو الغلاء فيؤثّر على المشتري بمغرياته الكاذبة، مما يدفع بالمشتري إلى شراء السلعة بأعلى من سعرها المعتاد وبكميات أكبر من حاجته الحقيقية، تفادياً لنفادها أو لما سيلحقها من ارتفاع محتمل في السعر مستقبلاً، فيُفاجأُ المشتري بعد حين أن السلعة على حالها في الأسواق ولم يلحقها غلاء أو نفاد.

فللقاضي في هذه الحالة أيضاً سلطة التّدخّل في العقد بمنح المشتري الخيار بين الرضا بتعديل العقد بإزالة الغبن عنه، وبين فسخ العقد إن كان الفسخ ممكناً بإعادة السلعة إلى البائع على حالتها التي كانت عليها وقت إبرام العقد، واسترجاع المشتري للثمن.

وأكتفي بما سبق ذكره من تطبيقات وأمثلة للمسألة، لوضوح الصورة على النحو الذي يخدم هذا البحث، لننتقل بعد ذلك إلى المبحث الثاني لدراسة مسألة الاستغلال وأحكامه.



المبحث الثاني:

الاستغلال وصوره وشروطه
ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه

بعد أن تمّ الحديث عن مشكلة الغبن وأثره في العقد ومدى سلطة القاضي في التّدخّل في العقود التي يشوبها غبنٌ وتغريرٌ بتعديلها وإزالة الغبن عنها، تتصدر في هذا المبحث مشكلة أخرى لا تبعد كثيراً عن سابقتها، بل تتداخل معها إلى حدٍ ما في بعض الصور كما سيأتي، وهي مشكلة الاستغلال، تلك المشكلة التي تؤثّر في إرادة العاقد، وقد تحمله على التعاقد دون رضا أو طيب نفسٍ منه.

*** وفيما يلي أعرض لأبرز النقاط التي يشملها هذا المبحث موزّعة على أربعة مطالب:**

- المطلب الأول: تعريف الاستغلال لغة واصطلاحاً ومدى صلته بالغبن والتغرير.
- المطلب الثاني: صور الاستغلال وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المطلب الثالث: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المطلب الرابع: نماذج لأمثلة وتطبيقات معاصرة متعلّقة بالاستغلال.



المطلب الأول:

تعريف الاستغلال لغةً واصطلاحاً ومدى صلته بالغبن والتغرير

* **هذا المطلب يضم فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: تعريف الاستغلال لغة واصطلاحاً.
- **الفرع الثاني**: مدى صلة الاستغلال بالغبن والتغرير.



- **الفرع الأول**: تعريف الاستغلال لغة واصطلاحاً

➢ **أولاً**: تعريف الاستغلال لغة:

بالرجوع إلى أصل مصطلح «الاستغلال» في المصادر اللغوية الأصيلة لا نجد له مدلولاً يتوافق مع الرؤية الحديثة لهذا المصطلح؛ لأن المفهوم الحديث له يدور حول انتفاع شخص من شخص آخر بغير وجه حقٍّ، عن طريق بيع أو شراء أو نحو ذلك من العقود والمعاملات؛ لِضعفٍ أو جهل في الشخص المُستَغَل، أو جاه ونفوذ في الشخص المستَغِل.

على أن هذا المفهوم الحديث قد ورد بالفعل في المعاجم اللغوية الحديثة، ومثاله: ما جاء في «المعجم الوسيط»: (استغلّ الضيعة: أخذ غَلّتها، واستغلّ فلاناً: طلب منه الغَلّة، واستغلّ فلاناً: انتفع منه بغير حقّ لجاهه أو نفوذه[محدثة])[1].

فالمعنى الأخير: استغلّ فلاناً: أي انتفع منه بغير حق لجاهه أو نفوذه، هو المقصود بالاستغلال في المصطلح الحديث، وقد نصّ مؤلفو المعجم الوسيط على حداثته كما سبق في النص المُقتبس من المعجم.

➢ **ثانياً**: تعريف الاستغلال اصطلاحاً:

*** سأعرض هنا لتعريف الاستغلال في الاصطلاحين الفقهي والقانوني وأبدأ بالاصطلاح الفقهي:**

(١) المعجم الوسيط: ٢/ ٦٦٠، إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد النجار، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، د.ط، د.ت.

۞ قد يتبادر إلى الأذهان للوهلة الأولى أن الفقه الإسلامي لم يعرف أحكام الاستغلال؛ وذلك لخلوّ المصنفات الفقهية من هذا المصطلح!

وهذا الكلام يستقيم في جانب النظر إلى المصطلحات فحسب، وأما بالنسبة لجانب التطبيق، فالفقه الإسلامي سبق التشريعات الوضعية إلى صياغة أحكام الاستغلال، ولكن ليس من خلال نظرية عامة مستقلة، وإنما من خلال بعض الصور والتطبيقات التي سأعرّج عليها بشيء من التفصيل في الصفحات القادمة بإذن الله تعالى، ومن تلك الصور استغلال الحاجة كما في مسألة بيع المضطر وشرائه، وكذلك استغلال الجهل وعدم الخبرة كما في مسألة الاسترسال، وغيرها من الصور والتطبيقات التي تتجلّى فيها فكرة الاستغلال بوضوح، وقد عولجت صور الاستغلال وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ضمن مسائل الغبن والتغرير والخيارات ونحوها.

ولهذه المسألة نُظراؤها في الفقه الإسلامي الذي يخلو من طائفة واسعة من المصطلحات الحديثة التي يتناولها الباحثون المعاصرون، بينما نجد جذور تلك المصطلحات وقواعدها وتطبيقاتها العملية متأصّلة في بطون أمهات الكتب الفقهية المعتمدة، والمقام لا يسع لسرد تلك المصطلحات، إذ إن ما يهمّ هنا هو التأكيد على أصالة فكرة الاستغلال في الفقه الإسلامي، وغاية ما حدث في العصر الحديث تنظير تلك الفكرة ولمّ شتات المسائل المتعلّقة بها في موطن واحد تحت مسمى: «نظرية الاستغلال».

فخلاصة ما سبق أن الاستغلال بمفهومه المعروف حالياً هو مصطلح حديث، ما يعني خلوّ المصادر الفقهية الأصيلة منه كمصطلح فحسب دون قواعده وتطبيقاته التي تزخر بها، وقد تصدّى عدد من الباحثين المعاصرين لنظرية الاستغلال دراسةً وتأصيلاً، ومما ورد في تعريفه عندهم أنه: (قصد أحد المتعاقدين الاستفادة من ضعف الآخر وحمله على إبرام عقد بغبن فاحش)[1].

(١) النظرية العامة للاستغلال، ص: ١٩١، الدكتور هائل حزام العامري، المكتب الجامعي الحديث، اليمن، د.ط، ٢٠٠٩م، ومن الدراسات التي عرضت لموضوع الاستغلال أيضاً: نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون، الدكتور حلو عبدالرحمن أبو حلو، دار الحداثة، بيروت، ط١، ١٩٨٦م.

وللباحث مأخذ بسيط على التعريف السابق يتمثّل في كونه حَصَر الاستفادة من قِبل المتعاقد المستَغِل في «ضعف المتعاقد المستَغَل» بيد أن المستَغَل قد يقع ضحيةً للاستغلال لأسباب أخرى سوى الضعف، كالجهل أو الحاجة أو الغفلة أو نحو ذلك من الصفات.

وقد تكون حجّة صاحب التعريف أن «وصف الضعف» تندرج تحته باقي الأوصاف فالجاهل ضعيف، وصاحب الحاجة ضعيف ونحو ذلك، ولإزالة الإشكال المحتمل، وبناء على ما سبق **يرى الباحث تعريف الاستغلال بالآتي:**

هو انتهاز أحد المتعاقدين جانبَ ضعفٍ أو حاجة أو جهلٍ أو أي وصفٍ آخر يؤثّر في إرادة المتعاقد الآخر، فيحمله على التعاقد معه بغبن فاحش.

❖ **تعريف الاستغلال في الاصطلاح القانوني:**

لقد أسهب رجال القانون كثيراً في الحديث عن موضوع الاستغلال، خاصةً وأن الاستغلال هو نتاج لتطوّر فكرة الغبن في القوانين القديمة، حتى ثبتت في العصر الحديث على شكل نظريةٍ متوازنةٍ من حيث صورها وشروطها وأحكامها والآثار المترتّبة عليها، كما سيظهر ذلك جليّاً في محلّه من هذا المبحث بإذن الله تعالى.

❋ **وهنا أسرد أبرز التعريفات التي وضعها القانونيون للاستغلال:**

• **الاستغلال**: عدم تعادل واضح أو غير مألوف في التّعامل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وبين ما يأخذه مقدّراً وقت العقد، وينشأ عن استغلال الطرف الآخر لحالة الضعف التي وُجد فيها هذا المتعاقد[1].

• **ومن التعريفات**: هو استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تُقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف[2].

---

(١) نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري: ص ١٠، الدكتور توفيق حسن فرج، د.ن، د.ط، ١٩٥٧م.

(٢) محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٢١٨.

- **ومن التعريفات**: أن يرى أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً أو هوى في أمرٍ من الأمور، فيغتنم هذه الفرصة ليستغلّ طيشه أو هواه، ويستجرّه به إلى عقد يَغْبنه فيه بحيث يحصل على مزايا دون مقابل، أو على مزايا لا تتناسب مع ما يحصل عليه العاقد الآخر[1].

وبذلك يتّضح مفهوم الاستغلال لغة، وفي الاصطلاحين الفقهي والقانوني.

(١) شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام-، محمد وحيد الدين سوار: ص ١١٢- ١١٣.

▪ **الفرع الثاني**: مدى صلة الاستغلال بالغبن والتغرير

سبقت الإشارة في مطلع هذا المبحث إلى احتمال حدوث خلْطٍ في المفاهيم بين الاستغلال وكلٍّ من الغبن والتغرير، بيد أنه لدى التّدقيق في كل مفهوم يزول الخلْط وينجلي اللَّبس، **وبيان ذلك كالآتي**:

○ **أولاً**: صلة الاستغلال بالغبن:

مرّ فيما مضى أن الغبن: هو أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر، بأن يكون أقلّ من قيمته أو أكثر، كمن باع سلعة تساوي ألفاً بخمسمائة، أو اشترى السلعة نفسها بألفين[1].

إذن فالغبن هو عمل مادي محض يتجلّى في عدم التعادل بين التزامات أطراف العقد.

أما الاستغلال: فهو أمرٌ نفسي لا يُعدّ الغبن إلا مظهراً مادياً له، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضّعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر؛ للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف، وبهذا فهو يختلف عن الغبن؛ لأن المعيار فيه معيار شخصي لا مادّي[2].

والغبن والاستغلال كعَيْبَين من عيوب العقد كثيراً ما يجتمعان في عقد واحد، وذلك كما لو لحق العقدَ غبنٌ فاحشٌ عن طريق الاستغلال، ومثاله: أن يعمد البائع إلى استغلال جانب من الضّعف في المشتري فيزيد عليه في سعر المبيع زيادة باهظة. فالعقد في هذا المثال قد شابَه عيبان، أحدهما مادّي ظاهر: وهو الزيادة في سعر المبيع زيادة باهظة، فهذا هو الغبن الفاحش.

والآخر معنوي نفسي: وهو انتهاز البائع جانب الضّعف في المشتري ليزيد عليه في السعر، وهذا هو الاستغلال.

بقي أن أشير إلى أنه ليس بالضرورة أن يجتمع العيبان الغبن والاستغلال في العقد نفسه، فقد ينفرد أحدهما كعيبٍ في العقد بمنأى عن الآخر، فمن باع سلعة بأكثر من سعرها الحقيقي

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي: ٤/ ٢٢١.

(٢) محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٢١٨.

بفرقٍ شاسع دون استغلال الحالة التي يكون عليها المشتري، فقد باع بغبن فاحش دون استغلال، ومن باع شخصاً عدداً من السلع- مستَغِلًّا حالته من الضّعف- بسعرها الحقيقي دون شائبة غبن، فقد باع باستغلال دون غبن.

○ **ثانياً**: صلة الاستغلال بالتغرير:

مرّ فيما مضى أن التغرير: هو الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه(١).

فكما هو واضح من تعريف التغرير، بأنه مبنيٌّ على الكذب والخداع والتضليل، وبذلك يتفق كلٌّ من الاستغلال والتغرير من حيث أن كلًّا منها يُعدّ أمراً معنوياً نفسياً لا مادياً كالغبن، إلا أنهما يفترقان في جزئية دقيقة، وهي أنه ليس بالضرورة أن ينطوي الاستغلال على كذب وخداع؛ إذ قد يستغلّ أحد المتعاقدين حاجة المتعاقد الآخر فيبيعه سلعة بغبن فاحش على علم ودراية من هذا الأخير، وذلك لحاجته الماسّة إلى تلك السلعة في ذلك الوقت، فالعقد في هذا المثال لم ينطوِ على كذبٍ أو خداع من قبل البائع، وإنما انبنى على انتهاز البائع فرصة وجود حاجةٍ بالمشتري إلى تلك السلعة فباعه بغبن فاحش.

وكمن يشتري من مضطرٍ مسكناً أو نحوه بسعرٍ بخسٍ مُستَغِلًّا حاجته إلى بيع المسكن في ذلك الوقت بأيّ سعر ليسُدّ حاجته، فهذا العقد أيضاً انبنى على استغلالٍ محضٍ دون كذب.

وأما من يُزيّن لمشترٍ مثلاً سلعته التي بين يديه ويوهمه بأنها مرغوبة وتساوي كذا وكذا من المال، أملاً في إغرائه وحَمْله على شراء السلعة بأكثر مما تستحق من الثمن، فهذا قد اتّخذ الكذب والخداع وسيلةً لتمرير سلعته بأكثر من سعرها المعتاد بغبن فاحش، وهذه الصورة تختلف عن صورة الاستغلال كما سبق.

فخلاصة الأمر إذن أن الاستغلال هو انتهاز أو اغتنام أحد المتعاقدين جانب ضعفٍ أو جهلٍ أو أيّ وصف آخر في المتعاقد الآخر لينتفع منه بوجه غير مشروع، وقد يكون ذلك بعلم هذا الأخير ورضاه الاضطراري.

(١) المدخل الفقهي، الشيخ مصطفى الزرقا: ١/ ٣٧٩.

وأما التغرير، فهو اتّخاذ أحد المتعاقدين الوسائل الكاذبة والخدّاعة لحمل المتعاقد الآخر على إبرام العقد بغبن فاحش دون علمه ورضاه.

وبذلك تتضح مدى الصلة بين الاستغلال وكلٍّ من الغبن والتغرير، ولكن بقيت الإشارة إلى أن الاستغلال والتغرير- كما تقدّم في مطلع هذا المبحث- قد يتداخلان في بعض الصور والحالات، كما سيتّضح بالتفصيل لاحقاً بإذن الله تعالى.



المطلب الثاني:

صور الاستغلال وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لقد تقدّم في المبحث الأول المتعلّق بمشكلة الغبن وأثره في العقد أن الفقه الإسلامي عالج تلك المشكلة بما يحفظ للمتعاقد المغبون حقّه، من خلال منْح القاضي سلطة تعديل العقود التي يشوبها غبن فاحش مع التغرير، وذلك بإعطاء المتعاقد المغبون حق خيار الغبن الذي يُمكّنه من طلب فسخ العقد أو الرضا به بعد تعديله وإزالة الغبن عنه، وتمّ بيان مذاهب الفقهاء في المسألة، بيد أن ذلك التفصيل لا يجري في مسألة الاستغلال؛ لأن الاستغلال كنظرية مستقلّة ومصطلح قائم بذاته ذي صور وشروط وأحكام لم يظهر إلا في العصور المتأخرة بعد تنامي تشريع القوانين، حيث استند مشرعو القوانين الوضعية في صياغتهم لنظرية الاستغلال إلى أحكام الغبن المعروفة، وأضافوا إليها صوراً أخرى بحُكْم تغيّر الزمان وتنامي المشكلات والأفكار الجديدة.

وجديرٌ بالبيان أن هذا الأمر لا يمسّ الفقه الإسلامي الزّاخر بالقواعد الشاملة والأحكام الصالحة للتّطبيق في كل زمان ومكان بأيّ نقص أو تقصير؛ فلكلّ عصر ظروفه وأحواله وطرق التّأليف والتّصنيف فيه، وكل باحث يجد في نفسه المقدرة على سبْر أغوار هذا الفقه العظيم، والتّجوّل في رحاب المصنّفات التي خطَّها مِداد الفقهاء في المذاهب الفقهية المعتمدة، لا ريب أنه سيحظى بصور وأحكام متفرّقة للاستغلال ليست تحت مسمى الاستغلال؛ لأن هذا المصطلح مستحدث كما تقدّم، وإنما تحت مسمّيات أخرى سأعرض لها في السطور القادمة بإذن الله تعالى.

*** وسيدور الحديث في هذا المطلب حول مسألتين في فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: صور الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **الفرع الثاني**: شروط الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

■ **الفرع الأول**: صور الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

○ **أولاً**: صور الاستغلال في الفقه الإسلامي:

لقد تقدّم لدى بيان مفهوم الاستغلال أنه يُعدّ مظهراً نفسياً بالدرجة الأولى، ويُمثّله في حيّز الوجود الغبنُ الفاحش كمظهرٍ مادي له، وكونه مظهراً نفسياً فذلك يعني أنه أمرٌ خفيٌ يستدعي وضْع أسس وضوابط متى ما تمّ التّعدي عليها عُدَّ ذلك استغلالاً، ولا يكفي اعتبار الغبن الفاحش وحده دليلاً على حصول الاستغلال؛ لأن الغبن الفاحش قد يلحق عقداً ما بمفرده بمنأى عن الاستغلال.

وفيما يلي أعرض لأبرز الأسس والضوابط المُستنتَجة من الصور التي ذكرها الفقهاء كأمثلة للاستغلال بمعناه الحديث، وذلك قبل الخوض في آراء الفقهاء في تلك الصور ومدى سلطة القاضي في تعديل العقود المشتملة عليها في المطلب القادم بإذن الله تعالى:

➢ **الضابط الأول: الحاجة والاضطرار**:

لقد عالج الفقهاء حالة الحاجة أو الاضطرار في المسألة المعروفة «ببيع المضطر وشرائه»، حيث تُعدّ حماية المحتاج أو المضطر من أهم الأسس التي أرستها قواعد التشريع الإسلامي، فقد يضطرّ إنسان تحت وطأة حاجة ملحّة أو ظرف طارئ عصيب إلى إبرام عقد دون رضاه التام، سواء بالبيع أو الشراء.

وصورة شراء المضطر: أن يضطرّ إنسان إلى حاجة أساسية من طعام أو شراب أو لباس أو نحو ذلك من الحاجات التي لا غنى له عنها، فيجد حاجته عند إنسان يستطيع بَذْلها له، فيقوم هذا الأخير باغتنام هذه الفرصة ليستَغلّ المضطر في حاجته فيبيعه إياها بغبن فاحش.

وأما **صورة بيع المضطر**: أن يضطر إنسان إلى بيع شيءٍ ممّا يملكه تحت وطأة حاجة ملحّة إلى مال ليسدّها، كحاجته إلى شراء طعام يسدّ به رمقه، أو لباس يقي به نفسه من شدة البرد ونحو ذلك، فيأتيه مشترٍ مطّلع على حالته ليستغلّه فلا يشتري منه إلا بأقلّ من ثمن المثل لعِلمه بقبول المضطر بذلك في كل حال.

فالصورتان السابقتان تقدحان في الرضا الذي جعله الله تعالى أساساً أو ركناً تُبنى عليه عقود الناس ومعاملاتهم، قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

- وللفقهاء كلام في المسألة سيأتي في محلّه من المطلب القادم بإذن الله تعالى[١].

فالضابط الأول إذن هو استغلال الحاجة، فأيّ تعدٍّ على حاجة الإنسان وما يضطرّ إليه من الأشياء الضرورية يُعدّ من قبيل الاستغلال الذي نهى عنه الشرع.

➢ **الضابط الثاني: الضّعف:**

ليس كل من يُقدِم على إبرام عقد يتمتّع بقدرٍ كافٍ من الحذق والنباهة، فثمّة من يساوره الضّعف في معاملاته بل ربما في عموم شخصيّته، فيسهل استغلاله والتّحايل عليه بالتعاقد معه بغبن فاحش، وقد مثّل بعض الفقهاء لهذه الحالة بحالة «الغَبِين» الذي لا يعرف أحوال البيع والشراء، ويكثر وقوعه في الغبن الفاحش بسبب ضعفٍ في رأيه أو تخبّطٍ في تصرفاته، كما سيرد ذلك بالتفصيل في المطلب القادم بإذن الله تعالى[٢].

فالضابط الثاني إذن هو استغلال جانبٍ من الضّعف في شخصية الإنسان للتحايل عليه والانتفاع منه بطرق غير مشروعة.

➢ **الضابط الثالث: الجهل أو عدم الخبرة:**

*** يتجلّى هذا الضابط في بعض الصور التي ذكرها الفقهاء، أهمها:**

١- **بيع المُسْتَرسِل:** أي الجاهل بالقيمة من بائعٍ ومشترٍ ولا يُحسن المبايعة، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه[٣]، فالمسترسل إذن تكثر مظنّة وقوعه

(١) سيرد توثيق هذا الضابط وكلام الفقهاء فيه بالتفصيل في المطلب القادم: «أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي» بإذن الله تعالى.

(٢) سيرد توثيق هذا الضابط وكلام الفقهاء فيه بالتفصيل في المطلب القادم بإذن الله تعالى.

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١.

في الاستغلال من قبل البائعين؛ لجهله بأحوال السوق وطرق البيع والشراء، وقد عالج الفقه الإسلامي هذه الحالة كما تقدّم في صور التغرير في المبحث السابق[1]، وسآتي عليها كذلك في المطلب القادم بإذن الله تعالى.

٢- **تلقّي الركبان**: وهم القادمون من السفر بجلوبة، وهي ما يُجلب للبيع وإن كانوا مشاة[2].

والمقصود: أن يتلقّى شخص أو أشخاص طائفة من الناس يجلبون سلعاً وبضائع لبيعها في المدن، فيشترونها منهم قبل وصولهم إلى البلدة ودخولهم السوق، وذلك بأثمان رخيصة، استغلالاً لعدم خبرتهم بالأسعار السائدة في السوق وجهلهم بأحوالها، ويشمل هذا ما لو كان المجلوب على ماشية أو سفينة أو سيارة أو طائرة أو غير ذلك من وسائل النقل الحديثة، ويسمى الراكب جالباً، والسلع التي يحملونها مجلوبة، وهذا ما يُسمى بتلقّي السلع أو تلقّي البيوع في الفقه الإسلامي[3].

فهؤلاء الأشخاص إذن تكثر مظنّة وقوعهم في الاستغلال أيضاً؛ كونهم لا يتمتّعون بخبرة كافية بأحوال الأسواق في المدن، لاختلاف الحال بين القرى الصغيرة والمدن، فقد يُقدِم بعضهم على بيع ما معهم لأول متلقّي لهم جهلاً منهم بحال السوق، أو لتخوّف بعض منهم من الدخول في الأسواق الكبيرة، أو لتَعَجُّل آخرين منهم في بيع ما معهم بُغية العودة سريعاً إلى قراهم، فيقع عليهم جراء ذلك استغلال من قبل الذين يتلقّونهم.

- وقد عالج الفقه الإسلامي هذه الحالة كما سيأتي في المطلب القادم بإذن الله تعالى.

فهذا هو الضابط الثالث والأخير، وهو استغلال الجهل وعدم الخبرة.

وهكذا فقد عرضت لأبرز صور الاستغلال في الفقه الإسلامي قبل بيان آراء الفقهاء حولها وذلك في المطلب القادم بإذن الله تعالى.

---

(١) ينظر: ص ١٠٢ و ١١٠ من هذا البحث.

(٢) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١.

(٣) النظرية العامة للاستغلال، هائل العامري: ص ٣٣٦.

○ **ثانياً:** صور الاستغلال في القانون الوضعي:

لقد سبقت الإشارة في المبحث السابق المتعلّق بمشكلة الغبن إلى أن القانون الوضعي لم يعتد بالغبن المجرّد وحده كعيبٍ في العقد[1]؛ لذا أرجأت الحديث في ذلك إلى هذا المقام، كون فكرة الاستغلال هي نتاج وتطوّر لفكرة الغبن، فالقاعدة في القانون الوضعي أن الغبن المجرّد وحده لا يكفي لأن يورّث العقد عيباً ولا يحمي القانون منه، وذلك كما لو اشترى شخص شيئاً أعجبه بثمن يعادل ضعف قيمته ممن لا يَقبَل أن يبيعه إلا بهذا الثمن، فعلى كل إنسان أن يحمي نفسه من الغبن في معترك المعاملات، وهو يستطيع ذلك باليقظة المعتادة.

فالقانون ليس من شأنه الحرص على إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين؛ لأن فيما فُطر عليه الناس من حرصٍ على مصالحهم الخاصة وحماية منافعهم يكفي لإقامة هذا التّوازن بينهم بصورة أتمّ مما لو أراد القانون التّدخّل في إقامته، وإنما مهمة القانون الحرص على إقامة توازن قانوني بين المتعاقدين بأن يكون كلّ منهما كامل الأهلية، سليم الإرادة، فإذا اختلّ هذا التّوازن القانوني اختلالاً يجعله مظنّةً لأن يضر بمصلحة أحد العاقدين وحقوقه، تدخَّل القانون عندئذ لحمايته بالأحكام المؤدّية إلى هذه الحماية.

ونتيجة لذلك تطوّرت فكرة الغبن إلى فكرة الاستغلال، فالغبن مشكلة لها نواحيها المتعدّدة من أدبية واقتصادية واجتماعية، وقد اختلفت النظرة إليها باختلاف النّزعة السائدة في كل عصر، وترتّب على ذلك أن تطوّرت نظرية الغبن المادية التي سادت في القوانين القديمة إلى نظرية نفسية للاستغلال في القوانين الحديثة، ففي القوانين الغربية عندما كان المذهب الفردي مسيطراً كان مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس السائد في التعامل كما سبق بيان ذلك في الفصل التمهيدي[2]، وهذا هو الوضع الذي سيطر على المجموعة المدنية الفرنسية والقانون المصري القديم؛ إذ كانا مُشْبعين بالروح الفردية، وترتّب على ذلك أن الغبن ما كان يؤثّر في العقد إلا في حالات استثنائية نصّ عليها القانون، فهو عيب في العقد مستقلّ عن عيوب الإرادة، ولا يتحقّق إلا في الحالات المنصوص عليها، ولما ظهر المذهب الاشتراكي وأخذ يقوى، شجّع على

(١) ينظر: ص ١١٥ من هذا البحث.

(٢) ينظر: ص ٦٠ من هذا البحث.

حماية الضعيف من الاستغلال، فأخذت النظرية المادية للغبن تتطوّر في التشريعات الحديثة إلى نظرية نفسية للاستغلال بوصفه عيباً من عيوب الإرادة، وترتّب على ذلك أن أصبح المعيار في نظرية الاستغلال معياراً شخصياً، فالعبرة بقيمة الشيء الشخصية، وهي قيمته في اعتبار المتعاقد، ودرجة الاختلال لا تقف عند رقم معين، وإنما تخضع لمعيار مَرِن، وظاهرٌ أن النظرية المادية لها مزيّة التّحديد؛ لأنها تُمكّن من معرفة ما إذا كان ثمة غبن بعملية حسابية سريعة، لكن عيبها الأكبر هو عدم مرونتها، إذ الأمر يتعلّق بناحية شخصية يسود فيها العنصر النفسي، وتتباين ظروفها مما يقتضي تباين الحلول المناسبة لها[1].

ولقد سلكت القوانين المدنية العربية الطريق الذي سارت فيه القوانين الحديثة، فأخذت بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على الحالات القديمة في الغبن بمقتضى نصوص متفرقة.

وكون هذا البحث قد اكتفى بالقانونين المصري والسوري كأساسٍ للمقارنة مع القوانين الوضعية، فسأعرض لما ورد فيهما من مواد متعلّقة بالاستغلال فيما يأتي:

- نصت المادة (١٢٩) من القانون المصري على ما يلي:

(إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغلّ فيه طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد، أو أن يُنقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن تُرفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن)[2].

---

(١) ينظر: القانون المدني السوري، الشيخ مصطفى الزرقا: ص ١٠٨- ١٠٩، وشرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام- ، محمد وحيد الدين سوار: ص ١١٤- ١١٥، ومحاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٢١٨- ٢٢٠.

(٢) ينظر: التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية: ١/ ٣١٦، أنور العمروسي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ١٩٨٣، والوسيط في القانون المدني: ١/ ٣٦٨، المستشار أنور طلبة، د.ن، د.ط، د.ت.

أما بالنسبة للقانون السوري، فلم يكن عيب الاستغلال معروفاً فيه، فهو عيب جديد استحدثه القانون المدني، إذ نصّ في المادة (٣٠)[١] على ما نصّ عليه القانون المصري بحذافيره في المادة (١٢٩) السابقة، فلا داعي لإعادة سرد المادة.

* فمن خلال المادتين السابقتين في القانونين المصري والسوري يمكن استخلاص صور الاستغلال في القانونين، **حيث يظهر أن للاستغلال صورتين كالآتي:**

❖ **الصورة الأولى: الطّيش البيّن:**

يُقصد بالطّيش: الإقدام على عمل دون مبالاة أو اكتراث بما قد ينجم عن التصرفات التي يقوم بها المتعاقد من نتائج.

أو هو التّسرّع الذي يُصطحب بإهمال وعدم تبصّر، دون اهتمام إلا بالنتائج العاجلة التي قد يأتي بها التصرف.

ويُمكن أن يُفسّر كذلك بأنه الإقدام على إبرام التصرف في فترة من فترات التّحمّس والاستفزاز دون قصد الحصول على منفعة من ورائه.

هذا يعني أن الطّيش بشكل عام هو خفّة وقلّة اتّزان في أعمال الإنسان وأوضاعه، ومثاله: أن يرث شاب طائش ثروة كبيرة، فيستغلّ فيه المرابون وأصحاب الأطماع طيشه الشديد ويستكتبونه من العقود ما يُجرّده من معظم أمواله[٢].

❖ **الصورة الثانية: الهوى الجامح:**

يمكن تعريف الهوى الجامح: بأنه الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد، فتَجعلُه يفقد سلامة الحُكم على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة.

---

(١) شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام-، محمد وحيد الدين سوار: ص ١١٣.

(٢) ينظر: النظرية العامة للالتزام- نظرية العقد-: ص ١٣٢- الدكتور توفيق فرج، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، ١٩٩٣، ومحاضرات في القانون المدني:ص١٤٢، الدكتور هشام القاسم، مطبوعات جامعة دمشق، د.ط، د.ت.

ويثور الهوى الجامح كذلك بالنسبة لحالة معينة فلا يلزم أن يكون ذلك هو السلوك العادي للشخص، وقد وصفه المُشرّع بالجامح ليُنبّه إلى أنه ليس بإمكانه مقاومته أو تلافيه، بحيث يؤثّر في إرادة المغبون فيعيبها دون أن يعدمها كليّة، وتحت تأثير الهوى الجامح يتساهل الشخص إزاء تضحية مالية من شأنها أن تُلحق الغبن بالعقد الذي يبرمه.

ومثال ذلك: حالة الشخص الذي توجد لديه رغبة جامحة في إنقاذ ابنه من مرض خطير، فيستغلّ الطبيب ذلك ويطلب أتعاباً مبالغاً فيها، وكذلك حالة الشخص الذي يقع ضحية لهوى جامح في الحصول على شيء معين كسيارة مثلاً أو قطعة أرض مجاورة لكي يوسع حديقته أو منزله[1].

ويتحقّق وصفا الطّيش البيّن والهوى الجامح في الواقع إذا كان قويّين بالنسبة للشخص الذي يتّصف بهما، بحيث يتجاوزان الحدود المألوفة ويجعلانه عرضة للاستغلال.

تلك هي صور الاستغلال الواردة في القانونين المصري والسوري، وللاستغلال صور أخرى سوى الصورتين المذكورتين، ورد النصّ عليها في قوانين أخرى غير القانونين المصري والسوري، لست بصدد الحديث عنها في هذا البحث.

وسيأتي مزيد من التفصيل للصورتين السابقتين والجزاء المترتّب عليهما وسلطة القاضي في التّدخّل فيهما في المطلب القادم بإذن الله تعالى.



- **الفرع الثاني**: شروط الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

○ **أولاً**: شروط الاستغلال في الفقه الإسلامي:

بالنظر إلى صور الاستغلال الواردة في الفقه الإسلامي، نجد أن الفقه الإسلامي مُمَثّلاً في رأي جمهور الفقهاء لا تبتعد نظرته إلى الاستغلال عن نظرته إلى حكم الغبن الفاحش مع

(١) ينظر: النظرية العامة للالتزام -نظرية العقد-، الدكتور توفيق فرج: ص ١٣٢، ومحاضرات في القانون المدني، الدكتور هشام القاسم: ص ١٤٢.

التغرير كثيراً، فالتغرير والاستغلال متقاربان إلى حدٍّ كبير، بل ويتداخلان في بعض الصور أيضاً، كَحالَتَي المُسْتَرسِل وتلقّي الرُّكبان، وبناء على ذلك يُمكن استنتاج شرطين أساسيين للاعتداد بالاستغلال كعيبٍ مؤثرٍ في العقد، **هما**:

١) عدم وجود تعادل بين التزامات أطراف العقد مما يؤدي إلى أن تطغى مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر، وهو ما يُعرف بالغبن الفاحش، وهذا هو الشرط أو العنصر المادي في المصطلح الحديث.

٢) استغلال أحد المتعاقدين حالة المتعاقد الآخر من ضعف أو جهل أو قلّة خبرة أو نحو ذلك، بحيث تكون تلك الحالة هي الدافع وراء تعاقد الطرف المغبون، وهذا هو الشرط أو العنصر النفسي أو الشخصي في المصطلح الحديث.

فإذا تحقّق هذان الشرطان صرنا أمام مشكلة الاستغلال التي عالجها الفقه الإسلامي، كما في مسألة بيع المضطر وشرائه، وحالتَي المُسترسِل وتلقّي الرُّكبان ونحوها، وسيتجلّى الشرطان ببيان أوضح وتفصيل أوفى في المطلب القادم بإذن الله تعالى لدى عرض آراء الفقهاء في المسألة ومدى سلطة القاضي فيها.

○ **ثانياً**: شروط الاستغلال قانوناً:

لا يختلف الأمر في القانونين المصري والسوري كثيراً عمّا ورد في الفقه الإسلامي، فالاستغلال فيهما يتحقّق بوجود شرطين أساسيين هما:

١) **العنصر المادي أو الموضوعي**: وهو عدم التعادل بين التزام الطرف المغبون والتزام الطرف الغابن، وقد عبّرت عنه المادتان (١٢٩) من القانون المصري و(١٣٠) من القانون السوري، حيث جاء فيهما (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر).

فيظهر من هذا النص أن عدم التعادل يُشتَرط فيه أن يكون فادحاً وشاذاً عن العادة المألوفة، وعلى ذلك لا يكفي شرط عدم التعادل إن كان مألوفاً في التعامل، بل لابد أن يكون خارجاً

عن المألوف، وهذا الأمر يُترك لتقدير القضاء الذي يتولّاه على أساس القيمة يوم العقد، ولا عبرة بما يطرأ من تَغيّر على قيمة الأداءات بعد العقد.

٢) **العنصر النفسي**: ويتألّف هذا العنصر من أمرين:

- **أحدهما**: العمل الذي يقوم به أحد المتعاقدين، وهو الاستغلال والاستثمار.

- **والآخر**: الوضع الذي يكون عليه المتعاقد الآخر، فيستغلّه أو يستثمره المتعاقد الأول، ومُثِّل لهذا الوضع بالطّيش البيّن والهوى الجامح، كما في المادتين (١٢٩) من القانون المصري و(١٣٠) من القانون السوري: (... وتبيّن أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغلّ فيه طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً).

٣) ويكفي أن يعلم المستفيد بظروف المتعاقد الآخر، ويرغب بعد ذلك في الاستفادة منها أو استغلالها، حتى ولو لم يكن له دخل في إيجادها، بل ولو لم يتعمّد دفع الطرف الآخر إلى التعاقد[1].

تلك هي باختصار شروط الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والسوري، ولست بصدد تفصيلها بشكل أكبر؛ كون هذا البحث غير متخصص في موضوع الاستغلال، وإنما يعرض للاستغلال بوصفه حالة من الحالات التي تستدعي تدخّل القاضي في العقد بغرض تعديل ذلك العقد أو فسخه، ولننتقل فيما يلي إلى المطلب الثالث والأهم بالنسبة لموضوع هذا البحث، وهو أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.



(١) ينظر: شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار: ص ١١٥- ١١٦، والنظرية العامة للالتزام- نظرية العقد، توفيق فرج: ص ١٣٠- ١٣١، والاستغلال والغبن في القانون المدني المصري وفي القوانين المدنية العربية: ص ٢٥، أسعد الكوراني، بحث مقدم إلى مؤتمر المحامين العرب السادس المنعقد في القاهرة، عام ١٩٦١م.

المطلب الثالث:

أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

* **ستتم دراسة مضمون هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع كالآتي:**

- **الفرع الأول**: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في القانونين المصري والسوري.
- **الفرع الثالث**: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله بين الفقه الإسلامي والقانونين المصري والسوري.

- **الفرع الأول**: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي

* ستتم دراسة المسألة في هذا الفرع بناء على ترتيب صور الاستغلال وضوابطه في الفقه الإسلامي كما مرّت في المطلب السابق وذلك على النحو الآتي:

➢ **الصورة الأولى: استغلال الحاجة أو الاضطرار:**

تقدّم في المطلب السابق أن الإنسان قد يجد نفسه مضطرّاً إلى البيع والشراء تحت وطأة حاجة ملحّة ألّمت به، كحاجته إلى طعام أو شراب أو لباس أو سداد دَين مرهق أو نحو ذلك، فيبيع ما في يده بالوَكَس؛ لضرورة قضاء تلك الحاجة.

فهذه صورة واضحة وصريحة من صور الاستغلال عَرَض لها عدد من الفقهاء، وفيما يلي أسرد نصوصاً في هذا الصدد من كتبهم:

- جاء في «حاشية ابن عابدين» وأصلها: (بيع المضطر وشراؤه فاسد، وهو أن يضطرّ الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير، وكذلك في الشراء منه... أي من المضطر، مثال لبيع المضطر: بأن اضطرّ إلى بيع شيء من ماله ولم يرضَ المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش)[1].

- كما جاء في كتاب «الفروع» في بيان شروط البيع: (أحدها: الرضا، فإن أُكرِه بحقّ صَحَّ، وإن أُكرِه على وزْنِ مالٍ فباع مِلكه كُرِه الشراء ويصحّ على الأصح، وهو بيع المضطر، ونقل حرب تحريمه وكراهته، وفسّره في روايته فقال: يجيئك محتاج فتبيعه ما يساوي عشرة بعشرين...قال علي: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطرِّ وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تُدرك»[2])[3].

فالنصوص السابقة في الفقه الإسلامي واضحة الدلالة على حرمة استغلال أحد العاقدين لحاجة الآخر، ومع أن الفقهاء لم ينصّوا صراحة على منْح المتعاقد المضطر حق الخيار حال وقوعه في غبن فاحش، إلا أنه لدى النظر في حالات الغبن مع التغرير التي نصّ عليها جمهور

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٩.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: ٣/ ٢٥٥، كتاب: البيوع، باب: في بيع المضطر، رقم الحديث: ٣٣٨٢، كما أخرجه البيهقي في سننه: ٦/ ١٧، باب: ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره، رقم الحديث: ١٠٨٥٩.
جاء في معرفة السنن والآثار: وأما حديث علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع المضطر فإنه إنما رواه أبو عامر صالح بن رستم عن شيخ من بني تميم عن علي، فهو عن مجهول. ينظر: معرفة السنن والآثار عن الإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي: ٤/ ٤٠٢، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.
وجاء في كتاب بيان الوهم والإيهام: وذكر أيضاً من طريق أبي داود عن علي بن أبي طالب قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر... قال: وهذا ضعيف... ونص حديث علي فيه صالح بن عامر راويه لا يعرف من هو عن شيخ من بني تميم وهو أبعد عن أن يعرف، والكلام في الحديث كلام علي رضي الله عنه. ينظر: بتصرف من بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام: ٢/ ١٥٦- ١٥٧، الحافظ ابن القطان الفاسي أبو الحسن علي بن محمد بن عبدالملك، تحقيق: الحسين سعيد، دار طيبة، الرياض، ط١، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م. وبذلك يُعَلّ سند الحديث بوجود مجهول فيه، والله أعلم.

(٣) الفروع، ابن مفلح: ٤/ ٣.

الفقهاء في المبحث السابق[1] نجد أن حالة المضطر المغبون غبناً فاحشاً لا تبتعد عن تلك الحالات، إن لم تكن أشدّ من بعضها!.

فبناء على ذلك يُمكن تخريج حالة المضطر المغبون غبناً فاحشاً على تلك الحالات، وذلك بمشروعية منْحه حق خيار الغبن جرّاء استغلال المتعاقد الآخر لحاجته، وعليه فإن للقاضي في هذه الحالة سلطة تعديل العقد بإنقاص الثمن الذي دفعه المضطرّ لقاء حصوله على السلعة أو المنفعة التي اضطرّ إليها إلى ثمن المثل.

ولا يخفى أن القول بمشروعية سلطة القاضي في التّدخّل في العقود التي شابها استغلال وتعديلها على النحو الذي يعيد إليها التوازن هو ما يتوافق مع نصوص الشرع وقواعده ومبادئه التي أُسّست لحماية الحقوق ومراعاة مصالح عموم الناس، كيلا تطغى مصلحة القوي على الضعيف أو مصلحة الميسور على المضطرّ، قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[2]، والمضطرّ لولا حاجته الملحّة لم يبرم العقد بغبن فاحش، وذلك يقدح في رضاه وطيب نفسه، فوجب مراعاة حاجته وعدم استغلاله وغبنه.

---

(١) ينظر: ص ١١٢ من هذا البحث.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك: ١/ ١٧١، في حديث طويل عن ابن عباس رضي الله عنهما، كتاب: العلم، رقم الحديث: ٣١٨، والبيهقي في سننه: ٦/ ١٠٠، كتاب: العارية، باب: من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً، رقم الحديث: من ١١٣٢٢ إلى ١١٣٢٥، والدارقطني في سننه: ٣/ ٢٥-٢٦، كتاب: البيوع، رقم الحديث: من ٨٧ إلى ٩٣، بألفاظ متقاربة، سنن الدارقطني، علي بن عمر، أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م.

ولقد ضعّف ابن حجر رحمه الله تعالى رواية الحاكم والدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما؛ لوجود العرزمي في إسنادها وهو ضعيف، وقوّى رواية البيهقي وابن حبان عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه. ينظر: تلخيص الحبير: ٣/ ٤٥- ٤٦، وقال الهيثمي رحمه الله في رواية أبي حميد الساعدي: ورجال الجميع رجال الصحيح. ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: ٤/ ١٧١، علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان للتراث، دار الكتاب العربي، القاهرة، بيروت، د.ط، ١٤٠٧هـ.

➢ **الصورة الثانية: استغلال الضّعف:**

تقدّم في المطلب السابق أن الصفات البشرية تتباين من شخص لآخر، فثمة من يتمتّع بقدرٍ كبير من الإدراك والنّباهة في معاملاته وعموم تصرفاته، فيندر وقوعه في مزالق الاستغلال والخداع، وعلى العكس من ذلك ثمة من يقع صيداً سهلاً أمام أطماع المتربّصين من أهل الجشع الذين ليس لهم هَمّ سوى تكديس الأموال بأي وسيلة كانت ولو على حساب استغلال حاجات الناس، أو قصْد استغلال أولئك الذين لا يتمتّعون بقدرٍ كافٍ من النّباهة وسداد الرأي، ليمارسوا عليهم أشكال الخداع والغبن الفاحش فيما يبرمون معهم من عقود بطريقة لا تتوافق ومقاصد الشرع التي نَصّ الشارع عليها لدى تشريع العقود، وفي مقدّمتها حماية مصالح أطراف العقد كافة بمنأى عن الغش والخداع والغبن.

وقد مثّل بعض الفقهاء لهذه الصورة بحالة «الغَبِين» الذي يكثر وقوعه في الغبن الفاحش؛ لضعفٍ في رأيه أو خللٍ في عموم تصرفاته، جاء في كتاب «غمز عيون البصائر»: (قوله: وخيار الغبن، وهو يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغرير البائع المشتري بأن كان غَبِيناً لا يعرف، فقال البائع: اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه، فاشتراه مغترّاً بقوله، فله خيار الغبن)[1].

فالنص السابق فيه توضيح لحالة الغَبِين الذي لا يحسن المبايعة على النحو الذي يحفظ حقه ويقيم مصلحته بمنأى عن الخداع والغبن، وقد بيّن علماء اللغة مفهوم كلمة «غَبِين» بما يلي: غَبِن رأيه: من باب طَرِب، إذا نقص وضعف وقلّت فطنته وذكاؤه، فهو غَبِين أي ضعيف الرأي[2].

ولدى العودة إلى النص الفقهي السابق نجد أن الفقه الإسلامي قد ضمن للغَبِين حقه من خلال منْحه خيار الغبن الذي يعيد حقه إليه، ما يعني أن القاضي يملك سلطة التّدخّل في

(١) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر (لزين العابدين ابن نجيم المصري): ٣/ ٤٤٢، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

(٢) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٣/ ٣٠٩، ومختار الصحاح، الرازي: ص ١٩٦.

العقد في هذه الحالة بمنح المتعاقد «الغَبِين» حق الخيار، **وحينئذ يكون القاضي أمام أمرين بناء على طلب الغَبِين:**

- **أحدهما:** أن يفسخ العقد ويعيد للغَبِين ماله وللمتعاقد الآخر سلعته إن كانت على حالها.

- **والأمر الآخر:** أن يعدّل العقد ويعيد إليه التوازن من خلال إزالة الغبن الذي شابَه، وذلك بأن يعيد إلى الغَبِين ما دفعه من ثمنٍ للسلعة زيادة على ثمن المثل.

وبذلك تحصل سلامة الرضا الذي يُعدّ الركن الأساسي في كل عقد ينشأ في ظل أحكام الفقه الإسلامي؛ تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء:٢٩].

وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي يقف حائلاً أمام كل من تسوّل له نفسه الإقدام على الكسب بطرق غير مشروعة، كاستغلال حاجات الناس أو استغلال مواطن الضعف في طائفة منهم، وفي ذلك ردٌّ قوي على من ادّعى أن الفقه الإسلامي لم يعرف الاستغلال بصوره المعروفة حديثاً.

➢ **الصورة الثالثة: استغلال الجهل أو عدم الخبرة:**

سبق الحديث في الصورة السابقة عن أحوال الناس والتفاوت الحاصل بينهم من حيث الإلمام بطرق التعاقد بيعاً أو شراءً أو إجارةً أو نحو ذلك من أشكال العقود والمعاملات، وليس خافياً ما يجري في الأسواق من فنون التحايل والاستغلال من قِبل طائفة من أهل السوق؛ لذا فقد أحاط الفقه الإسلامي العقود بسياج منيع، فمنح القاضي سلطة التّدخّل في العقود التي يشوبها تحايل أو استغلال بفسخها أو تعديلها وإعادة التوازن إليها؛ دفعاً للنزاع المُحتمل وقوعه بين المتعاقدين، وسدّاً لأبواب الغش والخداع والغبن من قِبل ضعاف النفوس، كما رأينا كيف ضمن الفقه الإسلامي حقّ الضعيف الذي يفتقر إلى الحكمة في التصرف والسداد في الرأي.

بيد أن صور الاستغلال لا تقتصر على من كان فيه ضعف في رأيه أو خلل في تصرفاته فحسب، فثمة من يدخل السوق ويتمتّع بقدرٍ كافٍ من الحكمة وسداد الرأي، ولكنه يفتقر إلى

المعرفة التامة والإلمام الشامل بأحوال السوق وحركة الأسعار هبوطاً وارتفاعاً، كما يفتقر إلى الخبرة الكافية التي تحصّنه من الوقوع في غبن محتمل من قِبل بعض ضعاف النفوس من أهل السوق؛ لذا فقد أحاط الفقهاء بهذا الجانب، فدرسوا أحوال الوافدين إلى السوق بقصد حماية حقوق أولئك الذين يجهلون حال السوق، مستندين في ذلك إلى نصوص الشرع وقواعده ومبادئه المبنيّة على العدل والمساواة وحماية مصالح الأطراف كافة من منتجين وبائعين ومستهلكين.

* ولقد عَرَض الفقهاء لأهم الحالات التي يكثر حدوثها في الأسواق بسبب الجهل وعدم الخبرة، **وهي: حالة المُسْترسِل، وحالة تلقّي الرُّكبان.**

وقبل الخوض في تفصيلات هاتين الحالتين يجدر التنبيه إلى ما سبق طرحه في مطلع هذا المبحث من أن ثمة تداخلاً بين صور الغبن المصحوب بالتغرير وصور الاستغلال، ويتمثل ذلك التّداخل في هاتين الحالتين اللتين بين أيدينا الآن، فكلتا الحالتين تصلح في آنٍ معاً مثالاً للغبن المصحوب بالتغرير ومثالاً للاستغلال كذلك.

ولقد سبق الحديث عن هاتين الحالتين في المبحث السابق لدى بيان صور الغبن الفاحش مع التغرير[1]، وذلك لا يمنع أن أعرّج عليهما ببيان آخر في هذا المقام أيضاً؛ لمناسبتهما لمشكلة الاستغلال، **ولتكتمل بذلك صور الاستغلال الواردة في الفقه الإسلامي:**

❖ الحالة الأولى: المُسْترسِل:

لقد عالج الفقه الإسلامي مشكلة المسترسل الجاهل بأحوال السوق، وضمن له حقّه برفع الضرر المُحتمل وقوعه عليه، ولقد وردت هذه الحالة ببيان ساطع في مذهب السادة المالكية والحنابلة، وفيما يلي أورد نصوصاً من المذهبين في بيان هذه الحالة:

* ففي مذهب السادة المالكية: جاء في «مواهب الجليل» بعد طرح مشكلة الاستغلال وأمثلتها والأقوال فيها: (...فتحصّل من هذا أن القيام بالغبن في بيع الاستئمان والاسترسال هو المذهب، وأنه لا قيام به في غيره إما اتّفاقاً أو على المشهور)[2].

---

(١) ينظر: ص ١٠٦ وما بعدها من هذا البحث.

(٢) مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٧٠- ٤٧٢، وينظر: شرح مختصر خليل: ٥/ ١٥٢، أبو عبدالله محمد بن عبدالله الخرشي المالكي، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

* وفي مذهب السادة الحنابلة: جاء في «كشاف القناع»: (والمسترسل وهو اسم فاعل من استرسل إذا اطمأنّ واستأنس، والمراد هنا الجاهل بالقيمة من بائع ومشتر ولا يحسن أن يماكس، فله الخيار إذا غبن الغبن المذكور، أي الذي يخرج عن العادة؛ لأنه حصل لجهله الخيار فثبت له الخيار كما ثبت، ويُقبل يمينه أنه جاهل بالقيمة لأنه الأصل، ما لم تكن قرينة تُكذّبه في دعوى الجهل فلا تُقبل منه،... وأما من له خبرة بسعر المبيع ويدخل على بصيرة بالغبن، ومن غُبن لاستعجاله في البيع ولو توقّف فيه ولم يستعجل لم يُغبن، فلا خيار لهما؛ لعدم التغرير)[1].

فالنصان السابقان يؤكدان على حرص الفقه الإسلامي على حماية حق المسترسل وهو الجاهل بأحوال السوق ضمن حالات أو شروط **أبرزها**:

١- أن يكون الشخص جاهلاً بأسعار السوق، ولا يحسن المماكسة.

٢- ألّا تكون ثمة قرينة تُكذب الشخص في ادعائه الجهل، ويُقبل يمينه بأنه جاهل بالقيمة في هذه الحالة.

٣- ألّا يدخل السوق على بصيرة بالغبن.

٤- ألّا يكون استعجاله في التعاقد سبباً في وقوعه في الغبن.

فإذا تحقّقت الشروط الآنفة ثبت وقوعه في الاستغلال المحظور شرعاً بنص قول النبي صلى الله عليه وسلم: «غبن المسترسل ظلم»[2].

* أما السادة الحنفية والشافعية فلم يعتدّوا بحالة المسترسل، ولست بصدد بيان خلاف الفقهاء حول آحاد صور الاستغلال؛ إذ أروم في هذا المقام بيان صور الاستغلال الواردة في أيّ من المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة، للتأكيد على أن الفقه الإسلامي عرف صوراً للاستغلال بمفهومه الحديث قبل التشريعات الحديثة.

وفي هذه الحالة بناء على ما مرّ في الفقهين المالكي والحنبلي، فإن القاضي يملك سلطة التّدخّل في العقد بمنح المتعاقد الذي وقع ضحية الاستغلال- وهو المُسترسِل- حق خيار الغبن، **وحينئذ يكون القاضي أمام أمرين بناء على طلب المُسترسِل**:

---

(١) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١٢، وينظر: مطالب أولي النهى، مصطفى الرحيباني: ٣/ ١٠٠- ١٠١.

(٢) سبق تخريجه ص ١١١.

- **أحدهما**: فسخ العقد.

- **والآخر**: تعديل العقد بإزالة الغبن عنه والموازنة بين مصلحة طرفي العقد فلا تطغى مصلحة أحدهما على الآخر، وخير سبيل إلى ذلك الاحتكام إلى ثمن المثل، وذلك بأن يُعاد إلى المُسترسِل المبلغ الذي دفعه زيادة على ثمن المثل في حالة الشراء، وأما في حالة البيع: فيضيف المشتري المستغِلّ إلى الثمن الذي دفعه للبائع المُسترسِل القدْرَ الذي يصل به إلى ثمن المثل.

وبذلك تستقيم المعاملات بين الناس، وينتظم حال السوق بمنأى عن أي شكل من أشكال الخداع والاستغلال.

ويلحظ من الشروط السابقة لحالة الاسترسال والتي تمّ استنتاجها من نصوص الفقهاء أن الفقه الإسلامي لم يفتح الباب على مصراعيه أمام كلّ من يدّعي الجهل بأحوال السوق، وأن القضاء الإسلامي لا يتدخّل فيما يبرمه الناس من عقود فيما بينهم إلا ضمن أحوال محدّدة؛ كيلا تُمسّ حرّيّاتهم بأيّ ضيق مما قد ينتج عنه اضطراب في المعاملات أو خلل في حركة الأسواق، فمتى ما اختلّ شرط من تلك الشروط، انتَفَت حالة الاستغلال واستمر العقد على حاله دون فسخ أو تعديل.

❖ **الحالة الثانية: تلقّي الرُّكبان:**

هذه هي الحالة الثانية من حالات الجهل وعدم الخبرة، وقد تقدّم أن تلقّي الركبان يُقصد به: تلقّي أولئك القادمين من القرى والبوادي إلى المدن حاملين معهم ما تيسّر من السلع والمنتجات بغرض بيعها، والشراء منهم قبل دخولهم المدن ومعرفتهم الأسعار.

والركبان: جمع راكب، والتّعبير به جرى على الغالب، والمراد منه القادم ولو كان واحداً أو ماشياً[1].

ويستوي في الراكب أن يكون على بعير أو أيّة دابة أخرى بالنسبة للزمن الماضي، أو يأتي راكباً على أيّة وسيلة من وسائل النقل المعروفة في الزمن الحاضر.

(١) ينظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١.

وتكثر في هذه الحالة مظنّة الوقوع في الاستغلال؛ لأن القادمين من القرى– في الغالب– لا يتمتّعون بالخبرة الكافية والإلمام الشامل بأحوال السوق وأسعار السلع، فغلب على متلقّيهم استغلال جهلهم وعدم خبرتهم، وبالتالي الشراء منهم بأقل من سعر السوق.

ولقد عالج الفقه الإسلامي هذه الحالة من خلال وضع شروط وضوابط بالاستناد إلى نصوص الشرع وقواعده التي تكفل حماية هؤلاء وأمثالهم ممن قد يقعون ضحية لأطماع ضعاف النفوس، وبهذه المناسبة أنقل فيما يلي طرفاً من نصوص الفقهاء في بعض الجوانب المتعلّقة بهذه الحالة:

– جاء في «مغني المحتاج»: (... ولهم الخيار إذا أُغبنوا وعرفوا الغبن... لما رواه البخاري: «لا تلقّوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق، فمن تلقّاها فصاحب السلعة بالخيار»[1]، .. فإن التمسوا البيع منه ولو مع جهلهم بالسعر أو لم يُغبنوا كأن اشتراه منهم بسعر البلد أو بدونه وهم عالمون فلا خيار لهم؛ لانتفاء المعنى السابق، وكذا لا خيار لهم إذا كان التّلقّي بعد دخول البلد ولو خارج السوق؛ لإمكان معرفتهم بالأسعار من غير المتلقّين)[2].

– وجاء في «المغني»: (ونهى عن تلقّي الركبان، فإن تلقّوا واشترى منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق وعرفوا أنهم قد غُبنوا، إن أحبّوا أن يفسخوا البيع فسخوا، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، لما روي عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تلقّوا الركبان ولا يبع حاضر لباد»، وعن أبي هريرة مثله، مُتّفق عليهما[3]،... فإن خالف وتلقّى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح....لأن أبا هريرة رضي الله عنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تلقّوا الجلب، فمن تلقّاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار»[4]

(١) سبق تخريجه ص ١١٥.

(٢) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٦– ٣٧، وينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: ٣/ ٤١٣، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤٦٦.

(٣) سبق تخريجه ص ١١٨.

(٤) سبق تخريجه ص ١١٥.

رواه مسلم، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح، ولأن النهي لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى ضرب من الخديعة يُمكن استدراكه بإثبات الخيار، فإذا تقرّر هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غُبن... وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن؛ لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن)[1].

فمن خلال النصين السابقين يظهر جليّاً أن الفقه الإسلامي قد عالج هذه الحالة من حالات الاستغلال بالاستناد إلى نصوص صريحة من السنة النبوية المطهّرة، ووفق ضوابط وشروط ينبغي تحقُّقها لإثبات حصول الاستغلال فعلاً، **وهي**:

١) أن يكون المتلقّي عالماً بحرمة التّلقّي.

٢) أن يقصد المتلقّي لدى خروجه إلى أطراف البلد تلقّي الركبان واستغلالهم.

٣) ألّا يثبت أن الركبان القادمين من القرى هم من التمسوا البيع من المتلقّي.

٤) أن يلحق العقد المُبرم بين الركبان والمتلقّين غبن فاحش.

٥) ألّا يكون التّلقي بعد دخول الركبان البلد وإمكان معرفتهم بالأسعار من غير المتلقّين.

فإذا تحقّقت الشروط السابقة المُستنتَجة من نصوص الفقهاء صرنا أمام حالة من حالات الاستغلال، فيملك القاضي بناء على ذلك سلطة التّدخّل في العقد وذلك من خلال منْح المتعاقد المغبون- وهو القادم من القرى- حق خيار الغبن، **ويكون القاضي أمام أمرين بناء على طلب المغبون**:

- **أحدهما**: فسخ العقد فيما بينه وبين المتلقّي.

- **والأمر الآخر**: تعديل العقد بإلزام المتلقّي بزيادة الثمن الذي دفعه للمغبون إلى ثمن المثل، وبذلك تحصل الموازنة بين مصلحة كلا الطرفين بمنأى عن شوائب الغبن والاستغلال.

وهذه الحالة واسعة الانتشار في الوقت الراهن، فلا يكاد المرء يدخل سوقاً من الأسواق إلا ويجد فيه طائفة من أهل القرى والبوادي قدِموا بغرض بيع ما معهم من سلع ومنتجات، وهم

(١) المغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ١٥٢، وينظر: كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢١١.

ليسوا سواء في مستوى الإلمام بحال السوق والخبرة في التعاطي مع أهل السوق، لذا فإن من السّهل استغلال بعضهم، وخاصة أولئك الذين يرهبون دخول الأسواق والوقوع في متاهاتها، وكذلك الذين يرغبون في العودة سريعاً إلى قراهم ممن لا تتوافر لديهم وسائل نقل خاصة، فيقعون بسبب ذلك ضحيةً للاستغلال من قِبل أول متلقّي لهم، فبناء على ذلك راعى الفقه الإسلامي أحوال هؤلاء وحفظ لهم حقوقهم على أكمل وجه كما سبق بيان ذلك، وما تلك الشروط المُستنتَجة من نصوص الفقهاء كأساس لتحقُّق الاستغلال في حالة «تلقّي الركبان» إلا للتأكيد على دقّة أحكام الفقه الإسلامي وخاصة فيما يتعلّق بتدخّل القاضي في العقود، فالقاضي في الفقه الإسلامي لا يملك سلطة التّدخّل المطلق في أيّ عقد إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك؛ احتراماً لحرية المتعاقدين المكفولة شرعاً بشرط اجتناب المحظور.

ونصل بهذا الكلام إلى ختام الحديث في أثر الاستغلال في العقد وسلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي، وقد ظهر جليّاً من خلال صور الاستغلال التي نصّ عليها الفقهاء فيما مضى الشرطان الأساسيان اللذان تمّ استنتاجهما للاستغلال في الفقه الإسلامي في المطلب السابق[1] **وهما:**

- **أولاً:** عدم وجود تعادل في الالتزامات بين طرفي العقد، أي: الغبن الفاحش.
- **ثانياً:** استغلال الحالة التي يكون عليها أحد أطراف العقد مثل: الحاجة والاضطرار، والضّعف، والجهل وعدم الخبرة.

حيث راعى الفقهاء الشرطين بشكل ظاهر في صور الاستغلال كلّها، فإذا اختلّ الشرطان أو أحدهما لم نكن أمام أيّ شكل من أشكال الاستغلال، **وبيان ذلك ما يلي:**

- **ففي حالة المُسترسِل:** نصّ الفقهاء كما سبق على ثبوت الخيار للمسترسل إذا تحقّق فيه شرطا الاستغلال، وهما وقوعه في الغبن الفاحش، وارتباط الغبن الفاحش بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد من حيث ثبوت جهله بأحوال السوق وأسعار السلع، فمن ثبت كونه

(١) ينظر: ص ١٦٥ من هذا البحث.

مسترسلاً ولكن تمّ التعاقد معه بثمن المثل بمنأى عن الغبن الفاحش، فلا خيار له؛ لاختلال الشرط الأول، ومن كانت له خبرة بسعر المبيع ودخل السوق على بصيرة بالغبن، فلا خيار له أيضاً؛ لاختلال الشرط الثاني من شروط الاستغلال.

- **وفي حالة تلقّي الرُّكبان**: أذكر على سبيل المثال أن الفقهاء نصّوا- كما سبق- على أن من تلقّى الركبان فاشترى منهم بثمن المثل بمنأى عن الغبن الفاحش، فلا خيار لهم حينئذ؛ لاختلال أحد شَرطَي الاستغلال وعدم الإضرار بهم، وهكذا الحال في صور الاستغلال كلّها.

وأكتفي بما سبق بيانه، ولننتقل فيما يلي إلى ما ورد في القانونين المصري والسوري في هذا الجانب.



■ **الفرع الثاني**: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في القانونين المصري والسوري

قبل الخوض في هذه المسألة يتعين ذكر المادة التي نصّت على أحكام الاستغلال في القانونين المصري والسوري؛ كي يتسنى ذكر الأحكام المتعلّقة بالمادة، فقد نصّت المادة (١٢٩) من القانون المصري، والمادة (١٣٠) من القانون السوري على ما يلي:

١) إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل ألبتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أن المتعاقد المغبون لم يُبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغلّ فيه طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو يُنقص التزامات هذا المتعاقد.

٢) ويجب أن تُرفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

٣) ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عَرَض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

*** وفيما يلي بيان لأبرز الأحكام الواردة في هذه المادة بشيء من التفصيل:**

يظهر من خلال المادة أن الاستغلال لدى ثبوته له أثر واحد، وهو رفع الغبن عن المتعاقد المغبون، **ولهذا الأثر وجهان في القانونين المصري والسوري:**

- **أحدهما**: إبطال العقد. - **والآخر**: إنقاص التزامات المتعاقد المغبون.

كما يلحظ من خلال المادة السابقة أنه لابد لتدخّل القاضي في العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال من توافر أربعة شروط، **هي**:

١- عدم التعادل بين الالتزامات والمنافع الناجمة عن العقد.

٢- أن يكون عدم التعادل ناتجاً عن استغلال الطرف الآخر طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً لدى المتعاقد المغبون.

٣- أن يكون إبرام العقد قد تمّ نتيجة ذلك الاستغلال.

٤- أن تُرفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد.

*** فإذا تحقّقت الشروط السابقة كنا أمام حالة الاستغلال التي تستوجب تدخّل القاضي في العقد من خلال أحد إجراءين رئيسين كالآتي:**

الإجراء الأول: إبطال العقد:

حيث أجاز القانون للمتعاقد الذي وقع ضحية الاستغلال أن يطلب إبطال العقد، لكن الإبطال هنا ليس على سبيل الوجوب على القاضي؛ إذ يجوز له ألّا يُبطل العقد بحيث يقتصر على الحكم بنقص التزامات المتعاقد المغبون إذا اتّضح له أن إرادة هذا الأخير لم تصل في فسادها إلى الحدّ الذي يُبرر الإبطال، فله في هذا الشأن سلطة تقديرية يهتدي فيها بظروف الدعوى، ولا رقابة عليه في ذلك.

كذلك يجوز للقاضي ألّا يحكم بالبطلان إذا كان العقد من عقود المعاوضة وعرض المتعاقد الغابن ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، كما ورد ذلك في الفقرة الثالثة من المادة السابقة (ويجوز في المعاوضة أن يتوقّى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عَرَض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن)، **ومثال ذلك**: إذا كان الاستغلال من قِبل المشتري تجاه البائع، فإن المشتري يستطيع أن يتوقّى الإبطال إذا عَرَض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن، وليس معنى ذلك أن يشترط التعادل بين الثمن وقيمة المبيع، بل المقصود أن تكفي الزيادة في الثمن لأن تُزيل الغبن الفاحش، والمسألة مرجعها إلى تقدير القاضي في ضوء الظروف.

الإجراء الثاني: دعوى الإنقاص:

*** أي نقص التزامات المتعاقد، فيحكم القاضي بالنقص في حالتين:**

➢ **الأولى**: إذا كان المتعاقد المغبون قد اختار من بادئ الأمر نقص التزاماته ولم يطلب الإبطال، وعندئذ لا يكون للقاضي الحكم بالإبطال، وإلّا يكون قد حكم بأكثر مما طلبه المتقاضي، وذلك لا يجوز طبقاً لقواعد قانون المرافعات، لاسيما وأن المتعاقد المغبون قد قدّر مصلحته واختار الإنقاص، فلا وجه لأن يذهب القاضي إلى أبعد من ذلك.

➢ **الحالة الثانية**: يجوز للقاضي أن يكتفي بالإنقاص ولو طلب المتعاقد المغبون الإبطال، إذا رأى أن في إنقاص التزاماته ما يكفي لإزالة كل أثر للاستغلال، ويلاحظ أن القاضي إذ يعمد إلى إنقاص التزامات الطرف المغبون لا يتعيّن عليه إزالة كامل الغبن، وإنما يترتّب عليه إزالة الغبن الفاحش والاختلال الخطير القائم بين الالتزامات المتقابلة، وبالتالي إبقاء الغبن اليسير الذي لا يشكّل بمفرده سبباً في تعديل العقد.

ولا يجوز للقاضي بدل أن يُنقص التزامات المغبون أن يرفع التزامات الطرف المستغِل؛ إذ إن النص لم يذكر سوى إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، فلا يجوز رفْع التزامات المتعاقد المستغِل إلا إذا قدّم من تلقاء نفسه في عقود المعاوضة ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن كما سبق بيان ذلك.

تلك هي الإجراءات المتّبعة من قِبل القاضي لدى تدخُّله في كل عقد شابَه استغلال من قِبل أحد الأطراف.

كما يظهر من نص المادة السابقة في القانونين المصري والسوري أن سلطة القاضي تنحصر في صورتين فقط للاستغلال، هما الطيش البيّن، والهوى الجامح، وما عدا هاتين الصورتين لم يمنح القانونان القاضي سلطة التّدخّل، فلا يدخل في إطار هذه السلطة حماية المغبون نتيجة لاستغلال نواحٍ أخرى من الضعف الإنساني، كالحاجة والضرورة، أو عدم الخبرة، أو ضعف الإدراك، وغير ذلك من الحالات التي من شأنها إضعاف إرادة الإنسان واندفاعه إلى التعاقد دون اختيار كافٍ.

وجدير بالملاحظة أن تقدير حالَتَي الطّيش البيّن والهوى الجامح مما يخضع لسلطة قاضي الموضوع المطلقة تبعاً للظروف والأحوال؛ نظراً لعدم تحديدهما بصورة كافية بحيث تحتملان بصورة أو بأخرى العديد من المعاني والتفسيرات، والقاضي في بحثه عن العنصر النفسي لدى الطرف الآخر المستفيد في العقد لا ينحصر في الكشف عن سلوك إيجابي معين صدر عن الطرف الآخر في سبيل حصوله من الطرف الضعيف على قدر يزيد عمّا قدّمه له، كأن يساهم مثلاً في إيجاد حالة الطرف الآخر، أو أنه هو الذي سعى إلى التعاقد مع الطرف المغبون ليستغلّ ما به من حالة ضعف، إذ لا أهمية لذلك في رأي القانون.

فالاستغلال ينحصر في الاستفادة من المركز الذي وُجد فيه الطرف الآخر ودفع به إلى التعاقد بشروط ما كان له أن يقبلها في الأحوال العادية، فيكفي اقتصار دور الطرف الآخر على الاستفادة من ذلك، فركن الاستغلال يتمثّل في الاستفادة من مركز أو حالة الطرف الآخر المغبون[1].

بقي أخيراً بيان المدة أو المهلة القانونية المحدّدة لممارسة المغبون حقه في الإبطال أو النقص، حيث حدّدت المادة السابقة المدة بسنة واحدة يحقّ من خلالها للطرف المغبون أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى النقص وذلك تحت طائلة السقوط، وكما نصّ القانونيون فإن ميعاد السنة هنا ليس ميعاد تقادم بل هو ميعاد سقوط، وتفترق مدة السقوط عن مدة التقادم في أنها لا تقبل التّوقّف ولا الانقطاع، فبانتهاء السنة تصبح دعوى الاستغلال غير مقبولة، والأمر الذي دعا مُشرّعي القوانين إلى تخصيص دعوى الاستغلال بهذا الحكم أنهم رأوا تصفية النزاع في شأن العقود التي يشوبها الاستغلال في أقلّ وقت حتى يستقرّ التعامل[2].

---

(١) ينظر لما سبق: الاستغلال والغبن في القانون المدني المصري، أسعد الكوراني: ص ٣٤، وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، محمد علي الخطيب: ص ١٧٤ وما بعدها، ومحاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٢٣١- ٢٣٢، ونظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، توفيق فرج: ص ٣١٢- ٣١٣، وشرح القانون المدني السوري- النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار: ص ١١٩- ١٢٠.

(٢) شرح القانون المدني السوري- النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار: ص ١٢١، ومحاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٢٣٣.

تلك هي باختصار أبرز النقاط الواردة في القانونين المصري والسوري في مسألة: «أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله»، ولينتقل الحديث بعد ذلك إلى المقابلة فيما بينها وبين ما ورد في الفقه الإسلامي فيما سبق.



▪ **الفرع الثالث**: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله بين الفقه الإسلامي والقانونين المصري والسوري

على الرغم مما قد يُقال بأن الاستغلال كعيبٍ في الإرادة هو في الأصل فكرة قانونية مُستحدثَة أصّلها وطوّرها ووضع أحكامها القانون الوضعي المعاصر، إلا أنه يُلحظ أن هذه الفكرة تعود في جذورها وأصولها إلى الفقه الإسلامي، ولكن ليس من خلال نظرية عامة، وإنما من خلال بعض التطبيقات والصور، كمسألة بيع المضطر وشرائه، وحالَتَي المسترسل وتلقّي الركبان[1]، وغيرها من الصور التي مرّت معنا وواضح فيها قيامها على فكرة الاستغلال بمعناه الحديث.

ولدى النظر في الأحكام المتعلّقة بمشكلة الاستغلال فيما سبق في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والسوري، تتجلّى أمامنا بوضوح مزايا الفقه الإسلامي ومحاسنه على الرغم من عدم اشتماله على نظرية مستقلّة خاصة بالاستغلال على غرار القانونين المذكورين، **وتتلخّص تلك المزايا والمحاسن في النقاط الآتية**:

١) لقد راعى الفقه الإسلامي حالة الطرف المغبون الذي وقع ضحية الاستغلال بصورة أمثل عن تلك التي وردت في القانونين المصري والسوري؛ حيث وسّع الفقهاء من الضوابط والحالات التي تضم صور الاستغلال، **وهي كما سبق**:

أ- استغلال الحاجة والاضطرار: وتضم مسألة بيع المضطر وشرائه.

ب- واستغلال الضّعف: وتضم صورة «الغَبِين» الذي لا يعرف المماكسة.

(١) نظرية العقد: ص ١٥٢، الدكتور محمود المظفر، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، د.ط، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م.

ج- واستغلال الجهل وعدم الخبرة: وتضم صورتَي المُسترسِل وتلقّي الرُّكبان.

بينما نجد على الطرف الآخر أن القانونين المصري والسوري قد قصرا مشكلة الاستغلال على صورتين فقط، هما الطّيش البيّن، والهوى الجامح، واستبعدا الحالات الأخرى، كالحاجة وعدم الخبرة ونحوهما، مع أن عناصر الاستغلال وشروطه متحقّقة في تلك الحالات، وتتطلّب دواعي العدالة أن تشملها أيضاً، ولا يخفى ما في ذلك من تقصير في حقّ الطرف المغبون وعدم مراعاة مصلحته كما ينبغي، وهذه ثغرة واضحة في القانونين المصري والسوري قد تفتح باباً واسعاً أمام أطماع ذوي النفوس الضعيفة لاستغلال الحالات الخارجة عن حالَتَي الطّيش البيّن والهوى الجامح؛ بحجة عدم النّص عليها في القانون.

بينما نجد الفقه الإسلامي قد أوصد الأبواب في وجوه الطامعين وهواة الاستغلال بتوسيع مدلول الاستغلال ليشمل كلّ حالة تحوم حولها شوائب الاستغلال وأشكال الخديعة والاحتيال.

٢) لقد منح الفقه الإسلامي الطرف المغبون كامل حرّيّته في حق الخيار بين طلب فسخ العقد أو طلب تعديله بإزالة الغبن عنه، فإذا طلب فسخ العقد كان لزاماً على القاضي تقدير ذلك باستجابة طلبه إن كان الفسخ ممكناً.

وأما في القانونين المصري والسوري -كما سبق- فإن الإبطال ليس على سبيل الوجوب على القاضي ولو طلب المغبون ذلك، إذ يجوز له ألّا يُبطل العقد مقتصراً على الحكم بنقص التزامات الطرف المغبون، إذا اتّضح له أن إرادة هذا الأخير لم تصل في فسادها إلى الحدّ الذي يبرر الإبطال، فله في هذا الشأن سلطة تقديرية يهتدي فيها بظروف الدعوى ولا رقابة عليه في ذلك.

ولا يخفى ما في هذا الأمر من افتئات على حرية الطرف المغبون وحقّه في الخيار، وهذا خدش واضح في مبادئ العدالة، فمن أُعطي الخيار بين أمرين ينبغي أن يتمتّع بكامل حرّيّته في اختيار أحدهما، ومن ثَمّ يكتسب اختياره صفة اللزوم.

٣) يجوز للقاضي في القانونين المصري والسوري ألّا يحكم ببطلان العقد ولو طلب المغبون ذلك إذا كان العقد من عقود المعاوضة وعَرَض المتعاقد الغابن ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، بينما نجد الفقه الإسلامي قد منح المتعاقد المغبون كامل حقّه في الخيار بين طلب فسخ العقد أو طلب تعديله بإزالة الغبن عنه، فإذا طلب فسخ العقد كان لزاماً على القاضي الاستجابة إلى طلبه ولو عَرَض المتعاقد الغابن ما عَرَض؛ لأن الطرف المتضرّر في العقد هو المغبون وحده فكان خيار فسخ العقد أو إمضائه بيده لا بيد الغابن ولو عَرَض هذا الأخير على القاضي ما يزيل الغبن، فعليه تحمّل تبعات فسخ العقد، إذ هو من أوقع نفسه في الضرر المُحتمل جراء فسخ العقد لاتّباعه أساليب الاحتيال والاستغلال.

٤) وأخيراً لقد حدّد القانونان المصري والسوري أجلاً قصيراً لحماية المتعاقد المغبون بسبب الاستغلال بموجب المادة السابقة التي جعلت حق المغبون في طلب البطلان أو التعديل بواسطة القضاء يسقط بمضيّ سنة من وقت إبرام العقد المشوب بالاستغلال، بينما لم يُلحظ في الفقه الإسلامي ما يشير إلى حصر حق المغبون في طلب الفسخ أو التعديل بمدة محدّدة، ما يعني أن المغبون متى ما طالَبَ بحقه مُثبِتاً استغلال الطرف الآخر له، لزم الاستجابة إلى طلبه بإزالة الضرر عنه ولو كان الطلب بعد مضي سنة أو أكثر دون تحديد، ولا يخفى ما في هذا الأمر من توخّي مبادئ العدالة على أفضل وجه، فالحقوق لا تضيع بمضي الزمان.

وهكذا يتّضح لكل منصف ما يمتاز به الفقه الإسلامي من شمول في المسائل، ودقّة في الأحكام، ومراعاة لمبادئ العدالة والإنصاف كافة، وحماية حقوق الضعفاء وذوي الحاجات، وإن عدم وجود نظرية مستقلّة للاستغلال في الفقه الإسلامي لا يعني إهمال حق الطرف المتضرر أي المغبون، بل على العكس من ذلك تماماً فإن حق المغبون- كما سبق- قد روعي في الفقه الإسلامي على أكمل وجه أكثر من أي تشريع وضعي، فمهما بلغ مُشرّعو القوانين مبلغاً من العلم والتّطوّر في سنّ التشريعات ووضْع النظريات المُتخصّصة في كل موضوع على حدة كنظرية الاستغلال، فلن يدنوا من نفائس هذا الفقه العظيم وفوائده ومبادئه وفرائده، كيف لا وهو التشريع المُستمَدّ من كلام رب البريّة جل جلاله وسنة سيد البشرية عليه صلوات الله وسلامه.

المطلب الرابع:

نماذج لأمثلة وتطبيقات معاصرة متعلّقة بالاستغلال

١) تُعدّ المناطق التي تشهد حروباً واضطرابات داخلية بيئة خصبة لانتشار مشكلة الاستغلال فيها على نطاق واسع، وخاصة إذا وقعت تلك المناطق تحت حصار تَسبّب في منع دخول السلع والبضائع إليها، فكثيراً ما يعمد بعض التجار في هذه الحالة إلى استغلال حاجات الناس وتوفير السلع لهم بأثمان مضاعفة، وهذا من الحرام والخذلان؛ لما فيه الجشع واستغلال الظروف الصعبة التي تحيط بالمحاصرين، وإنه لمن الأولى والأجدر بهؤلاء التجار أن يبذلوا ما استطاعوا من أموالهم إعانة وإغاثة لإخوانهم، أو على أقلّ تقدير أن يوفّروا لهم السلع بثمن المثل أو أقل، أما أن يصلوا بالأسعار إلى الضعف أو أكثر من ذلك فهذا من الظلم في ظلّ اضطرار المحاصرين، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو سعيد الخدري[1] رضي الله عنه: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[2]، **ومن الأمثلة الواقعة فعلاً لهذه الحالة:**

---

(١) هو سعد بن مالك بن سنان الأنصاري، من صغار الصحابة وخيارهم، كان من المكثرين للرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، شهد الخندق وما بعدها، توفي سنة ٧٤هـ. ينظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٦/ ١٥١، والإصابة، ابن حجر: ٣/ ٧٨.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/ ٦٦، كتاب: البيوع، باب: النهي عن المحاقلة، رقم الحديث: ٢٣٤٥، وقال فيه: حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، وكذلك أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٧٤٥، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم الحديث: ١٤٢٩، مرسلاً من طريق عمرو بن يحيى عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار». موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس الأصبحي، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت، والبيهقي في سننه: ٦/ ٦٩، كتاب: الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، رقم الحديث: ١١١٦٦، بلفظ: لا ضرر ولا ضرار من ضارّ ضرّه الله ومن شاقّ شقّ الله عليه، والدارقطني في سننه: ٣/ ٧٧، كتاب: البيوع، رقم الحديث: ٢٨٨.

قال ابن الملقن رحمه الله تعالى: حديث لا ضرر ولا ضرار أشار إليه الرافعي وقد رواه مالك عن عمرو بن يحيى المازني مرسلاً... والطبراني من رواية ثعلبة بن أبي مالك، والحاكم من رواية أبي سعيد الخدري، وقال: صحيح على شرط مسلم، وقال ابن الصلاح: حسن، قال أبو داود: وهو أحد الأحاديث التي يدور عليها الفقه وصححه إمامنا في حرملة. =

• ما حدث قبل بضع سنين عند فتح معبر رفح، حيث دخل عدد من الفلسطينيين إلى الأراضي المصرية، ثم أغلقت السلطات المصرية آنذاك الطرق المؤديّة إلى رفح ومنعت دخول البضائع إليها مما تسبّب في ارتفاع الأسعار داخل رفح وخاصة أسعار الوقود، ومع ذلك تمكّن بعض التجار من العبور بعد دفْع رشاوى إلى القائمين على الحدود، فاستغلوا حاجات الناس ببيع السلع بأسعار مرتفعة، فعلى سبيل المثال: قاموا ببيع عبوات الوقود بسعر خمسين جنيهاً للعبوة الواحدة مع أن سعرها الحقيقي سبعة وعشرون جنيهاً، وهكذا الحال بالنسبة لباقي السلع.

• ولا يخفى كذلك ما يحصل في ظلّ الوضع الراهن في بلدنا الحبيب سوريا من ارتفاع أسعار السلع إلى أضعاف كثيرة، ففي مثل هذه الظروف التي تحيط بالبلد فإن ارتفاع الأسعار أمر وارد، بيد أنه من المؤسف ما يقوم به بعض التجار من استغلال حاجات الناس ورفع أسعار السلع فضلاً عن ارتفاعها الطبيعي بالأصل في ظلّ الظروف العصيبة، وفي ذلك ظلم وخذلان لإخوتهم، فإذا سنحت الفرصة أمام الأجهزة المكلَّفة بالرقابة على الأسعار باكتشاف ذلك الاستغلال من قِبل التجار، فمن واجبها أن تضع حدّاً يمنع التجار من التمادي في الاستغلال والتلاعب بالأسعار.

٢) ومن أمثلة الاستغلال كذلك: ما يحصل في بعض البلاد من استقدام الأيدي العاملة إليها من الخارج بناء على تأشيرات توفّرها الدولة لأصحاب الأعمال من مواطنيها، فعلى سبيل المثال يقوم صاحب شركة ما باستقدام عدد معين من العاملين من خارج البلاد بناء على الكمية

= ينظر: خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي: ٢/ ٤٣٨، عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، تحقيق: حمدي عبدالمجيد إسماعيل، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤١٠هـ، وقال ابن رجب الحنبلي رحمه الله: حديث لا ضرر ولا ضرار: حسنٌ أخرجه الدارقطني والحاكم والبيهقي مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً. بتصرف من جامع العلوم والحكم: ١/ ٣٠٢، ابن رجب الحنبلي، أبو الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين البغدادي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م. وبذلك تتحقق صحة هذا الحديث.

المخصّصة من التأشيرات لمثل ذلك العمل، فلكل عمل عدد مخصّص من التأشيرات توفّرها الدولة، فيأتي العامل ويوقّع عقداً مع الشركة لمدة عام واحد مثلاً، وفي ذلك العام يقوم العامل بتأثيث منزل وشراء سيارة ونحو ذلك من الضرورات اللازمة له، وبعد انقضاء ذلك العام- أي مدّة العقد- ينهي صاحب الشركة ارتباطه بذلك العامل وبالتالي يطلب ترحيله إلى بلده؛ ليستفيد من التأشيرة نفسها التي استقدم بها هذا العامل باستقدام عامل آخر، وهنا يجد العامل المنتهي عقده نفسه مضطرّاً إلى بيع كل ما اشتراه في ذلك العام بشكل عاجل للعودة إلى بلده، فقد يقع بسبب ذلك ضحية الاستغلال من قِبل شخص مُطّلع على حالته فيبخسه حقه ويعرض عليه شراء كل أغراضه بها دون ثمن المثل، فيجد العامل نفسه مضطرّاً إلى قبول ذلك؛ لضرورة السفر.

ولا يخفى ما في هذه الصورة من استغلال الحاجة المنهي عنه، فإذا وصل الأمر إلى القاضي استخدم سلطته بمنع المشتري من الاستغلال وتعديل العقد الذي أبرمه مع العامل المضطر من خلال إلزامه بدفع ثمن المثل إلى العامل مقابل السلع التي اشتراها منه، أو يفسخ العقد بناء على طلب العامل المضطر.

٣) ومن أمثلة الاستغلال المذكورة في القانون الوضعي:

➢ **أولاً**: أمثلة الهوى الجامح:

- أن يعمد طاعن في السن إلى الزواج بامرأة أخرى لا تزال في مقتبل عمرها، فتستغلّ الزوجة ما تلقاه عند زوجها من هوى جامح وتُبرم معه عقوداً تلحق به الغبن، أما الزواج فهو صحيح وآثاره صحيحة.
- حالة امرأة غنيّة كبيرة في السّنّ تتزوج من شاب عن ميل وهوى، فيستولي الشاب على أموالها مستغِلّاً هواها الجامح له تحت ستار عقود يبرمها معها مشوبة بالغبن.
- ولا يقتصر الهوى على الأشخاص فقط، بل قد يكون بالنسبة للأشياء، فقد يقع الإنسان ضحيةً لهوى جامح في الحصول على سيارة أو قطعة أرض مجاورة لكي يُوسّع من حديقته أو منزله فيقع في استغلال مشوب بالغبن الفاحش جرّاء ذلك[1].

(١) ينظر: نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، توفيق فرج: ص ٢٩١.

➢ **ثانياً**: أمثلة الطّيش البيّن:

- حالة الشخص الذي يرث مالاً كثيراً ولا يزال في ريعان شبابه، فينصرف إلى إشباع ملذّاته وشهواته مما يجعله في حاجة إلى المال بصفة مستمرّة، فيبيع ما يملك من مال بثمن بخس، أي يبيع ما يساوي ألفاً بمائة مثلاً.
- وفي الحالة السابقة نفسها، قد يستغلّ المرابون وأصحاب الأطماع الطّيش الشديد في ذلك الشاب فيستكتبونه من العقود ما يجرّدونه بها من معظم أمواله[1].

وبناء على ذلك، على القاضي مراقبة الحالات السابقة واستخدام سلطته بإبطال العقد أو تعديله بالإنقاص على نحو ما تمّ بيانه فيما سبق لدى عرض رأي القانون[2].

تلك هي أهم الأمثلة والتطبيقات الواردة في موضوع الاستغلال، وبذلك يُختتم الحديث في الفصل الأول بفضل الله وتوفيقه.



(١) ينظر: محاضرات في القانون المدني، هشام القاسم: ص ١٤٢، ونظرية الاستغلال في الشريعة والقانون، حلو عبدالرحمن أبو حلو: ص ٩٩.

(٢) ينظر: ص ١٦٢ من هذا البحث.

الفصل الثاني:

سلطة القاضي

في تعديل العقد

بسبب الظروف الطارئة

الفصل الثاني

لقد تقدّم الحديث في تمهيد هذه الرسالة عن مبدأ سلطان الإرادة وأن المشرِّع اعترف للإرادة بسلطان في حدود نصوصه وقواعده ومبادئه وأحكامه، فإن انعقدت إرادة طرفي العقد بناءً على احترام حدود الشرع فإن ثمرة ذلك الانعقاد وما ينتج عنه من أحكام والتزامات يُعَدُّ بالنسبة إليهما بمنزلة قانون واجب الاحترام، ويترتب على هذه القاعدة أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق طرفيه، أو للأسباب التي يُقرِّرها الشرع، فلا يجوز لأيٍّ من المتعاقدين أن ينفرد بنقض العقد ولا بتعديله؛ لأن العقد ثمرة اتفاق بين إرادتين فلا تستطيع إرادة واحدة أن تعفي منه أو تُعدِّل فيه، ولا يجوز للقاضي كذلك أن ينقض العقد أو يعدّل فيه بدعوى أن ذلك تقتضيه العدالة؛ لأن ذلك غير خاضع لسلطته إلا في الحالات التي يُجِيز له الشرع التَّدخل فيها، ومن تلك الحالات الظروف الطارئة، حيث تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى فسخ الالتزامات العقدية أو تعديلها على نحو يحقّق العدالة بين العاقدين، ذلك أن مبنى النظرية إنما يقوم على مبدأ العدل أو العدالة، والعدالة تقتضي إزالة الضرر الحاصل جرّاء إمضاء العقد على مقتضاه نتيجة ظرف طارئ لم يكن متوقّعاً ولم يتسبَّب به أحد العاقدين.

ولقد عرف الفقهاء المسلمون تطبيقات الظروف الطارئة في إطار أكثر شمولاً من إطار نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي ضمن أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي؛ إذ تُعَدُّ نظرية الظروف الطارئة إحدى تطبيقات أحكام أو نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي كما سيأتي بإذن الله.

وهكذا فإن الفقه الإسلامي ينطوي على ثروة حقوقية كانت ولا تزال مرجع الحقوقيين الباحثين في العالم، ولقد استفاد كثير منهم بما في هذا الفقه العظيم من أحكام وقواعد، ومنها نظرية الظروف الطارئة التي تُعَدُّ إنجازاً مهمّاً في القوانين الأوروبية[1].

(١) ينظر: نظرية الظروف الطارئة: ص٣٥-٣٦، عبد السلام الترمانيني، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

كما أن نظرية الظروف الطارئة تُعدّ استثناءً على مبدأ (سلطان الإرادة) لرفع الضرر المحتمل عن أحد العاقدين، كما أنه استثناء على مبدأ (القوة الملزمة للعقد) إذ لا مجال لاحترام قوة العقد وقدسيّة رابطته إذا لحق بأحد أطرافه ضرر جرّاء ذلك.

ولقد رسَّخت الشريعة الإسلامية مبادئ العدل وأرست دعائمه لئلا يلحق بأيٍّ من أطراف العقد أدنى ضرر، لذا فقد منحت القاضي سلطة النظر في العقود التي يطرأ عليها ظرف استثنائي، كما في حالة الظروف الطارئة، ومن ثَمّ الحكم عليها إما بالفسخ أو التعديل حسب الظروف والأحوال المحيطة بالعقد وأطرافه.

كما أن القوانين الوضعية قد راعت إلى حدٍّ كبير ما يمكن أن يطرأ على العقد من ظروف وأحوال قد تُلحِق ضرراً بأحد أطرافه إذا ما تمّ الالتزام الدقيق ببنود العقد التي تمّ الاتفاق عليها وقت إنشائه دون مراعاة لما قد يطرأ على العقد من أحوال أو ظروف مستقبلية لا قِبَلَ للعاقدين بها.

- **هذا ما سيتم بحثه ودراسته في هذا الفصل بشيءٍ من التفصيل بإذن الله تعالى.**

ولا يفوتني أن أشير إلى أن موضوع الظروف الطارئة متعدد الجوانب متشعِّب المسائل، وما يهمّ موضوع هذه الرسالة منه هو الجانب المتعلِّق بسلطة القاضي، حيث تعدُّ الظروف الطارئة إحدى الحالات التي يسوغ للقاضي بسببها التدخُّل في العقد إما بالفسخ أو التعديل.

لذا سينصبُّ التركيز في هذا الفصل على هذا الجانب، مع ضرورة مراعاة التدرّج في عرض الموضوع ببيان موجز لأبرز جوانبه قبل الخوض في مسألة: «سلطة القاضي في التعديل بسبب الظروف الطارئة» حتى تكتمل الصورة بإذن الله تعالى.

*** وبناءً على ذلك تمّ توزيع هذا الفصل على المباحث الآتية:**

❖ **المبحث الأول:** مفهوم الظروف الطارئة وتكييفها الفقهي.

❖ **المبحث الثاني:** الأدلة التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي وشروط تطبيقها.

❖ **المبحث الثالث:** أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل تحقُّق الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.

❖ **المبحث الرابع:** أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد في ظلّ تحقّق الظروف الطارئة في القانون الوضعي ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي.

❖ **المبحث الخامس**: نماذج لتطبيقات معاصرة لنظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تعديل العقد بسببها.



المبحث الأول:

مفهوم الظروف الطارئة وتكييفها الفقهي

يتطرق هذا المبحث إلى بيان مفهوم الظروف الطارئة، بالإضافة إلى تكييفها الفقهي؛ كون هذه الأطروحة متخصصة في الجانب الفقهي أولاً.

* وذلك في مطلبين:

- المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة لغةً واصطلاحاً.
- المطلب الثاني: التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.



المطلب الأول:

مفهوم الظروف الطارئة لغةً واصطلاحاً

○ **أولاً: مفهوم الظروف الطارئة لغةً:**

كما هو معلوم فإن مصطلح (الظروف الطارئة) حديث الصياغة كونه أُطلِق مؤخراً على نظرية قانونية لها أحكامها وتفصيلاتها -كما سيأتي- لذا فإن المعاجم اللغوية تخلو من هذا المصطلح.

واستكمالاً للفائدة سأعرض فيما يلي للتعريف اللغوي الجزئي بشقّي هذا المصطلح، أي كلمتَي: (الظروف) و(الطارئة).

*** تعريف كلمة (ظروف) لغةً:**

جمع ظرف، وظرف الشيء وعاؤه، فالوعاء: كل ما يستقرّ غيره فيه، ومنه ظروف الزمان والمكان عند النحويين[1].

*** تعريف كلمة (طارئة) لغةً:**

طَرَأ على القوم يطرَأ طَرْءاً وطُروءاً: أتاهم من مكان، أو طلع عليهم من بلد آخر، أو خرج عليهم من مكان بعيد فجاءةً، أو أتاهم من غير أن يعلموا[2].

فمعنى طرأ إذن: حدث وخرج فجأة فهو طارئ، والطارئ: الغريب، وفي غير العاقل يُجمع على (طوارئ).

والطارئة: مؤنث الطارئ، وتُطلق كذلك على الداهية التي لا يُعرف من أين أتت، وتُجمع على طوارئ[3].

---

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: ٩/ ٢٢٩، ومختار الصحاح، الرازي: ص١٧٠، والمعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بمصر: ٢/ ٥٧٥.

(٢) لسان العرب، ابن منظور: ١/ ١١٤.

(٣) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بمصر: ٢/ ٥٥٢.

فمن خلال التعريف اللغوي بشقّي هذا المصطلح يتّضح المقصود به، فالظرف: هو الوعاء الذي يستقرّ فيه غيره، والطارئ -كصفة لغير العاقل- هو الأمر الذي يحصل فجأة دون توقّع حدوثه.

والظرف الطارئ كمصطلح يُمكن تعريفه لغةً بناء على تعريف أهل اللغة لشقّيه كالآتي:

(الحالة المصحوبة بأمر مفاجئ غير متوقّع الحدوث).

فالحالة المصحوبة بأمر مفاجئ هي: الظرف.

والأمر المفاجئ غير المتوقع الحدوث هو: الطارئ.

- **ثانياً: مفهوم الظروف الطارئة اصطلاحاً:**

* ويشمل مفهوم الظروف الطارئة في الاصطلاحين الفقهي والقانوني، كالآتي:

(أ) مفهوم الظروف الطارئة في الاصطلاح الفقهي:

إن مصطلح الظروف الطارئة -كما سبق- هو مصطلح حديث لم يعهده الفقهاء في كتبهم، فقد كانوا يتناولون كل واقعة بالبحث على حدة، يضعون لها من الأحكام ما يقتضيه العدل استنباطاً من نصوص الشرع ومبادئه وقواعده، آخذين في اعتبارهم ما يحفّ بها من ظروف ملابسة في كل عصر، غير أن ما صدر عنهم من اجتهادات في الفروع وما استندوا إليه في ذلك من أدلة جزئية وأصول عامة، يمكن أن تُستخلص منها نظريات عامة تنفرد كل منها بمفهوم كلّي ذي موضوع معين، وأركان وشرائط تعدّ ملاكها وآثارها التي تُبنى عليها، لأن هذه الأحكام التفصيلية الفرعية العملية يتضمن كلّ منها ذلك المفهوم الكلّي، وإلا ما كان تطبيقاً له، إذ كل حكم فرعي يندرج تحت قاعدة عامة أو نظرية عامة يتضمن في حدِّ ذاته المفهوم الكلّي لكلّ منهما[1].

وهذا ما ينطبق على نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، فالفقهاء لم يألفوا استخدام مصطلح(النظرية) سواء لنظرية الظروف الطارئة أو لمثيلاتها من النظريات المُحدثة، بل عنوا

(١) ينظر: النظريات الفقهية: ص١٣٩-١٤٠، الأستاذ الدكتور فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ط٤، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

بالبيان التفصيلي للتطبيقات العملية الـتي تشكّل بمجموعهـا مـا هـو أوسـع -في كثـير مـن الأحيان- من النظريات المؤلّفة حديثاً.

وهذا ما سيتضح جلياً لدى عرض التطبيقات العملية للظروف الطارئة في المذاهب الفقهيـة بإذن الله تعالى.

*** لذا سأعرض فيما يلي لبعض التعريفات الحديثة للظروف الطارئة ونظريتها:**

١) عُرِّفت نظرية الظروف الطارئة بأنها: (مجموعة القواعد والأحكام التـي تُعـالج الآثـار الضارة اللَّاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغيّر الظروف التي تمّ بناء العقـد في ظلّهـا)[١] فهـذا تعريف وافٍ للنظرية أوضح صاحبه من خلاله شمول الظروف الطارئة لكل ما ينتج عنـه أثـر ضار بأحد طرفي العقد بغض النظر عن كون الظرف الطارئ عاماً أو خاصـاً، خلافـاً للقـانون الوضعي الذي لا يعتدّ إلا بالظرف العام كما سيأتي.

٢) كما بيّن مفهوم الظروف الطارئة الأستاذ الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعـالى بقولـه: (أن يوجد حادث أو ظرف أو عذر خاص أو عام قد طرأ على العقد بعد إبرامه وقبل تنفيـذه أو أثناء تنفيذه، سواء كان لاحقاً بشخص أحد طرفي العقد، أو بمحل العقد، ولم يكن متوقعـاً ولا قابلاً للدفع غالباً، مما يؤدّي إلى جعل تنفيـذ الالتـزام التعاقـدي ضـاراً بالمـدين ضرراً زائـداً أو فاحشاً وغير مستحق بالعقد، وقد يتمثّل هذا الضرر بتفويت منفعة محل العقد كلًّا أو بعضاً، أو تعذّر استيفاء منفعة المعقود عليه حسّاً أو شرعاً، حتى يصبح تنفيـذ العقـد مسـتحيلاً لا مرهقـاً فحسب في بعض الحالات)[٢].

فهذا بيان تفصيلي ساطع لمفهوم الظروف الطارئة والأحوال المصاحبة لهـا والنتـائج المترتبـة عليها لا ينقصه مزيد إيضاح.

---

(١) الظروف الطارئة: ص١٥٣، محمد خالد منصور، بحث في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ١٩٩٨م.

(٢) النظريات الفقهية، الدريني: ص١٤٧-١٤٨.

(ب) مفهوم الظروف الطارئة في الاصطلاح القانوني:

على العكس مما قيل في مفهوم الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، فإن الظروف الطارئة في القانون الوضعي لها نظريتها المعروفة، حيث عُنِيت التشريعات الوضعية بوضع النظريات لكل موضوع على حدة، كنظرية الاستغلال التي مرّت في الفصل الأول، ونظرية الظروف الطارئة -محل البحث في هذا الفصل- وغيرهما.

وبناء على ذلك فإن مصادر التشريعات الوضعية تزخر بالحديث التفصيلي عن أحكام نظرية الظروف الطارئة؛ كونها تُعدُّ استثناءً وخروجاً على مبدأ من أهم المبادئ التي أقرّتها تلك التشريعات، وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وفيما يلي أعرض لمفهوم الظروف الطارئة في القانون الوضعي من خلال هذا النص المستوفي لمضمون الظروف الطارئة إضافة إلى سلطة القاضي إزاءها:

(أن تعرض بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه نوازل أو أحداث عامة، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقّعها أو دفعها، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام -وإن ظلّ ممكناً- شديد الإرهاق بالمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة، فيسوغ للقاضي بناءً على طلب هذا المدين وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة غريمه أن يردّ التزامه إلى الحدّ المعقول الذي يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد)[1].

وأكتفي بهذا التوضيح لمفهوم الظروف الطارئة في القانون الوضعي، وسيأتي بحث المسألة من منظور قانوني لاحقاً في محلّه من هذا الفصل بإذن الله تعالى.



(١) القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية: ص٢٣٠، حمدي محمد إسماعيل سلطح، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٦م.

المطلب الثاني:

التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة:

بما أن فقهاء المذاهب رحمهم الله تعالى- حسب المنهج المُتّبع في التأليف في زمانهم- لم يألفوا صياغة النظريات على النحو المتّبع في هذا الزمان، فقد استدعى هذا الأمر بذل مزيد من الجهد من قبل المختصين بدراسة الفقه الإسلامي من علماء وباحثين وطلاب علم بغرض استخراج الكنوز الخفية من بين سطور أمهات الكتب الفقهية، للتأكيد على احتواء الفقه الإسلامي لمسائل وتطبيقات في كافة الفروع، بُنيت عليها أغلب النظريات العامة الحديثة.

وهذا ما جرى بالفعل حيال نظرية الظروف الطارئة، حيث عكف على دراستها ثُلَّة من الأخيار في هذا العصر، وساقوا لها طائفة من الأمثلة والتطبيقات التي تدلّل على أسبقية الفقه الإسلامي في هذا الميدان، واشتماله على ما هو أوسع من مدلول الظروف الطارئة في التشريعات الوضعية الحديثة.

ومن الملاحظ كما سيأتي تنوّع آرائهم حيال التكييف الفقهي للنظرية، ولا ضير في ذلك إذا اتضحت المسألة وتمّ الوصول إلى أساسها في مصادر المذاهب الفقهية من خلال الأمثلة والتطبيقات التي تدلّل على النظرية بوضوح.

*** وفيما يلي توضيح هذا الجانب في فرعين:**

- **الفرع الأول**: الآراء الواردة في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.
- **الفرع الثاني**: اختيار الباحث للرأي الملائم في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.

- **الفرع الأول**: الآراء الواردة في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة

*** الرأي الأول في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة:**

لقد نقل عدد من الباحثين رأي اثنين من أساتذة القانون في العصر الحديث حول أصل النظرية، وهما القانوني الفرنسي الأستاذ (لامبير)، والأستاذ العربي الدكتور عبدالرزاق السنهوري، حيث أكَّد الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة ١٩٣٢م على أن «نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تُعبِّر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيّرة، وفي القضاء

الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة»[1].

كما دعا الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله تعالى أيضاً إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استناداً إلى نظرية أو أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي، فقد جاء في مقالِهِ الذي نُشِر في عام ١٩٣٦م بعنوان (وجوب تنقيح القانون المدني المصري): «إن نظرية الظروف الطارئة عادلة، ويمكن للمشرّع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتّسع لنظرية الظروف الطارئة» إلى أن قال: «إن نظرية الضرورة من النظريات الإسلامية في الشريعة الإسلامية، وهي تُماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع»[2].

➢ **ولنُلقِ فيما يأتي نظرة سريعة على نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي:**

إن أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي -في واقع الأمر- لم تُصَغ كنظرية عامة في أيّ من المذاهب الفقهية المعتبرة، وإنما أُطلق عليها مسمى النظرية تماشياً مع المصطلحات الحديثة، وإلا فإن أحكام الضرورة كغيرها من الأحكام استنبطها الفقهاء من النصوص الشرعية والقواعد العامة المستندة إلى تلك النصوص، وهي متناثرة في ربوع الأبواب الفقهية المختلفة دون أن تقتصر على باب بعينه.

والضرورة كما عرَّفها الجرجاني[3]: (مشتقة من الضرر، وهو النازل مما لا مدفع له)[4].

---

(١) نظرية الظروف الطارئة، الترمانيني: ص٣٥.

(٢) المرجع السابق: ص٣٦.

(٣) هو علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف، أبو الحسن الجرجاني الحسيني الحنفي، عالم، حكيم، مشارك في أنواع من العلوم، درس في شيراز وتوفي بها سنة ٨١٦هـ، من تصانيفه: التعريفات، وشرح مواقف الإيجي، وشرح السراجية. ينظر: الفوائد البهية، اللكنوي: ص١٢٥، والأعلام، الزركلي: ٥/ ١٥٩.

(٤) التعريفات: ص١٨٠، علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.

وقد عَرَض الإمام الغزالي[1] رحمه الله لمضمون الضرورة لدى كلامه عن المصالح بقوله: «أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرَّة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرّة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنّا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأمور الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوّت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة»[2].

فالضرورة إذن مبناها على دفع الضرر ما أمكن سواء كان الضرر واقعاً على الدين أو النفس أو العقل أو النسل أو المال، والشريعة الإسلامية قائمة على هذا الأساس المتين، ومما يدلّل على ذلك قول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، ومن هاتين الآيتين استُنبطت القاعدة الفقهية المعروفة: (المشقَّة تجلب التيسير)[3]، ومن الأدلة كذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[4]، ومنه استنبطت العديد من القواعد الفقهية المهمّة منها:

قاعدة: (الضرورات تُبيح المحظورات)[5] وهي مُفرّعة على قاعدة: (الضرر يُزال).

وقاعدة: (يتحمّل الضرر الخاص لدفع ضرر عام)[6].

---

(١) هو محمد بن محمد الغزالي، حجة الإسلام، الفقيه الأصولي، المتكلم، ولد بطوس سنة ٤٥٠هـ، وتوفي سنة ٥٠٥هـ، له تصانيف كثيرة أشهرها: (إحياء علوم الدين)، و(المستصفى) في الأصول، و(الوسيط) في الفقه، وغيرها. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٦/ ١٩١، وطبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة: ١/ ٢٩٣.

(٢) المستصفى، الغزالي: ١/ ١٧٤.

(٣) المادة (١٨) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق.

(٤) سبق تخريجه ص ١٦٨.

(٥) المادة (٢١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٦) المادة (٢٦) من مجلة الأحكام العدلية.

وقاعدة : (الضرر الأشدّ يُزال بالضرر الأخفّ)[1].

وقاعدة: (الضرر يُدفع بقدر الإمكان)[2].

وقاعدة: (الحاجة العامة أو الخاصة تنزل منزلة الضرورة)[3].

ونحو ذلك من النصوص والقواعد الفقهية المؤيّدة لأحكام الضرورة أو نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي.

ولدى النظر إلى أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي يُلحظ أنها تقترب من أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي من حيث اعتبار الضرر الذي يلحق بأحد المتعاقدين إذا تمَّ تنفيذ العقد.

ومن هنا بدا لبعض فقهاء هذا العصر[4] تكييف نظرية الظروف الطارئة فقهياً على أنها من أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي، ومن التطبيقات التي ساقوها لهذه النظرية: أحكام الأعذار في عقد الإجارة، وأحكام الجوائح في بيع الثمار على الأشجار، وأحكام الوفاء بالنقد.

وسيأتي الكلام في هذه التطبيقات بشكل مفصّل بإذن الله تعالى.

هذا ما يتعلق بمضمون الرأي الأول في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة، **ويرى الباحث** أن هذا الرأي يُمكن الاستناد إليه لا من حيث التطابق التام بين أحكام نظريتَي: (الظروف الطارئة) و(الضرورة)، وإنما من حيث النظر إلى نظرية الظروف الطارئة على أنها جزء من نظرية الضرورة أو أحد تطبيقاتها؛ لأن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي بصورتها

---

(١) المادة (٢٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة (٣١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) المادة (٣٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) منهم أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله في كتابه (نظرية الضرورة) حيث خصّص القسم الأخير منه لدراسة هذه النظرية بوصفها إحدى تطبيقات الضرورة في القانون الوضعي، ثم ذكر التطبيقات المبيّنة أعلاه في المتن كدليل على وجود النظرية في الفقه الإسلامي، ومنهم كذلك الدكتور عبد السلام الترمانيني في كتابه (نظرية الظروف الطارئة) عندما استند إلى التطبيقات المبيّنة أعلاه كأمثلة للنظرية في الفقه الإسلامي.

التي تقدَّم بيان جزء منها (ذات نطاق واسع جداً يشمل الحادث الطارئ وغيره ممّا يورث ضرراً بأحد العاقدين، فالضرر في الحقيقة هو المعيار الأساسي لهذه النظرية، وأما المعايير الأخرى للتطبيق فأهميتها تقلّ عنه كثيراً، ومن هنا تتجلّى فكرة العدالة التي قامت عليها هذه النظرية)[1].

*** الرأي الثاني حول التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة:**

وهو رأي الأستاذ الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعالى، حيث بيّن في بادئ الأمر وجود فروع نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي منذ القِدَم في المظانِّ الآتية:

١) أحكام فسخ عقد الإجارة بالعذر في المذهب الحنفي، سواء أكان العذر (وهو الظرف الطارئ على إبرام العقد) لاحقاً بالمؤجر أم بالمستأجر أم بالعين المؤجرة، وهو ما انفرد به المذهب الحنفي، إذ لم تعتد بقية المذاهب إلا بالظرف الطارئ على العين المؤجرة أي المعقود عليه فحسب، دون ما يطرأ على المؤجر أو المستأجر من ظروف، وعرضوا لهذه المسألة ضمن أحكام خيار العيب في المعقود عليه، بخلاف السادة الحنفية الذين عرضوا للمسألة ضمن أحكام العذر في عقد الإجارة.

٢) أحكام خيار العيب في المعقود عليه.

٣) وضع الجوائح في الزروع والثمار في المذهبين المالكي والحنبلي.

٤) أحكام تقلّب أسعار النقود وتغيّر قيمتها.

* ثم عرض رحمه الله تعالى للحلول الفقهية التي وضعها الفقهاء للتطبيقات السابقة، **وهي:**

أ) ثبوت حق الفسخ للمتعاقد المضرور بالأعذار في عقد الإجارة.

ب) الانفساخ التلقائي بحكم الشرع، كما في حالة تعذّر استيفاء المنفعة شرعاً.

ج) تحميل البائع وحده عبء الخسارة كلّاً أو بعضاً في مسألة الجوائح في الثمار والزروع.

د) تعديل قيمة الالتزام كما في تغيّر قيم النقود ارتفاعاً وهبوطاً، وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد.

---

(١) نظرية الظروف الطارئة، الترمانيني: ص٨٢.

وفي ضوء النتائج السابقة بنى الدكتور الدريني رحمه الله تعالى تصوّره للتكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة على أنها صورة من صور تعديل التزام العقد، أو فسخه، أو انفساخه تلقائياً بحكم الشرع، حيث قال رحمه الله تعالى: (في ضوء الحلول التي وضعها الفقهاء فإن النظرية تتخذ صورة من تعديل العقد، أو فسخه بإرادة منفردة هي إرادة الطرف المضرور، أو انفساخه شرعاً، وإن حق فسخ العقد ثابت هنا لا على أساس أن العقد فاسد، ولا على أساس خيار الشرط أو غيره من الخيارات، بل على أساس الضرر الفاحش الناشئ عن السبب الطارئ وغير المستحق بالعقد)[1].

هذا ما مال إليه الأستاذ الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعالى في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة، ولا يخفى ما في هذا الرأي من تفصيل دقيق لكل واقعة على حدة، ولكن قد يؤخذ على هذا التكييف بأنه تكييف جزئي نحى منحى تكييف كل واقعة عَرَض لها الفقهاء على حدة، دون إضفاء وصف فقهي جامع على النظرية يضم تحته شتات مختلف التطبيقات التي تصلح كأمثلة للنظرية، سواء تلك عَرَض لها الفقهاء فيما مضى، أو التي استجدت أو قد تستجدّ لاحقاً عبر الزمان.

*** الرأي الثالث حول التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة:**

ويدور حول تكييف النظرية فقهياً بتخريجها على طائفة من التطبيقات التي ذكرها الفقهاء المتقدمون تصلح كأمثلة لهذه النظرية.

حيث قام ثلة من الباحثين والأساتذة المتخصصين بتخريج نظرية الظروف الطارئة على أربعة تطبيقات أساسية عند الفقهاء المتقدمين، دون إضفاء وصف فقهي معين على مجمل النظرية[2].

---

(١) النظريات الفقهية، الدريني: ص١٤٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، حمدي سلطح: ص٢٥١ وما بعدها، ونظرية العقد، لأستاذنا الدكتور صالح العلي والدكتور باسل الحافي: ص ١١٣ وما بعدها.

* وفيما يلي سأعرض لهذه التطبيقات بإيجاز حتى يتضح هذا الرأي، ولتُشكِّل النواة التي ستتضح من خلالها سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة لاحقاً بإذن الله تعالى.

➢ **التطبيق الأول**: العذر في عقد الإجارة:

لقد أخذت هذه المسألة حيّزاً واسعاً في فقه السادة الحنفية على وجه الخصوص، حيث إنهم اعتدّوا بالعذر في عقد الإجارة كمسوِّغ لفسخه، بمعنى أنهم لم يروا لزوم عقد الإجارة عند تحقّق العذر، فمن شروط بقاء عقد الإجارة على اللزوم عندهم عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجَر، جاء في الفتاوى الهندية: (ومنها -أي من شرائط لزوم عقد الإجارة- عدم حدوث عذر بأحد العاقدين وبالمستأجَر، حتى لو حدث بأحدهما أو بالمستأجَر عذر لا يبقى العقد لازماً)[1].

والعذر معناه: عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمّل ضرر زائد لم يستحق بالعقد[2].

وقال الإمام ابن عابدين رحمه الله تعالى: (والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يُثبت له حق الفسخ)[3].

وقد بنى السادة الحنفية رؤيتهم في مسألة العذر في الإجارة على أساس أن جواز عقد الإجارة للحاجة، وأن لزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر يُصار عندئذٍ إلى الأخذ بالقياس، ومؤدَّاه أن العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال[4].

---

(١) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٤/ ٤١١.

(٢) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٥/ ١٤٥.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٦/ ٨١.

(٤) ينظر: المبسوط: ١٦/ ٢، شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٥/ ١٤٥وما بعدها.

أما بالنسبة لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فقد رأوا أن عقد الإجارة عقد لازم لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، بمعنى أنهم لم يعتدّوا إلا بالعذر الطارئ في جانب المعقود عليه، دون طَرَفَي العقد المؤجّر والمستأجر، ولقد بنوا رأيهم هذا على أساس لزوم عقد الإجارة كلزوم عقد البيع؛ لأن الإجارة عقد معاوضة، وهي أحد نوعي البيع، فكانت لازمة كالنوع الآخر وهو بيع الأعيان، فإذا انعقد العقد باتفاق طرفيه فلا ينفسخ إلا باتفاقهما، إلا في حالة العذر الشرعي وهو وجود عيب في المعقود عليه، والعيب الذي يردُّ به هو ما تنقص به المنفعة[1].

تلك هي أبرز النقاط الواردة في هذه المسألة في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة، وحريٌّ بالذكر أن هذا المقام ليس مقام تفصيلٍ في المسألة بشكل أوسع لعدم حاجة هذا البحث لذلك، وعليه تمّ الاكتفاء بعرض المسألة بشكل موجز بما يخدم موضوع البحث.

➢ **التطبيق الثاني**: الجوائح في بيع الثمار على الأشجار:

الجوائح: جمع جائحة، وهي مأخوذة من الجوح، وهو الاستئصال والهلاك[2].

- وقد عرّفها ابن عرفة المالكي رحمه الله تعالى بقوله: (الجائحة: ما أتلف من معجوز عن دفْعه عادةً قهراً من ثمر أو نبات بعد بيعه)[3].

- وجاء في «حاشية العدوي»: (الجائحة: ما لا يُستطاع دفعه كالبرد والحر والجيش الكثير)[4].

---

(١) ينظر: مواهب الجليل، الحطاب: ٥/ ٤٣٣، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٠ وما بعدها، والمهذب، الشيرازي: ١/ ٤٠٥، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٥٥، والمغني، ابن قدامة: ٥/ ٢٦٣، وكشاف القناع، البهوتي: ٤/ ٢٣.

(٢) الفواكه الدواني، النفراوي: ٢/ ١٢٩.

(٣) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع: ١/ ٢٨٩.

(٤) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: ٢/ ٢٨١، علي الصعيدي العدوي المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، د.ط،١٤١٢هـ.

- وفي «حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب»: (الجوائح جمع جائحة، وهي العاهة والآفة، كالريح والشمس)[1].

- وفي «المغني»: (الجائحة هي كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والجراد والعطش)[2].

ويلحظ على التعريفات السابقة أنها تختلف حسب اختلاف القائلين بوضع الجوائح في نوع الجائحة وهل يُشترط لوضعها ألا يكون للآدمي صنع فيها؟

فالتعريفان الأول والثاني يظهر من خلالهما عدم اشتراط ذلك بخلاف التعريفين الآخرين، وسيأتي الحديث في المسألة بالتفصيل لاحقاً بإذن الله تعالى.

إذن فالجائحة هي الآفة التي تصيب الثمار فتُهلكها، مثل البرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزروع ونحوها من الآفات السماوية[3].

وفي المسألة خلاف بين الفقهاء فيما يخص وضع الجائحة أي: إنقاص الثمن عن المشتري بسبب الجوائح في بيع الثمار بعد بدوّ صلاحها وتسليمها للمشتري بالتخلية، فذهب السادة المالكية والحنابلة والإمام الشافعي[4] رحمه الله تعالى في المذهب القديم إلى وجوب وضع الجائحة عن المشتري بإنقاص الثمن عنه[5].

---

(١) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد): ٢/ ٣٠٨، سليمان بن عمر البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، د.ط، د.ت.

(٢) المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧.

(٣) نظرية الضرورة الشرعية، أستاذنا الدكتور الزحيلي: ص٣٢٥.

(٤) هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، من بني المطلب من قريش، أحد أئمة المذاهب الأربعة، إليه ينسب الشافعية، ولد سنة ١٥٠هـ، نشر مذهبه بالحجاز والعراق، ثم انتقل إلى مصر سنة ١٩٩هـ، ونشر بها مذهبه أيضاً، وبها توفي ٢٠٤هـ، ينظر: طبقات الفقهاء: ١/ ٦٠، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي- تحقيق: خليل الميس، دار القلم/ بيروت، د.ط، د.ت، وصفة الصفوة: ٢/ ٢٤٨.

(٥) ينظر: القوانين الفقهية، ابن جزي: ص١٧٣ وما بعدها، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢/ ١٢٩، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٨٣ وما بعدها، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٦ وما بعدها، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢٨٥ وما بعدها.

وخالفهم في ذلك السادة الحنفية والشافعية وهو رأي الإمام الشافعي في المذهب الجديد، فذهبوا إلى عدم وضع الجائحة وأنها من ضمان المشتري[1].

ولا يخفى أن مسألة «وضع الجوائح» تمسّ صميم هذا البحث؛ كون القول بوضع الجوائح يترتب عليه إنقاص الثمن عن المشتري، مما يعني أن ثمة تعديلاً يُجريه القاضي على العقد بسبب الجائحة بوصفها من الظروف الطارئة التي يسوغ للقاضي تعديل العقود بسببها.

وهذا ما سيتم بيانه بالتفصيل قريباً بإذن الله تعالى لدى الخوض في تفصيلات سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

هذا ما يتعلق -بشكل موجز- بالتطبيق الثاني الذي استند إليه طائفة من الباحثين والأساتذة المتخصصين في تكييف نظرية الظروف الطارئة وتخريجها فقهياً.

➢ **التطبيق الثالث**: الوفاء بالنقد:

- **يقصد بهذه المسألة**: أثر تغيّر قيمة النقد في الالتزامات أي: الاختلال الذي يمكن أن يخلّفه تقلّب أسعار النقود في تنفيذ الالتزام.

* فقد عرض الفقهاء لهذه المسألة مراعين التفريق بين عدد من الحالات أهمها:

أ- حالة كساد النقد.

ب- حالة انقطاع النقد.

ج- حالة غلاء النقد أو رخصه.

* وفيما يلي بيان مفهوم هذه الحالات:

أ- حالة كساد النقد:

قال الإمام ابن عابدين رحمه الله تعالى: (هي أن تترك المعاملة بالنقود في جميع البلاد)[2].

---

(١) ينظر: مختصر الطحاوي: ص٧٨، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر أباد/ الهند، ١٣٧٠هـ، والأم: ٣/ ٥٦ وما بعدها، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٥٦٢ وما بعدها، ونهاية المحتاج، الرملي: ٥/ ٣١٦.

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود: ٢/ ٢٥٨ (ضمن رسائل ابن عابدين، مرجع سابق).

أو هي: إلغاء الدولة النقود المتداولة و إبدال نوع آخر بها[1].

ب- حالة انقطاع النقد:

وهي: أن لا توجد النقود في السوق وإن وُجدت في يد الصيارفة وفي البيوت[2].

أو هي: عدم وجود النقد في بلد المعاملة وإن وُجد في غيرها[3].

ج- حالة غلاء النقد أو رخصه:

وهي: ارتفاع قوة النقد الشرائية بالنسبة لحالة الغلاء، وانخفاض قوته الشرائية بالنسبة لحالة الرخص[4].

فهذه الحالات يُمكن إدراجها ضمن الظروف الطارئة، ومن ثَمَّ تحتاج إلى بيان آراء الفقهاء حولها لمعرفة مدى سلطة القاضي في تعديل العقود أو الالتزامات التي تأثرت بتغيّر قيمة النقد، بحيث يُمكن تفادي الضرر المتوقّع وقوعه على أحد طرفي العقد جرَّاء تجاهل التغيّر الحاصل في قيمة النقد، تحقيقاً لمبدأ العدالة المنصوص عليه في مصادر الشرع، وهذا ما سيتم بيانه لدى الحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة قريباً بإذن الله تعالى.

➢ **التطبيق الرابع**: تفرّق الصفقة:

معنى تفرّق الصفقة في البيع: تجزئة العقد في عقود المعاوضات.

وهذا التفريق يعود على الرضا السابق في العقد فيعيبه، **وله صور أهمها**[5]:

---

(١) تغيّر القيمة الشرائية للنقود الورقية وأثرها على الحقوق والالتزامات في الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي: ص٨٧، زكي زيدان، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.ط، ٢٠٠٤م.

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود، ابن عابدين: ٢/ ٥٨.

(٣) شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٥٥.

(٤) الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي: ص٣٤٠، أستاذنا الدكتور أحمد حسن، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

(٥) نظرية العقد، لأستاذنا الدكتور صالح العلي، والدكتور باسل الحافي: ص١٢٩-١٣٠ ، وللاطلاع على المسألة بشكل مفصل من كتب الفقهاء، ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٥ وما بعدها، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤٧٨ وما بعدها، والمغني: ابن قدامة: ٤/ ٢٩١ وما بعدها.

١) أن يشتري سلعة، فيهلك بعضها في يدي البائع قبل التسليم.

٢) إذا بيع شيء صفقة واحدة، ثم ظهر بعضه معيباً، أو ظهر فيه نقص.

٣) إذا ظهر بعض المبيع مستحقاً مملوكاً للغير.

٤) أن يبيع معلوماً ومجهولاً بثمن واحد، كقوله: بعتك هذا الكتاب وكتاباً آخر مجهولاً بمائة ليرة.

٥) أن تشتمل الصفقة على حلال وحرام، كخل وخمر، وكشاة وخنزير.

ولكل صورة من الصور السابقة وغيرها من الصور التي لم تُذكر حكمها وتفصيلاتها في كتب الفقهاء، وهي لا تمسّ صميم هذا البحث، لذا فقد تمّ عرض المسألة بشكل موجز كونها من التطبيقات التي استند إليها أصحاب «الرأي الثالث» في تكييف نظرية الظروف الطارئة وتخريجها فقهياً.

تلك هي التطبيقات التي استند إليها جمع من الباحثين والأساتذة الكرام في تكييف نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.

فمن الملاحظ أن هذا الرأي عمد إلى تكييف النظرية فقهياً من باب «تكييف المسألة بذكر أمثلتها وتطبيقاتها» فحسب دون إضفاء وصف فقهي معيّن وشامل على أصل المسألة تندرج تحته تلك الأمثلة والتطبيقات، وبالتالي فإن هذا الرأي نهج منهج (مقارنة نظرية عامة وردت في القانون الوضعي، وهي نظرية الظروف الطارئة بتطبيقات فرعية وردت في كتب الفقه الإسلامي، كالعذر والجوائح وتغيّر قيمة النقود.. إلخ، مما يؤدي بهم إلى نتائج غير دقيقة أساساً مع ملاحظة أن منطق المقارنة يستلزم من الباحث مقارنة النظريات العامة في التشريع بما يقابلها من نظريات أو قواعد عامة في التشريع الآخر، لا بالأمثلة أو التطبيقات الجزئية فقط)[1].

تلك هي أبرز الآراء الواردة في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.

(١) سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، الخطيب: ص ٣٢٥.

▪ **الفرع الثاني**: اختيار الباحث للرأي الملائم في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة

بعد الانتهاء من عرض الآراء الواردة في تكييف نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، ترجّح لدى الباحث الأخذ بالرأي الأول الذي نحى إلى القول بأن نظرية الظروف الطارئة بتطبيقاتها المتعددة وأمثلتها المتجدّدة تجد لها مكاناً رحباً ضمن أحكام الضرورة أو نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، إذ إن مبنى نظرية الظروف الطارئة أو أساسها في القانون الوضعي يقوم على مبدأ إزالة الضرر الذي قد ينجم عن تنفيذ العقد تحقيقاً لمبدأ العدالة، ومبدأ إزالة الضرر لا يعدو أن يكون أحد المبادئ الأساسية للضرورة في التشريع الإسلامي؛ إذ ينصّ مفهوم الضرورة في التشريع الإسلامي -كما سبق- على حفظ الإنسان وإزالة الضرر عنه في دينه ونفسه وعقله ونسله وماله، وهذا المفهوم مؤيَّد بجملة من النصوص الشرعية والقواعد الفقهية الدالة عليه، وفي مقدمتها قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[1]، إلى جانب طائفة من القواعد الفقهية العامة التي سبق بيانها لدى عرض الرأي الأول في التكييف الفقهي للنظرية، وإن في هذا الشمول لمفهوم الضرورة في التشريع الإسلامي ما يتّسع لنظرية الظروف الطارئة بشتى تطبيقاتها.

وخلاصة ما أختم به موضوع التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة في ضوء ما سبق بيانه أن هذه النظرية تُكَيَّف فقهياً على أنها من جملة تطبيقات أحكام أو نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، ما دامت تقوم على المبدأ الذي قامت عليه أحكام الضرورة، ألا وهو مبدأ إزالة الضرر في سبيل تحقيق العدالة، والله تعالى أعلم.



(١) سبق تخريجه ص ١٦٨.

المبحث الثاني:

الأدلة التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها في الفقه الإسلامي

بعد أن تمّ بيان مفهوم الظروف الطارئة وتكييفها الفقهي، يصل التدرُّج في عرض مسائل هذ الفصل -قبل الوصول إلى مسألة «سلطة القاضي في التعديل»- إلى بسط الأدلة التي نهضت بذلك التأصيل أو التكييف الفقهي الذي سبق بيانه قبل قليل، وذلك من باب إضفاء المشروعية على سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، إذ كيف يسوغ للقاضي التدخّل بالتعديل في عقد من العقود لسبب لم يجْرِ التثبّت من إقراره في الشرع؟

فالغاية من هذا المبحث إذن معرفة مدى مشروعية الاستناد إلى الظروف الطارئة كسبب يسوغ للقاضي من خلاله التدّخل في العقد الذي أثّرت فيه هذه الظروف، وذلك قبل بسط الحديث في سلطة القاضي نفسها.

هذا ما سيعرض له هذا المبحث بإذن الله تعالى بالإضافة إلى بيان موجز لشروط تطبيق النظرية بعد أن تمّ تأصيلها فقهياً وثبتت مشروعيتها، وذلك في مطلبين:

- المطلب الأول: الأدلة التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.



المطلب الأول:
الأدلة التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

إن نظرية الظروف الطارئة بأحكامها وشروطها وتطبيقاتها كمسائل مجتمعة ومنضوية تحت باب واحد هي نظرية مُحدثة تمَّ تخريجها وتكييفها فقهياً في المبحث السابق على أنها من جملة تطبيقات «أحكام أو نظرية الضرورة» في الفقه الإسلامي، والقائمة على مبدأ رفع الحرج وإزالة الضرر، فهي بذلك لا تتصادم مع أحكام الشريعة الإسلامية البتّة، بل تتفق أساساً مع أحكامها وأصولها وقواعدها العامة.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن الكلام في هذا المطلب سينصبّ على بيان الأدلة الإجمالية العامة التي نهضت بتأصيل النظرية في الفقه الإسلامي دون الأدلة الخاصة ببعض التطبيقات التي تمَّ تخريجها على أنها أمثلة للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي كمسألة الجوائح وغيرها، إذ يُراد في هذا المقام إقامة الأدلة على أصل النظرية، لا آحاد صورها وتطبيقاتها التي قد تختلف الأنظار حول مدى إلحاقها بالنظرية.

وإن الناظر في الأصول التشريعية والقواعد الكلية في الفقه الإسلامي ليجد فيها مجالاً رحباً لأغلب المبادئ والنظريات التي عُرفت في العصر الحديث، وخاصة تلك التي تتعلق بالأخلاق والعدالة، وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة قائمة في الأساس على مبدأ رفع الحرج وإزالة الضرر و إعادة التوازن العادل بين الأداءات في العقد المختلّ نتيجة لتغيّر الظروف بأمر طارئ، فهذا يعني أن الغاية الأساسية من هذه النظرية تستند إلى مبدأ العدل، وإن في النصوص التشريعية والقواعد الكلية في الفقه الإسلامي ما يتّسع لهذه النظرية بل وأبعد منها؛ إذ لا تعدو أن تكون النظرية أحد تطبيقات مبدأ العدل والمسائل المتفرعة عنه، كرفع الحرج وإزالة الضرر والتي حرصت الشريعة الإسلامية أشد الحرص على إقرارها وتحقيقها بوسائل عامة شاملة تنوّعت بين نصوص تشريعية وقواعد فقهية.

وفيما يأتي أعرض لطرف من تلك الأدلة إتماماً لصورة هذا البحث، ولإضفاء صفة «المشروعية» على سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة -محل الحديث في المبحث القادم بإذن الله تعالى- وذلك من مصدرين كالآتي:[1]

○ **المصدر الأول**: النصوص التشريعية التي نهضت بتأصيل النظرية:

➢ **الدليل الأول**: قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: ٩٠].

فهذه الآية من أجمع وأشمل الآيات التي تكفل حفظ مصالح الناس كافة، وتقيم التوازن بينها دون إفراط ولا تفريط.

جاء في «تفسير القرآن العظيم»: (يُخبر الله تعالى أنه يأمر عباده بالعدل، وهو القسط والموازنة، ويندب إلى الإحسان)[2].

وجاء في «التحرير والتنوير»: (والعدل إعطاء الحق إلى صاحبه، وهو الأصل الجامع للحقوق الراجعة إلى الضروري والحاجي من الحقوق الذاتية وحقوق المعاملات... وأما الإحسان فهو معاملة بالحسنى ممن لا يلزمه إلى من هو أهلها، والحسن ما كان محبوباً عند التعامل به ولم يكن لازماً لفاعله، وأعلاه ما كان في جانب الله تعالى... ثم الإحسان في المعاملة فيما زاد على العدل الواجب، وهو يدخل في جميع الأقوال والأفعال ومع سائر الأصناف، إلا ما حرم الإحسان بحكم الشرع)[3].

إذن فالعدل هو المساواة والدّقة في الاقتضاء، والإحسان تجاوز العدل إلى الفضل، والإحسان في المعاملات يُخفّف من حدّة المعادلة الدقيقة في الاقتضاء في بعض الظروف والأزمات[4].

---

(١) تمت الاستفادة في هذا الموضوع من المراجع الآتية: الظروف الطارئة، عبد السلام الترمانيني: ص٣٨ وما بعدها، والنظريات الفقهية، الدريني: ص١٥٧ وما بعدها، ونظرية الضرورة، أستاذنا الزحيلي ص١٩٥ وما بعدها.

(٢) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير: ٢/ ٥٨٣.

(٣) التحرير والتنوير: ١٥/ ٢٥٤-٢٥٥، محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون، تونس، د.ط، د.ت.

(٤) ينظر: النظريات الفقهية، الدريني: ص١٦٤.

وهذا المعنى ذكره الزمخشري[1] رحمه الله تعالى في الكشاف بقوله: (العدل هو الواجب؛ لأن الله تعالى عدل فيه على عباده فجعل ما فرضه عليهم واقعاً تحت طاقتهم، والإحسان الندب، وإنما علّق أمره بهما جميعاً؛ لأن الفرض لا بدّ من أن يقع فيه تفريط فيجبره الندب)[2].

ولقد جمع الله تعالى في عدة مواطن من كتابه الكريم بين العدل والتفضّل بالإحسان[3].

وبإسقاط المعاني العظيمة السابقة على نظرية الظروف الطارئة يمكن القول: إن من العدل وجوب الوفاء بالعقود امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

فهذا هو الأصل في الحالة الطبيعية المعتادة، أما إن طرأ على العقد تغيّرٌ ما نتيجة ظرف طارئ ونتج عنه ضرر بأحد أطرافه، يأتي الإحسان بمعناه العظيم ليحول دون وقوع الضرر، وتُستثنى الواقعة من الحكم الأصلي للعقد -وهو وجوب الوفاء به بناءً على ما تمّ الاتفاق عليه وقت إبرامه- ويثبت لها حكم آخر يدفع ذلك الضرر.

هذا ما تمّ استنتاجه من الدليل الأول بإيجاز.

➢ **الدليل الثاني**: قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩]، فهذه الآية أيضاً تعدُّ أصلاً

---

(١) هو محمود بن عمر بن محمد بن أحمد، أبو القاسم الخوارزمي الزمخشري، من كبار المعتزلة، مفسر، متكلم، نحوي، مشارك في عدة علوم، ولد في زمخشر من قرى خوارزم، توفي سنة ٥٣٨هـ، من أهم تصانيفه: «الكشاف» في تفسير القرآن، و«الفائق في غريب الحديث» [شذرات الذهب، ابن العماد: ٤/ ١١٨، وطبقات المفسرين، السيوطي: ص١٢٠].

(٢) الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: ٢/ ٥٨٦-٥٨٧، أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: عبدالرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

(٣) للاطلاع على هذه المواضع بالتفصيل، ينظر: تفسير القرآن العظيم، ابن كثير: ٢/ ٥٨٣، وأضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: ٢/ ٤٣٦-٤٣٧، محمد الأمين بن محمد بن المختار الشنقيطي، تحقيق: مكتب البحوث، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

عظيماً في قضايا المعاملات والعقود بين الناس، تكفل حفظ حقوقهم ومصالحهم، وتنصّ على مبدأ عظيم وركن أساسي في العقود -سبق بيانه في عدة مواطن من هذا البحث- وهو مبدأ الرضا، أي تحقّق الرضا بالعقد لدى طرفيه، فيعدّ هذا المبدأ بناء على ذلك شرطاً لمشروعية أيّ عقد، ولا يخفى أن العقد الذي وقع خلل في تنفيذه نتيجة ظرف طارئ نَجَم عنه ضرر بأحد طرفيه قد اختلّ فيه مبدأ الرضا، وبات بحاجة إلى إعادة النظر فيه بما يعيد إليه التوازن بين مصلحة طرفيه ويرفع الظلم عنه، حيث إن الضرر الذي حلَّ بأحد طرفي العقد نتيجة ظرف طارئ فيه ظلم بحقه، وعدم مراعاة ذلك يُدخل في باب أكل أموال الناس بالباطل، والمحظور بنص الآية الكريمة السالفة الذكر.

جاء في تفسير الطبري: (أما أكلهم أموالهم بينهم بالباطل، فبالربا والقمار والبخس والظلم)[1].

ويُكتفى بهذين الدليلين من المصدر الأول (النصوص التشريعية)، ولننتقل إلى المصدر الآخر وهو القواعد الفقهية العامة.

○ **المصدر الثاني**: القواعد الفقهية العامة:

إن مما يتميّز به فقهنا الإسلامي ذو المصدر الإلهي اشتماله على قواعد عامة صاغها الفقهاء بأسلوب بليغ وبيان جامع موجز، وذلك بالاستناد إلى نصوص الكتاب والسنة، فغدت تلك القواعد بمنزلة دستور شامل تُستقى منه جلّ الأحكام، وتلقي بظلالها على جلّ القضايا المعاصرة، لما تتّسم به من شمول وعموم أكسباها صلاحية التطبيق في كل زمان ومكان، فلا نكاد نجد قضية مستجدة أو نظرية محدثة -مما لا تصادم أحكام الشرع- إلا ونجد لها مستنداً من بين تلك القواعد.

ونظرية الظروف الطارئة -كما سبق- استندت إلى مبدأ إقامة العدل من خلال رفع الحرج وإزالة الضرر، ولقد حظي هذا المبدأ بنصيب وافر من القواعد الفقهية العامة لأهميته وصلته بمختلف أحوال الناس وقضاياهم في عباداتهم ومعاملاتهم المالية وغيرها.

---

(١) تفسير الطبري: ٥/ ٣٠.

وإن الناظر في تلك القواعد ليجد في عمومها وشمولها ما يتّسع لأحكام نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها بمفهومها الحديث الذي عرفته التقنينات الحديثة مؤخراً.

*** وفيما يلي أعرض لجانب من تلك القواعد حتى تتضح الصورة بشكل أكبر:**

➢ **القاعدة الأولى**: (المشقة تجلب التيسير):

هذه القاعدة تستند بالأصل إلى عدد من الآيات والأحاديث التي تنصّ على مبدأ العدالة ورفع الحرج، منها:

قول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

وقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

وقوله صلى الله عليه وسلم: «بُعثت بالحنيفية السَّمْحة»[(١)].

وقوله: «إنما بُعثتم ميسِّرين ولم تُبعثوا معسِّرين»، و: «يسِّروا ولا تُعسِّروا»[(٢)] وغيرها من النصوص.

قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة جميع رُخَص الشرع وتخفيفاته[(٣)].

---

(١) رواه أحمد في مسنده: ٥/ ٢٦٦، باب: حديث أبي أمامة الصُّدَي بن عجلان بن عمرو بن وهب الباهلي عن النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث: (٢٢٣٤٥)، والطبراني في المعجم الكبير: ٨/ ٢١٦، باب حديث معان بن رفاعة السلامي عن علي بن يزيد، رقم الحديث: (٧٨٦٨).

وجاء في مجمع الزوائد (٥/ ٢٧٩): رواه أحمد والطبراني، وفيه: علي بن يزيد الإلهاني وهو ضعيف.

(٢) أخرجهما الشيخان وغيرهما، فحديث: «إنما بُعثتم ميسرين...» إلخ: أخرجه البخاري في صحيحه: ٥/ ٢٢٧٠، كتاب: الأدب، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «يسروا ولا تعسروا، وكان يحب التخفيف واليسر على الناس»، رقم الحديث: (٥٧٧٧).

وأما حديث: «يسروا ولا تعسروا» فأخرجه البخاري في صحيحه: ٥/ ٢٢٦٩، كتاب: الأدب، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «يسروا ولا تعسروا وكان يحب التخفيف واليسر على الناس» رقم الحديث: (٥٧٧٤) ومسلم في صحيحه: ٣/ ١٣٥٩، كتاب: الجهاد والسير، باب: في الأمر بالتيسير وترك التنفير، رقم الحديث: (١٧٣٤).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر: ١/ ٧٥، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م، والأشباه والنظائر: ١/ ٧٦ وما بعدها، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

وإن من أسباب التخفيف التي ذكرها العلماء في العبادات وغيرها العُسر وعموم البلوى، ولا يخفى ما يتسبب به الظرف الطارئ من عسر في تنفيذ أحكام العقد المنصوص عليها وقت إبرامه، والمُتمثّل في إيقاع الضرر بأحد طرفيه، مما يستلزم -بناء على هذه القاعدة المستنتجة من نصوص الشرع- التحوّل إلى جانب التيسير وإعادة النظر في بنود الاتفاق التي تمَّ إقرارها وقت إبرام العقد بما يزيل الضرر ويعيد التوازن بين مصالح طرفي العقد.

➢ **القاعدة الثانية**: (الضرر يُزال): هذه القاعدة تستند بالأصل إلى قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[1]، فيجب بناء على ذلك رفع الضرر وإزالة آثاره، ويُبتنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه، من ذلك الردّ بالعيب، وجميع أنواع الخيارات، وتتعلق بها قواعد أهمها: (الضرورات تبيح المحظورات)[2].

فهذه القاعدة واضحة الدلالة على نظرية الظروف الطارئة؛ لأن هذه النظرية بُنيت بالأصل على مبدأ إزالة الضرر عن الطرف المضرور في العقد نتيجة الظرف الطارئ.

ومن الأمثلة الواردة على القاعدة السابقة والمتعلقة كذلك بالظروف الطارئة: مسألة ما لو استقرض من الفلوس النافقة مبلغاً فكسدت، فعليه قيمتها عند صاحبي أبي حنيفة رحمهم الله تعالى، ورُجِّح قولهما، ثم اختلفا، فقال محمد: عليه قيمتها في آخر أيام رواجها، وقال أبو يوسف[3]: عليه قيمتها يوم القبض.

وقد رجّحوا قول أبي يوسف في الفلوس إذا غلت أو رخصت بأنه تجب قيمتها يوم البيع لو كانت ثمناً، ويوم القبض لو كانت قرضاً[4].

إذن تُعدّ هذه القاعدة أصلاً من الأصول الهامة لنظرية الظروف الطارئة.

---

(١) سبق تخريجه ص ١٦٨.

(٢) الأشباه والنظائر،ابن نجيم: ١/ ٨٥ وما بعدها.

(٣) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، صاحب أبي حنيفة، وُلي القضاء لثلاثة من الخلفاء: المهدي والهادي والرشيد، وهو أول من خوطب بقاضي القضاة، توفي سنة ١٨٢هـ (الجواهر المضية، القرشي: ٢/ ٢٢٠، وتاج التراجم، العلامة قاسم: ص٣١٦).

(٤) شرح القواعد الفقهية: ص١٧٩، الشيخ أحمد بن محمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

➢ **القاعدة الثالثة**: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح):

فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قُدِّم دفع المفسدة غالباً؛ لأن اعتناء الشرع بالمنهيّات أشدّ من اعتنائه بالمأمورات[1].

* **ويتجلّى تطبيق هذه القاعدة على نظرية الظروف الطارئة من خلال النظر في جانبين:**

۞ **أحدهما**: المصلحة التي يتوخّاها أحد طرفي العقد جرّاء تنفيذ العقد على الصورة المتّفق عليها وقت إبرامه، أي قبل طروء الظرف.

۞ **والجانب الآخر**: الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب ذلك الظرف في حال تمَّ تجاهله، وعدم إعادة النظر في كيفية تنفيذ العقد بعد طروئه، فالضرر -كما هو معلوم بالضرورة- يُعدّ مفسدة، ودفعه أولى من مصلحة الطرف الآخر، فيُقدّم في الاعتبار بناءً على هذه القاعدة، وبذلك تتجلى أهمية هذه القاعدة بوصفها أصلاً هاماً من الأصول التي ترتكز عليها نظرية الظروف الطارئة.

➢ **القاعدة الرابعة**: (الحاجة العامة أو الخاصة تنزل منزلة الضرورة):

وقد ذكر الفقهاء في هذه القاعدة أن عقدي الكتابة والجعالة ونحوهما جرت على حاجات خاصة تكاد تعم، والحاجة إذا عمَّت كانت كالضرورة، فتغلب فيها الضرورة الحقيقية، ومنها مشروعية الإجارة مع أنها وردت على منافع معدومة[2].

فالحاجة إذن سواء كانت عامة أو خاصة تؤثّر في تغيير الأحكام مثل الضرورة، ولا يخفى ما يصيب الطرف المضرور في العقد من حاجة ماسة بسبب الظرف الطارئ، توقعه في حرج شديد، وتسبّب له الالتزام المرهق الذي يستدعي إعادة النظر في العقد بالقدر الذي يزيل الضرر عن الطرف المضرور؛ نزولاً بحاجته إلى منزلة الضرورة التي تُسوِّغ إزالة ذلك الضرر.

تلك هي أهم القواعد الفقهية العامة التي تؤيد نظرية الظروف الطارئة، ويُكتفى بهذا القدر من الأدلة العامة المؤيدة لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ١/ ٨٦ وما بعدها.

(٢) المنثور في القواعد: ٢/ ٢٤، محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق: تيسير فائق محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ.

المطلب الثاني:

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

*** لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أربعة شروط كالآتي**[1]:

- **الشرط الأول:**

أن تطرأ حادثة بعد إبرام العقد غير متوقَّعة ولا يمكن دفعها، سواء أكانت بغير فعل البشر كالجائحة والفيضان والزلزال والوباء والجراد ونحوها، أم بفعل البشر كالحروب ونحوها.

* وتندرج ضمن هذا الشرط شروط جزئية أبرزها:

أ- يشترط ألا يكون الحادث بسبب أحد المتعاقدين، وإلا كان مسؤولاً عن آثاره وحده.

ب- ألا يكون ثمة تقصير حصل في دفع الحادث والتحرّز منه.

ج- يستوي في الحادث أن يكون عاماً أو خاصاً لاحقاً بشخص أيّ من المتعاقدين.

- **الشرط الثاني:**

أن يكون العقد الذي تطبّق بشأنه هذه النظرية متراخي التنفيذ، سواء أكان من العقود المستمرة التنفيذ التي يعد الزمن فيها عنصراً ملازماً للاستيفاء من قبل أحد العاقدين كما في عقد الإجارة، أو عقود بيع الثمار على الأشجار بعد بدوّ صلاحها؛ لأنها تقطف متلاحقة على النضارة عادة فيستمر تنفيذ العقد ولا يتعاصر مع وقت إبرامه.

أم كان من العقود الفورية المؤجّلة التنفيذ، إذا كان الثمن كله مؤجّلاً بالاتفاق إلى أجل مسمى، أو كان على شكل دفعات أو أقساط، مثل عقد التوريد.

- **الشرط الثالث:**

ألا يكون العقد احتمالياً بطبيعته أو بالاتفاق؛ لأن من يعقد عقداً احتمالياً عليه أن يتوقع كل الحوادث حتى الاستثنائية منها، مما قد تؤثر في مدى التزاماته.

والمقصود بالعقد الاحتمالي: هو العقد الذي لا يُعرف فيه وقت إبرامه مقدار الغُرم بالنسبة للغُنم، أو مقدار الاحتمال الذي يستهدف له كل المتعاقدين، ولا يستبين ذلك إلا فيما بعد وفقاً

(١) ينظر: النظريات الفقهية، الدريني: ص ١٤٩-١٥٠، ونظرية الضرورة، أستاذنا الدكتور الزحيلي: ص٣١٨.

لمجرى الحوادث، مثل بيع الأشياء المستقبلية: كبيع الثمار قبل انعقادها، والزرع قبل نباته بثمن جزاف، وكذلك مثل عقود التأمين.

- **الشرط الرابع:**

أن يحدث ضرر زائد أو فاحش غير معتاد نتيجة للحادث الطارئ لا نتيجة للالتزام نفسه، بحيث يكون حدوثه ملازماً لتنفيذ العقد ولا يمكن انفكاكه في الأعم الأغلب.

تلك هي أهم شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وبنهاية هذه المسألة بات الطريق ممهداً لإماطة اللثام عن المسألة الأهم في هذا الفصل وهي مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وذلك بعد أن تمّ الكشف عن مفهوم نظرية الظروف الطارئة وتكييفها الفقهي والأدلة المؤيدة لها وشروط تطبيقها، وذلك في المبحث الآتي بإذن الله.



المبحث الثالث:

أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد في ظلّ تحقّق الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

يُعدّ هذا المبحث لبّ ما يهم هذه الرسالة من موضوع الظروف الطارئة؛ إذ يسلط الضوء على الطرق أو الحلول المتاحة للقاضي لدى تعديله عقداً لَحِقه ظرف طارئ.

فقد تقدّم في مستهلّ هذا الفصل أن الفقه الإسلامي لم يعرض للظروف الطارئة كنظرية مستقلة في أيّ من أبوابه، وإنما عرض لتطبيقات هامة يمكن من خلالها بناء نظرية متكاملة لها أحكامها وتفصيلاتها المختلفة.

حيث شمل حديث الفقهاء في هذا الجانب ثلاثة تطبيقات رئيسية يمكن الاستناد إليها كأساس تُبنى عليه جلّ المسائل المستجدة من أمثلة وتطبيقات للظروف الطارئة عبر الزمان، **وهذه التطبيقات هي:**

١) العذر في عقد الإجارة.

٢) الجائحة في بيع الثمار على الأشجار.

٣) التغيّر في قيمة النقد.

وإن المتتبّع للظروف الطارئة على العقد عبر الزمان يلمس بروزها في هذه التطبيقات الثلاثة في الأعم الأغلب من الأحوال؛ إذ إن الظرف الطارئ غالباً ما يرد كعذر على عقد الإجارة بتطبيقاته الواسعة، أو يرد كجائحة على الثمار والزروع بأنواعها المختلفة، سواء أكانت جائحة سماوية أم جائحة بفعل آدمي، أو يَرِد كسببٍ تتغير بموجبه قيمة النقود، ويُعدّ هذا التطبيق الأخير التطبيق الأوسع في جانب العقود المالية؛ لأن النقد يُعدّ العامل الأهم الذي يتأثر بالظروف الطارئة -وخاصة في هذا الزمان- كما يُعدّ مجالاً خصباً لحدوث الخلاف حوله بين أطراف العقد، مما يستدعي تدخل سلطة القضاء لتعديل ما يمكن تعديله في العقد دفعاً للخلاف بين أطرافه، ولإعادة التوازن بين مصالحهم، وتحقيق العدل الذي أرست دعائمه أحكام الفقه الإسلامي.

*** وبناءً على ذلك تدور سلطة القاضي في التدخل في العقد بسبب الظروف الطارئة بين حكمين:**

أحدهما: فسخ العقد، **والآخر**: تعديل العقد.

أما بالنسبة لفسخ العقد فقد تقدّم بيانه بشكل موجز في المبحث الأول في مسألة «التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة»[1] من خلال عرض أهم أمثلته، وهو «العذر في عقد الإجارة» وعرفنا أن هذه المسألة حظيت بنصيب وافر من البحث والتفصيل في مذهب السادة الحنفية الذين ذهبوا إلى الحكم بفسخ عقد الإجارة بالأعذار، سواء أكانت في جانب المعقود عليه أم في جانب أحد العاقدين المؤجّر والمستأجِر، وخالفهم في ذلك الجمهور فلم يعتدّوا إلا بالعذر في جانب المعقود عليه دون العاقدين.

كما تجلّى حكم الفسخ في جلّ تطبيقات مسألة «تفريق الصفقة» كما تقدّم في الموضع نفسه[2].

ويُكتفى بما تم بيانه سابقاً في مسألة فسخ العقد وأمثلته؛ إذ إن المهم في المقام الأول ههنا هو بيان سلطة القاضي في تعديل العقد لا فسخه، فعليها يدور موضوع هذه الرسالة.

ولنأتِ الآن على المسألة الجوهرية في هذا المقام والمتمثّلة في الحكم الآخر الذي يلجأ إليه القاضي إزاء الظروف الطارئة وهو تعديل العقد.

ولتكن البداية بِسرْدِ أبرز الطرق أو الحلول التي يلجأ إليها القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، **وهي لا تخرج في الأعمّ الأغلب عن أحد الأمور الآتية:**

١) الحطُّ أو الإنقاص.

٢) توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد.

٣) تأجيل تنفيذ العقد.

٤) الرجوع إلى القيمة الأساسية للنقد في العقود التي طرأ عليها ظرف تسبّب في تغيّر حالة النقد أو قيمته.

---

(١) ينظر: ص ١٨٦ من البحث.

(٢) ينظر: ص ١٩١ من البحث.

فالقاضي من خلال السلطة المخوّل بها من قِبَل الشرع يلجأ إلى الحل الأمثل لكل عقد لَحِقه ظرف طارئ بما يُعيد إليه التوازن ويُحقق مصلحة طرفيه، وهو ما سيتجلّى بشكل واضح لدى دراسة تطبيقين أساسيين عرض لهما الفقهاء بشكل مفصّل:

- **أحدهما**: الجائحة في بيع الثمار على الأشجار.
- **والتطبيق الآخر**: التغيّر في قيمة النقود.

وبناءً على ذلك سيتم عرض التطبيقين بشكل مفصل ليتم الاستناد إليهما لدى عرض التطبيقات المعاصرة للظروف الطارئة في مبحث لاحق بإذن الله تعالى، **وذلك في مطلبين كالآتي:**

- المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الجوائح في بيع الثمار.
- المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغيّر قيمة النقود.



المطلب الأول:

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الجوائح في بيع الثمار

لقد تقدّم تعريف الجائحة عند الفقهاء في مسألة التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة[1] بأنها: الآفة التي تصيب الثمار فتؤدي إلى إهلاكها كالعطش والقحط والبرد والريح والشمس والعفن وآفات الزروع والنباتات ونحوها.

وتُعدّ هذه المسألة من المسائل الأساسية التي تمس صميم موضوع هذه الرسالة بشكل مباشر، حيث يستدعي الخلاف المحتمل حدوثه بين المتعاقدين بسبب الجائحة تدخل سلطة القضاء بغرض تصحيح مسار العقد بتعديله وإعادة التوازن إليه بما يرفع الضرر عن كلا طرفيه.

كما تعدّ هذه المسألة التي عرض لها جلّ الفقهاء بشكل مفصل أحد أهم تطبيقات نظرية الظروف الطارئة بمفهومها المعاصر، مما يدلّل على أصالة هذه النظرية في الفقه الإسلامي قبل أي تشريع آخر.

ونظراً للأهمية التي حظيت بها هذه المسألة بالنسبة إلى موضوع الرسالة، سأعرض لها بشيء من التفصيل في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة مبتدئاً بعرض المسألة في كل مذهب على حدة، ثم عرضها في نهاية المطاف بشكل يلمّ شتات الأقوال ويبيّن مؤتلفها ومختلفها وأدلتها وسلطة القاضي إزاء ذلك.

*** وفيما يلي تفصيل ما سبق إجماله في فرعين:**

- **الفرع الأول**: عرض المسألة في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة على حدة.
- **الفرع الثاني**: استنتاج سلطة القاضي في تعديل العقد من خلال تحرير آراء المذاهب الفقهية الأربعة وأدلتها في المسألة.

(١) ينظر: ص ١٨٨ من البحث.

▪ **الفرع الأول**: عرض المسألة في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة على حدة

➢ **أولاً**: الجوائح في بيع الثمار في مذهب السادة الحنفية:

ذهب السادة الحنفية إلى أن الثمار المبيعة إذا أصابتها جائحة فإنها من ضمان المشتري، بمعنى أنهم لا يرون وضع الجوائح في بيع الثمار على الأشجار؛ استناداً إلى مفهوم القبض عندهم في الثمار، حيث يحصل القبض في الثمار عندهم بالتخلية، وهي أن يخلّي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيُجعل البائع مسلِّماً للمبيع، والمشتري قابضاً له، وذلك كافٍ في جعْل الضمان على المشتري.

جاء في«بدائع الصنائع»: (ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضاً؛ لأنه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك البائع، فحصل التخلّي بتسليم الشجر، فكان قبضاً)[1].

كما جاء «مختصر الطحاوي[2]» في بيان أن الضمان على المشتري: (وما أصاب الثمرة بعد قبض مبتاعها إياها من السماء أو من جناية جانٍ عليها فمن مال المشتري، وإن كان ذلك قبل قبض المشتري إياها فمن مال البائع)[3].

➢ **ثانياً**: الجوائح في بيع الثمار في مذهب السادة المالكية:

ذهب السادة المالكية إلى أن الثمار المبيعة إذا أصابتها جائحة فإنها من ضمان البائع، بمعنى أنهم يرون وجوب وضع الجوائح في بيع الثمار على الأشجار، وفيما يلي أسرد نصاً من نصوصهم في ذلك بشكل مجمل وذلك قبل توضيح المسألة -كما أسلفت- بعد الفراغ من سرد نصوص المذاهب في المسألة:

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٤٧.

(٢) هو أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي، أبو جعفر، نسبته إلى «طحا» قرية بصعيد مصر، كان إماماً فقيهاً حنفياً، من تصانيفه: (أحكام القرآن)، و(معاني الآثار)، و(العقيدة)، توفي سنة ٣٢١هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي: ١/ ١٠٢، والأعلام، الزركلي: ١/ ١٩٦.

(٣) مختصر الطحاوي: ص٧٨، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، لجنة إحياء دار المعارف النعمانية، حيدر أباد، الهند، د.ط، ١٣٧٠هـ.

جاء في كتاب «القوانين الفقهية»: (في الجوائح: ومن اشترى ثمراً فأصابته جائحة فإنه يوضع عنه من الثمن مقدار ما أصابته الجائحة خلافاً لهما، **وإنما يوضع بشرطين:**

❁ **أحدهما:** أن تكون الجائحة من غير فعل بني آدم، كالقحط وكثرة المطر والبرد والريح والجراد وغير ذلك، واختُلف في الجيش والسارق.

❁ **والثاني:** أن تصيب الجائحة ثلث الثمر فأكثر، وقال أشهب: ثلث قيمتها، فإن أصابت أقل من الثلث لم يوضع عن المشتري، وإذا أصابت الثلث فأكثر لزم المشتري قيمتها بعد حطّ ما أصابت الجائحة...)[1].

➢ **ثالثاً:** الجوائح في بيع الثمار في مذهب السادة الشافعية:

ذهب السادة الشافعية في المذهب الجديد للإمام الشافعي إلى أن الثمار المبيعة إذا أصابتها جائحة فإنها من ضمان المشتري، بمعنى أنهم لا يرون وضع الجوائح في بيع الثمار على الأشجار، وذهب الإمام الشافعي في مذهبه القديم إلى أن جائحة الثمار المبيعة على الأشجار توضع عن المشتري.

جاء في كتاب «روضة الطالبين»: (فإن عرضت جائحة من حر أو برد أو جراد أو حريق أو نحوها قبل التخلية فهي من ضمان البائع... وإن عرضت بعدها فإن كان باعها بعد بدوّ الصلاح **فقولان: الجديد:** الأظهر أن الجوائح من ضمان المشتري، **والقديم:** أنها من ضمان البائع، ولا فرق على القولين بين أن يشرط القطع أم لا)[2].

➢ **رابعاً:** الجوائح في بيع الثمار في مذهب السادة الحنابلة:

ذهب السادة الحنابلة إلى أن الثمار المبيعة إذا أصابتها جائحة، فإنها من ضمان البائع، بمعنى أنهم يرون وجوب وضع الجوائح في بيع الثمار على الأشجار؛ استناداً إلى أن التخلية ليست بقبض تام عندهم.

---

(١) القوانين الفقهية، ابن جزي: ص١٧٣ وما بعدها.

(٢) روضة الطالبين، النووي: ٣/ ٥٦٢، وينظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٩٢، ونهاية المحتاج، الرملي: ٤/ ١٥٥.

جاء في كتاب «المغني»: (إن الجائحة هي كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والجراد والعطش... وأما ما كان بفعل الآدمي، فقال القاضي: المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة؛ لأنه أمكن الرجوع ببدله، بخلاف التالف بالجائحة... وظاهر المذهب: أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه)[1].



▪ **الفرع الثاني**: استنتاج سلطة القاضي في تعديل العقد من خلال تحرير آراء المذاهب الفقهية الأربعة وأدلتها في المسألة:

*** يشمل البحث في هذا الفرع أربع مسائل كالآتي:**

۞ **المسألة الأولى**: تحرير محل الخلاف بين الفقهاء.

۞ **المسألة الثانية**: استنتاج سلطة القاضي في تعديل العقد من خلال عرض آراء الفقهاء في وضع الجائحة.

۞ **المسألة الثالثة**: أدلة الفقهاء في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الجائحة، وما دار حولها من نقاش، وترجيح الباحث.

۞ **المسألة الرابعة**: أنواع الجوائح التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها، وشروطها عند القائلين بوضعها عن المشتري.

*** وفيما يلي تفصيل ما سبق إجماله من المسائل:**

۞ **المسألة الأولى**: تحرير محل الخلاف بين الفقهاء

قبل الخوض في آراء الفقهاء في مسألة «وضع الجائحة» أعرض لمواطن الاتفاق فيما بينهم حتى الوصول إلى نقطة الخلاف، وذلك فيما يعرف بتحرير محل النزاع أو الخلاف، **وفيما يلي بيان مواطن الاتفاق بينهم:**

(١) المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٦-٨٧، وينظر: كشاف القناع ٣/ ٢٨٥-٢٨٦.

١- اتفق الفقهاء على أن الثمرة إذا بيعت مع أصلها أو بيعت من مالك أصلها فلا وضع فيها، بمعنى أنها تكون من ضمان المشتري لا البائع.

جاء في كتاب «الذخيرة»: (لا جائحة فيما يباع بأصله، ولا فيما اشترطه المبتاع من مأبور الثمار لقبض البيع بجملته..)[١].

٢- اتفق الفقهاء على أن الثمرة إذا أصابتها جائحة قبل التخلية، فإنها من ضمان البائع لا المشتري.[٢]

٣- اتفق الفقهاء على أن الثمرة إذا أصابتها جائحة بعد النضج وإمكان جذاذها فلا توضع، بمعنى أنها تكون من ضمان المشتري[٣].

تلك هي مواطن الاتفاق بين الفقهاء، وبقي أن نأتي على محل الخلاف بينهم وهو: إذا بيعت الثمرة منفردة عن أصلها من غير مالك أصلها، بعد تخلية البائع فيما بين المشتري والثمرة وبعد بدوّ صلاحها، ثم أصابتها جائحة قبل حلول أوان جذاذها.

---

(١) الذخيرة: ٥/ ٢٢١، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، د.ط، ١٩٩٤م، وينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ١٩١، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٩٢، والإنصاف، المرداوي: ٥/ ٧٧، ومطالب أولي النهى، الرحيباني: ٣/ ٢٠٣.

(٢) ينظر: شرح معاني الآثار: ٤/ ٣٥، أحمد بن محمد بن سلامة، أبو جعفر الطحاوي، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ، ومختصر الطحاوي: ص٧٨، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ١٤٠، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، والحاوي الكبير: ٥/ ٢٠٩، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٥٦٢، ومطالب أولي النهى، الرحيباني: ٣/ ٢٠٣.

(٣) ينظر: القوانين الفقهية، ابن جزي: ص ١٧٤، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٥٦٢، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٩٢، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧.

قال الإمام الماوردي[1] رحمه الله تعالى في ذلك: (وصورتها في رجل باع ثمرة على رؤوس نخلها، وسلّمت إلى المشتري، وتلفت بالجائحة قبل جذاذها)[2] فهل توضع تلك الجائحة، بمعنى هل يقع ضمان تلك الجائحة من مال البائع أم المشتري؟

۞ **المسألة الثانية**: استنتاج سلطة القاضي في تعديل العقد من خلال عرض آراء الفقهاء في وضع الجائحة

بعد أن تم تحرير محل الخلاف بين الفقهاء، وذلك من خلال عرض مواطن الاتفاق فيما بينهم حتى الوصول إلى نقطة الخلاف، يُستنتج من النصوص التي سبق سردها من كتب المذاهب الفقهية الأربعة في الفرع الأول أن للفقهاء قولين في المسألة:

۞ **القول الأول**: للسادة الحنفية والشافعية في القول الجديد للإمام الشافعي رحمه الله تعالى[3] مفاده أن الجائحة لا توضع عن المشتري، **فيُستنتج من هذا القول** أن القاضي لا يملك سلطة تعديل عقد بيع الثمار على الأشجار إذا أصابتها جائحة بعد تخلية البائع فيما بينها وبين المشتري، فتكون تلك الجائحة من مال المشتري لا البائع.

وبناء على ذلك يبقى العقد على حاله كما تمّ الاتفاق عليه حين إنشائه دون تعديل.

۞ **القول الثاني**: للسادة المالكية والحنابلة والشافعي في قوله القديم[4]، مفاده أن الجائحة توضع عن المشتري، **فيُستنتج من هذا القول** أن القاضي يملك سلطة تعديل عقد بيع الثمار على

---

(١) هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي، إمام في المذهب الشافعي، كان حافظاً له، توفي في بغداد ٤٥٠هـ، من تصانيفه: الحاوي الكبير في الفقه، والأحكام السلطانية، ينظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٥/ ٢٦٧، وشذرات الذهب، ابن العماد: ٣/ ٢٨٥.

(٢) الحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٥.

(٣) ينظر: مختصر الطحاوي: ص٧٨، وشرح معاني الآثار، الطحاوي: ٤/ ٣٥، والأم، الشافعي: ٣/ ٥٦-٥٧، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٥٦٢، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٩٢.

(٤) ينظر: القوانين الفقهية، ابن جزي: ص١٧٣ وما بعدها، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٨٣-١٨٤، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧ وما بعدها، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢٨٥ وما بعدها، والأم، الشافعي: ٣/ ٥٦-٥٧.

الأشجار إذا أصابتها جائحة، حتى لو كانت الجائحة بعد تخلية البائع فيما بين الثمرة والمشتري، فيقع الضمان في هذه الحالة من مال البائع.

وبناء على ذلك يجري القاضي تعديلاً على العقد باستخدام طريقة «الحطّ أو الإنقاص» من التزامات المشتري، بوصفها إحدى طرق تعديل العقد التي سبق بيانها في مطلع هذا المطلب[1].

ويتم الإنقاص من التزامات المشتري تجاه البائع بقدر ما أحدثت الجائحة من إتلاف للثمرة، وذلك بحطّ جزء من الثمن المتّفق عليه بينهما وقت إنشاء العقد بشروط وتفصيلات ترد لاحقاً بإذن الله تعالى.

۞ **المسألة الثالثة**: أدلة الفقهاء في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الجائحة وما دار حولها من نقاش، وترجيح الباحث

* **تشمل هذه المسألة ثلاث فقرات:**

➢ **الفقرة الأولى**: عرض الأدلة:

- **أولاً**: أدلة الفريق الأول: استدل السادة الحنفية والشافعية في القول الجديد للإمام لمذهبهم في عدم وضع الجائحة عن المشتري في عقد بيع الثمار على الأشجار بعد التخلية وبالتالي بقاء العقد على حاله دون تعديل بما يأتي[2]:

١ - ما رواه أنس بن مالك[3] رضي الله عنه:

---

(١) ينظر: ص ٢٠٧.

(٢) للاطلاع على هذه الأدلة ينظر: شرح معاني الآثار، الطحاوي: ٤/ ٣٦، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٤٧-٢٤٨، والأم، الشافعي: ٣/ ٥٧، والحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٦-٢٠٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٩٢.

(٣) هو أنس بن مالك بن النضر الأنصاري الخزرجي، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم، شهد بدراً، وهو من المكثرين في الرواية، قيل: إنه توفي سنة ٩٣هـ بالبصرة، ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ابن عبدالبر: ١/ ١٠٩، وأسد الغابة، ابن الأثير: ١/ ١٩٢.

«أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تَزهى، قيل: وما تَزهى؟ قال: حتى تَحمرّ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: أرأيت إن منع الله الثمرة، فبِم يأخذ أحدكم مال أخيه؟».[1]

وجه الاستدلال من الحديث: لو كانت الجوائح توضع عن المشتري وجوباً لما كان لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها معنى؛ إذ إن علة النهي تكمن في حفظ المال من التلف، فإذا تقرّر وضع الجائحة عن المشتري بعد التخلية وبدوّ صلاح الثمرة لم يكن لهذا النهي معنى؛ لأن المال حينئذ يكون محفوظاً في الحالين، فدلّ ذلك على عدم وجوب وضع الجائحة عن المشتري، وبالتالي بقاء العقد على حاله ولا سلطة للقاضي في تعديله[2].

٢- روت عمرة بنت عبد الرحمن[3] تارة مرسلاً وتارة مسنداً: «عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً من الأنصار ابتاع من رجل ثمرة، فأصيب فيها، فسأل البائع أن يحطّه شيئاً، فحلف بالله ألا يفعل، فأتت أمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تألّى فلان أن لا يفعل خيراً»[4].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٦٨، كتاب: البيوع، باب: بيع المخاضرة، رقم الحديث: ٢٠٩٤، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١١٩٠، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم الحديث: ١٥٥٥.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ٥/ ٢٠٦.

(٣) هي عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة بن عدس الأنصارية النجارية، تلميذة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، جدُّها سعد من قدماء الصحابة، وهي من التابعيات الثقات، توفيت سنة ٩٨هـ، وقيل: ١٠٦هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء، الذهبي: ٤/ ٥٠٧.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٦٢١، كتاب: البيوع، باب: الجائحة في بيع الثمار والزرع، رقم الحديث: ١٢٨٦، وهو مرسل وصله البخاري في صحيحه: ٢/ ٩٦٣، كتاب الصلح، باب: هل يُشير الإمام بالصلح، رقم الحديث: ٢٥٥٨، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١١٩١، كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين، رقم الحديث: ١٥٥٧.

وجه الاستدلال من الحديث من جانبين، أحدهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم أخرج الحطّ عن المشتري مخرج الخير والفضل، لا مخرج الوجوب والحتم، والثاني: أنه لم يجبر البائع على الحطّ عن المشتري حتى بلغ البائع ذلك، فتطوع بحطّه عنه، ولو كان واجباً لأجبره عليه[1].

وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: (ولو ثبت حديث عمرة كانت فيه -والله أعلم- دلالة على أن لا توضع الجائحة؛ لقولها: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تألّى أن لا يفعل خيراً، ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له، حلف أو لم يحلف، وذلك أن كل من كان عليه حق قيل هذا يلزمك أن تؤديه، إذا امتنعت من حق فأُخذ منك بكال حال)[2].

٣- حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن رجلاً اشترى ثمراً فأُصيب فيها، فكثر دينه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[3].

وجه الاستدلال من الحديث كما بيّنه الإمام الطحاوي رحمه الله تعالى أنه لما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمار، وفيهم باعتها، ولم يرده على الباعة بالثمن إن كانوا قد قبضوا ذلك منه، ثبت أن الجوائح الحادثة في يد المشتري لا تكون مطالِبة عنه شيئاً من الثمن الذي عليه للبائع[4].

٤- دليل القياس: إن الجائحة بعد التخلية من ضمان المشتري؛ لأن التخلية كافية في جواز التصرف، فكانت كافية في جواز نقل الضمان قياساً على العقار[5]، وقد جاء في «الحاوي

(١) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٧.

(٢) الأم، الشافعي: ٣/ ٥٧.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: ٣/ ١١٩١، كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين، رقم الحديث: ١٥٥٦.

(٤) شرح معاني الآثار، الطحاوي: ٤/ ٣٦، وينظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٧.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٤٧-٢٤٨، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٩٢.

الكبير»: (إن الثمرة تصير مقبوضة على رؤوس نخلها بالتمكين والتخلية، بدليل أن للمشتري بيعها بعد التمكين فيها، ولو لم تكن مقبوضة لم يجز، وتَلَفُ بعد القبض كان من ضمان المشتري دون البائع)[1].

تلك هي أبرز أدلة الفريق الأول وهم السادة الحنفية والشافعية في القول الجديد للإمام الشافعي في عدم وضع الجائحة، وبالتالي بقاء عقد بيع الثمرة إذا أصابتها جائحة بعد التخلية على حاله دون أي تعديل من قبل القاضي.

- **ثانياً**: أدلة الفريق الثاني:

استدل السادة المالكية والحنابلة والشافعي في قوله القديم في وضع الجائحة عن المشتري في بيع الثمار على الأشجار بعد التخلية، وبالتالي تدخّل القاضي في العقد لتعديله وذلك بحطّ مقدار ما أحدثت الجائحة من تلف عن المشتري في الثمن بما يأتي:[2]

١- حديث جابر رضي الله عنه: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح»[3].

٢- حديث جابر رضي الله عنه أيضاً: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[4].

وجه الاستدلال من الحديثين: دل الحديثان على وضع الجائحة بصريح الحكم، فلا يعدل عنه، ففي الأول: ورد الأمر بصريح اللفظ بوضع الجوائح، وفي الثاني: ورد النهي بصريح اللفظ بحرمة أخذ البائع من مال المشتري[5].

---

(١) الحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٧.

(٢) للاطلاع على هذه الأدلة ينظر: الذخيرة، القرافي: ٥/ ٢١٤، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢/ ١٤٠، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٦ وما بعدها.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: ٣/ ١١٩١، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم الحديث: ١٥٥٤.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه: ٣/ ١١٩٠، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم الحديث: ١٥٥٤.

(٥) المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٦.

٣- إن وضع الجوائح هو مقتضى القياس الصحيح، فإن المشتري لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه، فإن قَبْضَ كل شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئاً فشيئاً، فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجرة من الأرض والعقار والحيوان، وعُلَق البائع لم تنقطع عن المبيع، فإن له سقي الأصل وتعاهده، كما لم تنقطع عُلَق المؤجر عن العين المستأجرة، والمشتري لم يتسلم التسليم التام، كما لم يتسلم المستأجر التسليم التام، فإذا جاء أمر غالب اجتاح الثمرة من غير تفريط من المشتري لم يحل للبائع إلزامه بثمن ما أتلف قبل تمكنه من قبضها القبض المعتاد[١].

٤- قياس الشبه[٢]:

قال ابن رشد رحمه الله تعالى: (وذلك أنهم قالوا إنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه، أصله سائر المبيعات التي بقي لها حق توفية، والفرق بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكتمل بعد، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع مالم يُخلق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات)[٣].

تلك هي أبرز أدلة الفريق الثاني وهم السادة المالكية والحنابلة والإمام الشافعي في قوله القديم في وضع الجائحة عن المشتري.

وبناء على تلك الأدلة فإن للقاضي سلطة تعديل العقد في هذه الحالة، وذلك بحط جزء من الثمن عن المشتري بمقدار ما أحدثت الجائحة من تلف للثمرة بشروط تأتي قريباً بإذن الله تعالى.

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٦-٨٧.

(٢) قياس الشَبَه ويسمى قياس الدلالة، وهو ما أُخذ حكم فرعه من شبه أصله، أو هو ما تجاذبه الأصول فأخذ من من كل أصلاً شبهاً، وفيه خلاف فقيل: يصح العمل به، وقيل لا يصح. للتوسع في ذلك يُنظر: البحر المحيط في أصول الفقه، الزركشي: ٧/ ٥٤.

(٣) بداية المجتهد، ابن رشد: ٢/ ١٤٠.

➢ **الفقرة الثانية**: مناقشة الأدلة:

- **أولاً**: مناقشة الفريق الأول لأدلة الفريق الثاني:

ناقش السادة الحنفية والشافعية أدلة القائلين بوضع الجائحة عن المشتري، وهم السادة المالكية والحنابلة، وأجابوا عنها بما يلي:

١- أما حديث جابر رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح»، فقد أجابوا عنه من عدة وجوه كالآتي:

(أ) تكلم الإمام الشافعي في هذا الحديث بما يفيد إعلاله وعدم صحة الاحتجاج به، حيث ورد هذا الحديث من طريق سفيان بن عيينة[١] عن حميد الأعرج[٢]، قال الشافعي: سمعت سفيان يحدِّث هذا الحديث كثيراً في طول مجالستي له لا أحصي ما سمعته يحدثه من كثرته، لا يذكر فيه «أمر بوضع الجوائح» لا يزيد على أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين، ثم زاد بعد ذلك «وأمر بوضع الجوائح»، وقال الشافعي أيضاً: قال سفيان: وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاماً قبل «وضع الجوائح» لا أحفظه، فكنت أكفّ عن ذكر «وضع الجوائح» لأني لا أدري كيف كان الكلام؟.

ثم قال الشافعي أيضاً: ما حكيت فقد يجوز أن يكون الذي لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالصلح على النصف، وعلى مثل أمره بالصدقة تطوعاً حضّاً على الخير لا حتماً، وما أشبه ذلك، ويجوز غيره، فلما احتمل الحديث المعنيين معاً ولم يكن فيه دلالة على أيهما أولى به لم يجز عندنا أن نحكم، والله أعلم على الناس بوضع ما وجب لهم بلا خبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يثبت بوضعه[٣].

---

(١) هو سفيان بن عيينة بن أبي عمران الهلالي الكوفي، أحد الثقات الأعلام، أجمعت الأمة على الاحتجاج به، توفي سنة ١٩٨هـ، ينظر: تهذيب التهذيب: ٤/ ١٠٤، أحمد بن علي بن حجر، أبو الفضل العسقلاني، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، وميزان الاعتدال، الذهبي: ٣/ ٢٤٦.

(٢) هو حميد بن قيس الأعرج المكي، أبو صفوان الأسدي، كان ثقة، كثير الحديث، وكان قارئ أهل مكة، قيل: توفي سنة ١٣٠هـ، ينظر: تهذيب التهذيب، ابن حجر: ٣/ ٤١، وميزان الاعتدال، الذهبي: ٢/ ٣٩٠.

(٣) الأم، الشافعي: ٣/ ٥٦-٥٧.

إذن فالإمام الشافعي رحمه الله لم يقبل الاحتجاج بهذا الحديث؛ لكونه تطرق إليه الاحتمال، والدليل كما هو معلوم إن تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

(ب) كما أجابوا عن هذا الحديث بأنه محمول على وضع الجوائح في بيع السنين المقترن به وما في معناه من بيوع الثمار الفاسدة[1].

(ج) وأجابوا عنه كذلك، بأنه يُمكن أن يُحمل الأمر فيه على الندب لا الوجوب[2].

(د) كما أجابوا عنه باحتمال أن يكون الأمر بوضع الجوائح في الحديث متعلق بوضعها عن البائع لا المشتري؛ لأنه يحتمل الأمرين وليس أحدهما بأولى من الآخر[3].

(هـ) وأجابوا أخيراً بأن الأمر في الحديث هو في وضع الجوائح التي تصيب الأراضي الخراجية التي يكون خراجها للمسلمين، فيوضع الخراج عن من أصاب ثمره أو زرعه آفةٌ[4].

٢- وأما حديث جابر الآخر، والذي جاء فيه: «إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة...» الحديث، **فقد أجابوا عنه من وجهين:**

- **أحدهما:** حمْل الحديث على الجوائح قبل القبض.

- **والوجه الآخر:** حمْله على الندب والإرشاد لا الحتم والإلزام[5].

٣- وأما دليل القياس على قبض المنافع في الإجارة، فقد أجاب عنه الإمام الماوردي رحمه الله بقوله: (وأما الجواب عن الاستدلال بالدار المؤجرة فلا يصح الجمع بينهما؛ لأن ما يحدث من منافع الدار غير موجود في الحال، ولا يقدر المستأجر على قبضه، فبطلت الإجارة بتلف

(١) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٨.

(٢) مختصر اختلاف العلماء: ٣/ ١٠١، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، تحقيق: عبدالله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط٢، ١٤١٧هـ.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٨.

(٤) ينظر: شرح معاني الآثار، الطحاوي: ٤/ ٣٥، ومختصر اختلاف العلماء، الطحاوي: ٣/ ١٠٢.

(٥) ينظر: مختصر اختلاف العلماء، الطحاوي: ٣/ ١٠١، والحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٨.

الدار قبل المدة، وليست الثمرة كذلك؛ لأنها موجودة يمكن المشتري أن يتصرف فيها، ويحدث في الحال جميعها، فلم يبطل البيع بتلفها بعد التمكين منها)[1].

- **ثانياً**: مناقشة الفريق الثاني لأدلة الفريق الأول:

ناقش السادة المالكية والحنابلة أدلة القائلين بعدم وضع الجائحة عن المشتري، وهم السادة الحنفية والشافعية، وأجابوا عنها بما يلي:

١- أما حديث أنس رضي الله عنه: «بم يأخذ أحدكم مال أخيه» فقد أجابوا عنه بأنه حجة عليهم لا لهم؛ حيث جعل النبي صلى الله عليه وسلم المال لأخيه دونه بسبب الجائحة، ويدل عليه ما في صحيح مسلم: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[2].

٢-وأما حديث عمرة بنت عبد الرحمن وفيه: «تألى فلان أن لا يفعل خيراً»، فقد أجابوا عنه بأنه يُحمل على الندب، ولا حجة لهم فيه؛ لأن فعل الواجب خير، فإذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألّى أن لا يفعل خيراً، فأما الإجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعي من غير إقرار من البائع ولا حضور[3].

٣- وأما حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه فقد أجابوا عنه من وجوه:[4]

أ- يحتمل أن يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة.

ب- أو أن يكون المقدار الذي أُصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة.

ج- أو أن يكون أُصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٢٠٩.

(٢) ينظر: الذخيرة، القرافي: ٥/ ٢١٤.

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٦.

(٤) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢/ ١٤١، والذخيرة، القرافي: ٥/ ٢١٤.

٤- وأما دليل القياس على العقار بأن التخلية كافية في جواز التصرف فكانت كافية في جواز نقل الضمان، فقد أجابوا عنه بأن التخلية ليست بقبض تام؛ بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم أنه يجب وضعها، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض؛ بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها، توجد حالاً فحالاً[١].

قال الإمام القرافي[٢] رحمه الله تعالى: (أما الجواب عن قياسهم الجائحة على سائر العيوب الحادثة بعد القبض في غير صورة النزاع، الفرق بأن الثمرة بقي فيها حق توفية من السقي واستحقاق البقاء إلى اليبس، فلم يقبض)[٣].

تلك هي الآراء الواردة في المسألة وأدلة كل رأي وما دار حولها من نقاش بشكل موجز، إذ إن النقاش الذي دار حول الأدلة طويل، ولا حاجة لعرضه كلّه، وقد اتضحت المسألة بما يخدم هذا البحث من خلال التأكيد على معرفة الفقه الإسلامي لتطبيقات واسعة للظروف الطارئة على العقد وسلطة القاضي إزاءها، وههنا برزت تلك السلطة في مسألة الجوائح في بيع الثمار في المذهبين المالكي والحنبلي فيملك القاضي استناداً إلى اجتهاد المذهبين سلطة تعديل عقد بيع الثمار على الأشجار بسبب الجوائح، وذلك بحطّ مقدار ما أتلفت الجائحة من الثمرة من الثمن الذي يدفعه المشتري، وخالفهم في ذلك -كما سبق- السادة الحنفية والشافعية.

وبعد عرض الآراء في المسألة وما دار حولها من نقاش، يتبقى ما يراه الباحث راجحاً في وضع الجائحة، وذلك في الفقرة الآتية.

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧.

(٢) هو أحمد بن إدريس الصنهاجي المصري المالكي، من تصانيفه الذخيرة، والفروق، وشرح تنقيح الفصول، توفي سنة ٦٨٤هـ، وهو فقيه مالكي انتهت إليه رياسة الفقه على مذهب مالك، ينظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ١/ ٦٢، وهدية العارفين، إسماعيل باشا البغدادي: ٥/ ٩٩.

(٣) الذخيرة، القرافي: ٥/ ٢١٤.

➢ **الفقرة الثالثة**: ترجيح الباحث:

ترجّح لدى الباحث رأي الفريق الثاني وهم السادة المالكية والحنابلة الذين رأوا وضع الجوائح عن المشتري في بيع الثمار على الأشجار، للأسباب الآتية:

١- قوة ما استدلوا به، وخاصة استدلالهم بحديثين صحيحين صريحين، ورد فيهما التصريح بوضع الجوائح، وهما حديثا جابر رضي الله عنه في صحيح مسلم.

٢- إن أغلب الأدلة التي استند إليها المانعون وهم السادة الحنفية والشافعية هي مجرد تأويلات وصرف للنصوص عن ظواهرها، ولم يُعثر لهم على دليل صريح يؤيد رأيهم، كتأويلهم لِحَديثَي جابر رضي الله عنه بأن الأمر فيهما للندب، أو حملهما على ما لم يُقبض من الثمار ونحو ذلك، مع أن ظاهر الحديثين واضح الدلالة على المقصود، وهو وجوب وضع الجوائح.

٣-إن عمدة الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في رأيه بعدم وضع الجوائح هي العلة التي رآها في حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح -كما سبق- وقد أكد رحمه الله تعالى أن السنة لو ثبتت بوضع الجائحة لقال بوضعها[١].

وقد تبيّن لدى تخريج هذا الحديث أنه حديث صحيح رواه كبار أئمة الحديث منهم: الإمام أحمد بن حنبل، ويحيى بن معين[٢]، ومسلم[٣] في صحيحه، ...

---

(١) ينظر: الأم، الشافعي: ٣/ ٥٧.

(٢) هو يحيى بن معين بن عون المرّي البغدادي، من أئمة الحديث ومؤرخي رجاله، نُعِتَ بسيّد الحفاظ، وإمام الجرح والتعديل، توفي سنة ٢٣٣هـ، ينظر: تهذيب التهذيب، ابن حجر: ١١/ ٢٤٦، وتذكرة الحفاظ: ٢/ ٤٢٩، أبوعبدالله شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، د.ت.

(٣) هو مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، من أئمة المحدثين، ولد بنيسابور سنة ٢٠٤هـ، ولازم البخاري وحذا حذوه، من أشهر كتبه(صحيح مسلم) وهو يلي صحيح البخاري من حيث الصحة، توفي سنة ٢٦١هـ. ينظر: تذكرة الحفاظ، الذهبي: ٢/ ٥٨٨، وطبقات الحفاظ: ص ٢٦٤، أبو الفضل عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

وأبو داود[1]، وابن ماجه[2]، وغيرهم، وبذلك ثبتت السنة بوضع الجائحة من خلال هذا الحديث، فتُرد هذه الحجّة.

ويُكتفى بالأسباب السابقة لترجيح رأي السادة المالكية والحنابلة في وجوب وضع الجوائح عن المشتري، وبناء على ذلك فإن للقاضي سلطة تعديل عقد بيع الثمار على الأشجار إذا أصابتها جائحة بشروط وتفصيلات أعرض لجانب هام منها في المسألة الآتية.

۞ **المسألة الرابعة**: أنواع الجوائح التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها، وشروطها عند القائلين بوضعها عن المشتري:

۞ **أولاً**: أنواع الجوائح التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها:

للجوائح نوعان عند القائلين بوضعها عن المشتري، وهم السادة المالكية والحنابلة، وتختلف سلطة القاضي في تعديل العقد من نوع لآخر.

وبيان ذلك كالآتي:

- **النوع الأول**: الآفات السماوية:

أي المنسوبة للسماء ولا صنع للآدمي فيها، كالبرد -بفتح الراء وسكونها- والحر والعطش والريح والثلج والمطر والعفن والدود والفأر والطير الغالب والقحط والجراد ونحو ذلك.

فهذا النوع لا خلاف بين القائلين بوضع الجوائح في جعله سبباً لوضع الجائحة عن المشتري[3].

---

(١) هو سليمان بن الأشعث بن بشير السجستاني، من أئمة الحديث، من تصانيفه: المراسيل، والبعث، توفي سنة ٢٧٥هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء، الذهبي: ١٣/ ٢٠٣، والأعلام، الزركلي: ٣/ ١٨٢.

(٢) هو محمد بن يزيد الربعي القزويني، من أئمة الحديث، من تصانيفه: السنن، وتفسير القرآن، توفي سنة ٢٧٣هـ، ينظر: تذكرة الحفاظ، الذهبي: ٢/ ٦٣٦، والأعلام، الزركلي: ٨/ ١٥.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ١٨٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ١٩٣، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢٨٥.

وبناء على ذلك، فإن أصابت الثمر جائحة سماوية لا صنع للآدمي فيها، فإن للقاضي سلطة تعديل عقد البيع بسببها، وذلك بحطّ مقدار ما أتلفته الجائحة من الثمن عن المشتري.

- **النوع الثاني**: ما كان من صنع الآدمي:

أي وقعت بفعل من الآدمي، **وأفعال الآدمي في هذا النوع قسمان**:

أحدهما: ما كان غالباً لا يمكن تضمينه، **والآخر**: ما لم يكن غالباً وأمكن تضمينه.

أما القسم الأول: فما كان غالباً لا يمكن تضمينه، كالجيش:

وأبدأ **برأي السادة المالكية** في هذا القسم، حيث رأوا أن هذا النوع من الجوائح يوضع عن المشتري في المعتمد من المذهب.

وبناء عليه يسوغ للقاضي تعديل العقد بحطّ جزء من الثمن عن المشتري إن كان المتسبّب في الجائحة مما لا يمكن ملاحقته وتضمينه كالجيش الكثير، بشرط أن لا يُعرف منهم أحد.

جاء في «حاشية الدسوقي»: (واعلم أن محل كون الجيش جائحة إذا لم يُعرف منه أحد، أو عُرف منه أحد وكان لا تناله الأحكام، أو كان معسراً ولا يُرجى يساره عن قرب، أما لو عُرف منه أحد وكانت تناله الأحكام وهو موسر، أو يُرجى يساره عن قُرب، فلا يكون ما أخذه الجيش جائحة توضع بل يضمن جميعه، ذلك المعروف كما هو ظاهر المدونة)[1].

وذهب قلّة من المالكية إلى حصر الجوائح فيما كان سماوياً فحسب دون أفعال الآدمي، اعتماداً على ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إن منع الله الثمرة...» الحديث[2].

وبناء على هذا الرأي غير المعتمد في المذهب المالكي، لا يسوغ للقاضي تعديل العقد بحطّ جزء من الثمن عن المشتري في مقابل الجائحة، بل يبقى العقد على ما تمّ الاتفاق عليه، وتكون الجائحة من ضمان المشتري فيدفع إلى البائع كامل الثمن المتفق عليه في العقد.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ ١٨٥، وينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ١٩٣.

(٢) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد القرطبي: ٢/ ١٤١، والقوانين الفقهية، ابن جزي: ص١٧٣.

- **رأي السادة الحنابلة**: ثمة وجهان في جائحة الجيش في مذهب السادة الحنابلة:

أحدهما -وهو المعتمد-:لا توضع جائحة الجيش عن المشتري، وبالتالي لا يتمّ تعديل العقد من قبل القاضي، وإنما يُخيّر المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء على العقد دون تعديل ومطالبة الجاني بالقيمة.

جاء في «كشاف القناع»: (وإن أتلفه -أي الثمر- آدمي معين، أو أتلفه عسكر ولصوص، خُيّر مشتر بين فسخ البيع ويرجع بما دفعه، وبين إمضاء ومطالبة مُتلف بالبدل)[1].

والوجه الآخر في المذهب: إن أتلف الثمر عسكر أو لصوص فحكمه حكم الجائحة، أي توضع عن المشتري، ويتم تعديل العقد من قبل القاضي بحطّ جزء من الثمن عن المشتري مقابل ما أُتلف من الثمر[2].

ويرى الباحث أن هذا الوجه أقرب للترجيح -والله أعلم- وهو الموافق لمعتمد السادة المالكية -كما سبق- خاصة وأن فقهاء الحنابلة نصّوا في عدة مواطن على أن العلة من عدم اعتبار أفعال الآدميين جوائح هي إمكان الرجوع عليهم ببدل التالف، وهذه العلة غير متحقّقة في الجيش الكبير الذي لا يمكن دفعه.

جاء في «المغني» في بيان هذه العلة: (وأما ما كان بفعل الآدمي، فقال القاضي: المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة؛ لأنه أمكن الرجوع ببدله، بخلاف التالف بالجائحة)[3].

والتالف بالجيش الكبير كالتالف بجائحة السماء من حيث عدم إمكان الرجوع ببدله على أحد فيأخذ حكمه، والله تعالى أعلم.

---

(١) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢٨٦، وينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧.

(٢) ينظر: الإنصاف، المرداوي: ٥/ ٧٨.

(٣) المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧.

القسم الثاني من أفعال الآدمي: ما لم يكن غالباً وأمكن تضمينه:

ومثاله: السارق، فقد **ذهب السادة المالكية** في المعتمد من المذهب إلى أن السرقة ليست سبباً من أسباب الجوائح، وبالتالي فما يقوم به السارق في عقد بيع الثمار على الأشجار لا يُعدّ جائحة تستلزم وضعها عن المشتري؛ لأن السارق يمكن أن يُتحفّظ منه، كما يمكن للمشتري أن يتبعه ويضمّنه.

وبناء على ذلك ليس للقاضي في هذه الحالة تعديل العقد بحطّ ما قام السارق بسرقته عن المشتري ويبقى العقد على حاله، وللمشتري في هذه الحالة ملاحقة السارق وتضمينه مقدار ما قام بسرقته.

ويستثنى من هذه الحالة ما لو كان السارق معسراً مُعدَماً غير مرجو يساره عن قُرب، فتُعدّ سرقته جائحة في هذه الحالة لعدم إمكان تضمينه[1].

وللقاضي في هذه الحالة تعديل العقد بحطّ ما قام السارق بسرقته عن المشتري؛ لعدم إمكان الرجوع ببدل المسروق على السارق.

وثمة رأي في مذهب السادة المالكية لابن القاسم[2] رحمه الله تعالى مفاده أن فعل السارق يُعدّ جائحة تستلزم وضعها عن المشتري، تشبيهاً بالأمور السماوية من حيث عدم القدرة على رفعها بشرط أن لا يُعلم السارق، وإلا لم يكن فعله جائحة؛ لإمكان ملاحقته حينئذ[3].

---

(١) ينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ١٩٣.

(٢) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري، صحب الإمام مالكاً، لم يروِ أحد الموطأ عن مالك أثبت منه، وروى عن مالك المدونة، توفي سنة ١٩١هـ، ينظر: شجرة النور الزكية، محمد بن مخلوف: ص٥٨، ووفيات الأعيان، ابن خلكان: ٣/ ١٢٩.

(٣) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢/ ١٤١، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٨٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ١٩٣.

وبناء على هذا الرأي، فإن للقاضي سلطة تعديل العقد بحطّ ما سرقه السارق عن المشتري إن لم يُعرف السارق، فإن عُرف لم يكن للقاضي تعديل العقد حينئذ، وللمشتري الرجوع على السارق ببدل ما سرقه.

-أما بالنسبة **للسادة الحنابلة**: فقد تقدّم بيان المعتمد في مذهبهم وهو أن ما أصاب الثمرة بفعل الآدمي فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة، ويفهم من ذلك أن أفعال الآدميين في ذلك سواء، لا فرق بين السرقة وغيرها من أشكال التّعدي.

كما تقدّم أيضاً أن الحنابلة لا يرون فعل الجيش جائحة مع أنه لا يمكن تضمينه، وذلك في المعتمد من المذهب، فمن باب أولى عدم اعتبار فعل السارق جائحة مع إمكان تضمينه[1].

وبناء على ذلك ليس للقاضي سلطة تعديل العقد في هذه الحالة، فلا يحط شيئاً من الثمن عن المشتري في مقابل ما تمت سرقته، وإنما يُخيّر المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء على العقد ومطالبة الجاني بالقيمة.

ثانياً: شروط الجوائح التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها:

لقد اشترط الفقهاء القائلون بوضع الجوائح عن المشتري في عقد بيع الثمار على الأشجار، وهم السادة المالكية والحنابلة شروطاً للجائحة التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها بحطّ جزء من الثمن عن المشتري في مقابل ما أحدثت الجائحة من تلف في الثمار، منها ما هو متّفق عليه فيما بينهم، ومنها ما هو مختلف فيه، وفيما يلي أعرض لأبرز الشروط ببيان موجز، **مع الإشارة إلى مواطن الخلاف ضمن الشروط**[2]:

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢٨٥.

(٢) للاطلاع على هذه الشروط، ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢/ ١٤٢، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٨٣ وما بعدها، وحاشية العدوي: ٢/ ٢٨١، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢/ ١٢٩-١٣٠، والقوانين الفقهية، ابن جزي: ص١٧٣ وما بعدها، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٧، والإنصاف، المرداوي: ٥/ ٧٤، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢٨٥.

١- أن تكون الثمرة من عقد بيع لا من مهر أو صدقة أو هبة.

٢- أن تكون الثمرة اشتُريت مفردة عن أصلها، فإن بيعت مع أصلها لم يسغ للقاضي تعديل العقد بحطّ مقدار التالف عن المشتري، وإنما يكون التالف من ضمان المشتري.

٣- أن تكون الجائحة من الأمور السماوية ولا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والحر والعطش والجراد والعفن ونحو ذلك.

أما ما كان من صنع الآدمي فلا يُعدّ جائحة تستلزم الوضع عن المشتري؛ لإمكان ملاحقته وتضمينه، فلا يقع في ضمان البائع.

واختلفوا في الجيش الكثير الذي لا يمكن دفعه ولا تضمينه كما سبق، فذهب السادة المالكية في المعتمد من المذهب إلى أن جائحة الجيش الكثير تستلزم الوضع عن المشتري؛ لمشابهتها للأمور السماوية من حيث عدم إمكان دفعها، وبالتالي يسوغ للقاضي تعديل العقد بحطِّ مقدار ما أتلفه الجيش من الثمرة عن المشتري.

بينما ذهب السادة الحنابلة في المعتمد من المذهب إلى أن جائحة الجيش الكثير غير معتبرة، فلا توضع عن المشتري، وبالتالي لا يسوغ للقاضي تعديل العقد بحطِّ ما أتلفه الجيش من الثمرة عن المشتري، وإنما يُخيّر المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء على العقد ومطالبة الجاني بالقيمة.

أما بالنسبة لفعل السارق، فلا يُعدّ جائحة باتفاق المذهبين؛ لإمكان ملاحقته وتضمينه، وبالتالي لا يسوغ للقاضي تعديل العقد بحطّ ما تمت سرقته عن المشتري، وإنما يبقى العقد على حاله، ويرجع المشتري على السارق ببدل ما سرقه.

٤- ألا تكون الثمرة قد بلغت أوان القطع ولم تُقطع، فإن بلغت أوان قطعها وأُخِّر قطعها لغير حاجة أو مسوِّغ شرعي فأتت عليها جائحة، فلا توضع عن المشتري، وبالتالي لا يسوغ للقاضي تعديل العقد في هذه الحالة، وتكون الجائحة من ضمان المشتري؛ لتقصيره وتفريطه بترك القطع في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه.

٥- وهل يشترط أن تبلغ الجائحة حداً معيناً حتى توضع عن المشتري؟

اختلفوا في مقدار ما يوضع من الثمرة التي أجيحت، فذهب السادة المالكية إلى اشتراط مقدار الثلث، فإن أُصيب ثلث الثمرة فأكثر وُضعت الجائحة عن المشتري، وذلك بحطّ مقدار ما أحدثت الجائحة من تلف في الثمرة عن المشتري، أما إن كان التالف أقل من ثلث الثمرة، لم توضع عن المشتري بل كانت من ضمانه، فلا تعديل في العقد حينئذ وإنما يبقى على حاله.

وتُستثنى من ذلك جائحة العطش وجائحة البقول فإنهما تُوضعان في القليل والكثير -في المعتمد من المذهب- ما لم يكن التالف بالجائحة تافهاً؛ لأن البقول لما كانت تُجذّ أولاً فأول لم ينضبط قدر ما يذهب منها.

وقد اعتبر بعض المالكية مقدار ثلث الثمرة بالكيل، ومنهم من اعتبره بالقيمة، وقد استندوا في رأيهم باعتبار الثلث حداً لوضع الجائحة إلى أن الشرع قد اعتبر الثلث في عدة مواضع، منها الوصية، وعطايا المريض ونحوها، ولأن الثلث في حدّ الكثرة وما دونه في حدّ القلّة.

أما السادة الحنابلة، ففي ظاهر مذهبهم أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يُلتفت إليه، هذا ما عليه أكثر فقهاء المذهب.

وثمة وجه في المذهب مفاده أن الجائحة إن أتلفت الثلث فصاعداً ضمنه البائع، وإلا فلا، كما ذهب إليه السادة المالكية.

وبناء على الرأي المعتمد في المذهب، فإن للقاضي سلطة تعديل العقد وذلك بحطّ مقدار ما أحدثت الجائحة من تلف في الثمرة عن المشتري، سواء بلغت الثلث أو لم تبلغ، ويستثنى ما لو كانت الجائحة يسيرة جداً يصعب ضبطها فلا توضع.

وقد استند السادة الحنابلة في رأيهم هذا إلى عموم الأحاديث الواردة في وضع الجوائح، وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان التالف منها من مال البائع وإن كان قليلاً، كالتي على وجه الأرض.

تلك هي أبرز الشروط التي نصّ عليها السادة المالكية والحنابلة للجائحة التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها، وما دار حولها من خلاف فيما بينهم.

وبالعودة إلى شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي سبق بيانها فيما مضى[1]، **يرى الباحث** أن ثمة توافقاً بيِّناً بين تلك الشروط العامة لتطبيق النظرية، وبين ما ذكره الفقهاء من شروط الجوائح، وبيان ذلك كالآتي:

*** فمن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:**

١- أن تطرأ حادثة بعد إبرام العقد غير متوقّعة ولا يمكن دفعها، سواء أكانت بفعل الآفات السماوية بمختلف أنواعها، أم بفعل البشر كالحروب ونحوها.

وهذا بعينه ما نص عليه الفقهاء القائلون بوضع الجوائح كما سبق، فالجائحة إما أن تكون بآفة سماوية وهذه لا خلاف فيها، أو تكون بفعل آدمي لا يمكن تضمينه كالجيش الكبير والسارق الذي لا يمكن ملاحقته، على خلاف بين القائلين بوضع الجوائح كما سبق.

ومما قيل في هذا الشرط كتابع ومكمل له: ألا يكون ثمة تقصير حصل في دفع الحادث والتحرز منه.

وهذا ما نص عليه القائلون بوضع الجوائح أيضاً، وذلك حين اشترطوا أن لا تكون الثمرة قد بلغت أوان القطع ولم تُقطع لغير حاجة؛ لأن ذلك يُنسب إلى تقصير المشتري وتفريطه، فلا توضع الجائحة عنه.

٢- أن يكون العقد الذي تُطبق بشأنه نظرية الظروف الطارئة متراخي التنفيذ.

وهذا بعينه ما ينطبق على عقد بيع الثمار على الأشجار بعد بدوّ صلاحها؛ لأنها تُقطف متلاحقة على النضارة عادة، فيستمر تنفيذ العقد.

٣- ألا يكون العقد احتمالياً بطبيعته أو بالاتفاق، مثل بيع الثمار قبل انعقادها.

---

(١) ينظر: ص ٢٠٢.

ومعلوم أن مسألة الجوائح ترد في عقد بيع الثمار على الأشجار بعد بدوّ صلاحها، لا قبل انعقادها.

٤- ومن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أخيراً أن يحدث ضرر غير معتاد نتيجة للظرف الطارئ، لا نتيجة للالتزام نفسه، بحيث يكون حدوثه ملازماً لتنفيذ العقد.

وهذا بعينه ما نص عليه القائلون بوضع الجوائح، إذ اشترطوا أن تُحدث الجائحة ضرراً غير معتاد في الثمرة، وقد قدَّره السادة المالكية -كما سبق- بالثلث، بينما لم يحدّد السادة الحنابلة مقدار الجائحة، وإنما نصّوا على أن الضرر أو التلف اليسير لا يُلتفت إليه وما زاد عن اليسير فإنه يوضع عن المشتري.

وبذلك يُعلم يقيناً معرفة الفقه الإسلامي بتطبيقات نظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تعديل العقد بسببها قبل أن تصاغ النظرية في القوانين الحديثة، وإن ما ذكره الفقهاء من تطبيقات وشروط تصلح كأساس لصياغة نظرية متكاملة، وهذا ما ظهر جليّاً في مسألة وضع الجوائح وما ستليها من مسائل نقف عندها تباعاً بإذن الله تعالى.

ولننتقل فيما يلي إلى الصورة الثانية من صور الظروف الطارئة التي عرفها الفقه الإسلامي.



المطلب الثاني:

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود

تعدّ مسألة: «تغير قيمة النقود» الصورة الثانية من الصور التي عرفها الفقه الإسلامي كتطبيقات عملية للظروف الطارئة، كما تُشكّل مع مسألَتَي: «العذر في عقد الإجارة» و«الجوائح في بيع الثمار على الأشجار» النواة الأساسية لصياغة نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، والتي عرفتها القوانين الوضعية مؤخراً.

وتكتسب هذه الصورة «تغير قيمة النقود» أهمية بالغة في مجال المعاملات المالية؛ إذ يُعدّ الاستقرار الاقتصادي والمالي في أي مجتمع سبباً فاعلاً في تطوره ورخائه، لما يسبّبه من استقرار كبير في مستوى الأسعار ومن ثَمَّ في قيمة النقود، وبناء على ذلك تُبرم العقود المالية بين أفراد المجتمع بمنأى عن مظاهر الخلاف والمشاكل فيما بينهم.

بيد أن ذلك الاستقرار قابل للخلل في أية لحظة لظرفٍ قد يطرأ على المجتمع من حرب أو حصار أو غلاء أو نحو ذلك، فيخلّف خللاً واسعاً في اقتصاد ذلك المجتمع وقيمة النقود المتداولة فيه، كما يترك أثراً كبيراً في طائفة من العقود المالية المبرمة بين الناس ولا سيما العقود المتراخية التنفيذ؛ إذ إن الخلل الذي يلحق قيمة النقود غالباً ما يحدث بشكل تدريجي، فيخفّ أثره في العقود الفورية التنفيذ، بعكس العقود المتراخية التنفيذ التي يتجلى فيها ذلك الأثر بشكل أكبر، كما تقدّم في شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة[1].

وعلى ذلك بات من الضروري توضيح ما ورد في الفقه الإسلامي في معالجة هذه القضية لدفع الخلاف المحتمل نشوبه بين الناس وإزالة الضرر عن المتضرر منهم، وذلك من خلال الكشف عن سلطة القاضي إزاء العقود التي تتأثر بتغير قيمة النقود، وكيفية تعديلها بما يعيد التوازن إليها ويكفل حفظ مصالح الأطراف كافة.

---

(١) ينظر: ص ٢٠٢.

وتُعدّ هذه المسألة موضع اهتمام وخلاف بين الفقهاء المتقدمين والمتأخرين مع اختلاف نوعية النقود المتداولة بين الماضي والحاضر، بدءاً بالنقود الخِلقية وهي المتخذة من الذهب والفضة، ومروراً بالنقود الاصطلاحية وهي الدراهم والدنانير المغشوشة والفلوس، وانتهاءً بالنقود الورقية المتداولة في العصر الحديث.

وكما أسلفت فإن أثر تغير قيمة النقود يظهر في العقود والالتزامات المتراخية التنفيذ، ويأتي في مقدمتها القرض، وعقود البيع والإجارة التي يتراخى فيها القبض حسب المدة المتفق عليها وقت إبرام العقد، إضافة إلى طائفة من العقود المعاصرة التي سترد في مبحث لاحق بإذن الله، وذلك بعد إيضاح أساس المسألة وآراء الفقهاء حولها في هذا المقام.

وسأعرض لهذه المسألة حسب نوعية النقود المتداولة عبر الزمان، وذلك من خلال بيان موجز للنقود المتداولة في المراحل الزمنية السابقة، وصولاً إلى بيان أكثر شمولاً وتفصيلاً للأوراق النقدية المتداولة في العصر الحديث، والكشف عن سلطة القاضي في تعديل العقود التي تتأثر بتغير قيمة النقود.

* **وبناء على ذلك تم توزيع مضمون هذا المطلب على ثلاثة فروع كالآتي:**

- **الفرع الأول**: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود الخِلقية.
- **الفرع الثاني**: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود الاصطلاحية.
- **الفرع الثالث**: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة الأوراق النقدية.



- **الفرع الأول**: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود الخِلقية

النقود الخِلقية: هي المتخذة من الذهب والفضة، ولا يضر اختلاطها بقليل من النحاس؛ لأنه ضروري من أجل تماسكها فكان في حكم العدم[1].

(١) الأوراق النقدية، أستاذنا الدكتور أحمد حسن: ص٣٤٠.

ومسألة: «تغير قيمة النقود الخلقية» قد عرض لها الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة، مما يؤكد معرفة الفقه الإسلامي بتطبيقات واسعة للظروف الطارئة بمفهومها الحديث قبل أن تعرفها القوانين الوضعية كنظرية مستقلة، وهذا الأمر يستدعي من الباحث عرض المسألة في المذاهب الفقهية الأربعة بإيجاز بما يخدم الغرض الأساسي من هذا البحث، وهو بيان سلطة القاضي في تعديل العقود التي تأثّرت بتغيّر قيمة النقود على النحو المنصوص عليه في المذاهب الفقهية؛ ليكتمل بنيان هذا البحث وخاصة لو افترضنا إلغاء التعامل بالنقود الورقية وعودة التعامل بالنقود الخلقية في الحاضر أو المستقبل، وكذلك من باب التّدرّج في البحث حتى الوصول إلى مسألة «سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة الأوراق النقدية» والتي يتم التعامل بها حالياً.

* وقد عرض الفقهاء لعدد من الحالات التي تُحدث تغيراً في قيمة النقود الخلقية، وأبرزها ثلاث حالات سبقت الإشارة إليها في المبحث الأول[1] **وهي:**

- **الحالة الأولى**: الكساد: وهي أن تترك المعاملة بالنقود في جميع البلاد[2].
- **الحالة الثانية**: الانقطاع: وهي أن لا توجد النقود في السوق، وإن وجدت في يد الصيارفة وفي البيوت[3].
- **الحالة الثالثة**: الغلاء والرخص، فغلاء النقد يعني ارتفاع قوته الشرائية، ورخص النقد يعني انخفاض قوته الشرائية[4].

* وتدور هذه الحالات الثلاث بين حكمين أساسيين للنقد الذي لحقه تغير في قيمته، **أحدهما**: وجوب المثل، **والحكم الآخر**: وجوب القيمة، وتفصيل هذا الكلام في مسألتين كالآتي:

---

(١) ينظر: ص ١٩٠-١٩١.

(٢) تنبيه الرقود: ٢/ ٥٨ (ضمن رسائل ابن عابدين).

(٣) المرجع نفسه.

(٤) الأوراق النقدية، أستاذنا لدكتور أحمد حسن: ص٣٤٠.

۞ **المسألة الأولى**: آراء الفقهاء في حالات وجوب المثل ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.

۞ **المسألة الثانية**: آراء الفقهاء في حالات وجوب القيمة ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.

ﷺ ﷺ

۞ **المسألة الأولى**: آراء الفقهاء في حالات وجوب المثل ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ

فالحكم الأول إذن هو وجوب المثل، وذلك في حالتي: «الكساد» و«الغلاء والرخص»:

حيث أجمع الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة على أن النقود الخلقية إن لحقها كساد بأن أبطل السلطان التعامل بها مع وجودها، أو لحقها تغيّر في قيمتها بغلاء أو رخص، فلا تترتب على العقود والالتزامات المالية المبرمة قبل حدوث التغير فيها إلا أداء مثل تلك النقود، كالقرض والبيع والإجارة ونحو ذلك، فالمدين في حالة كساد النقد أو غلائه ورخصه يؤدي دينه بمثل ما استدان ولا يُلزَم بأداء غيره، والحكم نفسه ينطبق على الالتزامات الناشئة عن بيع أو إجارة أو نحو ذلك؛ لأن هذه النقود أثمان بالخِلقة لها قيمة في ذاتها، فبطلان التعامل بها لا يُفقدها ثمنيتها[1].

وبناء على ذلك لو افترضنا عودة هذه النقود إلى التداول في هذا الزمان أو في المستقبل واعتمادها كوسيط أساسي في التعامل، فليس للقاضي سلطة تعديل العقد إن لحِق النقود الخِلقية كساد أو تغيّر في قيمتها بغلاء أو رخص، ويبقى العقد على حاله كما تمَّ الاتفاق عليه حين إبرامه، ويلتزم كل طرف بما تمّ الاتفاق عليه دون تعديل، سواء أكان الالتزام ناشئاً عن قرض أم بيع أم إجارة ونحو ذلك؛ لأن النقود الخلقية من الذهب والفضة لها قيمة ذاتية، ومن ثَمَّ لا يوجد اختلاف بين قيمتها الاسمية وقيمتها الحقيقية، فإذا انخفضت قيمة الذهب كنقدٍ،

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٤-٥٣٥، ومنح الجليل على مختصر خليل: ٤/ ٥٣١، محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٩-١٩٨٩م، ونهاية المحتاج، الرملي:٣/ ٤١٢، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٢١٤.

فإن ذلك يعني ارتفاع قيمة السلع الأخرى، والتي من ضمنها قيمة الذهب كسلعةٍ تُستخدم للأغراض الصناعية كحلي النساء والأواني، وهذا هو جوهر نظام قاعدة الذهب، إذ مع توفر حرية تحويل النقود (المسكوكات) إلى سبائك يستطيع كل من يحمل مسكوكات انخفضت قيمتها كنقدٍ أن يحولها إلى سبائك، ويقضي على الفرق الذي حدث بين قيمة الذهب كنقدٍ وبين قيمته كسلعةٍ، كما يؤدي إقدام الأفراد على تحويل مسكوكاتهم إلى سبائك إلى زيادة عرض الذهب، فينجم عن ذلك انخفاض سعره حتى يتوازن مع سعره كنقد، وهو ما يُعرف بالتوازن التلقائي في ظل قاعدة الذهب.

والخلاصة أن الالتزام المالي المترتب في ذمة الغير إذا كان عملة ذهبية أو فضية خالصة أو مغلوبة الغش، فإن الدائن لا يحقّ له المطالبة إلا بتلك النقود التي تمّ بها العقد بغض النظر عن التغير الحادث في سعرها، وهذا الأمر موضع اتفاق لدى فقهاء المسلمين كما سبق[1].

وبالتالي لا يتم إجراء أي تعديل على العقد أو الالتزام من قبل القاضي، وإنما يبقى على حاله كما تم الاتفاق عليه وقت إبرامه.

۞ **المسألة الثانية:** آراء الفقهاء في حالات وجوب القيمة ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ

والحكم الثاني هو وجوب القيمة، وذلك في حالة الانقطاع:

حيث أجمع الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة على أن النقود الخِلقية إن انقطعت فلم توجد في الأسواق، فإنه يترتب على العقود والالتزامات المالية المترتبة في الذمة قبل انقطاعها كالقرض والبيع والإجارة ونحوها قيمة تلك النقود لانعدام المثل[2].

---

(١) ينظر: آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي: ص٣٤٥-٣٤٦، موسى آدم عيسى، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٣٤-٤٣٥، شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٥٥، نهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤١٢، كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٣١٥.

وقد نص السادة الشافعية والحنابلة على أن القيمة تجب في هذه الحالة من غير جنس النقد المنقطع؛ لاجتناب الوقوع في الربا، فإن كان الالتزام الناشئ عن قرض أو بيع أو إجارة أو غيرها من الدراهم فتجب القيمة من الدنانير، وعكسه بعكسه[1].

وبناء على ذلك لو افترضنا عودة التعامل بهذه النقود الخلقية، ثم انقطعت عن الأسواق، وتمَّ رفع الأمر إلى القاضي للنظر في العقود والالتزامات التي أُبرمت قبل انقطاعها، فإن له سلطة تعديل تلك العقود والالتزامات من قرض أو بيع أو إجارة أو غيرها وذلك بالحكم بوجوب قيمة النقد المنقطع بدلاً عن المثل لانعدامه، على أن تكون القيمة من غير جنس النقد المنقطع لاجتناب الوقوع في الربا.

وهذه إحدى طرق تعديل العقد المتاحة للقاضي والتي تمت الإشارة إليها في مطلع هذا المبحث[2]، وهي التعديل بالرجوع إلى القيمة الأساسية للنقد إذا طرأ عليه ظرف تسبّب في تغير قيمته.

وبهذا الكلام يُختتم الحديث في الفرع الأول المتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود الخِلقية، ليأتي دور الحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود الاصطلاحية وذلك في الفرع الآتي.



- **الفرع الثاني**: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود الاصطلاحية

النقود الاصطلاحية: هي النقود المعدنية من غير الذهب والفضة، وهي ما تُعرف في الفقه الإسلامي بالفلوس أو النقود الذهبية والفضية المغشوشة، أي التي يكون فيها الغش غالباً وما فيها من الذهب أو الفضة مغلوباً.

(١) ينظر: نهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤١٣، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٣١٥.

(٢) ينظر: ص ٢٠٥.

وقد اتخذ هذا النوع من النقود في مرحلة زمنية سابقة وسيطاً للتبادل ومقياساً للقيم وأداة لتسوية الالتزامات المالية المؤجلة، وتتميز هذه النقود بأن قيمتها الاسمية أكبر من قيمتها الحقيقية[1].

والنقود الاصطلاحية تُعدّ عُرضة لتغير قيمتها، وترد عليها الحالات نفسها التي ترد على النقود الخلقية، وهي: الكساد، والانقطاع، والغلاء والرخص.

* وتدور آراء الفقهاء حول النقود الاصطلاحية -إن طرأ عليها تغيّر في قيمتها- بين حُكمين، **أحدهما**: وجوب المثل، **والآخر**: وجوب القيمة، وتختلف آراؤهم في ذلك حسب اختلاف الحالات المتسبّبة في تغير قيمة النقد، وهي الحالات الثلاث السابق ذكرها، وفيما يلي أعرض لآراء الفقهاء في كل حالة من تلك الحالات على حدة، **وذلك في ثلاث مسائل كالآتي**:

۞ **المسألة الأولى**: آراء الفقهاء في حالة كساد النقود الاصطلاحية ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.

۞ **المسألة الثانية**: آراء الفقهاء في حالة انقطاع النقود الاصطلاحية ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.

۞ **المسألة الثالثة**: آراء الفقهاء في حالة غلاء النقود الاصطلاحية أو رخصها ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.

ꕥ ꕥ

۞ **المسألة الأولى**: آراء الفقهاء في حالة كساد النقود الاصطلاحية ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ

لقد تقدّم أن الكساد هو: أن تُترك المعاملة بالنقود في جميع البلاد[2].

ويتحقق الكساد في حال أوقفت الجهة المصدِّرة للنقد التعامل به، وذلك عن طريق إصدار نقد جديد يحلّ محلّه[3].

---

(١) الأوراق النقدية لأستاذنا الدكتور أحمد حسن: ص٣٤٢.

(٢) تنبيه الرقود، ابن عابدين: ٢/ ٥٨.

(٣) آثار التغيرات في قيمة النقود، موسى آدم عيسى: ص٣٥٠.

فإذا حدث كساد للنقد الاصطلاحي وثمة نقد مترتب في الذمة من قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك من الأسباب المنشئة للالتزامات المالية المؤجلة، **فإن للفقهاء أربعة أقوال حول الواجب أداؤه في هذه الحالة، وذلك كالآتي:**

➢ **القول الأول**: للإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى: وفيه تفصيل حسب نوع العقد:

أ- فإن كان العقد عقد بيع، ولحِق النقد كساد أدى إلى ترك المعاملة به في جميع البلاد ولم يسلّم المشتري النقد للبائع بطل البيع، ولزم المشتري في هذه الحالة ردّ المبيع إلى البائع إن كان قائماً في يده ولم يلحقه تغيير، أما إن خرج المبيع عن يده أو تغيّرت حالته لزم المشتري ردّ مثل المبيع إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً[1].

وبناءً على رأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله في حالة كساد النقد الاصطلاحي، لا يملك القاضي سلطة إجراء أيّ تعديل على الالتزامات الناشئة عن عقد البيع؛ لأن عقد البيع يبطل بكساد النقد عنده، ويقتصر عمل القاضي -في حال الاختلاف- على إلزام المشتري بردّ المبيع إن كان قائماً لم يتغير، ومثله أو قيمته إن خرج عن يده أو تغيّرت حالته.

ب- وإن كان العقد عقد إجارة، ولحِق النقد كساد أدى إلى ترك المعاملة به في جميع البلاد ولم يسلّم المستأجر الأجرة للمؤجر بطلت الإجارة، ووجب على المستأجر أجر المثل[2].

وبناء على ذلك لا يملك القاضي سلطة تعديل عقد الإجارة؛ لأن الإجارة تبطل بكساد النقد عند الإمام، ويقتصر عمل القاضي -في حال الاختلاف- على إلزام المشتري بدفع أجرة المثل.

جـ- أما بالنسبة للقرض، فالواجب على المستقرض في حالة كساد النقود الاصطلاحية ردّ مثل النقود المستقرضة ولا عبرة بالكساد[3].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٤٢، وشرح فتح القدير، ابن الهمام: ٧/ ١٥٤، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣.

(٢) ينظر: تنبيه الرقود، ابن عابدين: ٢/ ٥٨.

(٣) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام: ٧/ ١٥٧، وتبيين الحقائق، للزيلعي: ٤/ ١٤٣.

وبناء على ذلك لا يملك القاضي سلطة تعديل الالتزام الناشئ عن القرض في هذه الحالة، بل يلتزم المستقرض بدفع مثل النقود الكاسدة دون اعتبار لحالة كسادها.

- أدلة الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى:

١- استدل رحمه الله تعالى لرأيه بفساد عقدي البيع والإجارة إذا كسدت النقود الاصطلاحية:

بأن الثمن يهلك بالكساد؛ لأن مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش تثبت بالاصطلاح لا بالخِلقة، ويتجلّى ذلك بالرواج، فإذا كسدت ولم تعد رائجة انتفت ماليتها في الاصطلاح، فانتفت بذلك ثمنيتها، فبقي عقدا البيع والإجارة بلا ثمن، بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخِلقة لا بالاصطلاح.

٢- واستدل لرأيه في القرض بإلزام المستقرض بردّ مثل النقود المستقرضة دون اعتبار لكسادها: بأن القرض إعارة وموجبها ردّ العين معنى، وذلك يتحقق بردّ مثله، والثمنية زيادة فيه؛ لأن صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل، وبالكساد لم يخرج عن أن يكون مثلياً، ولهذا صح استقراضه بعد الكساد، وصح استقراض ما ليس بثمن كالمكيل والموزون والعددي وإن لم يكن ثمناً، ولولا إنه إعارة في المعنى لما صح؛ لأنه لوكان استبدالاً حقيقة لكان فيه مبادلة الجنس بالجنس وذلك يستلزم ربا النسيئة، فصار المردود عين المقبوض حكماً، فلا يشترط فيه الرواج[1].

➢ **القول الثاني**: للمالكية في المشهور والشافعية في المعتمد:

إذا كسد النقد الاصطلاحي وكان قد ترتّب في الذمة التزام من قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك لم يلزم إلا ردّ المثل، ولا عبرة بكساد النقد ما دام موجوداً[2].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٤٢، وشرح فتح القدير، ابن الهمام: ٧/ ١٥٤، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٤٣-١٤٤.

(٢) ينظر: المدونة الكبرى: ٨/ ٤٤٤، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، دار صادر، بيروت، د.ط، د.ت، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٥، والمجموع شرح المهذب: ٩/ ٣١٣، الإمام يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٩٩٧م، ونهاية المحتاج، للرملي: ٤/ ٢٢٨.

- ومن حججهم في ذلك:

١- إن النقود تثبت في الذمة، وما ثبت في الذمة وجب ردّ مثله لا قيمته.

٢- إن الكساد الذي لحِق النقد يُعدّ كالجائحة التي نزلت بالدائن، فعليه بالصبر[١].

وبناء على هذا الرأي ليس للقاضي سلطة تعديل العقود والالتزامات في حالة كساد النقد الاصطلاحي، وإنما يلزم من ترتب في ذمته التزام من قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك بردّ أو دفع مثل النقد الذي التزمه وقت إبرام العقد دون تعديل، ولا عبرة بالكساد.

➢ **القول الثالث**: لأبي يوسف من الحنفية، والحنابلة في الراجح، والمالكية في غير المشهور:

إذا كسد النقد الاصطلاحي وكان قد ترتب في الذمة التزام من قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك لم تفسد المعاملة، ووجبت قيمة ذلك النقد من نقد آخر رائج، ويعود تقدير القيمة إلى يوم الثبوت في الذمة[٢].

- ومن حججهم في ذلك:

١-إن البيع قد صحّ بالإجماع، إلا أنه تعذر تسليم الثمن؛ لانعدام الثمنية بالكساد، والكساد لا يوجب الفساد؛ لاحتمال الزوال بالرواج[٣].

٢-إن تحريم السلطان للنقود منع إنفاقها وأبطل ماليتها، فأشبه كسرها أو تلف أجزائها، فلا يلزم الدائن بقبولها[٤].

وبناء على هذا الرأي إن حصل خلاف في العقد ورُفع الأمر إلى القاضي، فإن له سلطة تعديل العقد أو الالتزام المالي وذلك بإلزام من ترتب في ذمته التزام من قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك بدفع قيمة النقود الاصطلاحية الكاسدة من نقد رائج، وتقدَّر القيمة يوم ثبوت النقد في الذمة.

---

(١) ينظر: حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل: ٥/ ١٢٠، محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ط١، ١٣٠٦هـ.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٢١٤، وحاشية الرهوني: ٥/ ١١٩.

(٣) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام: ٧/ ١٥٤، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣.

(٤) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٢١٤.

وهذه إحدى طرق تعديل العقد المتاحة للقاضي والتي تم الحديث عنها فيما مضى[1].

➢ **القول الرابع**: لمحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة رحمهما الله تعالى، وبعض الحنابلة: مثل القول الثالث الذي يقضي بدفع قيمة النقد الكاسد من نقد رائج، إلا أن وقت وجوب القيمة في هذا القول هو: آخر يوم تعامل الناس فيه بالنقد، بمعنى أن القيمة تجب في آخر يوم انتقلت فيه النقود من مرحلة كونها نقداً إلى كونها ليست بنقد[2].

وبذلك يختلف هذا القول عن سابقه في وقت وجوب القيمة، حيث أرجع أصحاب القول الثالث تقدير القيمة -كما سبق- إلى يوم البيع، وهو يوم ثبوت النقد في الذمة.

وحججهم في ذلك هي نفسها حجج أصحاب القول الثالث، ولكن حجتهم في وقت وجوب القيمة ما جاء في «تبيين الحقائق»: (وعند محمد: يعتبر قيمته يوم الكساد، وهو آخر ما يتعامل الناس بها؛ لأنه يوم الانتقال إلى القيمة لأن المسمى كان واجب التسليم إلى أن ينقطع، فإذا انقطع انتقل إلى القيمة للتعذر، فتعتبر قيمته يومئذ)[3].

وسلطة القاضي -بناء على هذا القول-:

هي نفسها بناء على ما ورد في القول الثالث، بيد أنه يقضي بالقيمة هنا على أساس آخر يوم تعامل الناس بالنقد الكاسد قبل كساده.

وفي ختام الأقوال الأربعة في حالة كساد النقد الاصطلاحي أشير إلى أن المفتى به في مذهب السادة الحنفية هو قول الصاحبين لا قول الإمام على اختلاف بين فقهاء المذهب في ترجيح أيّهما، فمنهم من رجّح قول أبي يوسف، ومنهم من رجّح قول محمد رحمهما الله، جاء في «حاشية

---

(١) ينظر: ص ٢٠٥.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٤٢، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣، والشرح الكبير على متن المقنع: ٤/ ٣٥٨، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، مطبوع مع المغني.

(٣) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٤٢.

ابن عابدين»: (وفي الذخيرة: الفتوى على قول أبي يوسف، وفي المحيط والتتمة والحقائق: وبقول محمد يُفتي رفقاً بالناس)[1].

❖ **ترجيح الباحث:**

يظهر للباحث -والله أعلم- أن القول بوجوب دفع قيمة النقد الكاسد يطمئن إليه القلب أكثر من سواه، فما الجدوى من نقد كاسد بطُل التعامل به؟!

إذ يستمد النقد المغشوش قوّته من رواجه والتعامل به، فإذا بطل رواجه وتوقف التعامل به لم يبقَ للمثل أيّة قيمة أو قوة شرائية، فيستعاض عن المثل بالقيمة حينئذ.

۞ **المسألة الثانية:** آراء الفقهاء في حالة انقطاع النقود الاصطلاحية ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ

حالة الانقطاع تعني -كما سبق-: أن لا توجد النقود في السوق وإن وجدت في يد الصيارفة وفي البيوت[2].

فإن انقطع النقد الاصطلاحي وثمة نقد مترتب في الذمة من قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك من الأسباب المنشئة للالتزامات المالية المؤجلة، فإن للفقهاء أربعة أقوال حول الواجب أداؤه في هذه الحالة وهي كالآتي:

➢ **القول الأول:** للإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى:

وقوله في حالة الانقطاع كقوله السابق في حالة الكساد، حيث رأى رحمه الله تعالى فساد عقد البيع ووجوب ردّ المبيع إن كان قائماً، فإن لم يكن قائماً فمثله إن كان مثلياً، وإلا فقيمته[3].

وبناء على هذا القول لا يملك القاضي سلطة تعديل العقد في حالة انقطاع النقد وحصول خلاف بين أطراف العقد، وإنما يحكم بفساد العقد ووجوب ردّ المبيع إن كان قائماً، وإن لم يكن قائماً فمثله إن كان مثلياً، وإلا فقيمته.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣.

(٢) تنبيه الرقود، ابن عابدين: ٢/ ٥٨.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٤٢، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣.

➢ **القول الثاني**: للسادة المالكية والشافعية:

إذا انقطع النقد الاصطلاحي وكان قد ترتّب في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك وجب مثله إن أمكن الحصول عليه، وإلا فقيمته، على اختلاف بين المذهبين في تقدير وقت القيمة، فعند المالكية: يُقدَّر بأبعد الأجلين عند تخالف الوقتين من العدم والاستحقاق، وعند الشافعية: يقدَّر وقت المطالبة[1].

وبناء على هذا القول إن انقطع النقد وكان قد ترتب في الذمة بقرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك وحصل خلاف حوله وتمّ رفع الأمر إلى القاضي، **فإن سلطته في التّدخل في العقد تدور بين أمرين:**

- **أحدهما**: إبقاء العقد على ما تمّ الاتفاق عليه وقت إبرامه دون تعديل، فيحكم بوجوب مثل النقد المنقطع، إن وُجد المثل.
- **والأمر الآخر**: تعديل العقد من خلال الإلزام بقيمة النقد المنقطع من نقد آخر رائج في حال فُقد المثل، على اختلاف بين المذهبين في وقت تقدير القيمة على ما سبق بيانه.

➢ **القول الثالث**: لأبي يوسف رحمه الله تعالى:

مفاده وجوب قيمة النقد المنقطع من نقد آخر رائج، وتُقدّر قيمة النقد يوم ثبوته في الذمة[2].

➢ **القول الرابع**: لمحمد بن الحسن رحمه الله تعالى والسادة الحنابلة:

مفاده وجوب قيمة النقد المنقطع كالقول الثالث على خلاف معه في وقت تقدير القيمة، وهو هنا في آخر يوم تمّ التعامل به قبل انقطاعه[3].

والفتوى في مذهب السادة الحنفية في هذه الحالة على قول محمد بن الحسن رحمه الله تعالى، وهو وجوب القيمة مقدّرة بآخر يوم تم التعامل بالنقد قبل انقطاعه؛ لأنه وقت الانتقال إلى القيمة.

---

(١) ينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٥٥، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤١٢.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٤٢، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٤٢، والشرح الكبير على المقنع، عبدالرحمن بن قدامة: ٤/ ٣٥٨.

جاء في «حاشية ابن عابدين»: (والانقطاع كالكساد كما في كثير من الكتب، لكن قال في المضمرات: فإن انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته في آخر يوم انقطع، وهو المختار)[1].

وهو ما يرى الباحث ترجيحه، إذ لا فائدة من نقد انقطع التعامل به حتى يُحكم بمثله، وإنما تكمن الفائدة المرجوة من العقد أو الالتزام بالانتقال إلى قيمة ذلك النقد؛ لدفع الضرر الناتج عن انقطاع النقد وبطلان التعامل به.

وبناء على القولين الثالث والرابع فإن للقاضي سلطة التدخل في العقد إذا انقطع النقد المترتب في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك من العقود والالتزامات، وذلك بتعديل الالتزام الناشئ عن العقد من خلال الإلزام بدفع قيمة النقد المنقطع سواء وُجد مثله أو لا؛ لانعدام قيمة المثل وقوته الشرائية ببطلان التعامل به، على اختلاف بين القولين في وقت تقدير القيمة -كما سبق-.

○ وبهذا الكلام يُختتم الحديث في الأقوال الواردة في مسألة انقطاع النقد الاصطلاحي.

وما تم بيانه سابقاً في هذه المسألة قد نال جدواه في مرحلة زمنية مضت، وكذلك إن افترضنا عودة التعامل بمثل تلك النقود في الحاضر أو المستقبل (أما في عصر النقد الورقي الحاضر، فإن هذه الظاهرة تفقد قيمتها كمشكلة من المشاكل التي تواجه الشؤون النقدية؛ ذلك لأن إصدار النقود الورقية والائتمانية لم يعد يعتمد على كمية معينة من المعادن منذ خروج العالم بأسره من نظام الذهب واتّباعه لنظام النقود الورقية الإلزامية، حيث أصبح إصدار النقود يعتمد على أسس مختلفة تماماً عن نظام المعادن، الأمر الذي مكّن الدول من التوسع في إصدار النقود بكميات كبيرة لا يتصور انقطاعها، حتى وإن لم تتوفر عناصر التغطية الذهبية، وترتب على ذلك بالطبع اختفاء ظاهرة انقطاع النقد التي بحثها الفقهاء بناء على ظروف زمانهم)[2].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣.

(٢) آثار التغيرات في قيمة النقود، موسى آدم عيسى: ص٣٥٨.

۞ المسألة الثالثة: آراء الفقهاء في حالة غلاء النقود الاصطلاحية أو رخصها ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ

وهي الحالة الأخيرة من الحالات التي تؤثر في قيمة النقد، وتعدّ من الأهمية بمكان؛ كونها الحالة الأبرز التي ترد على النقود الورقية في الوقت الراهن، وبناء على ذلك يتعيّن في هذا المقام استخلاص آراء الفقهاء حول مدى أثر هذه الحالة في النقود الاصطلاحية؛ لتشكّل الأساس الذي يُنطلق منه لدراسة أثر هذه الحالة في النقود الورقية، وما يتبع ذلك من أثر في العقود والالتزامات المالية ومدى سلطة القاضي في تعديلها، وذلك في الفرع القادم بإذن الله تعالى.

وعودة إلى هذه المسألة، فإذا ترتب في الذمة نقد من النقود الاصطلاحية بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، ثم طرأ عليه ما يؤثر في قيمته غلاءً أو رخصاً فللفقهاء أقوال أربعة حول الواجب أداؤه في هذه الحالة، وبيان هذه الأقوال كالآتي:

➢ **القول الأول:** للإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وأبي يوسف -قبل أن يتغير رأيه إلى وجوب القيمة- والمالكية في المشهور، والشافعية، والحنابلة:

مفاده إلزام من ترتب في ذمته نقد من النقود الاصطلاحية بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك من العقود والالتزامات المالية ثم طرأ عليه غلاء أو رخص بدفع مثل القدر من النقد الذي تمّ الاتفاق عليه وقت إبرام العقد أو الالتزام المالي، دون اعتبار لما طرأ عليه من غلاء أو رخص[1]، وأنقل فيما يلي نصين من نصوصهم في ذلك:

- جاء في «حاشية ابن عابدين»: في بيان قول الإمام والإشارة إلى تغيّر رأي أبي يوسف (وفي الذخيرة عن المنتقى: إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت، قال أبو يوسف: قولي وقول أبي حنيفة في ذلك سواء وليس له غيرها، ثم رجع أبو يوسف وقال: عليه قيمتها من الدراهم يوم وقع البيع ويوم وقع القبض)[2].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٤٢، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٤، وشرح مختصر خليل الخرشي: ٥/ ٥٥، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٥، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤١٢، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٢١٤، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٣١٤-٣١٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٤.

- وفي «نهاية المحتاج»: (ولو أبطل السلطان ما باع به أو أقرضه لم يكن له غيره بحال، نقص سعره أم زاد أم عزّ وجوده)[1].

وبناء على هذا الرأي لا يملك القاضي سلطة تعديل العقد أو الالتزام المالي إن لحِق النقد غلاء أو رخص في قيمته، وإنما يلتزم كل طرف بما تمّ الاتفاق عليه وقت إبرام العقد دون تعديل، فلا اعتبار لتغيّر قيمة النقد.

- ومن أبرز ما احتجّ به هؤلاء:

١- لا يُلتفت إلى القيمة في هذه الحالة؛ لأن الرخص والغلاء لا يوجبان بطلان الثمنية، ومثال ذلك: الدراهم فإنها قد ترخص وقد تغلو، وهي على حالها أثمان[2].

٢- إن رخص القيمة ليس بعيب في النقود فلا يمنع ردّها، سواء كان كثيراً أو قليلاً؛ لأنه لم يحدث فيها شيء وإنما تغيّر السعر، فأشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت[3].

٣- إن الحكم بجواز قرض النقود سببه كون النقود من المثليات، وما كان مثلياً يُقضى فيه على أساس المثل لا القيمة[4].

٤- يقاس النقد على سائر المثليات كونه مثلي، كالمكيل والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض ونحوها، فإنها إن وقعت محلاً للقرض فرخصت أو غلت فلا عبرة لرخصها أو غلائها، ولا تُردّ إلا بالمثل[5].

➢ **القول الثاني**: لأبي يوسف رحمه الله تعالى: مفاده إلزام من ترتب في ذمته نقد من قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك في حالة غلاء النقد الاصطلاحي أو رخصه بدفع قيمة النقد المتغير، مقدّراً في عقد البيع بيوم البيع، وفي القرض بيوم القرض[6].

---

(١) نهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤١٢.

(٢) ينظر: المبسوط، السرخسي: ١٤/ ٣٠، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٤٢.

(٣) المغني، ابن قدامة: ٤/ ٢١٤.

(٤) المبسوط، السرخسي: ١٤/ ٣٠.

(٥) المرجع نفسه.

(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٣٣.

وقد احتج أبو يوسف رحمه الله تعالى كما جاء في «شرح فتح القدير» بما نصّه: (إنه لما بطل وصف الثمنية تعذّر ردّها كما قبضها، فيجب ردّ قيمتها، وهذا لأن القرض وإن لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها إذا كان المقبوض قرضاً موصوفاً بها؛ لأن الأوصاف معتبرة في الديون لأنها تُعرف بها)[1].

وهذه حجته في رأيه بإلزام دفع القيمة في حالة كساد النقد كما سبق، وتنطبق على حالة الغلاء والرخص كذلك؛ لأن النقود الاصطلاحية إن تعرضت للغلاء أو الرخص فإنه يفوت المثل، فتجب القيمة كذلك[2].

وبناء على هذا الرأي فإن للقاضي سلطة التدخل في العقد -إن حصل خلاف فيه ورُفع الأمر إليه- وذلك بتعديل التزاماته نحو الإلزام بدفع قيمة النقد المتغيّر لا مثله، مقدَّراً في عقد البيع في يوم البيع، وفي عقد القرض في يوم قبض المستقرض للنقد تطبيقاً لمبدأ العدالة ما أمكن.

➢ **القول الثالث**: للمحقق الحنفي ابن عابدين رحمه الله تعالى بناء على المتعارف عليه في زمانه من الصلح على الأوسط:

ويقصد بما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى من الصلح على الأوسط:

ما جرى في زمانه من خلاف حول تغيّر قيمة بعض النقود الرائجة بالنقص، وفيما يلي أنقل نص المسألة كما ذكرها ابن عابدين رحمه الله تعالى لأهميتها في هذا المقام: (ثم اعلم أنه تعدّد في زماننا ورود الأمر السلطاني بتغيير سعر بعض من النقود الرائجة بالنقص، واختلف الإفتاء فيه، والذي استقر عليه الحال الآن دفع النوع الذي وقع عليه العقد لو كان معيناً، كما إذا اشترى سلعة بمائة ريال أفرنجي أو مائة ذهب عتيق، أو دفع أي نوع كان بالقيمة التي كانت وقت العقد إذا لم يعيّن المتبايعان نوعاً، والخيار فيه للدافع كما كان له الخيار وقت العقد، ولكن الأول ظاهر سواء كان بيعاً أو قرضاً بناء على ما قدمناه، وأما الثاني فقد حصل بسببه ضرر

(١) شرح فتح القدير، ابن الهمام: ٧/ ١٥٨.

(٢) ينظر: الأوراق النقدية، أستاذنا الدكتور أحمد حسن: ص٣٥٢.

ظاهر للبائعين، فإن ما ورد الأمر برخصه متفاوت، فبعض الأنواع جعله أرخص من بعض فيختار المشتري ما هو أكثر رخصاً وأضر للبائع فيدفعه له، بل تارة يدفع له ما هو أقل رخصاً على حساب ما هو أكثر رخصاً، فقد ينقص نوع من النقود قرشاً، ونوع آخر قرشين، فلا يدفع إلا ما نقص قرشين، وإذا دفع ما نقص قرشاً للبائع يحسب عليه قرشاً آخر نظراً إلى نقص النوع الآخر، وهذا مما لا شك في عدم جوازه.

وقد كنت تكلمت مع شيخي-الذي هو أعلم أهل زمانه وأفقههم وأورعهم- فجزم بعدم تخيير المشتري في مثل هذا؛ لما علمت من الضرر، وأنه يُفتى بالصلح حيث كان المتعاقدان مطلقي التصرف يصح اصطلاحهما، بحيث لا يكون الضرر على شخص واحد، فإنه وإن كان الخيار للمشتري في دفع ما شاء وقت العقد -وإن امتنع البائع- لكنه إنما ساغ ذلك لعدم تفاوت الأنواع، فإذا امتنع البائع عمّا أراده المشتري يظهر تعنّته، أما في هذه الصورة فلا لأنه ظهر أنه يمتنع عن قصد إضراره ولاسيما إذا كان المال مال أيتام أو وقف، فعدم النظر له بالكلية مخالف لما أمر به من اختيار الأنفع له، فالصلح حينئذ أحوط، خصوصاً والمسألة غير منصوص عليها بخصوصها، فإن المنصوص عليه إنما هو الفلوس والدراهم الغالبة الغش كما علمته مما قدمناه، فينبغي أن يُنظر في تلك النقود التي رخصت، ويُدفع من أوسطها نقصاً لا الأقل ولا الأكثر؛ كيلا يتناهى الضرر على البائع أو على المشتري.

وقد بلغني أن بعض المفتين في زماننا أفتى بأن تُعطى بالسعر الدارج وقت الدفع، ولم ينظر إلى ما كان وقت العقد أصلاً، ولا يخفى أن فيه تخصيص الضرر بالمشتري، لا يقال: ما ذكرته من أن الأولى الصلح في مثل هذه الحالة مخالف لما قدمته عن حاشية أبي السعود من لزوم ما كان وقت العقد بدون تخيير بالإجماع إذا كانت فضة خالصة أو غالبة، لأنا نقول ذاك فيما إذا وقع العقد على نوع مخصوص كالريال مثلاً، وهذا ظاهر كما قدمناه ولا كلام لنا فيه، وإنما الشبهة فيما تعارفه الناس من الشراء بالقروش ودفع غيرها بالقيمة، فليس هنا شيء معين حتى تلزمه به سواء غلا أو رخص.

ووجه ما أفتى به بعض المفتين كما قدمناه آنفاً أن القروش في زماننا بيان لمقدار الثمن لا لبيان نوعه ولا جنسه، فإذا باع شخص سلعة بمائة قرش مثلاً، ودفع له المشتري بعد الرخص ما صارت قيمته تسعين قرشاً من الريال أو الذهب مثلاً، لم يحصل للبائع ذلك المقدار الذي قدّره ورضي به ثمناً لسلعته، لكن قد يقال لما كان راضياً وقت العقد بأخذ غير القروش بالقيمة من أي نوع كان صار كأن العقد وقع على الأنواع كلها، فإذا رخصت كان عليه أن يأخذ بذلك العيار الذي كان راضياً به، وإنما اخترنا الصلح لتفاوت رخصها وقصد الإضرار كما قلنا، وفي الحديث: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[1]، ولو تساوى رخصها لما قلنا إلا بلزوم العيار الذي كان وقت العقد، كأن صار مثلاً ما كان قيمته مائة قرش من الريال يساوي تسعين وكذا سائر الأنواع، أما إذا صار ما كان قيمته مائة من نوع يساوي تسعين، ومن نوع آخر خمسة وتسعين، ومن آخر ثمانية وتسعين، فإن ألزمنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بمائة فقد اختص الضرر به، وإن ألزمنا المشتري بدفعه بثمانية وتسعين اختص الضرر به، فينبغي وقوع الصلح على الأوسط والله تعالى أعلم)[2].

*** فيستنتج من النص السابق حكمان أساسيان:**

١- إذا كان التعاقد قد جرى على نوع مخصوص كالريال الإفرنجي ونحوه، يجب دفع المسمى دون زيادة أو نقصان.

ففي الديون الثابتة في الذمة إذا اتفق الطرفان الدائن والمدين على الوفاء بعملة معينة، فإنه يتعيّن دفع النوع الذي وقع عليه العقد إذا حلّ أجله.

٢- أما إذا كان التعاقد بناء على ما تعارفه الناس في زمان الشيخ ابن عابدين رحمه الله تعالى من الشراء بالقروش ودفع غيرها بالقيمة، فليس ثمة شيء معين يُلزَم بدفعه المشتري -بناء على ذلك العرف- سواء غلت النقود الرائجة بالنسبة للقروش أو رخصت، وضرب لذلك مثلاً بما إذا اشترى ما قيمته مائة قرش وكانت هذه المائة تساوي تسعين من عملة الريال، وكذا

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود، ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢/ ٦٦-٦٧.

تسعين من سائر أنواع العملات، ثم رخصت بعض العملات وغلت أخرى، فصارت المائة قرش تساوي تسعين ريالاً، وتساوي من عملة أخرى خمسة وتسعين، ومن عملة ثالثة تساوي ثمانية وتسعين -أي حصل خلل في القوة الشرائية لهذه العملات بالنسبة للقروش- فإذا ألزمنا البائع بأخذ تسعين ريالاً مقابل المائة قرش فقد وقع الضرر عليه، وإذا ألزمنا المشتري بدفع الثمانية والتسعين فقد لحق الضرر به، فهنا ينبغي وقوع الصلح على الأوسط منهما أي الخمسة والتسعين، بحيث يتحمل المتعاقدان الضرر ويقتسمانه فلا يقع على أحدهما دون الآخر[1].

وسيرد التعليق على هذا القول ورأي الباحث إزاء تخريج مسألة تغير قيمة الأوراق النقدية برخص أو غلاء عليه في الفرع القادم بإذن الله تعالى.

➢ **القول الرابع**: للسادة المالكية في غير المشهور:

مفاده أنه يجب التمييز بين التغيّرات الفاحشة في قيمة النقود والتي يترتب عليها فقدانها لوظيفتها كمقياس للقيم المؤجلة ومخزن للقيمة، وبين التغيرات اليسيرة أو الطفيفة التي تظل فيها النقود الاصطلاحية محتفظة بوظائفها دون إجحاف يُذكر بين الدائنين والمدينين، وعلى ذلك فإن كان التغير في قيمة النقود فاحشاً فيجب سداد المدفوعات المؤجلة قيمة وليس مثلاً، وإن لم يكن التغيّر فاحشاً فلا بأس من سداد المدفوعات المؤجلة بالمثل[2].

جاء في «حاشية الرهوني[3]»: في تقييد القول المشهور في المذهب بوجوب دفع المثل في حالة تغير قيمة النقد بغلاء أو رخص بألا يكون التغيّر فاحشاً:

(قلت: وينبغي أن يُقيّد ذلك بما إذا لم يكثر ذلك جداً، حتى يصير القابض لها كالقابض لما لا كبير منفعة فيه، لوجود العلة التي علل بها المخالف)[4].

---

(١) ينظر: نظرية العقد، أستاذنا الدكتور صالح العلي: ص١١٨-١١٩.

(٢) ينظر: آثار التغيرات في قيمة النقود، موسى آدم عيسى: ص٣٧٢.

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد الرهوني، خاتمة المحققين العلامة المتقن في المذهب المالكي، من أهم تصانيفه: حاشية على شرح ميارة الكبير، وحاشية على شرح الزرقاني لمختصر خليل، توفي سنة ١٢٣٠هـ، ينظر: شجرة النور الزكية، محمد بن مخلوف: ص٣٧٨.

(٤) حاشية الرهوني: ٥/ ١٢١.

أي التي استدل بها أصحاب القول المشهور في مسألة كساد النقد، وهي أن الدائن قد دفع شيئاً مُنتفعاً به لأخذ مُنتفع به، فلا يُظلم بإعطائه ما لا يُنتفع به[1].

وبناء على هذا الرأي إن حصل خلاف في العقد -في حالة تغيّر قيمة النقد بغلاء أو رخص- ورُفع الأمر إلى القاضي، **فإنه يفرق بين حالتين:**

- **الحالة الأولى:** تغيّر قيمة النقد بغلاء أو رخص تغيّراً يسيراً غير فاحش، فلا يُجري القاضي أي تعديل على التزامات العقد في هذه الحالة، وإنما يحكم بوجوب الوفاء بها بناء على ما تمّ الاتفاق عليه وقت إبرام العقد، أي الوفاء بالمثل.
- **الحالة الثانية:** تغيّر قيمة النقد بغلاء أو رخص تغيراً فاحشاً، وفي هذه الحالة يُجري القاضي تعديلاً على العقد، وذلك من خلال التحوّل من دفع المثل إلى القيمة؛ دفعاً للضرر الناتج عن التفاوت بين قيمة النقد وقت إبرام العقد وقيمته وقت لزوم الوفاء به.

ويُكتفى بما سبق عرضه من آراء الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة في مسألة الوفاء بالنقود -بنوعيها الخِلقية والاصطلاحية- دون حاجة إلى مزيد من التفصيل؛ وذلك لإيفاء ما تقدّم بيانه بالغرض الأساسي من هذه المسألة، وهو الوقوف على الأصل الذي يمكن الاستناد إليه في بيان سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغيّر قيمة الأوراق النقدية -محل التداول في هذا الزمان- وربطها بتلك الآراء، بغرض الوصول إلى الحل الملائم لهذه المشكلة المتجدّدة عبر الزمان، وذلك في الفرع الآتي.

- **الفرع الثالث:** سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغيّر قيمة الأوراق النقدية:

الأوراق النقدية: هي نقود تعارف الناس على جعلها وحدة للحساب ووسيطاً في التداول، وهي نقود ائتمانية تكتسب قوتها الشرائية لا من ذاتها، بل من اعتبارات أخرى لا تتعلق بمادتها أصلاً[2].

(١) آثار التغيرات في قيمة النقود، موسى آدم عيسى: ص٣٧٣.

(٢) الأوراق النقدية، أستاذنا الدكتور أحمد حسن: ص٣٥٣.

وتُعدّ مشكلة تغيّر قيمة الأوراق النقدية من أبرز المشكلات التي تظهر على الساحة الاقتصادية والمالية في الوقت الراهن؛ نظراً للارتباط الوثيق بين الأوراق النقدية وما يمرّ به المجتمع من أزمات واضطرابات غالباً ما ينتج عنها اختلال في قيمة النقود الورقية المتداولة فيه.

ومن هنا سعى علماء الاقتصاد إلى طرح هذه المشكلة بغية إيجاد الحلول الملائمة لتفاديها، كما تصدى لهذه المشكلة جَمٌّ غفير من علماء الشريعة الإسلامية المعاصرين؛ للتأكيد على صلاحية أحكام الشريعة الإسلامية للتطبيق مهما تجددت الوقائع والقضايا بتغيّر الزمان، استناداً إلى الإرث الفقهي العظيم الذي ورّثه فقهاء الأمة المتقدمون الذين نهلوا من معين الشريعة الإسلامية بمختلف مظانّها، من نصوص قطعية وقواعد عامة ومبادئ شاملة لكل ما قد يستجد عبر الزمان، فكانت النتيجة أن تنوعت الآراء حول الحلول المقترحة لتفادي هذه المشكلة تبعاً لتنوع آراء الفقهاء المتقدمين في النقود الخِلقية والاصطلاحية المتداولة في زمانهم كما سبق.

ونظراً لارتباط المسألة بموضوع هذا البحث، يتوجه على الباحث عرض المشكلة بما ورد فيها من آراء وتفصيلات في سبيل الوقوف على مدى سلطة القاضي في تعديل العقود إذا لحِق الأوراق النقدية تغيّر في قيمتها قد يُسْفر عن خلافات بين أطراف العقد.

وتجنباً للإطلالة سيتم التركيز في السطور القادمة على أبرز حالة تظهر على الساحة الاقتصادية في هذا العصر، وهي: «حالة رخص النقد» ويُطلق عليها مصطلح «التضخم المالي»، ويمكن أن تُبنى عليها حالة «غلاء النقد» كذلك، وهي حالة تكاد تكون نادرة قياساً بحالة «رخص النقد».

*** وبناء على ذلك، سيتم عرض المشكلة في ثلاث مسائل كالآتي:**

۞ **المسألة الأولى**: بيان مفهوم التضخم المالي وأنواعه.

۞ **المسألة الثانية**: آراء العلماء المعاصرين في «أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية وسلطة القاضي إزاءها».

۞ **المسألة الثالثة**: رأي الباحث في مسألة «أثر تغيّر قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية وسلطة القاضي إزاءها» من خلال تحرير الآراء الواردة فيها وترجيح الأنسب.

وفيما يلي تفصيل ما سبق إجماله:

۞ **المسألة الأولى**: بيان مفهوم التضخم المالي وأنواعه

يرى أستاذنا الدكتور أحمد حسن حفظه الله تعالى أن التضخم المالي هو: (زيادة في كمية النقود الورقية، لا يرافقها زيادة في التغطية المعدنية) أو «ارتفاع القيمة الاسمية للنقود عن قيمتها الحقيقية»[1].

* **وللتضخم المالي نوعان أساسيان هما**[2]:

١- **التضخم الجامح**: وهو أخطر أنواع التضخم؛ إذ ترتفع بسببه الأسعار بمعدل كبير جداً، وتنخفض قيمة النقود حتى تصبح تافهة جداً، وذلك نتيجة لتفكّك النظام الاجتماعي، وانهيار النشاط الاقتصادي، وعدم مقدرة الحكومة على ضبط الأمور والتّحكم بسلطتها على الشعب، وما تخلّفه الحروب المدمرة من آثار سلبية.

ومثال هذا النوع: ما حدث للعملة الألمانية بعد الحرب العالمية الأولى، وما حدث للعملة العراقية عقب الحصار الاقتصادي عليها.

٢- **التضخم الزاحف**: ويسمى بالتضخم المتوسط وغير الجامح، وهو تضخم ترتفع فيه الأسعار ببطء ولكن بشكل مستمر.

۞ **المسألة الثانية**: آراء العلماء المعاصرين في «أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية وسلطة القاضي إزاءها»

(١) الأوراق النقدية، أستاذنا الدكتور أحمد حسن: ص٣٢٩.

(٢) المرجع نفسه.

لقد تصدى ثلة من علماء هذا العصر لمشكلة «رخص النقد الورقي وغلائه» بدراستها ومحاولة وضع الحلول الملائمة لها؛ لما لها من أهمية كبيرة في سير العقود والالتزامات المالية.

ولا يخفى ما تكتنف المشكلة من دقة وصعوبة من حيث استنباط الحل الأمثل لها، حيث لم يعرف الفقهاء المتقدمون النقود الورقية وما تمرّ به من تضخم أو انكماش؛ لأن التعامل في زمانهم كان بالنقود الخِلقية وهي المتخذة من الذهب والفضة، أو النقود الاصطلاحية وهي المتخذة من المعادن عدا الذهب والفضة -كما سبق-، ومن هنا برزت صعوبة هذه المسألة في كيفية تأصيلها، وإلحاقها بالحكم الأنسب مما نصّ عليه الفقهاء المتقدمون.

ونظراً لاختلاف الفقهاء المتقدمين أصلاً في مسألة رخص أو غلاء النقود المتداولة في زمانهم، فقد اختلف المعاصرون تبعاً لذلك في «أثر تغير قيمة النقود الورقية برخص أو غلاء في العقود والالتزامات المالية»، ويتجلى الخلاف بشكل أكبر في أثر التغير في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك.

*** وبناء على ذلك، سأعرض لهذه المشكلة في فقرتين:**

➢ **الفقرة الأولى**: أثر تغير قيمة النقود الورقية في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك ومدى سلطة القاضي إزاءها.

➢ **الفقرة الثانية**: أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية الآجلة سوى الديون الثابتة في الذمة ومدى سلطة القاضي إزاءها.

*** وفيما يلي تفصيل الفقرتين:**

➢ **الفقرة الأولى**: أثر تغير قيمة النقود الورقية في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك ومدى سلطة القاضي إزاءها

اختلف العلماء المعاصرون في الواجب أداؤه في الديون الثابتة في الذمة بسب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك إذا تغيّرت قيمة النقد الورقي برخص أو غلاء، **حيث دارت آراؤهم حول عدد من الأحكام أبرزها:**

١- وجوب المثل.

٢- وجوب القيمة.

٣- تنصيف الفرق الناشئ عن تغيّر قيمة النقد بين الدائن والمدين.

وسأعرض لآراء العلماء ضمن هذه الأحكام الثلاثة، مع تجنّب الخوض في التفصيلات والنقاشات الطويلة بغية الوقوف على مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بناء على كل رأي من تلك الآراء.

* **وفيما يلي تفصيل هذه الأحكام الثلاثة:**

○ **الحكم الأول**: وجوب المثل:

لقد ذهب أكثر العلماء المعاصرين إلى أن من ترتّب في ذمته نقد بسبب دين ناتج عن قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك فلا يلزمه إلا سداد المثل، أي لا يلزمه سوى سداد مثل العدد الذي ترتب في ذمته من النقود حتى ولو تغيّرت قيمة النقود المترتبة في ذمته برخص أو غلاء؛ استناداً إلى رأي جمهور الفقهاء في حالة رخص النقود الاصطلاحية أو غلائها بوجوب ردّ المثل كما سبق بيانه مع أدلته[1].

وقد نالت مشكلة «الديون الثابتة في الذمة وكيفية سدادها في حالة تغير قيمة النقود الورقية» نصيبها من البحث والتداول في مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة لعام ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م، حيث أخذ مجلسه بهذا الرأي وذلك في قراره رقم (٤) بشأن تغير قيمة العملة ونصّه: (إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من (١ إلى ٦) جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق (١٠ إلى ١٥) كانون الأول ديسمبر ١٩٨٨م بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع «تغير قيمة العملة» واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، وبعد الاطلاع على قرار المجمع رقم (٩) في الدورة الثالثة بأن

(١) ينظر: ص ٢٤٦ وما بعدها.

العملات الورقية نقود اعتبارية فيها صفة الثمنية كاملة ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامها قرّر ما يلي:

العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة؛ لأن الديون تُقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أيّاً كان مصدرها بمستوى الأسعار والله أعلم)[1].

ومن أبرز العلماء المشاركين في المؤتمر والذين أيدوا هذا الرأي:

الشيخ محمد عبده عمر في بحثه: «تغير قيمة العملة والأحكام المتعلقة فيها في فقه الشريعة الإسلامية»[2]،

والشيخ محمد علي التسخيري في بحثه: «تغير قيمة العملة»[3]،

والدكتور محمد تقي العثماني في بحثه: «مسألة تغير قيمة العملة وربطها بقائمة الأسعار»، حيث قال: (القروض يجب في الشريعة أن تُقضى بأمثالها، وهذا أمر لا يختلف فيه اثنان حتى القائلين بجواز ربط القروض بالأسعار، فبقي الآن تعيين معنى المثلية، فالسؤال الأساس هنا: هل يجب أن تتحقق هذه المثلية في القدر (أي الكيل والوزن والعدد) أو في القيمة والمالية؟ والذي تحقّق من النظر في دلائل القرآن والسنة ومشاهدة معاملات الناس أن المثلية المطلوبة في القرض هي المثلية في المقدار والكمية دون المثلية في القيمة والمالية)[4].

وممن قال بهذا الرأي أيضاً الدكتور علي السالوس في بحثه: «أثر تغير قيمة النقود في الحقوق والالتزامات»[5]، وغيرهم.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣/ ٢٢٦١، الدورة الخامسة، العدد الخامس، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

(٢) المرجع نفسه: ٣/ ٢٢٠٦.

(٣) المرجع نفسه: ٣/ ١٨١٤.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣/ ١٨٥٤.

(٥) المرجع نفسه: ٣/ ١٧٤٨.

وقد أفتى بهذا الرأي أيضاً الشيخ جاد الحق- شيخ الأزهر في زمانه- في عام ١٩٨١م بقوله: (لا يجب في حالة ارتفاع القيمة أو انخفاضها إلا المثل)[١].

وكما أسلفت فإن مستند هذا الرأي أو الحكم هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية في رأي الإمام أبي حنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة مع أدلتهم في حالة رخص النقود الاصطلاحية أو غلائها، وقد سبق بيانها بالتفصيل[٢].

وبناء على هذا الرأي إن ترتب في الذمة نقد من النقود الورقية بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، ثم لحقه تغيّر في قيمته برخص أو غلاء مما تسبّب في نشوب خلاف بين طرفي العقد أو الالتزام المالي حول الواجب أداؤه في هذه الحالة، وتمَّ رفع الأمر إلى القاضي، فلا يملك القاضي سلطة تعديل العقد أو الالتزام، وإنما يُلزم المدين بأداء مثل النقد الذي ترتّب في ذمته دون زيادة أو نقص.

○ **الحكم الثاني**: وجوب القيمة:

ذهب عدد من علماء هذا العصر إلى أن من ترتّب في ذمته نقد بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، ثم لحق النقد تغيّر في قيمته برخص أو غلاء لزمه سداد قيمة النقد المتغيّر لا مثله، مقدّراً في يوم القبض في القرض أي (قبض مبلغ الدين)، ومقدّراً في يوم عقد البيع في البيع، استناداً إلى رأي أبي يوسف رحمه الله الذي قال بوجوب القيمة في حالة رخص النقود الاصطلاحية أو غلائها، وهو الرأي المفتى به في مذهب السادة الحنفية -كما سبق-.

وممن قال بهذا الرأي الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله تعالى[٣]، وكذلك أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى والدكتور نصر فريد واصل والدكتور نزيه حماد[٤].

---

(١) ينظر: تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية وأثرها على الحقوق والالتزامات، زكي زيدان: ص١٣٢.

(٢) ينظر: ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٣) ينظر: شرح القواعد الفقهية، الشيخ أحمد الزرقا: ص١٧٤.

(٤) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة: ص١٥٥، لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، وتغير القيمة الشرائية للنقود الوقية، زكي زيدان: ص١٣٥.

وعمدة استدلال هؤلاء يدور حول وجوب تحري العدل والوفاء التام بالتزامات العقد، ودفع الضرر الناتج عن الإلزام بدفع المثل في هذه الحالة، وهذه المعاني لا تتأتّى إلا إذا تمَّ الإلزام بأداء قيمة النقد المتغيّر كبديل عن المثل للضرورة، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة:١] وقال تعالى: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [سورة البقرة:١٨٨][1]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[2].

وبناء على هذا الرأي أو الحكم، إن حصل خلاف حول الواجب أداؤه في الديون الثابتة في الذمة في حالة تغير قيمة النقد برخص أو غلاء، ورُفع الأمر إلى القاضي، فإن للقاضي سلطة تعديل بعض التزامات العقد من خلال الإلزام بأداء قيمة النقد المتغيّر لا مثله مقدّراً في القرض في يوم ثبوته في الذمة -وهو يوم قبض مبلغ الدين-، ومقدّراً في عقد البيع في يوم إبرام العقد؛ دفعاً للضرر الناتج عن تغيّر قيمة النقد إذا ما تمّ الإلزام بدفع المثل.

*** ويتفرع عن الحكم بوجوب القيمة حكمان آخران:**

- **أحدهما**: وجوب القيمة، في حالة تغيّر قيمة النقد تغيّراً فاحشاً فحسب.

- **والحكم الآخر**: وجوب القيمة، في حالة المماطلة من قِبل المدين وتأخير الأداء عن الأجل المحدّد للالتزام فحسب.

*** وفيما يلي بيان هذين الحكمين بشيء من التفصيل:**

- **أولاً**: وجوب القيمة، في حالة تغيّر قيمة النقد تغيراً فاحشاً فحسب:

فقد ذهب عدد من علماء هذا العصر إلى أن من ترتّب في ذمته نقد بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، ثم لحق النقد تغيّر في قيمته برخص أو غلاء، فإن الواجب عليه أداؤه في هذه الحالة يدور بين أمرين:

---

(١) ينظر: تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، زكي زيدان: ص١٤٧ وما بعدها.

(٢) سبق تخريجه: ١٦٨.

- **الأول**: إذا كان التغير الحاصل في قيمة النقد تغيراً يسيراً مما لا يلتفت إليه عادة، فلا يُلزم المدين إلا بأداء المثل.

- **والأمر الآخر**: إذا كان التغيّر الحاصل في قيمة النقد تغيراً فاحشاً، لزم المدين أداء القيمة لا المثل؛ استناداً إلى رأي السادة المالكية في غير المشهور من المذهب في حالة رخص النقود الاصطلاحية أو غلائها -كما سبق-[1].

وممن أخذ بهذا الرأي الدكتور علي القره داغي حفظه الله تعالى بقوله: (إننا لا نلجأ إلى التقويم في كل الأحوال ولا عند وجود التراضي بين الأطراف، وإننا نلجأ إليه عند وجود الغبن الفاحش الذي يلحق بأحد العاقدين، سواء كان في عقد القرض أم البيع بالأجل أم المهر أو غير ذلك من العقود التي تتعلق بالذمة ويكون محلها نقداً آجلاً، ثم تتغيّر قيمته من خلال الفترتين- فترة الإنشاء وفترة الرد والوفاء- تغيّراً فاحشاً)[2].

ويترتب على هذا الرأي أن القاضي يملك سلطة تعديل العقد أو الالتزام الناشئ عن الدين -في حال رُفع الأمر إليه- وذلك بإلزام المدين بدفع قيمة النقد المتغيّر -برخص أو غلاء- تغيّراً فاحشاً؛ رعاية للمصلحة ودرءاً للضرر.

أما في حالة تغير قيمة النقد الورقي برخص أو غلاء تغيراً يسيراً اعتاده الناس في عموم عقودهم ومعاملاتهم، فلا يقضي حينئذ بتعديل العقد أو الالتزام، وإنما يُلزِم المدين بسداد المثل.

---

(١) ينظر: ص ٢٥١-٢٥٢.

(٢) في بحثه المقدم إلى مجلس مجمع الفقه الإسلامي بعنوان: «تذبذب قيمة النقود الورقية وأثره على الحقوق والالتزامات على ضوء قواعد الفقه الإسلامي»، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣/ ١٧٩٥، وممن أخذ بهذا الرأي أيضاً: الدكتور عجيل النشمي في بحثه بعنوان «تغيّر قمة العملة في الفقه الإسلامي»، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣/ ١٦٦٣، ومنهم كذلك الدكتور: محمد عبداللطيف الفرفور رحمه الله في بحثه بعنوان: «أحكام النقود الورقية في الفقه الإسلامي»، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣/ ١٧٧١.

ويرجع في تحديد مقدار التغيّر الفاحش في قيمة النقد الورقي إلى العرف السائد في كل زمان ومكان بحسبهما.

• **ثانياً**: وجوب القيمة، في حالة المماطلة من قبل المدين وتأخير الأداء عن الأجل المحدد للالتزام فحسب:

مفاد هذا الحكم أن من ترتب في ذمته نقد من النقود الورقية بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، ثم تغيّرت قيمته برخص أو غلاء، فإن الواجب أداؤه في هذه الحالة يدور بين أمرين:

- **الأمر الأول**: إذا التزم المدين بأداء ما ترتب في ذمته من نقد في الأجل المحدد للالتزام، فلا ينظر إلى ما طرأ على النقد من تغيّر في قيمته، وإنما يُطالب المدين بسداد المثل.

- **الأمر الثاني**: إذا لم يلتزم المدين بأداء ما ترتب في ذمته من نقد في الأجل المحدد للالتزام، فإن كان عدم الالتزام منه مبنياً على عذر قاهر من إعسار ونحوه، فالدائن مأمور بإنظاره -في هذه الحالة- إلى حين يساره؛ لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠].

وأما إن كان المدين قادراً على الوفاء ولم يفِ بدينه حتى بعد حلول أجله، فهو مماطل بظلم بنص قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»[1]، فيُطالب بدفع قيمة النقد المتغيّر -في هذه الحالة- لا مثله؛ لامتناعه عن الوفاء في الوقت المحدد مع قدرته عليه.

وممن أخذ بهذا الرأي الدكتور محمود قاسم في بحثه المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي بعنوان: «تغير قيمة العملة» بقوله: (إن المدين إذا كان قادراً على الوفاء ولكنه يماطل فهو ظالم... وعلى ذلك فأرجو ألا يكون هنالك مانع من الحكم بتعويض الدائن عن الأضرار التي لحقت به،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٩٩، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، رقم الحديث: (٢١٦٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١١٩٧، الرواية نفسها، كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني وصحة الحوالة ...، رقم الحديث: (١٥٦٤).

وعلى الأخص في هذه الصورة التي معنا حيث تسبّب المدين المماطل في إلحاق الضرر بالدائن، حيث انخفضت قيمة العملة وانتقص دون شك حق الدائن)[1].

وبناء على هذا الرأي ليس للقاضي سلطة تعديل العقد أو الالتزام الناشئ عن دين -في حال رُفع الأمر إليه- إذا تغيّرت قيمة النقد الورقي برخص أو غلاء، بشرط التزام المدين بأداء ما ترتّب في ذمته من نقد في أجله المحدد، فلا يُطالب حينئذٍ إلا بالمثل.

أما إذا لم يلتزم المدين بالوفاء في الأجل المحدد للالتزام مع قدرته على ذلك، وماطل في الوفاء بدون عذر حتى بعد حلول الأجل، فإن للقاضي سلطة تعديل العقد أو الالتزام وذلك بإلزام المدين بأداء قيمة النقد المتغيّر؛ لتَعدّيه وإلحاقه الضرر بالدائن عمداً دون مبرر شرعي سائغ من إعسار ونحوه.

○ **الحكم الثالث**: تنصيف الفرق الناشئ عن تغيّر قيمة النقد بين الدائن والمدين:

مفاد هذا الحكم أن النقد الورقي المترتّب في الذمة إن لحقه تغيّر في قيمته برخص أو غلاء، فإن الحل العادل في أدائه يكمن في تنصيف الفرق الطارئ على النقد في قيمته -بعد ترتبه في الذمة- بين الدائن والمدين، أي توزيع الخسارة على طرفي العقد الدائن والدين، ومثاله: إذا كان مبلغ الدين تسعة آلاف ليرة، وقبل حلول أجل السداد فقدت الليرة ما يعادل الثلثين من قيمتها في يوم القرض، فأصبح مبلغ التسعة آلاف ليرة يعادل ما كان قيمته ثلاثة آلاف ليرة يوم القرض، ما يعني أن المبلغ نقص من قيمته الحقيقية يوم القرض ستة آلاف ليرة، فينصّف الفرق حينئذ وهو مبلغ الستة آلاف ليرة في هذا المثال بين الدائن والمدين، أي يتحمل كلاهما مبلغ ثلاثة آلاف ليرة، فيزيد المدين ثلاثة آلاف ليرة عند السداد، ويتحمل الدائن نقصان ثلاثة آلاف ليرة عن القيمة الحقيقية لمبلغ القرض وهو تسعة آلاف ليرة.

* وممن تبنى هذا الرأي الأستاذان الجليلان الدكتور محمد فتحي الدريني والشيخ مصطفى الزرقا رحمهما الله تعالى، **وفيما يلي أعرض لرأييهما بالتفصيل**:

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣/ ١٧١٣.

❁ **أولاً**: رأي الأستاذ الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعالى:

فقد ذكر في معرض حديثه عن الحلول المتاحة لمواجهة الظروف الطارئة هذا الرأي بقوله: (... أو تعديل قيمة الالتزام التعاقدي في الثمن وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في مسألة الوفاء بالنقود عند تقلّب قيمتها وأسعارها، وهذا ما يسميه ابن عابدين الصلح على الأوسط)[1]، ولم يذكر رحمه الله أية تفصيلات أخرى.

ويقصد بما ذكره ابن عابدين رحمه الله من الصلح على الأوسط ما سبق بيانه في الفرع السابق لدى سرد نص كلام ابن عابدين رحمه الله تعالى في المسألة[2]، فلا داعي لإعادته، وسيرد التعليق على هذا الرأي في فقرة رأي الباحث بإذن الله تعالى.

❁ **ثانياً**: رأي الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى:

فقد أدلى رحمه الله تعالى بتفصيلات وافية في المسألة يتجلّى من خلالها رأيه بوضوح، وفيما يلي أنقل نص كلامه للحاجة إليه لدى تحرير الآراء في المسألة ومناقشتها للوصول إلى الرأي المختار في هذه الرسالة، قال: (يتبيّن مما أسلفنا أن هبوط العملة الذي يجب أن يؤخذ بالاعتبار ويُنصَّف به الفرق الناشئ ويوزَّع على الطرفين الملتزم والملتزم له على كل منهما نصفه، إنما هو في حالة الهبوط المفاجئ الذي يحصل عادة بقرار حكومي يُتّخذ سراً، ثم يُعلن فجأة ويُفاجأ به الناس، أو بحدوث طارئ آخر مفاجئ، أما إذا كانت العملة تهبط قيمتها هبوطاً تدريجياً ملحوظاً للعاقدين عند التعاقد، فلا عبرة له إلا إذا كان الدَّين مؤجلاً إلى أجل طويل غير محدّد وأدّى الهبوط التدريجي إلى درجة فاحشة بطول الزمن، كما في المهر المؤجل في عقود الزواج، فعندئذ تعتبر القيمة وقت العقد ويُنصّف الفرق بين الزوجين؛ لأنه غير ملحوظ عند التعاقد، أما متى يعتبر الهبوط فاحشاً يلحق بكساد النقود ويؤدي إلى تنصيف الفرق، فالذي أرى أن الهبوط إذا تجاوز ثلثي قيمة النقد وقوته الشرائية عند العقد في البيع وعند القبض في القرض

(١) النظريات الفقهية، الدريني: ص١٤٩.

(٢) ينظر: ص ٢٤٨-٢٤٩.

وبقي من قيمته أقل من الثلث، فإنه حينئذ يعتبر فاحشاً، ويوجب توزيع الفرق على الطرفين؛ أخذاً من الأدلة الشرعية والآراء الفقهية التي تحدّد حدّ الكثرة بالثلث، والله سبحانه أعلم)[1].

* فيُستنتج من رأي الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى في النص السابق، أن التّغير المعتبر في قيمة النقد لدى الحكم بتنصيف الفرق بين الدائن والمدين لابد أن يخضع لشرطين:

- **الشرط الأول**: أن تهبط قيمة النقد هبوطاً مفاجئاً بقرار حكومي يتم الإعلان عنه فجأة، أو بأمر آخر مفاجئ، ولا عبرة بالهبوط التدريجي في القيمة.

- **الشرط الثاني**: أن يكون الرخص الذي لحق النقد رخصاً فاحشاً يتجاوز ثلثي قيمة النقد وقوته الشرائية عند العقد في البيع، وعند القبض في القرض، مما يستدعي توزيع الفرق على طرفي العقد.

هذا ما ارتآه الأستاذان الجليلان الزرقا والدريني رحمهما الله تعالى، **وبناء على هذا الرأي** فإن للقاضي سلطة التدخل في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك -إذا رُفع الأمر إليه في حالة تغير قيمة النقد محل الالتزام برخص أو غلاء- وذلك بتعديل العقد أو الالتزام من خلال الحكم بتنصيف الفرق الذي طرأ على قيمة النقد بعد إبرام العقد أو الالتزام بين طرفي العقد، فلا يتحمل أحدهما الضرر الناتج عن ذلك الفرق في قيمة النقد وإنما يتقاسمانه.

ويُختتم بذلك الحديث عن الآراء المعاصرة الواردة في المسألة الأولى وهي: «أثر تغير قيمة النقود الورقية بغلاء أو رخص في الديون الثابتة في الذمة» على أن يرِد تحرير تلك الآراء وبيان وجهة نظر الباحث بعد الفقرة الآتية بإذن الله.

ولننتقل فيما يلي إلى الفقرة الثانية.

---

(١) انخفاض قيمة العملة وأثره على الديون السابقة: ص٩١٩، الشيخ مصطفى الزرقا، بحث منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ١٨١، السنة الخامسة عشرة، ذو الحجة ١٤١٦هـ، مايو ١٩٩٦م، يصدرها قسم البحوث والدراسات الاقتصادية ببنك دبي الإسلامي، المطبعة العصرية، دبي، الإمارات العربية المتحدة.

➢ **الفقرة الثانية**: أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية الآجلة سوى الديون الثابتة في الذمة ومدى سلطة القاضي إزاءها

بعد أن تمّ عرض آراء العلماء المعاصرين في «أثر تغير القيمة النقود الورقية برخص أو غلاء في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك»، والاطلاع على الخلاف الذي دار بينهم حول المسألة لدقتها وخطورتها تبعاً للخلاف الذي دار بين فقهاء المذاهب قديماً في أثر تغير قيمة النقود الاصطلاحية -الرائجة في زمانهم- برخص أو غلاء في الديون الثابتة في الذمة، بقي بيان الحكم في سائر العقود والالتزامات المالية الآجلة ذات التنفيذ المتراخي -سوى الديون الثابتة في الذمة- وذلك إذا طرأ تغيّر مفاجئ في قيمة النقد بعد إبرامها وأدى إلى خلل في ميزان العدل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطي العقد كل واحد منهما من حقوق وما يحمّله إياه من التزامات.

ولدى البحث في المسألة بما ورد فيها من فتاوى وآراء معاصرة، تبيّن أن هذا الموضوع قد حظي بالنقاش والمداولة في مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة سنة ١٤٠٢هـ، وقد أصدر المجمع حينها قراراً وافياً مفصلاً في هذه المسألة، يرى الباحث أنه يُغني عن مزيد بيان.

لذا سيتم في السطور الآتية التطرق لأبرز البنود الواردة في ذلك القرار، لتكتمل صورة المسألة التي بين أيدينا وهي: «أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية وسلطة القاضي بالتعديل إزاءها»، **وهي ثلاثة بنود رئيسية كالآتي**[1]:

- **البند الأول**: أبرز صور المسألة وأمثلتها من الواقع المعاصر:

لقد عرض القرار لعدد من الأمثلة في هذا الإطار، وهي كما وردت في نص القرار:

(١) للاطلاع على هذه النقاط، ينظر: نص قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الخامسة، سنة ١٤٠٢هـ، منقول من كتاب موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي: ص٦١٩ وما بعدها، علي السالوس، مؤسسة الريان، بيروت، ط٧، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

١- لو أن عقد مقاولة على إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة تمّ بين طرفين، وحدّد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً، فوقعت حرب غير متوقعة أو حادث آخر مفاجئ خلال التنفيذ، قطعت الاتصال والاستيراد، وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الاتفاق مرهقاً جداً.

٢- لو أن متعهداً في عقد توريد أرزاق عينية يومياً -من لحم وجبن ولبن وبيض وخضراوات وفواكه ونحوها- إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية أو إلى دار ضيافة حكومية بأسعار اتُّفِق عليها في كل صنف لمدة عام، فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو فيضان أو زلزال أو جاء جراد جرّد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

فما الحكم الشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي تميّز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، وكذا المقاولات التي تُعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد، فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدّل الظروف وطروء التغيّرات الكبيرة المشار إليها -مهما تكبّد في ذلك من خسائر ماحقة أو ساحقة- تمسّكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفّتي الميزان إلى التعادل ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟

البند الثاني: أبرز النظائر الفقهية ذات الصلة من فقه المذاهب:

ومن باب التدرج في الإجابة عن السؤال السابق في ختام البند الأول، نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب، واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به، ورأى المجلس أنه بالإمكان أن يوصى بالحكم القياسي والاجتهاد الواجب فقهاً في هذا الشأن، **كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلي:**

١- إن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة كالحروب والطوفان ونحو ذلك، بل إن السادة الحنفية يسوغون فسخ الإجارة أيضاً بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية، فيمكن القول إنه محل اتفاق.

٢- جاء في كتاب الإجارة من كتاب «المغني»: (إذا حدث خوف يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع أو نحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة، فأما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر- مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه- لم يملك الفسخ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه)[1].

٣- وقد نص الإمام النووي رحمه الله تعالى على أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار سواء أكانت إجارة عين أم ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم، أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو استأجر حماماً فتعذر الوقود.

قال الإمام النووي رحمه الله تعالى: (وكذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله في سفر فعادوا، واحتاج إلى الدار أو تأهل. قال: فلا فسخ في شيء من ذلك؛ إذ لا خلل في المعقود عليه)[2].

٤- ما يذكره العلماء رحمهم الله تعالى في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العاملة، كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح -ونحو ذلك مما هو عام- حيث يقرّون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن، وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه.

---

(١) المغني، ابن قدامة: ٥/ ٢٦٤.

(٢) روضة الطالبين، النووي: ٥/ ٢٣٩-٢٤٠.

٥- كما جاء في كتاب «المغني» أيضاً: (ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز)[١].

كما جاء في كتاب الإجارة من كتاب «بدائع الصنائع»: (إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً لقلعها فسكن الوجع يُجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً)[٢].

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة.

٦- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[٣]، وقد اتخذ فقهاء المذاهب قوله هذا قاعدة فقهية عدّوها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاماً كثيرة في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

ومما لاشك فيه أن العقد الذي يُعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزِماً لعاقديه قضاءً؛ عملاً بقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة:١].

ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد مجمع الفقه الإسلامي في مقاييس التكاليف الشرعية ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في

(١) المغني، ابن قدامة: ٥/ ٢٦٤.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤/ ١٩٧.

(٣) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

الصيام، فإنها لا تسقط التكليف ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه أسقطته أو خفّفته، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة ومشقته في الصيام، وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها.

فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود؛ لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفة الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً.

وقصد العاقدين إنما تكشف عنه وتحدّده ظروف العقد، وهذا القصد لا يمكن تجاهله من خلال الأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج؛ إذ إن من القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء.

البند الثالث: نص قرار مجمع الفقه الإسلامي:

ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر مجمع الفقه الإسلامي ما يلي:

١- في العقود المتراخية التنفيذ -كعقود التوريد والتعاهدات والمقاولات- إذا تبدلت الظروف التي تمّ فيها التعاقد تبدّلاً غيَّر الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيُّراً كبيراً -بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد- فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذا الحال عند التنازع -وبناء على الطلب- تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزِّع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢- ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر الملحق لأحد المتعاقدين لسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها.

وبناء على ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الآنف الذكر، فإن للقاضي -إذا رُفع الأمر إليه- النظر في الفرق الحاصل في الأسعار بسبب الظرف الطارئ، فيعدّل العقد بما يعيد إليه التوازن ويكفل حفظ مصلحة طرفيه، فيُحمّل الفرق الحاصل في السعر بسبب تغيّر قيمة النقد طرفي العقد معاً، أي يقسمه نصفين فيحمل كل واحد منهما نصف الفرق تحقيقاً للعدل، كما يحق للقاضي أن يمهل الملتزم مدة من الزمن إذا رأى أن الظرف الطارئ مرجو الزوال قريباً، وكذلك للقاضي سلطة فسخ العقد وإلغاء التزامات الطرف المتعهد أو المقاول إذا لم يكن العقد قد بُدئ بتنفيذه، أو كان الذي نُفّذ منه جزءاً يسيراً، كما له سلطة الفسخ الجزئي للعقد فيما لم يتم تنفيذه، ويحكم للملتزم له بتعويض عادل عن فسخ العقد، كما له أن ينقص من التزامات الملتزم تخفيفاً عنه، أو يزيد في حقوق الملتزم له، معتمداً رأي أهل الخبرة الثقات في ذلك[1].

فمما سبق يُستنتج أن للقاضي اتخاذ ما يراه الأنسب من الطرق أو الحلول المتاحة له في تعديل العقود -والتي سبق بيانها[2]- بحسب الظروف والأحوال.

---

(١) ينظر: انخفاض قيمة العملة وأثره على الديون السابقة، الشيخ مصطفى الزرقا: ص٩١٧-٩١٨.

(٢) ينظر: ص ٢٠٥.

* ويُلحظ أن القاضي في هذه المسألة قد يلجأ إلى استخدام ثلاثة حلول من الحلول المتاحة في تعديل العقود، وهي:

١- الحط أو الإنقاص من التزامات أحد طرفي العقد.

٢- توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد.

٣- تعديل مدة العقد من خلال تأجيل تنفيذه إذا رُجي زوال الظرف الطارئ قريباً.

وبهذا الكلام يُختتم الحديث فيما ورد في مسألة: «أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية -بشتى أنواعها- وسلطة القاضي إزاءها» من فتاوى وآراء معاصرة.

ولعل فيما مضى طرحه ما يغني عن مزيد بيان وإيضاح، سوى ما سيدلي به الباحث من وجهة نظر إزاء المسألة بشقيها -الشق المتعلق بالديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، والشق المتعلق بالعقود والالتزامات المالية الآجلة سوى الديون الثابتة في الذمة- وذلك في المسألة الآتية.

۞ **المسألة الثالثة**: رأي الباحث في مسألة: «أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية وسلطة القاضي إزاءها» من خلال تحرير الآراء الواردة فيها وترجيح الأنسب

إن مسألة: «أثر تغير قيمة النقود الورقية برخص أو غلاء في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، ومدى سلطة القاضي في تعديلها» قد كثر الحديث حولها كما سبق، كما تنامى الخلاف فيها بسبب طبيعة النقود الورقية المتداولة في هذا الزمان، إذ لم تكن معروفة من قبل حتى نحظى بحكم جازم فيها، لذا فقد اجتهد فيها ثلة من العلماء والباحثين المختصين في هذا الزمان -كما سبق- وقلّبوا صفحات الإرث الفقهي المتوافر بين أيديهم لتخريج المسألة على آراء فقهاء المذاهب المتقدمين ما أمكن، فكانت نتيجة بحثهم واجتهادهم أن أسقطوا أحكام تغير قيمة النقود الاصطلاحية المعروفة عند فقهاء المذاهب على النقود الورقية المتداولة في هذا الزمان، فنتج عن ذلك عين الاختلاف الذي دار بين الفقهاء المتقدمين في تغير قيمة النقود الاصطلاحية برخص أو غلاء، فمنهم من حكم فيها بوجوب المثل على ما

ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومنهم من حكم فيها بوجوب القيمة على رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله على اختلاف بينهم في الحكم بالقيمة هل هو على الإطلاق في حال تغيّر قيمة النقد، أم ترد عليه بعض القيود كاشتراط أن يكون التغيّر فاحشاً، أو ألا يكون المدين مماطلاً في السداد دون عذر ونحو ذلك؟.

ومن العلماء المعاصرين -كما سبق- من لم يأخذ بأيّ من الرأيين السابقين، وإنما رأى الحكم بتنصيف الفرق الحاصل بتغير القيمة بين الدائن والمدين حتى لا ينفرد أحدهما بالضرر وحده، وذلك ما يشبه مسألة الصلح على الأوسط التي نادى بها الإمام ابن عابدين رحمه الله تعالى في القضية التي تعارف عليها الناس في زمانه.

وبعد عناء وطول نظر في المسألة كونها من المسائل الشائكة التي حار فيها كبار العلماء والأساتذة المتخصصين، فكيف بمن كان تلميذاً في مستهل طريقه نحو التعلّم بالنسبة إليهم؟ ولكن ضرورة البحث أو منهجيته تقتضي بأن يدلي الباحث التلميذ بدلوه في المسألة، وذلك من خلال تحرير آراء العلماء المعاصرين بمناقشتها واعتماد أرجحها أولاً، ومن ثَمَّ طرح الحلول التي قد تناسب المشكلة لتفادي وقوع المتعاقدين في الخلاف فيما مضى بينهم من عقود أو التزامات مالية تأثرت بتغير قيمة النقود، إضافة إلى أخذ الحيطة والحذر بوضع قيود قد تحدّ من أثر المشكلة حال تكرارها في المستقبل.

*** وبناء على ذلك، سيتم تفصيل ما سبق إجماله في فقرتين:**

➢ **الفقرة الأولى**: مناقشة الآراء المعاصرة في مسألة: «أثر تغير قيمة النقود الورقية في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك» واختيار الراجح منها.

➢ **الفقرة الثانية**: الحلول المقترحة لمشكلة تغيّر قيمة النقود الورقية ودور القاضي في ذلك.

*** وفيما يلي تفصيل الفقرتين:**

➢ **الفقرة الأولى**: مناقشة الآراء المعاصرة في المسألة واختيار الراجح منها

١ - مناقشة الرأي القائل بوجوب دفع القيمة:

أبدأ بمناقشة من ذهب إلى وجوب دفع القيمة في أداء ما ترتّب في الذمة من نقد تغيّرت قيمته برخص أو غلاء، وخاصة في حالة الرخص -الحالة الأكثر وقوعاً في الأعم الأغلب- استناداً إلى رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى في وجوب دفع القيمة في حالة تغير قيمة الفلوس برخص أو غلاء، وكذلك من ذهب إلى وجوب دفع القيمة إذا تغيّرت قيمة النقد برخص أو غلاء تغيّراً فاحشاً استناداً إلى مقابل الرأي المشهور في مذهب السادة المالكية، فهذا الرأي الأخير وإن كان -حسب الظاهر- أقرب إلى العدالة، كون من قال به رأوا أن الأوراق النقدية لا قيمة لها في ذاتها وإنما العبرة بقيمتها الاصطلاحية، وبما أن الديون تُقضى على أساس المثل لا القيمة فكأن المثل قد تغيّر عند الرخص والغلاء، لأن المقصود بالمثل في النقود، المثلية في القوة الشرائية يوم الثبوت في الذمة[1].

وكذلك لما في أداء المثل في هذه الحالة من إلحاق الضرر بأحد العاقدين -وهي حالة تغير قيمة النقد بعد ترتّبه في الذمة- وقد نهى عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[2].

وكذلك استناداً إلى القاعدة الفقهية المعروفة: «إذا تعذّر الأَصل يُصار إلى البدل»، فحين تنخفض قيمة النقود فإنه يتعذّر المثل فيُصار إلى ضمان قيمتها؛ لأن المالية لها دور أساسي في المثلية، وفي ذلك يقول الإمام العز بن عبد السلام[3] رحمه الله تعالى: (الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله والمتقوّم بقيمته، فإن تعذر المثل رجع إلى القيمة جبراً للمالية)[4]، ولهم في ذلك حجج أخرى لا يسع المجال لسردها جميعاً.

---

(١) ينظر: الأوراق النقدية، أستاذنا الدكتور أحمد حسن: ص٣٦٦.

(٢) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٣) هو عبد العزيز بن عبد السلام أبي القاسم بن الحسن السلمي، يُلقّب بسلطان العلماء، فقيه شافعي مجتهد، توفي سنة ٦٦٠هـ، من تصانيفه: (قواعد الأحكام في مصالح الأنام)، و(الفتاوى)، وغيرها، ينظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٨/ ٢٠٩، وطبقات الشافعية، ابن قاضي شهبة: ٢/ ١٠٩.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٢/ ١٦٦، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، وينظر: تغيّر القيمة الشرائية للنقود الورقية، زكي زيدان: ص١٥١.

*** ولكن هذا الرأي يمكن مناقشته بإيجاز من جانبين:**

أحدهما: تحرير أصل الرأي الذي استندوا إليه في ذلك، وهو رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله.

والجانب الآخر: النظر إلى الواقع العملي لتطبيق هذا الرأي إذا تمّ اعتماده.

*** وفيما يلي تفصيل القول في الجانبين:**

الجانب الأول: تحرير أصل الرأي الذي استندوا إليه:

ينبغي النظر بتمعّن في رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى والأساس الذي اعتمد عليه في رأيه بوجوب القيمة في الفلوس، فإنه رحمه الله تعالى لم ينظر إلى الفلوس على أنها نقود شرعية أو نقود بالخِلقة كالذهب والفضة، بعكس جمهور الفقهاء الذي نظروا إلى الفلوس على أنها أثمان اصطلاحية مستقلة غير مرتبطة بالدراهم والدنانير ارتباطاً دائماً، فمن اقترض عدداً من الفلوس فإنه يؤدي العدد نفسه دون نظر إلى قيمتها بالنسبة للدراهم، وأما أبو يوسف رحمه الله تعالى فنظر إلى الفلوس على أنها أجزاء اصطلاحية كالفكّة للدرهم، فالمقصود بالاقتراض عنده ليس عدد الفلوس، وإنما المقصود اقتراض أجزاء للدرهم يمثّلها ذلك العدد من الفلوس، فلذلك أوجب ردّ تلك الأجزاء للدرهم في صورة الفلوس، وإن اختلف عددها من العدد المقترض.

فالحاصل أن قول الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى إنما يتأتّى -والله أعلم- في فلوس مرتبطة بثمن آخر ارتباطاً دائماً يجعلها كالأجزاء والفكة لذلك الثمن، أما النقود الورقية اليوم فليست مرتبطة بثمن آخر، ولا معتبرة كالأجزاء والفكة له، وإنما هي أثمان اصطلاحية مستقلة، وبالتالي فإن الوقوف على قيمة الفلوس على رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى يمكن تحقيقاً؛ لأنها مرتبطة بعيار مضبوط من الثمن وهو الدرهم، بخلاف النقود الورقية، فإن الوقوف على قيمتها الحقيقية -حسب الاصطلاح الاقتصادي المعاصر- لا يمكن تحقيقاً، وإنما تكون هذه القيمة على أساس الخرص والمجازفة، فلا يقاس هذا على ذاك[1].

(١) ينظر: تغير قيمة العملة وربطها بقائمة الأسعار، محمد تقي العثماني: ص١٨٦٣-١٨٦٤، من مجلة مجمع الفقه الإسلامي، وموسوعة القضايا المعاصرة، علي السالوس: ص٤٢٠.

وبناء على ذلك فإن تكييف النقود الورقية يختلف عن تكييف الفلوس فلا تأخذ حكمها.

ومن يذهب إلى القول بوجوب القيمة لا ريب أنه يروم سد باب الخلاف بين المتعاقدين بإعادة التوازن إلى قيمة النقد بعد تغيّرها، بيد أن السؤال الذي يرد: هل القول بوجوب القيمة يسدّ باب الخلاف بالفعل، ويقيم التوازن بين مصلحة طرفي العقد؟

الواقع يقول: لا؛ لأن قيمة الأوراق النقدية لا يمكن ضبطها كونها معرضة للتقلّب والتغيّر في أية لحظة، بل في كثير من الأحيان تتغير قيمتها بين عشية وضحاها، ولا يخفى ما في هذا الأمر من الجهالة التي قد تُفضي إلى خلاف أشد مِن سابقه؛ لأن العاقدين لا يملكان المقياس المنضبط الذي يمكن اللجوء إليه عند تغيّر قيمة النقد، ولن يصلا بدقة إلى الالتزام المترتّب على كل واحد منهما تجاه الآخر.

ثم لو افترضنا وجود مقياس منضبط لحساب قيمة النقد المتغير من ذهب أو فضة أو عملة أخرى مستقرة نوعاً ما وتمّ حساب القيمة بناء على ذلك، فما الذي يضمن عدم تغير قيمة ذلك النقد المتغيّر أساساً مرة أخرى في اليوم التالي للحكم بالقيمة؟ وقد تعود إلى النقد قيمته التي كان عليها من قبل، فيقع بذلك ضرر على المدين مقابل الزيادة التي دفعها في حالة رخص النقد، كما يقع ضرر على الدائن مقابل النقصان الذي حلّ بماله في حالة غلاء النقد.

كما لا يخفي ما في القول بوجوب القيمة من وقوع صورة الربا المنهي عنه بنصوص الشرع، وهو وإن وقع بصورته الظاهرية فحسب دون مضمونه الفعلي، إلا أن النفس لا تطمئن إليه من باب الورع والاحتياط في الدين، فكيف بمن يقرض مبلغ عشرة آلاف ليرة ثم يقبضها عشرين ألفاً أو أكثر مثلاً؟!

لا ريب أن ذلك سيُحدث شيئاً في نفس المؤمن المحتاط لأمر دينه، فلن يطمئن إلى تلك الزيادة.

بقي أن أقول أخيراً في هذا الجانب: إن تغيّر قيمة النقد تغيّراً فاحشاً غالباً ما يحصل بسبب بلاء عام أو حرب ضروس تلقي بنتائجها على مجتمع ما، فلا يسلم أحد من تبعات ذلك البلاء أو تلك الحرب، والأمر لا يقتصر فقط على العقود والالتزامات المالية التي تتأثر بتغير قيمة

النقد، وإنما يشمل عموم الناس في أمورهم المعيشية كافة من ارتفاع باهظ في أسعار السلع مع صعوبة الحصول عليها، ونحو ذلك من الخسائر التي تعم بتبعاتها كل أفراد المجتمع، فلا مناص من حصول الضرر على عموم الخلق، وعليهم جميعاً تحمل تلك الحالة والصبر عليها والرضا بنتائجها، حتى يحدث الله تعالى بعد ذلك أمراً، أو اتخاذ حلّ يرضي الطرفين من خلال سلطة القاضي في ذلك، وهو ما سيتم عرضه لاحقاً بإذن الله تعالى في الفقرة الثانية التي تعرض للحلول المقترحة لتفادي هذه المشكلة.

الجانب الثاني: النظر إلى الواقع العملي لتطبيق هذا الرأي -أي القائل بوجوب دفع القيمة-:

سأتخذ من الليرة السورية أنموذجاً للحديث في هذا الجانب، حيث شهدت الليرة السورية تدهوراً شديداً في الآونة الأخيرة بسبب استمرار الأحداث التي تعصف بالبلاد -والتي نسأل الله تعالى زوالها عن قريب بما فيه خير البلاد والعباد- فمن خلال استمرار الأحداث في سوريا يُلحظ أن الليرة قد تقلّبت تقلّباً تدريجياً في قيمتها منذ بداية الأحداث وحتى يومنا هذا، وقد سجلت الليرة قبل الأحداث مستوى جيداً مقابل الدولار الأمريكي، حيث كان الدولار يساوي أقل من خمسين ليرة، ومع مرور سنين الأحداث فيها سجّلت الليرة تراجعاً رهيباً في قيمتها حتى وصل الدولار الواحد إلى أكثر من ٥٠٠ ليرة خلال خمس سنوات، علماً أن الدخل الشهري للفرد السوري لم يرتفع بموازاة الهبوط الرهيب للّيرة، فإذا كان دخل الفرد قد ارتفع بما يعادل الضعف أو الضعفين في مقابل هبوط الليرة، فإن تراجع قيمتها بالمقابل وصل إلى عشرة أضعاف تقريباً وهو ما يشكّل عبئاً ثقيلاً على من ترتّب في ذمته نقد قبل هبوط الليرة إذا ما اعتمدنا القول بوجوب دفع القيمة مقابل الهبوط، ما يعني أن المدين مطالب بسداد عشرة أضعاف مِن النقد الذي ترتّب في ذمته قبل الأحداث في حين أن دخله الشهري- في واقع الأمر- زاد ضعفاً أو ضعفين، وذلك سيوقعه في مشقة وحرج شديدين، فهل يستطيع من ترتب في ذمته مبلغ مائة ألف ليرة سورية قبل الأحداث أن يسدّده بما يعادل مليون ليرة؟!

لاريب أن شرعنا الحنيف لا يطالبه بذلك، إذن فالقول بوجوب دفع القيمة في مثل هذه الحالات أمر صعب الحصول في الواقع العملي للتطبيق، وقد قال رسولنا صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[1].

فتبيّن من ذلك أن هذا الرأي يحتاج إلى إعادة نظر من قبل أصحابه في الوقت الراهن.

ولعل من بين الحلول التي سترد لاحقاً بإذن الله تعالى ما يتلاءم مع هذه المشكلة الجسيمة، وعليه فإن من الصعب القول بجريان سلطة القاضي في تعديل التزامات العقد بالتحوّل نحو دفع قيمة النقد في هذه الحالة للأسباب السابقة.

ويُكتفى بما سبق الإدلاء به في مناقشة هذا الرأي، ولننتقل بعد ذلك إلى مناقشة الرأي التالي.

٢- مناقشة الرأي القائل بتنصيف الفرق بين الدائن والمدين:

وهو رأي الأستاذين الكبيرين الدكتور فتحي الدريني والشيخ مصطفى الزرقا رحمهما الله تعالى.

* أما بالنسبة للدكتور الدريني رحمه الله تعالى: فلم يفصّل رأيه في المسألة واكتفى بقوله: (...أو تعديل قيمة الالتزام التعاقدي في الثمن وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في مسألة الوفاء بالنقود عند تقلّب قيمتها وأسعارها، وهذا ما يسميه ابن عابدين الصلح على الأوسط)[2].

إذن فالدكتور الدريني رحمه الله تعالى رأى القول بتنصيف الفرق الحاصل في قيمة النقد المتغيّر بين طرفي العقد، وهو ما يُعرف في لغة القانون المعاصر «بتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد»، وزعم أن المحقق الحنفي ابن عابدين رحمه الله تعالى قال بذلك في مسألته الشهيرة بالصلح على الأوسط.

---

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٢) النظريات الفقهية، الدريني: ص١٤٩.

ولمناقشة هذا الرأي ينبغي الرجوع إلى ما قاله ابن عابدين رحمه الله تعالى في مسألة الصلح على الأوسط، للتحقّق من مدى صحة تخريج مسألة: «تغيّر قيمة النقود الورقية» في هذا الزمان عليها، ولدى تحرير مسألة الصلح على الأوسط التي نادى بها ابن عابدين رحمه الله تعالى برزت نقطتان أساسيتان ينبغي اعتبارهما لدى تخريج مسألة تغيّر قيمة النقد الورقي عليها للنظر في مدى المواءمة بينهما، **وهما:**

❁ **النقطة الأولى**: نص ابن عابدين رحمه الله تعالى على أن التعاقد إذا كان قد جرى على نوع مخصوص كالريال الإفرنجي ونحوه، تعيّن دفع المسمى دون زيادة أو نقصان، ففي مسألة الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك إذا اتفق الطرفان الدائن والمدين على الوفاء بعملة معينة، فإنه يجب دفع النوع الذي وقع عليه العقد إذا حلّ أجله، قال رحمه الله تعالى: (ثم اعلم أنه تعدّد في زماننا ورود الأمر السلطاني بتغيير سعر بعض من النقود الرائجة بالنقص، واختلف في الإفتاء فيه، والذي استقر عليه الحال الآن دفع النوع الذي وقع عليه العقد لو كان معيناً، كما إذا اشترى سلعة بمائة ريال إفرنجي أو مائة ذهب عتيق)[1]، وتابع قائلاً: (... لا يقال ما ذكرته من أن الأولى الصلح في مثل هذه الحالة مخالف لما قدمته عن حاشية أبي السعود من لزوم ما كان وقت العقد بدون تخيير بالإجماع إذا كانت فضة خالصة أو غالبة؛ لأنا نقول ذاك فيما إذا وقع العقد على نوع مخصوص كالريال مثلاً، وهذا ظاهر كما قدمناه ولا كلام لنا فيه)[2].

فبناء على ما ورد في النقطة الأولى آنفاً، تبيّن عدم صحة تخريج مسألة تغيّر قيمة النقد الورقي على مسألة الصلح على الأوسط التي نادى بها ابن عابدين رحمه الله تعالى؛ لأنه نصّ على أن العقد لو وقع على نوع معين من النقد فإن الإفتاء استقر على لزوم مثله لا غير، وهو ما ينطبق على النقود الورقية في هذا الزمان؛ لأنها حلّت محل النقود الخلقية والاصطلاحية المعينة في

(١) تنبيه الرقود، ابن عابدين: ٢/ ٦٦.

(٢) المرجع السابق نفسه.

التعامل، إذ إن العاقدين لدى إبرام أي عقد بينهما في هذا الزمان فإن مرادهما ينصرف إلى العقد على النقد الرائج في بلدهما عرفاً وإن لم ينصّا على ذلك، ما يعني أن النقود الورقية معينة في العقد فيلزم التقيّد بدفعها عيناً ومثلاً لدى حلول الأجل المتفق عليه بين العاقدين بنص كلام ابن عابدين رحمه الله تعالى، وبذلك تنتفي المواءمة بين المسألتين فلا تأخذان الحكم نفسه.

وللتأكيد على هذا الكلام أعرض فيما يلي للنقطة الثانية من كلام ابن عابدين رحمه الله تعالى لنتبين يقيناً ما عناه رحمه الله تعالى من مسألة الصلح على الأوسط وأنها لا تنطبق على النقود الورقية الرائجة في هذا الزمان.

❁ **النقطة الثانية**: بعد أن بيّن ابن عابدين رحمه الله تعالى استقرار الحال على دفع النوع الذي وقع عليه العقد لو كان معيناً، تكلّم فيما كان متعارفاً بين الناس في زمانه لدى التعاقد من الشراء بالقروش ودفع غيرها بالقيمة، فليس ثمة شيء معين يُلزم بدفعه المشتري سواء غلت النقود الرائجة بالنسبة للقروش أو رخصت، فقال رحمه الله تعالى بعد أن بيّن الحالة الأولى وهي دفع النوع الذي وقع عليه العقد لو كان معيّناً: (...أو دفع أي نوع كان بالقيمة التي كانت وقت العقد إذا لم يعيّن المتبايعان نوعاً، والخيار فيه للدافع كما كان الخيار له وقت العقد، ولكن الأول ظاهر سواء كان بيعاً أو قرضاً بناء على ما قدمناه -أي في مسألة ما إذا عيّن المتعاقدان نوعاً من النقود- وأما الثاني فقد حصل بسببه ضرر ظاهر للبائعين، فإن ما ورد الأمر برخصه متفاوت فبعض الأنواع جعله أرخص من بعض، فيختار المشتري ما هو أكثر رخصاً وأضرّ للبائع فيدفعه له، بل تارة يدفع له ما هو أقل رخصاً على حساب ما هو أكثر رخصاً... (إلى أن قال) وقد كنت تكلمت مع شيخي الذي هو أعلم أهل زمانه وأفقههم وأورعهم فجزم بعدم تخيير المشتري في مثل هذا؛ لما علمت من الضرر وأنه يُفتى بالصلح)[1].

وقال في موضع آخر بعد أن نفى الشبهة عمّا إذا عيّن المتعاقدان نوعاً من النقود بوجوب مثلها: (... وإنما الشبهة فيما تعارفه الناس من الشراء بالقروش ودفع غيرها بالقيمة، فليس هنا شيء معين حتى تلزمه به سواء غلا أو رخص كما قدمناه آنفاً أن القروش في زماننا بيان لمقدار

(١) تنبيه الرقود، ابن عابدين: ٢/ ٦٦.

الثمن لا لبيان نوعه ولا جنسه.... (إلى أن قال): وإنما اخترنا الصلح لتفاوت رخصها وقصد الإضرار كما قلنا، وفي الحديث: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[1] ولو تساوى رخصها لما قلنا إلا بلزوم العيار الذي كان وقت العقد، كأن صار مثلاً ما كان قيمته مائة قرش من الريال يساوي تسعين وكذا سائر الأنواع، أما إذا صار ما كان قيمته مائة من نوع يساوي تسعين، ومن نوع آخر خمسة وتسعين، ومن آخر ثمانية وتسعين فإن ألزمنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بمائة فقد اختصّ الضرر به، وإن ألزمنا المشتري بدفعه بثمانية وتسعين اختصّ الضرر به، فينبغي وقوع الصلح على الأوسط، والله تعالى أعلم)[2].

وبذلك تبيّن أن مسألة الصلح على الأوسط التي نادى بها ابن عابدين رحمه الله تعالى تختص بزمانه بناء على المتعارف عليه بين الناس من التعاقد بالقروش ودفع غيرها بالقيمة، فلا يخفى إذن عدم انطباق تلك الحالة على العرف السائد في الوقت الراهن بالنسبة للنقود الورقية؛ لأنها معينة ومقصودة بذاتها وقت العقد لا بقيمتها، فيجري عليها من الأحكام ما يجري على النقود المعينة وقت العقد والتي نصّ ابن عابدين رحمه الله تعالى على لزوم دفعها بعينها.

وبناء على ما سبق توضيحه بالتفصيل لا يستقيم تخريج مسألة تغير قيمة النقود الورقية برخص أو غلاء على مسألة الصلح على الأوسط التي نادى بها ابن عابدين رحمه الله تعالى؛ لاختلافهما في المناط والله أعلم.

* وأما بالنسبة لرأي الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى وهو تنصيف الفرق الناتج عن تغير قيمة النقد الورقي بين الدائن والمدين، كما سبق بيانه من خلال نقل نص كلامه في ذلك[3]:

فقد استند فيه إلى ما ورد في القانون الوضعي في نظرية الظروف الطارئة من توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد إذا كان الظرف الطارئ من شأنه أن يرهق الملتزم إرهاقاً شديداً

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٢) تنبيه الرقود، ابن عابدين: ٢/ ٦٦-٦٧.

(٣) ينظر: ص ٢٦٣-٢٦٤.

وحصل بصورة مفاجئة فلم يكن قائماً عند التعاقد ولا محتمل الوقوع، فرأى رحمه الله تعالى ضرورة تبني هذا الحل في حالة الهبوط المفاجئ للعملة بقرار حكومي يُتَّخذ سراً ثم يُعلن فجأة ويفاجأ به الناس، أو بحدوث طارئ آخر مفاجئ، وهي الحالة التي تُعرف بمشكلة التضخم، حيث رأى في هذا الحل ترسيخ معاني العدل ورفع الضرر عن المتعاقدين بما لا يتصادم مع مبادئ الشريعة الإسلامية فقال رحمه الله تعالى: (كنت قدّمت في المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة مذكرة دعوت المجمع فيها إلى تبني حل لمشكلة التضخم نظير الحل الذي تفرضه نظرية الظروف الطارئة القانونية؛ لأنه يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي قوامها العدل ...، وكون هذا الحل مستوحى من نظرية قانونية لا يضير؛ إذ ليس كل ما في القانون الوضعي مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية وفقهها، بل إن المتفق فيه مع أحكام الشريعة أكثر كثيراً من المختلف، فما كان من المتفق مع أحكام الشريعة يمكن تبنِّيه وتخريجه تخريجاً جديداً على قواعدها وتفريعه على مبادئها الحكيمة الثابتة بنصوص عامة أو بشواهد فقهية تؤيده وتضيفه إلى فقهنا الجليل الذي نشأ كثير من أحكامه بمثل هذه الطريقة التخريجية لحاجات زمنية دعت فقهاءنا إلى تلبيتها أصبحت من صلب الفقه)[1].

كما رأى رحمه الله تعالى أيضاً أن يكون التغيّر في قيمة النقد تغيراً فاحشاً، وهو ما عبّر عنه أهل القانون بأن يرهق الملتزم إرهاقاً شديداً، وذلك استناداً إلى رأي المالكية في مقابل المشهور في المذهب عندما اشترطوا لوجوب القيمة -في حالة تغيّر النقد- أن يكون التغير فاحشاً، وقد قُدِّر التغير بأن يفقد النقد ثلثي قيمته.

هذا ما ارتآه الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى حلاً مناسباً لمشكلة تغير قيمة النقود الورقية.

* واتباعاً لمنهجية البحث وضرورة إبداء وجهة نظر صاحبه **يرى الباحث** أن هذا الرأي يمكن أن يُناقش بما يلي:

(١) انخفاض قيمة العملة وأثره على الديون السابقة، مصطفى الزرقا: ص ٩١٨.

١- بما تم الرّد به على من ذهب إلى وجوب دفع القيمة فيما سبق من حصول شبهة الربا؛ إذ إن تنصيف الفرق الحاصل بالتغير بين الدائن والمدين لا يخلو من شبهة الربا ولو بصورته الظاهرية، فينبغي سد هذا الباب احتياطاً وورعاً في الدين.

٢- إن الهبوط المفاجئ للعملة الذي يحصل عادة بقرار حكومي يُتَّخذ سراً ثم يُعلن فجأة ويُفاجأ به الناس كما ذكر الشيخ، يُلقي بظلاله على المجتمع برمته ويتجرّع مرارة الخسائر الناجمة عنه جلّ أفراده فلا يتوقف الأمر على مشكلة الديون، فينبغي أن لا يتحمل تبعاته أفراد المجتمع، وإنما المسؤول الأول في ذلك هو من تسبّب في ذلك الهبوط، فالقول بعدم توزيع الخسارة على طرفي العقد في مثل هذه الحالة لا يناقض مبادئ العدالة؛ إذ لا ذنب للأفراد في ذلك حتى تُوزّع الخسائر فيما بينهم، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [سورة الأنعام:١٦٤].

٣- لقد ذكر رحمه الله تعالى من ضمن كلامه في النص السابق: (... إن من أحكام القانون الوضعي ما يتفق مع الشريعة الإسلامية وفقهها، فما كان من المتفق يمكن تبنّيه وتخريجه تخريجاً جديداً على قواعدها وتفريعه على مبادئها الحكيمة الثابتة بنصوص عامة أو بشواهد فقهية تؤيده وتضيفه إلى فقهنا الجليل) **فهذا الكلام يُناقش من وجهين:**

أحدهما: قوله (فما كان من المتفق يمكن تبنيه وتخريجه تخريجاً جديداً) يوحي بأن المشكلة من الأمور المحدثة التي لا قِبل لفقهاء المذاهب بها مما يستدعي البحث عن حل جديد لا يتعارض ونصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة ومبادئها الثابتة، بيد أن الأمر بخلاف ذلك إذ إن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في نظير هذه المشكلة بالنسبة للنقود المتداولة في أزمنتهم على رأيين أساسيين -كما سبق- **أحدهما**: وجوب دفع المثل، **والآخر**: وجوب دفع القيمة، ومنهم من قيَّد وجوب دفع القيمة بحالة التغيّر الفاحش لقيمة النقد.

وبناء على ذلك لا تحتاج المشكلة إلى تخريج أو حل جديد فكما هو معروف في القضايا المستجدة فإن الأولوية تكون بإلحاق القضية أو قياسها بما نص عليه فقهاء المذاهب ما أمكن

كما في مسألتنا هذه، فإن لم يُعثر للفقهاء على نصوص أو إشارات يمكن إلحاق القضية المستجدة بها يتمحّض حينئذ القول بضرورة الاجتهاد في تخريج جديد لها، وهذا لا يرِد في هذه المسألة؛ لأن الفقهاء قد بحثوا نظائرها فتُلحق بها.

إذن فالحكم فيها بحكم جديد يخالف عموم مذاهب الفقهاء.

والوجه الآخر: قوله: (... أو بشواهد فقهية تؤيده وتضيفه إلى فقهنا الجليل) يبدو أنه قصد «بشواهد فقهية تؤيده» في هذه القضية: اشتراط أن يكون التغير الحاصل في قيمة النقد تغيراً فاحشاً استناداً إلى رأي المالكية في مقابل المشهور من المذهب؛ لأنه نصَّ على ذلك.

فيُناقش هذا الكلام بأن الشيخ رحمه الله تعالى لم يأخذ بهذا الشاهد الفقهي بتمامه؛ لأن هذا الشاهد يضم حكماً وشرطاً، فأخذ رحمه الله تعالى بالشرط وهو اشتراط أن يكون التغيّر الحاصل في قيمة النقد تغيّراً فاحشاً، أما الحكم وهو وجوب القيمة فلم يأخذ به، وإنما أخذ برأي القانون وهو تنصيف الفرق بين الطرفين.

وبناء على ذلك لم يُعثر لهذا الرأي على أساس فقهي متين يقوِّيه بالنسبة للديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، كون الآراء الفقهية الواردة فيها واضحة يمكن التخريج عليها دون حاجة إلى رأي جديد.

غير أن هذا الرأي وهو تنصيف الفرق الحاصل بتغير قيمة النقد الورقي بين المتعاقدين له ما يبرّره في جانب آخر من العقود سوى الديون الثابتة في الذمة، وأهمها العقود الآجلة والممتدة التنفيذ بحيث لا تترتب التزاماتها في الذمة دفعة واحدة مثل: عقود التوريد والمقاولة والصيانة ونحوها مما سبق الحديث عنه فيما مضى[1].

فهذه العقود وأمثالها استجدّت مؤخراً ولا رأي لفقهاء المذاهب فيها، فيسوغ تخريجها تخريجاً جديداً على قواعد الشرع كما رأى الشيخ الزرقا رحمه الله تعالى.

وعندئذ لو رأى القاضي أن تنصيف الفرق الناتج عن تغير قيمة العملة بين المتعاقدين هو الحل الأمثل، ساغ له تعديل التزامات العقد بناء على ذلك تحقيقاً للعدالة ودفعاً للضرر.

---

(١) ينظر: ص ٢٦٥ وما بعدها.

كما أن القاضي قد يلجأ في تلك العقود إلى حلول أخرى، نقف عندها قريباً في فقرة الحلول المقترحة بإذن الله تعالى.

وبناء على ما مضى تبيّن أن الحل الذي يقضي بتنصيف الفرق الناتج عن تغير قيمة النقود الورقية برخص أو غلاء بين طرفي العقد في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك ليس له ما يبرّره في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة ولا يستند إلى أيٍّ من الآراء الواردة فيها، فلا يؤخذ به في الديون الثابتة في الذمة، وإنما قد يتم اللجوء إليه في غيرها من العقود والالتزامات المستجدة مؤخراً على النحو الذي سبق بيانه والله تعالى أعلم.

٣- اختيار الرأي القائل بوجوب المثل كَحلٍّ لمشكلة تغير قيمة النقود الورقية برخص أو غلاء:

بعد مناقشة الرأي القائل بوجوب القيمة مطلقاً أو وجوبها في حالة التغيّر الفاحش لقيمة النقد، وكذلك الرأي القائل بتنصيف الفرق الناتج عن تغيّر قيمة النقد بين طرفي العقد، **يترجح لدى الباحث** الرأي القائل بوجوب المثل قدراً إذا ترتّب في الذمة نقد بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك ثم تغيّرت قيمته برخص أو غلاء، استناداً إلى رأي جمهور فقهاء الأمة من السادة الحنفية عدا أبي يوسف رحمه الله تعالى، والمالكية في المشهور، والشافعية، والحنابلة في النقود الاصطلاحية المتداولة في أزمنتهم.

- **وفيما يلي طائفة من الأسباب المرجِّحة لهذا الرأي من وجهة نظر الباحث:**

١- لو لم يكن من سبب لترجيح هذا الرأي سوى أنه يستند إلى رأي السواد الأعظم من فقهاء الأمة لكان كافياً -من وجهة نظر الباحث- حيث إن المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة لا تحيد في أحكامها عن نصوص الشرع وقواعده العامة ومبادئه الراسخة الثابتة، فما كان رأياً مشتركاً بين أغلب فقهائها لا ريب في كونه الرأي الأقرب إلى مراد الشرع.

٢- ما ينتج عن القول بوجوب القيمة من أضرار ومساوئ كاضطراب العقود وعدم الوقوف بدقة على ما يترتب على كل عاقد من التزام تجاه الآخر، إضافة إلى شبهة الوقوع في

مشكلة أعظم من تلك التي حلّت بقيمة النقد، ألا وهي مشكلة الربا التي شدّدت الشريعة الإسلامية في تحريمها والتحذير منها.

فبات القول بوجوب المثل أسلم وأحوط لمن ارتضاه صابراً على بلواه برغم ما حلّ به من ضرر مبتغياً بذلك رضوان الله تعالى.

٣- القول بوجوب المثل أقرب إلى النصوص الصريحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجوب التماثل في الأموال الربوية وهو ما ينطبق على النقود الورقية في هذا الزمان؛ كونها من الأموال التي يجري فيها الربا، وهي وإن لم تكن ذات قيمة في ذاتها كقيمة النقدين الذهب والفضة إلا أنها حلّت محلهما في التعامل، والناس -في هذا الزمان- ينظرون إلى النقود الورقية باعتبار ثمنيتها كما كان الناس -في الماضي- ينظرون إلى الذهب والفضة، فينطبق عليها من الأحكام ما كان ينطبق على النقود في الماضي، ومن ذلك: وجوب التماثل وقت الأداء، والتماثل المقصود بحسب أدلة الشرع هو التماثل في القدر لا التماثل في القيمة.

* ومما ورد في السنة النبوية في ذلك:

١- حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: كنا نُرزق تمر الجمع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الخلط من التمر، فكنا نبيع صاعين بصاع، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «لا صاعين تمراً بصاع، ولا صاعين حنطة بصاع، ولا درهماً بدرهمين»[(١)] والحديث في الصحيحين.

فواضح من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرضَ ولم يأذن بالبيع إلا على أساس التماثل في القدر والكيل دون اعتبار القيمة.

٢- وكذلك جاء في الصحيحين عن أبي سعيد وأبي هريرة[(٢)] رضي الله عنهما: «أن رسول صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال: أكلّ تمر خيبر هكذا؟

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٣٢، كتاب: البيوع، باب: بيع الخلط من التمر، رقم الحديث: (١٩٧٤)، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١٢١٦، كتاب: المساقاة، باب: بيع الطعام مثلاً بمثل، رقم الحديث: (١٥٩٥).

(٢) هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي، أكثر الصحابة رواية للحديث، أسلم سنة ٧ هـ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أكثر من خمسة آلاف حديث، توفي سنة ٥٩هـ، ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة: ٧/ ٤٢٥.

قال: إنا لنأخذ الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاثة، قال: لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً»[1].

وهذه الرواية من أصرح الأدلة على أن التماثل المطلوب في الأموال الربوية هو التماثل في القدر دون التماثل في القيمة؛ لأن الجنيب كان أغلى من الجمع بكثير وأكثر قيمة وأجود نوعاً، ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدر الجودة والرداءة في مبادلة بعضها ببعض وأوجب التماثل في الكيل[2].

٣- وأخرج مسلم وغيره عن عبادة بن الصامت[3] رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[4]، وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر مدّين بمدّين والشعير بالشعير مدّين بمدّين والتمر بالتمر مدّين بمدّين والملح بالملح مدّين بمدّين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى»[5].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٦٧، كتاب: البيوع، باب: إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، رقم الحديث: (٢٠٨٩)، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١٢١٥، كتاب: المساقاة، باب: بيع الطعام مثلاً بمثل، رقم الحديث: (١٥٩٣).

(٢) تغير العملة وربطها بقائمة الأسعار: محمد تقي العثماني: ص١٨٥٥، من مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

(٣) هو عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي، صحابي جليل، شهد بدراً والمشاهد كلها، وهو أول من ولي القضاء بفلسطين، توفي سنة ٣٤هـ، ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر: ٣/ ٦٢٤، وأسد الغابة، ابن الأثير: ٣/ ١٥٨.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه: ٣/ ١٢١١، كتاب: المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم الحديث: (١٥٨٧).

(٥) سنن أبي داود: ٣/ ٢٤٨، كتاب: البيوع، باب: في الصرف، رقم الحديث: (٣٣٤٩).

فهذه الأحاديث وغيرها ناطقة بأن التماثل المعتبر في الشريعة إنما هو التماثل في القدر ولا عبرة بالتفاوت في القيمة ما دامت الأموال ربوية، وهذا في المبايعة نقداً، فكيف بالقروض التي يجري فيها أصل الربا، والتي يُحترز فيها عن كل زيادة وشبهتها[1].

إذن فالنقود الورقية -في هذا الزمان- هي نوع من الأثمان فينبغي أن يسري عليها ما كان يسري على الأثمان في الماضي من وجوب التماثل عند مبادلتها ببعض دون التفات إلى قيمتها.

وبذلك يتضح أن أحكام الفقه الإسلامي دقيقة ومنضبطة خصوصاً في جانب المعاملات والعقود المالية التي يبرمها الناس في كل يوم، ولولا الانضباط في الأحكام لتحكّمت الأهواء واضطربت المصالح والحقوق، وهذا ما ينطبق على الحكم بالمثل في حالة تغير قيمة النقود؛ إذ هو حكم منضبط واضح منذ لحظة إبرام العقد وحتى حلول موعد الوفاء بالتزاماته، أما ما قد يعتري تلك الفترة التي تفصل بين إبرام العقد وموعد الوفاء بالتزاماته من ظروف كتغير قيمة النقد، فإنه أمر وارد ولا يغيب عن حسبان كل متعاقد ما قد يمرّ به النقد من أحوال تجعله دائراً بين الهبوط والارتفاع في القيمة، فينبغي بناء على ذلك أن تُطرح مسألة القيمة جانباً وأن يتمحّض الحكم بالمثل حلًّا في الموضوع، فهو الحل الأكثر انضباطاً وثباتاً.

أما مشكلة الهبوط الشديد لقيمة النقود وما قد يخلِّفه من ضرر جسيم على أحد المتعاقدين، فثمة من الحلول ما قد يساهم في تفاديها -ولو بشكل جزئي- وهو ما سأعرض له في الفقرة القادمة بإذن الله تعالى.

هذا ما ترجّح لدى الباحث في هذه المسألة، والله تعالى أعلم.

➢ **الفقرة الثانية:** الحلول المقترحة لمشكلة تغير قيمة النقود الورقية ودور القاضي في ذلك

بعد أن تم عرض الآراء الواردة في أثر تغير قيمة النقود الورقية برخص أو غلاء في العقود والالتزامات المالية ومدى سلطة القاضي في تعديلها، وترجيح الرأي القائل بلزوم المثل في

(١) ينظر: تغير قيمة العملة وربطها بقائمة الأسعار، محمد تقي العثماني: ص١٨٥٦.

الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، أتوقف فيما يلي عند طائفة من الحلول الممكنة لمشكلة تغير قيمة النقد وأثره في العقود والالتزامات المالية، **وسأعرض لهذه الحلول من جانبين:**

- **أحدهما:** الحلول الممكنة فيما تمَّ إبرامه من العقود قبل تغيّر قيمة النقد.
- **والآخر:** الحلول المتّخذة كإجراء وقائي بالنسبة للعقود والالتزامات التي لم تبرم بعد أي المستقبلية، **وفيما يلي أعرض لهذين الجانبين بالتفصيل:**

- **الجانب الأول:** الحلول الممكنة فيما تمّ إبرامه من العقود قبل تغيّر قيمة النقد:

لقد سبق القول بأن الحكم الراجح -في نظر الباحث- فيما إذا ترتب في الذمة نقد بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك هو وجوب أداء مثل النقد المترتب في الذمة عدداً ولو تغيرت قيمته برخص أو غلاء؛ استناداً إلى رأي جمهور الفقهاء القائلين بوجوب المثل في حال تغير قيمة النقود الاصطلاحية -أو ما تعرف بالفلوس- برخص أو غلاء، إذ إن النقود الورقية باتت الوسيط الأساسي للتعامل في هذا الزمان، وحلَّت محل الذهب والفضة، فلا تختلف ثمنيتها في عرف الناس في الوقت الحاضر عن ثمنية الذهب والفضة في عرف الناس في الماضي، فعُدَّت بذلك من ذوات الأمثال التي يجب مثلها إذا ترتّبت في الذمة، دفعاً لشبهة الربا.

ونظراً لما قد يلحق أحد العاقدين من ضرر جراء تغير قيمة النقد -وهذا أمر وارد وطبيعي في ظل التقلبات المستمرة لأسعار العملات لأسباب عديدة لا يسع المجال لعرضها- نظراً لذلك فإن ثمة حلولاً ممكنة قد تُخفّف من وطأة الضرر المحتمل وقوعه على أحد المتعاقدين، ومن تلك الحلول:

١- قد يتفق المتعاقدان ويتراضيان بالمعروف -دون خصومة أو خلاف- على حل يطمئن إليه كلاهما لدى سداد النقد المترتب في الذمة، ففي حالة غلاء النقد قد يحط الدائن جزءاً من دينه عن المدين مقابل ذلك الغلاء في قيمة النقد.

وفي حالة الرخص قد يلجأ المدين إلى تعويض الدائن بشيء آخر سوى النقود زيادة على النقد الذي استدانه جبراً لخاطره، فهذا جائز شرعاً؛ لما فيه من الإحسان في الوفاء والتجمّل في القضاء، فعن أبي هريرة رضي الله عنه: «أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم يتقاضاه بعيراً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أعطوه، فقالوا: ما نجد إلا سناً أفضل من سنّه، فقال الرجل: أوفيتني أوفاك الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أعطوه، فإن من خيار الناس أحسنهم قضاء»[1].

ففي هذه الحالة لا يتدخل القاضي في العقد بتعديل أو غيره.

٢- في حالة الخلاف والخصومة وعدم الاتفاق على حلّ يرضي الطرفين، يأتي دور القاضي لمحاولة رفع الخلاف بالتراضي بينهما، **وذلك في حالتين كالآتي:**

۞ **الحالة الأولى**: إذا رأى القاضي أن الظروف المحيطة بالمجتمع والتي تسبّبت في تغير قيمة النقد برخص أو غلاء مما يرجى زوالها قريباً، فإنه يلجأ إلى تعديل الأجل المتفق عليه كموعد لسداد ما ترتب في الذمة من نقد بتأجيله، بمعنى أنه يطلب من العاقدين تأجيل موعد الوفاء بالتزامات العقد لعل الظروف تزول قريباً، فترجع للنقد قيمته التي كان عليها وقت إبرام العقد أو الالتزام المالي.

و أصل التأجيل وارد في كتاب الله تعالى في حالة إعسار المدين، قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة:٢٨٠] مما يؤكد على أن تدخل القاضي في العقود من خلال تعديل الأجل المحدد للوفاء بالتزاماته من الحلول التي وضعتها الشريعة الإسلامية بنصوص قطعية ثابتة.

۞ **الحالة الثانية**: إذا كانت الظروف المحيطة بالمجتمع غير مرجوّ زوالها قريباً، فإن أمام العاقدين حلاً يحسن بهما اللجوء إليه تطييباً للقلوب وجبراً للخواطر، وهو الصلح المقرر شرعاً.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٨٤٣، كتاب: الاستقراض وأداء الديون...، باب: هل يُعطى أكبر من سنه، رقم الحديث: (٢٢٦٢).

فالصلح في اصطلاح الفقهاء عُرّف بعده تعريفات منها:

- (هو عقد وُضع لرفع المنازعة بالتراضي)[1].

- ومنها: (هو معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين، أي: متخاصمين)[2].

والصلح مشروع بنص كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا﴾ [سورة الحجرات: ٩] وقال تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [سورة النساء: ١٢٨].

وجاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً»[3].

فالصلح إذن -كما يظهر من تعريفه- هو عقد رضائي وليس عقداً لازماً، وقد ندب الشرع إليه في مثل هذه الحالة التي معنا، وغيرها من الحالات كحلٍّ تطمئن إليه النفوس وتُرفع به النزاعات.

• وقد ذكر الفقهاء للصلح عن الدين أحكاماً أعرض لطرف منها فيما يلي لإسقاطها على مسألة تغير قيمة النقد برخص أو غلاء:

* الصلح عن الدَّين ينقسم إلى: معاوضة وحطيطة، فيصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما كالوضع والإسقاط، لما في الصحيحين:

---

(١) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٤/ ٢٢٨.

(٢) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٣٩٠.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه: ٣/ ٣٠٤، كتاب: الأقضية، باب: في الصلح، رقم الحديث: (٣٥٩٤)، وأحمد في مسنده: ٢/ ٣٦٦، مسند أبي هريرة، رقم الحديث: (٨٧٧٠)، والحاكم في المستدرك: ٢/ ٥٨، كتاب البيوع، رقم الحديث: (٢٣١٣)، وقال فيه: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، وجاء في تلخيص الحبير: ووقْف هذا الحديث على عمر أشْهَر. (تلخيص الحبير، ابن حجر: ٣/ ٤٤).

(عن كعب بن مالك[1] أنه طلب من عبد الله بن أبي حدرد[2] ديناً له عليه، فارتفعت أصواتهما في المجلس، حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم، فخرج إليهما ونادى: يا كعب، فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر، فقال: قد فعلت، فقال صلى الله عليه وسلم: قم فاقضه)[3].

* والصلح عن الدَّين قد يكون على جنس الحق المقر به، وقد يكون على خلاف جنسه، فإن كان الصلح على جنس الحق المقر به جاز الأداء بالمثل وبما دون المثل، فإن كان الأداء بالمثل فهو قبض واستيفاء، وإن كان بما دون المثل فهو حط وإبراء على نحو ما مضى في الحديث النبوي السابق.

وأما إن كان الصلح على جنس الحق المقر به بأكثر منه لم يصح الصلح؛ لأن الزائد لا مقابل له فيكون من الربا المحرم.

• **وفيما يلي توضيح لحالات الصلح الجائز والمحرم بإيجاز:**

❁ **أولاً: حالات الصلح الجائز:**

أ) الصلح عن الدَّين يصح بغير جنسه بأكثر من الدّين أو أقل منه؛ لأنه في معنى البيع، بشرط القبض قبل التفرق درءاً لشبهة الربا.

---

(١) هو كعب بن مالك بن أبي كعب الأنصاري الخزرجي، بايع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة العقبة، غزا الغزوات كلها عدا غزوة تبوك لشدة الحرّ، فهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم، ونزل فيهم القرآن، توفي بالشام في خلافة معاوية، وقيل: أيام قتل علي بن أبي طالب، ينظر: الإصابة، ابن حجر: ٥/ ٦١٠، وأسد الغابة، ابن الأثير: ٤/ ٥١٤.

(٢) هو عبدالله بن أبي حدرد الأسلمي، واسم أبي حدرد سلامة بن عمير بن أبي سلامة، أول مشاهده الحديبية وخيبر وما بعدهما، وبعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم عيناً إلى مالك بن عوف النصري، توفي سنة ٧١هـ، ينظر: الإصابة، ابن حجر: ٤/ ٥٤، وأسد الغابة، ابن الأثير: ٣/ ٢١١.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٩٦٥، كتاب: الصلح، باب: الصلح بالدَّين والعين، رقم الحديث: (٢٥٦٣)، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١١٩٢، كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين، رقم الحديث: (١٥٥٨).

ب) الصلح عن الدَّين بجنسه إذا كان من المثليات بأقل من الدين على سبيل الإبراء أو الحطيطة بأن يترك الدائن بعض دينه إبراءً للمدين يصح؛ لما سبق من حديث كعب بن مالك.

ج) الصلح عن الدَّين بجنسه في غير المثليات يصح بأكثر من الدَّين أو أقل منه؛ لأن الواجب في غير المثلي قيمته.

❁ ثانياً: الصلح الممنوع أو المحرم:

يحرم الصلح عن الدَّين بجنسه إذا كان من المثليات بأكثر من الدَّين أو أقل منه على سبيل المعاوضة؛ لأنه ربا[1].

فالنقود الورقية كونها حلَّت محل النقدين الذهب والفضة فهي من المثليات، فإذا وقع الصلح عنها بعد تغير قيمتها، فإنها تأخذ أحكام المثليات في الصلح على ما نص عليه الفقهاء كما سبق.

وبإسقاط ما سبق بيانه من كلام الفقهاء على مسألة تغير قيمة النقد برخص أو غلاء، يتضح أن للقاضي سلطة تعديل الالتزامات المالية الناشئة عن الديون المترتبة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك، إذا رفع العاقدان الأمر إليه ورضيا بالصلح، **وذلك بما يلي:**

١- تعديل الالتزام المالي بحطّ جزء من النقد المترتب في ذمة المدين -في حالة غلاء النقد- بناء على طلب الدائن ورضاه بإبراء المدين من جزء من دينه، أي على سبيل الإبراء لا المعاوضة.

٢- تعديل الالتزام المالي المترتب في ذمة المدين -في حالة رخص النقد- من خلال تبديله بغير جنسه، سواء أكان التبديل بنقد آخر من غير جنسه أم بعين أم بعقار ونحو ذلك، بناء على ما تصالح عليه الطرفان برضاهما، بشرط التقابض في المجلس إذا كان التبديل بنقد آخر من غير جنسه.

---

(١) للاطلاع على مسائل الصلح السابقة في المتن ينظر: (تبيين الحقائق، الزيلعي: ٥/ ٣١- ٥/ ٤٢، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٢٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ١٧٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٣٩١-٣٩٤، وينظر كذلك: نظرية العقد، لأستاذنا الدكتور صالح العلي والدكتور باسل الحافي: ص١٢٠-١٢١).

وبذلك يمكن للطرف المتضرر تعويض الفرق الناشئ عن تغير قيمة النقد بالتراضي مع الطرف الآخر، من خلال اتخاذ بديل عن النقد المتغير قيمته من غير جنسه؛ لأن الأداء إن كان بالنقد المتغير نفسه فلا يجوز فيه إلا المثل كما سبق.

تلك هي أبرز الحلول التي من الممكن أن تُخفّف من وطأة الضرر المحتمل وقوعه جراء تغيّر قيمة النقود برخص أو غلاء، إذا ما أراد العاقدان الوصول إلى حلٍ مُرضٍ لكليهما دون خلاف، كما يجدر التنبيه إلى أن كل ما سبق طرحه من الحلول فإنما يتمّ بالتراضي لا على سبيل الإلزام؛ إذ الأصل -كما سبق- هو دفع المثل ولو تغيرت قيمة النقد.

الجانب الثاني: الحلول المتّخذة كإجراء وقائي بالنسبة للعقود والالتزامات المستقبلية:

بقي أن أشير في ختام الحديث عن الحلول المقترحة لمشكلة تغير قيمة النقود الورقية إلى ما يمكن اتخاذه كإجراء وقائي لتفادي وقوع الضرر ما أمكن بالنسبة للعقود والالتزامات المالية التي لم تُبرم بعد أي المستقبلية، ولا أزيد في ذلك عما اقترحه أستاذنا الدكتور أحمد حسن حفظه الله تعالى في هذا الصدد، فقد قال ما نصه: (... الثاني: حلٌّ يمكن للأفراد استخدامه في حال عدم تدخل السلطات النقدية في إيجاد حلّ، إذ يمكنهم عند إنشاء العقود ربط الديون على أساس سعر الأوراق النقدية بالنسبة للذهب، فمثلاً من أقرض آخر مبلغ مائة ألف ليرة لمدة سنتين، ينظر إلى كمية الذهب التي يمكن شراؤها بهذا المبلغ يوم العقد، فيتم الإقراض على أساس ذلك، ويُفضّل أن يشتري الدائن يوم العقد كمية الذهب المطلوبة ثم يسلمها للمدين، وكذلك يفعل المدين يوم الوفاء فيشتري كمية الذهب ويسلمها للدائن... والسبب في ربط الديون بالذهب هو الثبات النسبي في قيمته)[1].

بيد أن الباحث يرى أن يتم شراء كمية الذهب المطلوبة وقتي الإقراض والوفاء بالفعل على سبيل الوجوب، لا على سبيل الاختيار أو الاعتماد على مجرد ربط الدين على أساس سعر النقد بالنسبة للذهب فحسب.

(١) الأوراق النقدية، أستاذنا الدكتور أحمد حسن: ص٣٦٨.

وهذا ما قرّره مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض عام ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، وجاء في قراره: (...ثانياً: يمكن في حالة توقع التضخم التّحوط عند التعاقد بإجراء الدين بغير العملة المتوقع هبوطها، **وذلك بأن يعقد الدين بما يلي:**

أ- الذهب أو الفضة.

ب- سلعة مثلية.

ج- سلة من السلع المثلية.

د- عملة أخرى أكثر ثباتاً.

هـ- سلة عملات.

ويجب أن يكون بدل الدَّين في الصور السابقة بمثل ما قع به الدَّين؛ لأنه لا يثبت في ذمة المقترض إلا ما قبضه فعلاً، وتختلف هذه الحالات عن الحالة الممنوعة التي يحدد فيها العاقدان الدَّين الآجل بعملة ما مع اشتراط الوفاء بعملة أخرى (الربط بتلك العملة) أو بسلّة عملات، وقد صدر في منع هذه الصورة قرار المجمع رقم: ٧٥ (٦/ ٨ رابعاً)[١].

فمن الأفضل للعاقدين إذن اتخاذ الإجراء السابق وخاصة في الوقت الراهن؛ لما يمرّ به كثير من البلاد من اضطرابات وعدم استقرار مما يؤثر في قيمة النقد فيها، وبذلك تخفّ وطأة الضرر إن حدث تغير في قيمة النقد، لأن العقد لم يبرم على أساسه وإنما تمَّ ببدائل أخرى أكثر ثباتاً من ذلك النقد والله تعالى أعلم.

وأما بالنسبة للحلول المقترحة في بقية العقود والالتزامات المالية سوى الديون الثابتة في الذمة وهي العقود الآجلة ذات التنفيذ المتراخي، فقد تقدّم بيانها بشكل وافٍ ومفصل بناء على ما صدر فيها من قرار في مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة سنة ١٤٠٢هـ، وتمّ الاطلاع على الحلول المتاحة فيها وسلطة القاضي في تعديلها، وفي ذلك ما يغني عن مزيد بيان[٢] والله تعالى أعلم.

---

(١) ينظر: نص قرار المجمع في موسوعة القضايا المعاصرة، علي السالوس: ص٥٣٤-٥٣٥.

(٢) ينظر: ص ٢٦٥ وما بعدها.

وبهذا الكلام يُختتم الحديث عمّا ورد في فقهنا الإسلامي الأصيل حول الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تعديل العقود بسببها، وخلاصة ما تمّ الإفصاح عنه في هذا الجانب أن الفقه الإسلامي الشامل والصالح للتطبيق في كل زمان ومكان على الرغم من كونه لم يعرف الظروف الطارئة كنظرية مستقلة بأحكامها وشروطها وحالاتها، إلا أنه اشتمل على تطبيقات تفصيلية واضحة تصلح لبناء نظرية متكاملة بالاستناد إليها، وتجلى ذلك في ثلاثة تطبيقات أساسية هي: الأعذار في عقد الإجارة، والجوائح في بيع الثمار على الأشجار، وتغيّر قيمة النقود، وقد تم الكلام فيها بالتفصيل، ولا سيما في مسألتي الجوائح وتغيّر قيمة النقود؛ كونهما تمثّلان المجال الأرحب لسلطة القاضي في التعديل -موضوع هذه الرسالة- ولننتقل بعد ذلك إلى رأي القانون الوضعي في هذا الشأن ممثّلاً في القانونين المصري والسوري، بناء على المنهج المتّبع في هذه الرسالة.



المبحث الرابع:

أحكام سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل تحقّق الظروف الطارئة في القانون الوضعي ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي

سأعرض في هذا المبحث لأبرز الجوانب المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري -محل المقارنة في هذه الرسالة- وذلك بشكل تدريجي ببيان مفهوم النظرية وتاريخها وشروط تطبيقها، حتى الوصول إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببها، ثم مقارنة تلك الأحكام بما سبق بيانه في الفقه الإسلامي، **وذلك من خلال المطالب الآتية:**

- المطلب الأول: تعريف عام بنظرية الظروف الطارئة قانوناً والعقود التي تنطبق عليها.
- المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري.
- المطلب الثالث: مظاهر وضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري.
- المطلب الرابع: مقارنة ما ورد في القانونين المصري والسوري بما ورد في الفقه الإسلامي.



المطلب الأول:

تعريف عام بنظرية الظروف الطارئة قانوناً والعقود التي تنطبق عليها

* **تمّ توزيع هذا المطلب على فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول:** مفهوم النظرية.
- **الفرع الثاني:** العقود التي تنطبق عليها النظرية.

▪ الفرع الأول: مفهوم النظرية

يتلخص مفهوم نظرية الظروف الطارئة فيما إذا طرأت بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث أو ظروف لم يكن بالإمكان توقعها عند إبرام العقد، وترتّب عليها اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً فادحاً، بحيث أصبح التزام أحدهما مرهقاً يهدّده بخسارة فادحة إذا استمر في تنفيذ العقد، فعندئذ يجوز للقاضي التدخل في العقد لإعادة التوازن بين التزامات الطرفين على النحو الذي يردّ به الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1].

وهذا ما ورد في المادتين (١٤٧/ ٢) من القانون المدني المصري و(١٤٨/ ٢) من القانون المدني السوري، ما نصّهُ: (ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي -وإن لم يصبح مستحيلاً- صار مرهقاً للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك)[2].

---

(١) النظرية العامة للالتزام: ص١٥٣، محمد عبد الله الدليمي، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، د.ط، ١٩٩٨م.

(٢) ينظر: الوسيط في القانون المدني، أنور طلبة: ص٤١٦، والنظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار: ص٣٣٤.

وبذلك يتضح مفهوم النظرية في القانونين المصري والسوري.



- **الفرع الثاني**: العقود التي تنطبق عليها النظرية

* ذهبت الآراء القانونية في هذا الصدد إلى مذهبين:

- **أحدهما**: يُضيّق في مدى تطبيق هذه النظرية.

- **والآخر**: يوسّع في مدى تطبيقها.

* وفيما يلي أعرض لهذين المذهبين بشيء من التفصيل:

○ **أولاً**: المذهب المضيق:

يشترط أنصار هذا المذهب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون العقد المراد تطبيقها عليه عقد مدّة؛ لأن هذا الأخير ينطوي -حسب رأيهم- على خصيصتين:

الأولى: خصيصة التعاقب، ومقتضاها أن عقد المدّة يتضمن جملة أداءات يعقب بعضها بعضاً، ويعدّ كل منهما عمل لعقد قائم بذاته، وبذلك يكون ثمة عقود متعاقبة بقدر الأداءات المتعاقبة.

أما **الثانية**: فهي خصيصة التقابل، ومعناها أن ثمة توازناً يقع بين الأداءات المتقابلة، وعلى هذا الطريق ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن كل عقد مدّة إنما ينطوي على شرط ضمني مؤداه أن لا تتغير طوال مدة العقد الظروف التي كانت موجودة وقت البدء في انعقاده، أي أن يظل التقابل الذي كان قائماً وقت انعقاد العقد موجوداً في كل فترات هذا العقد، فإذا طرأت ظروف من شأنها إزالة هذا التوازن وجب أن يزول العقد.

أما العقد الفوري، فيرى أنصار هذا الرأي أنه لا يصح أن تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان تنفيذه مؤجلاً إلى المستقبل أو كان تنفيذه مجزءاً على عدة سنوات، وذلك لأن تنفيذ هذا العقد في كلتا الحالتين يعد كلًّا لا يتجزأ.

○ **ثانياً**: المذهب الموسع: لا يقتصر أنصار هذا المذهب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الزمنية، بل يبسطون تطبيقها على العقود الفورية أيضاً إذا ما أُرجئ تنفيذها إلى المستقبل؛ والسبب في رأيهم هذا يعود إلى أنهم لا يشترطون لتطبيق هذه النظرية سوى شرط واحد، وهو ألا يتّحد وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذه، وظاهر أن هذا الشرط الأخير لا يتوافر فقط في عقود المدّة حيث لا يمكن أن يتعاصر فيها وقت التنفيذ ووقت الانعقاد، وإنما يتوافر أيضاً في العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل.

وبالنسبة للقانونين المصري والسوري فلم يشترطا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة نوعاً معيناً من العقود، فلا محل عندئذ للتخصيص من غير مخصص، وعلى ذلك فهي تنطبق في القانونين على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، وعلى عقود المدّة على حد سواء[1].

وعلى هذا جرت محكمة النقض السورية، حيث قالت: (مع أن الأصل في هذه النظرية أنها تنطبق في العقود المتراخية غير الفورية، فإنها تنطبق في العقود الفورية كذلك إذا كان تنفيذها في المستقبل ولا يتعاصر مع تاريخ الانعقاد)[2].

وبذلك يتضح أن المجال الأخصب لإعمال هذه النظرية هو العقود ذات الأمد الطويل التي يستمر تنفيذها مدة طويلة تستغرق شهوراً أو سنوات عدة.

ومثال ذلك: عقود الإنشاءات الكبرى أو عقود التوريد ذات الحجم الكبير كتوريد السيارات بكميات لا يتسنى تسليمها إلا على مراحل، أو عقود بيع السفن التي تستمر لسنوات في بناء السفينة وتجهيزها ثم تسليمها، وبالتالي فإن تطبيق النظرية في العقود الفورية نادر؛ لأن الظروف الاستثنائية تطرأ أثناء فترة زمنية طويلة يستغرقها تنفيذ الالتزام[3].

---

(١) ينظر: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، حمدي سلطح: ص٢٣٣ وما بعدها، والنظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار: ص٣٣٨-٣٣٩.

(٢) النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار: ص٣٣٩.

(٣) ينظر: القواعد القانونية العربية والدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود التجارية: ص٩٨، أحمد منير فهمي، مجلس الغرف التجارية الصناعية، المملكة العربية السعودية، د.ط، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

المطلب الثاني:

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري

لقد ذكر أهل القانون عدداً من الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود والالتزامات المالية، **وتفصيلها كالآتي:**

❖ **الشرط الأول:** أن يكون العقد من العقود المتراخية التنفيذ:

إن عقود المدّة هي المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهي تشمل العقود ذات التنفيذ المستمر كالإجارة، والعقود ذات التنفيذ الدوري كعقد التوريد، وفيما عدا ذلك فإن النظرية تشمل العقود الفورية كالبيع إذا أُجِّل تنفيذها باتفاق المتعاقدين، كالبيع بثمن مؤجل أو مقسّط، أو تأخّر تنفيذها لعذر قاهر لا يد للمدين فيه؛ لأن التراخي إذا كان بسبب يعود إلى خطأ المدين فلا يجوز تطبيق النظرية لئلا يستفيد أحد من تقصيره أو إهماله.

إذن فشرط تطبيق النظرية على أيّ عقد من العقود هو أن يكون العقد متراخي التنفيذ وذلك بأن يكون وقت انعقاد العقد مختلفاً عن وقت تنفيذه، بحيث يمكن أن يقع الحادث الطارئ بين الوقتين.

❖ **الشرط الثاني:** أن لا يكون العقد من زمرة العقود الاحتمالية كعقد التأمين؛ لأن الشأن في العقد الاحتمالي تعرّض المتعاقد للخسارة الفادحة أو الربح الفاحش، وهو نتيجة لكون العقد احتمالياً فلا يُعد ذلك غير متوقّع فيه.

❖ **الشرط الثالث:** أن يطرأ حادث استثنائي، عام، لم يكن في الوسع توقّعه:

فهذه ثلاثة قيود، تفصيلها كالآتي:

أ) يشترط أن يكون الحادث الطارئ استثنائياً، ويمكن أن يعرَّف الحادث الاستثنائي بأنه: الأمر الذي يندر حدوثه، فهو أمر غير متوقّع بحسب المألوف في الحياة، كحدوث زلزال أو فيضان أو إعصار أو حرب أو إضراب مفاجئ، أو صدور قانون بفرض تسعيرة معينة أو يلغي تسعيرة قائمة، أو ارتفاع فاحش في الأسعار بسبب ظروف اقتصادية معينة، أو زحف جراد ونحو ذلك.

ومن ثمَّ يتعين استبعاد الحادث المألوف العادي، فهذا لا تأثير له، ويُراعى المكان والزمان، فما يكون استثنائياً في بلد قد يكون عادياً في بلد آخر، وما يكون استثنائياً في زمن قد يغدو مألوفاً في زمن آخر.

ويلاحظ أن بعض الحوادث هي استثنائية بطبيعتها كالحرب والزلزال والأوبئة وفرض التسعير، وأن بعضها لا يكون استثنائياً إلا إذا جاوز الحد المألوف كارتفاع الأسعار أو هبوطها أو الفيضان أو غارة الجراد.

ب) ويشترط أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً:

والمراد بوصف العمومية هنا أن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصاً بالمدين، بل يجب أن يشمل طائفة من الناس كما هو واضح من خلال الأمثلة التي سبقت، فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين كإفلاسه أو مرضه أو احتراق محصوله أو بضاعته لا تكفي لتطبيق النظرية.

إذن فلا يشترط في العمومية أن يكون الحادث شاملاً لكل أجزاء البلاد، وإنما يُعدّ الحادث عاماً بمجرد وقوعه على طائفة معينة من الأشخاص، أو كان بالنسبة إلى مكان معين، فكل ما في الأمر أن لا يكون الحادث خاصاً بالمدين، ومن ذلك مثلاً حدوث حريق في قرية، أو حدوث ظرف طارئ لطائفة معينة من التجار المستوردين لسلعة معينة وهكذا.

ج) ويشترط في الحادث علاوة على كونه استثنائياً وعاماً أن لا يكون في الوسع توقّعه، ومعيار التوقّع في القانون معيار موضوعي، بمعنى أن المدين إذا كان قد توقّع الحادث أو لم يتوقعه ولكن كان في استطاعة الشخص المعتاد في مثل ظروف المدين أن يتوقّعه، فإن النظرية لا تُطبّق، فعلى ذلك لا يُعدّ من الحوادث الطارئة نشوب الحرب في ظروف دولية تُنذر بتوقع الحرب، بحيث يمكن للشخص العادي أن يتوقع قيامها، وكذلك لا يُعدّ انتشار دودة القطن حادثاً بالمعنى المقصود في هذه النظرية؛ لأنه متوقع الحصول.

كما يرد على الحادث الطارئ -علاوة على القيود السابقة- قيد منطقي لم يصرح به القانون، وهو أن لا يكون في وسع المدين دفع تأثيره عن نفسه، فإن توانى المدين عن بذل الجهد اللازم لدفع تأثير الحادث الطارئ العام عن نفسه عندما يكون ذلك ممكناً، لا يحق له التمسك بنظرية

الظروف الطارئة، كما لو أن فيضاناً عالياً بدرجة غير عادية كان في وسع المدين أن يتوقّاه ببذل جهد معقول ولكنه لم يفعل، فلا يحق له أن يستفيد من حكم النظرية.

❖ **الشرط الرابع**: أن يصبح تنفيذ الالتزام بسبب الحادث الطارئ مرهقاً بحيث يهدّده بخسارة فادحة، ولمعرفة ما إذا كان تنفيذ الالتزام مرهقاً أم لا يجب الأخذ بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي شخصي، فيُنظر إلى الأداء في ذاته بغض النظر عن الظروف الاقتصادية الخاصة بالمدين من حيث غناه أو فقره، أي يُعتد بظروف المدين العادي أو المتوسط، ويختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة في هذا الصدد؛ لأنه وإن كان الجامع بينهما هو صفة المفاجأة والحتم، إلا أنهما يفترقان في أن الظرف الطارئ لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، بل يؤدي إلى جعله مرهقاً للمدين، ولذا يكون الجزاء فيه هو ردّ الالتزام إلى الحد المعقول، أما القوة القاهرة فمن أثرها استحالة تنفيذ الالتزام وانقضائه.

وجدير بالبيان أنه ليس كل إرهاق ينشأ بسبب تغيّر الظروف يجيز للمدين التمسك بتطبيق المادة المقررة لنظرية الظروف الطارئة، وإنما يتعيّن في الإرهاق أن يكون مهدّداً بخسارة فادحة، ولا يُقصد بالخسارة الفادحة في هذا الصدد تلك التي تؤدي إلى خراب المدين، فلا نص القانون ولا روحه يستلزمان هذا التّشدد، فالقانون ينص على (الخسارة الفادحة) ولم ينص على (خراب المدين)، ثم إن أساس هذه النظرية يتمثل في العدالة، وليس من العدالة في شيء التشدد في الاشتراط بما يؤدي إلى خراب المدين[1].

تلك هي أبرز الشروط التي وضعها أهل القانون لتطبيق نظرية الظروف الطارئة كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد.



(١) ينظر: محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصّدة: ص٢٨ وما بعدها، والقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، حمدي سلطح: ص٢٣٨ وما بعدها، ومصادر وأحكام الالتزام، مصطفى الجمال: ص١٩٨ وما بعدها، والنظرية العامة للالتزام، محمد وحيد سوار: ص٣٤٠ وما بعدها.

المطلب الثالث:

مظاهر وضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري

بناء على التدرج في عرض أبرز المسائل المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري يأتي الدور على المسألة الأهم في هذا المقام، وهي سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة والضوابط التي يتعيّن على القاضي مراعاتها في تلك السلطة بناءً على ما ورد في القانونين، **وعليه تمّ توزيع مضمون هذا المطلب على فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ومظاهرها.
- **الفرع الثاني**: أبرز الضوابط القانونية التي تحكم سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.



- **الفرع الأول**: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ومظاهرها

مرّ فيما مضى أن مبدأ سلطان الإرادة في كثير من التقنينات يقتضي ألا يستقل أيّ من المتعاقدين بنقض ما اتّفقا عليه لدى إبرام العقد أو بتعديل العقد، كما لا يسوغ للقاضي أن يستقل بذلك؛ لأن نقض العقد أو تعديله لا يستقيم إلا برضا طرفيه، كما أن القاضي ليس من سلطته أو اختصاصه أن يتولى إنشاء العقود عن عاقديها، وإنما يقتصر دوره على تفسير مضمون العقد بالرجوع إلى نية الطرفين المتعاقدين.

والفرد وإن كان حرّاً في إبرام العقود وتحديد الآثار التي تترتب عليها -وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة- إلا أن حريته ليست مطلقة؛ لأن المشرع قد أورد عليها قيداً هامّاً فأجاز للقاضي إذا ما طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقّعها وترتّب على حدوثها أن صار تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة، أن يتدخل في العقد بإجراء تعديلات معينة عليه تعيد التوازن بين مصلحة طرفيه.

وبذلك يتدخل القانون عن طريق القضاء فيبيح للقاضي تعديل العقد في حالات معينة من خلال نصوص تسمح للقاضي بتعديل العقد، ويتجلى ذلك بشكل واضح في حالة الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد مرهقاً[1].

وبناء على ذلك إذا تحققت الشروط المذكورة آنفاً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، جاز للقاضي أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهذا ما ورد النص عليه في المادة (١٤٧/ ٢) من القانون المصري، و(١٤٨/ ٢) من القانون السوري حيث جاء فيهما:

(جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول).

وبذلك خوّل القانون القاضي سلطة تجاوز حدود مهمته العادية وهي التفسير إلى تعديل العقد بِرَدّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبذلك تتوزع الخسارة على عاتق الطرفين.

وسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة، بمعنى أن له الحرية في اختيار الطريقة التي يحدّ بها من الإرهاق في تنفيذ الالتزام.

ولقد كان المشروع النهائي للتقنين المدني المصري يُعبّر عن هذا بأن القاضي يجوز له أن «يُنقص» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولكن رأت لجنة مجلس الشيوخ أن الإنقاص في هذا الصدد لا يُقصد به الإنقاص المادي للالتزام، وإنما المقصود تعديله بتخفيف عبئه، ولهذا استبدلت كلمة «يردّ» بكلمة «يُنقص».

* وبناء على ذلك يمكن تصور ثلاثة مظاهر يستطيع القاضي بأيّ منها تعديل الالتزام، وهي:

١- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق.

٢- أو إنقاص الالتزام المرهق.

٣- أو وقف تنفيذ العقد.

(١) ينظر: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، حمدي سلطح: ص٢٤٣-٢٤٤.

* وفيما يلي توضيح هذه المظاهر:

١- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق:

فقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وفي هذه الحالة يجب عليه أن يُبقي على عاتق المدين ما يُعدّ زيادة مألوفة في عبء الالتزام، فلا يوزع على عاتق الطرفين سوى الزيادة غير المألوفة، ومثاله: إذا تعهّد صاحب محطة بنزين بتوريد كميات من البنزين إلى صاحب سيارة بسعر نصف ليرة للّيتر الواحد مثلاً، ثم ارتفعت أسعار البنزين بسبب حرب مفاجئة إلى ثلاث ليرات للّيتر، فإذا اعتبرنا الزيادة المألوفة في سعر اللّيتر هي نصف ليرة، فإن المدين يحمل هذا المقدار من الزيادة وحده، ويكون الباقي وهو ليرتان ارتفاعاً غير مألوف في السعر، فيقسمه القاضي بين الطرفين بحيث يتحمل المدين نصفه، ويتحمل الدائن النصف الآخر، وبناء على ذلك يصبح السعر الجديد الذي يفرضه القاضي على الطرفين للّيتر الواحد من البنزين هو ليرة ونصف.

٢- إنقاص الالتزام المرهق:

وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق، وفي هذه الحالة أيضاً يجب على القاضي مراعاة ما تمّ بيانه في الحالة السابقة، فلا يوزع على عاتق الطرفين سوى الزيادة غير المألوفة في عبء الالتزام، ومثال ذلك: أن يخفض القاضي -في المثال السابق- كميات البنزين المتفق على توريدها بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة.

ويستطيع القاضي أن يجمع بين الحالتين السابقتين في وقت واحد، فيزيد من التزام الدائن وينقص من التزام المدين.

كما أن تعديل القاضي للالتزام في هاتين الحالتين -حالة زيادة التزام الدائن وحالة إنقاص التزام المدين- لا يكون إلا بالنسبة إلى الوقت الذي يوجد فيه أثر الحادث الطارئ، فإذا زال أثر الحادث قبل انتهاء مدة العقد عادت إلى العقد قوّته الملزمة كاملة كما كانت في الأصل، فما يستحق على المدين في المدة التي تقع بين زوال أثر الحادث ونهاية العقد يكون واجب الأداء طبقاً لما كان متّفقاً عليه، وليس بحسب التعديل الذي انتهى إليه القاضي.

٣- وقف تنفيذ العقد:

وقد يختار القاضي لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين -لا إنقاص التزام المدين ولا زيادة التزام الدائن- وإنما وقف تنفيذ العقد مدة معينة حتى تنتهي هذه الظروف الاستثنائية وتعود الأمور إلى مجراها الطبيعي، وذلك إذا كان من المتوقّع زوال هذا الحادث.

أما إذا كان من غير المتوقع انقضاء هذا الظرف فلا جدوى عندئذ من وقف تنفيذ العقد، وقد يختار القاضي بدلاً من هذا الوقف أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه بالصورة التي يضع إطارها القاضي لتحقيق التوازن.

ومثال وقف تنفيذ العقد: أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، ثم ترتفع أسعار مواد البناء بسبب حادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً، ولكن ذلك الارتفاع يُتوقّع زواله قريباً لإعلان الحكومة عن فتح باب الاستيراد، فيجوز للقاضي أن يحكم بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه في عقد المقاولة حتى يتمكّن المقاول من تنفيذ التزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم على صاحب المبنى.

ومما يجدر التنبيه إليه أنه في جميع الأحوال التي يرى فيها القاضي تعديل الالتزام على النحو الذي تمّ ذكره يكون للدائن الخيار بين أن يقبل ما يراه القاضي وبين أن يختار فسخ العقد دون تعويض، فلا وجه لأن يُفرض على الدائن التعديل الذي يراه القاضي إذا كان الدائن يؤثِر التّخلي عن الصفقة، أما المدين فواضح أنه لا يحق له طلب الفسخ، وإنما يتعين عليه أن يؤدي التزامه وفق التعديل الذي يراه القاضي، فحقّه قاصر على طلب ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

كما يُنبّه إلى أن قاعدة جواز تعديل العقد -إذا طرأت ظروف استثنائية عامة- تُعدّ قاعدة متصلة بالنظام العام ولذلك لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعادها مقدَّماً بتضمين العقد شرطاً يمنع القاضي من استعمال سلطة التعديل، حيث نصت الفقرة الثانية من المادتين (١٤٧) مصري و(١٤٨) سوري على أنه: (يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

تلك هي أبرز مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ونطاقها في القانونين المصري والسوري.

أما ما لا يدخل ضمن نطاق سلطة القاضي في هذا المجال فبيانه كالآتي:

فإذا كان من سلطة القاضي إنقاص الالتزام المرهق، أو زيادة الالتزام المقابل، أو وقف تنفيذ العقد، فإنه لا يجوز له فسخ العقد؛ ذلك أن النص لم يجعل له سوى ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فالالتزام المرهق يبقى ولكنه يُردّ إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعات الحادث الطارئ بين المدين والدائن ولا يتحمّلها الدائن وحده بفسخ العقد[1].

■ **الفرع الثاني**: أبرز الضوابط القانونية التي تحكم سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

بعد أن تمّ في الفرع الأول الكشف عن نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ومظاهر ذلك التعديل أو طُرُقه، يعرض هذا الفرع لأبرز الضوابط التي يتعيّن على القاضي التقيّد بها في استخدام سلطته في التعديل، إذ إن القانون في حالة الحوادث الطارئة يكفل للقاضي سلطة ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهي سلطة تقديرية واسعة يستطيع القاضي بموجبها اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام كما سبق.

فإذا كانت نظرية الظروف الطارئة تخرج بالقاضي عن حدود وظيفته فتدفعه إلى تعديل شروط العقد -وهو ليس من اختصاصه بل من اختصاص العاقدين وحدهما- وإذا كانت النظرية تفسح مجالاً لتحكّم القاضي كيفما شاء بالمضامين الشكلية والمادية للالتزامات العقدية، وكذلك تهدم مبدأ القوة الملزمة للعقد، وتزعزع الاستقرار الاقتصادي للمعاملات، وتساعد المتعاقد السيء النية على التخلص من التزاماته العقدية، فإن التشريع المقارن لم يترك للقاضي حرية مطلقة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإنما أحاط هذا التطبيق بعدد من الضوابط والقيود التي تكفل عدم تحكّم القضاة ومغالاتهم في هذا الخصوص، كما تكفل عدم زعزعة الثقة في القيود المبرمة، ولا تهيئ للمدينين فرصة التخلص من التزاماتهم العقدية.

(١) ينظر لما سبق: (محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصّدة: ص٣٣ وما بعدها، ومصادر وأحكام الالتزام، مصطفى الجمال: ص٢٠١-٢٠٢، والقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، حمدي سلطح: ص ٢٤٧ وما بعدها، والقواعد القانونية العربية والدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة، أحمد منير فهمي: ص١١٣، والنظرية العامة للالتزام، محمد وحيد سوار: ص٣٤٥ وما بعدها ،ومحاضرات في القانون المدني، هشام القاسم: ص١٧٩ وما بعدها).

* **وفيما يلي أبرز تلك الضوابط:**

○ **الضابط الأول:** الاستيثاق من أن التنفيذ المرهق يصل إلى الحدّ الذي يهدّد بالخسارة الفادحة:

يُعدّ تحديد درجة الإرهاق من الأمور التي تُثير خلطاً في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وقد انتهى غالبية الفقه إلى أن معيار الإرهاق معيار موضوعي لا يُنظر فيه إلا إلى الصفقة التي أُبرم في شأنها العقد، وكذلك الخسارة الفادحة غير المعتادة يجب أن تكون بالنظر إلى اقتصاديات العقد فقط، فإذا تمّ إمعان النظر في كلمة «يهدّد» فلا بد من الخروج منها بانطباع يخالف الانطباع الخارج من كلمة «خسارة» فالخسارة هي مجرد انقلاب في التوازن المادي للعقد، ولهذا ذهبت كلمة الفقه والقضاء إلى أن هذه الخسارة إنما تقاس بالمعيار الموضوعي المرتبط بالصفقة ذاتها، أما التهديد بوقوع هذه الخسارة فلا يمكن أن يقاس إلا بالمعيار الشخصي، والتهديد بهذه الصورة لا يمكن أن ينصرف إلا إلى مجموع ثروة المدين؛ ذلك أن التهديد يُشكّل عنصراً نفسياً بحتاً ولا يمكن فهمه إلا كشعور يتحرك في سريرة المتعاقد، وقيام مثل هذا الشعور لا يتمّ إلا إذا خشي المتعاقد من أن يكون اختلال الصفقة كبيراً بالنسبة إلى ثروته.

ويخلص من ذلك إلى أن القاضي يجب أن يراعي فيما يصدره من أحكام بشأن الظروف الطارئة أن إرهاق المدين لا يكون إرهاقاً طارئاً إلا إذا كان يُهدّد المدين بخسارة فادحة في حدود الصفقة ذاتها، بمعنى أن التهديد بالخسارة لا يرجع إلى مجموع ثروة المدين، وإنما يرجع إلى ذات الصفقة التي أُبرم في شأنها العقد، فقيام عنصر التهديد بالخسارة يُعدّ ضابطاً نفسياً هاماً يجب الرجوع في تقديره إلى ما يكون قد وضعه المتعاقد من أمل في الربح في ذات الصفقة بعيداً عن ثرواته وأمواله الخاصة.

○ **الضابط الثاني:** مراعاة الظروف المحيطة بالقضية:

حيث نصّت المادة الخاصة بالظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري وغيرهما من القوانين العربية على أنه يجوز للقاضي أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول «تبعاً للظروف» فهذه العبارة لم تأت عبثاً، بل قُصد بها تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه

ظروف التعاقد أو التنفيذ، فالقاضي على سبيل المثال: لا يستطيع أن يقضي بتعديل المضمون المادي للالتزام إذا ما تبيّن له من الظروف المحيطة أن الحادثة الاستثنائية كانت حادثة وقتية يُقدَّر زوالها في وقت قصير لا يستدعي تعديلاً في مضمون العقد، وإنما يتطلّب تأجيلاً في تنفيذه.

○ **الضابط الثالث**: الموازنة بين مصلحة الطرفين:

يُعدّ ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين من الضوابط القانونية التي يجب أن يلتزم بها القاضي كي يصل بالالتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث لا تطغى مصلحة أيّ من الطرفين على مصلحة الآخر.

○ **الضابط الرابع**: ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:

نصت المادة (١٥١) من مشروع التقنين المدني المصري على أنه: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول) وفي الحقيقة إن إيراد المشرّع العربي للفظة (يردّ) في سياق النصوص التشريعية التي تقضي بحكم الظروف الطارئة يُعدّ ضمانة كبيرة في عدم ذهاب القاضي في قضائه إلى حدّ مصادرة العقود أو إلغائها، فعلى الرغم من أن حدوث الظرف الطارئ يُنشئ للقاضي سلطة خاصة في التدخل في العقد بهدف تعديل شروطه، إلا أن هذا التدخل محكوم بمفهوم الردّ، فضلاً عن أن تدخل القاضي لا ينتهي بردّ الالتزام المرهق، وإنما لا بد فوق هذا أن يكون الردّ في الحدود المعقولة، وضابط المعقولية هذا تظهر أهميته في تقييد سلطة القاضي في توزيع العبء الطارئ على الطرفين المتعاقدين[1].

تلك هي أبرز الضوابط القانونية التي تحكم سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

---

(١) ينظر لما سبق: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن: ص٦١٥ وما بعدها، الدكتور حسبو الفزاري، مكتبة معهد الإدارة العامة، الرياض، د.ط ، د.ت، والقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، حمدي سلطح: ص٢٤٥-٢٤٦.

المطلب الرابع:

مقارنة ما ورد في القانونين المصري والسوري بما ورد في الفقه الإسلامي

مرّ فيما مضى أن الفقه الإسلامي لم يعرف الظروف الطارئة كنظرية مستقلة تنسجم في ظلها أحكامها وحالاتها وسائر تفصيلاتها ضمن باب واحد، ويرى الأستاذ القانوني المعروف عبد الرزاق السنهوري رحمه الله تعالى أن السبب في ذلك يعود إلى أمرين:

۞ **الأول**: إن الفقه الإسلامي لا في نظرية الظروف الطارئة ولا في غيرها من النظريات أَلِف وضع النظريات العامة المتماسكة، وهو كالفقه الروماني وكل فقه آخر أصيل إنما يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلولاً عملية عادلة ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتَّسق، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار وأن يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة الموضوعة للمسائل المختلفة، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناء راسخ الأركان.

۞ **والأمر الثاني**: إن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للظروف الطارئة لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمُّس الوسائل للتخفيف منها نزولاً عند مقتضيات العدالة، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية، والتخفّف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي، أما في الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء داعياً لوضع نظرية يُرجع إليها في تبرير ذلك، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يُلجأ إليها عادة في هذا التبرير.

وإن الفقه الإسلامي إذ كان لم يشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة للسببين السابقين، فإن هذا لا يمنع من أنه عرف تطبيقات متنوعة لهذه النظرية في مسائل مختلفة: كالأعذار في عقد الإيجار، والجوائح في بيع الثمار[1].

(١) نقلاً عن نظرية الظروف الطارئة، عبد السلام الترمانيني: ص٨١-٨٢.

وهذا كلام معتبر من الأستاذ السنهوري في توضيح أسباب عدم وجود نظرية مستقلة للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وخاصة السبب الأول الذي يشير إلى فكرة أن فقهاء الشريعة الإسلامية رحمهم الله تعالى قد ألِفوا منهجاً معيناً في التصنيف والتأليف بحسب الطريقة المتّبعة في زمانهم، وبدا ذلك واضحاً في جلّ مصنفاتهم، فلم يضعوا النظريات العامة وإنما خاضوا في المسائل الجزئية والتطبيقات فأماطوا اللثام عن غوامضها وكشفوا اللّبس عن دقائقها حتى بلغوا مرادهم في ربطها بما يناسبها من الأحكام، استناداً إلى قواعد الشرع المتينة ومبادئه الثابتة الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، فكانت النتيجة الساطعة أمام من غاص في بحر هذا الفقه العظيم ورام اصطياد لآلئه وكنوزه، أن حصل من تلك المسائل والتطبيقات على ما يتّسع لأحكام هذه النظريات الحديثة وزيادة.

وهذا ما ينطبق على نظرية الظروف الطارئة على النحو الذي سبق بيانه، إذ رأينا في التطبيقات التي عرض لها الفقهاء، كمسألة العذر في الإجارة، والجائحة في بيع الثمار على الأشجار، وتغيّر قيمة النقود، ما يتّسع لنظرية الظروف الطارئة بل ويزيد عليها في بعض الأحكام، حيث تقدّم في مستهلّ هذا الفصل في فقرة التكييف الفقهي أن نظرية الظروف الطارئة أقرب ما تكون إلى أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي، بل يمكن عدُّها جزءاً من أحكام الضرورة؛ لأن أحكام الضرورة المعروفة في الفقه الإسلامي أكثر شمولاً من نظرية الظروف الطارئة في المفهوم المعاصر، **حيث تستند أحكام الضرورة إلى مبدأين أساسيين لا تنفك الرابطة بينهما:**

- **أحدهما:** إزالة الضرر.
- **والآخر:** تحقيق العدالة.

فلا يمكن للعدالة أن تتحقق دون إزالة الضرر؛ استناداً إلى حديث عظيم يُعدّ العمدة في هذا المقام، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[1].

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

وبناء على هذين المبدأين وضع الفقهاء الحلول الملائمة للتطبيقات السابقة، مع اختلاف بينهم في بعض الجزئيات كما سبق.

وأهل القانون وإن استندوا أيضاً في صياغتهم لنظرية الظروف الطارئة إلى مبدأ تحقيق العدالة، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ذهبوا إلى أبعد منهم في سبيل تحقيق العدالة وإزالة الضرر.

وفيما يلي أشرع بعقد مقابلة موجزة بين أحكام الظروف الطارئة وسلطة القاضي في التعديل في الفقه الإسلامي ونظائرها في القانون الوضعي لتبرز الصورة بشكل أوضح:

حتى تتم المقابلة بشكل دقيق أسترجع في السطور القليلة القادمة بإيجاز أبرز أحكام وضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي من خلال التطبيقات الثلاثة -الآنفة الذكر- التي عرض لها الفقهاء في هذا الصدد، وذلك قبل الكشف عن مدى الانسجام بينها وبين ما وضعه أهل القانون من شروط وضوابط لتلك السلطة:

أ- فمسألة «العذر في عقد الإجارة» أولاً: قد تقدّم أنها حظيت بتفصيل واسع في المذهب الحنفي، حيث عدّ فقهاء الحنفية جلّ الأعذار التي ترد على عقد الإجارة من الأسباب الموجبة للفسخ، سواء أكانت تلك الأعذار في جانب المؤجر أم المستأجر أم محل العقد؛ لأن العذر عندهم هو كل ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ولا يمكن دفعه بدون الفسخ[1]، فإفلاس المستأجر وانتقاله من حرفة إلى أخرى وسفره عن البلد التي استأجر فيه عقاراً كلها أعذار في جانب المستأجر يُفسخ بها عقد الإجارة.

وكذلك إذا لحق المؤجر دين فادح ولا يجد طريقاً لوفائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه فهو عذر في جانب المؤجر يُفسخ به عقد الإجارة.

ناهيك عن الأعذار التي تكون في محل العقد أي المعقود عليه كانهدام حائط في الدار المستأجَرة أو مرض الدابة المستأجَرة وغيرها.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٥.

فبناء على تلك الأعذار خوّلت الشريعة الإسلامية القاضي سلطة فسخ عقد الإجارة لما يصيب العاقد من ضرر لا يمكن دفعه إلا بفسخ العقد على ما ذهب إليه السادة الحنفية، على خلاف مع المذاهب الأخرى فيما يخص جانب المؤجر والمستأجر تَمَّ بسطه فيما مضى[1].

ب- وفي مسألة «الجوائح في بيع الثمار على الأشجار»: تقدّم أن السادة المالكية والحنابلة ذهبوا إلى وضع الجائحة عن المشتري بتضمين البائع ما أحدثته الجائحة من تلف، مع اختلاف ضمن المذهبين في نوع الجائحة بين من اشترط في الجائحة أن تكون سماوية لا بفعل الآدمي، ومن اشترط في الجائحة أن تكون مما لا يُستطاع دفعه وإن كان بفعل الآدمي، كفعل الجيش الكثير الذي لا يُمكن تضمينه، وقد تقدّم تفصيل ذلك كله[2].

وبالتالي خوّلت الشريعة الإسلامية القاضي سلطة تعديل العقد بحطّ ما أحدثته الجائحة من ضرر عن المشتري وجعْل الضمان من مال البائع، وذلك في الرأي الذي تمّ ترجيحه في هذا البحث من مذاهب الفقهاء.

ج- وفي مسألة «تغيّر قيمة النقد برخص أو غلاء»: تقدّم أن الفقهاء اتفقوا على وجوب المثل لا غير في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة ونحو ذلك، بالنسبة للنقود الخِلقية من الذهب والفضة والمغلوبة الغش لما لها من قيمة ذاتها.

بينما اختلفوا في النقود الاصطلاحية والغالبة الغش بين من رأى وجوب المثل لا غير كما في النقود الخِلقية، ومن رأى وجوب القيمة بناء على أنها لا قيمة لها في ذاتها، وإنما نبعت قيمتها مما اصطُلح عليه في العرف.

ولقد سرى ذلك الاختلاف بين فقهاء هذا العصر كذلك على النقود الورقية المتداولة في هذا الزمان، بين من رأى وجوب المثل لا غير، ومن رأى وجوب القيمة، ومن رأى تنصيف الفرق الحاصل بتغيّر قيمة النقد بين الدائن والمدين استناداً إلى رأي الفقيه الحنفي ابن عابدين رحمه الله في مسألة: «الصلح على الأوسط».

---

(١) ينظر: ص١٨٧ وما بعدها.

(٢) ينظر: ص٢٢٣ وما بعدها.

ووصل الباحث في ذلك المقام إلى أن الصلح يُعدّ حلاً ملائماً بين الدائن والمدين -بناء على ترجيح القول بوجوب المثل- وذلك إبراءً للذمة وجبراً للخاطر في دفع الضرر الحاصل بتغير القيمة بما يتفقان عليه بالتراضي وبإشراف من القاضي ليعدّل العقد بما توصّلا إليه في عقد الصلح الذي ارتضياه.

أما بالنسبة لبقية العقود والالتزامات المالية الآجلة سوى الديون الثابتة في الذمة، فقد عرض الباحث للحلول الملائمة لها على ما يراه القاضي حسب الظروف والأحوال، بين تأجيل تنفيذ الالتزام حتى زوال الظرف الطارئ إن كان احتمال زواله قريباً، أو فسخ العقد، أو تنصيف الفرق الحاصل في قيمة النقد بين المتعاقدين.

فلدى المقابلة بين أحكام وضوابط سلطة القاضي في هذه التطبيقات الواردة في الفقه الإسلامي وبين ما وضعه أهل القانون من شروط وضوابط لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، تبرز أمامنا أوجه الاختلاف بينهما سواء في جانب الشروط المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة بشكل عام، أو في جانب مظاهر سلطة القاضي في التعديل، وذلك على النحو الآتي:

***أما بالنسبة لشروط نظرية الظروف الطارئة**: فقد اشترط أهل القانون أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً عاماً لم يكن في الوسع توقعه مما يسبّب إرهاقاً في تنفيذ الالتزام، وهذا ينطبق على الظروف العامة التي تصيب بلداً معيناً بأكمله، أو طائفة كبيرة من الناس كالزلازل والحروب ونحو ذلك.

بينما يُلحظ أنه لا وجود لهذا الشرط في الفقه الإسلامي، فلم ينص الفقهاء على أن يكون الظرف الطارئ عاماً، ففي عقد الإجارة لم يشترط السادة الحنفية أن يكون العذر الطارئ فيه عاماً، وإنما يكفي أن يُلحق ضرراً في العقد، سواء في جانب المؤجر أو المستأجر أو المعقود عليه، كما لم يشترطوا أن يكون العذر مما لم يكن في الوسع توقعه، فانتقال المستأجر من حرفة إلى أخرى، وسفره عن البلد التي استأجر فيها عقاراً من الأمور المسوّغة لفسخ العقد لدى السادة الحنفية مع أنها تقع ضمن ما يمكن للمستأجر توقّعه لدى إبرام العقد.

وكذلك في مسألة الجوائح: رأينا أن من بين الفقهاء من لم يشترط في الجائحة أن تكون سماوية عامة، بل رأى في فعل الآدمي أيضاً ما يمكن أن يُعتدّ به كظرف طارئ إذا لم يمكن تضمين الآدمي، فضلاً عن أن الجائحة بالأساس لا تُعدّ ظرفاً عاماً؛ كونها تقع على أشخاص معدودين لا على مجتمع برمّته.

*** وأما بالنسبة لأوجه الاختلاف في مظاهر سلطة القاضي في التعديل:**

اتّضح مما تقدّم أن الفقه الإسلامي لم يقيّد سلطة القاضي بإجراء معين، بل جعل سلطته مرتبطة بالظروف والأحوال في كل عقد بحسبه، وهي تدور بين فسخ العقد وبين تعديل التزاماته إما بالحطّ أو الإنقاص منها لصالح العاقد المتضرر، أو بتأجيل تنفيذها حتى زوال الظرف الطارئ إن بدا زواله قريباً، أو بتنصيف الخسارة الناجمة عن الظرف الطارئ بين المتعاقدين.

وبالمقابل اتّضح أن القانون الوضعي لم يجعل الفسخ ضمن سلطة القاضي، وإنما قيّد سلطته بتعديل الالتزامات فحسب، كما لم يجعل من ضمن سلطته الحطّ من التزامات أحد العاقدين إذا وقع الضرر الأكبر عليه، وإنما حصر سلطته في توزيع الخسارة بين العاقدين، أو وقف تنفيذ العقد إن كان زوال الظرف الطارئ محتملاً في المستقبل القريب.

*** وبذلك يُتوصّل إلى نتيجة ساطعة مفادها في نقطتين:**

➢ **أولاهما**: إن الفقه الإسلامي قد توسّع في تقدير الحادث الطارئ بشكل أكثر من القانون الوضعي، وبالتالي ذهب في مراعاة مبدأي العدل وإزالة الضرر إلى أبعد مما ارتأته القوانين الوضعية في هذا الجانب.

➢ **والنقطة الأخرى**: إن الظروف الطارئة ما هي إلا جزء من أحكام الضرورة التي عُرف بها الفقه الإسلامي كنظرية واسعة -إن صح التعبير- لم تعرفها التشريعات الحديثة المفتقرة إلى الشمول في أحكامها وصلاحية تطبيقها في كل زمان ومكان، فهذه صفات لا يمتاز بها سوى تشريع نابع من لدن حكيم خبير بأحوال الناس مهما تغيّرت الظروف والأزمنة، وتبدلت الأحوال والأمكنة.



المبحث الخامس:

نماذج لأمثلة معاصرة لنظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تعديل العقد بسببها

بعد أن عرضت بفضل الله تعالى لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والسوري، وخاصة فيما يتعلق بالجانب الأهم في هذه الرسالة، وهو سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، أعرض في هذا المبحث لطائفة من التطبيقات المعاصرة لتلك السلطة -بشكل موجز- كي تكتمل صورة المسألة وفقاً للمنهج المعدِّ لها.

ولا يخفى أن الأعذار أو الظروف الطارئة التي عرض لها الفقهاء في الماضي هي نفسها التي ترد في العصر الحاضر، فلا اختلاف بينها من حيث كونها لا تخرج عن مفهوم الحوادث غير الاعتيادية التي ترد على مختلف المجتمعات بين الماضي والحاضر كالزلازل والحروب ونحوها من الحوادث التي تؤدي إلى اضطراب المجتمع، وبالتالي حدوث اختلال في العقود والالتزامات المالية المبرمة بين أفراده مما قد يتسبّب في نشوب الخلاف بينهم.

ومن هذا المنطلق خوّلت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية القاضي سلطة تعديل ما يمكن تعديله من تلك العقود والالتزامات -بتفصيلات سبق بيانها- دفعاً للضرر الناتج عن تلك الظروف، ومراعاةً لمبدأ العدالة الذي يضمن لعموم المتعاقدين حفظ مصالحهم بمنأى عن نشوب الخلاف والنزاع فيما بينهم.

وسيتم عرض طائفة من الأمثلة المعاصرة في هذا المقام بناء على التطبيقات التي عرض لها فقهاء المذاهب فيما مضى، مع استبعاد الحديث عن تطبيقات الأعذار التي تؤول إلى الفسخ في عقد الإجارة، إذ لا حاجة لهذا البحث بها كونه يتعلق بجانب تعديل العقد لا فسخه.

*** وبناء على ذلك تمّ توزيع الحديث في هذا المبحث على مطلبين:**

- المطلب الأول: أمثلة معاصرة لسلطة القاضي في التعديل في مسألة الجوائح في بيع الثمار على الأشجار.
- المطلب الثاني: أمثلة معاصرة لسلطة القاضي في التعديل في مسألة تغير قيمة النقد.

المطلب الأول:

أمثلة معاصرة لسلطة القاضي في التعديل

في مسألة الجوائح في بيع الثمار على الأشجار

يعرض هذا المطلب لأثر أفعال جيش العدو الإسرائيلي في عقود بيع الثمار على الأشجار:

مرَّ فيما مضى عدة تعريفات للجائحة منها: هي ما لا يستطاع دفعه كالبرد والحر والجيش الكثير[1].

وقد ذهب إلى القول بتعديل عقد بيع الثمار على الأشجار بسبب الجوائح السادة المالكية والحنابلة، وذلك بحطّ ما أحدثته الجائحة من تلف في الثمار عن المشتري.

وقد سبق بيان ترجيح هذا الرأي وأسباب الترجيح[2].

وسأعرض فيما يلي لحوادث وقعت ولا زالت تقع في أرض فلسطين الحبيبة -خلّصها الله تعالى من أيدي الصهاينة الغاصبين- بسبب أفعال جيش العدو الإسرائيلي لدى اجتياحه مدينة أو قرية في فلسطين، وما ينتج عنه من أثار مدمِّرة في مختلف قطاعات المجتمع الفلسطيني، ومنها تخريب الزروع وإتلاف الثمار، الأمر الذي يتعيّن بيانه في هذا المقام استناداً إلى ما سبق بيانه من اعتبار ما يُحدثه الجيش الكثير من تلف في الزروع من الجوائح في معتمد مذهب السادة المالكية، ووجه في مذهب السادة الحنابلة.

وبناء على ذلك فإن جيش العدو الإسرائيلي لدى اجتياحه مدينة أو قرية أو مخيماً في فلسطين وتجريفه الأراضي الزراعية وقلعه الأشجار وحرقها وتخريبه الزرع، لزم اعتباره جائحة، استناداً إلى ما نص عليه الفقهاء القائلون بوضع الجوائح؛ لأنه لا يمكن تضمينه والرجوع إليه بقيمة ما أتلف، فهو كالجراد.

فمن باع من أخيه ثمرة زيتون أو عنب أو برتقال أو غيرها من الثمار، أو باع مزروعات كالخيار والجزر والفول أو القمح والشعير أو نحو ذلك، فأصيبت بجائحة قبل قطفها أو

(١) حاشية العدوي: ٢/ ٢٨١.

(٢) ينظر: ص ٢٢٢ وما بعدها.

حصادها من قبل جيش العدو الإسرائيلي، ولم يكن المشتري قد تأخر عن أوان قطفها بدون مبرر سائغ، وجب على البائع أن يضع الجائحة عن المشتري؛ لأن المقصود هو المعقود عليه، وقد تلف قبل التّمكن من قبضه[1]؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[2].

وهذا يعني أن للقاضي سلطة تعديل عقود بيع الثمار على الأشجار في كل بلد يجتاحه جيش كبير، لا يمكن تضمينه -كما في فلسطين الحبيبة- وذلك بحطّ مقدار ما أتلفه الجيش من الثمرة عن المشتري وجعْله من ضمان البائع، إن حدث خلاف بين المتعاقدين وتمّ رفع الأمر إليه.



(١) ينظر: أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلها في القانون المدني: ص١١٩، نزار أحمد عويضات، أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين ٢٠٠٣م.

(٢) سبق تخريجه: ص٢١٦.

المطلب الثاني:

أمثلة معاصرة لسلطة القاضي في التعديل في مسألة تغير قيمة النقد

مرَّ فيما مضى بيان الحالات التي ترد على النقود فتؤثر في قيمتها، وهي الانقطاع، والكساد، والرخص أو الغلاء، كما سبق التنبيه إلى أن حالة تغير قيمة النقد برخص أو غلاء هي الحالة الأكثر وروداً على النقود الورقية في هذا الزمان في الأعم الأغلب، لذا سيتم تسليط الضوء في هذا المقام على بعض الأمثلة المعاصرة لهذه الحالة فحسب.

وسأتخذ من واقع العملة السورية (الليرة) وما لحقها من تدهور في قيمتها أنموذجاً للحديث عن جانب من المعاملات والالتزامات المالية التي قد تصبح موضع خلاف بين أفراد المجتمع السوري بسبب تدهور قيمة الليرة.

* وسأعرض للمعاملات والالتزامات المالية وأثر انخفاض قيمة الليرة فيها فيما يلي بتقسيمها إلى قسمين كالتقسيم السابق لها لدى عرض أحكامها التفصيلية في المذاهب الفقهية:

- **أحدهما**: الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة ونحو ذلك.
- **والآخر**: العقود والالتزامات المتراخية التنفيذ سوى الديون الثابتة في الذمة.

*** وفيما يلي تفصيل ذلك:**

- **أولاً**: الديون الثابتة في الذمة:

الديون الثابتة في الذمة هي أكثر العقود أو الالتزامات تأثراً بتغير قيمة النقد؛ لأنها تعلّقت بذمة الشخص بنقد معين ذي قيمة معينة، فإذا تغيرت قيمة النقد فيما بعد وقع الإشكال في كيفية السداد أو الوفاء، خاصة إذا كان التغيّر في قيمة النقد فاحشاً، ولقد سبق بيان ذلك مفصلاً، وفيما يلي أسرد نتيجة ما سبق بيانه في هذه الحالة بنقاط موجزة، لإمكانية تطبيقها على واقع الليرة السورية:

١- الواجب في الديون الثابتة في الذمة بمختلف أسبابها من قرض أو بيع أو إجارة ونحو ذلك، هو المثل لا القيمة؛ استناداً إلى إجماع الفقهاء في وجوب أداء المثل بالنسبة للنقود الخِلقية -وهي الذهب والفضة- في حالة تغير قيمتها برخص أو غلاء، وكذلك استناداً إلى رأي جمهور

الفقهاء في وجوب أداء المثل بالنسبة للنقود الاصطلاحية، وذلك من باب الاحتياط والورع في الدين لدفع شبهة الربا؛ كون النقود الورقية وإن لم تكن لها قيمة في ذاتها، فهي أقرب ما تكون إلى النقود الخلقية من حيث جريان الربا ووجوب الزكاة فيها، كما أن نظرة الناس في الوقت الراهن إلى ثمنيتها لا تختلف عن نظرة الناس في الماضي إلى ثمنية النقدين الذهب والفضة، وبالتالي إذا ترتبت في الذمة ثم تغيرت قيمتها بعد ذلك برخص أو غلاء، فإن الواجب في أدائها والوفاء بها هو مثلها عدداً لا قيمة، وهذا أقرب إلى النصوص الشرعية التي نصّت على وجوب المثل في الجنس والقدر الشرعيين وزناً وكيلاً وعدداً في الأموال المثلية.

٢- إن القول بوجوب القيمة استناداً إلى رأي أبي يوسف رحمه الله تعالى، أو بوجوبها في حالة التغير الفاحش لقيمة النقد استناداً إلى الرأي الشاذ في المذهب المالكي كما سبق، فبالإضافة إلى ما يحيط بهذا القول من شبهة الربا، فهو مرهق إلى حد كبير بالنسبة للواقع التطبيقي، فالفرد المدين في سوريا لم يزد دخله خلال هذه الأحداث التي شهدتها البلاد على الضعف أو الضعفين في الأعم الأغلب، بينما فقدت الليرة من قيمتها أكثر من عشرة أضعاف، فكيف يُطالب من كان في ذمته مئة ألف ليرة بالوفاء بها بأكثر من مليون ليرة حسب قيمتها؟!

٣- أما بالنسبة للضرر الواقع على الدائن في سوريا جراء هبوط قيمة الليرة فهو ضرر عام شمل المجتمع برمّته، وهو فرد من أفراده، ولا يمكن أن يكون في منأى عن الضرر العام، وثمة من الحلول ما قد يخفّف عنه ذلك الضرر كما سيأتي.

٤- الحكم بوجوب المثل في الديون الثابتة هو بالنسبة للجانب القضائي عند الاختلاف، أما بالنسبة للجانب الدياني المرتبط بإبراء الإنسان لذمته وتحوطه وورعه في دينه، فعلى كل عاقد أن ينظر إلى الأمر بذمة وإنصاف، فالدائن عليه أن ينظر إلى الأمر من جانب الضرر الجسيم الذي حلّ بجلّ أفراد المجتمع، وعدم وجود التوازن بين الدخل الشهري والانخفاض الشديد لقيمة الليرة، فلا يطالب المدين بالقيمة الحقيقية لمبلغ الدّين قبل التغير؛ لما فيه من الإرهاق الشديد على المدين.

أما المدين فعليه أن يضع نفسه محل الدائن، فهل يرضى بأن يوفَّى له بمثل دينه حينها، وقد فقدت العملة من قيمتها ما فقدت؟

إذن فعليه أن يتجاوز الحكم القضائي بتطييب خاطر الدائن الذي صبر عليه طوال تلك الفترة من باب التحوط لأمر دينه والإبراء التام لذمته.

٥- من الحلول المتاحة بين العاقدين إذا اتفقا على تجاوز الحكم بوجوب أداء المثل:

أ- أن يبادر المدين إلى إرضاء نفس الدائن وتطييب خاطره بإعطائه ما يخفف عنه جزءاً من الضرر الذي وقع عليه.

ب- أن يلجأ الطرفان إلى عقد الصلح بالتراضي لدى القاضي، فيلجأ القاضي إلى تعديل التزامات العقد حسب الظروف المحيطة وما يراه الأنسب، فإن رأى ما يلوح إلى قرب زوال الظرف الطارئ لجأ إلى تعديل الأجل المتفق عليه للعقد أو الالتزام، وذلك بتأجيله حتى زوال الظرف الطارئ، لعل القيمة الحقيقية للنقد تعود تدريجياً، فيرتفع الضرر بذلك عن العاقدين.

فإن لم يظهر ما يشير إلى قرب انتهاء الأزمة، لجأ القاضي إلى تعديل محل الالتزام بناء على تراضي الطرفين على ما يمكن للمدين دفعه للدائن فوق المبلغ المترتب في الذمة بما يخفف عنه جزءاً من الضرر الذي وقع عليه.

وفي هذه الحالة ينبغي مراعاة اختلاف الجنس في الزيادة التي يدفعها المدين عن طيب نفس منه، سواء من عملة أخرى من غير جنسها بشرط حصول التقابض في المجلس، أو بإعطائه عيناً أو عقاراً أو نحو ذلك دون شرط التقابض في المجلس.

تلك هي أبرز النقاط المتعلقة بمشكلة الديون الثابتة في الذمة بالنظر إلى واقع الليرة السورية في الوقت الراهن.

○ **ثانياً**: العقود أو الالتزامات المتراخية التنفيذ:

أما بالنسبة لما يخرج عن نطاق الديون الثابتة في الذمة من العقود والالتزامات المتراخية التنفيذ التي استجدت مؤخراً، فسأعرِّج فيما يلي على عدد منها بتعريفها وبيان سلطة القاضي في

تعديلها إذا تغيرت قيمة النقد، حيث سبق الحديث في الفصل التمهيدي عن جواز استحداث عقود جديدة في الفقه الإسلامي بما لا يصادم نصوص الشرع وقواعده ومبادئه وأحكامه[1]:

١- عقد المقاولة:

لم يرد للمقاولة تعريف في مصادر الفقه الإسلامي كونها من العقود المستجدّة، ومما ورد في تعريفها لدى المعاصرين:

- عرفها أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله بقوله: (المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)[2].

- وعرّفها القانون المصري في المادة (٦٤٦) بما نصّه: (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)[3].

وبالعبارات نفسها ورد تعريف عقد المقاولة في القانون المدني السوري في المادة (٦١٢)[4].

*** ومن أهم أحكام المقاولة:**

١- عقد رضائي ينعقد مبدئياً بمجرد اتفاق طرفيه على مضمونه.

٢- عقد ملزم للجانبين وقت إبرامه.

٣- عقد معاوضة يستهدف فيه كلا الطرفين الحصول على منفعة مقابل ما يؤديه إلى الطرف الآخر.

٤- عقد محدد يستطيع فيه كلا طرفيه أن يحدد عند إبرامه قيمة ما يأخذ بمقتضاه وقيمة ما يعطي، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقود الغرر.

---

(١) ينظر: ص ٦٢ وما بعدها.

(٢) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني: ص٢٧٦، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، د.ط، ١٩٨٧م.

(٣) ينظر: عقد المقاولة: ص١١، عزت عبد القادر، دار الإلفي، المنية، مصر، د.ط، ٢٠٠٠م.

(٤) القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم (٨٤) لعام ١٩٤٩م.

٥- عقد زمني؛ لأن الزمن عنصر جوهري فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يُقدَّر به العمل، وهذا يعني أن الالتزامات تتقابل فيه تقابلاً تاماً في الوجود والتنفيذ على حد سواء، فما تمَّ منها في جانب يتمّ ما يقابله في الجانب الآخر(١).

*** وفيما يلي أعرض لمثال على عقد مقاولة تأثر بتغير قيمة النقد:**

لقد تأثرت عقود المقاولات التي أُبرمت مع الدولة في المملكة العربية السعودية في عامي ١٣٩٢هـ و ١٣٩٣هـ وامتدّ تنفيذها لعدة أعوام تأثراً بالغاً بما حدث من ارتفاع مفاجئ في الأسعار في كل المجالات، وبصورة لم يكن في وسع أحد توقّعها، ومن الحالات التي حدثت:

في تاريخ ١٩/ ٣/ ١٣٩٣هـ أبرمت إحدى شركات مقاولات الطرق مع وزارة المواصلات عقداً لإنشاء ورصف طريق [ينبع/ أملج] بمبلغ وقدره ٧٢ مليون ريال، وبعد أن تسلّمت الشركة الموقع وبدأت العمل، أخذت أسعار المواد وأجور العمال والخدمات في الارتفاع بصفة حادة ومستمرة لم يسبق لها مثيل، ولم تكن متوقعة عند إبرام العقد، حتى تضاعفت التكاليف مما أدى إلى انخفاض معدلات إنتاج الشركة عما هو محدد في برنامج العمل.

ولما انتهت المدة المحددة لتنفيذ المشروع لم تكن الشركة قد أنجزت من المشروع سوى ٦٠٪ وذلك بسبب ما أصابها من صعوبات مادية جسيمة بالارتفاع الحاد للأسعار، أقعدتها عن المضي في التنفيذ حسب الخطة المرسومة لسير المشروع، ولا خلاف بين الطرفين المتعاقدين في حدوث الشدة -بسبب الارتفاع الفاحش للأسعار- في كل العوامل المؤثرة في تنفيذ المشروع.

وقامت الشركة بمطالبة الوزارة برفع قيمة العقد بما يناسب الأسعار الجديدة، كما طالبت بتمديد مدة التنفيذ لتستطيع الشركة الوفاء بالتزامها، وإلا فإن الشركة سيحيق بها الدمار التام، وتفقد أي قدرة على تنفيذ المشروع(٢).

---

(١) ينظر: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي: ص٢٧-٢٨، علي أبو البصل، دار القلم، دبي، الإمارات، ط١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

(٢) ينظر: الجوائح وأحكامها: ص٢٨٨، سليمان بن إبراهيم الثنيان، دار عالم الكتب، الرياض، ط١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

هذا هو المثال بتمامه، وسأرجئ الكشف عن سلطة القاضي في تعديل هذا العقد وأمثاله حتى الانتهاء من التعريف ببقية العقود المستهدفة بالدراسة في هذا المقام وأبرز أحكامها؛ لاتفاقها جميعا من حيث سلطة القاضي إزاءها.

٢- عقد التوريد:

من العقود المستحدثة أيضاً، وقد جاء في تعريفه بأنه: عقد يلتزم به أحد طرفيه بتقديم أشياء معينة بصفة دورية أو مستمرة لقاء بدل يلتزم به الطرف الآخر(١).

وعرّفه الدكتور السنهوري رحمه الله تعالى بأنه: عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورّد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن(٢).

كما عرفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي بأنه: عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجّل كله أو بعضه.

*** وقد عرض المجلس لطائفة من أحكامه أبرزها:**

أ- إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه.

ب- أما إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل، **فهذا يتمّ بإحدى طريقتين:**

❁ **الأولى**: أن يعجّل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السَّلم فيجوز بشروطه المعتبرة شرعاً.

❁ **والثانية**: إن لم يُعجّل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا لا يجوز؛ لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين، أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتمّ البيع بعقد جديد أو بالتسليم(٣).

---

(١) عقد المقاولة والتوريد، علي أبو البصل: ص٢٠١.

(٢) نقلاً عن: عقد المقاولة والتوريد، علي أبو البصل: ص٢٠٠.

(٣) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته ١٢، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، عن موسوعة القضايا الفقهية، علي السالوس: ص٦٢٥.

ومن أمثلته: ما لو تعاقد شخص مع مؤسسة ما على توريد السمن أو الفحم إلى أحد الملاجئ لمدة سنة مثلاً، ثم تنشب الحرب فجأةً خلال هذه الفترة ويرتفع سعر البضاعة أضعافاً مضاعفة، مما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة بالمتعهد فيما إذا استمر على توريد البضاعة المتعاقد عليها بنفس السعر المحدد في العقد[1].

وسأعرض لسلطة القاضي إزاء ذلك قريباً بإذن الله تعالى كما أسلفت.

٣- عقد المناقصات:

عرّفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي بأنه: (طلب الوصول إلى أرخص عطاء لشراء سلعة أو خدمة تقوم فيها الجهة الطالبة لها دعوة الراغبين إلى تقديم عطاءاتهم وفق شروط ومواصفات محددة) وهي جائزة شرعاً سواء أكانت عامة أم محددة، داخلية أم خارجية، علنية أم سرية، ويجوز قصر الاشتراك في المناقصة على المصنفين رسمياً أو المرخص لهم حكومياً، ويجب أن يكون هذا التصنيف أو الترخيص قائماً على أسس موضوعية عادلة[2].

وسيأتي الحديث عن سلطة القاضي إزاء هذا العقد إن لحقه ظرف طارئ.

٤- عقد المزايدة:

هو عقد معاوضة يعتمد دعوة الراغبين نداءً أو كتابةً للمشاركة في المزاد ويتم عند رضا البائع، ويتنوع بحسب موضوعه إلى بيع وإجارة وغير ذلك، وبحسب طبيعته إلى اختياري كالمزادات العادية بين الأفراد، وإلى إجباري كالمزادات التي يوجبها القضاء وتحتاج إليه المؤسسات العامة والخاصة والهيئات الحكومية والأفراد.

وإن الإجراءات المتّبعة في عقود المزايدات من تحرير كتابي وتنظيم وضوابط وشروط إدارية أو قانونية يجب أن لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية[3].

---

(١) ينظر: محاضرات في القانون المدني، هشام القاسم: ص ١٨٠.

(٢) عن موسوعة القضايا الفقهية، علي السالوس: ص٦٢٥-٦٢٦.

(٣) مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيرى بيجوان، بروناي، دار السلام، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، عن موسوعة القضايا الفقهية، علي السالوس: ص٦٢٦-٦٢٧.

تلك هي أبرز أحكامه، وسيأتي الحديث عن سلطة القاضي إزاءه قريباً.

٥- عقد الصيانة:

هو عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صوره، وهو في حقيقته عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد.

ولهذا العقد صور عدة لا يسع المقام لبيانها بالتفصيل، وما يهم بيانه في تلك الصور أنه يشترط فيها جميعاً أن تُعيَّن الصيانة تعييناً نافياً للجهالة المؤدية إلى النزاع، وكذلك تُبيّن المواد إذا كانت على الصائن، كما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات[1].

تلك هي أبرز العقود المتراخية التنفيذ، والتي تعد عرضة للتأثر بالظروف الطارئة وخاصة في المجتمع السوري الذي يشهد انخفاضاً تدريجياً شديداً في عملته، وفيما يلي أعرض لسلطة القاضي إزاء هذه العقود التي سبق ذكرها وأمثالها مما لم يُذكر:

* سلطة القاضي في تعديل العقود المتراخية التنفيذ إذا لحقها ظرف طارئ تغيرت به قيمة النقد المتفق عليه فيها:

إذا حدث أن أُبرم عقد من هذه العقود قبل انخفاض قيمة الليرة وتمّ الاتفاق على التكاليف والأسعار، فلا شك أن بقاء ذلك الاتفاق والإلزام بتنفيذه على حاله سيشكّل عبئاً كبيراً على الجانب الملتزم بتنفيذ العقد كالمقاول والمورّد في ظل الانخفاض الشديد لقيمة الليرة، مما يؤدي إلى نشوب الخلاف بين المتعاقدين الملتزم والملتزم له.

وهنا يأتي دور القاضي في التدخل وإعمال سلطته التقديرية بما يتوافق مع مبادئ العدل وإزالة الضرر بحسب ما يراه ملائماً في ظل الظروف المحيطة.

---

(١) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة، البحرين، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، عن موسوعة القضايا الفقهية، علي السالوس: ص٦٢٨.

ومما يُلاحَظ في هذا الجانب أن قيمة الليرة انخفضت بشكل تدريجي على مدار خمس سنوات خلت ولم تنخفض دفعة واحدة، مما يُسهّل عمل القاضي في درء الخلاف بين المتعاقدين إذا تمّ رفع الأمر إليه، **وذلك باتباعه الخطوات الآتية في التعديل:**

١- تعديل العقد المتراخي التنفيذ بتأجيل تنفيذ التزاماته حتى زوال الظرف الطارئ، إذا رأى القاضي احتمال زواله في المستقبل القريب دون وقوع ضرر محقّق على العاقدين أو أحدهما.

وهو ما نص عليه القانونان المصري والسوري كذلك كما تقدم.

٢- بما أن قيمة العملة تهبط بشكل تدريجي إذا حدث ظرف طارئ في الأعم الأغلب، فإن بإمكان القاضي تعديل حقوق العقد المتراخي التنفيذ والتزاماته بما يتلاءم مع ذلك الهبوط التدريجي للقيمة إذا تمّ رفع الأمر إليه في بداية حدوثه، بمعنى أنه بمجرد حصول الهبوط الذي غالباً ما يكون يسيراً في بداياته، فإنه يقضي فيما تمّ تنفيذه من العقد بما تمّ الاتفاق عليه وقت إبرامه؛ إذ لا ضرر يُذكر في بداية هبوط قيمة العملة.

أما بالنسبة لما لم يتم تنفيذه من العقد المتراخي التنفيذ، فإنه يقضي بتعديله بما يزيل الضرر المتوّقع وقوعه على الطرفين، وذلك بعقد صلح بين طرفيه على أن يتم توزيع الخسارة الناجمة عن تغير قيمة النقد بين الطرفين بالتساوي، وذلك تخريجاً على مسألة الصلح على الأوسط التي نادى بها العلامة الفقيه ابن عابدين رحمه الله تعالى في الحالة الخاصة التي حدثت في زمانه وتم بيانها بالتفصيل فيما سبق[١].

وقد أخذ القانونان المصري والسوري أيضاً بمبدأ توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد بتفصيل سبق بيانه[٢].

---

(١) ينظر: ص ٢٤٨-٢٤٩.

(٢) ينظر: ص ٣٠٥ وما بعدها.

٣- فسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى القاضي في الفسخ حلاً ملائماً حسب الظروف المحيطة بالقضية مع الحكم بتعويض عادل للطرف المتضرر من الفسخ، دون أن يتسبّب التعويض في إرهاق الطرف الاخر، ثم بإمكان العاقدين الجلوس من جديد لإبرام عقد جديد بينهما بما يتوافق مع التغيّر الحاصل في الأسعار، إما بزيادة التكلفة بما يوازي الهبوط في قيمة العملة، أو بالاتفاق على عملة أخرى أكثر ثباتاً من العملة المتغيرة.

ومما يجدر التنبيه إليه أن فسخ العقد القديم ثم اللجوء إلى إنشاء عقد جديد بالتزام جديد من الحلول التي لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، وبالمقابل لا يُعدّ الفسخ حلاً متاحاً للقاضي في القانونين المصري والسوري كما سبق بيانه، فلا يملك القاضي في القانونين سوى تعديل التزامات العقد بتوزيع عبء الخسارة الناجمة عن الظرف الطارئ بين طرفيه[1].

٤- إذا لم يرفع المتعاقدان الأمر إلى القاضي مع بداية هبوط قيمة العملة، وتمَّ المضي في تنفيذ العقد في ظل الإرهاق الشديد الناجم عن ارتفاع الأسعار، حتى انتهى الأجل المتفق عليه دون أن يتمكن الطرف الملتَزِم من تنفيذ كامل التزاماته نظير الصعوبات المادية الجسيمة التي لحقته جراء ارتفاع الأسعار، مما حال دون تنفيذ العقد حسب الخطة المرسومة وقت إبرام العقد وذلك كما حصل في المثال الذي سبق عرضه في عقد المقاولة، عندما أبرمت إحدى شركات المقاولات في المملكة العربية السعودية مع وزارة المواصلات عقداً لإنشاء ورصف أحد الطرق بمبلغ معين، ثم حدث ارتفاع حاد في الأسعار حال دون تمكّن الشركة من إتمام المشروع في الوقت المتفق عليه، مما حدا بالشركة إلى مطالبة الوزارة برفع قيمة العقد بما يتناسب مع الأسعار الجديدة، وكذلك تمديد مدة التنفيذ.

فللقاضي في هذه الحالة -لدى حدوث نزاع بين المتعاقدين ورفْع الأمر إليه- أن يعدّل من التزامات العقد بما يزيل الإرهاق عن الطرف المتضرر بالتوازي مع التغيّر الحاصل في قيمة العملة، ويتم ذلك بعقد صلح بين الطرفين للوصول إلى حل يزيل الضرر عنهما إما بتوزيع

(١) ينظر: ص٣٠٧.

الخسارة الناجمة عن تغير الأسعار بين الطرفين، أو أن يبادر الطرف الملتَزَم له بزيادة مبلغ الالتزام بما يزيل الإرهاق عن الطرف الملتَزِم والتراضي بناء على ذلك، كما يقوم القاضي بتعديل أجل الالتزام وإمهال الطرف الملتَزِم حتى يزول الإرهاق عنه ويتمكن من متابعة التنفيذ، قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة:٢٨٠].

وقد حظي موضوع الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تعديل العقود بسببها بالبحث في مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة سنة ١٤٠٢هـ، وأصدر قراراً مفصلاً سبق بيانه فلا داعي لإعادته[1].

كما تمّ النص على هذا الموضوع في المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري، والمادة (١٤٨) من القانون المدني السوري كما سبق مفصلاً[2].

وبهذا الكلام يُختتم الحديث في هذا الفصل الذي نال نصيباً وافراً من البحث لم يكن في الوسع تفاديه والله تعالى أعلم.



(١) ينظر: ص٢٦٥ وما بعدها.

(٢) ينظر: ص٣٠٤.

الفصل الثالث:

سلطة القاضي

في تعديل عقد الإذعان

الفصل الثالث

سبق الحديث فيما مضى عن مَبْدَأَي «الإرادة» و«القوة الملزمة للعقد» وأن لطرفي العقد الإرادة في إنشاء العقود تحت مظلة أحكام الشريعة الإسلامية، التي وسّعت على الفرد في إبرام العقود التي يحتاج إليها في سبيل العيش الكريم، والسعة في الرزق الحلال الطيب، بشرط اجتناب ما حظره الشرع ونهى عنه.

ولقد أحاطت الشريعة الإسلامية العقود بسياج منيع؛ لضمان تنفيذها على النحو الذي ارتضاه طرفا العقد لدى إبرامه، دون تدخلٍ من أيّة جهة مهما علت سلطتها، مما يعني وجوب التزام الطرفين بأحكام الشرع ومبادئه الثابتة الراسخة، والتي تكفل لكلّ منهما مقابل ذلك حفظ حقوقه ورعاية مصالحه.

ولضمان سير العقود والمعاملات بين الناس على ما تقتضيه أحكام الشرع، فقد وجّهت الشريعة الإسلامية القاضي بالتدخل في العقد في حالات محددة، إذا بدا عليه اختلال في ميزان العدالة بين حقوق عاقديه، سواء أكان مصدر الاختلال أحد العاقدين، كما في حالتي الغبن والاستغلال -محل الحديث في الفصل الأول من الرسالة- أم كان مصدره سبباً خارجاً عن إرادة عاقديه، كما في حالة الظروف الطارئة -محل الحديث في الفصل الثاني- ويصل بنا الحديث في هذا الفصل إلى حالة أخرى من حالات الاختلال في ميزان العدالة في العقد بسبب أحد عاقديه، بحيث تطغى مصلحته على مصلحة الطرف الآخر، مما يستدعي تدخل القاضي في العقد بغرض تعديله بما يعيد إليه التوازن بين مصلحة طرفيه، ويُطلق على هذه الحالة مصطلح «الإذعان» وهو بلا ريب مصطلح حديث، يستدعي بداية الكشف عن ماهيته وأبرز التفصيلات المتعلقة به؛ للوقوف على حقيقته، ومدى إمكانية تخريجه على أحكام الفقه الإسلامي ومبادئه الراسخة وقواعده الثابتة الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.

ولا يخفى أن طبيعة الخوض في مثل هذه المواضيع تستدعي الحديث بداية عما ورد بشأنها في التشريعات الحديثة؛ للوقوف على حقيقتها بشكل دقيق، كونها انتشرت بوصفها مواضيع مستجدة قد يظن ظان أن لا قِبل لأحكام الفقه الإسلامي بها، لذا بات من الضروري عرض هذا الموضوع -عقد الإذعان- كما أفصحت عنه القوانين الحديثة ابتداء، ثم النظر في مدى معرفة الفقه الإسلامي به ولاسيما بسلطة القاضي فيه، لملامسته موضوع هذه الرسالة.

وإن الحديث عن سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان لا يستقيم قبل الإفصاح عن ماهيته، وعن جزئيات أخرى لابد من التدرج من خلالها حتى الوصول إلى سلطة القاضي في تعديله، كي تبدو الصورة جلية واضحة.

وبناء على ذلك تمّ توزيع هذا الفصل على أربعة مباحث، عرضت في كل مبحث لرأي القانون أولاً ولاسيما القانونين المصري والسوري -محل المقارنة في هذه الرسالة- كي يظهر المقصود بالجزئية المطروحة بناء على رأي أهل القانون، ثم خصّصت المساحة الأكبر والأهم لمدى معرفة الفقه الإسلامي بتلك الجزئية، للتأكيد على سعة أحكام هذا الفقه العظيم، وشمول مبادئه وقواعده لكل ما قد يستجد عبر الزمان، **وهذه المباحث كالآتي:**

❖ **المبحث الأول:** مفهوم عقد الإذعان وكيفية ظهوره.

❖ **المبحث الثاني:** تكييف عقد الإذعان وضوابطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

❖ **المبحث الثالث:** أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

❖ **المبحث الرابع:** نماذج لأبرز التطبيقات المعاصرة لعقد الإذعان وسلطة القاضي في تعديله.



المبحث الأول:

مفهوم عقد الإذعان وكيفية ظهوره

إن مصطلح «الإذعان» مصطلح مستحدث من حيث لفظه لا معناه، بمعنى أن هذا المصطلح هو وليد التطورات الاقتصادية المتلاحقة في النظم القانونية الحديثة، ولم يكن معروفاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية، حاله في ذلك حال كثير من المصطلحات التي عُرفت مؤخراً لدى أرباب القوانين الوضعية، بالرغم من وجود صورها وتطبيقاتها مسطورة في إرثنا الفقهي العظيم، ذي المبادئ المتينة والقواعد الرصينة الشاملة لكل ما قد يستجد عبر الزمان.

وبناء على ذلك فلا جدوى في البحث عن تعريفٍ بهذا المصطلح في المصادر الفقهية الأصيلة في هذا المقام، وإنما يُرام الإفصاح عن تطبيقاته ونظائره المعروفة في الفقه الإسلامي منذ قرون عدة، وكما هو معروف في قواعد الفقه الإسلامي فإن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وهو ما سيتم بيانه بتفصيل ملائم في المبحث الثاني بإذن الله تعالى.

أما بالنسبة لهذا المبحث، فيتطرق للمفهوم اللغوي لعقد الإذعان، ومن ثَمّ لمفهومه في الاصطلاح القانوني، قبل الكشف عن كيفية ظهوره في القوانين الوضعية، **وذلك في مطلبين:**

- المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان في اللغة والاصطلاح القانوني.
- المطلب الثاني: كيفية ظهور عقد الإذعان وتطوره في القوانين الحديثة.



المطلب الأول:

مفهوم عقد الإذعان في اللغة والاصطلاح القانوني

• **أولاً**: مفهوم عقد الإذعان في اللغة:

سبق بيان معنى العقد في اللغة في الفصل التمهيدي للرسالة(١).

*** أما الإذعان لغة فهو كالآتي:**

«ذعن» الذال والعين والنون أصل واحد يدل على الإصحاب والانقياد، والإذعان: الإسراع مع الطاعة، تقول: أَذْعَنَ لي بحقي، معناه: طاوَعَني لِما كنتُ أَلتَمِسه منه، وصار يسرع إليه، ومُذعِنين: مطيعين غير مستكرَهين، وقيل: منقادين، وأَذعَنَ لي بحقي: أقرّ به، وأمْعَن به، أي أقرّ طائعاً غير مُستكرَه.

والإذعان أيضاً: الانقياد، وأذعَنَ الرجل: انقادَ وسَلَس، وبناؤه: ذَعَنَ يُذْعِن ذَعْناً، وأذعنَ له: خضع وذلّ، وناقة مِذْعَان: سَلِسَة الرأس، منقادة لقائدها.

وأذعنَ بالطاعة: أقرّ بها، وفي كتاب الله: ﴿وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلْحَقُّ يَأْتُوٓاْ إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾ [سورة النور: ٤٩]، أي: مقرّين خاضعين، وقيل: مسرعين(٢).

○ إذن فالإذعان لغة يأتي لعدة معانٍ، **أهمها**:

١- الخضوع والذل والانقياد.

٢- الإقرار بالشيء من حق أو غيره.

٣- الإسراع في الطاعة.

---

(١) ينظر: ص ٤١.

(٢) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٣/ ١٧٢، ومعجم مقاييس اللغة، ابن فارس: ٢/ ٣٥٥، والقاموس المحيط، الفيروزآبادي: ص ١٥٧٤، وتهذيب اللغة، الأزهري: ٢/ ١٩٢، والأفعال: ١/ ٣٩٠، أبو القاسم علي بن جعفر السعدي، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م، وأساس البلاغة: ١/ ٢٠٥، أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

وتدور كلها حول معنى الطاعة، ولكن من علماء اللغة كما هو واضح من خصّ معنى الطاعة المستفاد من كلمة «الإذعان» بالطاعة الصادرة عن إكراه، ومنهم من جعلها عامة، سواء أكانت صادرة عن إكراه أم صادرة عن رضا دون إكراه.

• **ثانياً**: مفهوم عقد الإذعان في الاصطلاح القانوني:

لم يضع المشرع في القانونين المصري والسوري -محل المقارنة في هذه الرسالة- تعريفاً لعقد الإذعان، تاركاً ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء.

ومعلوم أن الأصل في التعاقد أن يتّسم في إجرائه بحرية النقاش والمساومة، بحيث تُترك لكل من طرفيه الفرصة في جعْل الآخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه، بيد أن ثمة نوعاً من العقود يشذّ عن هذا الأصل، فلا تجري المساومة أو المناقشة في شروطه، وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط سلفاً ويعرضها على جمهور الناس، فلا يكون أمام من يريد إبرام الصفقة إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، بحيث يكون قبوله إياها أقرب إلى التسليم والرضوخ والإذعان منه إلى المشيئة والرضا، ومن هنا أتت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان.

وأول من استعمل مصطلح «عقد الإذعان» في اللغة القانونية العربية هو الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري رحمه الله تعالى -على ما ذكر بعض القانونيين- ترجمةً للاصطلاح الفرنسي بدلاً من عقد الانضمام؛ لأن الإذعان يشير إلى معنى الاضطرار في القبول، وقد لاقت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء وتشريع[1].

ولقد وضع فقهاء القانون تعريفات مختلفة لعقد الإذعان، وإن كانت تقوم على أساس واحد وهو انعدام المساومة والمناقشة بين طرفيها كما سبق.

(١) ينظر: محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٩١، والقيود الواردة على مبدأ الإرادة، حمدي سلطح: ص ١٧٥.

*** ومما ورد في تعريفه لدى شُرّاح القانون المدني المصري:**

١- **عقد الإذعان**: هو العقد الذي يسلّم فيه القابل بشروط مقرّرة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها(١).

٢- **عقد الإذعان**: هو العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه، بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها كلها، فليس له أن يناقش هذه الشروط، أو يضيف إليها، أو ينقص منها(٢).

٣- **عقود الإذعان**: هي العقود التي يضع شروطها الجوهرية مقدماً أحد طرفيها، ليتعامل بها مع كل من يرغب في التعامل معه(٣).

*** أما بالنسبة للقانون المدني السوري، فمما ورد عن شُرّاحه:**

عقد الإذعان: هو العقد الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما -ويسمى بالطرف القوي- محتكراً لسلعة أو مرفق من السلع والمرافق الحيوية، فيفرض شروطه على الطرف الآخر -ويسمى بالطرف الضعيف أو المذعن- دون أن يسمح له بمناقشته فيها أو التفاوض معه عليها، بحيث لا يكون أمام الطرف الضعيف إلا أن يقبل التعاقد بالشروط التي وضعها الطرف القوي، أو يمتنع عنه، وبما أن العقد يتعلق بسلعة أو مرفق حيوي يحتكره الطرف القوي، ولا يُستطاع الاستغناء عنه، فلا يجد الطرف الضعيف بداً من الإذعان لمشيئة هذا الطرف القوي والتعاقد معه بالشروط التي يفرضها(٤).

---

(١) محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٩١.

(٢) هذا التعريف هو للأستاذ الدكتور لاشين الغاياتي، ينظر: القيود الواردة على مبدأ الإرادة، حمدي سلطح: ص ١٧٥.

(٣) معجم المصطلحات القانونية: ص ١٦٣، أحمد زكي بدوي، دار الكتاب المصري، القاهرة، ط١، ١٩٨٩م.

(٤) محاضرات في القانون المدني، هشام القاسم: ص ١٨١.

وبناء على هذه التعريفات، اتّضح أن عقد الإذعان يتحقق عندما لا يكون طرفاه في مركز واحد، بل يكون أحدهما في المركز الأعلى وهو الذي يضع شروط العقد، بينما يكون الآخر في المركز الأدنى فليس له أن يناقش هذه الشروط أو يضيف إليها أو ينقص منها، فهو إما أن يقبل أو يدع، فالطرف صاحب المركز الأدنى من الناحية النظرية يملك أن يتعاقد أو لا يتعاقد، بيد أنه من الناحية العملية مجبر على الدخول في التعاقد؛ لأنه يجد نفسه واقعاً أمام محتكر قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تُعدّ ضرورية في الحياة، فالقابل بلا ريب مضطر إلى قبول الإيجاب الموجه إليه، والمفروض عليه وعلى غيره من الأفراد المنتفعين أو المستهلكين، وهذا ما يسمى بالتعاقد بطريق الإذعان[1].

ولهذا العقد أمثلة عدة، منها عقد الاشتراك في شركة الكهرباء والمياه والغاز والهاتف، وعقود النقل المختلفة، وعقود التأمين بأنواعه المختلفة، وعقد العمل في الصناعات الكبرى، وعقود الوكالات الحصرية للسلع الضرورية، وغيرها.

تلك هي أبرز التعريفات الواردة لدى شراح القانونين المصري والسوري لعقد الإذعان، وهي وإن اختلفت لفظاً فإنها متفقة في المعنى، ومنسجمة مع المعاني اللغوية لكلمة «إذعان» والتي -كما سبق- تدور حول الانقياد والخضوع والإقرار والإسراع في الطاعة.



(١) القوة الملزمة للعقد، وليد صلاح رمضان: ص ٦٨٧-٦٨٨، وينظر: محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ٩١-٩٢.

المطلب الثاني:

كيفية ظهور عقد الإذعان وتطوره في القوانين الحديثة

يعرض هذا المطلب لكيفية ظهور عقد الإذعان وتطوره في القوانين الحديثة، ولاسيما في القانونين المصري والسوري، بناء على ما ذكره أهل القانون في هذا الصدد، **وذلك في البيان الآتي:**

لقد حظي مبدأ حرية التعاقد -سلطان الإرادة- خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بقدر كبير من التقديس، وكان ذلك في ظروف القبول العام لنظرية الحرية الاقتصادية، وساد النظر إلى حرية التعاقد وحرية التصرف في الملك بوصفهما أهم مظاهر الحرية السياسية.

ويُقصد بحرية التعاقد -مبدأ سلطان الإرادة- على وجه العموم أن الإرادة وحدها تكفي لإنشاء الالتزام، فتوافق إرادتين كاف لإبرام العقد، كما أن إرادة الطرفين هي التي تحدد ما يترتب على هذا العقد من آثار، لذا فإن من يوقع على عقد -في ظل حرية التعاقد- من العقود المكتوبة دون أن يقرأ مضمونه أو يعرفه، يصبح ملزماً بجميع شروطه مهما كانت ظالمة أو ضارة.

- **وتقوم حرية التعاقد على دعامتين:**

➢ **أولاهما:** حرية الاختيار، فلا سلطان على الطرفين في التعاقد ولا في تحديد الالتزامات الناجمة عنه، ولا يوجد شكل معين تصب فيه هذه الإرادة، وبالتالي يقتصر دور القانون على ضمان تنفيذ ما توصل إليه الطرفان.

➢ **والثانية:** إعمال نية المتعاقدين وقصدهما، فليس للقاضي أن يتدخل لتعديل ما أراده الطرفان، ولا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق المتعاقدين، طبقاً لقاعدة: (العقد شريعة المتعاقدين) وعلى القاضي أن يبحث دائماً وهو بصدد تفسير العقد عن الإرادة الحقيقية لطرفي العقد.

ولقد استمر نجم مبدأ حرية التعاقد في الصعود حتى الربع الأخير من القرن التاسع عشر، حيث بدأ يتقلص ويتراجع بسبب تأثير المبادئ الاشتراكية التي أخذت تسود المجتمع، وذلك لأن الحرية المطلقة التي كان يتمتع بها الأفراد في التعاقد وغيره استُغلت استغلالاً سيئاً،

فتكدست الثروة القومية في يد قلة من أبناء كل دولة سيطروا على الأرزاق، وفرضوا إرادتهم على كل من يتعامل معهم سواء في صورة عامل يبحث عن عمل، أو مستهلك يسعى إلى إشباع حاجاته وحاجات أسرته، وبذلك ظهر التحكم في تحديد أسعار السلع والخدمات، وأخذت القيود تتوالى على مبدأ حرية التعاقد.

ولقد ترتب على انتكاص مبدأ حرية التعاقد وتراجعه العديد من النتائج، **من أهمها**: ظهور نظم للعقود الجبرية -عقود الإذعان- والعقود الموجهة.

وبناء على ما سبق يمكن القول: إن عقود الإذعان نشأت في الفكر القانوني المعاصر نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قيام قوى هائلة باتت تتحكم في أرزاق الناس وحاجاتهم الضرورية عن طريق الاحتكار أو ما يقاربه من إضعاف أثر المنافسة، وقد ساعد على ذلك أن مدنية العصر اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة أصبحت من لوازم الحياة، وتتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموال طائلة، لا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة، يغلب ألا تجد لها منافساً، وإن وجدته هادنته لتتوافق معه على توحيد الشروط في تقديم الخدمات، الأمر الذي يضعف أثر المنافسة بينهما، إن لم يزل كلية، ومن أمثلة هذه الحاجات: المياه والكهرباء والغاز، والنقل بمختلف أنواعه، والعمل في المشروعات الكبرى، والتأمين وغيرها.

ولقد كان من نتيجة تسلط القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة لحياة الناس، أنها دأبت في تعاملها مع الأفراد على عرض أو تقديم تلك السلع والخدمات بشروط تنفرد بوضعها، ولا تقبل من الأفراد مناقشة فيها، وليس لهؤلاء الأفراد إلا أن يقبلوها جملة، أو يرفضوها جملة.

وهكذا عرف عالم القانون ضرباً جديداً من ضروب التعاقد يأبى المساومة ويمنع النقاش، ويقوم بين طرفين، **أحدهما**: بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي أو الاجتماعي، **والآخر**: ضعيف أمامه، لا يملك لشدة حاجته إلى التعاقد معه إلا أن يسلم بشروطه، ويرضخ لإرادته، ويذعن لمشيئته.

*** ولقد عالج القانونان المصري والسوري عقود الإذعان في ثلاثة نصوص:**

الأول: نص المادة (١٠٠) من القانون المصري، و(١٠١) من القانون السوري: في شأن القبول الذي ينعقد به عقد الإذعان.

الثاني: نص المادة (١٤٩) من القانون المصري، و(١٥٠) من القانون السوري: الذي يمنح القاضي سلطة الإعفاء من الشروط التعسفية التي قد يحتويها عقد الإذعان.

الثالث: نص المادة (١٥١) من القانون المصري، و(١٥٢) من القانون السوري: في شأن تفسير العبارات الغامضة في العقد[1].

وسيرد الحديث عن هذه النصوص وتفصيلاتها في المبحث الثالث بإذن الله تعالى.



(١) بتصرف من: العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: ص ٤٧ وما بعدها، حسني محمود عبدالدايم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٧م، ومكافحة الشروط التعسفية في العقود: ص ٩ وما بعدها، بودالي محمد، دار الفجر، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م.

المبحث الثاني:

تكييف عقد الإذعان وضوابطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سبق في المبحث الأول تسليط الضوء على مفهوم عقد الإذعان وكيفية ظهوره وتطوره في القوانين الحديثة، وسيُضم لذلك في مطلع هذا المبحث تكييف هذا العقد وضوابطه في القانون أيضاً، ثم نأتي بعد ذلك على تكييفه في الفقه الإسلامي بعد أن تتضح صورته تماماً كما بيّنها أرباب القانون؛ كون هذا المصطلح «الإذعان» قد ظهر ابتداء في القانون بلفظه لا معناه.

ولنترك المجال للسطور الآتية للإفصاح عن هذا الأمر بشكل جلي، وذلك من باب التدرج في عرض الموضوع حتى الوصول إلى النقطة الرئيسية في هذا الفصل وهي سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، وذلك في المبحث الثالث بإذن الله تعالى.

*** وقد تم توزيع محتوى هذا المبحث على ثلاثة مطالب كالآتي:**

- المطلب الأول: تكييف عقد الإذعان وضوابطه في القانون الوضعي.
- المطلب الثاني: تكييف عقد الإذعان وضوابطه في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: تكييف عقد الإذعان وضوابطه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



المطلب الأول:

تكييف عقد الإذعان وضوابطه في القانون الوضعي

* **تم توزيع البحث في هذا المطلب على فرعين:**

- **الفرع الأول**: تكييف عقد الإذعان في القانون الوضعي.
- **الفرع الثاني**: ضوابط عقد الإذعان في القانون الوضعي.



- **الفرع الأول**: تكييف عقد الإذعان في القانون الوضعي

ثمة اختلاف في القانون الوضعي حول طبيعة عقود الإذعان، ويعود السبب في ذلك الاختلاف إلى الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان، **وفقهاؤه منقسمون في ذلك إلى مذهبين رئيسيين، كالآتي:**

❁ **المذهب الأول**: وهو لقلة من فقهاء القانون المدني، وكثرة من فقهاء القانون العام، ومفاد هذا المذهب: أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية؛ لأن القبول فيها مجرد إذعان ورضوخ، أما العقد الحقيقي فهو عبارة عن توافق إرادتين عن حرية واختيار، ولهذا تعد عقود الإذعان بمثابة قانون يُفرض على الناس فرضاً، فيجب أن يُفسّر كما يُفسّر القانون، ويراعى في تطبيقها مقتضيات العدالة وحسن النية، ويُنظر فيها إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضعت لتنظيمها، فلا يطلق عليها مسمى العقود، وإنما يُطلق عليها «المركز القانوني المنظم».

وحججهم في ذلك: أن هذا العقد لا تتوافر فيه الإرادة التعاقدية، وهي الإرادة المشتركة، ولا توجد فيه المساواة التي تفرضها فكرة العقد، والنقاش فيه معدوم، وقبول المذعن فيه لا يكون عن حرية وبينة، كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية[1].

---

(١) ينظر: مصادر الحق، السنهوري: ١/ ٧٥-٧٦، وعقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مقال للدكتور نزيه حماد: ص ٥٦، مجلة العدل، الصادرة عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، السنة: السادسة، العدد: ٢٤، شوال ١٤٢٥هـ، وعقد الإذعان، مقال للدكتور عبدالمنعم الصدة: ص ٢٤٨، مجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية شرطة دبي في الإمارات العربية المتحدة، السنة: الرابعة، العدد: ١، شعبان ١٤١٦هـ- يناير ١٩٩٦م.

ويرى أصحاب هذا المذهب -الذين ينفون عن عقود الإذعان الصفة العقدية- أن عقود الإذعان تقوم وتتميز باجتماع عناصر ثلاثة تُخرجها من النظام العقدي، **تتمثل في الآتي:**

- **أولاً**: عنصر العمومية:

يرتبط هذا العنصر بصفة الإيجاب في عقود الإذعان، أو بالأحرى بصفة المشارطة، فهذه الأخيرة دائماً ما تكون عامة وليست موجهة إلى شخص معين، بل تُوجّه إما إلى الجمهور بوجه عام، وإما إلى طائفة من هذا الجمهور ذات خصائص محددة بالعبارات والشروط نفسها، وفضلاً عن ذلك فإن مثل هذا الإيجاب أو هذه المشارطة تكون لها صفة الاستمرار، لأنه تمّ من أجل أن يظل قائماً خلال مدة معينة، ومن أمثلة ذلك: الإيجاب في عقد النقل بوسائله المختلفة بالسكك الحديدية، أو بالسيارات العامة، أو بالطائرات، وكذلك الإيجاب في التعاقد مع شركات الغاز والكهرباء والماء والهاتف، وكذلك الإيجاب في عقد التأمين بمقتضى عقد نموذجي، ففي الأمثلة السابقة كلها الإيجاب موجه إلى أشخاص غير معينين، وقد تم من أجل أن يستمر لمدة غير محدودة.

- **ثانياً**: عنصر الإكراه:

يتمثل هذا العنصر في النفوذ الاقتصادي القوي للمشترط، فهذا النفوذ هو الذي يفسر الإخلال الواضح في المساواة بين المشترط والمذعن في ميزان العقد، ويُفسّر هذا التفاوت بين الطرفين على أنه ذو طابع اقتصادي لا يعيب الإرادة، فالمشارطة موجهة كي يذعن لها -في مجملها- الطرف الآخر دون مناقشة.

- **ثالثاً**: عنصر الإذعان:

يمثل هذا العنصر في الواقع موقف الموجب له، أي من وُجّه إليه الإيجاب، أو من وُجّهت إليه المشارطة التي تتسم بالعمومية والإجبار، فلا يملك الطرف المذعن بهذا التصرف سوى الإشارة إلى قصده بالخضوع لشروط المشارطة وتعليماتها التي تقابل الإيجاب في عقود التراضي.

وبناء على ذلك فإن عنصر الإذعان لا يتعلق بتكوين عقد الإذعان، وإنما هو مجرد استيفاء لشرط ضروري لتنفيذ المشارطة من جانب المشترط ذاته.

فالإذعان إذن لا يعبّر -وفقاً لهذا المذهب- عن أية إرادة حرة واعية مستنيرة من جانب المذعن، وبالتالي لا تعد المشارطة عقداً بالمعنى الفني الدقيق[1].

❁ **المذهب الثاني**: للكثرة من فقهاء القانون المدني، وهو المقرر في القانونين المصري والسوري، ويرى أصحاب هذا المذهب أن عقود الإذعان هي عقود حقيقية تتم بتوافق إرادتين، وتخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود؛ لأن القانون لا يشترط في تكوين العقد أن تسبقه مناقشة أو مفاوضة أو مساومة أو مراوضة بين طرفيه، ومهما قيل من أن أحد العاقدين ضعيف أمام الآخر في عقود الإذعان، فالأمر لا يعدو أن يكون ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية؛ إذ المساواة القانونية متحققة فيها، والتراضي متوافر فيها، والطرف المذعن يدخل فيها برضاه، دون إجبار أو إكراه أو إلزام، أما كونها قد تشتمل على ظروف تعسفية أو آثار مجحفة لصالح الطرف الموجب، فإن ذلك لا ينفي عنها الصفة العقدية، ولكنه يستدعي تدخل القضاء بتعديل أو إلغاء ما تضمنته من جور أو تعسف[2]، وهذا ما سيتم بحثه في المبحث الثالث بإذن الله تعالى.

وبذلك تم توضيح المذهبين الأساسيين في تكييف عقد الإذعان في القانون الوضعي، وثمة آراء وسط بين هذين الرأيين، تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من قدر تعاقدي أو غير تعاقدي، فمن تلك الآراء ما يقرب من الرأي الأول، فيرى أن العقد ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة، وإن كان يخلع عليه وصف العقد.

---

(١) ينظر: العقود الاحتكارية، حسني عبدالدايم: ص ٦٠ وما بعدها، والقيود الواردة على مبدأ الإرادة، حمدي سلطح: ص ١٧٨.

(٢) ينظر: مصادر الحق، السنهوري: ١/ ٧٦، وعقود الإذعان في الفقه الإسلامي، نزيه حماد: ص ٥٦-٥٧، وعقد الإذعان، عبدالمنعم الصدة: ص ٢٤٨-٢٤٩، والقيود الواردة على مبدأ الإرادة، حمدي سلطح: ص ١٧٨-١٧٩.

ومنها ما يقف في منتصف الطريق بين الفكرتين التعاقدية وغير التعاقدية، فينظر إلى عقد الإذعان على أنه خليط من جزأين، أحدهما تعاقدي، والآخر لائحي.

ومنها ما يقرب من الفكرة التعاقدية، فيفرق في العقد بين الشروط الجوهرية والتبعية.

ويرى أهل القانون أن الطريقة التي يتم بها توافق الإرادتين في عقد الإذعان ليست إلا ثمرة تطور محسوس في الفن التعاقدي، ذلك التطور الذي جاء نتيجة للتطور الحاصل في الحياة الاقتصادية الحديثة، ولهذا فإن هذه الطريقة لم تقتصر على عقد الإذعان، بل تنسحب على عقود أخرى كثيرة تتم بمجرد انضمام من القابل لا نقاش فيه، كما هو الوضع في المشتريات بأسعار محددة في المحال الكبرى، وإن الإكراه الاقتصادي أي حالة الضرورة التي تحمل الطرف المذعن على التعاقد لا يعد ضغطاً غير مشروع، ولا أثر له في صحة التراضي[1].

تلك هي أبرز التفصيلات الواردة في القوانين الوضعية بشأن التكييف القانوني لعقد الإذعان.



■ **الفرع الثاني**: ضوابط عقد الإذعان في القانون الوضعي

أعرض فيما يلي لأبرز الضوابط أو الشروط أو الخصائص التي يقوم عليها عقد الإذعان في الاصطلاح القانوني، **وهي**:

١- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية بالنسبة إلى عموم المستهلكين أو المنتفعين، لا إلى فرد بعينه، بحيث لا يمكنهم الاستغناء عنها في حياتهم، وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة ضرورية، مسألة واقع، فهي تدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية، ولا رقابة عليه من محكمة النقض، كما لو كان موضوع العقد متعلقاً بإدخال الماء أو الكهرباء أو الغاز أو الهاتف أو النقل ونحو ذلك، أما إذا كانت السلعة أو الخدمة من غير الضروريات فلا يعد العقد عقد إذعان.

(١) ينظر: عقد الإذعان، عبدالمنعم الصدة: ص ٢٤٨-٢٤٩.

٢- احتكار الموجب لتلك السلع أو المرافق أو المنافع احتكاراً قانونياً، أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

ومثال الاحتكار القانوني: شركات الكهرباء والماء والهاتف، ومثال الاحتكار الفعلي: تفرد الموجب بالإنتاج، أي بإنتاج سلعة ضرورية في بلد معين، ومثال السيطرة التي تجعل المنافسة شكلية محدودة: تكتل المنتجين واتفاقهم وتوحيد شروطهم، كما في شركات التأمين.

أما إذا لم يتوافر الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة، فلا نكون بصدد عقد إذعان، ولذلك فإن عقود المقاولات والأشغال العامة، وكذلك عقود إيجار المساكن والأراضي الزراعية لا تعد عقود إذعان، وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها.

٣- انفراد الموجب لها بوضع تفاصيل العقد وشروطه وآثاره، دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في ذلك، أو أي حق في مناقشتها، أو إلغاء شيء منها، أو تعديله.

فالموجب يعرض إيجابه في شكل بات نهائي، لا يقبل أية مناقشة فيه، والطرف الآخر لا يسعه إلا أن يذعن فيقبل؛ إذ لا غنى له عن التعاقد لحاجته الماسة إلى تلك السلع أو الخدمات أو المنافع، فالقبول إذن في عقد الإذعان عبارة عن رضوخ وتسليم بالشروط التي وردت في الإيجاب، مما يعني أنه أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، وهو مع ذلك قبول حقيقي يتم به العقد، وفي ذلك تنص المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري، و(١٠١) من القانون المدني السوري على: (أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل مناقشة فيها).

٤- إن الإيجاب في عقود الإذعان هو إيجاب موجه إلى الجمهور كله، وليس إيجاباً موجهاً إلى شخص معين بذاته، كما أنه إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر، ولذلك يكون ملزماً لمدة أطول بكثير مما عليه الحال في عقود المساومة الحرة[1].

(١) ينظر: مصادر الحق، السنهوري: ١/ ٧٥، وعقود الإذعان في الفقه الإسلامي، نزيه حماد: ص ٥٧-٥٨، وعقد الإذعان، عبدالمنعم الصدة: ص ٢٤٤-٢٤٥، والقيود الواردة على مبدأ الإرادة، حمدي سلطح: ص ١٨٠، والقوة الملزمة للعقد، وليد صلاح رمضان: ص ٦٨٩، والعقود الاحتكارية، حسني عبدالدايم: ص ٣٧ وما بعدها، ومحاضرات في القانون المدني السوري، هشام القاسم: ص ١٨١.

تلك هي أبرز ضوابط عقد الإذعان وخصائصه التي تميزه عن غيره، والتي تتجلى من خلالها الفكرة الجوهرية في عقد الإذعان.

ومن خلال هذه الضوابط أو الخصائص تبيّن أن الطرف القوي في عقود الإذعان يمكن أن يكون دولاً، كما هو الشأن في شركات الطيران والمواصلات والاتصالات والكهرباء والمياه والمستشفيات، وغير ذلك من المرافق والشركات التي تملكها الدولة وتبيعها على المواطنين، أو تؤجرها لهم وفق شروط تنفرد الدولة بوضعها وصياغتها، دون تشاور مع الأفراد الذين تتعامل معهم.

كما يمكن أن يكون الطرف القوي في عقود الإذعان قطاعات أعمال متمثلة في الشركات والمؤسسات التجارية الخاصة التي يملكها الجماعات، وتوفر من خلالها الخدمات العامة، كشركات التأمين، وشركات النقل الجماعي، وشركات السيارات، وشركات المواصلات الكبرى في بعض الدول، وشركات الصناعات البسيطة، وصناعات اللحوم والأسماك والألبان وغيرها.

كما يمكن أن يكون الطرف القوي في عقود الإذعان فرداً قديراً ذا رأس مال قوي وثروة هائلة متمكنة من احتكار استيراد بضائع أو سلع ضرورية أو حاجية لا غنى للأفراد عنها، فيضع هذا الطرف القوي شروطاً يجب على كل من يرغب في التعامل معه الالتزام بها.

وعلى أية حال، فأيّاً كان الطرف القوي في عقود الإذعان قطاعاً عاماً أو قطاعاً خاصاً أو قطاع أعمال، فإن القاسم المشترك فيه أن الطرف الضعيف يذعن ويخضع لشروط الطرف القوي وقيوده، وبطبيعة الحال لا يستبعد في شروط الطرف القوي الجور والظلم والغبن الفاحش، كما لا يستبعد أن تنتظم شروطه وقيوده قدراً من العدالة والإنصاف، لذا فإن القاضي مخول في النظر في كل ذلك إذا رُفع الأمر إليه؛ ليعدل ما يمكن تعديله من شروط تعسفية تهز أركان مبدأ العدالة بين طرفي العقد[1]. وهو ما سنقف عنده بالتفصيل في المبحث الثالث بإذن الله تعالى.



(١) ينظر: العقود الاحتكارية، حسني عبدالدايم: ص ٤٣-٤٤.

المطلب الثاني:

تكييف عقد الإذعان وضوابطه في الفقه الإسلامي

عرضت فيما مضى لمفهوم عقد الإذعان ونشأته وتكييفه وضوابطه في القانون الوضعي قبل الإفصاح عن أي شيء يتعلق به في الجانب الفقهي؛ وذلك ابتغاءً للدقة لدى تخريجه على أقوال الفقهاء ومبادئ الفقه الإسلامي وقواعده الشاملة بعموم ألفاظها وبلاغة تركيبها وشمول معانيها لكل ما قد يستجد من قضايا ومسائل عبر الزمان، ولدى التحري والكشف عن مقصود أهل القانون بعقد الإذعان تجلّت أمام الباحث بتوفيق من الله نقطة أساسية ينبغي ملاحظتها قبل البحث عن التكييف الفقهي لهذا العقد، الأمر الذي يسهل تكييفه بما ينسجم مع أحكام الفقه الإسلامي وقواعده، ومفاد هذه النقطة: أن مصطلح «الإذعان» هو بالأساس -من حيث اللغة- صفة أو فكرة عامة يمكن أن تنسحب على عدة عقود، وليس اسماً جامداً يصدق مفهومه على عقد محدد بعينه، ما يعني ضرورة البحث عن تلك الصفة أو الفكرة العامة في الفقه الإسلامي؛ للتحقق من مدى اشتمال هذا الفقه على تطبيقات أو عقود تصدق عليها تلك الصفة أو الفكرة.

والمقصود بهذه الصفة أو الفكرة -كما يُستنتج من مفهوم الإذعان في اللغة والاصطلاح القانوني- الانقياد أو الخضوع أو الإقرار بأمر ما، فهي تفترض أن شخصاً ما يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية يحتاج الناس إليها فيبيعها بشروطه، دون أن يملك الطرف الآخر سوى الخضوع والإقرار والقبول بذلك دون نقاش أو مساومة، فالإذعان بهذا المعنى وبجوهر هذه الفكرة معروف في الفقه الإسلامي، وحظي ببيان ساطع وتفصيل وافٍ في ظل أحكامه وقواعده في مختلف مذاهبه المعتبرة، وذلك من خلال عدد من التطبيقات والأمثلة المعروفة في أبوابه، أبرزها تطبيقان اثنان تجلّت فيهما صفة الإذعان وفكرته الجوهرية بشكل واضح، هما: البيع بالمعاطاة، والاحتكار.

وبناء على ذلك سيتم تسليط الضوء على هذين التطبيقين وضوابطهما في الفقه الإسلامي في هذا المطلب، كأقرب تطبيقين لتكييف عقد الإذعان، قبل أن يتم الكشف عن صلتهما بفكرة

الإذعان كما أفصحت عنها القوانين الوضعية وذلك في المطلب الثالث بإذن الله تعالى لدى المقابلة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بشأن تكييف عقد الإذعان وضوابطه.

* **وعلى ذلك تمّ توزيع البحث في هذا المطلب على فرعين:**

- **الفرع الأول**: البيع بالمعاطاة، حكمه وضوابطه في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: الاحتكار، حكمه وضوابطه في الفقه الإسلامي.



- **الفرع الأول**: البيع بالمعاطاة، حكمه وضوابطه في الفقه الإسلامي

* **يشمل الحديث في هذا الفرع مسألتين كالآتي:**

۞ **المسألة الأولى**: آراء الفقهاء في حكم البيع بالمعاطاة وأدلتهم واختيار الباحث.

۞ **المسألة الثانية**: ضوابط عقد البيع بالمعاطاة ومدى التقارب بينه وبين عقد الإذعان.

* **وفيما يلي تفصيل الحديث في المسألتين:**

۞ **المسألة الأولى**: آراء الفقهاء في حكم البيع بالمعاطاة وأدلتهم واختيار الباحث

استناداً إلى قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، فقد أجمع الفقهاء على أن الركن الأساسي في صحة معاملات الناس والعقود المبرمة فيما بينهم، هو مبدأ الرضا، أي لزوم تحقق الرضا لدى أطراف العقد حين إبرامه، بمنأى عما يمكن أن يكدّر صفوه من إكراه ونحوه.

* وسأتخذ فيما يأتي من عقد البيع أنموذجاً للعقود المالية لتفصيل هذا الكلام:

لقد اتفق الفقهاء كما أسلفت على لزوم وقوع البيع عن تراضٍ بين طرفيه، بيد أنهم اختلفوا في الطريقة التي يمكن من خلالها التحقق من وجود الرضا لدى الطرفين، البائع والمشتري، **وفيما يلي تحرير محل النزاع في المسألة:**

• **أولاً**: اتفق الفقهاء على لزوم تحقق مبدأ الرضا في عقد البيع لدى طرفيه؛ استناداً إلى نصوص قطعية في ذلك أبرزها:

١- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

٢- وقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [سورة البقرة: ٢٧٥]، فالربا محظور في شرع الله تعالى؛ كون الزيادة الناتجة عنه لا يقابلها عوض، وذلك يقدح في مبدأ الرضا.

٣- وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إنما البيع عن تراض»[(١)].

• **ثانياً**: اتفق الفقهاء على أن الأصل في كيفية التحقق من وجود الرضا لدى طرفي العقد، هو صيغة العقد المكونة من الإيجاب والقبول، فالإيجاب: هو ما يصدر من البائع ويدل على التمليك بعوض دلالة ظاهرة، كقوله للمشتري: بعتك أو ملكتك بكذا ونحو ذلك، والقبول: هو ما يصدر من المشتري ويدل على التّملّك دلالة ظاهرة، كقوله: اشتريت وتملكت وقبلت ورضيت ونحو ذلك[(٢)].

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٢/ ٧٣٧، كتاب: التجارات، باب: بيع الخيار، رقم الحديث: ٢١٨٥، وابن حبان في صحيحه: ١١/ ٣٤٠، كتاب: البيوع، باب: البيع المنهي عنه، رقم الحديث: ٤٩٦٧، والبيهقي في سننه: ٦/ ١٧، باب: ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره، رقم الحديث: ١٠٨٥٨، قال فيه صاحب «مصباح الزجاجة»: (هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات).

ينظر: مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه: ٣/ ١٧، أحمد بن أبي بكر الكناني، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ، وقال فيه صاحب «تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج»: (رواه ابن ماجه وصححه ابن حبان)، ينظر: تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج: ٢/ ٢٠٣، عمر بن علي الوادياشي الأندلسي، تحقيق: عبدالله اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، ط١، ١٤٠٦هـ. فيظهر من ذلك أن الحديث صحيح، وله أصل من كتاب الله تعالى كما سبق في المتن.

(٢) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٣/ ٢، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٨٨، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣، والمغني، ابن قدامة المقدسي: ٤/ ٣.

• **ثالثاً**: واختلفوا في مدى صحة وقوع عقد البيع بالمعاطاة كدلالة على وجود الرضا لدى طرفي العقد، بعد اتفاقهم السابق على أن صيغة الإيجاب والقبول هي المؤشر الأساسي على تحقق الرضا لدى البائع والمشتري، وذلك على ثلاثة آراء، أعرض لها بعد تعريف المعاطاة فيما يأتي لغة واصطلاحاً:

➢ **المعاطاة لغة:**

الإعطاء والمعاطاة جميعاً: المناولة، وقد أعطاه الشيء وعطوت الشيء: تناولته باليد، وقد استعمل الفقهاء لفظ «المعاطاة» للدلالة على مناولة خاصة[1].

➢ **المعاطاة في الاصطلاح الفقهي:**

وتسمى بالتعاطي أيضاً، **ومما ورد في تعريفها لدى الفقهاء:**

- جاء في «البحر الرائق»: (وحقيقة التعاطي: وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ)[2].

- وفي «بدائع الصنائع»: (وأما المبادلة بالفعل فهي التعاطي، ويسمى هذا البيع بيع المراوضة، وحقيقة المبادلة بالتعاطي: الأخذ والإعطاء)[3].

- وفي «حاشية البجيرمي»: (والمعاطاة: أن يتراضيا بثمن ولو مع السكوت منهما)[4].

إذن فالصورة الأساسية لعقد البيع بالمعاطاة: هي أن يقبض المشتري المبيع بعد علمه ورضاه بالثمن، ويقبض البائع الثمن من غير تلفّظ منهما.

---

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٥/ ٦٩، ومختار الصحاح، الرازي: ص ١٨٥، والمصباح المنير، الفيومي: ٢/ ٤١٧.

(٢) البحر الرائق، ابن نجيم: ٥/ ٢٩١.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٣٤.

(٤) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد): ٢/ ١٦٨، سليمان بن عمر البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، د.ط، د.ت.

*** وكما أسلفت فقد اختلف الفقهاء في هذه الصورة من البيع على ثلاثة آراء كالآتي:**

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة:

ذهبوا إلى جواز عقد البيع بالمعاطاة مطلقاً في النفيس من الأشياء والخسيس منها على حد سواء، ووافقهم في ذلك الإمام النووي رحمه الله تعالى من الشافعية من حيث الدليل، لا من حيث المذهب، إذا كان ذلك موافقاً لعرف التعامل بين الناس[1].

قال الإمام النووي رحمه الله تعالى في الروضة بعد نقله رأي الإمام مالك[2] في جواز انعقاد البيع بكل ما يعده الناس بيعاً كالمعاطاة: (... هو الراجح دليلاً، وهو المختار؛ لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ)[3].

وقد عقب الشيخ البجيرمي[4] رحمه الله تعالى في حاشيته على شرح منهج الطلاب على رأي الإمام النووي السابق في صحة البيع بالمعاطاة بقوله: (... واختاره النووي، أي من حيث الدليل، وأما من حيث المذهب فمختاره عدم الانعقاد)[5].

---

(١) ينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٣/ ٧، عبدالرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥١٥، والتاج والإكليل، المواق: ٤/ ٢٢٨، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٣، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٣٣٧، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٤، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٤٨.

(٢) هو مالك بن أنس الأصبحي الحميري، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأعلام، صاحب الموطأ، ولد سنة ٧٥هـ، وإليه ينتسب المالكية، توفي سنة ١٧٩هـ. ينظر: صفة الصفوة، ابن الجوزي: ٢/ ١٧٧، ووفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: ٤/ ١٣٥، أبو العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، تحقيق: إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، د.ط، د.ت.

(٣) روضة الطالبين، النووي: ٣/ ٣٣٧.

(٤) هو سليمان بن عمر البجيرمي، فقيه شافعي من بجيرم قرية بغربي مصر، من أهم تصانيفه: (التجريد لنفع العبيد) وهو شرح على المنهج، و(تحفة الحبيب) وهو حاشية على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. ينظر: هدية العارفين، إسماعيل باشا البغدادي: ٥/ ٤٠٦، ومعجم المؤلفين: ٤/ ٢٧٥، عمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

(٥) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب: ٢/ ١٦٨.

* واحتج أصحاب هذا الرأي لما ذهبوا إليه بالحجج الآتية[1]:

١- إن جواز البيع باعتبار الرضا، وقد وُجد في التعاطي.

٢- جاء في «بدائع الصنائع»: (لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي، وهو الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما، والدليل عليه قول الله عز وجل: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل، وهو تفسير التعاطي، وقال سبحانه وتعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشۡتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلۡهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَٰرَتُهُمۡ وَمَا كَانُواْ مُهۡتَدِينَ﴾ [سورة البقرة: ١٦]، أطلق الله سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادلٍ ليس فيه قول البيع، وقال الله عز وجل: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشۡتَرَىٰ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ أَنفُسَهُمۡ وَأَمۡوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلۡجَنَّةَ﴾ [سورة التوبة:١١١]، سمى سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله اشتراءً وبيعاً، لقوله تعالى في آخر الآية: ﴿فَٱسۡتَبۡشِرُواْ بِبَيۡعِكُمُ ٱلَّذِي بَايَعۡتُم بِهِۦ﴾ [سورة التوبة: ١١١]، وإن لم يوجد لفظ البيع، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي، وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً، فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً، فكان جائزاً)[2].

٣- إن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية، ففيها دلالة عرفية، وهي كافية إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل، وإن كان ذلك الفعل معاطاة.

---

(١) للاطلاع على هذه الحجج، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٣٤، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٥/ ٢٩١، ومجمع الأنهر، داماد أفندي: ٣/ ٧، والتاج والإكليل، المواق: ٤/ ٢٢٨، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٢٨-٢٢٩، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٤-٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٤٨.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٣٤.

٤- إن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رُجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجوداً عندهم، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم.

٥- لم يُنقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه -مع كثرة وقوع البيع بينهم- استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنُقل نقلاً شائعاً، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله، ولم يُتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشتُرط له الإيجاب والقبول لبيّنه الرسول صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً، ولم يُخف حكمه، لأنه يفضي إلى أكل المال بالباطل.

٦- إن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم يُنقل إنكاره قبل عصر القائلين بتحريمه، فكان ذلك إجماعاً.

٧- لو كان الإيجاب والقبول شرطاً في صحة عقد البيع (وعموم العقود المالية) لشق ذلك، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة، وأكثر أموالهم محرمة، لذا فإن التعاطي يجزئ عن الإيجاب والقبول في حصول الرضا.

❖ **الرأي الثاني**: للسادة الشافعية في المعتمد من المذهب:

قالوا: إن البيع بالمعاطاة غير جائز، فإذا وقع بالمعاطاة لم ينعقد، ويكون المقبوض بها كالمقبوض ببيع فاسد، جاء في «نهاية المحتاج»: (فلا ينعقد -أي البيع- بالمعاطاة، وهي أن يتراضيا ولو مع السكوت منهما)[1].

* واحتجوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

قالوا: إن البيع يلزم انعقاده بصيغة الإيجاب والقبول؛ لأن البيع منوط بالرضا، لقول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ

(١) نهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٣٧٥، وينظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣، وإعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: ٣/ ٤، أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

﴿تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، ولقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما البيع عن تراض»[١]، والرضا أمر خفي لا يُطّلع عليه، فأُنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة، فلا ينعقد بالمعاطاة؛ إذ الفعل لا يدل بوضعه على الرضا بالعقد، فالمقبوض بالمعاطاة كالمقبوض ببيع فاسد، فيطالب كلٌّ صاحبه بما دفع إليه إن بقي، وببدله إن تلف[٢].

الرأي الثالث: للأئمة: الكرخي من الحنفية[٣]، وابن سريج والروياني من الشافعية[٤]، والقاضي أبي يعلى من الحنابلة[٥]:

وهذا الرأي غير معتمد في أيّ من المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة، ومفاده: جواز انعقاد البيع بالمعاطاة في الأشياء الخسيسة اليسيرة فحسب، دون الأشياء النفيسة، بحجة أن الأشياء

---

(١) سبق تخريجه: ص ٣٥٠.

(٢) نهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٣٧٥، وينظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣، وإعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: ٣/ ٤.

(٣) هو عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن الكرخي، فقيه حنفي انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق، من تصانيفه: (رسالة في الأصول) و(شرح الجامع الصغير) و(شرح الجامع الكبير) توفي ببغداد سنة ٣٤٠هـ. ينظر: الجواهر المضية، القرشي: ١/ ٣٣٧، وسير أعلام النبلاء، الذهبي: ١٥/ ٤٢٦.

(٤) * ابن سريج: هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي الشافعي، أبو العباس، شيخ المذهب الشافعي، من تصانيفه: (الرد على ابن داود في القياس) توفي سنة ٣٠٦هـ، ينظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٣/ ٢١، وطبقات الشافعية، ابن قاضي شهبة: ١/ ٨٩.

* الروياني: هو عبدالواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو المحاسن الروياني، أحد أئمة المذهب الشافعي، قيل فيه: شافعي عصره، قتله الملاحدة سنة ٥٠٢ هـ، من تصانيفه: (البحر) في الفقه، و(الحلية) وغيرهما، ينظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٧/ ١٩٣، وسير أعلام النبلاء، الذهبي: ١٩/ ٢٦٠.

(٥) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، شيخ الحنابلة، من تصانيفه: (الأحكام السلطانية) و(العدة) في أصول الفقه، توفي سنة ٤٥٨ هـ. ينظر: طبقات الحنابلة، محمد بن أبي يعلى: ٢/ ١٩٣، والمقصد الأرشد، ابن مفلح: ٢/ ٣٩٥.

اليسيرة ينبغي أن يُتسامح فيها بالمعاطاة لجريان العادة والعرف بها دفعاً للمشقة، بخلاف الأشياء النفيسة[1].

تلك هي آراء الفقهاء وحججهم في حكم البيع بالمعاطاة، والنفس تميل إلى ترجيح رأي جمهور الفقهاء القائلين بجواز انعقاد البيع بالمعاطاة مطلقاً في كل الأشياء؛ لقوة حججهم، ولدفع المشقة عن الناس وتصحيح عقودهم التي غدت قائمة على المعاطاة بشكل كبير، وخاصة في هذا الزمان.

وما قيل في البيع بالمعاطاة فيما مضى، ينسحب على سائر العقود المالية إذا انعقدت بالمعاطاة، كالإجارة والقرض والهبة والرهن ونحو ذلك.

۞ **المسألة الثانية**: ضوابط عقد البيع بالمعاطاة ومدى التقارب بينه وبين عقد الإذعان

بناء على ما مضى يمكن استنتاج أهم ضوابط أو خصائص عقد البيع بالمعاطاة وغيره من العقود المالية إذا تمّت بالمعاطاة وهي كالآتي:

١- إن السمة الغالبة أو الضابط الأساسي في العقود التي تنعقد بالمعاطاة، هو وقوعها بالسكوت دون تلفظ من قبل طرفي العقد.

٢- لا فرق في محل العقد -في العقود التي تنعقد بالمعاطاة- بين أن يكون من الأشياء الصغيرة أو الكبيرة، أو الخسيسة أو النفيسة، أو الضرورية أو غيرها، فالمعاطاة تجري في كل الأشياء من السلع أو المنافع ونحوها، دون النظر إلى حجمها أو قيمتها، وهذا في رأي عموم الفقهاء المجيزين للمعاطاة إلا قلة قليلة منهم كما سبق.

٣- انفراد الموجب في العقود التي تنعقد بالمعاطاة بوضع تفاصيل العقد كالسعر ونحوه، دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في ذلك، وما على هذا الأخير سوى الرضا بالعقد بما جاء فيه أو رفضه.

(١) ينظر: مجمع الأنهر، داماد أفندي: ٣/ ٨، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣، والإنصاف، المرداوي: ٤/ ٢٦٣.

٤- إن الإيجاب الشكلي أو الضمني في العقود التي تنعقد بالمعاطاة والمتضمن سعر المعقود عليه والأنظمة التي يتم تطبيقها على العقد ونحو ذلك من التفاصيل المقررة سلفاً من قبل الطرف الموجب، هو إيجاب عام موجه إلى عموم الناس لا إلى شخص معين بذاته، وذلك في الأعم الأغلب من الأحوال.

تلك هي أبرز ضوابط أو خصائص العقود التي تنعقد بالمعاطاة، والمستنتجة من أقوال الفقهاء المجيزين لهذه الصورة من التعاقد في الفقه الإسلامي، فإذا أمعنا النظر في هذه الضوابط والمعاني التي تحملها، نجد أنها تنسجم مع المعاني اللغوية والقانونية لمصطلح «الإذعان» والتي سبق الكشف عنها، وهي الانقياد والخضوع والإقرار والطاعة، ما يعني أنه بالإمكان عدّ التعاقد بالمعاطاة في الفقه الإسلامي أحد التخريجات الملائمة لعقود الإذعان التي عُرفت مؤخراً في القوانين الحديثة، بل إن مفهوم التعاقد بالمعاطاة أعم من الإذعان بمفهومه الحديث -كما سيأتي معنا في المطلب الثالث لدى المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مسألة تكييف عقد الإذعان وضوابطه- مما لا يمنع القول بأن عقد الإذعان يصلح عدّه أحد تطبيقات أو صور التعاقد بالمعاطاة؛ لانضوائه تحت عموم مفهومه.

ولننتقل فيما يأتي إلى التطبيق الآخر في الفقه الإسلامي، والذي يمكن عدّه أيضاً أحد التخريجات الملائمة لعقد الإذعان بالمفهوم الحديث، وهو الاحتكار.



■ **الفرع الثاني**: الاحتكار، حكمه وضوابطه في الفقه الإسلامي

لقد سبق في مستهل هذا المطلب المتعلق بتكييف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي بيان أن مصطلح «الإذعان» في أصله اللغوي والقانوني هو عبارة عن صفة أو فكرة عامة تصدق على طائفة من العقود، وليس حكراً على عقد معين، فهو يشمل كل عقد يحمل في مفهومه معاني الانقياد والخضوع والإقرار، ويفترض بناء على ذلك أن شخصاً ما يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية يحتاج الناس إليها فيبيعها بشروطه، ولا يملك الطرف الآخر سوى الخضوع والإقرار والقبول بذلك دون نقاش أو مساومة.

وهو ما ينطبق إلى حد كبير على العقود التي يُمارَس عليها الاحتكار من قبل أحد طرفي العقد في الفقه الإسلامي، مما يستدعي تدخل سلطة القضاء بغرض تعديل ما يمكن تعديله من تلك العقود، بإزالة الضرر الناتج عنها.

وحتى يتسنى الكشف عن تفصيلات تلك السلطة التي أسندها الشرع إلى القاضي، يتعين الوقوف في هذا الفرع عند مفهوم الاحتكار، وآراء الفقهاء حول حكمه، والسلع التي يجري فيها، وضوابطه، وذلك من باب التدرج في عرض المسائل حتى الوصول إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه، وذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل بإذن الله تعالى.

* **إذن فالكلام في هذا الفرع يشمل أربع مسائل كالآتي:**

۞ **المسألة الأولى**: تعريف الاحتكار في اللغة والاصطلاح الفقهي.

۞ **المسألة الثانية**: آراء الفقهاء في حكم الاحتكار وأدلتهم.

۞ **المسألة الثالثة**: آراء الفقهاء في السلع التي يجري فيها الاحتكار وأدلتهم واختيار الباحث.

۞ **المسألة الرابعة**: شروط الاحتكار المحرم.

* **وفيما يلي تفصيل الحديث في هذه المسائل:**

ꕥ ꕥ

۞ **المسألة الأولى**: تعريف الاحتكار في اللغة والاصطلاح الفقهي

➢ **تعريف الاحتكار في اللغة:**

احتكار الطعام: جَمعُه وحَبسُه يُتربَّص به الغلاء، والحَكْر: ما احتكر، أي احتُبس انتظاراً لغلائه، ويأتي كذلك بمعنى اللجاجة والاستبداد بالشيء[1].

وجاء في «لسان العرب»: (وأصل الحُكْرَة الجمع والإمساك، وحَكَرَه يَحكِره حَكْراً: ظلمه وتنقصه وأساء معاشرته... ويقال: فلان يَحكِر فلاناً، إذا أدخل عليه مشقة ومضرة في معاشرته ومعايشته)[2].

(١) ينظر: القاموس المحيط، الفيروزآبادي: ص ٤٨٤، ومختار الصحاح، الرازي: ص ٦٢.

(٢) لسان العرب، ابن منظور: ٤/ ٢٠٨.

وفي «المعجم الوسيط»: (الحَكْر: السلع جمعها لينفرد بالتصرف فيها... والحَكْر: العقار المحبوس، والحَكْر: كل ما احتُكِر)[1].

فيظهر مما مضى أن أصل فكرة الاحتكار في اللغة يعني الجمع والإمساك لأي شيء من طعام وغيره، ولكن يغلب إطلاق لفظ الاحتكار على الطعام الذي يجمعه صاحبه ويحبسه انتظاراً لغلائه، ما يعني اشتمال هذا الفعل على ظلم واستبداد ومشقة ومضرة، والذي يعنينا في المقام الأول من تلك المعاني، أن الاحتكار في أصله اللغوي لفظ عام يشمل الطعام وغيره من السلع كالعقار ونحوه، وهذا الأصل يُسترشد به لدى بيان آراء الفقهاء في السلع التي يجري فيها الاحتكار، ومدى إمكانية شمول اللفظ لغة للمنافع والخدمات والأعمال كذلك، وهو ما سيتضح في محله قريباً بإذن الله تعالى.

➢ **تعريف الاحتكار في الاصطلاح الفقهي:**

اختلف الفقهاء في تعريف الاحتكار بسبب اختلافهم حول زمرة من الأحكام المتعلقة به، وحتى يتضح مفهوم الاحتكار بشكل يزيل اللبس عنه، أعرض لتعريفه في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة على حدة، على النحو الآتي:

*** تعريف الاحتكار عند السادة الحنفية:**

- جاء في «حاشية ابن عابدين»: (الاحتكار شرعاً: اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء)[2].

- كما شرح مفهومه الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى بقوله: كل ما ضرّ بالعامة حبسه فهو احتكار، وإن كان ثياباً أو دراهم ونحو ذلك[3].

*** تعريف الاحتكار عند السادة المالكية:**

(١) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون: ١/ ١٨٩.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٩٨.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٧.

- لقد وضّح الإمام مالك رحمه الله تعالى الاحتكار بقوله: (الحُكْـرة في كـل شيء في السـوق من الطعام والزيت والكتان وجميع الأشياء، والصوف وكل ما أضرّ بالسوق)[1].

- وعرفه الإمام الباجي[2] رحمه الله تعالى بقوله: (هو الادخار للمبيع وطلـب الـربح بتقلـب الأسواق، فأما الادخار للقوت فليس من باب الاحتكار)[3].

*** تعريف الاحتكار عند السادة الشافعية:**

ورد بيان مفهوم الاحتكار عند السادة الشافعية بأنه: شراء القوت في زمن الغلاء بقصد بيعه بأغلى من ذلك عند اشتداد الحاجة[4].

*** تعريف الاحتكار عند السادة الحنابلة:**

- جاء في «كشاف القناع»: (وهو -أي الاحتكار في القـوت- أن يشـتريه للتجـارة ويحبسـه ليقلّ فيغلو)[5].

- وبألفاظ قريبة من هذا التعريف جاء في «مطالب أولي النهى»: (وهو أي الاحتكار شراؤه أي القوت للتجارة ليحبسه طلباً للغلاء مع حاجة الناس إليه)[6].

تلك هي أبرز التعريفات الـواردة للاحتكـار في المـذاهب الفقهيـة الأربعـة، ويظهـر جليـاً السبب الرئيسي في اختلاف الفقهاء حول مفهوم الاحتكار، وهو اختلافهم في محل الاحتكـار، أي هل يجري الاحتكار في كل السلع والأشياء أم يقتصر على نوع معين منهـا؟ وهـو مـا سـيتم

(١) المدونة الكبرى، مالك بن أنس: ١٠/ ٢٩١.

(٢) هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، فقيه مالكي، ومحدث وقاضي وشاعر أندلسي، لـه العديـد مـن التصانيف منها: (المنتقى شرح الموطأ) و(إحكام الفصول في أحكـام الأصـول) وغيرهمـا، تـوفي سـنة ٤٧٤هـ. ينظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ١/ ١٢٠، وسير أعلام النبلاء، الذهبي: ١٨/ ٥٣٥.

(٣) المنتقى شرح الموطأ: ٥/ ١٥، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، مطبعة دار السعادة، مصر، ط١، ١٣٣٢هـ.

(٤) بتصرف من: مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب: ٢/ ٢٢٥.

(٥) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٧.

(٦) مطالب أولي النهى، الرحيباني: ٣/ ٦٣.

تحريره بإذن الله تعالى في المسألة الثالثة من هذا الفرع والتي تعرض لآراء الفقهاء في السلع التي يجري فيها الاحتكار، لذا سأرجئ الكلام والتعليق على التعريفات السابقة للاحتكار إلى ذلك الموضع بإذن الله تعالى.

۞ **المسألة الثانية**: آراء الفقهاء في حكم الاحتكار وأدلتهم

لا يزال البحث ماضياً بالتدرج حتى الوصول إلى سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان، وحيث إنه تقرر فيما مضى أن الاحتكار هو أحد التخريجات الملائمة لعقد الإذعان بالمفهوم الحديث، فإنه يتعين الكشف عن أهم أحكامه ولو بإيجاز، حتى يتسنى بيان سلطة القاضي في التعديل بدقة ووضوح، فبعد بيان مفهوم الاحتكار في اللغة والاصطلاح الفقهي، نصل إلى بيان حكمه لدى فقهاء المذاهب الأربعة المعتبرة وأدلتهم بإيجاز، **وذلك في فقرتين**:

۞ **الفقرة الأولى**: آراء الفقهاء في حكم الاحتكار.

۞ **الفقرة الثانية**: أدلة الفقهاء على حكم الاحتكار.

* **وفيما يلي تفصيل الكلام في الفقرتين**:

۞ **الفقرة الأولى**: آراء الفقهاء في حكم الاحتكار

اتفق الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة على أن الاحتكار القائم على الإضرار بالغير ممنوع، وأن مرتكبه قد أتى بفعل غير مشروع، هذا من حيث الجملة[1].

وفي التفاصيل، أطلق السادة الحنفية على الاحتكار القائم على الإضرار بالغير حكم الكراهة التحريمية، بينما أطلق عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة حكم الحرمة، إذ إن للسادة الحنفية منهجهم الخاص في إطلاق الأحكام على بعض المسائل، فعلى سبيل المثال: هم يفرقون بين ما ثبتت حرمته بدليل قطعي لا شبهة فيه، وما ثبتت حرمته بأحاديث الآحاد، فهذه

(١) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٨/ ٢٢٩، والفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٣/ ٢١٣، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٢٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤٧٢، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٣، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٢/ ٢٦.

الأخيرة تفيد الظن الراجح لا القطع، وبناء على ذلك فما ثبتت حرمته بدليل قطعي أطلقوا عليه حكم التحريم، وما ثبتت حرمته بدليل ظني كأحاديث الآحاد أطلقوا عليه حكم الكراهة التحريمية، وهذا ما اتبعوه في مسألة الاحتكار، حيث أطلق جمهور فقهاء الحنفية على الاحتكار القائم على الإضرار بالغير حكم الكراهة التحريمية؛ كون الأدلة التي ثبت النهي فيها عن الاحتكار لم ترق إلى درجة القطع، فبقي النهي في دائرة الظن الراجح، ومن ثَمّ دل على الكراهة التحريمية لا التحريم[1].

* بقي من هذه المسألة بيان أن الحكم بتحريم الاحتكار عند جمهور الفقهاء أو كراهته كراهة تحريمية عند الحنفية ليس على إطلاقه، وإنما يُقيّد بحصول الضرر والظلم والتضييق على الناس، فإذا انفصلت هذه القيود عن الاحتكار فلم يُنقل عن أحد من الفقهاء الحكم بتحريمه أو كراهته[2]، وأنقل هذين النصين في بيان ذلك، أولهما من مذهب السادة الحنفية، والآخر من مذهب الجمهور:

١- جاء في «الفتاوى الهندية»: (... وإن اشترى في ذلك المصر وحبسه ولا يضر بأهل المصر، لا بأس به)[3].

---

(١) للأستاذ الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعالى كلام جميل في بيان مسلك السادة الحنفية في التفريق بين حكمي الحرمة والكراهة التحريمية، وإسقاط ذلك على موضوع الاحتكار، ولا يسع المجال لعرضه بالكامل، وتدور خلاصته حول إيضاح حكم التحريم بمقتضى أصول فقه الحنفية، فالتحريم بمقتضى أصولهم لابد أن يكون إما لذات الفعل، أو لأمر لازم له ولا ينفك عنه، بدليل قطعي لا شبهة فيه، وكل ذلك لم يتوفر في الاحتكار، فقالوا بكراهته التحريمية، أو بعبارة أخرى: مناط التحريم-في اجتهادهم- لم يتحقق في الاحتكار، بينما لم يشترط جمهور الفقهاء ما اشترطه الحنفية لثبوت مناط التحريم، ومن ثَمّ كان مرد الاختلاف بين الفريقين «تحقيق المناط» في قواعد الأصول. للاطلاع على تفاصيل هذا البيان الشافي، ينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ص: ٤٢١-٤٢٢، الدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

(٢) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٣/ ٢١٣، وحاشية العدوي: ١/ ٦٠٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨، والفروع: ٤/ ٣٩، محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

(٣) الفتاوى الهندية: ٣/ ٢١٣.

٢- وفي «حاشية العدوي»: (تنبيه: يجوز الاحتكار ولو في الأطعمة، لكن يُقيّد بما إذا لم يترتب ضرر بالناس، وإلا فلا يجوز ذلك)[1].

وبناء على ذلك فإن حكم الاحتكار في الفقه الإسلامي خاضع للنتائج التي تنجم عنه، فإن نتج عنه إضرار بالناس أو ظلم أو تضييق عليهم حُكم بحرمته، واستدعى ذلك تدخل القاضي باتخاذ الإجراء المناسب في العقود التي اشتملت عليه من تعديل للعقد أو فسخ أو نحو ذلك حسب الظروف المحيطة بالعقد، أما إن لم يتسبب الاحتكار بحدوث تلك الأمور فلا يُحكم بحرمته، ولا يسوغ للقاضي التدخل فيه.

وهو ما يتعين الكشف عنه بالتفصيل لدى بيان سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في المبحث الثالث بإذن الله تعالى، فالاطلاع على حكم الاحتكار بنوعيه المحرم وغير المحرم عند فقهاء المذاهب سيساهم في بيان سلطة القاضي بدقة تجاه العقود التي عُرفت مؤخراً وأُطلق عليها مصطلح الإذعان، كعقود الماء والكهرباء والعمل والوكالات الحصرية وغيرها مما سنعرض له في المبحثين الثالث والرابع بإذن الله تعالى، وذلك بتخريجها على حكم الاحتكار في الفقه الإسلامي.

الفقرة الثانية: أدلة الفقهاء على حكم الاحتكار

لقد سبق بيان التقارب الكبير بين مذهب الجمهور ومذهب السادة الحنفية في حكم الاحتكار، وأن الخلاف البسيط بينهم لا يعود إلى أصل الأدلة التي يُستدل بها على حكم الاحتكار، وإنما يعود إلى ما تفيده تلك الأدلة من حكم كونها ظنية الدلالة، فذهب السادة الحنفية إلى أن المنع الوارد في أدلة الاحتكار يفيد الكراهة التحريمية؛ كونها لم ترق إلى درجة القطع في دلالتها، بينما لم ير جمهور الفقهاء هذا التفريق بين ما يترتب على قطعيّ الدلالة أو ظنّيّها من حكم، وبناء على ذلك أطلقوا على الاحتكار القائم على الإضرار بالغير حكم الحرمة.

(١) حاشية العدوي: ١/ ٦٠٧.

إذن فأدلة الفريقين في هذه المسألة واحدة، وهي تفيد المنع من الاحتكار بوصفه غير مشروع بالاتفاق، **وفيما يلي أستعرض أبرز الأدلة في ذلك**[1]:

➢ **أولاً**: أدلة السنة النبوية:

١- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الجالب مرزوق والمحتكِر ملعون»[2]، فاللعن لا يلحق إلا بمباشرة المحرّم[3].

٢- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه»[4]، ومثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بارتكاب الحرام[5].

---

(١) للاطلاع على الأدلة ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٨/ ٢٢٩، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٩٨، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٢٧، والاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: ٦/ ٤١٠-٤١١، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا- محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م، والمهذب، الشيرازي: ١/ ٢٩٢، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: ٢/ ٣٧، الشيخ زكريا الأنصاري، تحقيق: محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٠م، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤٧٢، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٣، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٧، ونيل الأوطار: ٥/ ٣٣٥ وما بعدها، محمد بن علي الشوكاني، دار الجيل، بيروت، د.ط، ١٩٧٣م.

(٢) رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأخرجه: ابن ماجه في سننه: ٢/ ٧٢٨، كتاب: التجارات، باب: الحكرة والجلب، رقم الحديث: ٢١٥٣، والحاكم في المستدرك: ٢/ ١٤، كتاب: البيوع، رقم الحديث: ٢١٦٤، والبيهقي في سننه: ٦/ ٣٠، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في الاحتكار، رقم الحديث: ١٠٩٣٤. هذا الحديث في سنده علي بن سالم بن ثوبان، وهو ضعيف لا يتابع في حديثه. ينظر: تلخيص الحبير، ابن حجر: ٣/ ١٣، ونصب الراية لأحاديث الهداية: ٤/ ٢٦١، عبدالله بن يوسف الزيلعي، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، د.ط، ١٣٥٧م.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩.

(٤) رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، وأخرجه: أحمد في مسنده: ٢/ ٣٣، مسند عبدالله بن عمر، رقم الحديث: ٤٨٨٠، والحاكم في المستدرك: ٢/ ١٤، كتاب: البيوع، رقم الحديث: ٢١٦٥، وهو حديث في إسناده مقال، ففيه أبو بشر الأملوكي ضعّفه ابن معين. ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٤/ ٣٤٨، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ومجمع الزوائد، الهيثمي: ٤/ ١٠٠.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٩٨.

٣- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يحتكر إلا خاطئ»[١].

٤- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليُغليه عليهم كان حقاً على الله أن يُقعده بعُظمٍ من النار يوم القيامة»[٢]، فهذا وعيد شديد ورد في حق المحتكر بظلم بأن جزاءه يوم القيامة أن يلقى بعُظم من النار، أي بمكان عظيم من نار جهنم.

٥- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من احتكر حُكْرة يريد أن يُغلي بها على المسلمين فهو خاطئ»[٣].

تلك هي أبرز الأحاديث الواردة في هذا الباب والتي سطع البيان فيها بالتحذير من الاحتكار القائم على الإضرار بالناس والتضييق عليهم، وهذه الأحاديث وإن كان في بعضها مقال إلا أنها تنهض بمجموعها بصحة الاستدلال بها على حرمة الاحتكار القائم على الضرر، وخاصة أن من بينها ما أخرجه الإمام مسلم[٤] في صحيحه[٥].

---

(١) رواه سعيد بن المسيب عن معمر بن عبدالله العدوي رضي الله عنه، وأخرجه: مسلم في صحيحه: ٣/ ١٢٢٨، كتاب: البيوع، باب: تحريم الاحتكار في الأقوات، رقم الحديث: ١٦٠٥.

(٢) رواه معقل بن يسار رضي الله عنه، وأخرجه: أحمد في مسنده: ٥/ ٢٧، مسند معقل بن يسار رضي الله عنه، رقم الحديث: ٢٠٣٢٨، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٠/ ٢١٠، باب: أحاديث زيد أبو المعلى عن الحسن، رقم الحديث: ٤٨٠. قال الهيثمي رحمه الله: فيه زيد بن مرة أبو المعلى لم أجد من ترجمه، وبقية رجاله رجال الصحيح. مجمع الزوائد: ٤/ ١٠١.

(٣) رواه أبو هريرة رضي الله عنه، وأخرجه: أحمد في مسنده: ٢/ ٣٥١، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، رقم الحديث: ٨٦٠٢، والحاكم في المستدرك: ٢/ ١٤، كتاب: البيوع، رقم الحديث: ٢١٦٦. قال الهيثمي رحمه الله: في إسناده أبو معسر وهو ضعيف وقد وثّق. مجمع الزوائد: ٤/ ١٠١.

(٤) هو مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، من أئمة المحدثين، ولد بنيسابور سنة ٢٠٤هـ، ولازم البخاري وحذا حذوه، من أشهر كتبه(صحيح مسلم) وهو يلي صحيح البخاري من حيث الصحة، توفي سنة ٢٦١هـ. ينظر: تذكرة الحفاظ :٢/ ٥٨٨، أبو عبدالله شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، د.ت، وطبقات الحفاظ ص: ٢٦٤، أبو الفضل عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

(٥) ينظر: نيل الأوطار، الشوكاني: ٥/ ٣٣٦.

➢ **ثانياً**: الأدلة من آثار الصحابة:

وردت عدة آثار عن الصحابة رضوان الله عليهم في النهي عن الاحتكار القائم على الإضرار بالناس، أذكر منها[1]:

١- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «لا حكرة في سوقنا، لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا، ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر، فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله»[2].

(فقوله رضي الله عنه «لا حكرة في سوقنا» يريد المنع من الاحتكار في سوق المدينة؛ لأن غالب أحوالها غلاء الأسعار وقلة الأقوات وضيقها على المتقوتين بها، وذلك يمنع الادخار لما فيه من التضييق على الناس في أقواتهم)[3].

٢- ذكر الإمام مالك رحمه الله تعالى أنه بلغه أن عثمان بن عفان[4] رضي الله عنه كان ينهى عن الحكرة[5].

➢ **ثالثاً**: دليل المعقول:

وهو أن الاحتكار إن كان قائماً على الإضرار بالناس والتضييق عليهم وإلحاق الظلم بهم فذلك لا يدخل في نطاق حرية الإنسان في بيعه وشرائه وسائر تعاقداته؛ لأن الحرية مشروطة

(١) ينظر: الاستذكار، ابن عبدالبر: ٦/ ٤٠٩ وما بعدها، والمنتقى، الباجي: ٥/ ١٥، ومعالم القربة في أحكام الحسبة، ص: ١٢١، محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة القرشي، طبعة الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، د.ط، د.ت.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٦٥١، كتاب: البيوع، باب: الحكرة والتربص، رقم الأثر: ١٣٢٧.

(٣) المنتقى، الباجي: ٥/ ١٥.

(٤) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية القرشي، ثالث الخلفاء الراشدين، دامت خلافته حوالي اثنتي عشرة سنة، قُتل شهيداً في الفتنة سنة ٣٥هـ، ودُفن بالبقيع. ينظر: الاستيعاب، ابن عبدالبر: ٣/ ١٠٣٧، وأسد الغابة، ابن حجر: ٣/ ٦٠٦.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٦٥١، كتاب: البيوع، باب: الحكرة والتربص، رقم الأثر: ١٣٢٩.

بعدم الضرر، فكل فعل ينتج عنه إضرار بالغير فهو محظور بنص قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ضَرَر ولا ضِرَار»[1]، والحرية مشروطة كذلك بعدم ظلم الآخرين؛ لأن الظلم حرام بأدلة الشرع القطعية، وعلى ذلك فأيما احتكار نجم عنه إضرار أو ظلم للآخرين فهو حرام، وفي هذا المعنى قال الإمام الكاساني[2] رحمه الله تعالى: (... ولأن الاحتكار من باب الظلم؛ لأن ما بيع في المصر فقد تعلّق به حق العامة، فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم وإنه حرام، وقليل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة لتحقق الظلم)[3].

تلك هي أبرز الأدلة التي استدل بها الفقهاء على المنع من الاحتكار القائم على الإضرار بالناس سواء من أطلق منهم عليه حكم الحرمة وهم الجمهور، أو من أطلق عليه حكم الكراهة التحريمية وهم السادة الحنفية، فإن خلا الاحتكار عما فيه ضرر أو ظلم أو تضييق على الناس في حاجاتهم فلا تشمله الأدلة السابقة؛ لتخلّف علة التحريم حينئذ على ما تم بيانه من نصوص الفقهاء فيما مضى.

۞ **المسألة الثالثة:** آراء الفقهاء في السلع التي يجري فيها الاحتكار وأدلتهم واختيار الباحث

لقد سبق في المسألة الأولى لدى تعريف الاحتكار في الاصطلاح الفقهي أن الفقهاء اختلفوا في تعريف الاحتكار نظراً لاختلافهم في زمرة من الأحكام المتعلقة به، ويأتي في مقدمتها محل الاحتكار أي السلع أو المواد والأشياء التي يجري فيها الاحتكار، ويُشكّل الاطلاع على آراء الفقهاء في هذه المسألة ضرورة في سبيل الكشف عن مدى سلطة القاضي في تعديل عقود

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٢) هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، من أئمة الحنفية، كان يسمى بملك العلماء، توفي بحلب سنة ٥٨٧ هـ، من تصانيفه: (البدائع) وهو شرح تحفة الفقهاء، و(السلطان المبين في أصول الدين). ينظر: الجواهر المضية، القرشي: ٢/ ٢٤٤، والأعلام، الزركلي: ٢/ ٤٦.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩.

الإذعان لاحقاً لتمييز العقود التي تسري عليها سلطة القاضي بالتعديل، تخريجاً على ما نص عليه الفقهاء بخصوص السلع التي يجري فيها الاحتكار.

*** ولقد اختلف الفقهاء حول السلع التي يجري فيها الاحتكار على ثلاثة آراء كالآتي:**

➢ **الرأي الأول:** لجمهور فقهاء الحنفية، والسادة الشافعية:

رأى هؤلاء أن الاحتكار لا يجري إلا في القوت سواء في ذلك قوت الآدمي أو البهائم، والمقصود بالقوت عندهم: ما تعم الحاجة إليه من الأطعمة الضرورية التي لا غنى للإنسان عنها، كالقمح والذرة والأرز والتمر ونحوها من الأطعمة الأساسية التي يقوم بها البدن، فلا يشمل الأطعمة التي لا تعم الحاجة إليها ويمكن للإنسان الاستغناء عنها، كالحلواء والعسل والزيت والسمن ونحوها، ويلحق علف الحيوان بقوت الآدمي في الحكم؛ لوجوب دفع الضرر عن الحيوان ولزوم الإحسان إليه في الشرع[1].

*** أدلة الرأي الأول:**

١- استدل هؤلاء الفقهاء لرأيهم بما سبق ذكره من الأحاديث التي ورد فيها تقييد الاحتكار بالطعام، فيُحمل المطلق على المقيد في الحكم، ومن تلك الأحاديث: ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه»[2]، ويُلحق علف الحيوان بقوت الآدمي في الحكم لضرورة الإحسان إليه.

٢- إضافة إلى حمل المطلق على المقيد من الأحاديث الواردة في النهي عن الاحتكار قالوا: إن الضرر العام في غالب الأحوال لا يتحقق إلا باحتكار الأقوات الأساسية للآدمي والبهائم فيُمنع من الاحتكار فيها، دون غيرها من السلع والأشياء حيث لا ضرر في احتكارها فلا يُمنع منه[3].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٩٨، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٤١١، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤٧٣.

(٢) سبق تخريجه: ص ٣٦٤.

(٣) للاطلاع على هذه الأدلة ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٧-٢٨، والمهذب، الشيرازي: ١/ ٢٩٢.

➢ **الرأي الثاني**: للسادة المالكية وأبي يوسف من الحنفية:

رأى هؤلاء أن الاحتكار يجري في كل شيء من طعام وغيره مما يحتاج الناس إليه ويضرّهم حبسه، جاء في «المنتقى شرح الموطأ»: (فالذي رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك: أن الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يُحتاج إليه في ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس، ووجه ذلك أن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس، فوجب أن يُمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام)[1]، كما جاء في «تبيين الحقائق» في بيان رأي أبي يوسف رحمه الله: (وقال أبو يوسف: كل ما ضرّ بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ثياباً أو دراهم ونحو ذلك؛ اعتباراً لحقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة)[2].

*** أدلة الرأي الثاني:**

يظهر من النصين السابقين وغيرهما من نصوص أصحاب هذا الرأي أنهم استندوا في رأيهم إلى الأدلة التالية:

١- النهي عن الإضرار بالغير لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضَرَر ولا ضِرَار»[3] فهذا دليل قاطع في منع كل ما من شانه إيقاع الضرر بالمسلمين، ومن ذلك الاحتكار؛ إذ إن الضرر الناتج عن الاحتكار لا يقتصر على الاحتكار في الأقوات فحسب، بل يشمل كل ما يضر بمصالح الناس من قوت وغيره مما يحتاجون إليه في شؤون حياتهم، جاء في «بدائع الصنائع» في بيان وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: (ووجه قوله: أن الكراهة لمكان الإضرار بالعامة وهذا لا يختص بالقوت والعلف)[4].

٢- أغلب النصوص التي وردت في النهي عن الاحتكار عامة لا تخصيص بالطعام فيها، وما ورد منها مخصصاً بالطعام خرج مخرج الغالب لكثرة وقوع الاحتكار فيه، لا لتقييد الحكم

(١) المنتقى، الباجي: ٥/ ١٦. وينظر: مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٢٧.

(٢) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٧. وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩.

(٣) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩.

به، فيبقى العموم على حاله دون تخصيص[1]، وقد سبق سرد هذه النصوص في المسألة السابقة[2].

➢ **الرأي الثالث**: للسادة الحنابلة:

رأى هؤلاء أن الاحتكار لا يكون إلا في قوت الآدمي فقط، جاء في «الإنصاف»: (ويحرم الاحتكار في قوت الآدمي فقط على الصحيح من المذهب، نصّ عليه)[3].

*** أدلة الرأي الثالث:**

استدلوا لرأيهم هذا بالنصوص التي استدل بها أصحاب الرأي الأول في تقييد النهي الوارد بالاحتكار في الطعام دون غيره، والمطلق يُحمل على المقيد ولا يشمل ذلك قوت البهائم، وقد سئل الإمام أحمد رحمه الله تعالى عن أي شيء يجري فيه الاحتكار؟ فقال: (إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره)[4].

تلك هي أبرز الآراء الواردة في تحديد السلع التي يجري فيها الاحتكار، والمجال لا يسع لسرد ما دار بين الفقهاء من نقاش وردود حول المسألة وأدلتها، فذلك محله الأبحاث المتخصصة في موضوع الاحتكار، وما يهم في هذا المقام بعد عرض آراء الفقهاء في المسألة بيان الرأي الراجح منها للاستناد إليه لدى بيان سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان لاحقاً، بوصف الاحتكار أحد التخريجات الملائمة لعقد الإذعان كما سبق.

• **اختيار الباحث:**

مما سبق يترجح لدى الباحث -والله أعلم- الرأي الثاني للمالكية وأبي يوسف من الحنفية، ومفاده كما سبق: عموم جريان الاحتكار في كل شيء يحتاج إليه الناس ويضرّهم حبسه، **للأسباب الآتية:**

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩، والمنتقى، الباجي: ٥/ ١٦، والاستذكار، ابن عبدالبر: ٦/ ٤١١. وينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني: ص ٤٣٧.

(٢) ينظر: ص ٣٦٤-٣٦٥.

(٣) الإنصاف، المرداوي: ٤/ ٣٣٨. وينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٤.

(٤) المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٤. وينظر: نيل الأوطار، الشوكاني: ٥/ ٣٣٧.

١ - اتفقت كلمة الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة على أن الاحتكار لم يُحرم لذاته وإنما للضرر الناتج عنه[١]، والضرر لا يقتصر على سلعة دون سلعة أو حاجة دون حاجة، فينبغي أن يُحمل الضرر الناتج عن الاحتكار على معناه العام الشامل لاحتكار الأطعمة وغيرها من حاجات الناس الضرورية التي لا غنى لهم عنها، ولا يخفى أن حالة الضيق التي تنجم عن احتكار الأطعمة يمكن أن تنجم عن احتكار كل شيء يحتاجه الناس، وبذلك يتّجه على من رأى اقتصار الاحتكار على الأطعمة فحسب أن العلة في تحريم الاحتكار في الأطعمة عندهم هي الضرر أيضاً، فلا مسوغ للتفريق بين الضرر الناتج عن احتكار الطعام وذلك الناتج عن احتكار غير الطعام مما يحتاج إليه الناس ما دامت العلة واحدة، وحالة الضيق في كلا الأمرين متحققة على حد سواء، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم على سبيل العموم: «لا ضَرَر ولا ضِرَار»[٢].

٢- إن الرأي الثاني القائل بعموم جريان الاحتكار في كل شيء يحتاجه الناس ويضرّهم حبسه هو الرأي الأكثر انسجاماً مع الخاصّية الأبرز التي اختص بها الفقه الإسلامي دون غيره من التشريعات، وهي (صلاحية تطبيقه في كل زمان ومكان) فقد تعقدت الحياة في العصر الراهن، وكثرت حاجات الناس في ظل التطورات الهائلة التي تشهدها المجتمعات في مختلف المجالات، فإذا كان الغالب في الزمن الماضي جريان الاحتكار في الطعام ومن ثَمّ وقوع الضرر باحتكاره بصورة أكبر دون غيره من السلع لبساطة الحياة في ذلك الوقت، فقد اختلف الحال في زمننا هذا وصرنا أمام عدد غير متناه من الحاجات الضرورية التي لا غنى للناس عنها، فإذا تم اعتماد الرأي القائل بجريان الاحتكار في الطعام فحسب، فلا ريب أن ذلك سيحمل كثيراً من أهل الجشع وذوي النفوس الضعيفة على احتكار ما يشاؤون من السلع سوى الأطعمة،

(١) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٣/ ٢١٣، وحاشية العدوي: ١/ ٦٠٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨، والفروع، ابن مفلح: ٤/ ٣٩.

(٢) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

واستغلال حاجات الناس بحجة جوازه في الفقه الإسلامي، ناهيك عن أن الأمر في هذا الزمان قد تجاوز مسألة السلع إلى المنافع والأعمال، وبات الاحتكار يجري في كل شيء دون اقتصاره على السلع فحسب كما كان متعارفاً عليه في أزمنة الفقهاء فيما مضى.

إذن فالرأي القائل بعموم جريان الاحتكار في كل شيء هو الرأي الأحوط والأكثر ضمانة في هذا الزمان لحفظ حقوق الناس ومصالحهم، وسد أبواب الجشع والظلم والاستغلال، إضافة -كما سبق- إلى أنه الرأي الذي تبرز من خلاله مرونة أحكام الفقه الإسلامي وشموليتها للتطبيق على كل ما قد يستجد عبر الزمان.

وبناء على ترجيح الرأي القائل بعموم جريان الاحتكار في كل شيء يضرّ الناس حبسه، يرى الباحث اعتماد تعريف الأستاذ الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعالى للاحتكار في هذا الزمان، بقوله: (هو حبس مال أو منفعة أو عمل والامتناع عن بيعه أو بذله حتى يغلو سعره غلاء فاحشاً غير معتاد، بسبب قلّته أو انعدام وجوده في مظانه، مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان إليه)[1] ثم بيّن رحمه الله تعالى أن هذا التعريف أوضح حقيقة الاحتكار بأنه حبس ما يحتاج إليه الناس مطلقاً، سواء أكان طعاماً أم غيره مما يكون في احتباسه إضرار بالناس وتضييق الحياة عليهم، وهذا بإطلاقه شامل لكل شيء من المواد الغذائية والثياب والأدوية، ومنافع الدور والأراضي، وآلات ومواد الإنتاج الزراعي والصناعي كالمحاريث والأسمدة، كما يشمل منافع وخبرات العمال وأهل المهن والحرف والصناعات والفنيين وأصحاب الكفاءات العلمية، إذا احتاجت الأمة إلى مثل تلك السلع والمنافع والخدمات، إذ المناط هو حقيقة الضرر من حيث هو بقطع النظر عن نوع الشيء المحتكر، كما أبرز التعريف ظاهرة الحاجة التي هي مناط تحريم الاحتكار وتشريع أحكامه، إذ ليس كل ظرف يعد فيه حبس هذه الأشياء احتكاراً محرماً، وإنما ظرف الحاجة الذي يوقع في الضرر هو المناط، حتى إذا لم يتحقق هذا المناط كان اختزاناً أو ادخاراً مباحاً لأنه تصرف في حق الملكية[2].

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني: ص٤١١.

(٢) ينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني: ص ٤١١-٤١٢، بتصرف.

فهذا كلام شافٍ ووافٍ في بيان ما يشمله الاحتكار في العصر الراهن، وكل ما سبق بيانه بالتفصيل تشمله عبارة بليغة وجيزة من كلام الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى تسري بحكمها على كل ما قد يجري فيه الاحتكار مما يستجد من حاجات الناس عبر الزمان، وهي (كل ما ضرّ بالعامة حبسه فهو احتكار)[1] فهذه العبارة تصلح كقاعدة عامة للاحتكار في كل زمان ومكان، كما يمكن الاستناد إليها في تخريج أحكام عقود الإذعان التي عُرفت مؤخراً، كعقود الماء والكهرباء والعمل والوكالات الحصرية ونحوها مما سيتم الكشف عنه في المبحثين الثالث والرابع من هذا الفصل بإذن الله تعالى.

۞ **المسألة الرابعة:** شروط الاحتكار المحرم

وهي المسألة الأخيرة من مسائل الاحتكار بوصفه أحد التخريجات الملائمة في الفقه الإسلامي لعقود الإذعان التي عُرفت مؤخراً، مما استدعى الخوض في أهم المسائل المتعلقة به للكشف عن مدى الانسجام بينه وبين عقود الإذعان، في سبيل الوصول إلى تصور دقيق لسلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان في المبحث الثالث بإذن الله تعالى.

*** فقد وضع الفقهاء عدداً من الضوابط أو الشروط للاحتكار المحرم، أبرزها:**

۞ الشرط الأول:

أن يحبس المحتكر السلعة بقصد بيعها وقت الغلاء والشدة بسعر مضاعف، أما من ادخر لنفسه وأهله من قوت وغيره مما يحتاجون إليه فليس من الاحتكار المنهي عنه، وكذلك من أمسك السلعة ليبيعها بثمن المثل وقت الغلاء والشدة فلا بأس به أيضاً.

إذن فالاحتكار المنهي عنه هو الاحتكار بقصد الإضرار بالناس من خلال حبس ما يحتاجون إليه من الضروريات انتظاراً لزمن الغلاء والشدة، ومن ثَمّ بيعها بأسعار مضاعفة، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء[2].

---

(١) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٧.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٩٨، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٢٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨، ومطالب أولي النهى، الرحيباني: ٣/ ٦٣-٦٥.

الشرط الثاني:

أن يكون محل الاحتكار من قوت الآدمي والبهائم عند جمهور فقهاء الحنفية والسادة الشافعية، ومن قوت الآدمي فحسب عند السادة الحنابلة، بينما رأى السادة المالكية وأبو يوسف من الحنفية جريان الاحتكار في كل شيء يضرّ بالناس حبسه على ما سبق تفصيله في المسألة الثالثة[1].

الشرط الثالث:

أن لا تكون السلعة -محل الاحتكار- مجلوبة (أي مستوردة بالمفهوم الحديث) من خارج البلدة التي يُراد فيها الاحتكار، وإنما يشترط في السلعة التي يحرم احتكارها أن تكون مشتراة من سوق البلدة فيحتكرها المشتري بقصد بيعها في البلدة نفسها وقت الغلاء والشدة بسعر مضاعف، هذا ما نص عليه جلّ الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة[2].

بينما اختار الإمام أبو يوسف رحمه الله من الحنفية القول بعدم التفرقة بين ما يتم جلبه من خارج البلدة وما يتم شراؤه من داخلها، إذا قصد المحتكر في كلٍّ إيقاع الضرر بالناس باحتكار السلعة عليهم وبيعها بأضعاف سعرها وقت الحاجة[3].

*** أدلة الفريقين في المسألة:**

- **أولاً**: أدلة جمهور الفقهاء[4]:

استدل الفقهاء لرأيهم بأن تكون السلعة المحتكرة مشتراة من سوق البلدة لا مجلوبة من خارجها بالأدلة التالية:

---

(١) ينظر: ص ٣٦٧ وما بعدها.

(٢) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٣/ ٢١٣-٢١٤، والكافي في فقه أهل المدينة: ١/ ٣٦٠، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب: ٢/ ٢٢٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٧.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩، الاستذكار، ابن عبدالبر: ٦/ ٤٠٩، المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٩٢، المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٤.

أ- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[1] فلم يذم النبي صلى الله عليه وسلم الجالب وإنما ذم المحتكر.

ب- قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا، ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر، فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله»[2] أيضاً في هذا الأثر ذم سيدنا عمر رضي الله عنه المحتكر ومدح الجالب.

ج- إن السبب في حرمة احتكار السلعة المشتراة في البلدة هو تعلق حق العامة بها فيصير المحتكر ظالماً بمنع حقهم، وهذا الظلم لا يتحقق في السلعة المشتراة من خارج البلدة والمجلوبة إليها من مكان بعيد؛ لأن حق العامة لا يتعلق بسلعة مشتراة من خارج بلدتهم فلا يقع عليهم ظلم باحتكارها.

د- إذا كان المناط في تحريم الاحتكار هو الضرر الناتج عنه، فالجالب لا يضيق على أحد ولا يضرّ به بل ينفع، فإن الناس إذا علموا عنده طعاماً معدّاً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه.

● **ثانياً**: دليل الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى:

استند الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى في رأيه بعدم التفرقة بين ما يتم شراؤه من سوق البلدة وما يتم جلبه من خارجها، إلى أن الضرر الذي من أجله مُنع الاحتكار يتحقق في السلعة المجلوبة أيضاً إذا قصد صاحبها حبسها عن الناس حتى اشتداد الحاجة إليها ومن ثَمّ بيعها بسعر مضاعف، فالضرر منهي عنه في الشرع دون تفرقة بين حالة وأخرى[3].

---

(١) سبق تخريجه: ص ٣٦٤.

(٢) سبق تخريجه: ص ٣٦٦.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٦/ ٢٨، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٨. ولقد نقل الإمام ابن عابدين رحمه الله عن بعض فقهاء المذهب الحنفي قولهم بأن أبا يوسف أيضاً لا يرى الاحتكار في السلع المجلوبة، فقال: (قال القدوري في التقريب: وقال أبو يوسف إن جلبه من نصف ميل فإنه ليس بحكرة، وإن اشتراه من رستاق واحتكره حيث اشتراه فهو حكرة، قال: فعلم أن ما جلبه من مصر آخر=

• **اختيار الباحث:**

يرى الباحث ترجيح رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى بعدم التفرقة في الاحتكار بين السلع المحلية والسلع المستوردة (في المصطلح الحديث) مادام الضرر متحققاً في كلتا الحالتين، فلا معنى إذن للتفرقة بينهما إذا اتحدت علة الحكم فيهما، وأما الاستدلال بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» وكذلك الاستدلال بالأثر السابق عن أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه في ذم المحتكر ومدح الجالب، فيُحمل القصد فيهما على جلب السلع من خارج البلدة للتوسيع على الناس وبيعها لهم بأسعار معقولة دون إرهاقهم بمضاعفة أسعارها وقت الحاجة إليها.

وهذا الرأي هو الذي ينسجم مع واقع الحال في العصر الراهن، ويعد بحق مصدر فخر يحق لنا كمسلمين التباهي به؛ لدلالته على مرونة أحكام فقهنا العظيم واشتماله على ما يمكن الاستناد إليه في مواجهة الأحداث والقضايا المستجدة عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة، فالاعتماد في العصر الراهن على السلع المستوردة لا يقل أهمية عن الاعتماد على السلع المحلية، بل إنه في بعض الحالات وفي بعض البلاد يتم الاعتماد على السلع المستوردة بصورة أكبر من الاعتماد على السلع المحلية في ظل سهولة التنقل وتطور وسائل الموصلات بشكل رهيب، مما يساهم في نقل السلع والبضائع من بلد إلى بلد مهما بعدت المسافة بينهما في وقت قصير جداً، فالقول بإباحة الاحتكار في السلع المستوردة لا ريب أنه يحمل ضرراً يسري أثره على المجتمع بأسره، كما أن واقع الحال في العصور السابقة يختلف اختلافاً جذرياً عما عليه الحال في العصر الراهن؛ إذ لم يكن الجَلَب (الاستيراد) ذا نطاق واسع في ذلك الزمان لصعوبة التنقل وخطورة الطرق، فكان جلّ اعتماد الناس على السلع المحلية لذا فإن احتكارها كان يشكّل الضرر الأكبر

= ليس بحكرة عند أبي يوسف أيضاً؛ لأنه لا يثبت الحكرة فيما جلبه من نصف ميل فكيف فيما جلبه من مصر- آخر، نص على هذا الكرخي في مختصره. اهـ) حاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٩٩. ولكن المشهور عن أبي يوسف رحمه الله رأيه المذكور في المتن أعلاه بناء على ما نقله عنه جل فقهاء المذهب كما سبق.

عليهم، بعكس السلع المجلوبة لندرتها بالأساس وعدم الاعتماد عليها، فهذا هو السبب الذي دعا الفقهاء إلى التفرقة بين السلع المحلية وتلك المجلوبة والله تعالى أعلم.

الشرط الرابع:

اشترط بعض الفقهاء ولاسيما فقهاء الحنفية تحديد مدة الاحتكار بأربعين يوماً، ومنهم من حددها بشهر واحد[1].

ولكن يبدو أن اشتراط المدة ليس بتلك الأهمية عند جلّ الفقهاء، لأنهم لم ينصوا عليه، فالغاية الأساسية في المنع من الاحتكار إذن هي دفع الضرر قبل وقوعه ورفعه بعد وقوعه، فإن حصل الضرر في أيّة مدة وجب رفعه طالت مدة الاحتكار أو قصرت، هذا ما يُفهم مما سبق عرضه من تفصيلات للفقهاء في المسألة والله تعالى أعلم.

تلك هي أبرز الشروط التي نص عليها الفقهاء للاحتكار المحرم، وبها يُختتم الحديث في التطبيق الثاني الملائم لتخريج عقود الإذعان عليه، بعد الفراغ من التطبيق الأول وهو العقد بالمعاطاة، وبذلك تتضح صورة التكييف المناسب لعقد الإذعان في الفقه الإسلامي بعد عرض طبيعته وتكييفه في القانون الوضعي، ليأتي الدور على عقد مقارنة بينهما في هذا الجانب في المطلب الآتي.



(١) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٧-٢٨.

المطلب الثالث:

تكييف عقد الإذعان وضوابطه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سبقت الإشارة فيما مضى إلى أن فكرة الإذعان موجودة في الفقه الإسلامي منذ نشأته، وأن العقود التي أُطلق عليها مؤخراً مصطلح «الإذعان» وأُفردت بالبحث والتنظير في القوانين الحديثة لها ما يلائمها وينسجم معها من المبادئ الثابتة والقواعد العامة والتطبيقات الشاملة في الفقه الإسلامي، والتي تصلح لتخريج مثل هذا النوع من العقود عليها وتخريج غيرها كذلك مما قد يستجد عبر الزمان.

فالإذعان من حيث كونه فكرة قائمة على احتكار سلعة أو خدمة ضرورية يحتاج الناس إليها من قِبل شخص أو أشخاص حقيقيين أو اعتباريين، ينفردون بوضع شروط وتفصيلات تلك العقود دون أن يملك الطرف المقابل لهم سوى الإقرار والقبول بذلك دون نقاش أو مساومة، مرّ فيما مضى نظيره في الفقه الإسلامي في تطبيقين أساسيين عرض لهما فقهاء المذاهب، هما العقد بالمعاطاة والاحتكار، وفيما يلي أعرض لمقابلة موجزة بين كلٍّ من هذين التطبيقين وعقود الإذعان بمفهومها الحديث:

- **أولاً**: عقد الإذعان والتعاقد بالمعاطاة:

حتى تتم المقابلة بين عقد الإذعان والتعاقد بالمعاطاة بشكل دقيق، يُستحسن عرض ضوابط أو خصائص عقد الإذعان في القانون الوضعي والتي تم بيانها فيما مضى من خلال عرض كل ضابط على حدة، ومن ثَمّ الكشف عن مدى الانسجام بينه وبين خصائص التعاقد بالمعاطاة، وذلك على النحو الآتي:

*** لقد نصت القوانين الوضعية على الخصائص الآتية لعقد الإذعان:**

١ - أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تُعد من الضروريات الأولية بالنسبة إلى عموم المستهلكين أو المنتفعين لا إلى فرد بعينه:

يلحظ أن هذا الضابط قد قصر فكرة الإذعان على الأمور الضرورية التي لا غنى للناس عنها، كعقود الماء والكهرباء والغاز والوكالات الحصرية للمنتجات الضرورية ونحوها من السلع والخدمات الأساسية، في حين أن التعاقد بالمعاطاة وإن حمل معاني الإذعان والقبول

والإقرار إلا أن جمهور الفقهاء الذين رأوا جواز التعاقد به -كما مضى- لم يقصروا وقوعه على الضروريات فحسب، بل رأوا تجاوز الضروريات إلى الحاجيات والتحسينيات أيضاً، وهنا أُذكّر بما ورد عن جمهور الفقهاء المجيزين للتعاقد بالمعاطاة في بيان هذا الضابط من خلال النص الآتي:

جاء في «بدائع الصنائع»: (... وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً فكان جائزاً)[1].

إذن يمكن القول بناء على ذلك: إن محل العقد في العقود التي تتم بالمعاطاة أعم وأشمل من محل العقد في عقود الإذعان، فكل عقد إذعان يمكن أن يطلق عليه عقد معاطاة وليس العكس، وبالتالي يمكن عدّ عقد الإذعان شكلاً من أشكال التعاقد بالمعاطاة أو فرداً من أفراده.

٢- احتكار الموجب لتلك السلع أو الخدمات احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق:

هذا الضابط لا يشترط تحققه في العقود التي تتم بالمعاطاة؛ إذ إن طريقة التعاقد بالمعاطاة تشمل كافة السلع -كما سبق في الضابط الأول- وتجري في كافة الأحوال سواء في حالات الاحتكار الفعلي أو في الأحوال العادية التي لا احتكار فيها.

٣- انفراد الموجب في عقود الإذعان بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في ذلك أو أي حق في مناقشتها:

وهذا ما يجري في العقود التي تتم بالمعاطاة، حيث ينفرد الطرف الموجب فيها بوضع تفاصيل العقد من سعر وغيره دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في ذلك، وما على هذا الأخير سوى الرضا بالعقد أو رفضه، وفي هذا الضابط يتجلى التقارب بين العقدين في طريقة التعاقد.

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٣٤، وينظر: التاج والإكليل، المواق: ٤/ ٢٢٨، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٤٨.

٤- الإيجاب في عقود الإذعان هو إيجاب عام موجّه إلى الجمهور كله لا إلى فرد معين بذاته، إضافة إلى أنه إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر:

وهذا الأمر موجود في العقود التي تتم بالمعاطاة؛ إذ إن الإيجاب الشكلي أو الضمني فيها الشامل لتفاصيل العقد من سعر ونحوه والمقرر سلفاً من قبل الطرف الموجب هو إيجاب عام موجه إلى عموم الناس في الأعم الأغلب من الأحوال، فعلى سبيل المثال نجد أن الأسواق والمتاجر التي تعرض السلع بأسعار محددة سلفاً من قبل أصحابها دون أن يكون لأحد مناقشتها أو تعديلها، نجد أنها موجهة إلى عموم المستهلكين لا إلى أفراد معينين.

وبذلك تتضح حقيقة الانسجام بين الصورة التي تنعقد بها عقود الإذعان التي عُرفت مؤخراً وصورة التعاقد بالمعاطاة في الفقه الإسلامي، مع ملاحظة أن صورة التعاقد بالمعاطاة أعم وأشمل من صورة التعاقد في عقود الإذعان، مما يعني شمول القواعد والتطبيقات التي عرفها الفقه الإسلامي لجوانب أوسع مما عرفته القوانين الوضعية، فيمكن بناء على ذلك عدّ عقد الإذعان أحد تطبيقات أو أمثلة التعاقد بالمعاطاة في الفقه الإسلامي.

وحري بالبيان أنه لا يتعين البحث عن التطابق التام بين ما عرفته القوانين الوضعية مؤخراً فيما يتعلق بعقود الإذعان وما ورد في الفقه الإسلامي من قواعد وتطبيقات؛ إذ يكفي التأكيد على وجود جوهر فكرة الإذعان في الفقه الإسلامي من خلال صورتي التعاقد بالمعاطاة والاحتكار وإن اختلفت فيما بينها في بعض التفاصيل، وذلك كافٍ لتطبيق أحكام هذين التطبيقين على عقود الإذعان، ومن أهم الأحكام سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان تأسيساً على سلطته في تعديل العقود التي تتم بالمعاطاة أو التي يُمارس عليها الاحتكار كما وردت في الفقه الإسلامي، وهو ما سيتم الكشف عنه بإذن الله تعالى في المبحث الثالث.

- **ثانياً**: عقد الإذعان والاحتكار:

مر فيما مضى أن الاحتكار في الفقه الإسلامي هو أحد التطبيقات الملائمة لتخريج عقد الإذعان بمفهومه الحديث، ولتسليط الضوء بشكل أكبر على هذا الكلام يتعيّن عقد مقابلة موجزة بينهما من حيث المفهوم وأهم العناصر أو الخصائص؛ للتأكيد على الانسجام بينهما وذلك على النحو الآتي:

يرى الباحث الانطلاق في هذه المقابلة من أحد التعريفات الشاملة للاحتكار، وهو تعريف الأستاذ الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعالى؛ وذلك لمناسبته لتطورات هذا الزمان واستناده إلى الرأي الذي سبق ترجيحه في مسألة السلع التي يجري فيها الاحتكار، وهو رأي السادة المالكية وأبي يوسف من الحنفية، ومفاده عموم جريان الاحتكار في كل شيء يضرّ بالناس حبسه.

والسبب في ترجيحه يعود -كما سبق- إلى مرونته وشموله لكل ما قد يستجد عبر الزمان من أحداث وقضايا، حفاظاً على مصالح أفراد المجتمع كافة بمنأى عن وقوع الضرر بأحدهم أو نشوب الخلاف فيما بينهم.

وفيما يلي نص التعريف قبل استنتاج أهم عناصر أو خصائص الاحتكار منه ومقارنتها بما يقابلها في عقود الإذعان بمفهومها الحديث:

(الاحتكار هو حبس مال أو منفعة أو عمل والامتناع عن بيعه أو بذله حتى يغلو سعره غلاء فاحشاً غير معتاد، بسبب قلّته أو انعدام وجوده في مظانه مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان إليه)[1].

* وفيما يلي توضيح أبرز عناصر الاحتكار في هذا التعريف من خلال عرض كل عنصر على حدة وتذييله بما يقابله في عقود الإذعان، **وهي ثلاثة عناصر كالآتي:**

➢ **العنصر الأول**: القصد في الاحتكار:

يتجلى من خلال التعريف السابق للدكتور الدريني رحمه الله تعالى وكذلك جلّ تعريفات الفقهاء المتقدمين[2] القصد الأساسي من الاحتكار، وهو حبس السلعة انتظاراً لوقت غلائها ومن ثَمّ بيعها بسعر مضاعف.

---

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني، ص: ٤١١.

(٢) ومن ذلك: قال الإمام ابن عابدين رحمه الله تعالى في حاشيته: ٦/ ٣٩٨ في تعريف الاحتكار: (الاحتكار شرعاً اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء)، وجاء في «كشاف القناع» ٣/ ١٨٧: (أن يشتريه للتجارة ويحبسه ليقل فيغلو)، فقصد الاحتكار واضح من خلال التعريفين.

وبالنظر إلى عقود الإذعان بمفهومها الحديث لا يلحظ تحقق هذا القصد فيها؛ إذ إن عقد الإذعان في جوهره ليس قائماً على الانتظار بقصد ارتفاع الثمن، بل تكمن فكرته الأساسية في احتكار سلعة أو خدمة ضرورية يحتاج الناس إليها بقصد التفرّد في وضع شروط العقد وسائر تفصيلاته دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في النقاش أو المساومة.

فعقد الإذعان إذن لا فرق فيه بين زمَنَي الغلاء والرخاء ما دام الطرف القوي قد وضع شروطه غير القابلة للنقاش، فهو بذلك قد حقق مقصوده من العقد دون حاجة إلى حبس السلعة أو الخدمة انتظاراً لغلائها كما هو الحال في الاحتكار.

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن الاحتكار -إضافة إلى المقصد الأساسي منه وهو حبس السلعة انتظاراً لغلائها- فهو يتوافق مع الإذعان في المقصد الأساسي منه وهو انفراد الطرف القوي الموجب بوضع شروط العقد وتفصيلاته، وبذلك يشتمل الاحتكار على المقصدين معاً، أما الإذعان فلا يشتمل على المقصد الأساسي من الاحتكار وهو حبس السلعة انتظاراً لغلائها.

وبذلك يتضح أن الاحتكار والإذعان -بالنسبة للعنصر الأول وهو القصد- متفقان من جهة ومختلفان من جهة أخرى، فهما متفقان من حيث اشتمالهما على قصد «انفراد الطرف الموجب القوي بشروط العقد وتفصيلاته دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في ذلك»، ومختلفان من حيث عدم اشتمال الإذعان على قصد «حبس السلعة انتظاراً لغلائها».

➢ **العنصر الثاني**: محل العقد في الاحتكار (السلع التي يجري فيها الاحتكار):

مر فيما مضى[1] خلاف الفقهاء في هذه المسألة بين من رأى جريان الاحتكار في الأقوات عموماً سواء في ذلك قوت الإنسان والحيوان وهم جمهور فقهاء الحنفية والسادة الشافعية، ومن رأى جريانه في قوت الإنسان فحسب وهم السادة الحنابلة، ومن رأى عموم جريانه في كل شيء يضرّ بالناس حبسه وهم السادة المالكية وأبو يوسف من الحنفية، وقد تمّ ترجيح هذا الرأي الأخير كما سبق لمرونته وشموله لكل ما قد يستجد عبر الزمان.

(١) ينظر: ص ٣٦٧ وما بعدها.

وما يهمّ بيانه في هذا العنصر هو طبيعة السلعة المحتكرة بغض النظر عن نوعها، أي قيمتها وأهميتها بالنسبة إلى عموم الناس أيّاً كان نوعها، فالفقهاء كما يظهر جليّاً وإن اختلفوا في نوعية السلع التي يجري فيها الاحتكار، إلا أنهم اتفقوا في طبيعتها من حيث كونها من الضروريات التي ينجم عن حبسها واحتكارها ضرر محقق بعموم الناس، فالأقوات سواء في ذلك قوت الآدمي أو الحيوان -عند من رأى اقتصار الاحتكار عليها- لا ريب أنها من الضروريات، وكذلك القائلون بعموم جريان الاحتكار في كل شيء اشترطوا أن تكون السلعة المحتكرة من الضروريات التي يتحقق وقوع الضرر بعموم الناس جراء حبسها واحتكارها، حيث نص الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى على ذلك بقوله: (كل ما ضرّ بالعامة حبسه فهو احتكار)[1]؛ لأن ما سوى الضروريات لا يتحقق وقوع الضرر يقيناً بحبسه واحتكاره.

فهذا العنصر في الاحتكار ينسجم تماماً مع العنصر أو الضابط الأساسي في عقود الإذعان بالمفهوم الحديث، فهو الضابط الأول الذي نص عليه أهل القانون في هذا الجانب بقولهم: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية بالنسبة إلى عموم المستهلكين أو المنتفعين[2].

➢ **العنصر الثالث**: أثر الاحتكار ونتيجته:

يُلمس من التعريف السابق للاحتكار للدكتور الدريني رحمه الله تعالى وغيره من التعريفات أن الاحتكار يُخلّف ضرراً بعموم الناس والدولة والحيوان، وهذا بلا ريب بالنسبة للاحتكار الممنوع، وإلا فإن الفقهاء كما سبق نصوا على أن الاحتكار الممنوع شرعاً هو الاحتكار الذي يوقع ضرراً محققاً بالناس من خلال احتكار السلع الضرورية وانتظار غلائها ومن ثَمّ بيعها بأسعار مضاعفة، أما ما لم يكن فيه هذا القصد فلا يُمنع منه، وذلك كمن حبس سلعة

(١) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٧.

(٢) مصادر الحق، السنهوري: ١/ ٧٥.

واحتكرها على أن يبيعها بسعرها المعتاد وقت الحاجة، فهذا لا يشمله المنع لانتفاء الضرر حينئذ[1].

* إذن فالاحتكار في الفقه الإسلامي بالنظر إلى أثره والنتيجة التي يخلّفها نوعان:

محظور، وجائز.

فأما المحظور: فهو حبس الشخص الطبيعي أو الحكمي ما يحتاج إليه الناس من السلع أو المنافع أو المرافق، أو استئثاره واستبداده بها بحيث لا ينافسه فيها غيره، والامتناع عن بيعها بغير الثمن الجائر الذي يفرضه، والسبب في حظره ما فيه من ظلم الناس والإضرار بهم.

وأما الجائز: فهو إمساك الشخص الطبيعي أو الحكمي بعض السلع أو المنافع والاستبداد بها لبيعها طلباً للربح العادل نتيجة تقلّب الأسواق من غير إضرار بالناس، وإنما كان جائزاً في هذه الصورة لكونه تصرفاً في شيء يملكه الشخص من دون أن يعود بالضرر أو التضييق على عامة الناس[2].

وهذا الكلام بعينه ينطبق على عقود الإذعان بالمفهوم الحديث؛ لأن الطرف القوي الموجب في عقد الإذعان يُفترض أنه يسعى في تحصيل السلع أو المنافع أو الأعمال أو الخدمات بمختلف أنواعها وتوفيرها للناس سعياً في سد حاجتهم إليها، فإذا تم التحقق من سلامة هذه الغاية لدى الطرف الموجب في عقد الإذعان حُكم بسلامة العقد وبنائه على رضا الأطراف كافة، وأما إن ثبت وقوع الضرر بالناس جراء الشروط المجحفة أو التعسفية التي وضعها

(١) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٣/ ٢١٣، فقد جاء فيها: (وإن اشترى في ذلك المصر وحبسه ولا يضر بأهل المصر لا بأس به)، وحاشية العدوي: ١/ ٦٠٧، وفيها: (تنبيه: يجوز الاحتكار ولو في الأطعمة لكن يقيد بما إذا لم يترتب ضرر بالناس وإلا فلا يجوز ذلك)، وينظر كذلك: مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨، والفروع، ابن مفلح: ٤/ ٣٩.

(٢) ينظر: الإذعان في الفقه الإسلامي: ص ٦٦، مقال للدكتور نزيه حماد، مجلة العدل، الصادرة عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، العدد: ٢٤، شوال- ١٤٢٥هـ.

الطرف الموجب لم يُحكم بسلامة العقد، وإنما يستدعي ذلك التدخل في العقد بتعديل ونحوه من قبل القاضي على ما سيمر تفصيله في المبحث الثالث بإذن الله تعالى.

تلك هي أبرز عناصر الاحتكار وأوجه الشبه والاختلاف فيما بينها وبين عناصر عقد الإذعان بالمفهوم الحديث.

وخلاصة ما سبق أن أحكام عقد الإذعان تنسجم إلى حد كبير مع أحكام الاحتكار التي نص عليها فقهاء المذاهب منذ قرون عديدة خلت، وكما أسلفت لدى المقابلة بين عقد الإذعان والتعاقد بالمعاطاة، فلا يتعين البحث عن تطبيق أو مثال في الفقه الإسلامي يتطابق تماماً وعقود الإذعان، إذ إن لكل عصر ظروفه ومعاملاته وعقوده وذلك يختلف من عصر إلى عصر، وإنما يكفي التأكيد على شمول الفقه الإسلامي بتراثه العظيم وقواعده المحكمة ومبادئه الراسخة لأغلب الجزئيات المتعلقة بعقود الإذعان وغيرها مما استجد أو قد يستجد عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة، وإن في أحكام التعاقد بالمعاطاة والاحتكار التي نص عليها الفقهاء قديماً ما يكفي لاحتواء عقود الإذعان التي عرفتها القوانين الوضعية مؤخراً دون تردد أو ريب على ما سبق بيانه بالتفصيل، ولا يخفى ما في ذلك من دلالة واضحة لذي عينٍ على صلاحية أحكام الفقه الإسلامي للتطبيق مهما تغيرت الأحوال والأزمنة واختلفت الظروف والأمكنة.

ونصل بهذا الكلام إلى ختام الحديث في تكييف عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بعد أن تمّ الوصول إلى نتيجة مفادها صحة تخريج أحكام عقود الإذعان التي عرفتها القوانين الوضعية مؤخراً على عدد من التطبيقات التي وردت في الفقه الإسلامي منذ قرون عدة، وأهمها التعاقد بالمعاطاة والاحتكار على التفصيلات التي سبق طرحها في هذا المبحث، وبذلك يغدو الطريق ممهداً بإذن الله تعالى وتوفيقه نحو بيان سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان بعد أن تمّ التدرج في طرح المسائل حتى الوصول إلى هذه المسألة المستهدفة بشكل أساسي بالبحث في هذه الرسالة، وذلك في المبحث الآتي.



المبحث الثالث:

أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الأصل في أي عقد أنه ينعقد بين طرفين غالباً، يقفان عند نفس المركز من حيث القوة وحرية التعاقد المتمثلة في وضع الشروط وسائر تفصيلات العقد بالتوافق فيما بينهما، فإذا تمّ العقد على ذلك اكتسب قوته الملزمة لطرفيه، فلا يملك أيّ منهما نقض العقد أو التملص من التزاماته أو تعديلها بإرادته المنفردة، كما لا تملك أيّة جهة أخرى -كالقضاء مثلاً- التدخل في العقد بنقض أو تعديل ما لم يشمل على محظور شرعي أو لَحِق أحد العاقدين ضرر بسببه أو بسبب آخر من ظرف طارئ ونحوه، فهذا هو الأصل في العقود.

بيد أنه ظهرت في العصر الحديث طائفة من العقود أُطلق عليها كما سبق «عقود الإذعان» ينفرد الطرف الموجب فيها -وهو الطرف القوي- بوضع شروط العقد وسائر تفصيلاته وحده، ولا يملك الطرف الآخر -وهو الطرف القابل- سوى الإذعان والإقرار بما جاء في العقد دون مناقشة الطرف الموجب أو مساومته.

*** ومن أمثلة هذه العقود:**

١- التعاقد مع الشركات التي تحتكر الخدمات الضرورية في المجتمع، كشركات الكهرباء والمياه والغاز والاتصالات ونحوها، سواء أكانت شركات حكومية أم شركات خاصة.

٢- التعاقد مع الوكالات الحصرية المحتكرة لبعض المنتجات الضرورية التي يحتاج الناس إليها ويلحقهم ضرر محقق بفقدانها.

٣- عقود العمل: أي تعاقد الشخص مع أصحاب الأعمال سواء أكانوا أفراداً أم شركات في سبيل تأمين دخله الأساسي وكذلك دخل من يعولهم من أفراد أسرته.

وغير ذلك من العقود القائمة على طرح المناقشة والمساومة جانباً، فلا يخفى ما قد ينتج عن هذه العقود وأمثالها من ضرر محقق على الطرف القابل نتيجة شرط تعسفي أو بند مشتمل على

ظلم أو إجحاف بحقه من قبل الطرف الموجب الذي استبدّ بالعقد واستأثر بوضع شروطه وبنوده بمفرده، مما يستدعي تعديل تلك العقود من خلال سلطة القضاء ونحوها من الجهات الرقابية التي تكلّفها الدولة بمراقبة معاملات الناس وعقودهم اليومية في سبيل ضمان سيرها على النحو الذي يكفل للجميع حفظ حقوقهم وحماية مصالحهم.

فإذا كان قد ثبت في المبحث السابق صحة تخريج عقود الإذعان على بعض التطبيقات المعروفة في الفقه الإسلامي، فلا ريب إذن في اشتمال الفقه الإسلامي كذلك على البيان الساطع لسلطة القاضي في تعديل تلك العقود إذا خرجت عن مسارها الشرعي، وحصل فيها تجاوز لمبادئ الشرع وقواعده الكفيلة بإرساء العدل بين أطراف العقد وإزالة الضرر عنهم.

واستكمالاً للمنهج المتّبع في هذا الفصل سأعرض لسلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في القانون الوضعي متمثّلاً في القانونين المصري والسوري أولاً، ثم أُطلق العنان للمداد لخطّ ما ورد بشأن تلك السلطة في الفقه الإسلامي تأسيساً على التكييف الفقهي لهذا العقد على النحو الذي مضى في المبحث الثاني.

*** وبناء على ذلك تم توزيع محتوى هذا المبحث على ثلاثة مطالب كالآتي:**

- المطلب الأول: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في القانون الوضعي.
- المطلب الثاني: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



المطلب الأول:

أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في القانون الوضعي

وأعني بالقانون الوضعي في هذا المقام القانونين المصري والسوري كونهما محل المقارنة في هذه الرسالة.

* **وسيتم عرض محتوى هذا المطلب في ثلاثة فروع كالآتي:**

- **الفرع الأول**: تمهيد في بيان حكم عقد الإذعان وكيفية حصول الإيجاب والقبول فيه.
- **الفرع الثاني**: الشروط القانونية لسلطة القاضي في التدخل في عقد الإذعان.
- **الفرع الثالث**: صور ومظاهر تدخل القاضي في عقد الإذعان.



- **الفرع الأول**: تمهيد في بيان حكم عقد الإذعان وكيفية حصول الإيجاب والقبول فيه

يذهب غالبية شراح القانون المدني -كما سبق في تكييف عقد الإذعان قانوناً- إلى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، فالإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان، أما المساواة الاقتصادية بين الطرفين فليست بلازمة، ولا يُشترط قانوناً لاتفاق الإرادتين اتفاقاً صحيحاً أن يكون مضمون العقد وموضوعه محل نقاش سابق أو من عمل الطرفين، ومن ثَمّ فصحة التراضي موجودة في عقد الإذعان، وما يرضخ له المذعن لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي لا أثر له في صحة التراضي، ولا يقتصر على عقد الإذعان بل في كل عقد آخر يتم بمجرد انضمام من القابل لا نقاش فيه أو موافقته عليه، كما في الشراء بأسعار محددة من المحال الكبرى مثلاً.

- **خصائص الإيجاب في عقد الإذعان:**

أ- يصدر في صورة قاطعة ويشمل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية كلها، ولا يكون الموجب على استعداد للمناقشة فيه، وبذلك لا يحتاج لتمام العقد إلى أكثر من مجرد قبول يكون بمنزلة تسليم وإذعان لما صدر من الموجب.

ب- وهو إيجاب عام يوجّه إلى الجمهور بشروط متماثلة تصدر من محتكر قانوني أو فعلي.

ج- وهو إيجاب دائم إذ يصدر على نحو مستمر فيكون ملزماً لمدة أطول بكثير مما عليه الحال في العقود العادية، وطول مدة الإيجاب آتية من طبيعة الإيجاب وظروفه، وهو أظهر ما يكون في الإيجاب الصادر من محتكر قانوني؛ إذ إنه يحدد أسعاره وشروطه على أساس تعريفةٍ تخضع لموافقة السلطة العامة، ولا يلحقها التعديل عادة إلا بعد مدة طويلة.

د- وهو إيجاب يجب أن يُنشر بحيث يكون في وسع الجمهور الاطلاع عليه، وفي هذه الحالة يُفترض في من يتقدم للتعاقد عِلمُه بشروط الإيجاب حتى لو لم يطلع عليها؛ إذ كان في وسعه ذلك، فمثلاً: يتقيد من اشترى تذكرة للسفر بالسكك الحديدية أو الباخرة بالشروط التي كان بوسعه معرفتها لو كلّف نفسه بالاطلاع عليها لوجودها على التذكرة نفسها.

- **خصائص القبول في عقد الإذعان:**

القبول في عقد الإذعان عبارة عن رضوخ وتسليم بالشروط التي وردت في الإيجاب، حيث نصت المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري والمادة (١٠١) من القانون المدني السوري على أن (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها) كما تقول المذكرة الإيضاحية للنص المصري في شأن القبول أنه (أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة) وهو مع ذلك قبول حقيقي يتم به العقد ما دام الإيجاب ليس مصحوباً بتحفظات ضمنية، ولهذا نصت المادة (٨٥) من مشروع التقنين المدني المصري على أنه (يعتبر التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب في عقد الإذعان قبولاً) وإذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجّه إليه؛ إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد، وإذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض وترتبت مسؤوليته.

والواقع أن أساس التزام الموجب بالاستجابة للقبول أن العقد يتم بهذا القبول فيرتبط به الموجب ما دام أنه في حالة إيجاب دائم، وإذا كان للموجب أن يرفض القبول في بعض الصور لسبب مشروع فإن أساس ذلك أن تكون هناك تحفظات ضمنية في الإيجاب تتعلق بصالح

العمل الذي يقوم به، فمثلاً: صاحب العمل يجوز له أن يرفض تشغيل العمال النقابيين إذا كان الدافع إلى ذلك صالح مهني، ولا يحق له هذا الرفض إذا كان بنية الإضرار بالنقابة وهدمها[1].

- تلك هي أبرز خصائص الإيجاب والقبول في عقد الإذعان في القانون الوضعي.

إذن فالطرف الموجب في عقد الإذعان يعرض إيجابه في شكل بات ونهائي ولا يقبل مناقشة فيه بحيث لا يسع الطرف القابل سوى القبول والإقرار بذلك؛ لأنه لا غنى له عن هذا التعاقد لارتباطه بضرورة من ضروريات الحياة، لذلك تقتضي الضرورة أحياناً تدخل القانون ممثلاً بسلطة القاضي لتحقيق الحماية المطلوبة للطرف المذعن، إذا أدخل الطرف الموجب شروطاً في العقد قد تكون جائرة أو مجحفة بحق الطرف المذعن، وذلك بإلغائها أو تعديلها، على ما سيرد في الفرعين الآتيين بإذن الله تعالى.



■ **الفرع الثاني**: الشروط القانونية لسلطة القاضي في التدخل في عقد الإذعان

إذا كانت المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري والمادة (١٤٨) من القانون المدني السوري تنصان على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين) فإن معنى ذلك أنه متى نشأ عقد صحيح بين طرفين أو أكثر فإن الالتزامات الناشئة عن هذا العقد تعادل في قوتها قوة الالتزامات التي تنشأ من القانون.

وكما أنه لا يجوز لأيّ من المتعاقدين منفرداً أن ينقض العقد أو يعدل فيه، فإنه لا يجوز للقاضي أيضاً أن يقوم بشيء من ذلك، وهذه ما يُعبّر عنه بالقول (العقد شريعة المتعاقدين) ويعد هذا المبدأ من آثار نظرية سلطان الإرادة، وتُمليه اعتبارات دينية وأخلاقية واقتصادية، فالاعتبار الديني والأخلاقي هو وجوب الوفاء بالعهد، والاعتبار الاقتصادي هو استقرار المعاملات.

---

(١) بتصرف من: عقد الإذعان، عبدالمنعم الصدة: ص ٢٤٥-٢٤٧، وضوابط العقود: ص ١٢٦-١٢٧، عبدالحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، د.ت.

وإذا كان الأصل وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة أنه لا يجوز للقاضي نقض العقد أو تعديله كما جاء في المادة (١٤٧/ ١) من القانون المدني المصري والمادة (١٤٨/ ١) من القانون المدني السوري، غير أن القانون الحديث خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة قد عني بقدر متزايد من العدالة بين الطرفين المتعاقدين عند وضْعِه التنظيم القانوني للتعاقد، فخوّل المشرع القاضي سلطة تعديل التزامات كلا طرفي العقد إذا ما توافرت ظروف معينة تجعل مثل هذا التعديل ضرورياً لتحقيق العدالة كما هو الشأن في عقود الإذعان، لذلك تنص المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري والمادة (١٥٠) من القانون المدني السوري على أنه (إذا تمّ العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

وبذلك أصبح تعديل العقد أو مراجعة شروطه أمراً مألوفاً، إذ يهدف المشرع من خلال تخويل القاضي سلطة تعديل العقد تحقيق العدالة التي تنشأ من عدم المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد بقصد تحقيق المصلحة العامة وفقاً لمقتضيات السياسة الاقتصادية، وبذلك يعد نص المادة السالفة الذكر إحدى الحالات البارزة في التقنين الحالي، والتي أُعطيت للقاضي فيها سلطة تعديل العقد، وهي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير، ويعد هذا قيداً من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، كما يمثل هذا النص في عمومه وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المذعن من الشروط التعسفية، وخاصة فيما يتعلق بما تفرضه الشركات الكبرى الاحتكارية على صغار المستهلكين.

ولقد تضمنت المادة السالفة الذكر الشروط التي إن توافرت في عقد من العقود جاز للقاضي التدخل في العقد بغرض تعديل ما تضمنه من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، خروجاً على مبدأ حرية التعاقد على ما سبق بيانه[1].

(١) بتصرف من: القيود الواردة على مبدأ الإرادة، حمدي سلطح: ص ١٨١، وسلطة القاضي في تعديل العقد، الخطيب: ص ٢١٣.

○ **وهذه الشروط تتلخص في شرطين رئيسيين هما:**

١- وجود عقد تمّ بطريق التسليم أو الإذعان.

٢- أن يتضمن هذا العقد شرطاً أو شروطاً تعسفية.

* **وفيما يلي بيان هذين الشرطين بشيء من التفصيل:**

➢ **الشرط الأول**: وجود عقد تمّ بطريق التسليم أو الإذعان:

فالقاضي لا تثور سلطته إلا بمناسبة نزاع مطروح عليه يتضمن الطعن في عقد من العقود لاشتماله على شرط أو أكثر من الشروط التعسفية التي من شأنها إرهاق الطاعن وهو الطرف المذعن في العقد؛ وذلك نتيجة لانفراد الطرف الآخر بإملاء شروط التعاقد بحيث لم يكن للطرف الآخر المدعي إلا الرضوخ والتسليم بما تضمنه هذا العقد من شروط بسبب ضعف مركزه مع حاجته إلى التعاقد، وهنا تبدأ مهمة القاضي المدني المختص في فحص عناصر العقد والتعرف على طبيعته، ليتبين له أولاً هل تم هذا العقد بطريق الإذعان بحيث تشمله الحماية القضائية المقررة قانوناً أو لا؟

ووسيلة القاضي في الكشف عن طبيعة العقد وما إذا كان فعلاً من عقود الإذعان تتمثل في قيامه بالبحث عن عدد من العناصر يتسنى له من خلالها الوصول إلى الغرض المنشود، **وأهمها:**

أ- مدى أهمية موضوع العقد وما إذا كان يتعلق بسلعة أو خدمة تعد من الضرورات الأولية التي يصعب على الجمهور الاستغناء عنها دون ضيق أو حرج.

وتحديد كون السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أو لا مما يخضع لسلطة القاضي التقديرية باعتبارها مسألة من مسائل الواقع.

ب- كون أحد العاقدين محتكراً لما يدخل في موضوع العقد سواء أكان سلعة أم خدمة، وسواء أكان هذا الاحتكار قانونياً أم فعلياً، أو أن تكون على الأقل المنافسة بينه وبين غيره في تقديم تلك السلعة أو الخدمة محدودة النطاق.

ج- قيام مُقدّم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة سلفاً ولا يقبل مناقشة فيها.

فهذه هي خصائص عقد الإذعان التي سبق عرضها، فإذا ما توافر في العقد موضوع الدعوى المعروضة على القاضي كان العقد عقد إذعان، وبالتالي ينتقل القاضي بعد تحققه من توافر العناصر السابقة إلى المرحلة التالية، وهي التحقق من جوهر الدعوى أو موضوعها المتمثل في مدى تعسفية الشرط أو الشروط التي تضمنها العقد، والتي تشكل ظلماً أو تعسفاً بحق الطرف المذعن فيطالب بتعديلها أو إلغائها.

➢ **الشرط الثاني**: أن يتضمن العقد شرطاً أو شروطاً تعسفية:

فالقاضي في هذه المرحلة يتفحص الشروط التي تضمنها العقد حتى إذا وجد من بينها شرطاً تعسفياً أو جائراً فرضه الطرف الموجب بحكم مركزه القوي في العملية التعاقدية، وَجَدَ المبرر القانوني والأخلاقي لتدخله فيكون له الحق في تعديل ذلك الشرط بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون عليه، بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على الطرفين المتعاقدين، ويخف العبء الملقى على الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف في العقد، ويمنع عنه الإرهاق الذي يمكن أن يلحقه نتيجةً للتنفيذ، أو إلغاء هذا الشرط كلية بحيث يُعفى الطرف المذعن منه.

والسؤال الذي يرد هنا: متى يكون الشرط تعسفياً أو ما هو المعيار الذي يستطيع القاضي من خلاله التحقق من تعسفية الشرط؟

الإجابة على هذا السؤال تكمن في النظر ابتداء في الهدف الذي توخّاه المشرع من منح القاضي السلطة التقديرية الواسعة في تعديل موضوع العقد أو إنهائه، وقد سبق لدى دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في الفصل الأول من هذه الرسالة بيان السبب الرئيسي في تقرير هذه السلطة، وهو الحرص على تحقيق العدالة التعاقدية ورفع الضرر الذي قد يحيق بأحد طرفي التعاقد نتيجة للعقد المبرم بينه وبين شخص آخر أقوى منه اقتصادياً واجتماعياً، بسبب استغلال هذا الأخير الظروف المحيطة بالطرف الضعيف وحصوله بموجب العقد على أكثر مما دفع أو التزم به.

فمهمة القاضي هنا تنحصر في رفع الضرر وإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية المختلّة بما يحقق العدل والإنصاف، فالأمر لا يختلف في عقود الإذعان عنه في العقود التي شابها غبن أو استغلال، فالضرر المتوقع وقوعه على الطرف الضعيف بسبب سيطرة الطرف القوي المحتكر واستقلاله بوضع صيغة العقد وفرض الشروط التي يتضمنها هو الذي حدا بالمشرع إلى منح القاضي مثل تلك السلطة تحقيقاً للهدف نفسه، وهو حماية الطرف الضعيف من استغلال الطرف القوي ورفع الحيف والضرر عنه.

فإذا تم النظر في الأمر من هذا المنظار سيتضح بجلاء أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يفرضه الطرف الموجب على الطرف القابل بصورة تتعارض مع المساواة الواجبة في العقود، بحيث يتحقق له نفع زائد على ما يستحقه مقابل التزاماته فيشكل عبئاً على الطرف القابل لا تقابله منفعة له.

وتقدير توافر الصفة التعسفية للشرط من عدمها مناط بقاضي الموضوع؛ لأنه من مسائل الواقع التي لا رقابة عليه في تقديره من قبل محكمة النقض[1].

■ **الفرع الثالث**: صور ومظاهر تدخل القاضي في عقد الإذعان

لا ريب أن تدخل القاضي في عقود الإذعان يتم بغرض حماية الطرف المذعن من الجور المحتمل في الشروط التي انفرد بوضعها الطرف الموجب، لذا يتعين في هذا الفرع الكشف عن وسائل الحماية التي لجأ إليها القضاء لحفظ حق الطرف المذعن بوصفه الطرف الضعيف في العقد الذي خلا بشروطه وتفاصيله عن أي دور له في ذلك.

وإن القواعد العامة في القوانين القديمة لم تكن تتيح للمحاكم أن تكفل للطرف المذعن حماية إلا بقدر محدود، أما القوانين الجديدة ومن بينها القانون المصري والسوري فقد حرصت على أن تكفل حماية تشريعية بقدر كبير للطرف المذعن، فأوردت تنظيمات خاصة للعقود

(١) بتصرف من: القيود الواردة على مبدأ الإرادة، حمدي سلطح: ص ١٨٢ - ١٨٣ وسلطة القاضي في تعديل العقد، الخطيب: ص ٢١٤ - ٢١٧.

الجديرة بهذا التنظيم، منها عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين، كما أتت بنصين عامين على جانب كبير من الأهمية يسري حكمهما على جميع عقود الإذعان هما:

النص الأول: نص المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري والمادة (١٥٠) من القانون المدني السوري:

(إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

حيث يتضمن هذا النص إحدى الحالات البارزة التي أُعطيت للقاضي فيها سلطة تعديل العقد في القانون الجديد، وهي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير.

وبناء على هذا النص تتخذ سلطة القاضي التقديرية في مجال العقود التي تتم بالإذعان أحد مظهرين، **أحدهما**: يتمثل في تعديل الشرط التعسفي، **والآخر**: يتمثل في إلغاء الشرط التعسفي أي إعفاء الطرف المذعن منه، **وفيما يلي بيان هذين المظهرين بشيء من التفصيل**:

❁ **المظهر الأول**: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان:

فالقاضي في هذا المظهر من التدخل -برغم إبقائه على الشرط- إلا أنه يتناوله بالتعديل بما يراه من الوسائل الملائمة، وهذه الوسائل تدور بين تخفيض مضمون الشرط و الزيادة فيه، وذلك حينما يتعلق الشرط الذي بدا عليه التعسف بحجم الأداء في العقد، فقد يكون هذا الشرط متصلاً بالمقابل الذي يُفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل، أو الثمن في عقد البيع، أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار، أو ما شابه ذلك مما يجعله شرطاً جوهرياً في العقد يصعب الإعفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن الطرف المذعن، كما قد يتعلق الشرط بوسيلة التنفيذ أو وسائله، وقد يتعلق بمدته فيكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي من الشرط بما يحقق الغرض أو الهدف

الذي توخّاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد بحيث تصبح متعادلة نسبياً.

وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاته بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإنقاص أو الزيادة حسب الحالة بما يزيل الغبن، وقيام القاضي بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، وإنما يستند إلى أساس آخر وهو الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد والمطالبة بتعديله بموجب النص القانوني الذي يخول القاضي بممارسة هذه السلطة إذا ما توافرت الشروط القانونية لذلك.

كما أن الشرط -موضوع الطعن- قد يرد في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره، وهنا تنصب سلطة القاضي في تعديله أو إعفاء المتعاقد المذعن منه على أساس اعتباره شرطاً تعسفياً.

وعلى كل حال فأي تعديل يقوم به القاضي لشرط تعسفي يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة فإنه ينتهي إلى الزيادة أو التخفيض في بعض الالتزامات الناجمة عن العقد لصالح الطرف المذعن بما يحقق التوازن بين هذه الأداءات ويزيل الضرر عنه.

وكما أن التعديل للشرط التعسفي قد يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة فإنه أيضاً قد يتعلق بوسائل التنفيذ، ففي عقد المقاولة على سبيل المثال: قد يشترط الطرف القوي (شركة مثلاً) على الطرف المذعن -وهو المقاول- تنفيذ مشروع معين بمواصفات محددة بوسائل وإمكانيات تحددها الشركة نفسها، على أن يتم إنجاز العمل في وقت محدد، فيتضح أثناء تنفيذ العمل عدم كفاية تلك الإمكانيات أو عدم صلاحية تلك المواد المقدمة من الشركة لتنفيذ العمل محل العقد خلال الفترة المحددة في العقد، أو أن تلك الوسائل من شأنها إلحاق ضرر جسيم بالمقاول، وهنا فإن القاضي من حقه إذا ما توافرت الشروط القانونية لتدخله بأن كان العقد من عقود الإذعان وأن الشرط بحسب ما اتضح لاحقاً أثناء تنفيذ العقد يُعد تعسفياً، أن يقوم بتعديله إما بتغيير المواد الضارة، أو تغيير الوسائل التي يتم بها التنفيذ واستبدالها بوسائل تتناسب مع ظروف التنفيذ، أو بتقديم وسائل فنية أكثر تقدماً من تلك التي اشترط الطرف الموجب التنفيذ بواسطتها لدى إبرام العقد، بما يتلاءم مع المواصفات والمقاييس والظروف الخاصة بموضوع العقد.

كما أن القاضي قد يرى الاقتصار على تمديد فترة التنفيذ بما يتناسب مع الإمكانيات المتاحة التي اشترطت الشركة التنفيذ بواسطتها.

فتعديل الشرط إذن معناه الإبقاء عليه مع إزالة نواحي التعسف فيه، فعلى سبيل المثال: إذا كان الشرط في عقد التأمين يتضمن إلزام المستأمَن بالإخطار عن الحادث المؤمَّن لأجله في ظرف يومين من وقت حدوثه وإلا سقط حقه في التعويض، فإن من سلطة القاضي أن يجيب المستأمن لطلب الضمان رغم أنه لم يخطر المؤمِّن إلا بعد ثلاثة أيام من وقت الحادث، مستنداً في ذلك إلى حقه في تعديل الشرط التعسفي حيث عدّ الإخطار قد تم في الميعاد، كذلك إذا كان الشرط المدرج في لائحة المصنع مثلاً من شأنه فرض غرامات مالية باهظة على العمال كجزاء عن أخطاء بسيطة قد يرى القاضي فيه تعسفاً، فإن له تعديله بتخفيض تلك الغرامة لتتناسب مع مقدار الخطأ.

❁ **المظهر الثاني**: سلطة القاضي في إنهاء الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه:

بموجب هذه السلطة يستطيع القاضي أن يعطّل الشرط التعسفي ويعفي الطرف المذعن منه، والقاضي يلجأ إلى استخدام سلطته في الإعفاء حينما يُقدّر أن تعديل الشرط بالتخفيض أو الزيادة في الالتزام المقابل لا يعد وسيلة مجدية في إزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط، ويحدث ذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد ولا يتحقق العدل إلا بإزالته وإعفاء الطرف المذعن منه.

إذن فليس هناك من حدٍّ لما يراه القاضي في هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة، وبذلك يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فعلي.

وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً «مسألة وقائع» يتبين منها القاضي على ضوء الظروف مدى ما في الشرط من جور وشدة، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة؛ إذ يعد مثل هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام على ما ورد في نص المادة السالفة الذكر، ولو جاز هذا الاتفاق لتعطلت الحماية المقصودة من ذلك الحكم.

النص الثاني: نص المادة (١٥١) من القانون المدني المصري والمادة (١٥٢) من القانون المدني السوري:

(١- يُفسّر الشك في مصلحة المدين. ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن).

فالفقرة الثانية من هذا النص -وهي المعنية في هذا المقام- تقنينٌ لما جرى عليه القضاء في ظل القوانين القديمة على نحو ما تقدم ذكره، فالأصل أنه عند الشك تُفسَّر العبارة الغامضة لمصلحة المدين، ولكن تستثنى من ذلك عقود الإذعان، حيث يتعين أن يكون هذا التفسير في مصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائناً أم مديناً، وينهض بحكم هذا الاستثناء أن الطرف القوي في عقد الإذعان ينفرد بتحرير العقد، كما أن لديه من الوسائل ما يستطيع بها أن يورد عبارات غاية في الوضوح، فإذا شابَهَا غموض كان ذلك بسببه وعليه تقع تبعته[1].

وبالانتهاء من توضيح هذا النص يُختتم الكلام فيما ورد في القانون الوضعي ولاسيما القانونين المصري والسوري بشأن سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان استناداً إلى كلام أهل القانون في ذلك.



(١) ينظر لما سبق: محاضرات في القانون المدني، عبدالمنعم الصدة: ص ١٠٣-١٠٥، وسلطة القاضي في تعديل العقد، الخطيب: ص ٢١٩-٢٢٢، والعقود الاحتكارية، حسني عبدالدايم: ص ١٨٨ وما بعدها، والقانون المدني الصادر بتاريخ ١٨/ ٥/ ١٩٤٩م وتعديلاته في سوريا: ص ٤٣، أديب استانبولي، طبع وزارة العدل في سوريا، ط١، ١٩٨٣م.

المطلب الثاني:

أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي

مرّ في مباحث الفصل التمهيدي لهذه الرسالة أن القضاء يكتسب أهمية بالغة في الشريعة الإسلامية، فبه تُصان الحقوق وتُحتَرم المبادئ وتتم حماية المصالح في شؤون الحياة كلها ولاسيما في جانب المعاملات المالية بين الناس، فلا يكاد يمر يوم على الإنسان إلا ويبرم فيه عدداً من العقود في سبيل قضاء حاجاته وتلبية مطالبه ورغباته لتستقيم حياته ويهنأ بالعيش الرغيد، ومادامت العقود تتم في ظل ما رسمته الشريعة الإسلامية من حدود واضحة وما أقامته من مبادئ راسخة وقواعد ثابتة، فإن لأصحابها الحرية المطلقة فيما يبرمون منها بمنأى عن أية سلطة قد تحدّ من صلاحياتهم أو تعكر صفو حرياتهم، بيد أن الأمر قد لا يسير على هذا المنوال في عموم الأحوال، فقررت الشريعة الإسلامية -نتيجةً لذلك- مبدأً من الأهمية بمكان عنوانه العدل وغايته شعور العاقد بالأمان، وهو مبدأ إعادة النظر في طائفة من العقود إذا نتج عنها ضرر بأحد الأطراف في عدد من الحالات، كالتي سبق دراستها وهي الغبن والاستغلال والظروف الطارئة، وكذلك حالة الإذعان محل البحث في هذا الفصل، بمعنى أن الشريعة الإسلامية قد منحت القاضي سلطة يسوغ له بموجبها التدخل في بعض العقود بغرض تعديلها وإعادة التوازن إليها إذا شابها ضرر أو إجحاف بحق أيّ من أطرافها.

ولقد سبق في مباحث هذا الفصل أن عقود الإذعان التي عرفتها القوانين الوضعية مؤخراً تقوم على فكرة مفادها انفراد أحد طرفي العقد -وهو الطرف الموجب- بوضع شروط العقد وسائر بنوده وحده دون أن يكون للطرف الآخر -وهو المذعن- أي دور في النقاش أو التعديل، كما سبق التّوصل -في فقرة التكييف الفقهي لعقد الإذعان- إلى عدد من النتائج الهامة أبرزها:

١- وجود فكرة الإذعان بالمفهوم الحديث في عدد من التطبيقات المعروفة في الفقه الإسلامي منذ عدة قرون، أهمها التعاقد بالمعاطاة والاحتكار.

٢- لا يُشترط تحقق المطابقة التامة بين العقود المستجدة وما ورد في الفقه الإسلامي بتراثه العظيم من تطبيقات ومبادئ وقواعد صالحة لأن يُخرَّج عليها كل ما قد يستجد عبر الزمان مادامت الفكرة العامة متقاربة بشكل كبير، فعقد الإذعان بالمعنى الذي عرفته القوانين الوضعية مؤخراً لا يتطابق تماماً مع أيّ من التطبيقات المعروفة في الفقه الإسلامي، بيد أنه بالمقابل يشتمل الفقه الإسلامي على تطبيقات وقواعد عامة شاملة جامعة تلم شتات المسائل المتعلقة بعقد الإذعان، بل وتذهب إلى أبعد مما قررته القوانين الوضعية بشأن هذا النوع من العقود على نحو ما مرّ تفصيله.

وبناء على هذه النتائج تم الحكم فيما مضى بصحة تخريج أحكام عقد الإذعان بمفهومه الحديث على أحكام التعاقد بالمعاطاة والاحتكار في الفقه الإسلامي، ما يعني أنه يتعيّن في هذا المقام بيان أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي تأسيساً على سلطته في التعديل في حالَتَي التعاقد بالمعاطاة والاحتكار المعروفتين في الفقه الإسلامي، **وذلك في فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في ظل أحكام التعاقد بالمعاطاة.
- **الفرع الثاني**: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في ظل أحكام الاحتكار.



- **الفرع الأول**: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في ظل أحكام التعاقد بالمعاطاة

لقد مرّ في فقرة التكييف الفقهي لعقد الإذعان بيان الصورة الأساسية لعقد البيع بالمعاطاة -كأنموذج على المعاطاة كون التعاقد بالمعاطاة يشمل جلّ العقود المالية- وهي أن يقبض المشتري المبيع بعد علمه ورضاه بالثمن ويقبض البائع الثمن من غير تلفظ أو نقاش بينهما، ولا يخفى اشتمال هذه الصورة على الفكرة الأساسية لعقد الإذعان بمفهومه الحديث، وهي رضوخ أو إذعان الطرف القابل لما يفرضه الطرف الموجب في العقد من سعر ونحوه من شروط العقد دون نقاش أو مساومة.

كما سبق في الفقرة نفسها التوصل إلى نتيجة مفادها صحة تخريج عقد الإذعان بمفهومه الحديث على صورة التعاقد بالمعاطاة في الفقه الإسلامي على أنه -أي عقد الإذعان- شكل من أشكال التعاقد بالمعاطاة أو فرد من أفراده؛ كون التعاقد بالمعاطاة في الفقه الإسلامي أعم وأشمل في نطاقه من عقد الإذعان بمفهومه الحديث، لاشتماله على جلّ ما يمكن أن يقع محلاً في العقد من سلع أو خدمات سواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية، بخلاف محل العقد في عقد الإذعان في القوانين الوضعية والذي لا يشمل سوى الضروريات من السلع أو الخدمات التي لا تستقيم حياة الإنسان بدونها، كالكهرباء والغاز وعقود العمل والوكالات الحصرية للمنتجات الأساسية ونحو ذلك.

ويرى الباحث أن هذا التقارب كافٍ في صحة تخريج عقد الإذعان على صورة التعاقد بالمعاطاة في الفقه الإسلامي بوصفه صورة من صوره لاتفاقهما في الفكرة العامة التي قاما عليها.

وبناء على إقرار النتيجة بأن عقد الإذعان بمفهومه الحديث يُعدّ صورة من صور التعاقد بالمعاطاة في الفقه الإسلامي، فإن القاضي يستمد سلطته في تعديل عقد الإذعان من السلطة المقررة له في تعديل العقود التي تنعقد بالمعاطاة في الفقه الإسلامي، وهذه السلطة -وأعني سلطة القاضي في تعديل العقود التي تنعقد بالمعاطاة- وإن لم ينص عليها فقهاء المذاهب صراحة، إلا أنه بالإمكان استنباطها وتخريجها على أصول الشريعة الإسلامية ومبادئها الأساسية الواضحة في حفظ الحقوق وحماية المصالح، وهي الأصول التي بُنيت عليها الأحكام في المذاهب الفقهية المعتبرة على تنوعها واختلافها.

فالأصل في العقود المالية في الفقه الإسلامي -سواء تمت بالمعاطاة أو لا- أنها تنعقد بالتراضي بين أطرافها بشروط وبنود تخلو عن المحظورات التي نهى الشرع عنها، ولا ينجم عنها أي مساس بحقوق أطرافها أو ضرر محقق بمصالحهم، فإذا انعقدت العقود بهذا الشكل فلا سلطة لأية جهة في التدخل فيها بفسخ أو تعديل أو نحو ذلك من أشكال التدخل، بيد أن

العقود التي تنعقد بالمعاطاة ومن ضمنها عقد الإذعان بمفهومه الحديث كونها تنعقد بطريقة ينفرد من خلالها الطرف الموجب بوضع شروط العقد وبنوده من سعر ونحوه دون أن يكون للطرف القابل دور في ذلك، فإن احتمال التعسف والظلم في ذلك قائم بشكل كبير، مما قد يخلّف ضرراً يسري أثره على حقوق الطرف القابل ومصلحته، وذلك مخالف للأصل المنصوص عليه في العقود المالية في ظل أحكام الفقه الإسلامي على نحو ما تقدم.

وبناء على ذلك يجد القاضي ما يُبرّر سلطته في تعديل ما يمكن تعديله من تلك الشروط أو البنود أو إزالته وذلك في العقود التي تنعقد بالمعاطاة بما فيها عقد الإذعان بمفهومه الحديث، حتى يعيد إلى العقد التوازن الذي يضمن لكل طرف حفظ حقوقه وحماية مصالحه، وسلطة القاضي في هذه العقود يمكن تخريجها على أصلين عظيمين أو مبدأين أساسيين في الفقه الإسلامي **هما**:

١- مبدأ العدل وإزالة الضرر.

٢- مبدأ التراضي في العقد.

*** وفيما يلي أتناول هذين المبدأين بشيء من التفصيل:**

➢ **المبدأ الأول**: مبدأ العدل وإزالة الضرر:

هذا المبدأ كما هو واضح يتألف من شقّين لا تنفك الرابطة بينهما في مجال العقود المالية؛ لأن إقامة العدل بين طرفي العقد لا تتحقق إلا بإزالة الضرر عنهما، والعدل أصل عظيم من أصول الشريعة الإسلامية الغراء فبه أُرسل الرسل وقامت الرسالات السماوية، قال الله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [سورة الحديد: ٢٥]، وقد أمر الله تعالى به في مواطن عدة من كتابه الكريم تأكيداً على أهميته وخطورة التعدي عليه في مختلف شؤون الحياة ولاسيما في جانب المعاملات المالية؛ لكثرتها وحاجة الناس الماسة إليها في كل يوم، ومن ذلك:

- قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [سورة النحل: ٩٠].

- وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ﴾ [سورة النساء: ٥٨].

- وقال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ٱعۡدِلُواْ هُوَ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا تَعۡمَلُونَ﴾ [سورة المائدة: ٨].

- كما قال الله تعالى مخاطباً نبيه المصطفى صلى الله عليه وسلم: ﴿وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾ [سورة المائدة: ٤٢].

ونحو ذلك من النصوص القطعية الصريحة من القرآن الكريم والتي تنص على قدسية هذا المبدأ بوصفه أصلاً عظيماً من أصول الدين الإسلامي، جاء في كتاب «التحرير والتنوير»: (والعدل إعطاء الحق إلى صاحبه وهو الأصل الجامع للحقوق الراجعة إلى الضروري والحاجي من الحقوق الذاتية وحقوق المعاملات، إذ المسلم مأمور بالعدل في ذاته، وبالعدل في المعاملة مع خالقه بالاعتراف له بصفاته وبأداء حقوقه، وفي المعاملة مع المخلوقات من أصول المعاشرة العائلية والمخالطة الاجتماعية وذلك في الأقوال والأفعال)[1].

فإذا كان هذا هو شأن الشريعة الإسلامية في تقريرها لمبدأ العدالة ولاسيما في الأحكام الفقهية وسلطة القاضي في مراقبة سيرها بما يتوافق مع هذا المبدأ العظيم ويحققه على أكمل صورة، فإنه من الطبيعي أن يحظى القاضي بسلطة تعديل العقود التي تتم بالمعاطاة إذا اشتملت على بنود تعسفية لا يملك الطرف القابل تعديلها، كالمبالغة في السعر أو جعل السلعة غير قابلة للإرجاع مثلاً ونحو ذلك مما قد تشتمل عليه العقود التي تتم بالمعاطاة بما فيها عقد الإذعان بمفهومه الحديث، فيلجأ القاضي إلى تعديل العقد بتعديل السعر المحدد إذا كان مبالَغاً فيه، أو إزالة البند التعسفي كعدم قابلية السلعة للإرجاع ونحو ذلك من أشكال التعديل، وبذلك يتم تحقيق العدل بإزالة الضرر الذي نتج عن بعض بنود العقد.

(١) التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن عاشور: ١٥/ ٢٥٤.

وكما نُصَّ على وجوب تحقيق العدل صراحة في الشريعة الإسلامية فإنه نُصَّ على وجوب إزالة الضرر أيضاً في سبيل تحقيق العدل، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[1] فهذا نص صريح استندت إليه أحكام كثيرة في مختلف أبواب الفقه الإسلامي ولاسيما في جانب المعاملات المالية، كما قعّد الفقهاء تأسيساً على هذا النص العظيم العديد من القواعد العامة التي بُنيت عليها أحكام كثيرة، فقد جاء في «الأشباه والنظائر»: («الضَّرر يُزال» أصلها قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار» ويُبنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه، من ذلك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات، وتتعلق بها قواعد منها: «الضرورات تبيح المحظورات»، ومنها: «ما أُبيح للضرورة يُقدّر بقدرها»، ومنها: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قُدِّم دفع المفسدة غالباً؛ لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات)[2] ونحو ذلك من القواعد البليغة الجامعة لشتات كثير من المسائل المعروفة من قبل أو التي استُجدّت أو قد تستجد عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة.

فالحاصل أنه لا يلزم بذل الكثير من البحث والعناء لإقامة الأدلة والبراهين على سلطة القاضي في تعديل العقود التي تتم بالمعاطاة في الفقه الإسلامي كي تُخرَّج عليها سلطته في تعديل عقود الإذعان التي عُرفت مؤخراً، مادام هذا المبدأ العظيم -وهو مبدأ العدل وإزالة الضرر- له أصوله الراسخة في مختلف أبواب الفقه الإسلامي، فلا يمكن أن ينشأ عقد في ظل أحكام الفقه الإسلامي يتضمن ظلماً أو تعسفاً في حق أحد أطرافه بعد تقرير هذا المبدأ على النحو الذي تقدم.

وبناء على ذلك يسوغ إسناد مهمة إعادة النظر في تلك العقود إلى القاضي بغرض تعديلها وإزالة الضرر عنها تحقيقاً للعدل بين أطرافها بحفظ حقوقهم وحماية مصالحهم.

---

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ١/ ٨٥ وما بعدها.

هذا ما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقود التي تتم بالمعاطاة كأساس لسلطته في تعديل عقود الإذعان التي عرفتها القوانين الوضعية مؤخراً، وذلك تخريجاً على المبدأ الأساسي الأول في الفقه الإسلامي وهو مبدأ العدل وإزالة الضرر.

➢ **المبدأ الثاني**: مبدأ التراضي في العقد:

يستند القاضي في سلطته في تعديل العقود التي تنعقد بالمعاطاة كأساس لسلطته في تعديل عقد الإذعان بمفهومه الحديث إلى هذا المبدأ **من خلال اعتبارين أصيلين** في الفقه الإسلامي:

- **أحدهما: اعتبار عام**: وهو لزوم تحقق الرضا في عموم المعاملات والعقود المالية.

- **والآخر: اعتبار خاص**: وهو لزوم تحقق الرضا في العقود التي تنعقد بالمعاطاة على وجه الخصوص بناء على ما نص عليه الفقهاء.

*** وفيما يلي أتناول هذين الاعتبارين بشيء من التفصيل:**

الاعتبار الأول: سلطة القاضي في تعديل العقود التي تتم بالمعاطاة استناداً إلى لزوم تحقق مبدأ التراضي في عموم المعاملات والعقود المالية:

سبق في مواطن عدة من هذه الرسالة بيان أهمية التراضي في إبرام العقود، فهو مبدأ أصيل تستند إليه أحكام كثيرة في الفقه الإسلامي ولاسيما في جانب المعاملات والعقود المالية التي لا يمكن أن تصطبغ بصبغة المشروعية إلا بتحقق الرضا لدى جميع أطرافها، فهو عمود العقود وركنها الأساسي بدلالة عدد من النصوص أبرزها:

- قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

- وقول الله تعالى: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [سورة النساء: ٤].

- وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[1].

(١) سبق تخريجه: ص ١٥٢.

- وقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما البيع عن تراض»[1].

ونحو ذلك من النصوص القاطعة الدلالة على لزوم تحقق الرضا في المعاملات والعقود في الفقه الإسلامي، وقد قال الشيخ علي الخفيف رحمه الله تعالى معلّقاً على تأثير الإرادة والرضا في العقود: (إن العقود إنما شُرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة، وهي تنشأ وتوجد بإرادة العاقد الظاهرة، وإن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة بشرط ألا تتجاوز الحدود التي بيّنها الشارع وأن العاقدين يلزمان بها بإيجاب من الشارع)[2].

والفقه الإسلامي إذ يقرر مبدأ الرضا في العقود فهو يطبق مبدأ العدالة، بيد أن مبدأ الرضا هذا إن نتج عن تطبيقه في بعض العقود نتيجة لظروف معينة ظلم أو تعسف أدى إلى اختلال ميزان التعادل في الالتزامات بين المتعاقدين وقت تنفيذ العقد مثلاً، فإن الفقه الإسلامي يحكم بإنهاء العقد وفسخه أو تعديل الالتزامات فيه إلى الحد المناسب الذي يرتفع معه الظلم ويعود بالالتزامات العقدية إلى التوازن[3].

إذن فإن أهمية الاطلاع على مبدأ الرضا تكمن في الوقوف على مدى إمكانية تدخل القاضي في العقد بغرض تعديل أحد بنوده سواء بإصلاحه أو إلغائه، إذا كان فيه ظلم أو تعسف بحق أحد طرفيه دفعاً للضرر الناتج عنه، وهذا ما يتم تطبيقه على العقود التي تنعقد بالمعاطاة بما فيها عقد الإذعان بمفهومه الحديث، إذا لم يتحقق الرضا لدى الطرف القابل ببنود العقد وشروطه التي انفرد بوضعها الطرف الموجب، فيتوجه القاضي إلى تعديل البند المشتمل على الظلم أو التعسف إما برفع التعسف عنه أو بإلغاء البند بالكلية إذا لم يرتفع التعسف إلا بالإلغاء، حسب الأحوال المحيطة بالعقد بما يتوافق مع المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي في تحقيق العدل وإزالة الضرر، دون أي تعدٍّ من قبل القاضي في ذلك.

---

(١) سبق تخريجه: ص ٣٥٠.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف: ص ٢٢٥-٢٢٦.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي، أستاذي الدكتور أسامة الحموي: ص ٣٤٧-٣٤٨.

وبناء على ذلك تتوقف سلطة القاضي في التعديل عند حدّ التحقق من وجود الرضا لدى طرفي العقد، فإذا تحقق الرضا بمنأى عن المحظورات التي قد تشتمل عليها العقود فذاك مقصود الشرع ومراده، ولا يسوغ لأحد التدخل في العقد بتعديل ونحوه بعد ذلك.

الاعتبار الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقود التي تتم بالمعاطاة استناداً إلى لزوم تحقق مبدأ التراضي فيها على وجه الخصوص:

مرّ فيما مضى لدى بيان آراء الفقهاء في التعاقد بالمعاطاة أن الأصل في التحقق من وجود الرضا لدى طرفي العقد هو صيغة العقد الأساسية المكونة من الإيجاب والقبول، فهي دليل ظاهري يدل على تحقق المقصود من الصيغة وهو رضا طرفي العقد بما جاء فيه؛ كونها تعتمد على نطق الطرفين بما يدل على رضاهما عن مضمون العقد صراحة دون شك أو التباس، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء[1].

بيد أنهم اختلفوا في صحة وقوع التعاقد بالمعاطاة كدلالة على وجود الرضا لدى طرفي العقد كما سبق، وقد رأى الباحث في ذلك المقام ترجيح رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في صحة التعاقد بالمعاطاة استناداً إلى تحقق الرضا في المعاطاة أيضاً بالدلالة العرفية؛ لأن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد الغير بدفع عوض عن طيب نفس من الطرفين، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان ذلك الفعل معاطاة[2].

فإذا كان الأساس في صحة التعاقد بالمعاطاة هو تحقق مبدأ الرضا لدى طرفي العقد عند جمهور الفقهاء، فإن أي خلل يصيب هذا المبدأ سيلقي بنتائجه على سير العقد مما يجعله دائراً بين الصحة وعدمها.

---

(١) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ٣/ ٢، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٢٨، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٣٣٦، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٣.

(٢) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٥/ ٢٩١، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٢٩، المغني، ابن قدامة: ٤/ ٥.

* **وههنا يمكن تخريج مسألة سلطة القاضي في تعديل العقود التي تنعقد بالمعاطاة على ما نص عليه جمهور الفقهاء من لزوم تحقق الرضا في المعاطاة**؛ إذ إن عدم تحقق الرضا يعني اشتمال العقد على بند أو شرط فيه ظلم أو تعسف بحق أحد طرفيه مما أدى إلى عدم رضاه بالعقد، وهو ما قد يؤول إلى نشوب خلاف بين طرفي العقد يستدعي تدخل القاضي بغرض رَفْعِه، وذلك من خلال تعديل البند أو الشرط التعسفي في العقد بما يضمن حق الطرف المتضرر إذا كان التعديل ممكناً، أو بإلغاء ذلك البند إن تمحض الإلغاء وسيلة لرفع الضرر عن العقد.

وعقد الإذعان بالمفهوم الذي عرفته القوانين الوضعية مؤخراً بوصفه صورة من صور التعاقد بالمعاطاة على التفصيل الذي تقدم، فإنه يبقى في دائرة الصحة مادام الرضا متحققاً فيه بين طرفيه، فمتى ما اختلّ عنصر الرضا فيه لاشتماله على بند أو شرط تعسفي كان ذلك مبرراً لتدخل القاضي بغرض تعديل ذلك البند أو إلغائه حسب الظروف المحيطة بالعقد بما يحفظ لكل طرف حقه ويعيد إلى العقد التوازن في الالتزامات، تخريجاً على ما تقدم بيانه في سلطة القاضي في تعديل العقود التي تنعقد بالمعاطاة.

وبذلك يُختتم الحديث في مسألة سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان الذي عرفته القوانين الوضعية مؤخراً إذا تَمّ تخريجه على أنه صورة من صور التعاقد بالمعاطاة المعروفة في الفقه الإسلامي، ولكن ماذا عن مضمون هذه السلطة إذا تَمّ تخريج عقد الإذعان على أنه صورة من صور الاحتكار المعروفة في الفقه الإسلامي؟

هذا ما سيتم بيانه في الفرع الآتي بإذن الله تعالى.



■ **الفرع الثاني**: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في ظل أحكام الاحتكار

لقد تقدم في فقرة التكييف الفقهي لعقد الإذعان أن مصطلح «الإذعان» في أصله اللغوي والقانوني عبارة عن صفة أو فكرة عامة تصدق على طائفة من العقود ولا تقتصر على عقد بعينه، فهي تشمل كل عقد يحمل في مفهومه معاني الانقياد والخضوع والإقرار، وتفترض

بناء على ذلك قيام شخص باحتكار سلعة أو خدمة ضرورية يحتاج الناس إليها فيبيعها أو يقدمها لهم بشروطه، دون أن يملك الطرف الآخر إلا الخضوع لتلك الشروط من غير نقاش أو مساومة.

كما سبق في الموضع نفسه التوصل إلى نتيجة مفادها صحة تخريج عقد الإذعان بمفهومه الحديث على أحكام الاحتكار المعروفة في الفقه الإسلامي؛ للتقارب الكبير بين الإذعان والاحتكار في جملة من الأمور أبرزها اتفاقهما في الفكرة العامة أو الغرض الأساسي منهما وهو احتكار السلع أو الخدمات بغرض تقديمها بالشروط والتفاصيل التي ينفرد بوضعها الطرف الموجب دون أن يكون للطرف القابل أي دور في ذلك.

كما تقدم أيضاً أن هذه الطريقة في التعاقد -سواء في العقود القائمة على الاحتكار أو في عقود الإذعان التي عُرفت مؤخراً- ينسحب عليها حُكما الجواز والحظر، فإن كان الغرض من احتكار السلع أو الخدمات أو غيرها والاستبداد بها هو بيعها وتقديمها طلباً للربح العادل نتيجة تقلب الأسواق من غير إضرار بالناس، فهو تصرف جائز، وأما إن كان الغرض من ذلك هو الاستبداد بالسلع أو الخدمات أو غيرها بطريقة تنعدم فيها المنافسة لبيعها وتقديمها للناس بأسعار مضاعفة، فلا يخفى ما يحمله هذا التصرف من ظلم وإجحاف بحق الناس وإيقاع الضرر المحقق بهم، فيُعدّ بناء على ذلك من التصرفات المحرمة أو المحظورة في الشريعة الإسلامية.

والشريعة الإسلامية بوصفها شريعة متكاملة ارتضاها الله تعالى دستوراً لعباده في كل زمان ومكان لم تقف عند حدّ بيان حكم الاحتكار، وإنما ذهبت إلى معالجة النوع المحرم منه عندما خوّلت ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً سلطة النظر في حالات الاحتكار ومعالجتها بما يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية في حفظ حقوق الناس وحماية مصالحهم.

وبناء على صحة تخريج عقد الإذعان على أنه صورة من صور الاحتكار المعروفة في الفقه الإسلامي، فإن سلطة القاضي في تعديله يمكن تخريجها على سلطته إزاء العقود القائمة على الاحتكار في الفقه الإسلامي، فإذا اشتمل عقد الإذعان على بند أو شرط تعسفي بحق الطرف

المذعن، فأقام هذا الأخير دعوى ضد الطرف الموجب أمام القاضي، فإن القاضي يتدخل في العقد بغرض تعديل ذلك البند أو الشرط التعسفي استناداً إلى الأساس الشرعي الذي يسوغ له بموجبه التدخل في العقود القائمة على الاحتكار في الفقه الإسلامي، حيث تتنوع مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار في الفقه الإسلامي طبقاً لتنوع حالات الاحتكار والظروف المحيطة بها، فيتخذ القاضي ما يراه مناسباً من الوسائل المتاحة في التعديل بما يزيل الضرر عن الطرف المتضرر -وهو الطرف المذعن في عقد الإذعان- وسأعرض فيما يلي لأبرز المظاهر التي يتخذها القاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار كما نص عليها فقهاء المذاهب في الفقه الإسلامي لتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليها، **وهي ثلاثة مظاهر أعرض لها في ثلاث مسائل كالآتي:**

۞ **المسألة الأولى: المظهر الأول:** تعديل العقد بإجبار الطرف القوي (المحتكر) على بذل السلعة أو الخدمة بثمن المثل، وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه.

۞ **المسألة الثانية: المظهر الثاني:** تعديل العقد بأخذ السلعة -محل العقد- من الطرف القوي (المحتكر) جبراً من أجل بذلها للمحتاجين ثم ردّها إليه عند زوال الحاجة، وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه.

۞ **المسألة الثالثة: المظهر الثالث:** تعديل العقد بتحديد السعر فيه (التسعير الجبري) وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه.

*** وفيما يلي أتناول هذه المسائل بشيء من التفصيل:**

۞ **المسألة الأولى: المظهر الأول:** تعديل العقد بإجبار الطرف القوي (المحتكر) على بذل السلعة أو الخدمة بثمن المثل، وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه

صورة العقد في هذه الحالة: أن يقوم الطرف المحتكر -ويقابله الطرف الموجب في عقد الإذعان- بطرح سلعته في السوق بسعر مبالغ فيه يصل إلى ضعف ثمن المثل أو أكثر، والناس في حاجة إلى تلك السلعة المحتكرة.

ففي هذه الحالة اتفق الفقهاء أن على ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً تعديل العقد عند الضرورة، وذلك بأن يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله بالسعر المستحق للسلعة قبل الاحتكار أي بثمن مثلها؛ لدفع الظلم عن الناس ورفع الضرر الذي لحق بهم بسبب الاحتكار[1]، وأنقل من نصوصهم في ذلك النص التالي:

- جاء في «بدائع الصنائع»: (ومنها أن يؤمر المحتكر بالبيع إزالة للظلم، لكن إنما يؤمر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله...)[2].

إلى غير ذلك من نصوص الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة والتي تؤكد على سلطة ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً في تعديل العقود في حالة الاحتكار القائم على الإضرار بالناس من خلال المظهر الأول للتعديل، وهو إجبار المحتكر على بذل السلعة المحتكرة وتعديل سعرها إلى ثمن المثل أي سعرها المعتاد قبل الاحتكار.

* **وبناء على ذلك يمكن تخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بالمفهوم الحديث على هذه الحالة المعروفة في الفقه الإسلامي**، فإذا رفع الطرف المذعن دعوى ضد الطرف الموجب أمام القاضي لاشتمال عقد الإذعان على بند أو شرط تعسفي، فبإمكان القاضي الاستناد إلى ما ورد في الفقه الإسلامي بشأن المظهر الأول من مظاهر تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور، وذلك بإجبار الطرف الموجب في عقد الإذعان على بذل السلعة أو الخدمة الضرورية التي استبد بها بثمن المثل، انطلاقاً من تخريج عقد الإذعان على أنه صورة من صور الاحتكار المعروفة في الفقه الإسلامي.

۞ **المسألة الثانية: المظهر الثاني**: تعديل العقد بأخذ السلعة -محل العقد- من الطرف القوي (المحتكر) جبراً من أجل بذلها للمحتاجين ثم ردّها إليه عند زوال الحاجة، وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٩٩، والمنتقى، الباجي: ٥/ ١٧، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤٧٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٨.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩.

هذا هو المظهر الثاني من المظاهر التي قد يلجأ إليها القاضي إزاء العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي حسب الظروف التي يراها ملائمة لكل حالة من حالات الاحتكار القائم على الإضرار بالناس، وهنا نصَّ الفقهاء على مشروعية تدخل ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً في العقود القائمة على الاحتكار المحظور من خلال أخْذ السلعة المحتكرة جبراً عن صاحبها إذا أصرّ على بيعها بسعر مضاعف وقت الحاجة والضرورة، ومن ثَمّ تفريقها على المحتاجين، على أن يَردّ هؤلاء المحتاجون إلى المحتكر مثل سلعته عند زوال الحاجة[1]، ومن نصوصهم في ذلك:

- جاء في «بدائع الصنائع»: (إذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرّقه عليهم، فإذا وجدوا ردّوا عليهم مثله لأنهم اضطروا إليه، ومن اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان)[2].

- وفي «كشاف القناع»: (فإن أبى أن يبيع ما احتكره من الطعام وخيف التلف بحبسه عن الناس، فرّقه الإمام على المحتاجين إليه ويردّون مثله عند زوال الحاجة)[3].

فهذان النصان وغيرهما من النصوص في مختلف المذاهب الفقهية المعتبرة واضحة الدلالة على المظهر الثاني الذي قد يتخذه ولي الأمر أو القاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي.

ولا يخفى ما في هذا المظهر من مظاهر التعديل من تجسيد لرحمة الشريعة الإسلامية التي ارتضاها الله سبحانه وتعالى دستوراً لعباده في كل زمان ومكان، وبيان ذلك أن هذه الشريعة الغراء وإن خوّلت ولي الأمر أو القاضي سلطة التدخل في طائفة من العقود المالية القائمة على الاحتكار المحظور لما ينتج عنها من إضرار بالناس، وذلك بأخْذ السلع المحتكرة جبراً عن

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/ ٤٧٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٨.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٢٩.

(٣) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٨.

محتكريها وبذلها للمحتاجين في حال امتناع هؤلاء المحتكرين عن بيع تلك السلع إلا بأسعار مضاعفة، إلا أنها بالمقابل راعت ضرورة أن تُردّ أمثال تلك السلع إلى أصحابها المحتكرين عند زوال حالة الضرورة أو الحاجة التي حلّت بالناس، وبذلك يتحقق المقصد الأسمى من مقاصد الشريعة الإسلامية لدى إقرارها هذا الإجراء من قبل ولي الأمر أو القاضي، وهو مراعاة العدل بين أفراد المجتمع وإزالة الضرر عنهم والعمل على حفظ حقوقهم وحماية مصالحهم دون أن يقتصر هذا المقصد العظيم على الطرف الضعيف فحسب، بل إن الطرف المحتكر على الرغم مما قام به من احتكار وحبس لما يحتاج إليه الناس من السلع إلا أن ذلك لا يبرر السيطرة على أمواله ومصادرتها دون ضمان مثلها عند زوال الضائقة التي ألّمت بالناس.

*** وبناء على ذلك يمكن تخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بالمفهوم الحديث على هذه الحالة المعروفة في الفقه الإسلامي**، وذلك من خلال قيام ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً بنزع السلعة أو الخدمة الضرورية من الطرف الموجب في عقد الإذعان جبراً عنه إذا رفض بذلها في وقت الضرورة وحاجة الناس إليها، مثل العقود التي تقدم خدمة الماء والكهرباء وعقود الوكالات الحصرية للمنتجات والسلع الأساسية ونحوها، على أن يرد الطرف القابل للطرف الموجب مثل تلك السلعة إذا زالت الحاجة، وذلك تأسيساً على ما ورد في المظهر الثاني من مظاهر تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي.

۞ **المسألة الثالثة: المظهر الثالث**: تعديل العقد بتحديد السعر فيه (التسعير الجبري)، وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه

هذا هو المظهر الثالث والأهم من بين المظاهر التي يتخذها ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً في سلطته إزاء العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي، ومن ضمنها عقود الإذعان بمفهومها الحديث بوصفها إحدى صور الاحتكار على ما تمّ التوصل إليه في تكييفها الفقهي فيما سبق، فإذا اشتمل البند المحدِّد للسعر في عقد الإذعان والذي انفرد بوضعه الطرف الموجب على ظلم أو تعسف بحق الطرف القابل، فإن لولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً معالجة الآثار الضارة الناجمة عن ذلك البند أو الشرط التعسفي من خلال

تحديد السعر في العقد بطريقة معقولة لا يُظلم فيها كلا طرفي العقد الموجب والقابل، وذلك تخريجاً على سلطته في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي عن طريق التسعير الجبري للسلع المحتكرة التي بالغ أصحابها في غلاء أسعارها.

ولقد تكلم فقهاء المذاهب عن مسألة التسعير الجبري في العقود القائمة على الاحتكار المحظور بشكل مفصل، وسأعرض فيما يلي لأبرز النقاط المتعلقة بمسألة التسعير الجبري كما وردت في الفقه الإسلامي كأحد المظاهر التي قد يلجأ إليها القاضي في سلطته تعديل عقود الإذعان بمفهومها الحديث، **في ثلاث فقرات على النحو الآتي:**

- **الفقرة الأولى:** تعريف التسعير الجبري في الفقه الإسلامي واختيار الباحث.
- **الفقرة الثانية:** آراء الفقهاء في حكم التسعير الجبري وأدلتهم وبيان الراجح منها.
- **الفقرة الثالثة:** ضوابط التسعير الجبري عند القائلين بمشروعيته في حالات الضرورة.

*** وفيما يلي أتناول هذه الفقرات بشيء من التفصيل:**

- **الفقرة الأولى:** تعريف التسعير الجبري في الفقه الإسلامي واختيار الباحث

مما ورد في تعريف التسعير الجبري في الفقه الإسلامي ما يأتي:

- جاء في «مغني المحتاج»: (أن يأمر الوالي السّوَقة أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا)[1].

- وفي «كشاف القناع»: (وهو أي التسعير: أن يُسعّر الإمام أو نائبه على الناس سعراً ويجبرهم على التبايع به)[2].

وفي «نيل الأوطار»: (التسعير أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمراً أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة)[3].

---

(١) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨.

(٢) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٧.

(٣) نيل الأوطار، الشوكاني: ٥/ ٣٣٥.

فهذه طائفة من تعريفات الفقهاء للتسعير الجبري، ويبدو جلياً أنها تدور حول المعنى نفسه وهو قيام ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً بتحديد أسعار السلع التي يحتاج الناس إليها وإلزام أصحابها ببيعها بذلك السعر المحدد، كما أنها حصرت التسعير بعقد البيع دون غيره من العقود المالية كالإجارة وغيرها بناء على الحالة الأعم الأغلب للتسعير وهي عقد البيع.

- **اختيار الباحث:**

نظراً للصلة الوثيقة بين التسعير والاحتكار، فإن الباحث يرى تعريف التسعير استناداً إلى الرأي الذي سبق ترجيحه في مسألة «السلع التي يجري فيها الاحتكار» وهو رأي السادة المالكية وأبي يوسف رحمه الله تعالى من الحنفية، ومفاده جريان الاحتكار في كل شيء يضرّ بالناس حبسه[1]، ما يعني شمول الاحتكار -بناء على هذا الرأي- للمنافع والخدمات والأعمال الضرورية كذلك والتي عُرفت على نطاق واسع في العصور المتأخرة، وذلك إذا مارس عليها أصحابها الاحتكار المحظور الذي يوقع ضرراً محققاً بعموم الناس، وتنضوي تحتها عقود الإذعان بمفهومها الحديث كذلك، ومن ثَمّ بات من الضروري شمول مفهوم التسعير لهذه الأمور أيضاً لأهميتها وانتشارها في هذا الزمان، وكذلك ضرورة مراقبتها؛ لئلا يستبد بها أصحابها فيقدموها للناس بأسعار وشروط تعسفية كما في عقود الإذعان إذا انفرد فيها الطرف الموجب بوضع شرط أو بند تعسفي لا يملك الطرف القابل إزاءه سوى القبول والإذعان لحاجته الماسة إلى التعاقد.

وبناء على ذلك يرى الباحث تعريف التسعير بصيغة تشمل كل ما يحتاج إليه الناس من سلع ومنافع وخدمات وأعمال ونحو ذلك، إضافة إلى التعبير عنه بصيغة تشمل البيع وغيره من العقود المالية كذلك؛ ليغدو أكثر انسجاماً وملاءمة لأحوال وقضايا هذا الزمان، وذلك على النحو الآتي:

(١) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٧، ومواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٢٢٧.

- **التسعير الجبري هو:**

تقدير ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي بمشورة أهل الخبرة وبشكلٍ ملزِمٍ ثمناً أو أجراً معيناً عادلاً في كل ما يمكن أن يكون محلاً للتعاقد المالي بين الناس.

فمما يمتاز به هذا التعريف من قبل الباحث:

١- عبارة: (في كل ما يمكن أن يكون محلاً للتعاقد المالي بين الناس)، **تشمل أمرين:**

أ) تسعير كل ما قد يحتاج إليه الناس سواء أكان من السلع أم من غيرها من الخدمات والمنافع والأعمال.

ب) التسعير في كل عقد مالي قابل للتسعير سواء أكان بيعاً أم غيره من العقود المالية.

٢- تضمن التعريف عبارة: (بمشورة أهل الخبرة) ليكون التسعير أكثر دقة وعدلاً وتناسباً لحال السوق، فليس كل ولي أمر أو قاضٍ على اطلاع تام بحال السوق وحركة الأسعار فيه.

٣- يتناسب هذا التعريف مع عقود الإذعان بمفهومها الحديث إذا رأى القاضي التدخل فيها بالتعديل عن طريق التسعير الجبري للحد من استبداد المستبدين فيها بشكل مخالف لأحكام الشرع ومقاصده.

الفقرة الثانية: آراء الفقهاء في حكم التسعير الجبري، وأدلتهم وبيان الراجح منها

اختلفت أنظار الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة حول حكم التسعير بحسب الحالات أو الظروف التي تُبرم فيها العقود، فثمة اتفاق بينهم في حكم التسعير في حالة، واختلاف بينهم في حالة أخرى، وبيان ذلك كالآتي:

- **الحالة الأولى:** (الاتفاق في حكم التسعير) رأي الفقهاء وأدلتهم:

- **رأي الفقهاء في الحالة الأولى:**

اتفق الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة على أن الأصل في حكم التسعير الجبري شرعاً هو المنع، أي في حال الرخاء وعدم تعدّي التجار على عموم الناس باحتكار السلع عليهم ونحو ذلك من أشكال التعدي والاستغلال، هذا من حيث الجملة.

وفي التفاصيل أطلق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على هذا المنع حكم الحرمة[1].

بينما أطلق عليه السادة الحنفية حكم الكراهة التحريمية حسب مصطلحاتهم[2].

ولقد تقدم بيان السبب في إطلاق السادة الحنفية حكم الكراهة التحريمية في بعض الأحيان[3].

فهذا الخلاف إذن هو خلاف ظاهري يقتصر على المصطلحات فقط، أما بالنسبة للواقع العملي فحكم الحرمة والكراهة التحريمية كلاهما يقتضي المنع، لذا عُدَّ الحكم في هذه الحالة بمنزلة المُتّفق عليه بين الفقهاء.

* **وتخريجاً على هذه الحالة المتفق عليها بين الفقهاء** لا يسوغ للقاضي التدخل في عقود الإذعان بمفهومها الحديث عن طريق تحديد الأسعار فيها بشكل جبري، إذا لم تكن قائمة على الإضرار بالناس بسبب المغالاة فيها بشكل فاحش وغير سائغ شرعاً.

- **أدلة الفقهاء في الحالة الأولى:**

استدل الفقهاء على رأيهم بالمنع من التسعير في حالة الرخاء وعدم تعدي التجار بأدلة من المنقول والمعقول[4]:

أ- أدلة المنقول:

١- قال الله تعالى: ﴿ٱللَّهُ لَطِيفُۢ بِعِبَادِهِۦ يَرۡزُقُ مَن يَشَآءُ﴾ [سورة الشورى: ١٩]، ووجه الاستدلال من الآية: أن في التسعير على الشخص إيقاع حجرٍ عليه، وذلك منهي عنه.

---

(١) ينظر: التاج والإكليل، المواق: ٤/ ٣٨٠، والكافي، ابن عبدالبر: ١/ ٣٦٠، والمهذب، الشيرازي: ١/ ٢٩٢، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥١، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٢/ ٢٦.

(٢) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٨/ ٢٣٠، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٩٩.

(٣) ينظر: ص ٣٦١-٣٦٢.

(٤) مراجع أدلة المنقول والمعقول، ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٨/ ٢٣٠، تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٨، الاستذكار، ابن عبدالبر: ٦/ ٤١٢، المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٩٢، الحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٤٠٨-٤١٠، المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥١-١٥٢، نيل الأوطار، الشوكاني: ٥/ ٣٣٤-٣٣٥.

٢- عن أنس رضي الله عنه قال: «غلا السِّعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا رسول الله غلا السِّعر فسَعِّر لنا، فقال: إن الله هو المُسعِّر القابض الباسط الرازق، وإني لَأَرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»[١].

٣- عن أبي هريرة[٢] رضي الله عنه: «أن رجلاً جاء فقال يا رسول الله سَعِّر، فقال: بل ادعوا الله، ثم جاء آخر فقال يا رسول الله سَعِّر، فقال: بل الله يخفض ويرفع وإني لَأَرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة»[٣].

وقد استدل الفقهاء على رأيهم بالمنع من التسعير بهذين الحديثين من وجهين:

- **أحدهما**: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يُسعِّر مع أن أصحابه سألوه ذلك ولو جاز لأجابهم إليه.

- **والوجه الآخر**: أن النبي صلى الله عليه وسلم علّل التحريم بكونه مظلمة والظلم حرام، ولأن المال ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه مع الطرف الآخر.

٤- قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[٤] والتسعير عليه لا تطيب به نفسه.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه: ٣/ ٢٧٢، كتاب: الإجارة، باب: في التسعير، رقم الحديث: ٣٤٥١، والترمذي في سننه: ٣/ ٦٠٥، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في التسعير، رقم الحديث: ١٣١٤، وابن ماجه في سننه: ٢/ ٧٤١، كتاب: التجارات، باب: من كره أن يسعّر، رقم الحديث: ٢٢٠٠، قال فيه الترمذي: (هذا حديث حسن صحيح) وقد ورد هذا الحديث من عدة طرق صحيحة من بينها ما كان إسناده على شرط مسلم. ينظر: البدر المنير، ابن الملقن: ٦/ ٥٠٨.

(٢) هو عبدالرحمن بن صخر الدوسي، أكثر الصحابة رواية للحديث، أسلم عام ٧هـ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أكثر من خمسة آلاف حديث، توفي سنة ٥٩هـ. ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر: ٧/ ٤٢٥.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه: ٣/ ٢٧٢، كتاب: الإجارة، باب: في التسعير، رقم الحديث: ٣٤٥٠، وأحمد في مسنده: ٢/ ٣٧٢، مسند أبي هريرة، رقم الحديث: ٨٨٣٩، وهو حديث إسناده حسن. ينظر: تلخيص الحبير، ابن حجر: ٣/ ١٤، والبدر المنير، ابن الملقن: ٦/ ٥٠٨.

(٤) سبق تخريجه: ص ١٥٢.

٥- أُثر عن عمر رضي الله عنه أنه: «مرّ بحاطب[١] وهو يبيع زبيباً فقال له عمر: كيف تبيع؟ فذكر له سعراً، فقال له عمر: إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع، فرفع، فجاء عمر بنفسه ثم رجع إلى حاطب فقال له: إنما أُخبرت أن عيراً مقبلة من الطائف بزبيب فأحببت أن تعتبر بسعرك فبع كيف شئت، وفي رواية: فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال له: إن الذي قلت ليس بعزيمة مني ولا قضاء، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، وحيث شئت وكيف شئت فبع»[٢].

ووجه الاستدلال من هذا الأثر: رجوع عمر رضي الله عنه عن رأيه الأول عندما ألزم حاطباً برفع السعر، ثم أقرّه على أن يبيع كيف يشاء.

ب- أدلة المعقول:

١- لأن الثمن حق البائع وإليه تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه.

٢- لأن الناس مسلطون على أملاكهم والتسعير عليهم إيقاع حجر في أموالهم وذلك غير جائز فيمن جاز أمره ونفذ تصرفه.

٣- لأن الإمام مندوب إلى النظر في مصالح الكافة وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن بأولى من نظره في مصلحة البائع بارتفاع الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم فيجتهد المشتري في الاسترخاص ويجتهد البائع في وفور الربح.

---

(١) هو حاطب بن أبي بلتعة بن عمرو بن عمير بن سلمة اللخمي، قديم الإسلام، من مشاهير المهاجرين، شهد بدراً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي بالمدينة سنة ٣٠هـ. ينظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ١/ ٥٢٨، والإصابة، ابن حجر: ٢/ ٤.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الصغرى: ٥/ ٢٦١، باب: التسعير، رقم الأثر: ٢٠١١، السنن الصغرى، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: محمد ضياء الرحمن الأعظمي، مكتبة الدار، المدينة المنورة، ط١، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م، وعبدالرزاق في مصنفه: ٨/ ٢٠٧، كتاب: البيوع، باب: هل يسعّر، رقم الأثر: ١٤٩٠٥، المصنف، عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ.

تلك هي أبرز أدلة الفقهاء على الحالة الأولى من حالَتَي التسعير وهي الاتفاق في المنع من التسعير في الأحوال العادية، أي حالة الرخاء وسير العقود والمعاملات المالية بين الناس بمنأى عن الاستغلال أو الاحتكار القائم على الإضرار بالغير.

➢ **الحالة الثانية:** (الاختلاف في حكم التسعير) آراء الفقهاء وأدلتهم:

اختلف الفقهاء في حكم التسعير خارج الأحوال العادية، أي في حالات الحاجة العامة والضرورة الملحّة، كحالة الغلاء وحالة استبداد المحتكرين بما يحتاج إليه الناس من السلع والأشياء الضرورية وعرضها عليهم بأسعار مضاعفة، **حيث انقسم الفقهاء حول هذه الحالة إلى رأيين كالآتي:**

❁ **الرأي الأول:** للسادة الحنفية، والإمام مالك في رواية أشهب[1] عنه، والشافعية في مقابل الصحيح من المذهب:

ذهب هؤلاء إلى مشروعية التسعير في هذه الحالة، بل رأى بعض منهم وجوب التسعير إذا ازدادت الحاجة وعمّت الضرورة ولم يكن ثمة سبيل إلى رفع الضرر عن الناس إلا بالتسعير[2].

فهذا ما يبرر لولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي التدخل بالتسعير لمنع الاستغلال ودفع الضرر.

*** حجج الرأي الأول:**

استند أصحاب الرأي الأول فيما ذهبوا إليه من جواز التسعير في حالات الضرورة والحاجة الملحّة إلى دليل «المصلحة العامة» بالدرجة الأولى، أي وجوب مراعاة المصلحة العامة من قبل ولي الأمر وتقديمها على المصلحة الخاصة للأشخاص؛ لما تنطوي عليه تلك المراعاة من دفع الضرر عن الناس، ومن نصوصهم في بيان هذه الحجة:

---

(١) هو أشهب بن عبدالعزيز القيسي العامري، من أصحاب مالك، كان فقيهاً حسن الرأي والنظر، توفي سنة ٢٠٤هـ. ينظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ١/ ٩٨، وتهذيب الكمال: ٣/ ٢٩٦، يوسف بن الزكي أبو الحجاج المزي، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٨، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ٤٠٠، والمنتقى، الباجي: ٥/ ١٨، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٤١١.

- جاء في «المنتقى»: (ووجه قول أشهب -أي في رواية جواز التسعير عن الإمام مالك- ما يجب من النظر في مصالح العامة والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع وإنما يُمنعون من البيع بغير السعر الذي يحدّه الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع ربحاً ولا يسوغ له ما يضرّ بالناس)[1].

*** وبناء على هذا الرأي يمكن تخريج سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان بمفهومها الحديث على سلطته إزاء العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي** في أزمنة الضرورة والغلاء والحاجة الملحّة من خلال اللجوء إلى التسعير الجبري فيها، وذلك إذا استبد الطرف الموجب فيها بوضع بنود تعسفية وخاصة البند المتعلق بالسعر، سواء أكان محل العقد سلعة أو خدمة أو منفعة أو عملاً مما يحتاج إليه الناس من ضروريات الحياة، في أوقات الضرورة والحاجة الملحّة بغرض رفع الضرر عن الطرف المذعن فيها.

❁ **الرأي الثاني**: للإمام مالك في رواية ابن القاسم عنه، والسادة الشافعية في القول الصحيح من المذهب، وهو رأي متقدمي الحنابلة:

ذهب هؤلاء إلى حرمة التسعير بإطلاق دون تفريق بين حالة وأخرى، فهو حرام في كل الأحوال والظروف في الرخاء والغلاء على حد سواء[2].

*** حجج الرأي الثاني:**

هي الحجج عينها التي استدل بها الفقهاء على الحالة الأولى للتسعير، وهي الاتفاق في المنع منه في الأحوال العادية وعدم تعدي التجار، وقد تقدم سردها فلا داعي لإعادتها[3]، ووجه استدلالهم بتلك الأدلة: أن الأخبار والآثار الواردة في حرمة التسعير لم تُفرّق بين حالَتَي الرخاء والغلاء[4].

---

(١) المنتقى، الباجي: ٥/ ١٨.

(٢) ينظر: الاستذكار، ابن عبدالبر: ٦/ ٤١١، وروضة الطالبين، النووي: ٣/ ٤١١، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥١.

(٣) ينظر: ص ٤١٧-٤١٨.

(٤) ينظر: نيل الأوطار، الشوكاني: ٥/ ٣٣٥.

*** وبناء على هذا الرأي لا يسوغ للقاضي في هذا الزمان اللجوء إلى التسعير الجبري في عقود الإذعان** بوصفها إحدى صور الاحتكار، وللطرف الموجب فيها وضع السعر الذي يراه بمشيئته المحضة.

- **اختيار الباحث:**

بعد الاطلاع على آراء الفقهاء وأدلتهم في حكم التسعير الجبري في حالات الضرورة والحاجة الملحّة كحالة الغلاء وتعدي التجار في الاحتكار، ترجّح لدى الباحث الرأي الأول الذي رأى أصحابه مشروعية التسعير الجبري في هذه الحالات، وذلك لما يلي:

- إن الأحاديث التي نصت على تحريم التسعير ظهرت علة التحريم فيها جليّة لكون التسعير مظلمة والظلم حرام، فهذا ما كان ينطبق على التسعير في ذلك الزمان، حيث لم يكن ارتفاع الأسعار حينها مرتبطاً باحتكار التجار، وإنما كان بفعل عوامل أخرى كقلّة السلع ونحو ذلك فلم يكن التسعير في ذلك الوقت مبرَّراً.

أما في هذا الزمان فقد اختلف الحال؛ إذ زاد الجشع لدى أصحاب النفوس الضعيفة وخربت ذممهم فغدا هَمُّ ثلّة من التجار جمع المال بأي وسيلة، فانتشر الاحتكار بين هؤلاء وزادت بسبب ذلك أسعار كثير من السلع وغيرها من الحاجات الضرورية التي يحتاج إليها الناس، لذا يُعدّ التسعير في مثل هذه الحالة أحد الحلول التي قد تضع حدّاً لأمثال هؤلاء فيكفّوا عن استغلال حاجات الناس وإلحاق الضرر بهم، وفي هذا المعنى علّق الإمام أبو بكر بن العربي[1] رحمه الله تعالى لدى شرحه حديث أنس رضي الله عنه السابق والذي جاء فيه: (..إن الله هو المسعّر القابض... الحديث) فقال: (وقال سائر العلماء بظاهر الحديث لا يُسعَّر على أحد، والحق التسعير وضبط الأمر على قانون لا تكون فيه مظلمة على أحد من الطائفتين،

(١) هو محمد بن عبدالله بن محمد أبو بكر بن العربي، من أئمة المالكية، كان غزير التأليف، من تصانيفه: (عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي) و(أحكام القرآن) توفي سنة ٥٤٣هـ. ينظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ١/ ٢٨١، وشجرة النور الزكية، محمد بن مخلوف، ص: ١٣٦.

وذلك قانون لا يعرف إلا بالضبط للأوقات ومقادير الأحوال وحال الرجال والله الموفق للصواب، وما قاله النبي صلى الله عليه وسلم حقٌ وما فَعَلَه حكمٌ لكن على قوم صحّ ثباتهم واستسلموا إلى ربهم، وأما قوم قصدوا أكل أموال الناس والتضييق عليهم فباب الله أوسع وحكمه أمضى)[1].

إذن فالعلة التي تسبّبت في تحريم التسعير شرعاً في حال السعة والرخاء هي عينها التي تُبرِّر مشروعيته في حال الضيق والغلاء، وهي ظلم الناس والإضرار بهم، فلما كانت قلوب التجار رحيمة ونفوسهم طيبة كريمة كان في التسعير عليهم ظلم وإكراه لهم على البيع بقيمة معينة بغير حق، أمَا وقد غدت ذمم بعضٍ منهم في هذا الزمان سقيمة وسيطر عليهم الجشع وحب جمع المال بأيّة طريقة، فإن غضّ الطرف عنهم وعدم التسعير عليهم هو ما ينطوي على الظلم والإضرار بعموم الناس، فينبغي في هذه الحالة إذن تغليب المصلحة العامة وهي مصلحة عموم الناس في عدم الاحتكار أو المغالاة في أسعار السلع عليهم على المصلحة الخاصة وهي مصلحة المحتكر في وفرة الربح، فيلجأ ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي إلى التسعير لضمان عدم تعدّي هؤلاء في وضع الأسعار.

- كما لا يخفى أن القول بمشروعية التسعير في حالة الغلاء وتعدي التجار في الاحتكار هو القول الذي ينسجم مع أبرز ميزة امتاز بها الفقه الإسلامي وهي مرونة أحكامه وصلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان؛ نظراً لانتشار الاحتكار بشكل واسع في هذا الزمان، الأمر الذي قد يؤدي إلى توافر بيئة خصبة للاستغلال والتعسف في وضع الأسعار من قبل المحتكرين، فإذا خضعت هذه البيئة لرقابة ولي الأمر أو القاضي واتُّخذت الإجراءات اللازمة للحدّ من الاستغلال ومن بينها التسعير، فإن في ذلك ضمانة لحفظ حقوق الناس وحماية مصالحهم بإقامة العدل بينهم ودرء الضرر عنهم.

---

(١) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي: ٦/ ٥٤، أبو بكر محمد بن عبدالله بن العربي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

* **وبناء على ترجيح هذا الرأي يغدو الطريق ممهداً لتخريج سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان** المنتشرة على نطاق واسع في هذا الزمان على سلطته في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي من خلال التسعير الجبري، بوصفه أحد المظاهر التي قد يلجأ إليها القاضي في سلطته في التعديل على نحو ما تقدم، وذلك استناداً إلى صحة تكييف عقود الإذعان على أنها إحدى صور الاحتكار في الفقه الإسلامي على التفصيل الذي سبق في فقرة التكييف الفقهي لعقد الإذعان، فيسوغ للقاضي تأسيساً على ذلك اتخاذ ما يراه مناسباً إزاء تعدي الطرف الموجب في عقد الإذعان في الشروط والبنود التي انفرد بوضعها ومن بينها البند المحدِّد للسعر إذا كان مبالغاً فيه، وأقام الطرف القابل دعوى أمامه، ومن بين الحلول التي قد يلجأ إليها للحدّ من استغلال الطرف الموجب تعديل العقد بتحديد السعر فيه بشكل عادل لا يُظلم فيه أيّ من الطرفين. والله تعالى أعلم.

* وهذا ما ارتآه أيضاً مجمع الفقه الإسلامي الدولي بمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره الصادر عن مجلسه المنعقد في دورته الرابعة عشرة في الدوحة عام ٢٠٠٣م حيث جاء في أحد بنوده:

- **تنقسم عقود الإذعان في النظر الفقهي إلى قسمين:**

* **أحدهما:** ما كان الثمن فيه عادلاً ولم تتضمن شروطه ظلماً بالطرف المذعن، فهو صحيح شرعاً ملزم لطرفيه وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل؛ لانتفاء الموجب الشرعي لذلك حيث إن الطرف المحتكر للسلعة باذل لها غير ممتنع عن بيعها لطالبها 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 مبايعة المضطر ببدل عادل صحيحة مشروعة باتفاق أهل العلم.

* **والثاني:** ما انطوى على ظلم بالطرف المذعن بأن كان الثمن فيه غير عادل (أي فيه غبن فاحش) أو تضمّن 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 المتغالى فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه استناداً إلى:

أ- أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعاً دفع ضرر احتكار فرد أو شركة سلعةً أو منفعةً ضرورية لعامة الناس عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل (عوض المثل) بالتسعير الجبري العادل الذي يكفل رعاية الحقّين: حق الناس بدفع الضرر الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط، وحق المحتكر بإعطائه البدل العادل.

ب- إن في هذا التسعير تقديماً 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 (يُتحمّل الضرر الخاص لمنع الضرر العام)[1].

وبذلك تمّ الاطلاع على آراء الفقهاء وأدلتهم حول المظهر الثالث من مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي وهو التسعير الجبري، لاتّخاذه كأساس في سلطته في تعديل عقود الإذعان بمفهومها الحديث إذا تضمنت شروطاً أو بنوداً فيها ظلم أو تعسف بحق الطرف القابل، ولكن ما ذا عن ضوابط هذا التسعير عند القائلين بمشروعيته؟.. هذا ما سيتم طرحه بإذن الله تعالى في الفقرة الآتية.

الفقرة الثالثة: ضوابط التسعير الجبري عند القائلين بمشروعيته في حالات الضرورة

بعد أن تمّ ترجيح الرأي القائل بمشروعية التسعير الجبري في حالات الضرورة، مثل الضيق والغلاء وتعدي التجار في الاحتكار، وما يلحق بذلك مما استجد عبر الزمان، كعقد

(١) نقلاً عن كتاب: في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة: ص ٢٥٥-٢٥٦، الدكتور نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.

الإذعان إذا تعدّى الطرف الموجب في العقد في الشروط أو البنود التي انفرد بوضعها، يتعيّن في هذا المقام التعرّض ولو بإيجاز لأبرز الضوابط التي ينبغي على ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مراعاتها في التسعير الجبري بوصفه أحد مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد، وهي ضوابط تمّ استنباطها من نصوص الفقهاء القائلين بمشروعية التسعير الجبري في حالات الضرورة، **وفيما يلي بيانٌ لأبرزها:**

- **الضابط الأول**: أساس التسعير العدل ودفع الظلم:

لقد بيّن النبي صلى الله عليه وسلم العلة في تحريم التسعير فيما سبق عرضه من الأحاديث، وهي ما ينطوي عليه التسعير من ظلم للتجار إذا تمّ إجبارهم على البيع بسعر محدّد، فيتعيّن على ولي الأمر أو القاضي -بناء على ذلك- إذا اضطر إلى التسعير بسبب الغلاء أو الاحتكار القائم على الضرر، أن يراعي مبادئ العدل في التسعير بأن لا ينطوي التسعير على أدنى ضرر أو إجحاف بحق أي طرف سواء في ذلك التجار وعموم الناس، فلا يلجأ إليه إذا تحقّق من قيام التجار فعلاً بالاحتكار القائم على الإضرار بالناس، وكذلك قيام الطرف الموجب في عقد الإذعان بوضع شرط أو بند تعسفي بحق الطرف القابل وخصوصاً البند المتعلق بالسعر.

*** ومن نصوص الفقهاء التي تمّ استنباط هذا الضابط منها:**

- جاء في «تبيين الحقائق»: (ولا يُسعِّر (أي ولي الأمر أو القاضي) إلا إذا أبوا (أي التجار المحتكرين) أن يبيعوه إلا بغبن فاحش ضعف القيمة، وعَجَز عن صيانة حقوقهم إلا به فلا بأس به)[1].

- **الضابط الثاني**: أن يستند التسعير إلى مشورة أهل الخبرة والرأي السديد:

ليس كل ولي أمر أو قاض على اطلاع تام بحال الأسواق وحركة الأسعار فيها، فلا ينبغي أن ينفرد أحدهما بالتسعير عن الناس؛ إذ قد تغيب عنه بعض الأمور التي تجري في الأسواق، فيجمع لذلك أهل الخبرة والرأي من العدول الثقات المطّلعين على حركة الأسواق، للتّحقّق

(١) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٨.

من مدى ظهور ما يبرِّر التسعير من تصرفات التجار كالاحتكار القائم على الإضرار بالناس، أو التعسف في وضع الشروط أو البنود بحق المذعنين في عقود الإذعان ونحو ذلك من أشكال الاستغلال والضرر، فبالشورى يَحصل المقصود ويُبرَّر تصرف ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي.

*** ومن نصوص الفقهاء التي تمّ استنباط هذا الضابط منها:**

- جاء في «مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر»: (.. ولأن الثمن حق العاقد فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعدى أرباب الطعام في القيمة تعدّياً فاحشاً كالضعف وعجز الحاكم عن صيانة حقوقهم إلا بالتسعير، فلا بأس به حينئذ بمشورة أهل الخبرة أي أهل الرأي والبصارة؛ لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع)[1].

- وجاء في «المنتقى»: (قال ابن حبيب: ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء، ويحضر غيرهم استظهاراً على صدقهم، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون؟ فيُنازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به... ووجه ذلك أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشترين)[2].

- **الضابط الثالث**: عدم إغفال حق التاجر في الربح العادل:

يتعيّن على ولي الأمر أو القاضي مراعاة حقوق كافة الأطراف في التسعير، فهو وإن غلّب جانب المصلحة العامة في التسعير بدفع الضرر عن الناس على المصلحة الخاصة للتجار في وفرة الأرباح، إلا أن عليه ألا يغفل عن حقوق التجار في الإبقاء على حيز من الأرباح لا مغالاة فيها ولا ينجم عنها ضرر محقق بعموم الناس، وإلا فقد يؤدي التسعير -إن لم يتم مراعاة هذا الضابط- إلى تعنّت التجار وإمعانهم في إخفاء ما يحتاج إليه الناس من السلع ونحوها، مما يتسبّب في ضعف حركة الأسواق وقلة الإنتاج ووقوع الناس في ضيق جراء ذلك، جاء في

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دامادأفندي: ٤/ ٢١٥، وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٨/ ٢٣٠، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٦/ ٢٨.

(٢) المنتقى، الباجي: ٥/ ١٩.

«المنتقى»: (... ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعَّر عليهم من غير رضا بما لا ربح فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار وإخفاء الأقوات وإتلاف أموال الناس)[1].

وأقرب تقدير للأسعار يضمن به ولي الأمر أو القاضي حفظ حق التاجر في الربح هو الإلزام بثمن المثل، فهو الثمن المنضبط والقيمة العادلة للسلعة بمنأى عن الظلم والإضرار بالناس.

تلك هي أبرز الضوابط التي ينبغي على ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي مثلاً مراعاتها والتّقيّد بها في التسعير الجبري، وقد تمّ استنباطها كما اتّضح من نصوص الفقهاء القائلين بمشروعية التسعير في أحوال الضرورة.

وبذلك يُختتم الحديث في المظاهر المتاحة للقاضي في سلطته في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي بوصفها أساساً لسلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان بمفهومها الحديث، وقد تبيّن مما تقدّم مدى التنوع في المظاهر التي أقرّها الفقه الإسلامي كعلاجٍ لاحتكار المحتكرين في العقود القائمة على الاحتكار المحظور، وعلاجٍ -فيما بعد- لاستبداد المستبدين بالسلع أو المنافع أو الخدمات الضرورية للناس في عقود الإذعان التي ظهرت مؤخراً، من خلال منْح ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي سلطةَ النظر في تلك العقود بتعديل كل بند أو شرط تعسفي ورد فيها، أو إلغائه بما يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية في إقامة العدل بين أطراف العقود وإزالة الضرر عنهم.

هذا ما ورد في الفقه الإسلامي بشأن سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بناء على ما يسَّر الله تعالى للباحث النظر فيه، وقد سبق ذلك عرضٌ موجز لرأي القانون الوضعي في المسألة بسبب ظهور مصطلح «الإذعان» عند أهل القانون ابتداءً، وقد تبقى من هذه المسألة عقد مقابلة بين الرأيين الفقهي والقانوني في هذه السلطة وذلك في المطلب الآتي.

---

(١) المنتقى، الباجي: ٥/ ١٩.

المطلب الثالث:

أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يهدف الباحث من هذه المقابلة إبراز محاسن الفقه الإسلامي ذي المصدر الإلهي والذي لا يمكن أن يضاهيه قانون أو يدنو منه تشريع مما أفرزته عقول البشر القاصرة، فلا وجه للمقارنة بين قانون البشر ودستور رب البشر.

* وبناء على المنهج المتّبع في البحث العلمي سيتم عقد مقابلة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أربعة فروع على النحو الآتي:

- **الفرع الأول**: تاريخ ظهور سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **الفرع الثاني**: الغرض الأساسي من سلطة القاضي في التعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **الفرع الثالث**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- **الفرع الرابع**: مدى مراعاة حقوق طرفي العقد عند التعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



*** وفيما يلي أتناول هذه الفروع بشيء من التفصيل:**

- **الفرع الأول**: تاريخ ظهور سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لقد تقدّم التأكيد على أن من أهم المبادئ التي يجب مراعاتها لدى إبرام أي عقد مالي تحقيق التوازن بين مصلحة طرفيه، فلا تطغى مصلحة أحدهما على الآخر، وكون السمّة الأساسية لعقود الإذعان هي انفراد الطرف الموجب فيها بوضع شروط العقد وبنوده دون أن يكون

للطرف القابل أي دور في النقاش أو المساومة، فإنها مظنّةٌ لوقوع التعسف والظلم فيها من خلال إلحاق الضرر بالطرف المذعن الذي لا يملك سوى القبول بما ورد في العقد.

ولقد سجّل الفقه الإسلامي قصب السبق في معالجة هذه الظاهرة منذ عدة قرون من خلال منْح القاضي سلطة التدخل في العقود القائمة على الاحتكار والتعسف والإضرار بالناس بتعديل ما ورد فيها من شرط أو بند تعسفي أو إلغائه حسب الظروف والأحوال المحيطة بالعقد، بيد أن الفقه الإسلامي لم يتناول هذه الظاهرة تحت مسمى الإذعان، وإنما عرض لها الفقهاء وقعّدوا لها القواعد وقرروا لها الأحكام بالاستناد إلى مصادر الشرع الأصيلة تحت مسميات أخرى لا يخرج مضمونها والواقع العملي لتطبيقها عن الفكرة أو الصفة الأساسية لعقود الإذعان والتي عرفتها القوانين الوضعية مؤخراً، مثل أحكام التعاقد بالمعاطاة وأحكام الاحتكار وغيرها على نحو ما تقدّم بيانه، وكما هو معلوم في الفقه الإسلامي فإن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

أما القوانين الوضعية فهي بالأساس حديثة النشأة والتدوين لذا فإنها حديثة العهد والمعرفة بعقود الإذعان، وما يُحسب لها في هذا الجانب ضمّ هذه العقود تحت مسمى خاص تمت ترجمته من لغات أجنبية إلى اللغة العربية وهو مصطلح «الإذعان» ومن ثَمّ أفردت هذه العقود بالدراسة تحت هذا المصطلح وشرّعت المواد القانونية التي تُجيز للقاضي تعديلها إذا اشتملت على شروط أو بنود تعسفية.



- **الفرع الثاني**: الغرض الأساسي من سلطة القاضي في التعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لقد سارت القوانين الوضعية على نهج الفقه الإسلامي منذ نشأته قبل عدة قرون في محاربة الاحتكار والنظر إليه على أنه داءٌ عضال يفتك بالمجتمع ويوقع الناس في حرج وضيق شديدين إذا كان قائماً على الظلم والتعسف، وعقود الإذعان كونها تقوم في فكرتها الأساسية على احتكار ما يحتاج إليه الناس من سلع ومنافع وخدمات ونحوها من خلال انفراد الطرف

الموجب فيها بوضع بنود العقد وشروطه، فإن كلا التشريعين منح القاضي سلطة التدخل في تلك العقود ومحاربة أشكال التعسف والجور التي قد تنتج عنها من خلال تعديل ما يمكن تعديله من تلك الشروط أو البنود التعسفية أو إلغائه إذا تمحّض الإلغاء وسيلةً لرفع التعسف.

إذن فالقوانين الوضعية تتفق مع الفقه الإسلامي في هذا الغرض الأساسي من سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، وهو إقامة العدل وإعادة التوازن بين مصلحة طرفي العقد من خلال إزالة أشكال الظلم والتعسف عن شروط العقد وبنوده.



- **الفرع الثالث**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لقد تقدّم في المطلب السابق بيان المظاهر المتنوعة المتاحة للقاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي، وأنها تُعدّ الأساس الذي يبني عليه القاضي سلطته في تعديل عقود الإذعان بمفهومها الحديث، بوصفها إحدى صور الاحتكار كما سبق في التكييف الفقهي لعقد الإذعان.

وبناء على ذلك فإن القاضي في ظل أحكام الفقه الإسلامي مخوّل بالنظر في عقد الإذعان إذا ثبت لديه بعد رفع الدعوى من قبل الطرف المذعن اشتمال العقد على ظلم أو تعسف بحق هذا الأخير، ويملك في سبيل معالجة ذلك التعسف عدداً من الوسائل يتم من خلالها تعديل العقد بما يحفظ لكل طرف حقه ومصلحته بمنأى عن الإضرار بالآخر، ويتّخذ القاضي في كل عقد ما يراه ملائماً من بين المظاهر المتاحة حسب حال العقد والظروف المحيطة به وبعاقِدَيه، وذلك حسب الخطوات الآتية:

أ- فقد تتحقق الغاية من العقد ويعود إليه التوازن بين مصلحة طرفيه عن طريق لجوء القاضي إلى إجبار الطرف القوي (الموجب) في العقد على بذل السلعة أو المنفعة أو الخدمة محل العقد بثمن المثل، أي تعديل الثمن المنصوص عليه في العقد والمغالَى في تقديره من قبل الطرف الموجب إلى ثمن المثل؛ لرفع الضرر عن الناس في وقت عوزهم وحاجتهم، وذلك تخريجاً

على المظهر الأول من مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي على نحو ما تقدم.

ب- وقد لا تجدي الطريقة السابقة نفعاً بسبب تعنُّت الطرف الموجب وإصراره على بذل محل العقد بالسعر المضاعف والمغالى في تقديره، فللقاضي في هذه الحالة اللجوء إلى نزْع السلعة المحتكرة من الطرف الموجب جبراً وبذلها للناس، على أن يردّوا إليه مثلها عند زوال الحاجة، وذلك تخريجاً على المظهر الثاني من مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي على نحو ما تقدّم.

ج- وقد يلجأ ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي أخيراً إلى إجراء عام يلقي بظلاله على عموم الأسواق وجمهور المحتكرين، وهو التسعير الجبري في حالات الضرورة كتفشي الغلاء، وانتشار ظاهرة الاحتكار القائم على الإضرار بالناس بحبس حاجاتهم الضرورية من سلع أو منافع أو خدمات ونحوها، أو تقديمها لهم بشروط أو بنود فيها ظلم أو تعسف، وخاصة البند المتعلق بالسعر كما في عقود الإذعان التي ظهرت مؤخراً، وذلك كإجراء وقائي يضمن من خلاله سير العقود والمعاملات المالية بين الناس بمنأى عن أشكال الاستغلال والتعسف وعموم الضرر.

ولا ريب أن هذا التنوع في مظاهر التعديل في الفقه الإسلامي يحمل من التوسعة والنفع لعموم الناس ما يحمله، وفي ذلك حفظ لحقوقهم وحماية لمصالحهم.

أما القانون الوضعي فبالنظر إلى نص المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري والمادة (١٥٠) من القانون المدني السوري وهو (إذا تمّ العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يُعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة) فلم ترِد فيه أيّة تفصيلات تخصّ سلطة القاضي في التعديل من بيانٍ للوسائل المتاحة له في ذلك، والحالات التي تُستخدم فيها كل وسيلة على غِرار ما تقدّم في الفقه الإسلامي، وإنما عرض النص السابق فقط لتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه حسب ما يراه القاضي ملائماً دون ذكر أية تفاصيل، ولا يخفى أن ذلك قد يوقع القاضي في حرج أمام طرفي العقد لعدم وضوح الوسائل المتاحة له في التعديل بشكلٍ كافٍ.

وإن دلّ هذا الأمر على شيء فإنما يدلّ على مرونة أحكام الفقه الإسلامي وسعة أفقه بما ينسجم مع تنوع المسائل والقضايا عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة.



▪ **الفرع الرابع**: مدى مراعاة حقوق طَرَفَي العقد عند التعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يتجلّى في هذا الفرع أمر عظيم ليس من دأب شريعة العدل الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان أن تغفل عنه، وهو مراعاة حقوق طرفي العقد في العقود القائمة على الاحتكار، ويسري ذلك على عقود الإذعان التي ظهرت مؤخراً أيضاً.

وبيان ذلك أن الشريعة الإسلامية على الرغم من أنها تسعى إلى محاربة الظلم والتعسف وكافة أشكال الاستغلال والضرر الناتجة عن احتكار المحتكرين وشروطهم التعسفية، إلا أنها لم تغفل حق الطرف المحتكر، فحماية الطرف المتضرر وضمان حقه من خلال تعديل العقد لا يعني هضم حق الطرف المحتكر والتسلط على ماله، **وقد تجلى هذا المعنى بشكل أساسي في صورتين سبق بيانهما بالتفصيل وهما:**

❁ **الصورة الأولى**: لقد جعل الفقه الإسلامي من بين المظاهر التي يتّخذها ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي في سلطته في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور، نزْع السلعة محل العقد من المحتكر جبراً وبذلها للناس في وقت حاجتهم، ولكنه بالمقابل نصّ على ضرورة إرجاع مثل تلك السلعة إلى المحتكر عند زوال الحاجة.

❁ **الصورة الثانية**: لقد جعل الفقه الإسلامي من بين المظاهر التي يتّخذها ولي الأمر أو القاضي في سلطته في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور التسعير الجبري في حالات الضرورة، ولكنه بالمقابل نصّ على أن يكون التسعير عادلاً يشمل حيّزاً من الربح يعود بالنفع على صاحب السلعة المحتكرة، ولا يوقع -في الوقت نفسه- الضرر على الطرف القابل المستفيد من السلعة.

فلا يخفى ما تشتمل عليه هاتين الصورتين من عدالة وإنصاف وسعة نظر لن تعرفها القوانين الوضعية مهما بلغت من التطور والتقدم في سنّ التشريعات.

أما القانون الوضعي فلا يُلمس من نص المادة التي سبق ذكرها في النقطة السابقة أيّ تصريح أو إشارة إلى حق الطرف المحتكر أو الموجب في عقد الإذعان، وإنما اكتفت المادة بعبارة (... وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة) دون أي توضيح أو تفصيل.

وبهذه النقاط التي تمت بها المقابلة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان تتجلّى محاسن الفقه الإسلامي في أبهى صورها وأنفس حُللها، فلا يكتنف أحكامه الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان العموم في العبارات دون توضيح ولا الغموض في الإشارات دون تلميح، فهو التشريع الذي ارتضاه الله سبحانه وتعالى دستوراً لخلقه ومنهاجاً مقرّراً في أرضه، فبه تُصان الحقوق وتُحترم المبادئ وتتحقق الغايات بما يُرضي المولى سبحانه.



المبحث الرابع:

نماذج لأبرز التطبيقات المعاصرة لعقد الإذعان وسلطة القاضي في تعديله

بعد أن تقدّم بيان أبرز المسائل المتعلقة بعقد الإذعان بدءاً من توضيح مفهومه وكيفية تطوره وظهوره، ومروراً بتكييفه الفقهي والقانوني وأهم ضوابطه وخصائصه، ووصولاً إلى سلطة القاضي في تعديله، يتوقف البحث في هذا المقام عند خاتمة مسائله، وهي دراسة نماذج لأبرز تطبيقاته المعاصرة وسلطة القاضي في تعديلها، إذ لا يمكن في هذه الرسالة الإحاطة بكل تطبيقاته، وقد تمّ توزيع التطبيقات المستهدفة بالبحث في هذا المقام على ثلاث مجموعات أساسية **ضمن ثلاثة مطالب كالآتي:**

- المطلب الأول: احتكار الخدمات الضرورية في المجتمع.
- المطلب الثاني: احتكار مجموعة من السلع الأساسية من قبل طائفة معينة من التجار (الوكالات الحصرية).
- المطلب الثالث: الإذعان في عقد العمل (المصدر الأساسي لدخل الفرد ومن يعولهم).



المطلب الأول:

احتكار الخدمات الضرورية في المجتمع

يُعرف هذا النوع من العقود بعقود الاشتراك في الخدمات العامة كالاشتراك في خدمة الكهرباء والماء والهاتف ونحو ذلك، حيث يُمثّل الأفراد في كل دولة الطرف القابل (المذعن) في هذه العقود بينما تُمثّل الدولة غالباً الطرف الموجب فيها، وقد تفسح بعض الدول المجال لشركات خاصة باحتكار هذه الخدمات وتقديمها للناس بشروط وبنود تنفرد بوضعها دون أن تقبل أي نقاش أو مساومة حولها، وهذه الشروط منها ما هو موضع اتفاق ومنها ما هو موضع اختلاف بين الدول، وتندرج هذه العقود ضمن عقود الإذعان بوصفها قائمة على الفكرة الأساسية للإذعان، وهي أن يحتكر شخص أو جهة معينة سلعة أو خدمة ضرورية، ويُقدّمها للناس بشروط وبنود لا مجال للنقاش أو المساومة فيها، فتغدو بذلك مظنّةً لوقوع الظلم أو التعسف في بعض من شروطها أو بنودها.

والأصل في سياسة الشركات المحتكرة لهذه الخدمات الأساسية في المجتمع أنها ليست ربحية بشكل واسع، وإنما تسعى إلى تقديم تلك الخدمات لعموم المستهلكين برسوم مدروسة لا تُثقل كاهل المستفيد، ولا تُملي عليه شروطاً توقعه في مشقة وضيق.

وهنا يجب على الدولة أن تُراعي هذا الأمر إن كانت هي صاحبة الاحتكار لهذه الخدمات، أو تراقب سيرها وما يتعلق بها من شروط وبنود إن أفسحت المجال لشركات خاصة باحتكارها، وبالرجوع إلى ما ورد في الفقه الإسلامي بشأن مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور على نحو ما تقدّم يمكن تخريج سلطة ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي إزاء هذه العقود بوصفها إحدى صور الاحتكار على نحو ما تقدم في تكييفها الفقهي، وذلك من خلال مراقبة هذه العقود وتعديلها إن بدا عليها ظلم أو تعسف بحق الناس باتباع الأنسب من الطرق الآتية:

أ- إجبار الشركات المحتكرة لتلك الخدمات على تقديمها بسعر عادل لا يوقعها في خسارة، ولا يُثقل كاهل المستفيد في الوقت نفسه، وهو ما يُعرف في الفقه الإسلامي بتقديم السلعة (بثمن المثل).

ب- نزْع الخدمة جبراً عن تلك الشركات وبذلها للناس إن لم تلتزم بمصلحة الناس وأصرت على فرض شروطها التعسفية، على أن يتمّ تعويضها عن ذلك بشكل عادل.

ج- اعتماد التسعير الجبري على تلك الشركات، ومتابعتها في ذلك لضمان التزامها بالتسعيرة المحددة للخدمة من قبل الدولة.

فهذا التنوع المتاح في المظاهر التي يتّخذها ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي في سلطته في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي ومن بينها عقود الإذعان التي عُرفت مؤخراً، إنما يدل على حرص الشريعة الإسلامية على التوسعة على الناس وعدم التضييق عليهم في حاجاتهم الضرورية الأساسية التي لا غنى لهم عنها، فيتّبع القاضي ما يراه مناسباً في تعديل تلك العقود بما يزيل التعسف والضرر عنها.

وكذلك القاضي في ظل القوانين الوضعية مخوّل بالتدخل في هذا النوع من العقود وذلك بتعديل الشروط التعسفية الواردة فيها بما يزيل عنها التعسف أو إلغائها إن لم يرتفع التعسف إلا بالإلغاء، وذلك حسب اجتهاد القاضي كما تقدّم في المادتين (١٤٩) من القانون المدني المصري و(١٥٠) من القانون المدني السوري.

* وبقي من هذا المطلب أن أقدم مثالاً حدث على أرض الواقع لهذه العقود، في واقعة لتعديل عقد إذعان في المملكة العربية السعودية كوني أقيم فيها منذ زمن طويل:

حدث في عهد الملك فيصل رحمه الله تعالى أن وافق على قرار مجلس الوزراء رقم ٧٥ وتاريخ ٢١/ ١/ ١٣٨٦هـ الذي بموجبه تمّ التدخل في عقد الإذعان الذي أبرمته شركة الكهرباء، حيث كان رسم إعادة توصيل التيار الكهربائي للمستهلكين يتراوح بين عشرين وخمسة وعشرين ريالاً، وبالنظر إلى الشكاوى المرفوعة ضد شركة كهرباء الدمام لارتفاع تكاليف إعادة توصيل التيار الكهربائي بعد قطعه، وحيث إن شركة الكهرباء في استيفائها ذلك الرسم تستند إلى عقود الاشتراك التي يوقّعها المشتركون عند توصيل التيار إليهم، ورأى المستشار القانوني بوزارة التجارة والصناعة في ذلك الوقت أن عقد الاشتراك في الكهرباء يُعدّ من عقود

الإذعان التي يوقّعها المشترك دون مناقشة، لذا فإن للحكومة أن تطلب من شركة الكهرباء تعديل الشروط التي تجدها مجحفة بحق المشترك، وبالفعل تدخّلت الحكومة آنذاك وعدّلت رسم إعادة التيار بعد قطعه إلى عشرة ريالات فقط، وهذا المبلغ تتقاضاه الشركة من المشتركين كتكلفة فعلية لإعادة التيار بعد قطعه دون زيادة ربحية[1].

ففي هذا المثال اتّبعت الحكومة السعودية آنذاك المظهر الأول من مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقود القائمة على الاحتكار المحظور في الفقه الإسلامي، من خلال إلزام المحتكر (شركة الكهرباء) بتعديل رسم إعادة توصيل التيار الكهربائي للمستهلكين إلى ثمن المثل (عشرة ريالات) وهو الثمن الفعلي للخدمة دون زيادة تثقل كاهل المستفيد.



(١) ينظر: عقود الإذعان: ص ٥٩-٦٠، عبدالعزيز العطوي، معهد الإدارة العامة بالرياض، دار المعارف السعودية للطباعة والنشر، الرياض، ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م.

المطلب الثاني:

احتكار مجموعة من السلع الأساسية من قبل طائفة معينة من التجار (الوكالات الحصرية)

لقد جرى العرف العام لكثير من الشركات العالمية الكبرى المنتجة لصنوف من السلع أن تتّخذ لها في أغلب الدول وكيلاً وحيداً يتولى استيراد إنتاجها وبيعه في بلده على سبيل الحصر، بحيث لا يحق للشركة الأم أن تُصدّر إنتاجها لأحد سواه في ذلك البلد بموجب عقد امتياز تبرمه مع ذلك الوكيل الحصري يثبت ويقرر له حق الاستئثار باستيراد منتجات الشركة وبيعها في بلده.

ولهذه السلع التابعة للوكالات الحصرية عدد من الحالات يستند إليها الحكم في مدى مشروعية احتكارها وسلطة القاضي إزاءها، وهي حالات تتعلق بالسلع نفسها وبمدى الضرورة والحاجة إليها وبالوكيل الحصري المحتكر لها، **وذلك على النحو الآتي:**

أ- أما بالنسبة للسلع نفسها: فمنها ما يضطر أو يحتاج إليها عامة الناس، ومنها ما يضطر أو يحتاج إليها طائفة من الناس يجمعهم وصف مشترك كالمزارعين والبنائين والنجارين والحدادين والأطفال والمرضى بأمراض معينة ونحو ذلك مما يندرج تحت مصطلح «الضرورة الخاصة أو الحاجة الخاصة»، ومنها ما ليس كذلك.

ب- وأما بالنسبة لمدى الضرورة أو الحاجة إلى تلك السلع: فقد تكون الضرورة أو الحاجة متعيّنة بمعنى أن لا يكون هناك سبيل إلى سدّ تلك الحاجة أو الضرورة إلا بالحصول على ذلك المنتج ذي الوكالة الحصرية، وقد تكون الضرورة أو الحاجة غير متعينة كما لو كان في السوق بديل يغني عنه أو كان من الممكن اليسير استيراد منتجات مثلية تدفع تلك الضرورة أو الحاجة.

ج- وأما بالنسبة للوكيل الحصري المحتكر لذلك المنتج -بالمعنى اللغوي للاحتكار الذي يعني إمساك الشيء أو الاستبداد به- : فإما أن يحبس ذلك المنتج ويمتنع عن بيعه إلا بسعر

مضاعف يندرج تحت مسمى (الغبن الفاحش) وإما أن يبذله ويعرضه للبيع بثمن عادل لا ظلم فيه ولا إضرار بالمشترين[1].

تلك هي الحالات المحتملة لعقود الوكالات الحصرية، وقد صدر فيها حكم عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي بمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة في الدوحة سنة ٢٠٠٣م في البند الخامس من نص القرار المتعلق بأحكام عقود الإذعان، وفيما يلي نص هذا البند كحكم يتبناه الباحث في مسألة عقود الوكالات الحصرية:

(يفرق في الوكالات الحصرية للاستيراد بين ثلاث حالات:

- **الأولى**: أن لا يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة إلى المنتج الذي تتعلق به الوكالة الحصرية، لكونه من السلع أو المنافع الترفيهية التي يمكن الاستغناء عنها، أو كانت هناك ضرورة أو حاجة غير متعينة إليه لوجود مثيل أو بديل له متوفر في السوق بسعر عادل، فإن من حق الوكيل المستورد أن يبيعه بالثمن الذي يتراضى مع المشتري عليه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل بالتسعير عليه فيه، إذ الأصل في صحة العقود التراضي وموجبها ما أوجبه العاقدان على أنفسهما به، ولأن اختصاص صاحب الوكالة بالمنتج واحتكاره له (بالمعنى اللغوي للاحتكار) جائز شرعاً؛ لأنه من حقه بيع ما يملك بالثمن الذي يرضى به ولا يتضمن ظلماً أو إضراراً بعامة الناس، ولا يجوز التسعير عليه فيه.

- **الثانية**: أن تكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعيّنة بمُتَعَلَّق الوكالة الحصرية، وأن يكون الوكيل باذلاً له بثمن عادل لا يتضمن غبناً فاحشاً ولا تحكُّماً ظالماً، وعندئذ فلا يجوز تدخل الدولة بالتسعير عليه؛ لأن اختصاصه واحتكاره لذلك المنتج تصرف مشروع في ملكه لا ظلم فيه لأحد ولا إضرار بالناس المحتاجين إليه، فلا يُتَعرَّض له فيه.

- **الثالثة**: أن تكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعيّنة بمُتَعلَّق الوكالة الحصرية والوكيل ممتنع عن بيعه إلا بغبن فاحش أو بشروط جائرة، ففي هذه الحالة يجب على الدولة أن تتدخّل لرفع الظلم عن المحتاجين إليه بطريق التسعير الجبري)[2].

---

(١) ينظر: في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد: ص ٢٤٨-٢٤٩.

(٢) نص قرار المجمع نقلاً عن كتاب: في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد: ص ٢٥٦.

* إذن تُعدّ عقود الوكالات الحصرية من قبيل عقود الإذعان التي يسوغ لولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي تعديلها بما يرفع التعسف أو الضرر الناتج عنها **بشروط ثلاثة:**

١- أن يكون محل العقد سلعة أو منفعة أو خدمة ضرورية لا غنى للناس عنها أو لا غنى لطائفة من الناس عنها كالمرضى بأمراض معينة أو أصحاب المهن كالنجارين والحدادين ونحوهم.

٢- أن لا يتوافر بديل يمكن الاستغناء به عن السلعة أو المنفعة أو الخدمة الضرورية المحتكرة- محل العقد-.

٣- أن يفرض المحتكر صاحب الامتياز في الوكالة الحصرية سعراً مضاعفاً للسلعة أو المنفعة أو الخدمة المحتكرة يصل إلى حدّ الغبن الفاحش الذي يُثقل كاهل الطرف المذعن، ويأبى بذْل ما احتكره إلا بذلك السعر.

*** ومن أمثلة عقود الوكالات الحصرية:**

➢ احتكار بعض قطع الغيار الأساسية في السيارات من قبل الوكالات الحصرية للسيارات بمختلف أنواعها وتوفيرها للناس بسعر غالٍ مبالغ فيه، وعدم السماح لجهات أخرى بتوفيرها والمنافسة في عرضها.

➢ احتكار بعض الأدوات والأجهزة الطبية المتعلقة بفئة «الاحتياجات الخاصة» مثلاً، كالكراسي المتحركة وسماعات الأذن ونحوها، وتوفيرها لهم بأسعار مضاعفة.

➢ احتكار بعض الآلات والأدوات الخاصة بفئة المزارعين كحراثات الأراضي الزراعية، أو بفئة الحدادين كآلات قطع الحديد، أو بفئة النجارين كأجهزة المنشار الكهربائي ونحوها، وتوفيرها لهم بأسعار مضاعفة.

فيتعيّن في هذه الأمثلة ونحوها مراعاة تطبيق الشروط السابقة لدى استخدام القاضي سلطته إزاءها.



المطلب الثالث:

الإذعان في عقد العمل

(المصدر الأساسي لدخل صاحبه ومن يعولهم)

المقصود بعقد العمل هنا: العمل الذي يُمثّل المصدر الأساسي لدخل صاحبه ومن يعولهم من أفراد أسرته، فعقد العمل بهذا المعنى يُعدّ أحد عقود الإذعان التي يسوغ لولي الأمر أو القاضي تعديلها إذا قامت على التعسف والإضرار بالطرف المذعن **للأسباب الآتية:**

١- ما يتقاضاه العامل من أجر يومي أو أسبوعي أو شهري يُعدّ المصدر الأساسي لرزقه ورزق من يعولهم فلا تستقيم حياتهم بدونه.

فهذا العقد إذن ينصبّ على إحدى ضرورات الحياة، وبذلك تتحقق فيه إحدى خصائص عقد الإذعان، وهي كون محل العقد من السلع أو المنافع أو الأعمال أو الخدمات الضرورية التي لا غنى للناس عنها.

٢- إن الوظائف والأعمال إما أن تتبع لجهات حكومية أو لجهات خاصة غالباً، وعلى الرغم من توافر مبدأ المنافسة فيما بينها في الأعم الأغلب إلا أنها تكاد تكون محدودة النطاق؛ كونها تخضع إما لسيطرة الدولة كما في الوظائف الحكومية، أو لسيطرة طائفة من كبار التجار وذلك في الوظائف والأعمال الخاصة، والعامل لا يملك إلا الإذعان لإحدى هذه الجهات، وبذلك تتحقق في عقد العمل إحدى خصائص عقد الإذعان، وهي كون المنافسة بين أصحاب السلع أو المنافع أو الأعمال المحتكرة معدومة أو محدودة النطاق.

٣- انفراد أرباب الأعمال بوضع شروط العقد وسائر تفصيلاته دون نقاش أو مساومة من قبل الطرف المذعن في الأعم الأغلب، وإن كانت ثمة مساومة في بعض الأحيان فلا تعدو أن تكون محدودة النطاق، فيشكل هذا الأمر بناء على ذلك الخصيصة الأساسية لعقد الإذعان وهي انفراد الطرف الموجب بوضع شروط العقد وبنوده دون أن يقبل مناقشة أو مساومة فيها.

(وإن الأعمال والمهن التي يحتاج إليها المجتمع ينظر إليها الفقهاء المسلمون -انطلاقاً من المفهوم الإسلامي المستمد من القرآن والسنة- نظرة اجتماعية وأخلاقية لا نظرة اقتصادية فحسب، فهم يرون أن العمل واجب اجتماعي وفرض على الكفاية بالنظر إلى كل حرفة ومهنة

وصناعة على حدة لا تتم مصلحة الناس إلا به، فإذا لم يقم أحد بهذا الواجب لَحِق المجتمع كله إثم على هذا التقصير، فيكون الوجوب قائماً مادام المجتمع محتاجاً وينتهي بقيام من يكفي المجتمع مؤونة ذلك العمل، على أن العمل في جملته فرض على العين بالنسبة لكل قادر عليه وواجد لما يناسبه من الأعمال، وهذا المفهوم الإسلامي مبني على فكرة وحدة المجتمع وتضامنه وتكافله، وعلى هذا فلا يجوز للعامل أن يفرض أجراً مرتفعاً مستغلاً في ذلك حاجة الناس إلى عمله، إلا إذا كان هذا العمل يحتاج إلى قدرات ومهارات خاصة وملكات معينة لا تتوفر إلا في نفر قليل من العمال، فإن لهم رفع أجورهم حفزاً لغيرهم على اكتساب هذه المهارات، وتقليلاً للطلب عليهم، ومكافأة لهم على جهدهم ومثابرتهم في اكتساب هذه المهارات والقدرات الخاصة، كما ينبغي على الناس أن يعطوا العامل حقه دون نقص)[1].

إذن فالفقه الإسلامي -من حيث المبدأ العام- يُقرّ بتدخل ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي في عقود العمل من خلال تنظيم شروطها وتحديد الأجر فيها لاسيما في حالات الضرورة، مثل استغلال أرباب الأعمال من التجار المحتكرين لحاجة العمال بفرض شروط تعسفية عليهم؛ علماً منهم بإذعان هؤلاء العمال لتلك الشروط نظراً لحاجتهم الملحّة لأسباب المعيشة، أو حدوث عكس الحالة السابقة وهي استغلال العمال لحاجة الناس إلى أعمالهم والاتفاق فيما بينهم على فرض أجور مرتفعة.

وهذا التدخل من قبل ولي الأمر أو القاضي بتعديل عقود العمل في حالات الضرورة يُخرَّج في الفقه الإسلامي على ما تقدّم بيانه من جواز اللجوء إلى التسعير الجبري للسلع والمنافع والأعمال والخدمات الضرورية في المجتمع في حالات الضرورة.

ولقد حرصت معظم الدول في العصر الحديث على تنظيم عقود العمل وما يتعلق بها من شروط وبنود وتحديد المستويات الدنيا للأجور ونحو ذلك؛ تفادياً لحدوث أشكال الاستغلال والتعسف والاحتكار القائم على الضرر فيها قدر الإمكان، ومع ذلك نجد كثيراً من أرباب الأعمال لا يلتزمون بتلك الأنظمة المقررة في بلدانهم، فيستغلون حاجات العمال بفرض شروط

(١) الرؤى الإسلامية لتسعير السلع والخدمات: ص ١٠٠-١٠١، محمد بن أحمد بن صالح الصالح، طبعة خاصة بالمؤلف، ط١، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

تعسفية عليهم، وتحديد الأجور المتدنية لهم بما لا يتوافق في كثير من الأحيان مع مستوى المعيشة وحركة الأسعار في المجتمع.

* وفيما يلي أعرض لأمثلة من الشروط التعسفية في عقد العمل من واقع المجتمع الذي أعيش فيه منذ زمن طويل (في المملكة العربية السعودية):

أ- ما ينتهجه بعض أرباب المدارس الأهلية (غير الحكومية) من حرمان الموظف (غير السعودي) لديها من مرتّبه مدة شهرين من السنة، بمعنى أن الموظف الوافد في تلك المدارس يتقاضى مرَتّباً لمدة عشرة شهور فقط من السنة أي الشهور الفعلية للعمل دون إجازة نهاية العام الدراسي، وذلك مخالف لأنظمة وزارَتَي التعليم والعمل في المملكة العربية السعودية، ولا يمكن لهذا الموظف الاعتراض على ذلك كونه سيُعرِّض نفسه للفصل والعودة إلى بلده الأم الذي لم يتركه إلا للحاجة الماسة إلى تأمين أسباب العيش له ولمن يعولهم، فعلى ولي الأمر أو الجهة المخولة في النظر في هذه العقود تعديل الشروط التعسفية فيها بما يرفع الضرر عن الطرف المذعن.

ب- وأضرب هذا المثال أيضاً من واقع نظام العمل في المملكة العربية السعودية، فثمة ما يُعرف بنظام مكافأة نهاية الخدمة وهي المكافأة التي يتقاضاها العامل من قبل الجهة التي يعمل لديها إذا انتهت العلاقة العقدية بينه وبين تلك الجهة، وأحكام هذا النظام تنظمها المادتان (٨٤، ٨٥) من مواد نظام العمل في المملكة العربية السعودية، فتنص المادة (٨٤) على أنه (إذا انتهت علاقة العمل وجب على صاحب العمل أن يدفع إلى العامل مكافأة عن مدة خدمته تُحسب على أساس أجر نصف شهر عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى، وأجر شهر عن كل سنة من السنوات التالية، ويُتّخذ الأجر الأخير أساساً لحساب المكافأة، ويستحق العامل مكافأة عن أجزاء السنة بنسبة ما قضاه منها في العمل) كما تنص المادة (٨٥) على أنه (إذا كان انتهاء علاقة العمل بسبب استقالة العامل يستحق في هذه الحالة ثلث المكافأة بعد خدمة لا تقل مدتها عن سنتين متتاليتين ولا تزيد على خمس سنوات، ويستحق ثلثيها إذا زادت مدة

خدمته على خمس سنوات متتالية ولم تبلغ عشر سنوات، ويستحق المكافأة كاملة إذا بلغت مدة خدمته عشر سنوات فأكثر)[1].

هذا ما ينص عليه نظام العمل في المملكة، بيد أن الأمر يختلف في الواقع العملي لبعض الشركات غير الحكومية، حيث تسعى إلى هضم حق الموظف لديها إما بحرمانه من مكافأة نهاية الخدمة، أو باقتطاع جزء منها وخاصة في حالة استقالة العامل باختياره، فعلى الجهات المعنية بمراقبة هذه العقود تعديل تلك البنود التعسفية وحفظ حقوق العاملين وحماية مصالحهم، وذلك بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي في معالجة عقود الاحتكار القائمة على الضرر ومن بينها عقود الإذعان بمفهومها الحديث بوصفها إحدى صور الاحتكار على ما تم التوصل إليه في فقرة التكييف الفقهي لعقد الإذعان.

إذن على ولي الأمر أو من ينوب عنه من الجهات القضائية أو النقابات المهنية أو مكاتب تنظيم العمل مراقبة العقود التي تبرمها الشركات والمؤسسات التجارية مع موظفيها بغرض تعديل الشروط التعسفية الواردة فيها، أو إلغائها إذا استدعت الضرورة أو المصلحة ذلك؛ حفاظاً على حقوق العمال وحماية لمصالحهم من طمع التجار المحتكرين واستبدادهم بالمنافع والخدمات والأعمال الضرورية التي لا غنى للناس عنها، وتواطئهم في كثير من الأحيان على فرض أنظمة وشروط موحدة فيما بينهم لا تخلوا من التعسف والإضرار بالناس، فلا يجد الفرد مناصاً من الإذعان لهم والقبول بشروطهم الجائرة.

هذا ما تنشده أحكام الفقه الإسلامي القائمة على العدل ومنع الظلم وسائر أشكال الاستغلال الناجمة عن عقود الإذعان وغيرها من العقود، والقائمة كذلك على ضمان تحقق الرضا لدى طرفي العقد بشروطه وبنوده امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، وبهذه الآية المباركة يُختتم الحديث في الفصل الثالث من هذه الرسالة، والله ولي التوفيق.

(١) نظام العمل على الموقع الالكتروني لوزارة الخدمة المدنية في المملكة العربية السعوديةwww.mcs.gov.sa

الفصل الرابع:

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

الفصل الرابع

يُعدّ الشرط الجزائي من المفاهيم المعاصرة التي أفرزتها القوانين الحديثة، ولا وجود له كمصطلحٍ قائمٍ بذاته ذي أحكام خاصة في الفقه الإسلامي، ولقد تقدّم الحديث في الفصل التمهيدي عن مدى حرية المتعاقدين في إبرام العقود ووضع الشروط المتعلقة بها في مجال المعاملات المالية، وأن ذلك خاضع لمبدأ الإرادة الذي قرّر الفقه الإسلامي أحكامه بضوابط واضحة تكفل للمتعاقدين حفظ حقوقهم وحماية مصالحهم، حيث تستند تلك الضوابط الحاكمة للعقود والشروط إلى نصوص قطعية ومبادئ راسخة تكفل إرساء العدل ودفع الضرر عن أطراف العقد بمنأى عن مناهي الشرع ومحاذيره كالربا والغرر والغبن الفاحش ونحو ذلك.

وموضوع الشرط الجزائي القائم على فكرة التعويض المتّفق عليه بين طرفي العقد عن الضرر المحتمل وقوعه نتيجة الإخلال بتنفيذ العقد، من المواضيع المستجدّة أو النوازل التي يقع على عاتق المتخصص في الفقه الإسلامي بحثها وتخريج أحكامها استناداً إلى ما ورد في المذاهب الفقهية المعتبرة من أصول ثابتة ومبادئ راسخة وقواعد عامة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، والشرط الجزائي بوصفه من الشروط المرتبطة بالعقد، فإن للفقه الإسلامي نظرية متكاملة في الشروط المقترنة بالعقد تتّسع لهذا الشرط وغيره مما قد يستجدّ عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة على ما سيأتي تفصيله بإذن الله تعالى.

وتنبع أهمية الشرط الجزائي والضرورة الملحّة لبيان أحكامه من كثرة انتشاره في هذا الزمان، وتعرُّض الناس إليه في جلّ معاملاتهم وعقودهم اليومية، وما يتبع ذلك من خلاف محتمل حوله وخاصة فيما يتعلق بحجم تقديره ومدى انسجامه مع حجم الضرر الناشئ عن الإخلال بتنفيذ العقد، فبات من الضروري تدخل سلطة القضاء لرفع الخلافات وفضّ النزاعات الناجمة عنه، وذلك من خلال تعديل ما يمكن تعديله من العقود المشتملة عليه بما يعيد إلى العقد التوازن بين مصلحة طرفيه بمنأى عن أشكال الظلم والضرر والغبن ونحو ذلك.

ونظراً للصلة الوثيقة بين هذه المسألة وموضوع الرسالة، فقد تعيّن على الباحث إدراجها ضمن فصولها، وإن كانت قد حظيت بنصيب وافر من البحث من قبل ثلة من العلماء والباحثين المعاصرين الأفاضل، ولا ضير في ذلك مادام لكلٍّ مراده ومبتغاه وطريقته في عرض المسائل بما يخدم الفقه الإسلامي العظيم.

وسيسلّط هذا الفصل الضوء -بشكل أساسي- على الجزئية المتعلّقة بموضوع هذه الرسالة، وهي سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي مع التعرّض لجزئيات أخرى لا غنى عنها بغرض التمهيد لهذه الجزئية الأساسية، كبيان مفهوم الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي ونحو ذلك؛ إذ لا يستقيم البدء ببيان سلطة القاضي في التعديل قبل الاطّلاع على مفهوم هذا الشرط ومدى ملاءمته لأصول الفقه الإسلامي ومبادئه وقواعده وذلك من خلال تكييفه الفقهي، وهذا الأمر يستدعي -بالدرجة الأولى- عرض المسألة في كل جزئية من جزئياتها من منظور قانوني أولاً؛ كونها من المسائل المستجدة التي ظهرت كموضوع مستقل له أحكامه وتفصيلاته في القوانين الحديثة، فبات لزاماً معرفة هذا الموضوع من وجهة نظر مقرِّريه أولاً حتى يتسنى إدراك مدى الانسجام بينه وبين مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده، وكما هو معروف فالحكم على الشيء فرع عن تصوّره.

* **وبناء على ذلك تم توزيع محتوى هذا الفصل على أربعة مباحث كالآتي:**

❖ **المبحث الأول:** مفهوم الشرط الجزائي وتمييزه عما قد يشتبه به من أوضاع.

❖ **المبحث الثاني:** الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وتكييفه في الفقه الإسلامي.

❖ **المبحث الثالث:** أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

❖ **المبحث الرابع:** نماذج لأبرز تطبيقات الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله.



المبحث الأول:

مفهوم الشرط الجزائي وتمييزه عما قد يشتبه به من أوضاع

الشرط الجزائي كما تقدّم هو مصطلح حديث أفرزته القوانين الوضعية من خلال وضع نظرية متكاملة له تشمل بيان مفهومه وطبيعته وخصائصه وشروطه وآثاره وسلطة القاضي في تعديله ونحو ذلك من التفصيلات، فلا يكاد يخلو من الاقتران به عقد من العقود في الحقبة الزمنية الحديثة.

فهو إذن وليد القوانين الحديثة، ولا وجود له كمصطلحٍ في كتب الفقهاء في المذاهب الفقهية المعتبرة، بيد أن ذلك لا يعني عدم وجود أصل فكرته أو نظائره في الفقه الإسلامي الزاخر بالأصول والمبادئ والقواعد الصالحة للتطبيق وتخريج المستجدّات عليها في كل زمان ومكان، وكما هو معلوم في الفقه الإسلامي (فإن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) على ما سيتّضح جلياً بإذن الله تعالى في فقرة التكييف الفقهي للشرط الجزائي في المبحث الثاني.

وبناء على ذلك سيقتصر الحديث في هذا المبحث على بيان مفهوم الشرط الجزائي وتمييزه عما قد يشتبه به من أوضاع في القانون الوضعي بعد بيان أصل هذا المصطلح في اللغة، حتى تتجلى صورته بشكل واضح، ومن ثَمّ يتسنى تخريج أحكامه على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده لاحقاً بإذن الله تعالى، **وذلك في مطلبين على النحو الآتي:**

- المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح القانوني الحديث.
- المطلب الثاني: تمييز الشرط الجزائي عما قد يشتبه به من أوضاع.



المطلب الأول:

مفهوم الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح القانوني الحديث

* **يشمل هذا المطلب فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول:** مفهوم الشرط الجزائي في اللغة.
- **الفرع الثاني:** مفهوم الشرط الجزائي في الاصطلاح القانوني الحديث.



- **الفرع الأول:** مفهوم الشرط الجزائي في اللغة

الشرط الجزائي كما تقدّم أفرزته القوانين الحديثة كمصطلح قائم بذاته دالٍ على معنى خاص، ما يعني عدم وجوده في المصادر اللغوية الأصيلة، لذا سيتم اللجوء في هذا المقام إلى تعريف أفراد هذا المصطلح في اللغة، فهو مركّب من كلمتين هما الشرط والجزاء، وفيما يلي توضيح معنى الكلمتين في اللغة:

* **الشرط لغة:**

الشَّرْط بسكون الراء يأتي بمعنى إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط ومثله الشريطة وجمعها شرائط، وقد شَرَط عليه كذا من باب ضَرَب ونَصَر واشترط أيضاً، ويقال في هذا المعنى: شارَطَه على كذا أي شَرَط عليه واشترط عليه، وتشَارَطا على كذا أي شَرَط كل منهما على صاحبه، وفي الفقه: ما لا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلاً في حقيقته.

والشَّرَط بالتحريك: العلامة والجمع أشراط، وأشراط الساعة علاماتها، ومنه ما جاء في قول الله تعالى: ﴿**فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا**﴾ [سورة محمد: ١٨][(١)].

(١) ينظر: مقاييس اللغة، ابن فارس: ٣/ ٢٦٠، ولسان العرب، ابن منظور: ٧/ ٣٢٩-٣٣٠، والقاموس المحيط، الفيروزآبادي: ص٨٦٩، ومختار الصحاح، الرازي: ص١٤١، والمعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بمصر: ١/ ٤٧٨.

فالشَّرط في اللغة إذن يأتي لعدة معانٍ أبرزها: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه من العقود في حالة سكون الراء، وبتحريك الراء: العلامة، وبإسقاط هذين المعنيين على الفكرة الأساسية للشرط الجزائي في المفهوم الحديث يتجلى الانسجام فيما بينها، إذ يُعدّ الشرط الجزائي **علامة** في العقد تقضي **بالتزام** الطرف المتسبّب في الإخلال بالتزامات العقد بتعويض الطرف الآخر على ما سيرد بالتفصيل بإذن الله تعالى.

*** الجزاء لغة:**

جزى يجزي جزاءً، والجزاء يكون ثواباً ومكافأة على الشيء ويكون عقاباً، وقد جاء في معجم «مقاييس اللغة» أن الجيم والزاي والياء قيام الشيء مقام غيره ومكافأته إياه، ويأتي الجزاء أيضاً بمعنى القضاء، ومنه قول الله تعالى: ﴿**وَٱتَّقُواْ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا**﴾ [سورة البقرة: ٤٨] يعني يوم القيامة أي لا تقضي فيه نفس عن نفس شيئاً، وفي الدعاء «جزاه الله خيراً» أي قضاه له وأثابه عليه، ويقال كذلك: جَزَيتُ فلاناً حقه أي قَضَيتُه، وأمرت فلاناً يتجازى ديني أي يتقاضاه[1].

فالجزاء في اللغة إذن يأتي لعدة معان أبرزها: الثواب أو المكافأة، والعقاب، والقضاء، والشرط الجزائي في المفهوم الحديث ينسجم مع جلّ هذه المعاني، فهو يحمل معنى العقوبة بالنسبة للطرف المُخلّ بالتزامات العقد، كما أن اقترانه بالعقد يُعدّ بمنزلة القضاء على الطرف المخلّ بالتزامات العقد بتعويض الطرف المتضرر.

ولدى ضم المفردتين اللتين يتكوّن منهما مصطلح «الشرط الجزائي» أي ضم الصفة (الجزائي) إلى الموصوف (الشرط) يمكن تعريف الشرط الجزائي استناداً إلى المعاني اللغوية السابقة بالآتي:

هو علامة في العقد تقضي بالتزام أحد طرفيه بتعويض الطرف الآخر عقاباً له على إخلاله بالتزامات العقد أو بجزء منها.

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة، ابن فارس: ١/ ٤٥٥، وتهذيب اللغة، الأزهري: ١١/ ٩٨-٩٩، والقاموس المحيط، الفيروزآبادي: ص١٦٤٠، ومختار الصحاح، الرازي: ص٤٤، والمصباح المنير، الفيومي: ١/ ١٠٠.

▪ **الفرع الثاني**: مفهوم الشرط الجزائي في الاصطلاح القانوني الحديث

لقد أحرز القانون الوضعي قصب السَّبق في تخصيص الشرط الجزائي بدراسة مستقلة تشمل معناه، وخصائصه، وشروطه، وسلطة القاضي في تعديله ونحو ذلك من التفصيلات، فهو إذن من المسائل المستجدّة التي يتعيّن عرضها على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة للوصول إلى التكييف الفقهي الملائم له، وهذا الأمر -أعني التكييف الفقهي الملائم للشرط الجزائي- يستلزم الكشف عن معناه في القانون الوضعي أولاً حيث ظَهَر فيه، حتى يتسنى التكييف الدقيق لهذا الشرط في محله بإذن الله تعالى.

ولقد بحث القانون المدني المصري ومثله السوري الشرط الجزائي ضمن مسألة التنفيذ بطريق التعويض بوصفه أحد طرق هذا التنفيذ، حيث إن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً، أي أن يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به وذلك عندما تتوافر الشروط المطلوبة قانوناً، فالأصل إذن أن يُطالب الدائن بالتنفيذ العيني بعد إعذاره المدين، وللمحكمة أن تقضي به طالما كان هذا التنفيذ ممكناً، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً فللدائن أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ عن طريق التعويض.

هذا ما نصت عليه المادتان (٢١٥) من القانون المدني المصري و(٢١٦) من القانون المدني السوري (إذا استحال على المدين أن يُنفّذ الالتزام عيناً حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يُثبِت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

وهذا ما استند إليه اجتهاد محكمة النقض السورية كذلك حيث جاء في أحد قراراتها: (الأصل في تنفيذ الالتزام أن يتمّ عيناً ولا يُصار إلى البدل إلا إذا استحال التنفيذ العيني أو كان فيه إرهاق للمدين أو التقت إرادة الفريقين عنه).

وبناء على ذلك إذا أظهر المدين رغبته بالتنفيذ العيني فليس للدائن الخيار بالمطالبة بالتعويض ما لم يكن ثمة مبرر له؛ إذ إنه بالاستناد إلى نص المادة السابقة من القانونين المصري

والسوري يُشترط في اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض أن يستحيل التنفيذ العيني بسبب يعود إلى خطأ المدين[1].

وكعادة مشرّعي القوانين فإنهم لا يُعرّفون المصطلحات في المواد القانونية في الأعم الأغلب، مما يحمل شُرّاح القوانين على التصدي لهذه المهمة، وفيما يلي أذكر نص المادتين اللتين نصّتا على الشرط الجزائي في القانونين المصري والسوري ثم أعرّج بشكل موجز على طائفة من تعريفات الشُّراح للشرط الجزائي:

فقد نصت المادتان (٢٢٣) من القانون المدني المصري و(٢٢٤) من القانون المدني السوري على أنه (يجوز للمتعاقدين أن يُحدّدا مقدّماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويُراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ من القانون المدني المصري والمواد من ٢١٦ إلى ٢٢١ من القانون المدني السوري) وهي المواد التي تنظّم حالات استحقاق التنفيذ بطريق التعويض وشرائطه وحكم الاتفاق على تعديل مسؤولية المدين.

- **ومن تعريفات شُرّاح القوانين للشرط الجزائي:**

١- (الشرط الجزائي هو اتفاق يُقدّر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه)[2].

٢- (الشرط الجزائي هو اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بأمر معين -ويكون في الغالب دفع مبلغ من النقود- في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرّر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ومدى سلطة القاضي في تعديله: ص٣٧ وما بعدها، بحث للمحامي عبدالقادر البابا، مجلة المحامون، الصادرة عن نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، السنة: ٥٦، الأعداد: ١-٢-٣، ١٩٩١م، والنظرية العامة للالتزام-أحكام الالتزام- : ص١٧١ وما بعدها، أنور سلطان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ١٩٩٧م، وموجز أحكام الالتزام: ص٤٧ وما بعدها، مصطفى أبو عمرو، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٠م.

(٢) النظرية العامة للالتزام، مصطفى أبو عمرو: ص١٧١.

الأصلي جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك)[1].

٣- (الشرط الجزائي هو ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان مسبقاً وبطريقة جزافية التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدي) فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض[2].

ويُكتفى بهذه التعريفات التي اتضح من خلالها المقصود بالشرط الجزائي بشكل جلي، ويؤخذ على التعريفين الأول والثاني أنهما حصرا استحقاق التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي على المدين لصالح الدائن، أما التعريف الثالث فهو جامع لاستحقاق التعويض على كلا الطرفين إن أخل أيٌّ منهما بتنفيذ التزامه، بيد أن صاحبه عرّف الشرط بالشرط مع أن المفترض فيه أن يوضح مفهوم الشرط بأنه اتفاق بين المتعاقدين.

* وتفادياً للمآخذ السابقة **يرى الباحث أن يُعرّف الشرط الجزائي بالآتي:**

الشرط الجزائي: هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد طرفي العقد تجاه الآخر بتعويض مقدَّر سلفاً إذا وقع ضرر جرّاء إخلاله بأحد التزامات العقد.

فالتعبير بالاتفاق فيه توضيح لمفهوم الشرط، والتعبير بطرفي العقد يشمل الدائن والمدين، والتقييد بوقوع الضرر يمنع دخول حالة «عدم الضرر» في التعريف فقد لا ينتج عن الإخلال بالتزامات العقد أي ضرر وبالتالي لا يكون الشرط الجزائي مستحقاً على ما سيأتي لا حقاً في فقرة «ضوابط الشرط الجزائي» فكان لابد من التقييد بوقوع الضرر، وأخيراً تأتي عبارة: «جراء إخلاله بأحد التزامات العقد» لتشمل كل أشكال الخلل في العقد، كعدم تنفيذ الالتزام بشكل كلي، أو عدم تنفيذه بشكل جزئي، أو عدم تنفيذه على الشكل المطلوب المتفق عليه أثناء إبرام العقد، أو التأخر في تنفيذه أو غير ذلك، وبذلك يكون هذا التعريف جامعاً مانعاً.

---

(١) التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٠.

(٢) مكافحة الشروط التعسفية في العقود: ص٨٣، بودالي محمد، دار الفجر، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م.

(فالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي إذن هو اتفاق سابق على تقدير التعويض في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فهو تقدير اتفاقي للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل، وهذا الاتفاق قد يرد في العقد أو في اتفاق لاحق والمهم أن يكون الاتفاق على التعويض قد وقع قبل وقوع الضرر حتى نكون أمام شرط جزائي، أما إذا جرى الاتفاق بين الدائن والمدين على تقدير التعويض بعد وقوع الضرر بالفعل لم نكن أمام شرط جزائي بل أمام عقد مصالحة، وانطبقت الأحكام الخاصة بعقد الصلح لا بالشرط الجزائي.

كما أنه لا يوجد للشرط الجزائي في القانون أيّة صفة معيّنة إجبارية نصّ عليها القانون، وللطرفين المتعاقدين أن ينصّا على التعويض المشروط في العقد الأصلي نفسه أو في عقد لاحق)[1].

وقد نظّم القانون المدني المصري أحكام الشرط الجزائي في المواد ٢٢٣-٢٢٥، ونظّمها القانون المدني السوري في المواد ٢٢٤-٢٢٦ في فصل (التنفيذ بطريق التعويض)[2].

هذا ما يتعلق بمفهوم الشرط الجزائي في القانونين المصري والسوري، وقد اتضح جلياً مما سبق قيام الشرط الجزائي على فكرة التعويض عن الاختلال الحاصل في تنفيذ التزامات العقد من قبل الطرف المتسبب في الإخلال، وهو ما يهم بالدرجة الأولى لدى تكييف الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي لاحقاً بإذن الله تعالى.



(١) التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٠.

(٢) ينظر: النظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧١، والتعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٠.

المطلب الثاني:

تمييز الشرط الجزائي عما قد يشتبه به من أوضاع

بعد أن تمّ بيان مفهوم الشرط الجزائي في القانون الوضعي يتعيّن تمييزه عما قد يشابهه؛ حتى تتّضح صورته بشكل جلي عند مقرّريه، ومن ثَمّ يتسنى الخوض في تكييفه وحكمه في الفقه الإسلامي بشكل دقيق وذلك في المبحث الثاني بإذن الله تعالى.

وسيتم في هذا المقام تمييز الشرط الجزائي عن مسألتين في القانون الوضعي هما العربون والغرامة التهديدية وذلك في فرعين:

- **الفرع الأول**: الشرط الجزائي والعربون.
- **الفرع الثاني**: الشرط الجزائي والغرامة التهديدية.

- **الفرع الأول**: الشرط الجزائي والعربون

ينبغي التمييز بين الشرط الجزائي والعربون[1] لاختلاف أساس وطبيعة كل منهما، وما يدعو إلى التمييز بينهما هو الشبه الحاصل بينهما من الوجوه الآتية:

١- كلاهما يتضمن التزام أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من المال عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه جزاء على تقصيره.

٢- كلاهما يُقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها وحث المتعاقد على التنفيذ وذلك بتخويفه من مغبّة عدم التنفيذ؛ لأن هذا يُعرّضه لخسارة العربون الذي دفعه وقت العقد، ودفع المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي[2].

---

(١) بيع العربون هو: (أن يشتري شيئاً أو يستأجره ويعطي المشتري البائع أو المؤجر درهماً أو أكثر على أنه إن تم العقد احتسب الدرهم من الثمن أو الأجرة، وإن لم يتم العقد فالدرهم للبائع أو المؤجر) وهو جائز عند السادة الحنابلة. ينظر: كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٩٥ بتصرف يسير.

(٢) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون: ص١٦٤، زكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٦٨م.

*** بيد أنهما يختلفان في الأمور الآتية[1]:**

١- الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخّره فيه، لذا فهو يخضع لشرائط التعويض التي نصّ عليها القانون ولا يكون مستحقّاً إذا انتفى ضرر الدائن أو خطأ المدين، في حين أن العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد، فالالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتّب على العدول عن العقد أيّ ضرر على الدائن، بخلاف الشرط الجزائي فإنه يشترط لاستحقاقه وقوع الضرر.

٢- الشرط الجزائي يجوز تخفيضه في بعض الأحوال حتى يتناسب مع الضرر على ما سيأتي لاحقاً، في حين أن العربون لا يتمّ تخفيضه، فهو يُستحقّ مقابل استعمال الحق في العدول عن العقد ولو لم يلحق الطرف الآخر أيّ ضرر، وبغض النظر عن مقدار هذا الضرر.

٣- إن وجود الشرط الجزائي في العقد لا يُسقط حق الدائن في طلب التنفيذ العيني؛ إذ الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً، ولا يُصار إلى التنفيذ عن طريق التعويض إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخطأ من المدين، فالمدين ليس حراً في حالة الاشتراط في العقد على شرط جزائي في أن يعدل عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، بل يتوجّب عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إذا طلب منه الدائن ذلك، أما في حالة الاشتراط على العربون فإن المدين أو الدائن لهما الخيار بين تنفيذ العقد وبين العدول عنه مقابل دفع العربون أو ضِعفه، فالعربون إذن على خلاف الشرط الجزائي يُقصد به تمكين أحد العاقدين من العدول عن العقد.

٤- وينبغي أخيراً كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المصري (الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض اتفاقي يجوز انتقاصه لاسيما إذا كان المشروط فادحاً).

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٣، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٦-١٧٧.

■ **الفرع الثاني**: الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

*** يتميز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية من الوجوه الآتية**[1]:

١- الغرامة التهديدية تصدر عن القاضي وتهدف إلى إرهاب المدين لحمله على تنفيذ التزامه، أما الشرط الجزائي فيتمّ الاتفاق عليه مقدّماً بين الدائن والمدين.

٢- الغرامة التهديدية يُقصد منها التّغلّب على تعنّت المدين وامتناعه عن تنفيذ التزامه، لذا يكون تقدير الغرامة تقديراً تحكّمياً يراعي فيه القاضي المركز المالي للمدين ودرجة تعنّته دون نظر إلى الضرر الذي أصاب الدائن، بل إن الغالب فيه أن يتجاوز مقدار الغرامة حجم الضرر، أما الشرط الجزائي فالأصل فيه أن يُقاس بحجم الضرر.

٣- الحكم بالغرامة التهديدية يُعدّ حكماً وقتياً لا يقبل التنفيذ إلا إذا تحوّل من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي قابل للتنفيذ على حاله، فالأصل فيها التخفيض لأنها تكون عادة أكثر من الضرر الحقيقي فيغلب تخفيضها عند تحويلها إلى تعويض نهائي، أما الشرط الجزائي وإن جاز تخفيضه عند المبالغة في تقديره إلا أن الأصل فيه عدم التخفيض.

٤- ليست الغرامة التهديدية إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتّصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني.

٥- الغرامة التهديدية تُقدّر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخلّ فيها المدين بالتزامه، أما الشرط الجزائي فلا يُقدّر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فإنه يُقدّر عادة بمبلغ مقطوع.

وبذلك يتّضح المراد بالشرط الجزائي في القانون الوضعي ويتميّز عما يشابهه بما يخدم محل البحث في المبحث الآتي وهو طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه القانوني والفقهي.



(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٣.

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وتكييفه في الفقه الإسلامي

بعد أن تقدّم بيان مفهوم الشرط الجزائي وتمييزه عما يشابهه من أوضاع في القانون الوضعي، يتوقف البحث في هذا المقام عند بيان طبيعته أو تكييفه في كلٍّ من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مع الابتداء بالقانون الوضعي؛ كونه صاحب الأسبقية في تنظير هذا الشرط وتقرير أحكامه بشكل مستقل -كما تقدّم- حتى تتّضح صورته وطبيعته بشكل دقيق لدى مقرِّريه، ومن ثَمّ يتسنى تكييفه وتخريج أحكامه على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده الشاملة المنصوص عليها في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة، وذلك من قبيل التّدرّج في عرض جزئيات هذا الموضوع حتى الوصول إلى الجزئية الأهم بالنسبة لموضوع الرسالة، وهي سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في المبحث الثالث بإذن الله تعالى.

*** وسيتم عرض محتوى هذا المبحث في مطلبين كالآتي:**

- المطلب الأول: طبيعة الشرط الجزائي وخصائصه في القانون الوضعي.
- المطلب الثاني: تكييف الشرط الجزائي وحكمه في الفقه الإسلامي.



المطلب الأول:

طبيعة الشرط الجزائي وخصائصه في القانون الوضعي

لقد تقدّم في المبحث السابق أن التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي هو عبارة عن اتفاق سابق لتقدير التعويض، فهو إذن وسيلة احتياطية لتقدير التعويض لا يُلجأ إليه إلا عند استحالة تنفيذ الالتزام عيناً، أو عند تأخّر المدين في تنفيذ الالتزام، وينبني على ذلك أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فلا يتولّد عنه التزام أصلي بالتعويض، ولكن يتولّد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين.

فالتكييف القانوني للشرط الجزائي إذن: هو أنه التزام تابع لا التزام أصيل، أما الالتزام الأصلي الذي يتبعه فهو ما التزم به المدين أصلاً من القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل ملكية.

وهذا ما أخذ به القانون المصري وتبعه في ذلك القانون السوري وأغلب القوانين والأنظمة العربية، فهو إذن تعويض اتفاقي احتمالي جزافي قُدّر سلفاً لتغطية ضرر محتمل نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخّر في تنفيذه، وليس له هنا أيّة صفة جزائية وإنما له بعض آثار العقوبة يجوز أن يزيد عن قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في بيان ذلك (ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير للتعويض الواجب أداؤه فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى، فلابد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض وهي الخطأ والضرر والإعذار) وقد استقرت على ذلك أحكام محكمة النقض المصرية[1].

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٣، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٥-١٧٦، وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، الخطيب: ص٣٤٧-٣٤٨.

*** ويترتب على كون الشرط الجزائي تابعاً للالتزام الأصلي اتّصاف التعامل به بالخصائص الآتية[1]:**

١- العبرة للالتزام الأصلي لا للشرط الجزائي، وينتج عن ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يُطالب إلا بالالتزام الأصلي مادام التنفيذ العيني للالتزام ممكناً، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي، ويستطيع الدائن أن يُطالب بقيمة الشرط الجزائي كما يستطيع المدين أن يعرضه على الدائن إذا استحال التنفيذ العيني بخطأ من المدين، فالأصل إذن هو التنفيذ العيني.

أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام الأصلي يسقط ويسقط معه الالتزام بالشرط الجزائي؛ لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً اتفاقياً للتعويض، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يستحق الدائن التعويض.

وينتج عما تقدّم أنه لا يترتّب على وجود الشرط الجزائي أن يصبح التزام المدين تخييرياً أو بدلياً، فهو ليس بتخييري لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيُطالب بأيهما شاء، بل عليه أن يُطالب بالالتزام الأصلي إلا إذا استحال تنفيذه بخطأ المدين فيُطالب بالتعويض الاتفاقي، وهو ليس بالتزام بدلي لأن المدين لا يملك العدول عن تنفيذ الالتزام الأصلي -مادام ممكناً- إلى تنفيذ الشرط الجزائي.

على أنه إذا طالب الدائنُ بالتعويض الاتفاقي وكان التنفيذ العيني للالتزام ممكناً ولم يعرض المدين التنفيذ العيني، تعيّن في هذه الحالة الحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه، وتفسير ذلك أن اقتصار الدائن على طلب التعويض مع امتناع المدين عن التنفيذ العيني يُفهم منه ضمناً اتفاقهما على ارتضاء الحكم بالشرط الجزائي، ومن البديهي أنه لا يجوز للدائن أن يُطالب بالتنفيذ العيني وبالشرط الجزائي معاً إلا إذا كان الشرط قد وُضع لمجرد التأخّر في التنفيذ.

---

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٤-٤٥، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٥-١٧٦، وموجز أحكام الالتزام، مصطفى أبو عمرو: ص٥١ وما بعدها.

٢- إن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي، ويترتب على ذلك أنه إذا كان محل الالتزام الأصلي أو سببه غير مشروع بطل وبطل معه الالتزام التبعي وهو الالتزام بالشرط الجزائي، وكذلك إذا انقضى الالتزام الأصلي باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كما في حالة هلاك المبيع بقوة قاهرة، فإن الشرط الجزائي ينقضي تبعاً لانقضائه، وكذلك إذا اختار الدائن عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي أن يفسخ العقد المنشئ لهذا الالتزام، فإن الفسخ يُزيل الالتزام بأثر رجعي وبالتالي يبطل الشرط الجزائي، وللدائن في هذه الحالة أن يُطالب بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد وفقاً للقواعد العامة للتعويض، وفي ذلك تقول محكمة النقض السورية في اجتهادٍ لها: (إن ورود الشرط في العقد على التعويض الاتفاقي في حال فسخ العقد لا يحول دون المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن التأخير في تنفيذ الالتزام وفقاً للقواعد العامة).

٣- إن بطلان الشرط الجزائي لا يؤثر في وجود الالتزام الأصلي، فإذا كان الشرط الجزائي باطلاً فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً أيضاً؛ لأن الشرط الجزائي التزام تابع فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي، ومثال ذلك: أن يشترط الدائن المرتهن أن يصبح المال المرهون ملكاً له بمجرد عدم قيام المدين بوفاء الدين في ميعاده دون اتباع الإجراءات الواجبة قانوناً؛ لأن القانون يحرّم هذا الشرط، ففي مثل هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلاً دون أن يبطل الالتزام الأصلي.

هذا ما ورد في تكييف الشرط الجزائي وخصائصه في القانون الوضعي متمثلاً في القانونين المصري والسوري بناء على ما ذكره شُرّاح القانونين في المسألة، وبذلك تتضح صورة الشرط الجزائي من حيث معناه وتكييفه وخصائصه في القانون الوضعي، وبات بذلك الطريق ممهّداً لعرضه على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده، وتخريجه على آراء الفقهاء في المذاهب الفقهية المعتبرة وذلك في المطلب الآتي.



المطلب الثاني:

تكييف الشرط الجزائي وحكمه في الفقه الإسلامي

ليس من المتأمل العثور على تنظيمٍ لأحكام الشرط الجزائي في ثنايا المصادر الفقهية الأصيلة؛ إذ يُعدّ من المسائل المستجدّة أو النوازل التي أفرزتها طرق التعامل والتعاقد في العصر الحديث، فحظي بناء على ذلك باهتمام خاص في القوانين الحديثة، ولا ضير في ذلك بالنسبة إلى فقهٍ عظيمٍ أُسِّس بنيانه على مبادئ راسخة ثابتة، وقواعد عامة شاملة لكل ما قد يستجدّ عبر الزمان من قضايا ومسائل، لا يمكن أن يتوقف مدُّها بحكم التطورات والتغيرات المتلاحقة التي تواكب التغير الحاصل في تركيبة البشر في المجتمع، وبالتالي تَغَيُّر العادات وطرق التعامل والتعاقد من جيل إلى جيل، فلكل عصر زمني طرقه في التعاقد وفي نوعية القيود والشروط المقترنة بالعقود، وهذا ما ميّز الفقه الإسلامي ذا المبادئ والقواعد الصالحة للتطبيق ولتخريج المستجدّات عليها مهما تغيرت ظروف الزمان والمكان، فلا نكاد نقف عند قضية أو مسألة مستجدّة إلا ونجد لها أصلاً راسخاً في الفقه الإسلامي يقضي بمشروعيتها أو حظرها.

ويبرز الشرط الجزائي من بين تلك المسائل المستجدّة مخاطباً ودّ الباحث المتخصص في الفقه الإسلامي ليميط اللثام عن الأصل أو المبدأ أو القاعدة التي يمكن أن يُخَرَّج عليها.

ولقد سبق التنبيه في الفصل السابق المتعلق بعقود الإذعان إلى أنه لا يُطمع في العثور على نظائر في الفقه الإسلامي تطابق تماماً المواضيع المستجدّة أو القضايا المنصوص عليها في القوانين الحديثة بصورها وحالاتها وسائر تفصيلاتها، وإنما يتعيّن البحث في أصل المعنى أو أساس الفكرة التي تقوم عليها تلك المواضيع المستجدة لتخريجها على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة، ومن ثَمّ تُسبَل عليها الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي من مشروعية أو حظر بعيداً عما نصّت عليه القوانين الحديثة؛ لاختلافهما في المصدر وفي أسس ومبادئ المشروعية والحظر، فما وافق أصول الشرع ومبادئه وقواعده يُحكم بمشروعيته، وما خالفها يُحكم بحظْره بغض النظر عن حكمه في القوانين الوضعية الحديثة.

وبناء على هذه المقدمة الوجيزة يمكن -بكل طمأنينة- تقرير نتيجةٍ مفادها عدم وجود صورةٍ للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي تُطابق تماماً صورته المعروفة في القوانين الحديثة، وإن حاول ثلة من المعاصرين من علماء وباحثين تخريجه وتكييفه تأسيساً على طائفة من المسائل المعروفة في الفقه الإسلامي كالضمان والإجارة والرهن والكفيل وبيع العربون ونحو ذلك، ولا يسع المقام لسرد تلك الآراء ومناقشتها فذلك محله الأبحاث المتخصصة في موضوع الشرط الجزائي، كما أن الباحث لا يتبنّى أيّاً من تلك الآراء، حيث يرى أن الشرط الجزائي عبارة عن معاملة مستحدثة عبر الزمان لا تتوافق صورته بشكل كلي مع صور التطبيقات المعروفة في الفقه الإسلامي، فيتعيّن بناء على ذلك الرجوع إلى المراد منه حسب ما نصّ عليه مقرِّروه من أهل القانون بناء على ما تقدّم طرحه، حتى يتسنى تخريجه بدقة على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده، ومادام الشرط الجزائي لم يحظ بنظيرٍ مطابقٍ له في الفقه الإسلامي فإن النظر يُوَجَّه إلى لفظه ومكانه من العقد كما هو مقرَّر في القانون الوضعي، فبالنسبة للفظه فقد أطلق عليه أهل القانون لفظ «الشرط الجزائي» وبالنسبة لمكانه من العقد فقد جعله أهل القانون ضمن الشروط المقترنة بالعقد في الأعم الأغلب.

وبناء على ذلك -وكما هو معلوم- فإن للشروط المقترنة بالعقد نظرية معروفة وأحكاماً تفصيلية واسعة في المذاهب الفقهية المعتبرة تصلح أساساً ومرجعاً للشرط الجزائي ولغيره من الشروط التي قد تستجدّ عبر الزمان.

فهذا الأمر إذن يستدعي تكييف الشرط الجزائي وتخريج أحكامه تأسيساً على أحكام الشروط المقترنة بالعقد وضوابطها المعروفة في المذاهب الفقهية، وهذا -من وجهة نظر الباحث- يُغني عن محاولة العثور على تطبيق موافق له في الفقه الإسلامي كما ارتأى طائفة من الأساتذة والباحثين الكرام جزاهم الله خيراً.

* واستناداً إلى هذه النتيجة سيتم بحث الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وتخريج حكم الشرط الجزائي عليها في هذا المقام في ثلاثة فروع كالآتي:

- **الفرع الأول**: تعريف الشرط وبيان أقسامه في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليها.
- **الفرع الثالث**: خلاصة التكييف الفقهي للشرط الجزائي وأبرز الفتاوى المعاصرة فيه.

- **الفرع الأول**: تعريف الشرط وبيان أقسامه في الفقه الإسلامي

- **أولاً**: تعريف الشرط:

الشرط: هو الأمر الذي يتوقّف عليه وجود الحكم ويلزم من عدَمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم، وبعبارة أخرى: هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، كالطهارة للصلاة، والشاهدين لصحة عقد النكاح، والقدرة على تسليم المبيع لصحة البيع، فلا يلزم من وجود الوضوء الذي هو شرط الصلاة وجود الصلاة في الواقع، كما لا يلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج، ولكن لا تصح الصلاة من غير وجود الوضوء، ولا يصح النكاح من غير وجود الشاهدين[1].

- **ثانياً**: أقسام الشرط[2]:

*** ينقسم الشرط باعتبار مصدره أي شارطه إلى قسمين:**

القسم الأول: الشرط الشرعي:

وهو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع كالشروط التي اشترطها الشارع في العقود والتصرفات والتي اشترطها للعبادات وإقامة الحدود وغير ذلك، والشرط الشرعي قد جعله

(١) ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه: ٢/ ٤٦٦، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، والتحبير شرح التحرير: ٣/ ١٠٦٩ وما بعدها، أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: عبدالرحمن الجبرين وآخرون، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

(٢) ينظر: أصول الفقه: ص٦١-٢٦، الشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، د.ت، وأصول الفقه الإسلامي: ص١٠٠-١٠٢، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، والشرط الجزائي، أستاذي الدكتور أسامة الحموي: ص٢٤ وما بعدها.

الشارع مكملاً لأمر شرعي لا يتحقق إلا بوجوده لما في ذلك الشرط من الملاءمة للفعل والتكميل له، فكل ما شرط له الشارع شروطاً فإنه لا يتحقق إلا إذا وُجدت هذه الشروط وتحقّقت، فالشروط الشرعية هي التي تكمل السبب وتجعل أثره يترتّب عليه، فالقتل مثلاً سبب لإيجاب القصاص ولكن بشرط أن يكون عمداً وعدواناً، وعقد الزواج سبب لملك المتعة ولكن بشرط أن يحضره شاهدان، وهكذا كل عقد أو تصرف لا يترتّب عليه أثره إلا إذا توافرت شروطه التي فرضها الشارع.

القسم الثاني: الشرط الجعلي:

وهو ما كان توقُّف المشروط فيه على وجود الشرط بفعل المكلف وجعْله، فالمكلف هو الذي جعله شرطاً وعلّق قيام التصرف أو العقد عليه، فالشروط الجعلية إذن من وضْع الناس ويجعلون تحقيق عقودهم موقوفاً عليها، ومثاله: الشروط التي يشترطها الزوج ليقع الطلاق على زوجته، أو شروط الواقف والواهب والموصي، أو الشروط التي تكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين كأن يبيع مسكناً على أن يسكنه شهراً أو سنة مثلاً.

والشروط الجعلية مقيدة بحدود شرعية معينة فليس للشخص أن يشترط أيّ شرط يريده، بل لابد من أن يكون غير منافٍ لحكم العقد أو التصرف وإلا كان شرطاً لاغياً مبطِلاً للعقد، بمعنى أن الشارع الحكيم لم يبح الشروط الجعلية بإطلاق ولم يمنعها بإطلاق، وقد اختلف الفقهاء في مدى هذه الإباحة بين مضَيّق وموسّع كما سيرد قريباً بإذن الله تعالى.

- **والشروط الجعلية على أنواع وهي:**

١ - **الشرط المعلّق**: وهو كل شرط يعلّق الإنسان فيه تصرفه على حصول أمر من الأمور، ومقتضاه أن لا يوجد أثر للعقد إلا إذا وُجِد الشرط، ويحصل التعليق بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها، ومثال ذلك كما لو قال: إذا جاء أبي من السفر فقد بعتك داري بثمن مقداره كذا، فهذا البيع معلَّق بحصول أمر في المستقبل ولذلك لا ينعقد في الحال، أو كقوله: إن سافر أخي إلى الخارج فقد وكلتك في بيع أرضي، فقد علّق الوكالة بسفر أخيه لذا فلا أثر للعقد في هذه الحالات إلا إذا وُجد الشرط.

٢- **الشرط التقييدي المقترن بالعقد:** وهو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض، فحقيقة الشرط التقييدي المقترن بالعقد أن يلتزم أحد طرفي العقد الوفاء بالتزام زائد على مقتضى العقد وآثاره يشترطه عليه الطرف الآخر، وحكمه: أنه يعدِّل من آثار العقد الأصلية، ومثاله: أن يبيع شخص لآخر منزلاً على أن يسكنه سنة، أو يتزوج رجل بامرأة على أن يقيم معها في منزل أبيها أو بشرط ألا يخرجها من بلدها.

٣- **الشرط الإضافي:** وهو الذي يُقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل، كالاتفاق على بدء الإجارة من يوم معين، وحكمه: أن العقد ينعقد في الحال سبباً للحكم في المستقبل، فهو عقد قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة، ولكن يتأخر سريان أحكام العقد وآثاره إلى زمن المستقبل.

وبناء على هذه المقدمة التوضيحية لتعريف الشرط وأقسامه في الفقه الإسلامي يُستنتَج أن الشرط الجزائي بمفهومه الحديث يُعدّ من الشروط الجعلية؛ كونه يُشترط في العقد بجعْل المكلف وإرادته، ويندرج ضمن النوع الثاني من أنواع الشروط الجعلية، وهو الشرط التقييدي المقترن بالعقد، لذا يتعيّن في سبيل الوصول إلى التخريج الدقيق لحكمه واكتمال صورة تكييفه الفقهي عرض آراء المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة في الشروط المقترنة بالعقد، وذلك في الفرع الآتي.



▪ **الفرع الثاني:** آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليها

حتى تتضح آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد بصورة أفضل ويتسنى تخريج حكم الشرط الجزائي عليها بشكل دقيق، سأعرض فيما يلي لرأي كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة في الشروط المقترنة بالعقد على حدة مذيّلاً كل رأي بتخريج حكم الشرط الجزائي عليه، وذلك في أربع مسائل على النحو الآتي:

۞ **المسألة الأولى**: رأي السادة الحنفية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه.

۞ **المسألة الثانية**: رأي السادة المالكية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه.

۞ **المسألة الثالثة**: رأي السادة الشافعية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه.

۞ **المسالة الرابعة**: رأي السادة الحنابلة في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه.

ﷺ ﷺ

* **وفيما يلي تفصيل الكلام في هذه المسائل:**

۞ **المسألة الأولى**: رأي السادة الحنفية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه

○ **يشمل الحديث في هذه المسألة فقرتين:**

➢ **الفقرة الأولى**: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الحنفية.

➢ **الفقرة الثانية**: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الحنفي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد.

* **وفيما يلي تفصيل الكلام في الفقرتين:**

➢ **الفقرة الأولى**: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الحنفية

لقد قسّم السادة الحنفية الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام: هي الشرط الصحيح، والشرط الفاسد، والشرط الباطل، **وفيما يلي أتناول هذه الأقسام بشيء من التفصيل:**

۞ **القسم الأول**: الشرط الصحيح:

* **لقد وضع السادة الحنفية أربعة ضوابط للشرط الصحيح وهي:**

١- الشرط الذي يقتضيه العقد.

٢- الشرط الذي يلائم مقتضى العقد.

٣- الشرط الذي ورد الشرع بجوازه.

٤- الشرط الذي جرى به العرف أي جرى به التعامل بين الناس وبات معروفاً بينهم[١].

- فالضابط الأول، وهو الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف بين الفقهاء في صحته على ما سيأتي في بقية المذاهب، لأنه يُعدّ أثراً من آثار العقد، وشرطاً مؤكِّداً له لم يثبت به شيء زائد على آثار العقد، فاشتراطه وعدم اشتراطه في الحكم سواء.

- وأما الضابط الثاني، وهو الشرط الذي يلائم مقتضى العقد فهو وإن كان لا يقتضيه العقد إلا أنه مؤكِّد لحكم العقد من حيث المعنى، فكان ملائماً له من هذا الاعتبار، ولقد حكم السادة الحنفية بصحته استحساناً لما فيه من التوثيق والتقرير لمقتضى العقد، وإلا فالقياس عدم صحته عندهم؛ لأنه لا يقتضيه العقد[٢].

- وأما بالنسبة للضابط الثالث، وهو الشرط الذي ورد الشرع بجوازه فهو وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه، إلا أنه ثبت تصحيحه شرعاً بما لا مردّ له، فلا مجال لعدم القول بصحته؛ لورود النصوص الشرعية بصحته، كشرط الأجل في الثمن لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾[سورة البقرة:٢٨٢].

- وأما بالنسبة للضابط الأخير، وهو الشرط الذي جرى به العرف وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به النص ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين، فقد ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله تعالى إلى صحته استحساناً، والقياس عدم جوازه بناءً على أن الأصل العام في الشروط التي تخالف مقتضى العقد هو الفساد، وهو ما قال به زفر[٣] رحمه الله تعالى، والفتوى على رأي الإمام وصاحبيه[٤].

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني: ٦/ ٤٢٠، برهان الدين بن مازة الحنفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٧١.

(٣) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، من تلاميذ الإمام أبي حنيفة، وهو أقيسهم، وكان يأخذ بالأثر إن وجده، توفي بالبصرة سنة ١٥٨هـ. ينظر: تاج التراجم، العلامة قاسم: ١/ ١٦٩، والجواهر المضية، القرشي: ١/ ٢٤٣.

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: ٦/ ٤٢٠، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٧١، وشرح فتح القدير، الكمال بن الهمام: ٦/ ٤٤٢-٤٤٣.

والراجح في العرف المعتبر عندهم هو العرف العام، وإن قال كثير منهم بصحة اعتبار العرف الخاص أيضاً، جاء في «الأشباه والنظائر»: (والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره)[1]، وليس المقام مقام تفصيلٍ في هذه المسألة.

فالحاصل أن السادة الحنفية يرون صحة الشرط المتعارف عليه بين الناس وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص، ولا ريب أن هذا الضابط فيه من توسيع باب الشروط الصحيحة الشيء الكثير، وهو ما يهمّ بالدرجة الأولى لدى تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الحنفي قريباً بإذن الله تعالى.

- **القسم الثاني**: الشرط الفاسد:

نصّ السادة الحنفية على أن الشرط الفاسد هو ذلك الشرط الذي لا تتوافر فيه ضوابط الشرط الصحيح التي تقدّم ذكرها، **فيشمل الآتي**:

١- الشرط الذي لا يقتضيه العقد.

٢- ولا يلائم مقتضى العقد.

٣- ولم يرد الشرع بجوازه.

٤- ولم يجرِ به العرف.

٥- واشتمل على منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما؛ لأنها منفعة لا يقابلها عوض فيؤدي إلى الربا أو شبهته[2].

ومن أمثلته: إذا باع شخص داراً على أن يسكنها شهراً، أو أرضاً على أن يزرعها سنة، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً ونحو ذلك[3].

---

(١) الأشباه والنظائر: ص٨٩، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ٥٧، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٦٩.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٦٩.

وقد قرّر السادة الحنفية أن هذا النوع من الشروط الفاسدة يفسد بها العقد، فلا تترتب عليه آثاره؛ لأن فيه زيادة منفعة مشروطة فتكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، بيد أن هذا الحكم في المذهب ليس عاماً في العقود كلها بل ينحصر في العقود المالية المحضة، كالبيع والإجارة والسّلم والصرف والمساقاة والمزارعة ونحوها، وأما عقود المعاوضات غير المالية، كالنكاح والخلع على مال وعقود التبرعات كالهبة والقرض والوديعة والعارية والرهن والكفالة ونحوها، فلا أثر للشرط الفاسد فيها، فيلغو الشرط الفاسد وحده ويصح العقد وتترتّب عليه آثاره؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه، ولا يُتصور ذلك في المعاوضات غير المالية ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح التصرف[1].

إذن فسبب التفرقة بين العقود المالية المحضة وغيرها في الحكم هو الوقوع في الربا المفسد للعقد.

القسم الثالث: الشرط الباطل:

وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص ولم يجرِ به العرف وليس فيه منفعة مقصودة لأحد، كما لو اشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بالعين المبيعة، أو اشترط عليه ألا يبيعها ونحو ذلك، فحكم هذا الشرط أنه يبطل ويصح العقد فلا يترتّب عليه أيّ أثر في العقود عامة؛ لانتفاء علة الفساد وهي الربا[2].

فعلّة التفريق بين الشرط الفاسد والشرط الباطل عند السادة الحنفية إذن هي الوقوع في الربا بالنسبة للشرط الفاسد؛ كونه يشتمل على منفعة لأحد العاقدين لا يقابلها عوض، فيبطل الشرط ويفسد العقد، أما بالنسبة للشرط الباطل فلا منفعة فيه لأحد، فينتفي الربا ويُحكم بناء على ذلك ببطلان الشرط وصحة العقد.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/ ١٣١، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٦٩.

(٢) ينظر: المبسوط: ١٣/ ١٥، شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٧٠.

➢ **الفقرة الثانية:** تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الحنفي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد

بعد العرض الموجز لأبرز ضوابط الشروط المقترنة بالعقد بأنواعها المختلفة من صحيحة وفاسدة وباطلة في مذهب السادة الحنفية، تأتي الخطوة الجوهرية في هذا المقام وهي تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الحنفي وقواعده في تقرير أحكام الشروط المقترنة بالعقد، ولدى النظر في الضوابط السابقة التي وضعها السادة الحنفية لكل قسم من أقسام الشروط المقترنة بالعقد، **يرى الباحث** الحكم بصحة الشرط الجزائي تخريجاً على ضابطين من ضوابط الشرط الصحيح عند السادة الحنفية على النحو الآتي:

أ- صحة تخريج الشرط الجزائي على ضابط العرف، أي أن يكون الشرط قد جرى به عرف التعامل بين الناس بمعنى أنه بات معروفاً فيما بينهم، حيث لا يخفى أن الشرط الجزائي أصبح أحد المقرّرات الأساسية في العقود في عرف المعاملات التجارية المالية في الوقت الراهن، فلا يكاد يخلو من النص عليه عقد من العقود، استناداً إلى ما أجازه الرأي المفتى به في المذهب الحنفي للإمام وصاحبيه استحساناً بالنسبة لكل شرط للناس فيه تعامل[1]، وهو ما ينطبق على الشرط الجزائي.

فيمكن القول بناء على ذلك: (إن الشرط الجزائي عند الحنفية شرط صحيح بالجملة ومعتبر شرعاً بشكل عام ويصبح بنداً من بنود العقد ومقتضياته التي يجب الوفاء بها، ما لم يتضمن هذا الشرط محظوراً شرعياً أو يؤدي إلى الوقوع في الربا)[2] بمعنى أن الشرط الجزائي مباح من حيث أصل فكرته القائمة على التوثّق من تنفيذ التزامات العقد دون إخلال بها، كونه بات من الشروط المنتشرة في العرف الحديث على نطاق واسع، وإلا ففي تفصيلاته وبعض جزئياته ما يؤدي إلى الوقوع في الربا، وذلك لا يسوغ شرعاً مهما جرى به العرف على ما سيرد لاحقاً بإذن الله تعالى.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٧١.

(٢) الشرط الجزائي، الحموي: ص١٢٣.

ب- ويرى الباحث كذلك صحة تخريج الشرط الجزائي على الضابط الثاني من ضوابط الشرط الصحيح التي سبق عرضها عند السادة الحنفية، وهو الشرط الذي يلائم مقتضى العقد، فقد نصّ السادة الحنفية على أن الشرط الذي يلائم مقتضى العقد وإن كان لا يقتضيه العقد إلا أنه مؤكِّد لحكم العقد من حيث المعنى، فكان ملائماً له من هذا الاعتبار استحساناً، فصحّ هذا الشرط لما فيه من التوثيق والتقرير لمقتضى العقد، وذلك كما لو باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً والرهن معلوم والكفيل حاضر فقَبِل؛ لأن الرهن بالثمن وكذلك الكفالة شُرعا توثيقاً للثمن، جاء في «بدائع الصنائع» في توضيح هذا الكلام: (وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً، فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً والقياس أن لا يجوز؛ لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً، إلا أننا استحسنّا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى؛ لأن الرهن بالثمن شُرع توثيقاً للثمن، وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقرّراً لمقتضى العقد معنى، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن، وأنه لا يوجب فساد العقد فكذا هذا)[1].

ولإسقاط هذا الكلام على الشرط الجزائي **يرى الباحث** أنه لا يخفى أن من مزايا العمل بالشرط الجزائي في الوقت الراهن توثيق العقد وضمان تنفيذ التزاماته؛ لأنه يدفع بالمدين إلى الوفاء بما التزم به في العقد في وقته المحدد تفادياً لدفع الغرامة أو التعويض المقرر بالشرط الجزائي، فهذا التوثيق للعقد والتزاماته لا يختلف عن التوثيق الحاصل في المثالين اللذين ذكرهما فقهاء الحنفية، وهما الرهن والكفالة كما في النص السابق وعدّوا ذلك التوثيق من قبيل الشرط الملائم لمقتضى العقد.

فخلاصة القول في هذه الفقرة أن الشرط الجزائي صحيح بالجملة عند السادة الحنفية تخريجاً على ضابطين من ضوابط الشرط الصحيح عندهم، هما الشرط الذي يلائم مقتضى العقد، والشرط الذي يجري به عرف التعامل بين الناس والله تعالى أعلم.

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٧١.

۞ **المسألة الثانية**: رأي السادة المالكية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه

○ **تشمل هذه المسألة فقرتين على النحو الآتي:**

➢ **الفقرة الأولى**: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة المالكية.

➢ **الفقرة الثانية**: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب المالكي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد.

* **وفيما يلي تفصيل الكلام في الفقرتين:**

➢ **الفقرة الأولى**: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة المالكية

لقد قسّم السادة المالكية الشروط المقترنة بالعقد إلى قسمين رئيسيين: هما الشروط الصحيحة، والشروط الباطلة، **وتشمل الشروط الباطلة نوعين**: هما شروط باطلة مبطلة للعقد، وشروط باطلة غير مبطلة للعقد، ويستند هذا التقسيم -أي الصحة والبطلان- عندهم إلى النظر في حالات الفساد في الشرط من ربا أو جهالة أو غرر أو نحو ذلك من أشكال الضرر، ومدى اشتمال العقد على شيء من ذلك[1].

* **وفيما يلي أتناول هذي القسمين الرئيسيين بشيء من التفصيل:**

۞ **القسم الأول**: الشروط الصحيحة:

* **لقد حدّد السادة المالكية ضابطين للشروط الصحيحة هما:**

۞ **الضابط الأول**: الشرط الذي يقتضيه العقد:

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء على صحته ولزومه سواء تم اشتراطه أو لا كما تقدّم بيانه في ضوابط الشرط الصحيح عند السادة الحنفية، ومن أمثلته: شرط تسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن للبائع، وكاشتراط المرتهن أن يكون له الحق في بيع الرهن إذا عجز الراهن عن الوفاء بدينه[2].

---

(١) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد: ٢/ ١٢٠.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٦٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٨٠.

❁ **الضابط الثاني**: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكنه لا ينافيه:

فهذا الشرط ملائم للعقد وفيه مصلحة للعقد، كشرط تأجيل الثمن، واشتراط الرهن والكفيل، واشتراط أن لا يتصرف في المبيع ببيع أو هبة أو نحو ذلك حتى يعطي الثمن، ويدخل ضمن هذا الضابط كذلك استثناء منفعة المعقود عليه مدة يسيرة يُتسامح فيها عادة، كاستثناء سكنى الدار المبيعة أشهراً معلومة، واستثناء ركوب الدابة المبيعة أياماً معدودة، فهذا النوع من الشروط صحيح يلزم الوفاء به إن تمّ اشتراطه في العقد وإلا فلا[1].

فهذا النوع من الشروط إذن لا فساد فيه ولا كراهية عند المالكية وإن كان لا يقتضيه العقد؛ لأنه مما يعود على العقد بمصلحة ولا معارض له من جهة الشرع[2].

❁ **القسم الثاني**: الشروط الباطلة:

* **الشروط الباطلة عند السادة المالكية تشمل نوعين:**

- **النوع الأول**: شروط باطلة مبطلة للعقد:

ويندرج ضمن هذا النوع كل شرط ينافي مقتضى العقد أو يخلّ بشرط من الشروط المعتبرة في صحته شرعاً، ومن أمثلته في عقد البيع: شرط ما يؤدي إلى جهل أو غرر في العقد أو في الثمن أو في المثمن، أو إلى ربا فضل أو نَساء كشرط مشاورة شخص بعيد، أو الخيار إلى مدة مجهولة، أو تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، فهذا يوجب فسخ عقد البيع.

ومثاله في عقد الهبة: اشتراط الواهب على الموهوب له أن لا يقبض العين الموهوبة، فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد فيفسده.

ومثاله في القرض: اشتراط المقرض على من أقرضه أن يردّ عليه أحسن مما أخذ وما شابه ذلك من كل شرط يتضمن انتفاع المقرض من عقد القرض، فإنه شرط فاسد مفسد للعقد لمخالفته لقضية القرض وهي انتفاع المقترض لا المقرض.

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٦٥، ومنح الجليل، الشيخ عليش: ٥/ ٥٨.

(٢) ينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٨٢.

ومثاله في عقد الرهن: اشتراط الراهن على المرتهن بقاء العين المرهونة تحت يده، أو إذا مضت مدة معينة خرجت من الرهن، فهذه شروط مفسدة لعقد الرهن لمخالفتها لمقتضاه وحكمه[1].

إذن فصفة البطلان في الشروط المقترنة بالعقد عند السادة المالكية غالباً ما ترتبط بمدى اشتمال العقد على الربا أو الجهالة المفضية إلى النزاع أو الغرر الكثير أو نحو ذلك من أشكال الضرر الفاحش.

- **النوع الثاني**: شروط باطلة غير مبطلة للعقد:

هذا النوع أخفّ ضرراً وأقل تأثيراً في العقد من سابقه لذا فإنه يلغو ويصح العقد، فهو يشتمل على ما يناقض مقتضى العقد ولكن بشكل أقل ضرراً وتأثيراً، كما لو اشترط البائع أن لا حق للمشتري في حطٍّ جزء من الثمن إذا أصابت الثمار آفة، أو اشترط رب الوديعة على حافظها أن يضمن هلاكها[2].

وبعد هذا العرض الموجز لأقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة المالكية، اتّضح أنهم قد وسّعوا من دائرة الشروط الصحيحة بحيث تشمل طائفة كبيرة من الشروط المعروفة من قبل أو ما استجدّ منها عبر الزمان، كالشرط الجزائي على نحو ما سيرد في الفقرة الآتية.

➢ **الفقرة الثانية**: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب المالكي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد

يرى الباحث من خلال ما سبق عرضه من ضوابط الشروط الصحيحة والباطلة في المذهب المالكي الحكم بصحة الشرط الجزائي في مذهبهم، وبيان ذلك كالآتي:

---

(١) ينظر: منح الجليل، الشيخ عليش: ٥/ ٥٨، وبالنسبة لبعض الأمثلة المذكورة ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان: ص١٢٣-١٢٤.

(٢) ينظر: منح الجليل، الشيخ عليش: ٥/ ٥٩، وللأمثلة ينظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٣/ ١٥٨، عبدالرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٢، ١٩٩٨م.

لقد رأى السادة المالكية كما تقدّم صحة الشرط الذي يلائم العقد ولا ينافيه وإن كان لا يقتضيه العقد، فبات هذا الضابط بمنزلة إطلاق العنان لتصحيح كثير من الشروط التي لا يقتضيها العقد، ومن بينها الشرط الجزائي الذي لم يكن معروفاً من قبل.

* ولقد ضم السادة المالكية إلى هذا الضابط الأساسي -أي ضابط ملاءمة العقد وعدم المنافاة لمقتضاه- قيوداً أخرى مكملة له **أبرزها**[1]:

أ- اشتمال الشرط على ما فيه مصلحة العقد.

ب- أن لا يكون له معارض من جهة الشرع.

ولدى إسقاط هذه القيود على الشرط الجزائي يتّضح أنها تنطبق عليه؛ إذ لا يخفى وجه المصلحة المتوخّاة في الشرط الجزائي والمتمثلة في توثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته، وتُشابِهُ حالة التوثيق والضمان في الشرط الجزائي بعض الحالات التي قرّرها السادة المالكية، كحالة البيع بشرط وجود رهن أو كفيل توثيقاً للعقد، وحالة البيع بثمن إلى أجل على أن لا يتصرف ببيع ولا هبة حتى يعطي الثمن[2]، فالغاية التي من أجلها أقرّ السادة المالكية بصحة هاتين الحالتين متوافرة في الشرط الجزائي أيضاً، وهي توثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته، وهو ما يبرّر الحكم بصحة الشرط الجزائي تخريجاً على هذا الضابط من ضوابط الشروط الصحيحة عند السادة المالكية.

كما أن الشرط الجزائي -إضافة إلى ما مضى- لا يشتمل على أي شكل من أشكال الضرر الفاحش التي نصّ عليها السادة المالكية في جانب الشروط الباطلة، فليس فيه غرر ولا جهالة مفضية إلى النزاع، كما لم يرد عن الشرع ما يستلزم حظره إلا في بعض الحالات المشتملة على شبهة الربا، كما لو كان محل الشرط الجزائي مبلغاً من النقود مع كون محل الالتزام الأصلي أيضاً مبلغاً من النقود فهذا من ربا النسيئة، وسترِد حالات جواز الشرط الجزائي وحظره لاحقاً بإذن الله تعالى.

---

(١) ينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٨٢.

(٢) المصدر السابق: ٥/ ٨٠.

إذن فالشرط الجزائي يمكن تخريجه والحكم بصحته في المذهب المالكي تأسيساً على ضابط الملاءمة للعقد وعدم المنافاة لمقتضاه، والذي يشمل كل شرط فيه مصلحة للعقد بما لا معارض له من جهة الشرع، والله تعالى أعلم.

۞ **المسألة الثالثة**: رأي السادة الشافعية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه

○ **تشمل هذه المسألة فقرتين على النحو الآتي**:

➢ **الفقرة الأولى**: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الشافعية.

➢ **الفقرة الثانية**: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الشافعي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد.

* **وفيما يلي تفصيل الكلام في الفقرتين**.

➢ **الفقرة الأولى**: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الشافعية

لقد تكلّم فقهاء الشافعية في الشروط المقترنة بالعقد وذكروا لها أمثلة كثيرة وخاصة في عقد البيع، وانطلقوا لدى حديثهم عن الشروط المقترنة بعقد البيع من مبدأ «الأصل في الشروط هو الحظر» إلا في حالات مستثناة ضمن ضوابط معينة.

* ولقد قسموا الشروط المقترنة بالعقد إلى قسمين: هما **الشروط الصحيحة، والشروط الباطلة**، ووضعوا لكل قسم ضوابط تقيّده وبيان ذلك كالآتي:

۞ **القسم الأول**: الشروط الصحيحة:

من خلال النظر في نصوص فقهاء المذهب يُستنتج أنهم وضعوا ضابطين أساسيين للشروط الصحيحة هما:

۞ **الضابط الأول**: الشرط الذي يقتضيه العقد:

وهو ما يكون الملتزَم به حكماً من أحكام العقد وأثراً من آثاره، وهذا الضابط كما تقدّم في المذهبين الحنفي والمالكي هو محل اتفاق بين الفقهاء على صحته ولزومه سواء تمّ اشتراطه أو

لا، وذلك كاشتراط المشتري في عقد البيع أن ينتفع بالعين المشتراة كيف شاء، وأن يتصرف فيها بجميع ما يملكه من التصرفات من بيع وإجارة وهبة ورهن ووقف وغير ذلك، فإن هذه الأمور تثبت للمشتري بمقتضى البيع شُرطت فيه أم لا، وكاشتراط المرتهن في عقد الرهن أن يكون مقدَّماً في الاستيفاء من العين المرهونة على سائر الغرماء، وكاشتراط الشركاء في عقد الشركة أن لا يتصرف أحدهم في مال الشركة تصرفاً يعود بالضرر على باقي الشركاء، كالبيع بغبن فاحش والسفر لغير حاجة وغير ذلك، فهذه كلها أحكام تثبت بمقتضى الرهن والشركة سواء نصّ عليها أم لا، فاشتراطها وعدم اشتراطها سواء[1].

❁ **الضابط الثاني**: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكنه من مصلحة العقد ومباحاته:

كاشتراط الإشهاد على البيع أو الإعارة أو الرهن ونحوها، أو اشتراط كتابتها في صك، ومن هذا النوع أيضاً اشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن أو المبيع الذي قد أجّل تسليمه، فإن ذلك شرط مؤكِّد لما يجب بالعقد، وهو تسليم المبيع والثمن.

فهذا النوع من الشروط إضافة إلى أنه من مصلحة العقد فهو يلائم العقد ولا ينافيه، لذلك صحّحه السادة الشافعية وإن كان العقد لا يقتضيه[2].

❧ **القسم الثاني**: الشروط الباطلة:

* **تشمل الشروط الباطلة عند السادة الشافعية نوعين:**

- **النوع الأول**: شروط باطلة غير مبطلة للعقد:

بمعنى أنها إن وُجدت في العقد فإنها تُلغى ويصح العقد، جاء في «المجموع»: (الضرب الثالث: أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعاً، كشرط ألا يأكل إلا الهريسة، أو لا

(١) ينظر: المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٦٨، والحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٣١٢، وللأمثلة ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان: ص١١٧.

(٢) ينظر: المجموع، النووي: ٩/ ٣٤٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٣١٢، وللأمثلة ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان: ص١١٨.

يلبس إلا الخزّ أو الكتان، قال إمام الحرمين: وكذا لو شرط الإشهاد بالثمن وعيّن شهوداً وقلنا لا يتعيّنون فهذا الشرط لا يفسد العقد بل يلغو ويصح البيع، هذا هو المذهب)[1].

- **النوع الثاني**: شروط باطلة مبطلة للعقد:

بمعنى أنها إن وُجدت في العقد فإنها تبطل ويبطل معها العقد؛ لأنها ليست من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولم يرد الشرع بجوازها، وهي -في عقد البيع على سبيل المثال- كل شرط منع المشتري من واجب أو ألزم البائع ما ليس بواجب.

فمن أمثلة ما منع المشتري من واجب: كأن يشترط عليه بائع دارٍ أن لا يبيعها ولا يؤجّرها، أو يشترط عليه بائع ماشيةٍ أن يكون نتاجها ولبنها له -أي للبائع- أو يشترط عليه بائع أرضٍ أن يزرعها -أي البائع- مدة سنة.

ومن أمثلة ما ألزم البائع ما ليس بواجب: كأن يقول البائع للمشتري: بعتك هذا النخل على أنني كفيل بمائة وسق من ثمرها، أو بعتك هذه الأرض على أنني قيّم لعمارتها وزراعتها، فهذه الشروط وما شاكلها باطلة والعقد باشتراطها باطل[2].

تلك هي بإيجاز أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الشافعية، ولقد توسّع فقهاء المذهب في ذكر آحاد الصور والأمثلة في هذا الجانب، كما توسّعوا في عرض الخلاف الذي دار بين الفقهاء حول تلك الأمثلة سواء بين فقهاء المذهب أنفسهم، أو بينهم وبين فقهاء باقي المذاهب، وغير ذلك من التفصيلات الخارجة عن إطار هذا البحث.

ويُكتفى بما تقدّم عرضه في سبيل التّوصل إلى التخريج الملائم للشرط الجزائي عليه، وذلك في الفقرة الآتية.

➢ **الفقرة الثانية**: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الشافعي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد

---

(١) المجموع، النووي: ٩/ ٣٤٦.

(٢) ينظر: المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٦٨، والحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٣١٢.

يلاحظ مما تقدّم أن المذهب الشافعي أقل توسّعاً من المذهبين الحنفي والمالكي في وضع ضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بالعقد، فالعرف الذي اعتمده السادة الحنفية كأحد ضوابط الشروط الصحيحة استحساناً لا اعتبار له في المذهب الشافعي، وكذلك شرط استثناء منفعة المعقود عليه مدة يسيرة من الزمن والذي رأى السادة المالكية صحته وملاءمته للعقد لم يبحه السادة الشافعية، ونحو ذلك من الأمثلة، مع أن السادة الشافعية متفقون مع السادة الحنفية والمالكية في أحد أهم ضوابط الشرط الصحيح: وهو أن يكون ملائماً للعقد وغير منافٍ لمقتضاه وفيه مصلحة تعود على العقد، فهذا قيد واسع في المذهبين الحنفي والمالكي كما تقدّم، بيد أنه أقل سعة بالنسبة لآحاد الصور والأمثلة التي تنضوي تحته في المذهب الشافعي.

ولدى النظر إلى الشرط الجزائي بمفهومه الحديث والغاية من اشتراطه وهي توثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته، وخاصة في العقود التي يتضرّر فيها أحد العاقدين من عدم تنفيذ العاقد الآخر لالتزاماته أو التأخّر في تنفيذها، كعقود المقاولات والتوريد ونحوها مما سيرد لاحقاً بإذن الله تعالى، **يرى الباحث** أن هذه الغاية تندرج ضمن ما أطلق عليه فقهاء الشافعية: الشرط الذي فيه مصلحة العقد وتدعو الحاجة إليه[1]؛ إذ يُعدّ توثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته من الأمور التي فيها مصلحة العقد والحاجة ماسة إليها مثلها مثل اشتراط الرهن والكفيل ونحو ذلك مما قرّره فقهاء المذهب، كما أنه لم يرد من الشرع ما يدل على تحريمه بخصوصه من حيث الجملة، إلا ما كان فيه شبهة الربا كما تقدّم في رأي المالكية[2] فيحرم في ذلك الموضع دون سائر العقود والمعاملات.

وتأسيساً على ذلك يمكن القول بأن الشرط الجزائي يشمله أحد ضوابط الشرط الصحيح في المذهب الشافعي، وهو الشرط الذي يلائم العقد، أي ما كان من مصلحة العقد ومباحاته، ولا يشتمل على ما فيه منافاته، والله تعالى أعلم.

---

(١) ينظر: المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٦٨.

(٢) ينظر: ص ٤٧٧.

۞ **المسألة الرابعة**: رأي السادة الحنابلة في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه

- **تشمل هذه المسألة فقرتين على النحو الآتي:**

➢ **الفقرة الأولى**: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الحنابلة.

➢ **الفقرة الثانية**: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الحنبلي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد.

* **وفيما يلي تفصيل الكلام في الفقرتين.**

➢ **الفقرة الأولى**: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الحنابلة

يُعرف المذهب الحنبلي بأنه أكثر المذاهب الفقهية المعتبرة توسّعاً في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، وذلك من خلال وضْع ضوابط واسعة مرنة تشمل كثيراً من الشروط التي لم يرد في الشرع نهي بخصوصها، حيث قسّم فقهاء المذهب الشروط المقترنة بالعقد إلى قسمين هما: الشروط الصحيحة، والشروط الباطلة، **ووضعوا لكل قسم ضوابط يتميز بها وبيان ذلك كالآتي:**

⇐ **القسم الأول**: الشروط الصحيحة:

* وضع فقهاء الحنابلة المتقدمون ثلاث ضوابط أساسية للشرط الصحيح **وهي:**

۞ **الضابط الأول**: الشرط الذي يقتضيه العقد:

وهو محل اتفاق بين المذاهب الفقهية المعتبرة كلها كما تقدّم، وهو لازم بمجرد إبرام العقد حتى لو لم يُنصّ عليه فيه فوجوده كعدمه؛ لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد، كالتقابض، وخيار المجلس، وحلول الثمن، وتصرف كلا المتبايعين فيما يصير إليه من ثمن ومثمن، والردّ بعيب قديم ونحو ذلك[1].

۞ **الضابط الثاني**: ما يلائم العقد وإن كان لا يقتضيه لما فيه من مصلحة للعقد أو العاقد:

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٩.

كاشتراط رهن أو كفيل معين بالثمن أو ببعضه، أو اشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو تأجيل بعضه إلى وقت معلوم، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع ككون الدابة حلوباً ونحو ذلك، وحكم هذا النوع من الشروط الصحة ولزوم الوفاء به، وإلا فللشارط فسخ العقد عند عدم الوفاء به[1].

❁ **الضابط الثالث**: ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولكنه لا ينافي مقتضاه:

كاشتراط الانتفاع بالمبيع مدة معلومة، كسكنى الدار وركوب الدابة مدة معينة، وكذلك لو شرط المشتري على البائع عملاً معيناً في المبيع كأن يحصد له الزرع أو يخيط له الثوب أو نحو ذلك، وحكم هذا النوع من الشروط كحكم سابقه من لزوم الوفاء به وفسخ العقد عند فواته[2].

❁ **القسم الثاني**: الشروط الباطلة:

صنّف فقهاء المذهب الشروط الباطلة إلى صنفين هما: شروط باطلة تبطل العقد، وشروط باطلة لا تبطل العقد، **وبيان ذلك كالآتي**:

- **الصنف الأول**: شروط باطلة تبطل العقد:

*** وقد ذكروا ضمن هذا الصنف أنواعاً من الشروط أبرزها:**

١- الشرط المنافي لمقتضى العقد ويلغي المقصود منه، كما لو شرط البائع على المشتري أن لا يملك العين المبيعة، أو شرط المؤجر على المستأجر أن لا ينتفع بالعين المؤجرة ونحو ذلك؛ لما فيه من إلغاء المقصود بالبيع ونفي موجبه الأصلي وهو الملك.

٢- الشرط الذي ورد النهي عنه كاشتراط شرطين ليسا من مصلحة العقد ولا من مقتضاه، كحمل حطب وتكسيره، أو خياطة ثوب وتفصيله، أما إن كان الشرطان من مقتضى البيع مثلاً كاشتراط حلول الثمن مع تصرف كل منهما فيما يصير إليه فإنه يصح، أو كانا من مصلحة العقد كاشتراط رهن وضمين معينين بالثمن فيصح ذلك.

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٩.

(٢) ينظر: كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٩٠-١٩١.

٣- أن يشترط البائع شرطاً يُعلِّق البيع عليه، كقوله بعتك إن جئتني بكذا، أو بعتك إن رضي فلان، وكذا تعليق الشراء، كقبلت إن جاء زيد ونحو ذلك فلا يصح البيع؛ لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا يمنعه[١].

- **الصنف الثاني**: شروط باطلة لا تبطل العقد:

وهي الشروط التي تنافي مقتضى العقد ولكنها لا تُلغي المقصود منه، ولهذا الصنف أمثلة عديدة ذكرها فقهاء المذهب منها: لو شرط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع ولا يهبه، أو شرط رهناً فاسداً كخمر وخنزير ونحو ذلك، أو شرط خياراً أو أجلاً مجهولَين بأن باعه بشرط الخيار وأطلق أو إلى الحصاد ونحوه، أو بثمن مؤجل إلى الحصاد ونحوه، أو شرط تأخير تسليم مبيع بلا انتفاع به ونحو ذلك من الأمثلة، فيلغو الشرط في كل ما تقدّم ويصح العقد[٢].

هذا موجز ما ورد عن فقهاء المذهب في ضوابط الشروط الصحيحة والباطلة.

➢ **الفقرة الثانية**: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الحنبلي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد

لقد اتّضح مما سبق أن مذهب السادة الحنابلة هو أكثر المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة مرونة وسعة في جانب تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، ما يعني سهولة تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب وقواعده، فإذا كان المقرّر في أصول المذاهب الثلاثة الآنفة الذكر وقواعدها في الشروط المقترنة بالعقد الحكم بصحة الشرط الجزائي بما لا يصادم نصوص الشرع وقواعده في المحاذير والمحظورات من ربا ونحوه، فلا ريب أن الحكم بصحته تخريجاً على أصول المذهب الحنبلي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد أحق وأولى؛ إذ يمكن أن تُجرى على الشرط الجزائي أحكام الضابط الثاني من ضوابط الشرط الصحيح لدى فقهاء المذهب، وهو (ما كان ملائماً للعقد وإن كان لا يقتضيه لما فيه من مصلحة للعقد أو العاقد كاشتراط الرهن والكفيل ونحو ذلك)[٣].

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٩١ وما بعدها.

(٢) ينظر: كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٩٢-١٩٣.

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٥٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٨٨.

فالشرط الجزائي لا يخفى وجه المصلحة فيه للعقد وللعاقد معاً، فأما بالنسبة للعقد: فهو توثيق له وضمان للوفاء بالتزاماته، وأما بالنسبة للعاقد: ففي اشتراطه دفع الضرر عنه جرّاء عدم تنفيذ العاقد الآخر لالتزامات العقد أو التأخر في تنفيذها.

كما أن الشرط الجزائي -إضافة إلى ما سبق- يخلو من أوصاف الشرط الباطل لدى فقهاء المذهب، فهو لا يُلغي المقصود من العقد بل يؤكِّد على لزوم الوفاء بالتزاماته، كما أنه لم يرد في الشرع نهي بخصوصه إلا ما يشتمل منه على الربا كما لو كان محل الشرط الجزائي مبلغاً من النقود مع كون محل الالتزام الأصلي أيضاً مبلغاً من النقود، فهذا من الربا المحرم بالأدلة القطعية، فيقتصر التحريم فيه على الصور المشتملة على الربا فحسب.

وبذلك يتّضح وجه الصحة في الشرط الجزائي تخريجاً على أصول المذهب الحنبلي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد والله تعالى أعلم.

- **الفرع الثالث**: خلاصة التكييف الفقهي للشرط الجزائي، **وأبرز الفتاوى المعاصرة فيه:**
  - **يشمل هذا الفرع مسألتين على النحو الآتي:**

۞ **المسألة الأولى**: خلاصة التكييف الفقهي للشرط الجزائي وحكمه.

۞ **المسألة الثانية**: أبرز الفتاوى المعاصرة في الشرط الجزائي.

ﷺ ﷺ

*** وفيما يلي تفصيل الكلام في المسألتين.**

۞ **المسألة الأولى**: خلاصة التكييف الفقهي للشرط الجزائي وحكمه

بعد ما تقدّم من عرض مفصّل لأحكام الشروط المقترنة بالعقد وضوابطها في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة، **يرى الباحث** أن التكييف الملائم للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي هو عدُّه أحد الشروط الجعلية التي يأتي اشتراطها في العقد بتصرف المكلف وإرادته وجعله، ويندرج ضمن النوع الثاني من أنواع الشروط الجعلية التي تقدّمت في الفرع الأول وهو الشرط التقييدي المقترن بالعقد.

فالشرط الجزائي إذن هو شرط جعلي تقييدي مقترن بالعقد تسري عليه أحكام الشروط المقترنة بالعقد وضوابطها في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة على نحو ما تقدّم بيانه في كل مذهب على حدة، مثله مثل أي شرط مقترن بالعقد تكلّم عنه الفقهاء في معرض حديثهم عن الشروط المقترنة بالعقد، كشروط الواقف والواهب والموصي، أو الشروط التي تكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين، كمن يبيع مسكناً على أن يسكنه شهراً أو سنة مثلاً، أو الشروط التي يراد منها توثيق العقد، كطلب رهن أو كفيل بالثمن ونحو ذلك من الشروط التي ذكرها الفقهاء، فالشرط الجزائي لا يختلف عن تلك الشروط من حيث خضوعه لأحكام الشروط المقترنة بالعقد وضوابطها.

فالفقهاء رحمهم الله تعالى وجزاهم عن الأمة خير الجزاء قد وضعوا الضوابط التي تؤصّل الشروط المقترنة بالعقد وتنظّم أحكامها بعبارات بليغة وجيزة مستندة إلى نصوص الشرع وقواعده ومبادئه، وهي لا تقتصر على تطبيقات وأمثلة محدّدة عُرفت في أزمنتهم، وإنما تشمل كل ما تنطبق عليه تلك الضوابط مما قد يستجدّ عبر الزمان، فالتطبيقات والأمثلة لا حصر لها وهي من الأمور التي تخضع لتغيرات الظروف والأحوال في الزمان والمكان، والشرط الجزائي يُعدّ أحد الشروط التي أفرزتها تلك التّغيرات، ولا يقف الأمر عند الشرط الجزائي فحسب، وإنما يُعدّ ظهور المستجدات والنوازل من شروط وغيرها أمراً وارداً ليس له نكير مادام قطار الزمن يسير.

والشروط المستجدة مهما اختلفت صورها وأشكالها، فلا يُتصوَّر أن تخرج عما وضعه الفقهاء من ضوابط ثابتة، فيها من العموم والدقة والشمول ما يسع لأي شرط قد يستجدّ عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة، وهذا ما يميّز الفقه الإسلامي ذا المصدر الإلهي عن القانون الوضعي ذي المصدر البشري.

هذا ما تسنى للباحث تقريره في التكييف الفقهي للشرط الجزائي والله تعالى أعلم.

وأما بالنسبة لحكمه: فالحاصل مما سبق تقريره تخريجاً على أصول المذاهب الفقهية الأربعة وقواعدها في الشروط المقترنة بالعقد أنه شرط جائز من حيث الجملة باستثناء ما إذا كان محل الشرط الجزائي مبلغاً من النقود مع كون محل الالتزام الأصلي أيضاً مبلغاً من النقود، كما لو كان ذلك المال ثمناً لمبيع أو قرضاً أو أجرة في عقد إجارة أو نحو ذلك، واتفق الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال إذا تأخر في الوفاء بالدين عن التاريخ المحدد للوفاء به، فالشرط الجزائي في هذه الصورة غير جائز ولا يُعمل بمقتضاه باتفاق الفقهاء؛ لأنه من ربا النسيئة الذي كان شائعاً في الجاهلية، والربا محرم بجميع أشكاله شرعاً، فلا يحل أخذه ولا إعطاؤه ولا الاتفاق عليه.

فالشرط الجزائي إذن باطل في هذه الحالة، كما أن الالتزام الأصلي أو العقد الأصلي الذي يتضمن مثل هذا الشرط يبطل معه؛ لأنه عقد تضمن شرطاً يوجب الربا فيبطل الشرط والعقد معاً عند الفقهاء[1].

وهذا ما يحصل في البنوك الربوية عندما يلتزم المقترض بدفع فوائد على القرض، وإن تأخر عن أداء الدين في موعده يلتزم بدفع فوائد مركبة على الدين الأصلي وفوائده، ويحصل كذلك في عقود البيع بالتقسيط عندما يُنص على أن المستأجر إذا تأخر في دفع الأقساط عن موعدها المحدد يلتزم بدفع فوائد التأخير، وفي بطاقات الائتمان التي تصدرها البنوك الربوية وبعض الشركات كذلك يُنصّ فيها على فوائد التأخير، وكذلك يحصل في بعض العقود الحكومية كعقود استهلاك المياه والكهرباء في كثير من البلاد عندما يُنصّ فيها على فوائد التأخير، وهكذا يُنصّ على غرامة التأخير في معظم الحالات في الديون والحقوق التي تصبح ديناً في الذمة، ومن الواضح أن هذه الصور من الشرط الجزائي باطلة لما تشتمل عليه من الربا المحرم[2].

---

(١) ينظر: الشرط الجزائي، أستاذي الدكتور الحموي: ص٨٦.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة: ص١٢٦، الأستاذ الدكتور علي السالوس، بحث في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة: الثانية عشرة، العدد: الرابع عشر، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

أما ما عدا الديون والحقوق المترتبة في الذمة من سائر العقود المالية المشتملة على مختلف أنواع الحقوق والالتزامات، فيجوز الشرط الجزائي فيها للتعويض عن الضرر الواقع فعلاً تخريجاً على قواعد المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة في الشروط المقترنة بالعقد على نحو ما تقدّم بيانه مفصلاً في كل مذهب على حدة (فالشرط الجزائي شرط جائز ومشروع وهو شرط صحيح بشكل عام عند الأئمة الأربعة؛ لأنه شرط مقترن بالعقد جرى به العرف وفيه مصلحة للعقد وهو شرط ملائم للعقد، فهو شرط صحيح عند الحنفية لجريان العرف به، وصحيح عند الشافعية لأن فيه مصلحة للعقد، وصحيح عند المالكية لأن فيه مصلحة للعقد ولأنه شرط ملائم لم يرد بإلغائه وتحريمه أو جوازه نص خاص فهو ملائم مرسل، وهو جائز وصحيح من باب أولى عند الحنابلة الذين لا يحرمون إلا الشروط التي ورد بتحريمها نص أو التي تنافي مقتضى العقد)[1].

۞ **المسألة الثانية**: أبرز الفتاوى المعاصرة في الشرط الجزائي

* أنقل فيما يلي نص قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي ونص فتوى مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في حكم الشرط الجزائي:

أ- نص قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي:

وأنقل منه الفقرة الرابعة المتعلقة بحكم الشرط الجزائي:

(إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية- ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م- وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع الشرط الجزائي، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء قرر ما يلي:

... رابعاً: يجوز أن يُشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح.

(١) الشرط الجزائي، الحموي: ص١٥٥.

وبناء على هذا يجوز هذا الشرط مثلاً في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه، ولا يجوز مثلاً في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه)[1].

ب- نص فتوى مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية:

لقد أصدر مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في الدورة الخامسة سنة ١٣٩٤هـ بمدينة الطائف فتوى شرعية بجواز الشرط الجزائي، وفيما يلي نصها:

(إن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يُراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحِق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾ [سورة النساء: ٥٨]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [سورة المائدة: ٨]، وبقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار[2]»[3].

هذا ما تسنى للباحث عرضه من جزئيات متعلقة بالشرط الجزائي بغرض التدرج في العرض حتى الوصول إلى المسألة الجوهرية في هذا الفصل وهي سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وذلك في المبحث الآتي بإذن الله تعالى.

---

(١) من نص قرار المجمع الموجود على شبكة الإنترنت.

(٢) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٣) مجلة البحوث الإسلامية: ص١٤٣، المجلد الأول، العدد الثاني، الرياض، ١٣٩٥هـ.

المبحث الثالث:

أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

من خلال التدرج في عرض محتوى الفصل الرابع، يتوقف الحديث هنا عند الجانب الأهم بالنسبة إلى موضوع الأطروحة، والمتمثِّل في سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، وذلك في العقود المالية التي يجوز فيها النص على الشرط الجزائي مما تقدّم بيانه.

ولا يخفى ما يُمثّله هذا الجانب من أهمية بالغة في هذا الزمان؛ نظراً لانتشار الشرط الجزائي وكثرة النص عليه في العقود المالية بمختلف أنواعها، وما قد يتبع ذلك من اتّخاذ هذا الشرط كوسيلة للاستغلال من قبل بعض الناس، فبات من الضروري تدخل القاضي في مثل هذه الحالة بإجراء التعديلات التي تجعل من الشرط الجزائي أداة لتوثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته بغرض دفع الضرر عن طرفيه، لا أداة للاستغلال والجشع وأكل أموال الناس بالباطل، انتصاراً لمبادئ العدل والإنصاف التي أرست دعائمها أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، كما لم تغفلها القوانين الحديثة في طائفة من التشريعات التي سنّتها، ومنها الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي.

فالشرط الجزائي إذن قد يُستخدم كأداة للاستغلال أو الغبن، وذلك كما لو كان مرتفعاً أو منخفضاً بشكل فاحش، أو تمّ النص عليه بما لا ينسجم مع حجم الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالتزامات العقد أو التأخر في تنفيذها، ومن هنا تأتي الحاجة الملحّة لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي أو إلغائه إذا نشب خلاف بين طرفي العقد حوله وتمّ رفع الأمر إليه.

*** وقد تمّ توزيع الحديث في هذا المبحث على ثلاثة مطالب:**

- المطلب الأول: أساس سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي ومشروعيتها.
- المطلب الثاني: ضوابط سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء أو التعديل.
- المطلب الثالث: مظاهر سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء والتعديل.



المطلب الأول:

أساس سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي ومشروعيتها

* **يشمل هذا المطلب فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: أساس سلطة القاضي ومؤيداتها في القانون الوضعي.
- **الفرع الثاني**: أساس سلطة القاضي ومشروعيتها في الفقه الإسلامي.

* **وفيما يلي تفصيل الكلام في الفرعين.**

- **الفرع الأول**: أساس سلطة القاضي ومؤيداتها في القانون الوضعي

بالنظر إلى أساس سلطة القاضي في القانون الوضعي أولاً بوصفه الميدان الذي قُرِّر فيه الشرط الجزائي بأحكام وتفصيلات مستقلة، يُلاحظ أنه يعود إلى تحقيق مبدأ العدل بحسب ما نصّ عليه كثير من أهل القانون، حيث منحت طائفة من القوانين المدنية الحديثة كالقانونين المصري والسوري -محل المقارنة في هذه الرسالة- القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي أو إنهائه بغرض تحقيق العدالة التعاقدية، وذلك من خلال تحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط بأنه مجرد تعويض اتفاقي مسبق على الضرر المحتمل حدوثه عند عدم الوفاء بالتزامات العقد أو التأخر في تنفيذها وربْطه بالتالي صراحة بالضرر وجوداً وعدماً.

وبذلك حسم القانونان المصري والسوري الخلاف الدائر حول الطبيعة القانونية للشرط الجزائي بين من يرى أنه عقوبة خاصة، ومن يستند إلى نظرية الاتفاق (حرية الإرادة) ومن يرى أنه تعويض احتمالي، ليغلب الرأي الأخير صراحة والذي يرى أن الشرط الجزائي مجرد تعويض جزافي لضرر محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، وبالتالي منْح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي أو إلغائه من خلال ربطها بهذا الضرر المحتمل وجوداً وعدماً تبعاً للقواعد العامة في ذلك.

وفي ظل سيطرة سلطان الإرادة فإن الشرط الجزائي قد يؤدي إلى إخلال خطير بالتوازن العقدي ويولّد مظالم فادحة نتيجة لاتّخاذه كأداة أو وسيلة للإثراء الفاحش تحت حماية مبدأ

الحرية التعاقدية، وذلك إما بالمبالغة في تقديره بشكل فاحش بحيث لا يتناسب والضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، أو بجعْله مستَحقَّاً لأحد طرفي العقد وإن لم ينتج عن العقد أي ضرر بناء على أنه قُرِّر عن اتفاق.

وبناء على هذه المخاطر أو المظالم المحتملة يتعيّن أن يخضع الشرط الجزائي لمبدأ الثبات والاستقرار، بحيث لا يُسمح بزيادته أو تخفيضه بشكل فاحش يتسبّب في حدوث خلل واضح في ميزان التعاقد يتعارض مع ما يجب أن يسود الاتفاقات من حسن نية يستلزم المساواة أو التناسب بين الأخذ والعطاء وفقاً لمقتضيات العدالة.

وهو ما يستهدفه المشرِّع من تنظيم الشرط الجزائي، ومنْح السلطة الكافية للقاضي في تعديل هذا الشرط أو إلغاء الحكم به تبعاً لظروف كل حالة، وبطريقة تتفق وقواعد المسؤولية التي تقوم أساساً على مبدأ العدالة، فيكون التعويض في الشرط الجزائي مرتبطاً بالضرر ومتناسباً معه، وحيث لا ضرر فلا تعويض، وبذلك يتّضح منطق العدالة وجوهرها في القانون من حيث هي الأساس الذي قامت عليه سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي أو عدم الحكم به[1].

■ **الفرع الثاني**: أساس سلطة القاضي ومشروعيتها في الفقه الإسلامي

لئن كان العدل أساساً لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون الوضعي، والمتمثّل في منع حدوث غبن أو استغلال محتمل بسبب الشرط الجزائي، فإن الشريعة الإسلامية هي من أرست قواعد العدل ورسّخت مبادئه وأحكمت بنيانه في كل مجال قد تعتريه شوائب الظلم وسائر أشكال الضرر، سواء في مجال العقود والمعاملات المالية أو في غيره من المجالات، ولا يسع المقام هنا للتفصيل لأن الحديث عن العدل وشواهده لا يمكن حصره في بضع صفحات، لذا يُكتفى بذكر بعض الأدلة التي تنص على وجوب تحري العدل مطلقاً في

(١) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، الخطيب: ص٤٤٦-٤٤٧، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه: ص٢٠٦ وما بعدها، حسني محمد جاد الرب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٦م.

كل الشؤون والقضايا، وهي تنسحب بلا ريب على سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي وذلك بتعديله إن كان مرتفعاً بشكل فاحش لا يتناسب مع الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالتزامات العقد أو التأخر في تنفيذها، أو إلغائه إن لم يثبت وقوع أي ضرر، وهذا كله من باب مراعاة مبدأ العدالة بين طرفي العقد بتحقيق التوازن بين مصلحتيهما، فلا تطغى إحداهما على الأخرى.

وفيما يلي أعرض لشواهد مؤيدة ومؤسِّسة لهذا المبدأ العظيم والأساس المتين لسلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي وهو مبدأ العدل، **وذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية:**

أ- من القرآن الكريم:

- قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا﴾ [سورة النساء: ٥٨].

ففي هذه الآية أمر الله سبحانه وتعالى بالحكم بين الناس على أساس العدل، لذا فإن من المفسرين من نصّ على أن هذه الآية إنما نزلت في الأمراء أي الحكام بين الناس[1]، وهذا بلا ريب يشمل القاضي وسلطته في مختلف القضايا ومنها سلطته إزاء الشرط الجزائي سواء بالتعديل أو الإلغاء استناداً إلى هذا المبدأ.

- وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [سورة النحل: ٩٠].

وهذا أمر صريح أيضاً من الله تعالى لعباده بوجوب تحري العدل مطلقاً، وما قيل في الآية السابقة يسري على هذه الآية أيضاً من حيث شمولها لسلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي.

* وثمة آيات أخرى أيضاً وردت بلفظ القسط المرادف للعدل أسرد منها ما يلي:

- قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾ [سورة النساء: ١٣٥].

---

(١) ينظر: تفسير القرآن العظيم: ١/ ٥١٧، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠١هـ.

- وقال الله تعالى: ﴿ قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ ﴾ [سورة الأعراف: ٢٩].

- وقال الله تعالى: ﴿وَأَقْسِطُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾ [سورة الحجرات: ٩].

وغيرها من الآيات الواضحة الدلالة على وجوب مراعاة مبدأ العدل في كل حكم ولاسيما في الأحكام التي يُصدرها القضاة للفصل بين الناس، ومن بينها الحكم في الشرط الجزائي ومدى انسجام التعويض المقدَّر فيه مع مبدأ العدل بين طرفي العقد.

ب- من السنة النبوية المطهرة:

ثمة أحاديث عديدة في وجوب العدل وفضل أهله ومكانتهم يوم القيامة تَقدّم طرف منها في الفصل التمهيدي لهذه الرسالة[1]، لذا أكتفي هنا بذكر حديث يُعد أصلاً متيناً لمبدأ العدل الذي لا يُتصَّور قيامه مع وجود الضرر في أي شيء، وهو ما روي عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[2].

ومن هذا الحديث اشتُقّت أحكام الضرر والقواعد الفقهية المنظمة لها كما سيأتي بعد قليل، كما يعد هذا الحديث أصلاً لسلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي سواء بالتعديل أو الإلغاء؛ لأن تدخل القاضي في الشرط الجزائي مرتبط ابتداء بوجود الضرر من عدمه كما سيأتي مفصلاً في ضوابط سلطة القاضي في التعديل.

ج- من القواعد الفقهية:

* لقد وضع الفقهاء استناداً إلى الحديث السابق: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار» قاعدة فقهية وجيزة بليغة انبنى عليها كثير من أبواب الفقه وهي:

- (الضرر يُزال) جاء في «الأشباه والنظائر» في بيان هذه القاعدة (... ويُبتنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه فمن ذلك الردّ بالعيب والخيارات والحجر والشفعة والقصاص

(١) ينظر: ص ٣٢ وما بعدها.

(٢) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

والحدود والكفارات وضمان المتلفات ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين والبغاة)[1].

ويرى الباحث -إضافة إلى ما ذُكر في النص السابق- إمكانية أن تُبتنى على هذه القاعدة كل المسائل المستجدة التي يتعيّن فيها توخّي العدل ورفع الضرر كما في سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي؛ لأنها مرتبطة أساساً بمدى وجود الضرر في العقد.

- ومن القواعد المنبثقة عن القاعدة السابقة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة) حيث استند الفقهاء إلى هذه القاعدة في تقرير بعض الأحكام المستثناة من قواعد الشرع لدفع الحرج والضيق عن الناس[2].

فعلى القاضي استناداً إلى هذه القاعدة رفع الضرر عن الطرف المضرور جراء الشرط الجزائي المبالَغ في تقديره بتعديله إلى الحد المعقول تلبيةً لحاجة الطرف المضرور والتي نزلت منزلة الضرورة؛ وذلك استثناء من مبدأ الوفاء بالعقد والتزاماته وشروطه كما أمر الشرع، وتحقيقاً لمبدأ العدل الذي قامت عليه سلطته في التعديل.

ويُكتفى بما سبق عرضه من أدلة كنماذج مؤكِّدة على صحة ما تمّ استنتاجه من أن الأساس في منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي في حال لم يكن تقدير التعويض فيه متناسباً مع حجم الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، هو إقامة العدل وإزالة الضرر عن طرفي العقد.



(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٢-٧٣.

(٢) المرجع السابق: ص٧٨.

المطلب الثاني:

ضوابط سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء أو التعديل

كما هو معلوم فإن الشرط الجزائي ظَهَر مؤخراً في مجال العقود والمعاملات المالية كضمان لتنفيذ التزامات العقد على النحو المتّفق عليه لدى إبرامه دون إخلال في التنفيذ أو تأخُّر فيه، فسنّت له القوانين الحديثة تشريعاً متكاملاً يشمل مفهومه وشروطه وسلطة القاضي إزاءه وسائر الأحكام المتعلقة به، فيُعدّ -بناء على ذلك- من الشروط المستجدّة في العقود كما تقدّم، وقد تمّ تكييفه في الفقه الإسلامي في هذه الرسالة على أنه من الشروط الجعلية التقييدية المقترنة بالعقد، وطُبِّقت عليه أصول المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة وقواعدها في الشروط المقترنة بالعقد، وتمّ التوصل إلى نتيجة مفادها جواز النص عليه في العقد ما لم يؤدّ إلى الوقوع في مفسدة الربا المحظور في الشريعة الإسلامية ببيان مفصّل كما تقدّم.

وكونه من الشروط المحدثة في القوانين الوضعية الحديثة فلا يؤمل في العثور على أحكام وتفصيلات خاصة به، كضوابط سلطة القاضي إزاءه -محل الحديث في هذا المطلب- في المصادر الأصيلة للفقه الإسلامي، وبناء على ذلك يتعيّن ذكر هذه الضوابط كما نصّت عليها القوانين الوضعية، ومن ثَمّ استنتاجها من مصادر الفقه الإسلامي من خلال عرضها -أي الضوابط- على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده وأحكامه المعروفة في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة؛ للنظر والتحقق من مدى انسجامها وملاءمتها لتلك المبادئ والقواعد، وذلك قبل الكشف عن مظاهر سلطة القاضي في التعديل أو الإلغاء في المطلب القادم بإذن الله تعالى، حيث يتعيّن على القاضي قبل البدء في ممارسة سلطته في التعديل التّحقق من بعض الشروط أو الضوابط في العقود المشتملة على الشرط الجزائي حتى يتسنى له تعديل ما يلزم تعديله، أو إلغاؤه استناداً إلى تلك الضوابط ومدى تحققها.

* ولقد نصت القوانين الوضعية على أربعة ضوابط إذا توافرت في العملية التعاقدية فإنه يتسنى للقاضي التدخل في العقد بتعديل الشرط الجزائي فيه أو إلغائه، وهي:

١- خطأ المدين.

٢- حصول الضرر.

٣- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

٤- إعذار المدين.

وسأعرض فيما يلي لكل ضابط من هذه الضوابط على حدة كما نص عليه أهل القانون مذيّلاً إياه بعرضه على ما ورد في الفقه الإسلامي من آراء ونظائر وقواعد بغرض تخريجه بشكل ملائم في الفقه الإسلامي، **وذلك في أربعة فروع يعرض كل فرع لضابط من تلك الضوابط الأربعة على النحو الآتي:**

- **الفرع الأول**: ضابط «خطأ المدين» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: ضابط «حصول الضرر» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثالث**: ضابط «العلاقة السببية بين الخطأ والضرر» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الرابع**: ضابط «إعذار المدين» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي.



*** وفيما يلي تفصيل الكلام في هذه الفروع:**

- **الفرع الأول**: ضابط «خطأ المدين» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي
  - **أولاً**: بيان الضابط الأول وشرحه في القانون الوضعي:

إن ضابط الخطأ من جانب المدين هو أول ما يتعيّن على القاضي الالتزام به من خلال البحث في مدى تحققه، والخطأ في جانب المدين مفترض بمجرد عدم التنفيذ، ويقع على كاهل المدين إثبات السبب الأجنبي ليدرأ عن نفسه المسؤولية، وهو ما أكّدته محكمة النقض المصرية وسارت عليه في العديد من أحكامها بقولها (يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه وجود خطأ من المدين، ولا يُغني عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدّراً في العقد؛ لأن هذا التقدير ليس هو السبب في استحقاق التعويض).

كما نصت المادتان (٢١٥) من القانون المدني المصري و(٢١٦) من القانون المدني السوري على أنه (إذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عيناً حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يُثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

إذن فالشرط الجزائي استناداً لأحكام هذه المادة لا يُطبَّق ولا يستحقه الدائن إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام عيناً بخطأ من المدين، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عيناً في الميعاد المحدد له أو إذا تأخر في تنفيذه، فإن المدين يُعدّ مخطئاً ويُلزم بالتعويض المتفق عليه، ما لم يُثبت أن عدم التنفيذ يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا أثبت المدين السبب الأجنبي فإن الخطأ يُستبعد ومن ثَمّ يستبعد معه الشرط الجزائي.

وينبني على ذلك أن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه يُعدّ في ذاته خطأ موجباً لمسؤوليته بمضمون الشرط الجزائي، ولا يدرأ عنه هذه المسؤولية إلا إثباته للسبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

وبالنسبة لجانب الدائن فإنه يتعيّن عليه إثبات الخطأ إلا إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به التزاماً بتحقيق نتيجة فيُكتفى من الدائن بإثبات عدم تحققها، فإن أثبت الدائن ذلك فيُفترض حينئذ الخطأ في جانب المدين ويتعيّن عليه إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي[1].

وخلاصة القول في الضابط الأول أن على القاضي أن يلتزم أولاً بالنظر في مدى وجود الخطأ في تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه من جانب المدين، فإذا ثبت عنده خطأ المدين حَكَم بصحة الشرط الجزائي واستحقاق الدائن له، أما إذا أثبت المدين سبباً أجنبياً لا يد له فيه لعدم

(١) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، الخطيب: ص٣٥٠-٣٥١، والتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ومدى سلطة القاضي في تعديله، عبدالقادر البابا: ص٤٥-٤٦، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٤.

التنفيذ أو التأخر فيه، فعلى القاضي حينئذ إلغاء الشرط الجزائي والحكم بعدم استحقاق الدائن له.

• **ثانياً**: تخريج الضابط الأول في الفقه الإسلامي:

ثمة اختلاف بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي في مصطلح الخطأ، إذ إن المقصود بالخطأ عند أهل القانون في هذا المقام التعدي الحاصل من المدين بسبب عدم تنفيذه لالتزامات العقد أو التأخر في تنفيذها كما تقدّم.

وأما مصطلح الخطأ في الفقه الإسلامي فإذا أُطلق فالمقصود به (ما ليس للإنسان فيه قصد، وهو عذر صالح لسقوط حق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد ويصير شبهة في العقوبة حتى لا يؤثم الخاطئ ولا يؤاخذ بحد ولا قصاص، ولم يُجعل عذراً في حق العباد حتى وجب عليه ضمان العدوان...)[1].

فالخطأ بهذا المعنى -أي إتيان الإنسان ما لا قصد له فيه- مغاير للخطأ الذي قصده أهل القانون وهو التّعدي، ولإزالة هذا اللبس بين الاصطلاحين يتعيّن التعبير عن هذا الضابط في الفقه الإسلامي «بتعدي المدين» بدلاً من «خطأ المدين» لأن التعبير بالتعدي هو أقرب ما يكون إلى مصطلح «الخطأ» في القانون من حيث توافقهما في المفهوم، إذ إن ضابط التعدي عند الفقهاء هو (انحراف السلوك المألوف للرجل المعتاد أو هو العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي)[2] وهو ما يتفق بشكل كبير مع ضابط الخطأ عند أهل القانون.

إذن فالمقصود بخطأ المدين هنا استناداً إلى الاصطلاح الفقهي: تعدي المدين، ولا مشاحة في الاصطلاح مادام المقصود بالبيان والبحث هنا هو المفهوم الذي يدل عليه الضابط الأول أو الفكرة التي يشير إليها، وهي التعدي الحاصل من المدين بسبب عدم تنفيذه لالتزامات العقد أو التأخر في تنفيذها بغض النظر عن الألفاظ المستخدمة في التعبير عن هذا الضابط.

---

(١) التعريفات، الجرجاني: ص١٣٤.

(٢) نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي: ص٢٤، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٩، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

والضابط الأول بمفهومه هذا أي «التّعدي» معروف في الفقه الإسلامي وله نظريته المتكاملة الشاملة لمختلف أبواب الفقه، والتي تتسع كذلك لكل ما قد يستجد عبر الزمان من قضايا ومسائل متعلقة بالتعدي كالشرط الجزائي وغيره.

وللتعدي أحكام كثيرة في الفقه الإسلامي حسب المحل الذي يقع فيه، وما يُرام في هذا المقام هو بيان التعدي في العقود ولاسيما العقود المالية والتأكيد على معرفة الفقه الإسلامي بهذا الضابط كأساس للضمان في جل العقود، **ومن أمثلته في العقود:**

١- في عقد الوديعة: اتفق الفقهاء على أن الوديع إذا فرّط في حفظ الوديعة أو تعدّى عليها فإنه يضمنها[١].

٢- في عقد العارية: اتفق الفقهاء على أن العارية مضمونة بالتعدي والتفريط من المستعير[٢].

٣- في عقد الإجارة: يضمن المتعدي إن كان التعدي نتيجة انتفاعه بمحل العقد انتفاعاً غير مأذون له فيه، كما لو لم يأذن المؤجر للمستأجر بالانتفاع ببعض منافع العين المؤجرة، فيضمن إن تلفت بفعله، جاء في «مجمع الضمانات»: (واعلم أن كل فعل قيل فيه: ليس للمستأجر أن يفعله، فإنه يضمن ما تلف بفعله، ولا تظن أنها منحصرة بالمستأجر، بل هي أصل شامل لجميع مسائل الضمان في جميع الأبواب)[٣].

ونحو ذلك من الأمثلة في مختلف العقود.

ومما مضى من الأمثلة يرى الباحث صحة الضابط الأول «خطأ المدين» بحسب اصطلاح أهل القانون تخريجاً على ما ورد في الفقه الإسلامي من آراء وتطبيقات في مسائل «التعدي في العقود

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٧٠، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤١٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٣/ ٧٩، وكشاف القناع، البهوتي: ٤/ ١٦٦.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٧٩، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٣٦، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٢٦٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٤/ ٧٠.

(٣) مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: ١/ ٧٠، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، تحقيق: محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد، د.ن، د.ط، د.ت.

المالية» بناء على ما يترتب على التعدي من ضمان على المعتدي، فلا فرق جوهرياً بين هذا الضمان وبين ما يترتب على «خطأ المدين» في القانون الوضعي من تعويضٍ للدائن بسبب تعدي المدين بعدم تنفيذه لالتزامات العقد أو التأخر في تنفيذها، فيتعيّن على القاضي إذن مراعاة هذا الضابط بالتحقق من مدى حصول التعدي من قبل المدين في الإخلال بالتزامات العقد.

- **الفرع الثاني**: ضابط «حصول الضرر» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي

• **أولاً**: بيان الضابط الثاني وشرحه في القانون الوضعي:

لا يكفي لإعمال الشرط الجزائي قانوناً وقوع الخطأ من قبل المدين، بل لابد أن يترتب على هذا الخطأ وقوع ضرر بالدائن، فلا يُستَحقّ الشرط الجزائي إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن جراء إخلال المدين بتنفيذ التزامه؛ لأن الضرر ركن من أركان استحقاق التعويض.

أما بالنسبة لعبء إثبات الضرر فقد نصّ القانونان المصري والسوري -خروجاً على القواعد العامة في الإثبات- على أن الدائن ليس مكلَّفاً بإثبات الضرر وأن عبء الإثبات يقع على المدين، جاء في المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري و(٢٢٥) من القانون المدني السوري ما نصّه (لا يكون التعويض الاتفاقي مستَحقّاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر) فدلت هذه المادة على أن الضرر مفترض وقوعه من قبل المدين بمجرد الإخلال في تنفيذ الالتزام، وعلى المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فنقل القانون عبء إثبات الضرر من عاتق الدائن إلى عاتق المدين.

وعلى ذلك استقر اجتهاد محكمة النقض السورية حيث جاء في حيثيات أحد القرارات الصادرة عنها (إن شرط استحقاق الشرط الجزائي هو وجود ضرر متحقق أصاب الدائن؛ ذلك لأن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقّاً على ما هو المخالف لأحكام المادة (٢٢٥) مدني سوري، وكان وجود الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ولذلك يُفترض وقوع الضرر ولا يُكلَّف الدائن بإثباته، وعلى المدين إذا ادعى عدم لحوق ضرر بالدائن أن يثبت ذلك بحيث ينتقل عبء إثبات ذلك من الدائن إليه خلافاً للقواعد العامة).

وهذا ما استقر عليه موقف القضاء المصري أيضاً، حيث تقول محكمة النقض المصرية (إن مقتضى تقدير التعويض الاتفاقي في العقد أن إخلال الطاعنة (الطرف المدين) بالتزامها يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين، فلا تُكلَّف المطعون عليها وهي (الطرف الدائن) إثباته، ويتعين على الطاعنة (الطرف المدين) إذا ادَّعت أن المطعون عليها لم يلحقها أي ضرر أو أن التقدير مبالغ فيه أن تُثبت ادّعاءها إعمالاً لأحكام الشرط الجزائي).

إذن فالاتفاق على الشرط الجزائي لا يستبعد شرط الضرر، إلا أنه ينقل عبء إثبات ذلك من عاتق الدائن إلى عاتق المدين خلافاً للقواعد العامة، وهذه هي الفائدة التي يجنيها الدائن من تضمين العقد شرطاً جزائياً[1].

- **ثانياً**: تخريج الضابط الثاني في الفقه الإسلامي:

ورد تعريف الضرر في الفقه الإسلامي بأنه: (ما قصد الإنسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره)[2].

ومما ورد في تعريفه عند الفقهاء المعاصرين أنه: (كل أذى يصيب الإنسان فيسبّب له خسارة مالية في أمواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك)[3].

إذن فمفهوم الضرر واضح من خلال هذين التعريفين بحمله على العموم في كل ما كان فيه أذى للإنسان ولاسيما في جانب الأموال.

ومبدأ إزالة الضرر كما تقدّم هو مبدأ راسخ في الفقه الإسلامي، فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[4]وانبثق عن هذا النص النبوي الموجز الجامع عدد

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٦-٤٧، وسلطة القاضي في تعديل العقد، الخطيب: ص٣٥١ وما بعدها، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٥.

(٢) المنتقى، الباجي: ٦/ ٤٠.

(٣) نظرية الضمان: ص٣٨، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، ٢٠٠٠م.

(٤) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

من القواعد الفقهية التي أكَّدت على هذا المبدأ ونصّت على أحكامه، وفي مقدمتها قاعدة (الضرر يزال) ولقد فُسِّر الضرر لدى شرح القاعدة بألا يضر الرجل أخاه ابتداءً ولا جزاءً، كما انبنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه[1].

وكنتيجة لذلك فإن التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً؛ لأنه السبب في التعويض والمسبّب لا يتقدم سببه وإلا لم يكن سبباً له، ولكن إذا وقع الضرر فعلاً وجب التعويض؛ لأن السبب يفضي إلى مسببه دائماً، وعلى ذلك لو وُجِد التعدي أو الفعل الخطأ ولم يوجد الضرر فلا يجب الضمان.

فالشرط الجزائي بناء على هذا المبدأ لا يُستحَقّ إذا لم يترتب ضرر على عدم تنفيذ المدين للالتزام أو التأخر فيه؛ لأن الخطأ وحده لا يكفي لوجوب الضمان ما لم يترتب عليه ضرر، فالضرر علة ومناط الضمان[2].

وثمة أمثلة استند الفقهاء قديماً وحديثاً في الحكم عليها إلى هذا المبدأ «مبدأ التعويض في حال حصول الضرر وانتفاء التعويض بانتفاء الضرر» وذلك من باب التأكيد على معرفة الفقه الإسلامي بهذا الضابط، **ومن تلك الأمثلة:**

١- جاء في «مجمع الضمانات»: (رجل كسر درهم رجل فوجد داخله فاسداً، أو كسر جوزاً فوجد داخله فاسداً، قالوا: لا يضمن)[3].

٢- وجاء في «القوانين الفقهية» في الباب العاشر «في التعدي» عدد من الأمثلة يتّضح من خلالها ربط الحكم بالضمان فيها بحصول الضرر: (... الثالث -أي من أنواع التعدي في الأموال- الاستهلاك بإتلاف الشيء كقتل الحيوان وتحريق الثوب كله أو تخريقه وقطع الشجر وكسر الفخار وإتلاف الطعام والدنانير والدراهم وشبه ذلك، ويجري مجراه التسبيب في التلف

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٢-٧٣.

(٢) ينظر: نظرية الضمان، الشيخ علي الخفيف: ص٣٨، والشرط الجزائي، أستاذنا الدكتور الحموي، ص٢٦٥.

(٣) مجمع الضمانات، البغدادي: ١/ ٣٤٨.

كمن فتح حانوتاً لرجل فتركه مفتوحاً فسُرق أو فتح قفص طائر فطار أو حلّ دابة فهربت... أو قطع وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق، فمن فعل شيئاً من ذلك فهو ضامن لما استهلكه أو أتلفه أو تسبّب في إتلافه)[1].

٣- وجاء في «نظرية الضمان» لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى: (إذا هلكت العين المستأجرة في يد المستأجر بدون عذر أو بتعد منه أو تقصير وجب عليه ضمانها لوقوع الضرر، فلو تمكن المستأجر من إصلاح التلف حتى عادت كما كانت سقط الضمان لانتقاء الضرر، وكذلك إذا أهمل الأجير حفظ المتاع فيلتزم بضمانه؛ لأن الأجير ملزم بحفظ المأجور وترك الحفظ موجب للضمان)[2].

وبناء على ذلك يرى الباحث صحة هذا الضابط في الفقه الإسلامي تخريجاً على ما تقدّم من أدلة وقواعد وأمثلة عرض لها الفقهاء لتأكيد هذا الضابط، فإن ثبت حصول الضرر بسبب خطأ المدين أي (تعديه) المتمثل بعدم تنفيذ التزامات العقد أو التأخر في تنفيذها، استُحقّ الشرط الجزائي، أما إن أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الشرط الجزائي.

كما يرى الباحث -استناداً إلى طائفة من القواعد العامة في الضرر في الفقه الإسلامي- أن على القاضي التّقيّد ببعض الضوابط الهامة في سلطته أثناء تحديد حالة الضرر الناتجة عن عدم تنفيذ التزامات العقد أو التأخر في تنفيذها، **أبرزها**:

١- لقد حُكم بصحة الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للضرورة المتمثلة بدفع الضرر عن أحد طرفي العقد جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامات العقد أو التأخر في تنفيذها، فيتعيّن على القاضي -بناء على ذلك- النظر في الشرط الجزائي والتّحقق من مدى ملاءمته لحجم الضرر، فلا يسوغ التفاوت الكبير بينهما استناداً للقاعدة الفقهية المعروفة (ما أُبيح للضرورة يُقدَّر بقدرها)[3] فيُعدِّل الشرط الجزائي إن لزم الأمر.

---

(١) القوانين الفقهية، ابن جزي: ص٢١٨.

(٢) نظرية الضمان، أستاذنا الدكتور الزحيلي: ص١٧٧.

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٣.

٢- إن لم يثبت حدوث الضرر في العقد أو أمكن إزالته فلا يُستحق الشرط الجزائي حينئذ، وعلى القاضي في هذه الحالة تعديل العقد بإلغاء الشرط الجزائي منه استناداً إلى القاعدة الفقهية المعروفة (ما جاز لعذر بطل بزواله)[١] فالشرط الجزائي جاز لعذر وهو الضرر، فإن زال العذر أي الضرر بطل الشرط بزواله.

٣- كما أن على القاضي تعديل الشرط الجزائي إن كان فاحشاً نسبة إلى حجم الضرر الحاصل في العقد، لأن فُحشه يُعدّ ضرراً كذلك، وكما هو معروف في قواعد الفقه الإسلامي أن (الضرر لا يُزال بالضرر)[٢] بمعنى أنه لا يسوغ إزالة الضرر عن الطرف المضرور في العقد بشرط جزائي فاحش؛ لأن التقدير الفاحش للشرط الجزائي يُعدّ ضرراً كذلك فلا يستقيم إزالة الضرر بالضرر.

وسيأتي الحديث عن كيفية تعديل الشرط الجزائي استناداً إلى هذه القواعد وغيرها بالتفصيل في المطلب الثالث بإذن الله تعالى.

وخلاصة ما تقدم في هذا الضابط أن المسؤولية في استحقاق الضمان بالشرط الجزائي على المدين لا تكون إلا إذا وقع الضرر ولحِق بالدائن بسبب عدم تنفيذه التزامه أو التأخر في تنفيذه، فإذا لم يقع الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض[٣].

وبذلك تتضح موافقة قواعد الفقه الإسلامي لهذا الضابط الذي نصّ عليه معظم القوانين الوضعية ولاسيما القانونين المصري والسوري، فيتعيّن على القاضي بناء على ذلك مراعاة أحكام هذا الضابط في سلطته إزاء الشرط الجزائي.



(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٤.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي، أستاذنا الحموي: ص٢٦٩.

■ **الفرع الثالث**: ضابط «العلاقة السببية بين الخطأ والضرر» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي

• **أولاً**: بيان الضابط الثالث وشرحه في القانون الوضعي:

إن القاضي لدى بحثه في الشروط اللازمة لتطبيق أحكام الشرط الجزائي المقرّرة قانوناً والتي تتيح له التدخل بتعديل مضمونه أو إنهائه لا يكتفي بثبوت خطأ المدين وأن ثمة ضرراً لحق بالدائن؛ لأن العبرة بارتباط الضرر الذي لحق الدائن بالخطأ الذي اقترفه المدين بحيث يكون الضرر متولّداً عن هذا الخطأ ونتيجة له[1]، ما يعني قيام علاقة السببية بينهما، فإذا انتفت هذه العلاقة بأن كان الخطأ أو الضرر راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فلا مجال للأخذ بالشرط الجزائي.

وتبعاً لنص المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري و(٢١٦) من القانون المدني السوري فإن عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا تترتب عليه مسؤوليته متى اعترض التنفيذ سبب أجنبي، ويقع على عاتق المدين عبء إثبات هذا السبب الأجنبي الذي أدى إلى استحالة التنفيذ أو التأخر فيه، فإذا أثبت المدين ذلك فإن الخطأ ينتفي وتبعاً لذلك فلا مجال لتطبيق الشرط الجزائي.

ومما يُعدّ سبباً أجنبياً يعفي المدين من الشرط الجزائي: فعل الدائن، وفعل الغير، والقوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ، وعلى ذلك نصت المادة (٢١٦) من القانون المدني المصري و(٢١٧) من القانون المدني السوري على أنه (يجوز للقاضي أن يُنقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه) كما نصّت المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري و(١٦٦) من القانون المدني السوري على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك).

(١) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، الخطيب: ص٣٥٤.

واستناداً إلى أحكام القانون يجوز الاتفاق على تحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، ويكون الاتفاق بمنزلة اتفاق على تشديد المسؤولية، وعلى ذلك نصّت الفقرة الأولى من المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري ومثلها من المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري على أنه (يجوز الاتفاق على أن يتحمّل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة) وينبني على ذلك أن الاتفاق على تحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة جائز وصحيح وملزم للمدين ولا مخالفة فيه للنظام العام؛ لأن هذا الشرط من قبيل التأمين لمصلحة الدائن ويتحمّله المدين[1].

• **ثانياً**: تخريج الضابط الثالث في الفقه الإسلامي:

سبق التأكيد مراراً في هذا الفصل من الرسالة على أن الشرط الجزائي شرط محدث أفرزته العلاقات التعاقدية مؤخراً، وصيغت له نظرية متكاملة في القانون الوضعي، وقد وصل الباحث في تكييفه الفقهي إلى نتيجة مفادها عدم وجود نظير مطابق لهذا الشرط في مصادر المذاهب الفقهية المعتبرة، لذا تمّ تخريجه في الفقه الإسلامي على أنه أحد الشروط الجعلية التقييدية المقترنة بالعقد، وإخضاعه بناء على ذلك لأحكام وضوابط الشروط المقترنة بالعقد والمعروفة في المذاهب الفقهية كنظرية متكاملة تتسع لكل ما قد يستجد من شروط عبر الزمان، وقد تقدّم بيان كل ذلك بالتفصيل.

وما يُرام من هذه المقدمة بيان السبب الذي أدّى بالباحث إلى النظر في عموم المعاملات والتصرفات في الفقه الإسلامي للوقوف على مدى وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فيها، ومن ثَمّ تخريج هذا الضابط على النظائر المعروفة في الفقه الإسلامي.

فمن يكلّف نفسه بالنظر في ثنايا المصادر الفقهية المعروفة يجد أن الفقه الإسلامي قد سبق القوانين الوضعية بقرون عدة إلى اشتراط قيام العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، أي بين الفعل الضار والضرر في عدد من المسائل، كمسألة الضمان بشكل عام والتي يشبه التعويضُ

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا، ص٤٧-٤٨، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٥، وموجز أحكام الالتزام، مصطفى أبو عمرو: ص٥١.

فيها التعويضَ المقرّر في الشرط الجزائي، فقد جاء في «بدائع الصنائع»: (إن الإتلاف الموجب للضمان يجب أن يقع اعتداءً وإضراراً وسواء كان الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف، أو تسبّباً بالفعل في محل يُفضي إلى تلف غيره عادة؛ لأن كل واحد منهما يقع اعتداءً وإضراراً فيوجب الضمان)[1].

وبناء على ذلك يرى الباحث إمكانية تخريج العلاقة السببية بين الفعل الخطأ والضرر في الشرط الجزائي على ما تقدّم في مسألة الضمان في الفقه الإسلامي؛ لكون الشرط الجزائي تعويضاً مالياً يشبه الضمان، فيجب لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون الضرر الواقع على الدائن نتيجة لفعل الخطأ (التعدي) من المدين، فمجرد وقوع الفعل الخطأ ووقوع الضرر لا يكفي لتقرير المسؤولية على المدين؛ لأن هذا الضرر قد يقع على الدائن لأسباب أخرى غير الخطأ الواقع من المدين، وقد أشار القرآن الكريم إلى مبدأ المؤاخذة والمسؤولية في قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [سورة الأنعام: ١٦٤][2].

هذا ما يتعلق بالشق الأول من تخريج هذا الضابط في الفقه الإسلامي وهو تخريج أساس أو أصل العلاقة السببية بين الفعل والضرر.

وأما الشق الآخر: وهو تخريج الحالات التي نص القانون على انتفاء علاقة السببية في الشرط الجزائي فيها بسبب عدم ارتباط الضرر بالفعل الضار، وهي كما تقدّم: وقوع الضرر بفعل الدائن المضرور نفسه، أو بفعل الغير، أو بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وبالتالي انتفاء المسؤولية عن المدين في الشرط الجزائي في هذه الحالات:

يرى الباحث أن الفقه الإسلامي يزخر في فروعه بالأمثلة والنظائر للحالات السابقة تصلح كتخريج ملائم لها، وهي تُسجّل -في الوقت نفسه- أسبقية الفقه الإسلامي إلى معرفة هذا الضابط، **ومنها:**

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/ ١٦٥.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي، أستاذنا الحموي: ص٢٧٦.

١- حدوث الضرر بسبب قوة قاهرة كما عبّر عنها أهل القانون أو بآفة سماوية كما عبّر عنها الفقهاء في الفقه الإسلامي حيث يتطابق التعبيران إلى حد كبير:

والنتيجة في ذلك أن لا ضمان ولا مسؤولية في هذه الحالة إن ثبت أن الضرر حصل بسبب آفة سماوية، وعلى هذه النتيجة استقر الحكم عند الفقهاء في بعض مسائل الضمان، **ومن ذلك:**

أ) الحالات التي تكون يد المدين فيها يد أمانة، جاء في «مجمع الضمانات»: (... فالأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ فله أن يعمل للعامة ومن هذا يسمى مشتركاً، والمتاع أمانة في يده إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة يضمن، وإن لم يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن)[1]. فالعدو المكابر والحريق الغالب في هذا النص يُعدَّان من القوة القاهرة حسب اصطلاح القانونيين.

ب) كذلك ذهب السادة الحنفية إلى أن البيع ينفسخ إذا هلك المبيع قبل القبض بآفة سماوية، جاء في «بدائع الصنائع»: (... فإن هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع؛ لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن)[2].

إلى غير ذلك من الأمثلة التي توضّح قيام علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر لدى الحكم بالتعويض أو الضمان.

فيمكن إذن تخريج انتفاء العلاقة السببية في الشرط الجزائي بين الفعل الضار من قبل المدين والضرر إذا وقع الضرر بسبب قوة قاهرة على الأمثلة السابقة في الفقه الإسلامي، فلا يُستحَقّ الشرط الجزائي على المدين إن أثبت أن الضرر قد حصل بسبب آفة سماوية أو قوة قاهرة.

٢- حدوث الضرر بفعل الدائن المضرور نفسه:

وكذلك الأمر بالنسبة إلى خطأ الدائن المضرور في نطاق العقود، فإذا كانت يد المدين يد أمانة وهلك الشيء في يده بسبب خطأ الدائن أو تعديه، لم يضمن المدين إذا لم ينفِّذ التزامه الذي

(١) مجمع الضمانات، البغدادي: ١/ ١٠٠.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢٣٨.

يترتب على عدم تنفيذه الشرط الجزائي؛ لأن الهلاك قد حدث بسبب خطأ الدائن المضرور وهو سبب أجنبي ينفي شرط السببية للضمان والتعويض[1].

* ولهذا الضابط نظائر في بعض فروع الفقه الإسلامي منها على سبيل المثال:

أ) جاء في «المبسوط»: (وإذا وقع فيها -أي في بئر- إنسان متعمِّد للسقوط فيها فلا ضمان على الحافر؛ لأنه أوقع نفسه فيها، ولو أوقعه غيره لم يكن على الحافر شيء، وهذا لأن وضعه القدم على ذلك الموضع مع علمه تعدّ منه ومباشرةُ فعلِ إلقاء النفس في المهلكة، وإنما يُضاف الحكم إلى الشرط إذا تعذر السبب)[2].

ففي هذا النص لم تثبت قيام علاقة السببية بين فعل الحافر والضرر؛ لأن من ألقى نفسه في البئر هو من باشر الضرر والمباشرة أقوى من التسبب.

ب) جاء في «القوانين الفقهية» في مسألة الجوائح: (إذا بيع زرع بعد أن يبس واشتد، أو ثمر بعد تمام صلاح جميعه واستحقاقه للقطع، ولم يكن في تبقيته فائدة، ثم أصابته جائحة، لم يوضع منها)[3].

وهذا عند السادة المالكية، فكان الضمان على المشتري لا البائع؛ لتفريطه في ترك القطع حتى أُصيب الثمر بالجائحة.

إلى غير ذلك من الأمثلة في الفقه الإسلامي والتي تصلح لأن يُخرَّج عليها انتفاء العلاقة السببية في الشرط الجزائي بين الفعل الضار من قبل المدين والضرر إذا كان الضرر بسبب الدائن المضرور نفسه.

٣- حدوث الضرر بفعل الغير(أي بفعل شخص ثالث غير طرفي العقد):

تقدّم في القانون الوضعي أن الضرر إذا وقع ولحق بالدائن بسبب فعل شخص ثالث أجنبي، انتفت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وبالتالي يغدو الشرط الجزائي غير مستحقّاً

(١) ينظر: الشرط الجزائي، أستاذنا الحموي ص٢٨٣.

(٢) المبسوط، السرخسي: ٢٧/ ١٦.

(٣) القوانين الفقهية، ابن جزي: ص١٧٣.

على المدين إذا لم ينفذ الالتزام أو تأخر في تنفيذه؛ لأنه لا يد له في الإخلال بالتزامات العقد في هذه الحالة، وإنما السبب في ذلك يعود إلى شخص أجنبي عن العقد.

* ولهذه الحالة نظائر عديدة في فروع الفقه الإسلامي منها:

أ) جاء في «مجمع الضمانات»: (ولو باع شاة ثم أمر البائع رجلاً فذبحها، فإن كان الذابح يعلم، فللمشتري أن يُضمن الذابح، ولا يرجع الذابح على الآمر)[1].

ففي هذا النص وقع الضرر بسبب لا يد فيه للمشتري فلا يضمن، وإنما الضمان على الشخص المباشر للضرر وهو الشخص الثالث غير طرفي العقد.

ب) وجاء في «نهاية المحتاج»: (والأظهر أن إتلاف الأجنبي الملتزم للأحكام للمبيع في غير عقد الربا وإن كان بإذن المشتري فيه لانتفاء استقرار ملكه، لا يفسخ البيع لقيام بدل المبيع مقامه، بل يتخير المشتري فوراً على أوجه الوجهين... بين أن يجيز ويغرم الأجنبي البدل، أو يفسخ فيغرم البائع الأجنبي البدل)[2].

إلى غير ذلك من الأمثلة التي تؤكد على أن وجوب الضمان أو التعويض عن الأضرار في العقد يتعلق بفعل المدين، فإذا حصل الضرر بفعل شخص ثالث (أجنبي) غير الدائن والمدين فإن الضمان يكون عليه وتتم ملاحقته ولو عن طريق القضاء.

فيمكن استناداً إلى هذه الأمثلة في الفقه الإسلامي تخريج انتفاء العلاقة السببية في الشرط الجزائي بين الفعل الضار من قبل المدين والضرر إذا وقع الضرر بسبب شخص آخر غير الدائن والمدين.

فخلاصة ما تقدّم في هذا الضابط اتفاق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي من حيث الجملة في الأحوال التي تنعدم معها العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر، ومن ثمّ انتفاء مسؤولية المدين عن الشرط الجزائي، وهي الآفة السماوية، وخطأ الدائن المضرور نفسه، وخطأ

(١) مجمع الضمانات، البغدادي: ١/ ٥١٦.

(٢) نهاية المحتاج، الرملي: ٤/ ٨٣.

الغير أي الشخص الأجنبي غير طرفي العقد، فعلى القاضي بناء على ذلك مراعاة هذا الضابط وتفصيلاته لدى نظره في مدى استحقاق الشرط الجزائي ومدى حاجته إلى التعديل من عدمه استناداً إلى ما وُضع له من ضوابط.



- **الفرع الرابع**: ضابط «إعذار المدين» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي

• **أولاً**: بيان الضابط الرابع وشرحه في القانون الوضعي:

فضلاً عن الضوابط الثلاثة السابقة والتي يتعيّن على القاضي التحقق منها والالتزام بها في سلطته إزاء الشرط الجزائي إقراراً أو تعديلاً أو إلغاءً وهي الخطأ وحصول الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ وحصول الضرر، يُشترط لاستحقاق الشرط الجزائي إعذار المدين في جميع الأحوال التي يكون فيها الإعذار واجباً، **والإعذار**: هو تنبيه المدين إلى وجوب أداء ما عليه من الالتزام قبل الحكم عليه بالجزاء.

ولقد نصّت المادة (٢٢٣) من القانون المدني المصري و(٢٢٤) من القانون المدني السوري على ضرورة الإعذار وذلك من خلال الإحالة على المواد (٢١٨-٢٢٠) من القانون المدني المصري والمواد (٢١٩-٢٢١) من القانون المدني السوري والتي تنص على أحكام الإعذار، **وذلك على النحو الآتي**:

- نصت المادة (٢١٨) مدني مصري و(٢١٩) مدني سوري على أنه (لا يُستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على خلاف ذلك).

- كما نصت المادة (٢١٩) مدني مصري و(٢٢٠) مدني سوري على أنه (يكون إعذار المدين بإنذاره بواسطة الكاتب بالعدل أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القوانين الخاصة، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر).

- وأخيراً نصت المادة (٢٢٠) مدني مصري و(٢٢١) مدني سوري على أنه (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

أ- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مُجدٍ بفعل المدين.

ب- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتّب على عمل غير مشروع.

ج- إذا كان محل الالتزام ردّ شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلّمه دون حق وهو عالم بذلك.

د- إذا صرّح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه).

وينبني على المواد السابقة أن الشرط الجزائي لا يُستحقّ إلا بعد إعذار المدين، فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين بضرورة تنفيذ التزامه عيناً فإنه يُفترض في هذه الحالة أن الدائن قد قبل ضمناً بإعطاء المدين أجلاً جديداً لتنفيذ التزامه، ولا ينفي عنه هذه القرينة إلا إقدامه على إعذار المدين، فإذا أعذر المدين ولم يقم هذا الأخير بتنفيذ التزامه أو إذا تأخر فيه، فإن حصول الضرر يغدو مفتَرَضاً فيستحق الدائن الشرط الجزائي.

إلا أن شرط إعذار المدين يمكن استبعاده واعتبار المدين معذراً بمجرد حلول الالتزام دون انتظار إجراء آخر إذا تم الاتفاق على ذلك مسبقاً في العقد على ما نصت عليه المادة (٢١٩) مدني مصري و(٢٢٠) مدني سوري، وكذلك يمكن استبعاد شرط إعذار المدين في الحالات التي أعفى القانون فيها الدائن من إعذار المدين، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة (٢٢٠) مدني مصري و(٢٢١) مدني سوري كما تقدّم.

* وعلى ذلك استقرّ اجتهاد محكمة النقض السورية فقد جاء في أحد قراراتها:

(إن التعويض لا يُستحق إلا بعد إعذار المدين بمقتضى المادة (٢١٩)، وإن سكوت الدائن عن إعذار المدين يُسقط حقه في المطالبة بالتعويض على اعتبار أن هذا السكوت قرينة ضمنية على عدم لحوق الضرر، فضلاً عن أن الإنذار وسيلة إثبات بيد الدائن يُقيم بها الدليل على تقصير المدين، فإذا لم يقم بالإنذار لم يثبت التقصير؛ لاحتمال قيام المدين بالوفاء في الوقت المناسب فيما لو تمّ الإعذار، وإن تحديد مهلة معينة للإيفاء لا يجعل المدين معذراً بمجرد حلول الأجل ما لم يتضمن العقد نصاً صريحاً يعفي الدائن من الإعذار، أو تتوفر إحدى حالات الإعفاء المنصوص عليها في المادة (٢٢١) من القانون المدني).

فيُستنتج مما سبق أن الشرط الجزائي لا يُستحق إلا من وقت الإعذار ما لم يتم الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك[1].

• **ثانياً**: تخريج الضابط الرابع في الفقه الإسلامي:

لدى استقراء أحكام الفقه الإسلامي يتّضح أن مبدأ الإعذار معروف في الفقه الإسلامي من حيث الجملة، ويتجلى ذلك في عدد من المسائل التي ورد النص فيها على ضرورة الإعذار قبل اتّخاذ الحكم، ويمكن أن تُتّخذ هذه المسائل أصلاً تُخرَّج عليه المسائل المستجدة المشابهة كالإعذار في الشرط الجزائي ونحوه.

*** ومن أبرز المسائل التي ورد فيها النص على الإعذار في الفقه الإسلامي:**

١- مسألة «إعذار المرتد»: حيث اتفق الفقهاء من حيث الجملة على ضرورة إعذار المرتد أي استتابته قبل تنفيذ حكم الردة عليه، وفي التفاصيل ذهب السادة الحنفية إلى استحباب ذلك، بينما رأى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وجوبه[2].

٢- مسألة «إعذار البغاة»: حيث اتفق الفقهاء على وجوب إعذار البغاة من قِبل الإمام قبل التصدي لقتالهم، وذلك بدعوتهم إلى الرجوع إلى الحق وترك البغي وإلا قاتلهم[3].

ومن نصوص الفقهاء في ذلك ما جاء في «نهاية المحتاج» وأصلها: (... ولكن لا يُقاتل البغاة أي لا يجوز له ذلك حتى يبعث إليهم أميناً أي عدلاً عارفاً بالعلوم أي وبالحروب كما لا يخفى فطناً فيها ناصحاً لأهل العدل يسألهم ما ينقمون على الإمام)[4].

فهذان المثالان وإن وردا في نطاق العقوبات، إلا أنه يمكن الاستناد إليهما كأصل تثبت من خلاله معرفة الفقه الإسلامي بضابط «الإعذار» ناهيك عن نقطة التشابه بينهما وبين الشرط

---

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٨-٤٩، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٥، والتعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، حسني جاد الرب: ص١٨٠ وما بعدها.

(٢) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٥/ ١٣٥، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٠٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤/ ١٣٩، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/ ١٧٤.

(٣) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٥/ ١٥١، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٢٩٩، ونهاية المحتاج، الرملي: ٧/ ٤٠٥-٤٠٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/ ١٦٢.

(٤) نهاية المحتاج، الرملي: ٧/ ٤٠٥-٤٠٦.

الجزائي، إذ إن الشرط الجزائي له شَبَه بالعقوبة كمؤيد لتنفيذ الالتزامات؛ كونه يُشكّل تهديداً للمدين، وعلى كل حال فهو إجراء تنظيمي يُقرّه الفقه الإسلامي من باب السياسة الشرعية[1].

قال أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى: (وأما إعذار المدين فهو إجراء إداري تنظيمي أو شكلي لا يمانع منه الفقه الإسلامي بمقتضى مبدأ السياسة الشرعية الذي يخوّل الحاكم اتخاذ الإجراءات الإصلاحية الملائمة لإحقاق الحق وتحقيق مصلحة القوانين ومراعاة تطور الحياة الحاضرة)[2].

إذن فالفقه الإسلامي لا يُمانع من هذا الضابط من حيث الجملة، بيد أنه يختلف عن القانون الوضعي في هذا الضابط من حيث عدم إيجابه، فالفقه الإسلامي لا يمانع من هذا الشرط وفي الوقت نفسه لا يوجبه على الدائن، بخلاف القانون الوضعي الذي يوجب على الدائن القيام بإعذار المدين تطبيقاً للقواعد العامة في التعويض الذي لا يُستَحقّ إلا بعد إعذار المدين.

وبناء على ذلك فإن القاضي في ظل أحكام الفقه الإسلامي لا يجب عليه الالتزام بهذا الضابط في سلطته إزاء الشرط الجزائي، فلا يُلزم بإجراء أي تعديل على الشرط أو العقد في حال عدم اشتماله على هذا الضابط، وأما القاضي في ظل القوانين الوضعية فيجب عليه مراعاة هذا الضابط والتّحقق من وجوده لدى نظره في مدى صحة الشرط الجزائي.

ويتوصل بهذا الكلام إلى ختام الحديث في الضوابط التي يتعيّن على القاضي مراعاتها والالتزام بها في سلطته في تعديل الشرط الجزائي كما بيّنها أهل القانون، ومن ثَمّ تخريجها على ما ورد في الفقه الإسلامي من آراء معتبرة ومبادئ ثابتة وقواعد عامة شاملة لكل ما قد يستجد عبر الزمان، ليتم الانتقال بعد ذلك إلى الكشف عن مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، أي كيفية تعديل الشرط الجزائي بما يُحقّق التوازن بين مصلحة طرفي العقد وذلك في المطلب الآتي.



(١) ينظر: الشرط الجزائي، أستاذنا الحموي: ص٢٩٠.

(٢) نظرية الضمان، أستاذنا الزحيلي: ص٨٠.

المطلب الثالث:

مظاهر سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء والتعديل

بعد أن اتّضحت صورة الضوابط التي ينبغي على القاضي مراعاتها في الشرط الجزائي والالتزام بها في سلطته إزاءه، يغدو الطريق ممهداً للكشف عن كيفية تدخل القاضي في العقد من خلال الوقوف عند مظاهر سلطته إزاء الشرط الجزائي بالتعديل أو الإلغاء، حتى تكتمل الجوانب المتعلقة بسلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بدءاً من أساسها ومشروعيتها في المطلب الأول، ومروراً ببيان ضوابطها في المطلب الثاني، وختاماً ببيان وسائلها أو مظاهرها في هذا المطلب بإذن الله تعالى.

واستكمالاً للمنهج المتّبع في هذا الفصل من الرسالة سيتم الكشف عن مظاهر هذه السلطة في القانون الوضعي أولاً ممثّلاً بالقانونين المصري والسوري، ثم يتمّ عرض تلك المظاهر على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده للتّحقق من مدى الانسجام فيما بينها، ومن ثَمّ الحكم بصحة التخريج من عدمه، لأن الشرط الجزائي -كما تقدّم مراراً- أفرزته طرق التعاقد في العصر الحديث، وصيغت له نظرية متكاملة في القانون الوضعي، وقواعد المنهج السليم في البحث العلمي تستدعي عرض المسائل المستجدة كما يراها واضعوها أولاً، ثم تخريج أحكامها على مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، حتى يتسنى الحكم إما بمشروعيتها أو حظرها.

وقبل الخوض في تفصيلات مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي يجدر التنبيه إلى أنه قد اتّضح مما سبق أن الأصل إذا تحققت ضوابط الشرط الجزائي السالفة الذكر وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع فعلاً، تعيّن على القاضي الحكم باستحقاق الشرط الجزائي دون إجراء أي تعديل أو نقض فيه، إلا أن القانون أجاز للقاضي التدخل في العقد استثناءً بإلغاء الشرط الجزائي أو تعديله في حالات معينة، وفيما يلي سيتم توضيح هذه الحالات من خلال الكشف عن مظاهر سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي إما بإلغائه أو تعديله، والتحقق من مدى ملاءمتها لمبادئ الفقه الإسلامي وقواعده، وذلك في ثلاثة فروع كالآتي:

- **الفرع الأول**: مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي وتخريجها في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وتخريجها في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثالث**: مظاهر سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء والتعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



- **الفرع الأول**: مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي وتخريجها في الفقه الإسلامي

○ **يشمل هذا الفرع مسألتين على النحو الآتي:**

۞ **المسألة الأولى**: مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي في القانون الوضعي.

۞ **المسألة الثانية**: تخريج مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

*** وفيما يلي تفصيل الكلام في المسألتين.**

۞ **المسألة الأولى**: مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي في القانون الوضعي

لقد نصّ القانونان المصري والسوري على أن للقاضي سلطة تعديل العقد المشتمل على شرط جزائي، وذلك بإلغاء الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد عند عدم توافر الشروط أو الضوابط المنصوص عليها لاستحقاق الشرط الجزائي، أو عدم توافر بعضها، والتي سبق بيانها في المطلب الثاني، حيث نص القانونان على حالتين لتعديل العقد بإلغاء الشرط الجزائي الوارد فيه وهما:

➢ **الحالة الأولى**: إذا لم يصب الدائن ضرر جراء عدم تنفيذ التزامات العقد أو التأخر فيها:

حيث استقر الأمر في الفقه والقضاء قانوناً في مصر وسوريا على أن الشرط الجزائي عبارة عن تقدير جزافي مسبق للتعويض عن ضرر مفترض ينجم عن التأخير في التنفيذ أو عدمه،

وأنه يخضع بحكم القانون للقواعد العامة للتعويض، بحيث يلزم للحكم به توافر عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فالضرر هو (مناط التعويض الاتفاقي) كما تقول محكمة استئناف القاهرة، وهو ما صرّحت به المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري و(٢٢٥) من القانون المدني السوري بما نصّه (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر).

فإذا ثبت لدى القاضي أن الدائن لم يلحقه أي ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره فيه، وجب عليه الحكم بعدم استحقاق الدائن للشرط الجزائي وبالتالي تعديل بنود العقد بإلغاء البند المشتمل على الشرط الجزائي، ويقع على عاتق المدين في هذه الحالة إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر حتى يقوم القاضي بإلغاء الشرط.

➢ **الحالة الثانية**: إذا كان صاحب الحق (الدائن) قد اشترك بخطئه في وقوع الضرر أو زاد فيه:

حيث نصّت المادة (٢١٦) من القانون المدني المصري و(٢١٧) من القانون المدني السوري على أنه (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه).

وبناء على ذلك فإن للقاضي سلطة إلغاء الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الخطأ الوارد في العقد والذي نتج عنه الضرر قد حدث بسبب الدائن، وبذلك ينعدم شرط السببية بين الخطأ والضرر -والذي تقدّم بيانه بالتفصيل- فيُلغى الشرط الجزائي[1].

۞ **المسألة الثانية**: تخريج مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

يرى الباحث أنه إذا ثبت لدى القاضي بالبينة أن الدائن لم يلحقه أي ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، فإن قواعد الفقه الإسلامي تأبى مثل هذا الشرط؛ لأن إقرار

(١) التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٧، وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، الخطيب: ص٣٥٦ وما بعدها، وينظر: الشرط الجزائي، أستاذنا الحموي: ص٣٨٢ وما بعدها.

الشرط الجزائي على المدين مع انتفاء الضرر عن الدائن ينقل الضرر إلى المدين، فلا يخفى ما في ذلك من إلزام المدين بتحمُّل بند في العقد لم يثبت استحقاقه عليه، حيث إن استحقاق الشرط الجزائي يثبت بوقوع الضرر على الدائن ولا ضرر هنا، وبناء على ذلك فإن هذا الضرر المنتقل إلى المدين يجب إزالته من خلال إجراء تعديل على بنود العقد من قبل القاضي يشمل إلغاء البند المشتمل على الشرط الجزائي، **وذلك تخريجاً على ما يلي:**

١- الدلالة الواضحة على إزالة الضرر بكافة أشكاله في حديث سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[(١)].

٢- القاعدة الفقهية المعروفة (الضرر يُزال)[(٢)]: فمادام الشرط الجزائي لم يثبت موجبه وهو وقوع الضرر بالدائن فذلك يعني انتقال الضرر إلى المدين، فيتعيّن إزالة الضرر من خلال إلغاء الشرط الجزائي تحقيقاً للحكم المنبثق عن هذه القاعدة.

٣- القاعدة الفقهية المعروفة (ما جاز لعذر بطل بزواله)[(٣)]: فالشرط الجزائي حُكم بجوازه في الفقه الإسلامي لعذر، وهو ضرورة توثيق العقد لضمان الوفاء بالتزاماته وعدم التأخر في تنفيذها لدفع الضرر عن الدائن، فإذا لم يثبت وقوع الضرر على الدائن فذلك يعني زوال العذر الذي من أجله أُبيح الشرط الجزائي، فيبطل الشرط الجزائي إذن تحقيقاً للحكم المنبثق عن هذه القاعدة.

وبناء على هذه الأدلة فإن للقاضي في ظل أحكام الفقه الإسلامي سلطة تعديل العقد المشتمل على الشرط الجزائي بإلغاء البند المشتمل على هذا الشرط؛ لعدم ثبوت موجبه وهو وقوع الضرر بالدائن، مما يتسبّب في إلحاق الضرر بالمدين في هذه الحالة إذا لم يتم إلغاؤه،

---

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٢، والأشباه والنظائر: ص٨٣، عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٤، والأشباه والنظائر، السيوطي: ص٨٥.

ويُتوصّل بذلك إلى صحة هذا الإجراء من قبل القاضي في ظل القوانين الوضعية تخريجاً على ما تقدّم من أدلة وقواعد في الفقه الإسلامي.

وقد نصّ على ذلك مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض عام ١٤٢١هـ، حيث جاء في الفقرة السادسة من القرار المتعلق بالشرط الجزائي: (لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته أو أثبت أن من شُرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالتنفيذ)[1].



- **الفرع الثاني**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وتخريجها في الفقه الإسلامي
  - **يشمل هذا الفرع مسألتين على النحو الآتي:**

۞ **المسألة الأولى**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون الوضعي.

۞ **المسألة الثانية**: تخريج مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

*** وفيما يلي تفصيل الكلام في المسألتين:**

۞ **المسألة الأولى**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون الوضعي

الأصل في الشرط الجزائي أنه إذا تحقّقت شروط استحقاقه توجّب على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه كتعويض دون زيادة أو نقصان، بيد أنه استثناءً من هذا الأصل منح المشرّعان المصري والسوري وغيرهما القاضي في حالات معينة سلطة تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة، وتُعدّ هذه السلطة التقديرية للقاضي من النظام العام فلا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص، **وقد ورد النص على مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في المواد الآتية:**

(١) من نص قرار المجمع على شبكة الإنترنت.

١- نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري ومثلها من المادة (٢٢٥) من القانون المدني السوري على أنه (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نُفذ في جزء منه).

٢- كما نصت المادة (٢٢٥) من القانون المدني المصري و(٢٢٦) من القانون المدني السوري على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يُطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً)[1].

*** وتطبيقاً لهاتين المادتين فإن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تتجلى في مظهرين:**

❁ **المظهر الأول**: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه.

❁ **المظهر الثاني**: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه.

*** وفيما يلي أتناول هذين المظهرين بناء على ما ورد في القانون بشيء من التفصيل:**

❁ **المظهر الأول**: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه:

يظهر من خلال الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) مدني مصري و(٢٢٥) مدني سوري والتي تقدّمت قبل قليل أنه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين:

❧ **الحالة الأولى**: إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نُفذ في جزء منه:

والحكمة من هذا الاستثناء واضحة لأنه إذا كان الشرط الجزائي قد اشتُرط لحالة عدم تنفيذ المدين لكامل التزامه، فالعدالة تقضي بأن لا يُلزم بجملة المبلغ المتفق عليه إذا كان قد نفّذ التزامه تنفيذاً جزئياً، بل إن في تخفيض الشرط الجزائي في هذه الحالة احتراماً لإرادة المتعاقدين، ويكون التخفيف بنسبة ما نُفذ من الالتزام الأصلي، بمعنى أن للقاضي أن يُنقص المبلغ المتفق عليه كشرط جزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الجزء الباقي بدون تنفيذ، على أن عبء إثبات التنفيذ الجزئي يقع على عاتق المدين طبقاً لنص المادة (٢٢٤) مدني مصري و(٢٢٥) مدني سوري كما تقدّم.

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٩، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٧.

الحالة الثانية: إذا كان تقدير التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة:

وعبء إثبات ذلك يقع على عاتق المدين أيضاً كما في الحالة السابقة، وعلة هذا الاستثناء أنه إذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغاً من النقود فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتعيّن تخفيضها إلى الحد القانوني، أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود فقد يكون المقصود من المبالغة في الشرط الجزائي اتخاذه كشرط تهديدي أي غرامة تهديدية الهدف منها حمل المدين على الوفاء، ومثال ذلك: أن يوضع في العقد شرط جزائي تفوق قيمته أضعاف قيمة الالتزام الأصلي، فإذا كانت قيمة الالتزام الأصلي -على سبيل المثال- لا تتجاوز الألف ليرة ووُضع لضمان تنفيذه شرط جزائي يصل تقديره إلى عشرة آلاف ليرة، فكيف يجوز للقاضي أن يحكم على المدين بمثل هذا المبلغ عند عدم تنفيذه لالتزامه؟! لا ريب أن قواعد العدالة والإنصاف لا تُجيز مثل هذا التقدير الجائر للشرط الجزائي، وللقاضي في هذه الحالة إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد العامة.

أما إذا لم يكن الغرض من الشرط الجزائي اتخاذه كشرط تهديدي، فلا يمكن تفسير المبالغة فيه إلا على أساس غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان، أو على أساس ضغطٍ من الدائن حمل المدين على قبول مثل هذا الشرط الجائر، وفي أيٍّ من الفرضين يتعيّن إنقاص التعويض إلى الحد الذي يتناسب والضرر الواقع.

ومما يجدر التنبيه إليه أن الاستثناء السابق لا ينصرف إلا إلى حالة المبالغة في التقدير على درجة كبيرة، وعلى ذلك إذا كان في التقدير زيادة دون مبالغة فلا يجوز تخفيضه؛ لأن الأصل أن يحكم القاضي بما اتفق عليه الطرفان، ومادام قد تخلّف شرط من شروط الاستثناء وجب الرجوع إلى الأصل.

وسلطة القاضي من خلال هذا المظهر سلطة تقديرية لا تخضع لرقابة محكمة النقض، وعلى ذلك استقر اجتهاد محكمة النقض المصرية وكذلك السورية، حيث جاء في أحد قراراتها (إن التعويض الاتفاقي لا يكون مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو

أن الالتزام الأصلي قد نُفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين)[1].

❁ **المظهر الثاني**: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه:

* لقد أجاز المشرّعان المصري والسوري للقاضي زيادة الشرط الجزائي بناء على طلب الدائن، **وذلك في حالتين:**

❁ **الحالة الأولى**: إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً:

فإذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن مقدار الضرر الواقع فعلاً بالدائن جراء إخلال المدين بالتزامه، فليس للقاضي أن يزيد في مقدار التعويض بما يوازي مقدار الضرر الواقع على الدائن؛ لأن الشرط الجزائي في هذه الحالة يُعدّ من قبيل الشرط المخفف لمسؤولية المدين، فيتوجب على القاضي أن يحكم في هذه الحالة بالشرط الجزائي كما هو محدّد بالعقد، لأن في ذلك نزولاً عند إرادة المتعاقدين التي اجتمعت لها وقت الاتفاق عناصر تقدير الضرر المتوقع حصوله إذا أخل المدين بالتزامه.

إلا أن هذا الحكم لا يُطبّق إلا في حالة الخطأ العادي البسيط، وهو الخطأ المتصور وقوعه من قبل المدين، أما إذا تجاوز هذا الخطأ هذه الدرجة بأن لجأ المدين إلى الغش أو ارتكب خطأ جسيماً -وعلى الدائن إثبات ذلك- كان الاتفاق باطلاً، وللقاضي في هذه الحالة أن يزيد التعويض بما يتعادل مع الضرر اللاحق بالدائن وفقاً للقواعد العامة في التعويض، ويُعدّ اتفاق الدائن والمدين على إعفاء الأخير من مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم باطلاً؛ لأن مثل هذا الاتفاق مخالف للنظام العام، وعليه نصّت الفقرة الثانية من المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري و(٢١٨) من القانون المدني السوري (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٤٩-٥٠، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٧-١٧٨.

مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشا عن غشّه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه) على أن اشتراط المدين عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه يُعدّ اتفاقاً على تخفيف مسؤوليته، وهذا جائز بمقتضى القانون وبالتالي لا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يزيد في مقدار التعويض حتى ولو جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه.

الحالة الثانية: إذا كان مبلغ التعويض المتفق عليه تافهاً جداً:

بحيث يكون المقصود منه التحايل على أحكام القانون لإعفاء المدين من مسؤوليته الناتجة عن العمل غير المشروع، وعلى ذلك نصّت الفقرة الثالثة من المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري و(٢١٨) من القانون المدني السوري (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع) وينبني على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية، كما في حالة الاتفاق المسبق على شرط جزائي تافه جداً تكون الغاية منه أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسؤوليته عن العمل غير المشروع، ويكون مثل هذا الاتفاق باطلاً قانوناً لمخالفته للنظام العام، وللقاضي في مثل هذه الحالة أن يزيد التعويض المتفق عليه حتى يتناسب مع مقدار الضرر الواقع فعلاً بالدائن وفقاً للقواعد العامة في التعويض[1].

المسألة الثانية: تخريج مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

إن من يمعن النظر في مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده العامة الشاملة للتطبيق في كل زمان ومكان وما تشتمل عليه من إقامة العدل ورفع الظلم والحرص على إقامة التوازن بين مصلحة طرفي العقد، يصل إلى حقيقة إقرار الفقه الإسلامي بسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي **بمظهرَيها السابقين وهما:**

(١) ينظر: التعويض الاتفاقي، عبدالقادر البابا: ص٥١-٥٣، والنظرية العامة للالتزام، أنور سلطان: ص١٧٩، وموجز أحكام الالتزام، مصطفى أبو عمرو: ص٥٥-٥٦.

❁ **المظهر الأول**: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه.

❁ **المظهر الثاني**: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه.

وفيما يلي أتناول بشيء من التفصيل تخريج المظهرين السابقين على ما ورد في الفقه الإسلامي من نصوص وقواعد ومبادئ صالحة بدقتها وعمومها للتطبيق في أية قضية أو مسألة قد تستجد عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة:

❁ **المظهر الأول**: تخريج سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه في الفقه الإسلامي:

* تقدم قبل قليل لدى عرض المسألة في القانون الوضعي أن هذا المظهر يتجلّى في حالتين على النحو الآتي:

❖ **الحالة الأولى**: حالة التنفيذ الجزئي للالتزام من قبل المدين:

تُقرّ قواعد الفقه الإسلامي بتخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب بين ما تمّ تنفيذه من الالتزام وما وقع من ضرر حقيقي بالدائن، وعلى المدعي إثبات التنفيذ الجزئي للالتزام وهو هنا المدين، فإذا ثبت بالبينة لدى القاضي التنفيذ الجزئي للالتزام فإن القاضي بحكم سلطته يقوم بتخفيض الشرط الجزائي بنسبة ما نُفّذ من الالتزام[1].

وذلك من مبدأ التماثل والتوازن بين حجم الضرر وقيمة الشرط الذي وُضع في مقابله؛ إذ لا يخفى أن ثمة جانباً في الشرط الجزائي يشبه العقوبة فيتعيّن أن تكون العقوبة ملائمة ومتناسبة مع حجم الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزامات العقد أو التأخر في تنفيذها، فإذا نفذ المدين جزءاً من التزامه فينبغي أن يُقابَل هذا التنفيذ الجزئي بتخفيضٍ موازٍ له في الشرط الجزائي من قبل القاضي؛ إذ إن تنفيذ ذلك الجزء من الالتزام يعني زوال جزء من الضرر عن الدائن، وبطبيعة الحال فإن الحديث هنا ينصب على العقود التي لا يكون محل الالتزام فيها مبلغاً من المال مع كون محل الشرط الجزائي أيضا مبلغاً من المال تفادياً للوقوع في الربا المحظور كما تقدّم.

(١) ينظر: الشرط الجزائي، أستاذنا الحموي: ص٣٨٤.

ولقد نال مبدأ التناسب والتوازن بين حجم الضرر وما وُضع في مقابله من جزاء نصيباً وافراً من بيان الفقهاء في أبواب الضمان والغصب والجنايات وغيرها.

ويرى الباحث أن هذا المبدأ يمكن تخريجه في الفقه الإسلامي على عدد النصوص القطعية والقواعد الكلية والآراء المعتبرة ومن أبرزها:

١- قول الله تعالى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا ﴾ [سورة الشورى: ٤٠].

٢- وقول الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ ﴾ [سورة البقرة: ١٩٤].

٣- وقول الله تعالى: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦ﴾ [سورة النحل: ١٢٦].

ونحو ذلك من الآيات، فهي وإن نزلت بمناسبة العقوبات والقصاص إلا أنها تتسع بعموم مفهومها للاستدلال على مبدأ التناسب والتوازن في كل ما يحمل جانباً من جوانب العقوبة كالشرط الجزائي.

٤- ومما يمكن الاستناد إليه كذلك في مسألة التوازن بين حجم الضرر وقيمة الشرط الجزائي إذا نفذ المدين جزءاً من التزامه، القاعدة الفقهية المعروفة: (ما أُبيح للضرورة يُقدّر بقدرها)[1] وبيان ذلك كالآتي:

لقد أُبيح الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي من باب الضرورة بغرض توثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته وعدم التأخر في تنفيذها لدفع الضرر عن الدائن، فينبغي أن يُقدَّر إذن بقدر الضرر المتوقع حصوله جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، فإذا نفّذ المدين جزءاً من التزامه فذلك يعني زوال جزء من الضرر في مقابله، فيتعيّن على القاضي -في هذه الحالة- تقدير حجم الضرر المتبقي ومن ثَمّ تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه بما يتناسب وحجم الضرر المتبقي.

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٣، والأشباه والنظائر، السيوطي: ٨٤.

٥- ومما يمكن الاستناد إليه كذلك في مسألة التوازن بين حجم الضرر وقيمة الشرط الجزائي إذا نفذ المدين جزءاً من التزامه، ما ذكره الفقهاء في باب الضمان من أن الضمان يترتّب على تلف عين أو هلاكها بفعل فاعل للضرر الناتج عنه، فإذا كان التلف الواقع على الشيء كلياً أو فوَّت منفعته كلها فإنه يجب ضمان العين كلها، أما إذا كان التلف الذي وقع على الشيء قد فوّت جزءاً من العين أو جزءاً من منفعتها ولم يُفوِّتها كلها، فإن المعتدي يضمن قدر النقصان فقط، وكذلك إذا كان النقص الواقع على الشيء فاحشاً فللمالك تضمين المعتدي قيمة الشيء جميعها، وأنقل هنا ثلاثة نصوص من «مجمع الضمانات» في بيان ذلك:

- (هدم جدار غيره تُقوَّم داره مع جدرانها وتُقوَّم بدون هذا الجدار فيضمن فضل ما بينهما).

- (إن هدَم حائط المسجد يؤمر بتسويته وإصلاحه، وفي حائط الدار يضمن النقصان).

- (قَطَع أغصان شجرة غيره، إن كان النقصان فاحشاً يضمن قيمة الشجرة وإلا فالنقصان)[1].

ونحو ذلك من النصوص الشرعية والقواعد والأقوال الفقهية التي تؤيد بوضوح مبدأ التوازن بين الضرر والجزاء في الفقه الإسلامي، فتُخرَّج عليها سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي إذا ثبت لديه بالبينة أن المدين قد نفّذ بالفعل جزءاً من التزامه، وذلك بتخفيض قيمة الشرط بما يتناسب مع مقدار التنفيذ الجزئي من قبل المدين وبما يوازي حجم الضرر المتبقي على الدائن.

❖ **الحالة الثانية**: إذا كان تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وفاحشة:

لدى تتبُّع مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده الكلية في إقامة العدل وإزالة الضرر، وكذلك تتبُّع عدد من التطبيقات التي تقدّمت في الفصول السابقة من هذه الرسالة والتي تتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقود، يظهر جلياً أن الفقه الإسلامي يُقرّ بسلطة القاضي في تعديل الشرط

(١) مجمع الضمانات، البغدادي: ١/ ٣٤٧-٣٤٨، وينظر: الشرط الجزائي، أستاذنا الحموي: ص٣٨٤-٣٨٥.

الجزائي بالتخفيض منه -إذا كانت قيمة التعويض فيه مرتفعة بشكل فاحش- إلى الحد الذي يتناسب مع حجم الضرر المتوقع حصوله جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه.

ويرى الباحث أن هذه الحالة يمكن تخريجها على عدد من القواعد والتطبيقات أو النظائر المعروفة في الفقه الإسلامي، **وذلك على النحو الآتي:**

أ- تخريج الحالة الثانية على القواعد الفقهية: وأبرز هذه القواعد:

١- القاعدة الفقهية المعروفة: (ما أُبيح للضرورة يُقدَّر بقدرها)[١]:

حيث تقدّم الحديث عن هذه القاعدة بأنها تصلح كمستند لتقدير التعويض في الشرط الجزائي بما يتناسب مع حجم الضرر الذي سبّبه خطأ المدين؛ لأن الشرط الجزائي أُبيح في الفقه الإسلامي لضرورة توثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته، فيجب أن يُقدَّر بما يتناسب والضرر المتوقع حصوله جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، فإذا كان التقدير فاحشاً تعيّن على القاضي تخفيضه بما يتناسب مع حجم الضرر لأن ما أُبيح للضرورة يُقدَّر بقدرها.

٢- القاعدة الفقهية المعروفة: (الضرر يُزال)[٢]:

وقد تقدّم الحديث كذلك عن هذه القاعدة، فالتقدير الفاحش لقيمة الشرط الجزائي لا ريب أنه يُلحق ضرراً محققاً بالمدين للتفاوت الكبير بينه وبين حجم الضرر الذي تسبب فيه جراء إخلاله بالتزامات العقد، فعلى القاضي استناداً إلى هذه القاعدة استخدام سلطته لإزالة هذا الضرر وذلك بإجراء تعديل في الشرط الجزائي يتضمن تخفيض قيمته إلى الحد الذي يتناسب مع حجم الضرر.

٣- القاعدة الفقهية المعروفة: (الضرر لا يُزال بالضرر)[٣]:

وهذه القاعدة أيضاً يمكن الاستناد إليها في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه، لأن الفقه الإسلامي أباح الشرط الجزائي للضرورة المتمثلة في إزالة الضرر عن الدائن جراء عدم

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٣، والأشباه والنظائر، السيوطي: ص٨٤.

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٢، والأشباه والنظائر، السيوطي: ص٨٣.

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٤، والأشباه والنظائر، السيوطي: ص٨٦.

تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه، فإذا كان تقدير قيمة الشرط الجزائي فاحشاً بالنسبة إلى الضرر الذي حلّ بالدائن، تحوّل الضرر إلى جانب المدين لعدم التناسب بين قيمة الشرط الجزائي وحجم الضرر الناجم عن خطئه، وذلك لا يسوغ لأن الضرر لا يُزال بالضرر في الفقه الإسلامي كما هو نص القاعدة.

فيتعيّن على القاضي تخريجاً على هذه القاعدة تعديل الشرط الجزائي المبالغ في تقديره بشكل فاحش بالتخفيض من قيمته إلى الحد الذي يتناسب مع حجم الضرر الناجم عن خطأ المدين تفادياً للوقوع في المحظور وهو إزالة الضرر بالضرر.

ولقد استُنبطت هذه القواعد الثلاث وغيرها من نص شرعي صريح في إقرار مبدأ العدل وإزالة الضرر في الفقه الإسلامي، ويُعدّ أصلاً عظيماً لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بمختلف مظاهرها، وهو قول سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[1].

تلك هي أبرز القواعد الفقهية التي تصلح أساساً لتخريج سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه في الفقه الإسلامي.

ب- تخريج الحالة الثانية على النظائر الفقهية: وأبرزها:

١- لقد تقدّم في الفصل الأول المتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن أن للقاضي سلطة التدخل في العقد إذا حصل فيه غبن فاحش من قبل أحد طرفيه تجاه الآخر، وذلك إما بفسخ العقد أو بتعديله بما يُزيل عنه الغبن الفاحش بناء على اختيار الطرف المغبون وإرادته، على اختلاف بين الفقهاء فيما لو صحب الغبنَ الفاحش تغريرٌ بالمغبون من قبل الطرف الآخر أو تجرّد عن التغرير، وقد تقدّم بسط المسألة في ذلك الموضع من الرسالة[2].

فهذه المسألة تؤيّد بوضوح مبدأ التوازن والتناسب بين قيمة الشرط الجزائي وحجم الضرر الناجم عن خطأ المدين؛ لأن الفقه الإسلامي لا يُقرّ بحال التفاوت الفاحش بين مصلحة طرفي

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٢) ينظر: ص ١٠٤ وما بعدها.

العقد، فيسوغ للقاضي تخريجاً على هذه المسألة المعروفة في الفقه الإسلامي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه إلى الحد الذي يُزيل الفحش عن قيمته.

٢- كما تقدّم في الفصل الثاني المتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة أن للقاضي سلطة تعديل عقد بيع الثمار على الأشجار بسبب الجوائح، وذلك بتخفيض قيمة الالتزام فيه، وهو ما يُعرف في الفقه الإسلامي بوضع الجائحة عن المشتري على ما نصّ عليه السادة المالكية والحنابلة، فيتم وضع الجائحة بقدر التالف من الثمار والزروع بتفصيل تم بسطه في ذلك الموضع من الرسالة[1].

فيسوغ للقاضي تخريجاً على هذه المسألة المعروفة في الفقه الإسلامي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه إلى الحد الذي يتناسب مع حجم الضرر الناجم عن خطأ المدين، كما يتم وضع الجائحة بقدرٍ يتناسب مع التالف من الثمار والزروع.

ويُكتفى بما سبق عرضه من قواعد كليّة ونظائر جليّة تؤيد بوضوح مبدأ التوازن والتناسب بين قيمة الشرط الجزائي وحجم الضرر الناجم عن خطأ المدين (أي تعديه) بعدم تنفيذ التزامات العقد أو التأخر في تنفيذها، فيسوغ للقاضي تخريجاً على تلك القواعد والنظائر المعروفة في الفقه الإسلامي تعديل الشرط الجزائي من خلال التخفيض منه إلى الحد الذي يتناسب مع حجم الضرر ويُزيل عنه الفُحش والتقدير المبالغ فيه.

وهذا ما أيّده مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض عام ١٤٢١هـ في قرار جاء في فقرته السابعة (يجوز للمحكمة بناءً على طلب أحد الطرفين أن تُعدّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرّراً لذلك أو كان مبالغاً فيه)[2].

كما أفتى به مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في الدورة الخامسة عام ١٣٩٤هـ بما نصّه: (... وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يُراد به التهديد المالي ويكون

(١) ينظر: ص ٢٢٩ وما بعدها.

(٢) من قرار المجمع على شبكة الإنترنت.

بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرّة، ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾ [سورة النساء: ٥٨]، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [سورة المائدة: ٨]، وبقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار[1]»[2].

❁ **المظهر الثاني**: تخريج سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه في الفقه الإسلامي:

لئن ثبتت مشروعية سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه في حال تمّ تقديره بشكل مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وفاحشة كما تقدّم، فإن الأمر لا يختلف بالنسبة إلى مشروعية سلطته في تعديل الشرط الجزائي في الزيادة فيه أيضاً في حال تمّ تقديره تقديراً تافهاً لا يتناسب مع حجم الضرر الناجم عن خطأ المدين؛ لأن العلة في مشروعية سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي -من حيث الجملة- هي عدم التناسب بين قيمة الشرط الجزائي وحجم الضرر الناجم عن خطأ المدين، وعدم التناسب يشمل كلاً من ارتفاع قيمة الشرط الجزائي بشكل فاحش نسبة إلى الضرر الناجم عن خطأ المدين، وانخفاض قيمته كذلك نسبة إلى الضرر نفسه، فالحكم من القاضي بالتخفيض أو الزيادة إذن يدور مع علته (وهي عدم التناسب بين قيمة الشرط الجزائي وحجم الضرر الناجم عن خطأ المدين) وجوداً وعدماً، فإذا ارتفعت قيمة الشرط الجزائي بشكل فاحش حكم القاضي بتخفيضها، وإذا انخفضت قيمته وباتت تافهة نسبة إلى الضرر الناجم عن خطأ المدين حكم القاضي بالزيادة فيها، وإذا تحقّق

(١) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

(٢) مجلة البحوث الإسلامية: ص١٤٣، المجلد الأول، العدد الثاني.

التناسب بين قيمة الشرط الجزائي والضرر الناجم عن خطأ المدين لم يتّخذ القاضي أي مظهر من مظاهر التعديل سواء بالتخفيض أو الزيادة.

وبناء على هذا الاستنتاج يرى الباحث أن ما تمّ تحريره قبل قليل في المظهر الأول من مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وهو التخفيض من قيمة الشرط الجزائي، ينسحب على هذا المظهر أيضاً وهو الزيادة في قيمة الشرط الجزائي؛ لاتحاد العلة في المسألتين وهي (عدم التناسب بين قيمة الشرط الجزائي والضرر الناجم عن خطأ المدين) فتُخرَّج سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه على ما تقدّم سرده في المظهر الأول من أدلة وقواعد ونظائر في الفقه الإسلامي والله تعالى أعلم.

(كما أن الفقه الإسلامي قد جعل مبنى العقد على الرضا الكامل والنية الحقيقية لقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات»[1] فالأعمال والعقود والتصرفات معتبرة بالنيات صحة وفساداً بمقتضى هذا الحديث، والنية إذا ظهرت كأن أفصح عنها المتعاقد في صيغة العقد أو دلّت عليها القرائن والأمارات، فإنها تؤثّر في العقود في الفقه الإسلامي، فإذا ثبت سوء نية المتعاقد للوصول إلى نتيجة تتناقض مع مقاصد العقد أو الشرع بتحقيق أغراض غير مشروعة، كأن كان وراء الإخلال بالتوازن العقدي بسبب عدم تنفيذ الالتزام سوء نية من أحد المتعاقدين كما هو الحال في وقوع ضرر فاحش في مقابل قيمة الشرط الجزائي، فإن سوء النية في مثل هذه الحالة يكون سبباً أكيداً في تدخل القاضي لتعديل الالتزام إلى الحد المناسب، وكون هذا الضرر أكبر بكثير مما هو متوقع في الأحوال العادية لو لم يوجد سوء نية من المدين فإن ذلك يعطي القاضي المبرر في تعديل الشرط الجزائي بزيادة قيمته إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر)[2].

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٦/ ٢٤٦١، كتاب: الأيمان والنذور، باب: النية في الأيمان، رقم الحديث: ٦٣١١، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١٥١٥، كتاب الإمارة، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنية...، رقم الحديث: ١٩٠٧.

(٢) الشرط الجزائي، أستاذنا الدكتور الحموي: ص٣٩٣.

▪ **الفرع الثالث**: مظاهر سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء والتعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

في ختام الحديث عن أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تتصدر في هذا المقام نتيجة مفادها إقرار الفقه الإسلامي -من حيث الجملة- بجواز الشرط الجزائي الذي انبثقت صورته مؤخراً في القوانين الوضعية، بوصفه أداة لتوثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته ودفع الضرر المتوقع وقوعه بالدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه، وإقراره كذلك بشروط استحقاق الشرط الجزائي وضوابط سلطة القاضي إزاءه وتدخله فيه إما بالتعديل تخفيضاً وزيادة وإما بالإلغاء كليّة كما تقدّم.

* بيد أن الفقه الإسلامي يختلف عن القوانين الوضعية في سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي في عدد من النقاط تتصدرها نقطتان:

➢ **النقطة الأولى**: لوحظ من خلال المواد القانونية التي سبق طرحها في هذا الشأن أن سلطة القاضي في التدخل في العقود بغرض تعديل الشرط الجزائي أو إلغائه هي على سبيل الجواز لا الوجوب، ومن ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري و(٢٢٥) من القانون المدني السوري (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة...إلخ).

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإن قواعده الثابتة ومبادئه الراسخة ومقاصده العليّة تنص على وجوب إزالة الضرر حيثما وُجِد، فإذا ثبت لدى القاضي في ظل أحكام الفقه الإسلامي اشتمال الشرط الجزائي على ضرر محقق بسبب المبالغة في تقديره بشكل فاحش أو على العكس بسبب تفاهة تقديره، فإنه يجب عليه التدخل باتّخاذ الإجراء المناسب لتعديل ذلك الشرط إما بتخفيضه أو الزيادة فيه بما يتناسب مع الضرر الناتج عن خطأ المدين (أي تعدّيه).

فهذا هو الحق الذي ينبغي أن يُتَّبَع في سبيل إقامة العدل والموازنة بين مصلحة طرفي العقد بدفع الضرر عنهما، ومثل هذه الأمور الجوهرية لا تغفل عنها شريعة الكمال التي ارتضاها رب العزة والجلال سبحانه وتعالى قانوناً واجباً ودستوراً حاكماً على خلقه.

➢ **النقطة الثانية**: لقد تقدّم في عدد من المواضع من هذه الرسالة أن الفقه الإسلامي لا يجيز الشرط الجزائي إذا كان محله مبلغاً من النقود مع كون محل الالتزام الأصلي في العقد أيضاً مبلغاً من النقود مثل عقد القرض المالي المحض؛ تفادياً للوقوع في الربا المحظور قطعاً في الشريعة الإسلامية، فلا يسوغ للقاضي في هذه الحالة إقرار الشرط الجزائي، بينما الأمر على خلاف ذلك في القانون الوضعي لعدم حظر الربا فيه.

وفيما عدا هاتين النقطتين لا غضاضة إن قيل إن الفقه الإسلامي يقرّ القانون الوضعي فيما وضعه من أحكام للشرط الجزائي؛ لانسجام هذا الشرط -من حيث الجملة- مع مبادئ الفقه الإسلامي الراسخة وقواعده الثابتة في إرساء معاني العدل وإزالة أشكال الضرر والظلم، والله تعالى أعلم.

المبحث الرابع:

نماذج لأبرز تطبيقات الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله

يُختتم الحديث في هذا الفصل بعرض أبرز التطبيقات التي تتجلى فيها صورة الشرط الجزائي وسلطة القاضي إزاءه بشكل واضح، وفقاً للمنهج المتّبع في كل فصل من فصول هذه الرسالة بتخصيص القسم الأخير منه لعرض أبرز التطبيقات الواردة فيه.

فالشرط الجزائي وإن تمّ التّوصل فيما تقدّم إلى مشروعيته -من حيث الجملة- في الفقه الإسلامي، إلا أنه يبقى في دائرة الحظر في بعض العقود لإفضائه إلى الربا المحظور قطعاً في الشريعة الإسلامية.

*** وبناء على ذلك يعرض هذا المبحث لنماذج من كلا القسمين المشروع والمحظور وذلك في مطلبين كالآتي:**

- المطلب الأول: نماذج من العقود التي يحظر فيها الشرط الجزائي.
- المطلب الثاني: نماذج من العقود التي يُشرع فيها الشرط الجزائي.



المطلب الأول:

نماذج من العقود التي يحظر فيها الشرط الجزائي

لئن أجاز القانون أن يكون محل الشرط الجزائي مبلغاً من النقود مع كون محل الالتزام الأصلي في العقد أيضاً مبلغاً من النقود، فإن الفقه الإسلامي لا يجيز ذلك بالضرورة؛ لما فيه من الربا الصريح والواضح وهو ربا النسيئة المحظور بنص قول الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [سورة البقرة: ٢٧٥].

فالشرط الجزائي إن وُجد في الالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود فلا يكون جائزاً في الفقه الإسلامي، سواء أكان ذلك المبلغ ثمناً لمبيع أم قرضاً أم أجرة في عقد إجارة أم غير ذلك من العقود والالتزامات، واتفق الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال إذا تأخر المدين في الوفاء بدينه عن الموعد المحدد للوفاء به، فهذا النوع من الشرط الجزائي غير جائز ولا يُعمل بمقتضاه؛ لأنه من ربا النسيئة المحظور قطعاً في الشريعة الإسلامية، **ومن أبرز الأمثلة لهذه الحالة من حالات الشرط الجزائي:**

١- ما يحصل في البنوك الربوية من التزام المقترض بدفع فوائد على القرض، فإن تأخر عن أداء الدين في موعده، فإنه يلتزم بدفع فوائد مركبة على الدين الأصلي وفوائده.

٢- في عقود البيع بالتقسيط عندما يُنصّ على فوائد التأخير.

٣- في بعض عقود الإجارة عندما يُنصّ على أن المستأجر إذا تأخر في دفع الأجرة يلتزم بدفع فوائد التأخير.

٤- في بطاقات الائتمان[1] التي تُصدرها البنوك الربوية وبعض الشركات عندما يُنصّ على فوائد التأخير.

---

(١) البطاقات الائتمانية عرفها مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة بأنها (مستند يعطيه مصدره (البنك) لشخص طبيعي أو اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند (التاجر) دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ويكون الدفع من=

٥- في بعض العقود الحكومية، كعقود استهلاك المياه والكهرباء في كثير من البلاد عندما يُنصّ على فوائد التأخير.

وهكذا عندما يُنصّ على غرامة التأخير في الديون والحقوق التي تصبح ديناً في الذمة.

فالشرط الجزائي في هذه الحالات وغيرها -إذا كان مبلغاً من النقود مع كون محل الالتزام الأصلي أيضاً مبلغاً من النقود- باطل، وبناء على ذلك لا يجوز أن يتفق الدائن مع المدين على أن يدفع هذا الأخير مبلغاً محدداً من النقود أو نسبة من الدين الذي عليه في حال تأخره عن الوفاء في الموعد المحدد، سواء سمي هذا المبلغ شرطاً جزائياً أو غرامة أو تعويضاً؛ لأن هذا هو الربا بعينه[1].

وبناء على ذلك إن وصل الأمر إلى القاضي فإنه يحكم بفساد الشرط الجزائي وفساد الالتزام الأصلي أو العقد الأصلي معه أيضاً؛ لأنه عقد تضمن شرطاً لم يرد الشرع بجوازه، كما تضمن منفعة لأحد العاقدين لا يقابلها عوض فيؤدي إلى الربا أو إلى شبهته، وهذا باتفاق الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة على النحو الآتي:

- جاء في «بدائع الصنائع» في بيان ضوابط الشرط الفاسد المفسد للعقد (ومنها -أي من الشروط المقترنة بالعقد- شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق، وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس.... فالبيع في هذا كله فاسد؛ لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا فاسد أو فيه شبهة الربا)[2] فالشرط الجزائي

= حساب المصدر ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية، وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد مدة محددة من تاريخ المطالبة، وبعضها لا يفرض فوائد)، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: ١٢، الجزء: ٣، ص٦٧٦.

(١) ينظر: الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، علي السالوس: ص١٢٦، والشرط الجزائي، أستاذنا الحموي: ص٦٨-٧٠.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٦٩.

في الديون والحقوق التي تصبح ديناً في الذمة يندرج ضمن ضوابط الشرط الفاسد المفسد للعقد عند السادة الحنفية كما هو واضح من النص السابق.

- جاء في «منح الجليل»: (القسم الثاني -أي من الشروط المقترنة بالعقد- ما يؤول إلى الإخلال بشرط من شروط صحة البيع كشرط ما يؤدي إلى جهل وغرر في العقد أو في الثمن أو في المثمن، أو إلى ربا فضل أو نساء كشرط مشاورة شخص بعيد أو الخيار إلى مدة مجهولة أو تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، فهذا يوجب فسخ البيع)[1].

وهذا النص أيضاً يؤكد بوضوح على أن الشرط المقترن بالعقد إن أدى إلى ربا الفضل أو النسيئة فهو شرط باطل مبطل للعقد عند السادة المالكية، وذلك يشمل بلا ريب الشرط الجزائي في الديون والحقوق المترتبة في الذمة.

- كما نص السادة الشافعية والحنابلة على أن الشرط الذي يشتمل على ما فيه محظور شرعي كالربا ونحوه فهو باطل مبطل للعقد[2]، وهذا يشمل بلا ريب الشرط الجزائي في الديون والحقوق المترتبة في الذمة.

كما نص على هذا الحكم أيضاً في الوقت الراهن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض عام ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م عندما قرّر المشاركون فيه أن الشرط الجزائي (يجوز أن يُشترط في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً فإن هذا من الربا الصريح) كما جاء في قرار المجلس رقم (٨٥) (٩/ ٢) والمتعلق بالسلم (لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير) وفي قراره رقم (٥١) (٦/ ٢) والمتعلق بالبيع بالتقسيط (إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أيَّ زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم)[3].

---

(١) منح الجليل، الشيخ عليش: ٥/ ٥٨.

(٢) ينظر: المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٦٨، والحاوي الكبير، الماوردي: ٥/ ٣١٢، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ١٥٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ١٩١-١٩٣.

(٣) من قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي على شبكة الإنترنت.

تلك هي أبرز التطبيقات المعاصرة للعقود المالية التي لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها وما يتعيّن على القاضي اتّخاذه إزاءها؛ كونها تندرج في زمرة الديون والحقوق المترتبة في الذمة، والتي يفضي الشرط الجزائي فيها إلى الربا الصريح الذي ورد النص بتحريمه في الفقه الإسلامي، وهو ما لم تُحظره جلّ القوانين الوضعية التي لا ترى بأساً في الفوائد الربوية.



المطلب الثاني:

نماذج من العقود التي يُشرع فيها الشرط الجزائي

بعد أن اتّضح حكم الشرط الجزائي إذا كان مبلغاً من النقود في العقود والالتزامات التي يكون محلها أيضاً مبلغاً من النقود، يأتي الحديث في هذا المقام على بقية العقود والالتزامات التي يكون محلها شيئاً غير النقود، حيث تبيّن مما سبق صحة اشتراط الشرط الجزائي في هذه العقود والالتزامات التي يكون محلها من غير النقود، وذلك من باب توثيق العقد وضمان الوفاء بالتزاماته ودفع الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزامات العقد أو التأخر في تنفيذها من قبل المدين.

*** وفيما يلي أستعرض نماذج من تلك العقود وسلطة القاضي إزاءها كخاتمة لهذا الفصل:**

١ - عقد الاستصناع:

ورد تعريف الاستصناع في «بدائع الصنائع» بأنه: (عقد على مبيع في الذمة شُرط فيه العمل)[١] كما عرفه العلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى بأنه (طلب العمل منه (أي الصانع) في شيء خاص على وجه مخصوص)[٢].

وصورته: أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما: اعمل لي خفّاً أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبيّن نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم[٣].

فهذه أمثلة للاستصناع قديماً، أما الآن فقد اتّسعت دائرة الاستصناع بحيث تشمل كل الصناعات الخفيفة والثقيلة والمتوسطة، والبرية كالمعدات، والبحرية كالسفن، والجوية كالطائرات ونحو ذلك[٤].

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٢٣.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢.

(٤) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: ص٣٢٠، محمد عبدالعزيز اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٤٢٥هـ.

ولسنا بصدد دراسة عقد الاستصناع بالتفصيل وإنما بصدد بيان حكم اقتران الشرط الجزائي به بشكل موجز كأنموذج للعقود التي يجوز اقتران الشرط الجزائي بها.

قال الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى في بيان بداية ظهور الشرط الجزائي في عقود الاستصناع (في أواخر العهد العثماني اتّسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا وتطورت أساليب التجارة الداخلية والصنائع، وتولّدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة... واتّسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية... وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه... ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي الشرط الجزائي)[1].

أما بالنسبة إلى حكم اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع فيرى الباحث على ضوء ما تقدّم بيانه لدى تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة جواز ذلك؛ لأنه لا يخالف مقتضى العقد وجرى به العرف ولا يوجد ما يدل على تحريمه في نصوص الشرع، فالأصل في الشرط الجزائي في هذه الحالة الإباحة والجواز، ويتعيّن على القاضي أن يلتزم في هذه الحالة بالضوابط والشروط التي تقدّم بيانها إذا تمّ رفع الأمر إليه، وأهمها أن يرتبط هذا الشرط بالضرر الفعلي نتيجة إخلال الصانع بتنفيذ ما التزم بصنعه أو تأخره في تنفيذه ما لم يكن ثمة عذر في هذا الإخلال، فإذا كانت قيمة الشرط الجزائي مرتفعة بشكل فاحش بالنسبة إلى الضرر الناجم عن الإخلال، أجرى القاضي فيها تعديلاً يتناسب مع حجم الضرر الناجم عن الإخلال في التنفيذ على نحو ما تقدّم بيانه بالتفصيل.

وقد صدر الحكم بجوازه في مجمع الفقه الإسلامي في قراره المتعلق بالاستصناع رقم (٦٥) (٧/ ٣) بما نصه (يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة)[2].

---

(١) ينظر: موقف الشريعة الإسلامية من النقود والبنوك: ص٤٤٧، حسني عبدالسميع إبراهيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت. نقلاً عن كتاب المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا.

(٢) من قرارات مجمع الفقه الإسلامي على شبكة الإنترنت.

وهذا الجواز بالنسبة إلى الصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه، وأما بالنسبة إلى المستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه من مال، فلا يجوز اشتراط الشرط الجزائي عليه؛ لأن التزامه يُعدّ من قبيل الالتزامات المترتبة في الذمة كالدين، فيفضي الشرط الجزائي فيه إلى الربا.

٢- عقد المقاولة:

لقد تقدّم في الفصل الثاني من هذه الرسالة في تطبيقات الظروف الطارئة أن عقد المقاولة لم يرد له تعريف في مصادر الفقه الإسلامي؛ كونه من العقود المستجدة التي عُرفت مؤخراً، ومما ورد في تعريفه عند المعاصرين ما يلي:

- عرفه أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى بأنه (عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)[١].

- كما عرفه القانون المدني المصري في المادة (٦٤٦) والقانون المدني السوري في المادة (٦١٢) بألفاظ مشابهة للتعريف السابق بأنه (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)[٢].

كما تمّ في ذلك الموضع استعراض طائفة من أحكامه[٣].

أما بالنسبة إلى حكم اقتران الشرط الجزائي بعقد المقاولة فيرى الباحث أن ما قيل في حكم اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع ينسحب على عقد المقاولة أيضاً، فإذا تمّ التعاقد على الانتهاء من العمل في موعد محدد مع الاتفاق على شرط جزائي إذا تأخر المقاول في الإنجاز دون عذر مقبول، فإن الشرط الجزائي في هذه الحالة جائز، والأولى أن يرتبط هذا الشرط بالضرر الفعلي نتيجةً للتأخير، كأن يتأخر تأجير المبنى فيقدّر الإيجار، أو يتأخر الانتفاع بالعين فيقدّر إيجار المثل، أو ترتفع الأسعار فيتأثر بها صاحب المبنى وهكذا.

---

(١) العقود المسماة، أستاذنا الدكتور الزحيلي: ص٢٧٦.

(٢) ينظر: عقد المقاولة، عزت عبدالقادر: ص١١، والقانون المدني السوري الصادر بالمرسوم (٨٤) لعام ١٩٤٩م.

(٣) ينظر: ص ٣٢٢.

وكما يكون الشرط الجزائي لتأخير النفع المستهدف في المقاولات كالأمثلة السابقة، فيجوز أن يكون الشرط الجزائي لأصل الإخلال بالنفع المستهدف للمشترط أيضاً، كأن يتمّ العمل في المقاولات في الموعد المحدد ولكن مع عدم الالتزام بالمواصفات المتفق عليها، فلا يتحقق الانتفاع بالمبنى بالمستوى المطلوب فيترتب على ذلك ضرر عند التأجير مثلاً، ففي مثل هذه الحالات يصح الشرط الجزائي[1].

وأما بالنسبة إلى سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاولة فيرى الباحث أنه يتعيّن على القاضي إذا رُفع الأمر إليه أن ينظر في مدى تحقق شروط وضوابط الشرط الجزائي التي تقدّمت بالتفصيل، فيتحقق من مدى وقوع الضرر بشكل فعلي جراء الإخلال أو التأخر في التنفيذ من قبل المقاول دون عذر سائغ، كما يتحقق من مدى التناسب بين حجم الضرر الواقع فعلاً وقيمة الشرط الجزائي المقرَّرة في العقد، فيجري عليها التعديل بالتخفيض أو الزيادة إن لم تتناسب مع حجم الضرر حسب الواقعة المعروضة عليه، مستنداً في سلطته إلى مبادئ الفقه الإسلامي الراسخة وقواعده الثابتة في إقامة العدل وإزالة الضرر والموازنة بين مصلحة طرفي العقد.

٣- عقد التوريد:

لقد تقدّم في الفصل الثاني من هذه الرسالة في تطبيقات الظروف الطارئة أن عقد التوريد هو عقد مستحدث عُرّف بأنه: (عقد يلتزم به أحد طرفيه بتقديم أشياء معينة بصفة دورية أو مستمرة لقاء بدل يلتزم به الطرف الآخر)[2].

كما عرفه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض عام ١٤٢١هـ بأنه: (عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه)[3].

---

(١) ينظر: الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، علي السالوس: ص١٣٢.

(٢) عقد المقاولة والتوريد، علي أبو البصل: ص٢٠١.

(٣) نقلاً عن موسوعة القضايا الفقهية، علي السالوس: ص٦٢٥.

كما تمّ في ذلك الموضع استعراض طائفة من أحكامه[1].

*** أما بالنسبة إلى حكم اقتران الشرط الجزائي بعقد التوريد وسلطة القاضي إزاءه فيرى الباحث** أن يتمّ التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: حكم الشرط الجزائي على المستورد:

مثل أن يشترط مورِّد السلع على المستورد شرطاً جزائياً يقضي في حالة تأخره عن سداد بعض الأقساط من قيمة السلع المستوردة في أوقاتها المحددة في العقد بأن يدفع مبلغاً إضافياً من المال مقابل ذلك التأخر، فهذا يدخل ضمن حكم الشرط الجزائي في الديون والالتزامات المترتبة في الذمة وهو الحرمة؛ لإفضائه إلى الربا المحظور قطعاً.

الحالة الثانية: حكم الشرط الجزائي على المورِّد:

مثل أن يشترط المستورد على مورِّد البضاعة أنه في حالة تأخره في تسليم البضاعة في وقتها المحدد فإن عليه شرطاً جزائياً عن كل يوم تأخير، فالشرط الجزائي جائز في هذه الحالة؛ لأن محل الالتزام الأصلي من غير النقود فلا يدخل في باب الربا.

وعلى القاضي في هذه الحالة إن رُفع الأمر إليه أن يتحقق من مدى وقوع الضرر بسبب تأخر المورِّد في تسليم البضاعة من دون عذر سائغ، فإن ثبت وقوع الضرر فعلاً نظر القاضي في قيمة الشرط الجزائي ومدى التناسب بينها وبين حجم الضرر الفعلي، فإن كانت القيمة المقدَّرة تشتمل على زيادة فاحشة بالنسبة إلى حجم الضرر، حكم القاضي بتخفيض القيمة إلى الحد المتناسب مع الضرر، أما إن كانت القيمة تافهة ولا تتناسب مع حجم الضرر الفعلي الناجم عن تأخر المورِّد في تنفيذ التزامه، حكم القاضي بزيادة القيمة إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر، مستنداً في كل ذلك إلى نصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها وقواعدها في دفع الضرر والموازنة بين مصلحة طرفي العقد امتثالاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[2].

---

(١) ينظر: ص ٣٢٤.

(٢) سبق تخريجه: ص ١٦٨.

٤ - عقد الصيانة:

لقد أوضح مجمع الفقه الإسلامي مفهوم هذا العقد في دورته الحادية عشرة بالمنامة في البحرين عام ١٤١٩هـ بأنه: (عقد معاوضة مستحدث يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد)[١].

*** ولبيان اقتران الشرط الجزائي به وسلطة القاضي إزاءه يُفرَّق بين حالتين كما تقدّم في عقد التوريد وهما[٢]:**

الحالة الأولى:

حكم الشرط الجزائي على المصون له:

كأن يشترط الصائن على المصون له أنه في حال تأخره في دفع بعض أقساط أجرته فإن عليه شرطاً جزائياً قدره كذا من المال، فالشرط الجزائي في هذه الحالة غير جائز لإفضائه إلى الربا الصريح؛ إذ إن محل الالتزام الأصلي في هذه الحالة مبلغ من النقود ومحل الشرط الجزائي أيضاً مبلغ من النقود، وهذا هو الربا بعينه فلا يجوز.

الحالة الثانية:

حكم الشرط الجزائي على الصائن:

كأن يشترط المصون له على الصائن أنه في حال تأخره في صيانة وإصلاح الأجهزة المتفق عليها في العقد في أوقاتها المحددة، فإن عليه شرطاً جزائياً قدره كذا من المال، فالشرط الجزائي جائز في هذه الحالة؛ لما تقدّم بيانه من أن محل الالتزام الأصلي في هذه الحالة من غير النقود فلا يدخل في باب الربا.

---

(١) نقلاً عن موسوعة القضايا الفقهية، علي السالوس: ص٦٢٨.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد اليمني: ص٣٢٨-٣٢٩.

وعلى القاضي في هذه الحالة إن تم رفع الأمر إليه أن يتحقق من شروط وضوابط الشرط الجزائي لاتّخاذ الإجراء المناسب إزاءه من إقرار أو تعديل أو إلغاء على نحو ما تقدّم بيانه في العقود السابقة.

تلك هي أبرز التطبيقات المعاصرة التي يجوز فيها الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي وسلطة القاضي إزاءه، وببيانها يُختتم الحديث في الفصل الرابع بفضل الله تعالى وتوفيقه.



الفصل الخامس:

سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي

الفصل الخامس

سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي

كما هو معلوم فإن لكل عقد أو التزام أجلاً يتعيّن على طرفيه الالتزام به وقت حلوله، والعقود المالية -حسب طبيعتها- قد تكون منجزة يتقيد أطرافها بما تضمنته من التزامات في الحال كما في أغلب حالات عقد البيع، وقد تكون مؤجلة وللزمان شأن في تنفيذها، كما في عقد القرض، وعقد الإجارة في كثير من صوره، وعقد الاستصناع، وبعض العقود المعاصرة: كعقد المقاولة، والتوريد وغيرها.

كما أن العقود المنجزة، أي الفورية كعقد البيع ونحوه قد تكون التزاماته مؤجلة في بعض الأحيان كالبيع بالتقسيط.

ولقد نال موضوع «الأجل» نصيباً وافراً من البحث والتفصيل في مختلف أبواب الفقه الإسلامي؛ لما له من أهمية بالغة في جانب مبدأ: «الوفاء بالعقود» وعدم الإضرار بأيّ من طرفي العقد جرّاء التأخّر في تنفيذ التزاماته، امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة:١] ولكن ثمة حالات أو ظروف يمرّ بها أحد طرفي العقد فلا يتمكن بسببها من الوفاء بالتزاماته في أجلها المحدّد وقت إبرام العقد، وهنا يأتي دور القاضي -لدى اختلاف طرفي العقد حول أجله- لينظر في تلك الحالات أو الظروف ويبني عليها سلطته في تعديل أجل العقد من عدمه، استناداً إلى نصوص الشرع وقواعده التي لم تغفل -إلى جانب الحضّ والتأكيد على الوفاء بالتزامات العقد في أجلها- الظروف التي قد تلحق بأحد طرفي العقد فتمنعه من الوفاء بالتزاماته في أجلها المحدّد، كما في حالة المدين المعسر الذي يُمنح ضمن شروط محدّدة ما تُعرف «بنظرة الميسرة»، كما سيرِد في ثنايا هذا الفصل بإذن الله تعالى، إلى جانب حالات أخرى من حالات تعديل الأجل في مختلف العقود المالية.

* **وبناء على ذلك تمّ توزيع مسائل هذا الفصل على ثلاثة مباحث كالآتي:**

❖ **المبحث الأول:** مفهوم الأجل وخصائصه وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

❖ **المبحث الثاني:** أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

❖ **المبحث الثالث:** أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي.



المبحث الأول:

مفهوم الأجل وخصائصه وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يتعيّن على الباحث قبل الخوض في التفصيلات المتعلقة بسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي التّدرج في العرض حتى الوصول إلى لبّ الموضوع، وذلك يستدعي إماطة اللثام عن بعض الجزئيات المتعلقة بموضوع «الأجل» أبرزها: مفهومه، وخصائصه، وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، **ضمن ثلاثة مطالب كالآتي:**

- المطلب الأول: مفهوم الأجل لغة واصطلاحاً.
- المطلب الثاني: خصائص الأجل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المطلب الثالث: أنواع الأجل باعتبار مصدره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



المطلب الأول:

مفهوم الأجل لغة واصطلاحاً

• **أولاً**: الأجل لغة:

الأَجَلُ مُحرّكة: غاية الوقت في الموت وحلول الدَّين ونحوه، وأَجَل الشيء: مدته ووقته الذي يحل فيه، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [سورة البقرة: ٢٣٥] أي: حتى تقضي عدتها، وهو مصدر أَجَّلَ الشيء أجَلاً.

والتأجيل: تحديد الأجل، واستأجَلتُه فأَجَّلَني إلى مدة، وأجَّلتُه تأجيلاً: جعلتُ له أجَلاً، والآجل نقيض العاجل[1].

• **ثانياً**: الأجل اصطلاحاً:

* ويشمل تعريف الأجل في الاصطلاحين الفقهي والقانوني على النحو الآتي:

١- تعريف الأجل في الاصطلاح الفقهي:

يُستنبط من كلام الفقهاء في الفقه الإسلامي أن الأجل: هو المدة المستقبلية التي يضاف إليها أمر من الأمور سواء كانت هذه الإضافة أجلاً للوفاء بالتزام، أو أجلاً لإنهاء التزام، وسواء كانت هذه المدة مقررة بالشرع أو بالقضاء أو بإرادة الملتزم فرداً أو أكثر[2].

٢- تعريف الأجل في الاصطلاح القانوني:

يُعرف الأجل بأنه: أمر مستقبل مؤكد الحدوث يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه[3].

ويلاحظ مدى التقارب الكبير بين المعنيين الفقهي والقانوني للأجل، ولا يخرجان بالجملة عن المعنى اللغوي للكلمة الذي يدور حول مدة الشيء ووقته الذي يحلّ فيه.

---

(١) ينظر: القاموس المحيط، الفيروزآبادي: ص ١٢٤١، ولسان العرب، ابن منظور: ١١/ ١١، والمصباح المنير، الفيومي: ١/ ٦.

(٢) الموسوعة الفقهية: ٢/ ٥، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

(٣) الأجل القضائي، محمود ديناوي، بحث على موقع منتدى محامي سوريا، نقابة المحامين، فرع دمشق، على شبكة الانترنت.

المطلب الثاني:

خصائص الأجل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يشمل الحديث في هذا المطلب فرعين كالآتي:

- **الفرع الأول**: خصائص الأجل في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: خصائص الأجل في القانون الوضعي.

- **الفرع الأول**: خصائص الأجل في الفقه الإسلامي

*** يُستنتج من كلام الفقهاء في الفقه الإسلامي أن للأجل ثلاث خصائص هي**[1]:

أ) الأجل هو زمنٌ مستقبلٌ، أي هو المدة الزمنية المستقبلية التي تُضرب أجلاً للوفاء بالتزام أو لإنهائه.

ب) الأجل هو أمر محقق الوقوع، فيفترق بذلك عن الشرط؛ لأنه أمر محتمل الوقوع، جاء في كتاب «تيسير التحرير» أن مما يترتب على الإضافة (تأخير الحكم المسبب إلى وجود الوقت المعين الذي هو كائن لا محالة، إذ الزمان من لوازم الوجود الخارجي، فالإضافة إليه إضافة إلى ما قُطع بوجوده)[2].

جـ) الأجل أمر زائد على أصل التصرف، وذلك يحقّقه أن التصرفات قد تتم منجزة وتترتب أحكامها عليها فور صدور التصرف ولا يلحقها تأجيل، وقد يلحقها الأجل كتأجيل الدين أو العين أو تأجيل تنفيذ آثار العقد فيما يصح فيه ذلك.

جاء في «بدائع الصنائع»: (.. ومنها شرط الأجل في المبيع العين والثمن العين، وهو أن يُضْرَب لتسليمها أجل لأن القياس يأبى جواز التأجيل أَصلاً؛ لأنه تغيير مقتضى العقد لأنه

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٧٤، وتيسير التحرير على كتاب التحرير للكمال بن الهمام الحنفي: ١/ ١٢٩، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر/ بيروت، د.ط، د.ت، والموسوعة الفقهية: ٢/ ٥-٦.

(٢) تيسير التحرير على كتاب التحرير للكمال بن الهمام، أمير بادشاه: ١/ ١٢٩.

عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغيِّراً مقتضى العقد، إلا أنه شُرط نظراً لصاحب الأجل لضرورة العدم ترفيهاً وتمكيناً له من اكتساب الثمن في المدة المضروبة، ولا ضرورة في الأعيان فبقي التأجيل فيها تغييراً محضاً لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد، ويجوز في المبيع الدَّين وهو السّلم... وكذا يجوز في الثمن الدَّين وهو بيع الدَّين بالدَّين؛ لأن التأجيل يلائم الديون ولا يلائم الأعيان، لمساس حاجة الناس إليه في الديون لا في الأعيان)[1].

فيُستنتج من هذا النص أن الأجل يُعدّ أمراً زائداً على أصل التصرف، وقد جاء استثناءً على خلاف القياس للضرورة، كما في حالة المدين المعسر ونحوه.

■ **الفرع الثاني**: خصائص الأجل في القانون الوضعي

إن خصائص الأجل في القانون الوضعي لا تختلف -من حيث الجملة- عن خصائص الأجل في الفقه الإسلامي التي تقدّم بيانها، حيث نصّ أهل القانون على أن الأجل:

أ- أمر مستقبلي، أي أنه ميعاد يُحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه، ويجب أن يكون الأجل للمستقبل، ولا يجوز أن يكون ماضياً أو حاضراً.

ب- يمتاز كذلك بأنه أمر محقّق الوقوع وهذا ما يميزه عن الشرط، إذ إنه لو ارتبط بأمر غير محقّق الوقوع لكان شرطاً لا أجلاً.

ج- يتّصف بأنه عنصر عارض في الالتزام وليس عنصراً جوهرياً، وبالتالي فلا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفي الالتزام جميع عناصره الجوهرية[2].

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ١٧٤.

(٢) الأجل القضائي، محمود ديناوي، من موقع منتدى محامي سوريا، مرجع سابق.

المطلب الثالث:

أنواع الأجل باعتبار مصدره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

* تمّ توزيع مضمون هذا المطلب على فرعين كالآتي:

- **الفرع الأول**: أنواع الأجل باعتبار مصدره في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: أنواع الأجل باعتبار مصدره في القانون الوضعي.



- **الفرع الأول**: أنواع الأجل باعتبار مصدره في الفقه الإسلامي

ينقسم الأجل في الفقه الإسلامي باعتبار مصدره إلى ثلاثة أقسام[1]:

- **أولاً**: الأجل الشرعي:

وهو المدة التي حدّدها الشرع الحكيم سبباً لحكم شرعي، ويندرج تحته عدد من الآجال: كمدة الحمل، ومدة الهدنة، ومدة تعريف اللُّقطة، ومدة وجوب الزكاة، ومدة الإمهال في الإيلاء، ومدة الرضاع، وأجل العدة، ومدة خيار الشرط، ومدة المسح على الخف، ومدة السفر، وغيرها.

- **ثانياً**: الأجل القضائي:

وهو الأجل الذي يضربه القاضي لحضور الخصوم، أو إحضار البينة، أو إحضار الكفيل، أو تأجيل المعسر إلى ميسرة.

- **ثالثاً**: الأجل الاتفاقي:

ويقصد به المدة المستقبلية التي يحدّدها الملتزم للوفاء بالتزامه سواء أكان هذا الالتزام يقابله التزام من آخر أم لا، أو يحدّدها لإنهاء هذا الالتزام.

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية: ٢/ ٩ وما بعدها.

والمقصود بالأجل في هذا البحث هو الأجل الذي يكون مصدره القضاء بغرض تعديل الأجل الاتفاقي الذي حدّده الملتزم للوفاء بالتزامه، بسبب ظرف لِحق به فمنعه من تنفيذ التزامه في الأجل المتفق عليه وقت إبرام العقد أو الالتزام.

وهو ما سيرِد بالتفصيل في المبحث القادم بإذن الله تعالى.



▪ **الفرع الثاني**: أنواع الأجل باعتبار مصدره في القانون الوضعي

يقابل أنواع الأجل الثلاثة السابقة في الفقه الإسلامي ما يلي في القانون الوضعي[1]:

- **أولاً**: الأجل القانوني:

وهو الذي يحدّده القانون كما يحصل عندما يمنح القانون المدين مهلة للوفاء بديونه بسبب ظروف قاهرة كالحرب، أو بسبب أزمة اقتصادية عامة، أو عندما يحدّد موعداً لدفع الضريبة.

- **ثانياً**: الأجل القضائي:

ويكون ذلك في الحالة التي يُمنح فيها المدين مهلة للوفاء بالتزامه إذا كان هناك مبرر من الظروف، ويطلق على الأجل القضائي على هذا النحو: «نظرة الميسرة».

- **ثالثاً**: الأجل الاتفاقي:

وهو الذي يحدّده المتعاقدان، وقد يكون صريحاً كما لو تعهد شخص لآخر بأن يدفع له مبلغاً من المال بعد سنة، وقد يكون ضمنياً كما لو التزم شخص بتوريد أغذية للمدارس، وهذا اتفاق ضمني على أن الأجل يحل مع بداية العام الدراسي.



(١) ينظر: شرح المادة (٣٤٤) من القانون المدني السوري للمحامي رمضان السهو، مجلة الجماهير، العدد (١٢٥٨٤)، الصادرة عن مؤسسة الوحدة للصحافة والطباعة، حلب، ٢٠٠٨م، ومفهوم الأجل وأنواعه في القانون المدني، من موقع المحاماة على شبكة الإنترنت: www.mohamah.net

المبحث الثاني:

أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بعد أن تمّ بيان مفهوم الأجل وخصائصه وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في المبحث الأول، يصل التّدرّج في البحث إلى القضية الجوهرية في هذا الفصل وهي سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي.

حيث يتدخل القاضي بتعديل أجل الالتزام العقدي الذي سبق وأن اتفق عليه أطراف التعاقد وجاء نصاً في العقد، ويبدو هذا الأجل الاتفاقي أكثر جلاءً في العقود الزمنية التي يُعدّ الأجل ركناً من أركانها، كعقود التوريد، وعقود الإجارة، وقد يكون الأجل مجرد عنصر من عناصر العقد في باقي صور الأجل الاتفاقي، حيث يتفق الأطراف على أجل معين يقوم فيه المدين بالوفاء بالتزامه، وهذا الالتزام قد يجد مصدره في عقد قرض يلتزم فيه المقترض بالوفاء بالدَّين للمقرض في الأجل الذي تمَّ الاتفاق عليه، وقد يكون مصدره عقد بيع مؤجل الثمن يلتزم فيه المشتري بالوفاء بالثمن عند حلول الأجل، وقد يكون مصدره عقد عمل يلتزم فيه العامل بأداء العمل محل التعاقد خلال مدة محدّدة في العقد وهكذا[1].

وفي هذه الصور وأمثالها قد يعرِض لأحد طرفي العقد ما يمنعه من الوفاء بالتزامه في الأجل المتّفق عليه حين إبرام العقد أو الالتزام المالي، فيأتي دور القاضي من خلال السلطة المخوّل بها من قبل الشرع لينظر في مدى أحقية الطرف العاجز عن الوفاء بالتزامه في الأجل المحدد، بتمديد الأجل له حتى يتمكن من الوفاء بالتزامه، وتجاوز حالة العسر التي أحاطت به (وقد

(١) ينظر: دور القاضي في تعديل العقد: ص ٤٥٤، الدكتور فؤاد محمود معوض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط،٢٠٠٤م.

اشتملت أحكام الفقه الإسلامي على تنظيم دقيق للالتزامات المؤجلة وطرق الوفاء بالديون وأحكام المدين المفلس، ومنها منح القاضي سلطة تقديرية في منح الأجل أو تعديله)[1].

*** وبناء على ذلك سأعرض لمسائل هذا المبحث في أربعة مطالب كالآتي:**

- المطلب الأول: مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي ومؤيداتها في القانون الوضعي.
- المطلب الثاني: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المطلب الثالث: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المطلب الرابع: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي.



(١) الشرط الجزائي، أستاذنا الدكتور أسامة الحموي: ص ٣٧٢.

المطلب الأول:

مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي ومؤيداتها في القانون الوضعي

* **سأعرض لمضمون هذا المطلب في فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول:** مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني:** مؤيدات سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي.



- **الفرع الأول:** مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي

إن تعديل الأجل الاتفاقي من قبل القاضي في الظروف والحالات القاهرة التي تحول دون تمكّن أحد طرفي العقد من الوفاء بالتزاماته في الأجل المحدّد حين إبرام العقد أو الالتزام المالي، له ما يبرّره ويؤيّده من مختلف مظانّ الشريعة الإسلامية، وفيما يلي أعرض لأبرز الأدلة من كتاب الله تعالى وسنة نبيه المصطفى صلى الله عليه وسلم والقواعد الفقهية العامة في مشروعية هذه السلطة:

❖ **أولاً:** مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي من القرآن الكريم:

١- قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [سورة البقرة: ١٨٥].

فهذه الآية الكريمة وإن نزلت بمناسبة الفطر في نهار رمضان في السفر، إلا أنها شاملة بمفهومها لكل ما فيه مشقة وعسر، فقد ندبت إلى التخفيف والتيسير في سائر أمور الدِّين الحنيف، ومن ذلك التخفيف على من حلَّ به ظرف حال دون تمكنه من الوفاء بالتزامه العقدي في أجله المحدَّد من خلال التعديل في الأجل حتى يتمكن من الوفاء، وإلى هذا العموم في مدلول الآية أشار الإمام القرطبي[1] رحمه الله تعالى بقوله:

---

(١) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر الأندلسي القرطبي، من كبار المفسرين، من تصانيفه: (الجامع لأحكام القرآن) و(التذكرة بأمور الآخرة) توفي بمصر- سنة ٦٧١هـ. ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ١/ ٣١٧، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط- د.ت، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب، ابن العماد الحنبلي: ٥/ ٣٣٥ م.

(اليسر الفطر في السفر، والعسر الصوم في السفر، والوجه عموم اللفظ في جميع أمور الدِّين)[1].

٢- قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج: ٧٨]، وما قيل في الآية السابقة يقال بخصوص هذه الآية من حيث التيسير ورفع الحرج في عموم أمور الدِّين.

٣- قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠] فهذه الآية هي عمدة الاستدلال على مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي؛ إذ تنص على أبرز صورة من صور عدم التمكّن من الوفاء بالتزامات العقد في أجلها المحدّد، وهي صورة المدين المعسر الذي حلّت به ضائقة حالت دون تمكنه من الوفاء بدينه في أجله المحدّد، فخوّلت هذه الآية القاضي سلطة تعديل الأجل بتمديده حتى يتمكّن المعسر من الوفاء بدينه ضمن شروط وضوابط تَرِد بالتفصيل لاحقاً بإذن الله.

كما أن القوانين الوضعية خوّلت القاضي السلطة نفسها، وأطلقت على هذا التعديل للأجل مصطلح «نظرة الميسرة» أخذاً من نص الآية السابقة.

قال ابن كثير[2] رحمه الله تعالى: (يأمر الله تعالى بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء فقال: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ لا كما كان أهل الجاهلية يقول أحدهم لمدينِه إذا حلّ عليه الدَّين: إما أن تقضي وإما أن تربي «أي تزيد زيادة ربوية»، ثم يندب إلى الوضع عنه ويعد على ذلك الخير والثواب الجزيل فقال: ﴿وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾، أي: وأن تتركوا رأس المال بالكلية وتضعوه عن المدين)[3].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: ٢/ ٣٠١.

(٢) هو إسماعيل بن عمر بن كثير، أبو الفداء البصروي ثم الدمشقي الشافعي، مفسر، محدّث، فقيه، حافظ، من تصانيفه (البداية والنهاية) و(تفسير القرآن العظيم) و(الاجتهاد في طلب الجهاد) توفي سنة ٧٧٤هـ، ينظر: النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: ١١/ ١٢٣، جمال الدين أبو المحاسن يوسف الأتابكي، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، مصر، د.ط، د.ت، وشذرات الذهب، ابن العماد: ٦/ ٢٣١.

(٣) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير: ١/ ٣٣٢.

وغيرها من الآيات الكريمة.

❖ **ثانياً**: مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي من السنة النبوية المطهرة[1]:

لقد وردت أحاديث عديدة في مشروعية نظرة الميسرة والحض عليها، لما في ذلك من تعاون وتخفيف على المدين المعسر في الدنيا إضافة إلى الثواب العظيم في الآخرة، **ومن تلك الأحاديث**:

١- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أنظر معسراً فله بكل يوم مثله صدقة»[2].

٢- وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله»[3].

٣- وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أنظر معسراً إلى ميسرته أنظره الله بذنبه إلى توبته»[4].

فهذه الأحاديث الشريفة تحضّ على إنظار المعسر حتى تزول كربته وتتحقق ميسرته وقد أمر الله تعالى الدائن بالصبر على المدين المعسر الذي لا يجد الوفاء حتى اليسار، كما أن النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل هذا الإنظار قربة يُجزل لصاحبها الثواب يوم القيامة.

---

(١) ينظر: الشرط الجزائي، لأستاذنا الحموي: ص ٣٧٢ وما بعدها، وسلطة القاضي في تعديل العقد، للخطيب: ص ٤٠٧ وما بعدها.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٢/ ٨٠٨، كتاب: الصدقات، باب: إنظار المعسر، رقم الحديث: (٢٤١٨)، وأحمد في مسنده: ٥/ ٣٥١، باب: حديث بريدة الأسلمي رضي الله عنه، رقم الحديث: (٥٣٠٢٠)، والحاكم في المستدرك: ٢/ ٣٤، كتاب: البيوع، رقم الحديث: (٢٢٢٥)، وقال فيه: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وقال فيه صاحب مجمع الزوائد: روى ابن ماجه طرفاً منه، ورواه أحمد ورجاله رجال الصحيحين (مجمع الزوائد، الهيثمي: ٤/ ١٣٥).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: ٤/ ٢٣٠٢، كتاب: الزهد والرقائق، باب: حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر، رقم الحديث: (٣٠٠٦).

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ١١/ ١٥١، باب: حديث عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، رقم الحديث: (١١٣٣٠)، قال فيه صاحب مجمع الزوائد: رواه الطبراني في الكبير والأوسط، وفيه الحكم بن الجارود، ضعّفه الأزدي. (مجمع الزوائد، الهيثمي: ٤/ ١٣٥).

فيلجأ القاضي بسلطته التقديرية إلى تعديل أجل القرض وغيره من العقود والالتزامات التي يعجز فيها الملتزم عن الوفاء بالتزامه في الأجل المتفق عليه لأسباب سائغة شرعاً كما سيأتي، حتى يساره وتمكنه من الوفاء.

❖ **ثالثاً**: مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي من القواعد الفقهية العامة:

١- قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»:

فقد قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته، ومعناها: أن الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ويلزم التسامح في وقت المضايقة[١].

ومن ذلك منح القاضي سلطة تعديل الأجل الاتفاقي إذا حلَّ بالطرف الملتزم في العقود والالتزامات المالية عسر شديد حال بينه وبين الوفاء بالتزامه في أجله المحدَّد حين إبرام العقد ضمن ضوابط وشروط ترِد قريباً بإذن الله تعالى.

٢- قاعدة: «إذا ضاق الأمر اتّسع»[٢]:

معنى القاعدة: إذا طرأت مشقة وتضايق الناس أو المرء من حكم شرعي في الأحوال العادية جاز لهم التّرخص في الأحكام وعدم التزام القواعد العامة المطّردة، وخُفّف عليهم بأخذ الأيسر والأسهل ما دام هناك حرج وضيق.

- ومن تطبيقاتها: أن المدين المعسر تؤجل مطالبته إلى وقت اليسار، أو يسقط عليه الدين لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠][٣].

تلك هي أبرز الأدلة على مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي.

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم الحنفي: ص٦٤، وينظر: نظرية الضرورة الشرعية، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي: ص١٩٥ وما بعدها.

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص٧٢.

(٣) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية، أستاذنا الدكتور الزحيلي: ص٢٢١-٢٢٢.

■ **الفرع الثاني**: مؤيدات سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي

بالنسبة لمؤيدات سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانونين المصري والسوري -محل المقارنة في هذا البحث- فقد نظّمت المادتان: (١٥٧) و (٣٤٦) من القانون المدني المصري و(١٥٨) و(٣٤٤) من القانون المدني السوري أحكام الأجل وسلطة القاضي إزاءه، وذلك كالآتي[1]:

* نصّت المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري والمادة (١٥٨) من القانون المدني السوري على ما يلي:

(١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

٢- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته).

* كما نصّت المادة (٣٤٦) من القانون المدني المصري والمادة (٣٤٤) من القانون المدني السوري على ما يلي:

(١- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

٢- على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن يُنْظِر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق من هذا التأجيل ضرر جسيم).

---

(١) ينظر: مفهوم الأجل وأنواعه في القانون المدني السوري، رمضان السهو على موقع المحاماة الالكتروني، مرجع سابق، وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، الخطيب: ص٣٨٧ وما بعدها، والشرط الجزائي: أستاذنا الدكتور الحموي: ص٣٧٥.

تلك هي المواد المشرِّعة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانونين المصري والسوري بشكل مجمل، وستأتي التفصيلات المتعلقة بها تباعاً بإذن الله تعالى.

فللقاضي بموجب المواد السابقة سلطة في منح المدين أجلاً جديداً للوفاء بالتزامه الذي لم يفِ به، وهي سلطة تقديرية واسعة تتمثل في حق القاضي على سبيل الجواز أن يمنح المدين الأجل الذي يراه مناسباً بحسب الظروف لتمكينه من الوفاء بالتزامه.

والقاضي بموجب هذه السلطة يكون قد تدخل في مجال العقد بتعديل مدة التنفيذ المشترطة بمدّها إلى الوقت الذي يراه مناسباً وبحسب الظروف التي يقدّرها.

المطلب الثاني:

مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

* **يشمل الحديث في هذا المطلب فرعين كالآتي:**

- **الفرع الأول**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي.



- **الفرع الأول**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي

لقد اشتملت أحكام الفقه الإسلامي على نظام دقيق للالتزامات المؤجلة وطرق الوفاء بالديون، حيث عرض الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة لأحكام الدَّين وكيفية سداده بتفصيلٍ وافٍ، وكذلك لسائر أحكام الالتزامات المؤجلة سوى الدَّين، كبعض الحالات في عقود البيع والإجارة والإعارة ونحو ذلك مما سيرِد في هذا المطلب بإذن الله تعالى.

ولقد عرض المطلب الأول للأدلة التي نهضت بتأصيل سلطة القاضي في تعديل أجل العقود والالتزامات المالية المؤجلة، ووصل التدرّج في البحث إلى دراسة مظاهر تلك السلطة من خلال عرض الحالات التي يسوغ للقاضي فيها إعمال سلطته في التعديل، ولدى استقراء ما ورد في الفقه الإسلامي من أحكام الأجل تبيّن أن كيفية تعديل الأجل في العقود والالتزامات المؤجلة تدور بين مظهرين، **أعرض لهما فيما يلي في مسألتين:**

۞ **المسألة الأولى**: المظهر الأول «سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام بِمَدِّه».

۞ **المسألة الثانية**: المظهر الثاني «سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام بالتقصير منه».

* **وفيما يلي أعرض لهاتين المسألتين بالتفصيل:**

۞ **المسألة الأولى**: المظهر الأول «سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام بمدِّه»

باستقراء ما ورد في فقهنا الإسلامي تبرز أحكام سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بمدِّه في عدد من الحالات **أبرزها حالتان:**

۞ **إحداهما**: سلطة القاضي في منح المدين المعسر أجلاً للوفاء.

۞ **والأخرى**: سلطة القاضي في تعديل مدة عقد إجارة الأراضي الزراعية.

وسأكتفي فيما يلي بعرض هاتين الحالتين بالتفصيل؛ لإغنائهما في حصول تصورٍ كافٍ عن سلطة القاضي في تعديل الأجل بمدِّه في الفقه الإسلامي.

۞ **الحالة الأولى**: سلطة القاضي في منح المدين المعسر أجلاً للوفاء:

الأصل عندما يتفق الطرفان في العقد على أجل معين يسدِّد فيه المدين دينه أو يفي فيه الملتزم بالتزامه أن يتقيّدا بذلك الأجل؛ تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة:١] لأن الوفاء بالعقد يشمل التقيد بالأجل المتفق عليه في ذلك العقد، إلا أنه قد تعترض المدين أو الملتزم بعض الظروف تحول بينه وبين سداد دينه أو الوفاء بالتزامه في ذلك الأجل المتفق عليه، مما يستدعي تدخل القاضي ليمدّ من الأجل حتى يتمكن المدين من سداد دينه ضمن ضوابط وشروط ترِد لاحقاً بإذن الله تعالى، وهذا ما يُعرف بنظرة الميسرة.

ويقصد بنظرة الميسرة: التعبير الذي يُطلق على الأجل الممنوح للمدين المعسر حتى يتمكن من الوفاء بدينه[1].

ومما ورد عن الفقهاء في بيانها: ما جاء في «بدائع الصنائع»: (إن النَّظِرة هي التأخير فلا بد وأن يؤخَّر، وهو أن يؤخِّره القاضي أو صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولا من السفر)[2].

(١) القوة الملزمة للعقد، لوليد صلاح رمضان: ص٥٧٩.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني: ٧/ ١٧٣.

* وأما بالنسبة لحالة الإعسار فقد ورد في بيانها ما يلي:

- قال الإمام أبو بكر بن العربي رحمه الله تعالى في كتابه أحكام القرآن: (فإن قيل: وبم تُعلم العُسْرة؟ قلنا: بأن لا نجد له مالاً، فإن قال الطالب: خبَّأ مالاً، قلنا للمطلوب: أَثْبِت عُدْمكَ ظاهراً، ويحلف باطناً، والله يتولى السرائر)[1].

- وجاء في الموسوعة الفقهية: (العُسْرة في الاصطلاح عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال ولا كسب)[2].

- كما تم بيان حالة الإعسار والمُعْسِر كذلك في مجمع الفقه الإسلامي بالآتي: (وصف عارض يلحق بالشخص يكون معه عاجزاً عن القيام بنفقاته الواجبة وسداد ديونه، والمُعسِر هو من لحقه هذا الوصف)[3].

ونظرة الميسرة كما سبق مأخوذة من نص القرآن الكريم في قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة:٢٨٠] وحتى نحظى بتصور دقيق لسلطة القاضي في هذا الجانب أستعرض فيما يلي آراء المذاهب الفقهية الأربعة وموقفها من نظرة الميسرة على النحو الآتي:

١- رأي السادة الحنفية في سلطة القاضي في منح المدين المعسر نظرة الميسرة:

ذهب السادة الحنفية إلى أن الأصل في الدَّين هو وجوب الوفاء به من قبل المدين الموسر القادر على الوفاء إذا حلّ أجله، وبالتالي لا يسوغ للقاضي في هذه الحالة تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بمنح المدين أجلاً إضافياً.

---

(١) أحكام القرآن: ١/ ٣٢٦، أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، د.ط، د.ت.

(٢) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت: ٥/ ٢٤٦.

(٣) مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران في الجزائر سنة ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م، من موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي على الإنترنت: www.iifa-aifi.org

جاء في «حاشية ابن عابدين»: (اعلم أن المدعي إذا ادعى ديناً وأثبته يؤمر المديون بدفعه، فإن أبى وطلب المدعي حبسه وهو غني يُحبس)[1].

فإن كان المدين معسراً لا يقدر على الوفاء بدينه في الأجل المتفق عليه فيُنتظر إلى الميسرة، أي لا يسوغ للقاضي في هذه الحالة الأمر بحبسه، وإنما يُجري تعديلاً على العقد أو الالتزام المالي بمنح المدين المعسر أجلاً حتى يتمكن من الوفاء بالتزامه.

جاء في «بدائع الصنائع»: (... وأما الذي يرجع إلى المديون، فمنها القدرة على قضاء الدَّين، حتى لو كان معسراً لا يُحبس؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة:٢٨٠]، ولأن الحبس لدفع الظلم بإيصال حقه إليه، ولا ظلم فيه لعدم القدرة، ولأنه إذا لم يقدر على قضاء الدَّين لا يكون الحبس مفيداً؛ لأن الحبس شُرع للتوسل إلى قضاء الدَّين لا لعينه)[2].

وفي هذه الحالة يجب أن يثبت لدى القاضي إعسار المدين وعدم قدرته على الوفاء بالدَّين، ويكون ذلك بالسؤال عنه وبشهادة الشهود بيساره أو إعساره، فإن لم تقم البينة على إعساره أمر القاضي بحبسه حتى يتبيّن حاله من اليسار أو الإعسار.

وقد اتجه السادة الحنفية إلى القول بحبس المدين في كل دين ما خلا دين الولد على الأبوين أو بعض الأجداد، فإنهم لا يحبسون في دينه، أما في دين غيرهم فيُحبس؛ لأنه بالمطل صار ظالماً والظالم يُحبس[3].

ويشترط في هذه الحالة أن يطلب صاحب الدَّين من القاضي حبسَ المدين؛ لأن الدَّين حقه، والحبس وسيلة إلى حقه، ووسيلة حق الإنسان حقُّه، وحق المرء إنما يطلب بطلبه فلابد من الطلب للحبس، فإذا لم يطلب الدائن من القاضي حبس المدين لم يُحبس[4].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٨٠.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/ ١٧٣.

(٣) ينظر: المبسوط، السرخسي: ٢٠/ ٨٨.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/ ١٧٣.

وإن اشتبه على القاضي حال المدين في يساره وإعساره وطلب الغرماء حبسه، لم يمنحه نظرة الميسرة حتى يحبسه ويتبيَّن حاله، وتفصيل هذه الحالة ما جاء في «بدائع الصنائع»: (وإن اشتبه على القاضي حاله في يساره وإعساره ولم يقم عنده حجة على أحدهما وطلب الغرماء حبسه، فإنه يحبسه ليتعرف عن حاله أنه فقير أم غني، فإن علم أنه غني حبسه إلى أن يقضي الدين؛ لأنه ظهر ظلمه بالتأخير، وإن علم أنه فقير خلَّى سبيله؛ لأنه ظهر أنه لا يستوجب الحبس فيُطلِقُهُ، ولكن لا يمنع الغرماء عن ملازمته عند أصحابنا الثلاثة[1] رضي الله عنهم إلا إذا قضى القاضي بالإنظار لاحتمال أن يرزقه الله سبحانه وتعالى مالاً إذ المال غاد ورائح، وعند زفر رحمه الله لا يلازمونه لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ ذكر النظرة بحرف الفاء فثبت من غير قضاء القاضي، ولنا أن النظرة هي التأخير فلا بد وأن يؤخره القاضي أو صاحب الحق، ولا يمنعونه من التصرف ولا من السفر، فإذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص، وإذا مضى على حسبه شهر أو شهران أو ثلاثة ولم ينكشف حاله في اليسار والإعسار خلّى سبيله؛ لأن هذا الحبس كان لاستبراء حاله وإبلاء عذره، والثلاثة الأشهر مدة صالحة لاشتهار الحال وإبلاء العذر فيُطلقه، لكن الغرماء لا يُمنعون من ملازمته فيلازمونه، لكن لا يمنعونه من التصرف والسفر)[2].

* فخلاصة القول في مذهب السادة الحنفية: أن للقاضي سلطة تعديل الأجل الاتفاقي في العقود والالتزامات المالية المؤجلة، وذلك بمنح المدين المعسر نظرة الميسرة حتى يتمكن من الوفاء بالتزامه، بشرط أن يثبت لدى القاضي بالبينة أو الشهود عُسره، فإن اشتبه على القاضي حال المدين من اليسار أو الإعسار وطلب غرماؤه حبسه، فإنه يُحبس حتى يظهر حاله من اليسار أو الإعسار، فإذا ثبت إعساره وخلَّى القاضي سبيله فلا يُمنع غرماؤه من ملازمته في المعتمد من المذهب.

(١) هم الإمام أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/ ١٧٣.

٢- رأي السادة المالكية في سلطة القاضي في منح المدين المعسر نظرة الميسرة:

ذهب السادة المالكية كذلك إلى وجوب الوفاء بالدَّين في أجله المتفق عليه حين إبرام العقد، وذلك في حق القادر على الوفاء.

جاء في «القوانين الفقهية» في بيان أنواع الغرماء: (الأول: غريم مليء فهذا يجب عليه الأداء ولا يحل له المطل)[١].

وبناء على ذلك إذا حلّ أجل الوفاء بالدَّين ولم يلتزم المدين المليء بالوفاء بدينه في ذلك الأجل وتمَّ رفع الأمر إلى القاضي، فلا يسوغ للقاضي تعديل أجل الوفاء بمدِّه، وإنما يأمر المدين المليء بالوفاء بدينه، وإلا أمر بحبسه حتى يؤدي ما عليه.

جاء في «شرح مختصر خليل»: (ومعلوم الملاء لا يخرج -أي من السجن- حتى يؤدي أو يموت أو تشهد له بينة بذهاب ما بيده)[٢].

فأما إذا كان المدين معسراً فلا يحبسه القاضي، وإنما يؤخره حتى اليسار، أي يعدِّل الأجل المتفق عليه بمدِّه حتى يوسر المدين ويتمكن من الوفاء، جاء في «حاشية الدسوقي» وأصلها: (لا إن علم عسره، أي: فلا يحبس)[٣].

* وأما بالنسبة لمجهول الحال إذا شكاه صاحب الحق إلى القاضي بعد ثبوت الدَّين وحلول أجله، **فلا يخلو من وجهين:**

- **أحدهما:** أن يدَّعي العُدم.
- **والوجه الآخر:** أن لا يدَّعي العُدم.

فأما إذا ادعى العُدم فلا يقبل القاضي ادعاءه بمجرد قوله؛ لأن الناس محمولون على الملاء حتى يثبت عُدمهم، ويطلب منه القاضي في هذه الحالة تقديم رهن أو ضامن بوجهه، وإلا سُجن حتى يتبين عُدمه ويثبت لدى القاضي صحة ادعائه.

---

(١) القوانين الفقهية، ابن جزي: ص٢٠٨.

(٢) شرح مختصر خليل، للخرشي: ٥/ ٢٧٩.

(٣) حاشية الدسوقي: ٣/ ٢٧٨، وينظر: القوانين الفقهية، ابن جزي: ص٢٠٨، والتاج والإكليل، المواق: ٥/ ٤٨.

*** وكيفية ثبوت إعساره لدى لقاضي بعد سجنه تحصل بثلاثة أمور:**

١- أن يقيم بينة على صدقه، وطريق ذلك شهادة الشهود أنه لا يُعرف له مال ظاهر ولا باطن.

٢- ثم يحلف وجوباً على طبق شهادة الشهود أنه لا يَعرف لنفسه مالاً ظاهراً ولا باطناً.

٣- ثم يزيد في يمينه: وإن وجد المال ليقضينَّ الحق لغرمائه.

فإن تحققت هذه الأمور الثلاثة فإن للقاضي سلطة تعديل أجل الوفاء في حق المدين حتى اليسار، بمعنى وجوب إنظاره إلى الميسرة؛ لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠] ويخلّى سبيله إذا طال سجنه، ويكون بقدر الدَّين، فليس الدَّين الكثير كالقليل، وتحقيق المسألة في الطول وعدمه بحسب اجتهاد القاضي.

فإذا ثبت إعساره لم يجز للدائن ملازمته بحيث كلما يأتيه شيء يأخذه منه؛ لأن المولى قد أوجب إنظاره لليسر، خلافاً للسادة الحنفية الذين أجازوا للدائن ملازمة غريمه بعد ثبوت إعساره كما سبق.

وأما الوجه الآخر بالنسبة لمجهول الحال إذا شكاه الدائن إلى القاضي، وهو أن لا يدَّعي العُدم: فإن القاضي يأمره بالأداء في هذه الحالة، ولا يُعدِّل أجل الوفاء إلا إذا طلب الإمهال حتى يتيسر له تقديم رهن أو ضامن بالمال، ففي هذه الحالة لا يسجنه القاضي وإنما يعدِّل في أجل الالتزام بمدِّه أمداً على حسب قلة الدَّين وكثرته وذلك يرجع إلى اجتهاد القاضي[1].

تلك هي أبرز النقاط المتعلقة بسلطة القاضي في منح المدين المعسر نظرة الميسرة في المذهب المالكي.

---

(١) ينظر: القوانين الفقهية، ابن جزي: ص٢٠٨، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٢٧٨ وما بعدها، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٢٧٨، والتاج والإكليل، المواق: ٥/ ٤٨.

٣- رأي السادة الشافعية في سلطة القاضي في منح المدين المعسر نظرة الميسرة:

يتلخص رأي السادة الشافعية في سلطة القاضي في منح المدين نظرة الميسرة من خلال النظر في حال المدين من حيث اليسار والإعسار، **وفيما يلي أعرض لهاتين الحالتين:**

➢ **الحالة الأولى**: حالة اليسار:

أي إذا حلَّ أجل الوفاء بالدين وكان للمدين مال يكفي للوفاء بدينه في ذلك الأجل، فقد بيّن الإمام النووي رحمه الله تعالى هذه الحالة بقوله: (وأما الذي له مال وعليه دين فيجب أداؤه إذا طُلب، فإذا امتنع أمره الحاكم به، فإن امتنع باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه، قلت: قال القاضي أبو الطيب والأصحاب: إذا امتنع فالحاكم بالخيار إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه وعزّره بالحبس وغيره حتى يبيعه)[(١)].

إذن يستنتج من النص السابق أن المدين الموسر إذا حلَّ أجل الوفاء بدينه فإن القاضي لا يعدّل له في ذلك الأجل بمدِّه، وإنما يأمره بالوفاء بدينه، وإلا تخيّر القاضي -حسب اجتهاده- بين أن يبيع عليه ماله جبراً عنه لسداد دينه وبين أن يحبسه حتى يفي بالتزامه.

➢ **الحالة الثانية**: حالة الإعسار[(٢)]:

إذا حلَّ أجل الوفاء بالدَّين في معاملة مالية كقرض أو شراء أو بيع سلم فادعى المدين أنه معسر وغير قادر على الوفاء بدينه في الأجل المتفق عليه، فإذا رفع الدائن الأمر إلى القاضي فإن القاضي يطالب المدين بالبينة وهي إقامة شاهدين لهما خبرة بأحوال المدين الظاهرة والباطنة لطول جوار ومخالطة ونحو ذلك يشهدان بإعساره، فإن شهدا بذلك أمَرَ القاضي المدين بالحلف على إعساره بطلب من الدائن لاحتمال أن يكون له مال في الباطن لم يطلع عليه الشاهدان.

---

(١) روضة الطالبين، النووي: ٤/ ١٣٧.

(٢) ينظر: روضة الطالبين، النووي: ٤/ ١٣٧ وما بعدها، ومغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٥٥ وما بعدها، ونهاية المحتاج، الرملي: ٤/ ٣٣١ وما بعدها.

فإذا ثبت إعساره عند القاضي لم يحبسه بل يمهله حتى يوسر، بمعنى أن القاضي في هذه الحالة يملك سلطة تعديل الأجل المتفق عليه للوفاء بالالتزام وذلك بمدِّه حتى يوسر المدين.

جاء في «مغني المحتاج»: (وإذا ثبت إعساره عند القاضي لم يجز حبسه ولا ملازمته، بل يمهل حتى يوسر لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]).[1]

ويؤخذ من النص السابق أيضاً أنه لا تجوز ملازمة المدين -في حالة ثبوت إعساره- من قبل الدائن.

أما إذا لم يتمكن المدين من إقامة البينة على إعساره حبسه القاضي إلى حين ثبوت إعساره، بمعنى أن القاضي إذا لم يثبت له بالبينة واليمين صدق المدين في ادعائه الإعسار لم يسغ له تعديل الأجل المتفق عليه بين الدائن والمدين للوفاء بالالتزام، وإنما يلجأ إلى إجراء آخر وهو حبس المدين حتى يفي بالتزامه أو يقدِّم البينة مع يمينه على إعساره.

وفي هذه الحالة -وهي عدم ثبوت إعسار المدين- يجوز للدائن ملازمته، جاء في «مغني المحتاج»: (...بخلاف من لم يثبت إعساره، فيجوز حبسه وملازمته)[2].

تلك هي أبرز النقاط المتعلقة بسلطة القاضي في منح المدين المعسر نظرة الميسرة في المذهب الشافعي.

٤- رأي السادة الحنابلة في سلطة القاضي في منح المدين المعسر نظرة الميسرة:

يتلخص رأي السادة الحنابلة في سلطة القاضي في منح المدين المعسر نظرة الميسرة في النقاط الآتية:

- من لزمه دين مؤجل بسبب قرض أو بيع أو نحو ذلك حرمت مطالبته به قبل حلول أجله، جاء في «كشاف القناع»: (ومن لزمه دين مؤجل من ثمن مبيع أو صداق أو غيره

(١) مغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٥٦.

(٢) المرجع نفسه.

حرمت مطالبته به قبل حلول أجله؛ لأنه لا يلزمه أداؤه قبل الأجل ومن شروط المطالبة لزوم الأداء)[1].

وبناء على ذلك إذا طالب الدائن بوفاء دينه قبل حلول أجله ورفع الأمر إلى القاضي، فلا يُجري القاضي أي تعديل في الأجل المتفق عليه بين الدائن والمدين، وإنما يُلزم الدائن بالانتظار حتى حلول أجل الوفاء.

* فإذا حلَّ أجل الوفاء بالدَّين، **فلا يخلو حال المدين من أمرين:**

- **أحدهما:** أن يكون قادراً على الوفاء.
- **والأمر الآخر:** أن يكون عاجزاً عن الوفاء.

* **وفيما يلي تفصيل الحالتين:**

➢ **الحالة الأولى:**

أن يكون المدين قادراً على الوفاء:

فيجب على القاضي في هذه الحالة أن يأمر المدين بوفاء دينه إن طلب الغرماء من القاضي ذلك؛ لما فيه من فصل القضاء المنتَصب له، ويجب على المدين الاستجابة لطلب القاضي على الفور لقوله صلى الله عليه وسلم: «مطل الغني ظلم»[2]، وبالطلب يتحقق المطل.

فإن لم يطالب الدائن بالوفاء في الأجل المحدّد فلا يجب على المدين الوفاء على الفور.

وبناء على ذلك إذا حلّ أجل الوفاء بالدَّين وطلب الدائن من القاضي تحصيل دينه من المدين القادر على الوفاء، فلا يملك القاضي سلطة تعديل ذلك الأجل بمدِّه وإنما يُلزِم المدين بالوفاء.

---

(١) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٨٤٥، كتاب: الاستقراض وأداء الديون... ، باب: مطل الغني ظلم، رقم الحديث: (٢٢٧٠)، ومسلم في صحيحه: ٣/ ١١٩٧، كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني وصحة الحوالة...، رقم الحديث: (١٥٦٤).

فإذا امتنع المدين القادر على الوفاء من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبته والإغلاظ له بالقول فيقول له: يا ظالم، يا معتدي ونحو ذلك، كما أن القاضي يحبسه في هذه الحالة لقوله صلى الله عليه وسلم: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»[1]، وقوله: «مطل الغني ظلم»[2].

وليس للقاضي إخراجه من الحبس حتى يفي بدينه أو يبرئه الدائن أو يرضى الدائن بإخراجه؛ لأن الحبس حق للدائن وقد أسقطه[3].

➢ **الحالة الثانية:**

أن يكون المدين عاجزاً عن الوفاء:

المدين العاجز عن الوفاء إما أن لا يدَّعي الإعسار وإما أن يدَّعيه، **وتفصيل الأمرين كالآتي:**

* فإن لم يدَّع الإعسار وطلب إمهالاً بقدر ما يتمكن فيه من أداء التزامه، كأن كانت له سلعة فطلب من الدائن أن يمهله حتى يبيعها ويوفيه الدين من ثمنها، أو كان ماله في غير المكان الذي طولب فيه بالأداء كأن كان ماله في بلد آخر فطلب الإمهال حتى يحضر ماله ويفي بالتزامه، أو طلب الإمهال حتى يقترض مالاً من شخص آخر ويوفي الدائن من ذلك القرض، ففي هذه الحالات يُعطى المدين مهلة بقدر ما يتمكن فيها من الوفاء.

---

(١) أخرجه البخاري تعليقاً في صحيحه: ٢/ ٨٤٥، كتاب: الاستقراض وأداء الديون...، باب: مطل الغني ظلم، حيث قال: (باب: لصاحب الحق مقال، ويُذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم: لي الواجد يحل عقوبته وعرضه، قال سفيان: عرضه يقول مطلتني، وعقوبته الحبس).

كما أخرجه النسائي في سننه: ٤/ ٥٩، كتاب: البيوع، باب: مطل الغني، رقم الحديث: (٦٢٨٨) و(٦٢٨٩)، وأبو داود في سننه: ٣/ ٣١٣، كتاب: الأقضية، باب: الحبس في الدين وغيره، رقم الحديث: (٣٦٢٨)، وابن ماجه في سننه: ٢/ ٨١١، كتاب: الصدقات، باب: الحبس في الدين والملازمة، رقم الحديث: (٢٤٢٧).

قال ابن حجر رحمه الله في تغليق التعليق: ٣/ ٣١٩ (رواه النسائي وابن ماجه من حديث وكيع، وهو إسناد حسن...، ورواه البخاري في التاريخ الكبير عن أبي عاصم، فوافقناه بعلو على طريقه).

(٢) سبق تخريجه: ٢٦١.

(٣) ينظر في تفصيل هذه الحالة: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٢٩١ وما بعدها، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٨.

بمعنى أن الدائن إن كان قد رفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي يستخدم سلطته بتعديل أجل الالتزام المتّفق عليه وذلك بمدِّه بمقدار ما يتمكن فيه المدين من الأداء في المهلة التي طلبها.

* وأما إن ادّعى الإعسار فإما أن يصدّقه الدائن أو لا، وتفصيل الأمرين كالآتي:

فإن صدّقه الدائن في ادعائه الإعسار لم يحبسه القاضي، وإنما وجب إنظاره ولم تجز ملازمته، بمعنى أن للقاضي في هذه الحالة استخدام سلطته بتعديل الأجل المتّفق عليه بين الدائن والمدين وذلك بمدِّه حتى يوسر المدين ويتمكن من الوفاء بالتزامه لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠]، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لغرماء الذي كثر دينه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[(١)]، ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر، فلا فائدة في الحبس.

وأما إن كذّبه الدائن في ادعائه الإعسار وكان دينه -أي مدعي الإعسار- عن عوض مالي كالبيع والقرض ونحو ذلك، حبسه القاضي في هذه الحالة حتى يتبيّن أمره[(٢)].

بمعنى أن القاضي لا يجري أيّ تعديل على الأجل المتفق عليه للوفاء، وإنما يحبس المدين حتى تثبت لديه عسرته.

*** وكيفية ثبوت عسرة المدين عند القاضي تحصل بأحد أمرين:**

الأول: شهادة اثنين من أهل الخبرة الباطنة بأحوال المدين ممن يكثر اختلاطهم به ولا يخفي عليهم حاله على عسرة المدين، فإن شهدا بعسرته اكتفى القاضي بشهادتهما في ذلك دون أن يحلف المدين؛ لأن الشهادة على العسرة لا تحتاج إلى ضم يمين المدين إليها.

---

(١) سبق تخريجه: ص ٢١٥.

(٢) ينظر في تفصيل هذه الحالة: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٢٩١ وما بعدها، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٨ وما بعدها.

والأمر الثاني: شهادة اثنين بنفاد مال المدين أو بتلفه دون الشهادة بإعساره، فلا يُشترط في الشاهدين الخبرة الباطنة في هذه الحالة، ويُطالب المدين بضم يمينه إلى الشهادة فيحلف -بعد شهادة الشاهدين بتلف ماله- أنه لا مال له في الباطن[1].

وبناء على ذلك إن ثبتت عسرة المدين لدى القاضي بأحد الأمرين السابقين خلّى سبيله ولم تجز ملازمته، بمعنى أن القاضي يستخدم سلطته في العقد -في هذه الحالة- بمدِّ أجله المتفق عليه حتى يوسر المدين فيتمكن من الوفاء.

تلك هي آراء الفقهاء وأدلتهم بالتفصيل في المذاهب الفقهية الأربعة في الحالة الأولى من حالَتَي سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بمدِّه، وهي سلطة القاضي في منح المدين المعسر أجلاً للوفاء.

حيث تمّ التوصل إلى نتيجة مفادها اتفاق الفقهاء -من حيث الجملة- على وجوب تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بمدِّه من قبل القاضي إذا ثبت لديه إعسار المدين وعدم تمكّنه من الوفاء بالتزامه في ذلك الأجل المتفق عليه، بتفصيلات تمّ عرضها في كل مذهب على حدة من باب تحري الدقة في الطرح.

ولننتقل فيما يلي إلى الحالة الأخرى من حالَتَي سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بمدِّه.

الحالة الثانية: سلطة القاضي في تعديل مدة عقد إجارة الأراضي الزراعية:

الأصل في عقد الإجارة أنه يقع على مدة ويجب أن تكون هذه المدة معلومة، جاء في «المغني»: (... أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة، ولا خلاف في هذا نعلمه، ولأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرِّفة له فوجب أن تكون معلومة، كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل..)[2].

(١) ينظر: كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤٢١-٤٢٢.

(٢) المغني، ابن قدامة: ٥/ ٢٥١.

وعند انتهاء هذه المدة فإن الإجارة تنفسخ حالها كحال أيّ عقد حلَّ أجله، إلا لعذر كما سيأتي قريباً، جاء في «بدائع الصنائع»: (ومنها -أي من أسباب انتهاء عقد الإجارة- انقضاء المدة إلا لعذر لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة، إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يُستحصد فإنه يُترك إلى أن يُستحصد بأجر المثل)[1].

فهذا النص يفيد أن ثمة استثناءات ترد على عقد الإجارة تقضي بتعديل أجله المتّفق عليه بين طرفيه حين إبرام العقد، ومن تلك الاستثناءات امتداد الأجل في عقد إجارة الأرض الزراعية بتفصيلٍ أعرض له في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة على حدة بناء على تفريقهم بين الزرع والغرس، **وفيما يلي تفصيل حالَتي الزرع والغرس في كل مذهب على حدة:**

١ -رأي السادة الحنفية:

للسادة الحنفية تفصيل في المسألة بحسب الغاية من استئجار الأرض هل هي للزراعة أم للغرس؟ **وذلك كالآتي:**

*** استئجار الأرض للزراعة:**

ذهب السادة الحنفية إلى جواز استئجار الأراضي للزراعة؛ لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها وذلك على مدة معلومة لأن المنفعة تُعلم ببيان المدة.

فإذا انقضت هذه المدة وفي الأرض زرع لم يُستحصد بعد لم يؤمر المستأجر بقلعه وإنما يُترك إلى أن يُستحصد، وعلى المستأجر في هذه الحالة أجر المثل.

وبناء على ذلك إذا ستأجر شخص أرضاً للزراعة إلى أجل محدَّد تمّ بالاتفاق بينه وبين المؤجر فانقضى ذلك الأجل قبل إدراك الزرع، فإذا حصل خلاف بين المؤجر والمستأجر بسبب انقضاء المدة قبل إدراك الزرع وتمّ رفع الأمر إلى القضاء، فإن للقاضي سلطة تعديل ذلك

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤/ ٢٢٣.

الأجل، وذلك بمدِّه حتى يُستحصد الزرع، ويقضي في مقابل ذلك بأجر المثل على المستأجر؛ لأن إدراك الزرع له نهاية معلومة فأمكن رعاية طرفي العقد[1].

هذا ما يخص استئجار الأرض للزراعة، وأما الحالة الأخرى وهي:

*** استئجار الأرض للغرس:**

فقد ذهب السادة الحنفية إلى جواز استئجار الأرض للغرس كذلك؛ لأنها منفعة تُقصد بالأراضي وذلك إلى مدة معلومة.

فإذا انقضت تلك المدة وجب على المستأجر أن يقلع غرسه ولا يستبقيه؛ لأنه لا نهاية له وفي إبقائه إضرار بصاحب الأرض، فإذا رضي صاحب الأرض بإبقائه جاز للمستأجر إبقاؤه بأجر المثل.

وإذا اختار صاحب الأرض إبقاء الغرس في أرضه مقابل أن يضمن لصاحب الغرس قيمة الغرس وهو مقلوع ويصبح ملكاً له، فله ذلك بشرط رضا صاحب الغرس.

فإذا كانت قيمة الأرض تنقص بقلع الغرس كان لصاحب الأرض تملُّك الغرس مقابل ضمان قيمته مقلوعاً لصاحبه ولو بغير رضاه؛ دفعاً للضرر عن أرضه.

وبناء على ذلك لو حصل خلاف بين المستأجر صاحب الغرس والمؤجر صاحب الأرض بعد انقضاء مدة عقد الإجارة وتمّ رفع الأمر إلى القضاء، فليس للقاضي سلطة تعديل أجل العقد بمدِّه، وإنما يأمر المستأجر بقلع غرسه وتسليم الأرض إلى صاحبها فارغة[2].

٢ -رأي السادة المالكية:

لا يختلف رأي السادة المالكية عن رأي السادة الحنفية في كلتا الحالتين: **الزرع والغرس**.

---

(١) ينظر في تفصيل هذه المسألة: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤/ ٢٢٣، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٧/ ٣٠٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٥/ ١٠٦.

(٢) ينظر في تفصيل هذه المسألة: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤/ ٢٢٣، والهداية شرح بداية المبتدي: ٣/ ٢٣٥-٢٣٦، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، المكتبة الإسلامية، د.ط- د.ت، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ٣٠ وما بعدها.

* **ففي حالة الزرع**: نص فقهاء المالكية رحمهم الله تعالى على أن المدة إذا انقضت في عقد إجارة الأرض الزراعية قبل أن يُدرك الزرع، فلا يؤمر المستأجر بقلع زرعه، وإنما يُترك زرعه حتى يتمّ صلاحه، على أن يضمن المستأجر لصاحب الأرض أجر المثل[1].

بمعنى أن المؤجر والمستأجر إن اختلفا حول مدة عقد إجارة الأرض حال انقضائها قبل بدوّ صلاح الزرع وتمّ رفع الأمر إلى القضاء، فإن للقاضي سلطة تعديل مدة العقد بمدِّها حتى يبدو صلاح الزرع، على أن يضمن المستأجر أجر المثل لصاحب الأرض.

* **وفي حالة الغرس**: إذا انقضت مدة عقد الإجارة فإن على صاحب الغرس أن يقلع غرسه من شجر ونحوه.

جاء في «حاشية الدسوقي وأصلها»: (... بخلاف الشجر، أي فإنه إذا انقضت مدة إجارته فلرب الأرض قلعه)[2].

بمعنى أن القاضي -في حال الخلاف بين المؤجر والمستأجر حول مدة عقد إجارة الأرض في حالة الغرس- لا يسوغ له تعديل مدة العقد بمدِّها إذا انقضت، وإنما يُلزم المستأجر بقلع غرسه وتسليم الأرض فارغة إلى صاحبها.

٣ -رأي السادة الشافعية:

للسادة الشافعية تفصيل واسع في المسألة، أجتزئ منه أبرز النقاط المتعلقة بهذا البحث فيما يلي:

* **أولاً: حالة الزرع:**

فقد فرّق الشافعية بين الزرع المطلق والزرع المعين على النحو الآتي:

١ - إذا وقع العقد على زرع مطلق:

فإن وقع عقد إجارة الأرض على زرع مطلق وانقضت مدة العقد المتفق عليها دون أن يُستحصد الزرع، فلا يخلو إما أن يكون السبب في ذلك هو إهمال المستأجر وتفريطه، كأن يزرع

(١) ينظر: المدونة الكبرى، الإمام مالك: ١١/ ٥٣٨.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٧.

صنفاً لا يمكن أن يُستحصد في تلك المدة، أو أنه يُستحصد في تلك المدة ولكن المستأجر أهمل وتأخر في زراعته، فلصاحب الأرض في هذه الحالة أن يُلزمه بقلعه؛ لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها بسبب تفريط المستأجر.

وإما أن يكون السبب في ذلك -أي عدم حصاد الزرع- هو شدة البرد أو قلة المطر، **فهذه الحالة فيها وجهان في المذهب:**

- **أحدهما:** لا يُلزم المستأجر بقلع زرعه؛ لأنه تأخر من غير تفريط منه، وهو الصحيح.

- **والوجه الآخر:** يُلزم المستأجر بقلع زرعه كالحالة السابقة، أي: حالة إهمال المستأجر وتفريطه.

وبناء على ذلك إن حصل خلاف بين المؤجر والمستأجر حول مدة عقد إجارة الأرض في حالة الزرع المطلق وتمّ رفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي يتحقّق ابتداء من سبب تأخر الحصاد، فإن ثبت عنده أن السبب في ذلك يعود إلى إهمال المستأجر وتفريطه لم يسغ له تعديل مدة العقد بمدِّها حتى الحصاد، وإنما يُلزم المستأجر بقلع زرعه في الحال.

أما إن ثبت عنده أنه لا يد للمستأجر في تأخر الحصاد وإنما كان ذلك بسبب برد أو قلة مطر أو نحو ذلك، فإن له في هذه الحالة سلطة تعديل مدة العقد بمدِّها حتى يكتمل الزرع فيتمكن المستأجر من الحصاد مقابل أجر المثل للمؤجر صاحب الأرض.

٢- إذا وقع العقد على زرع معين:

فإن وقع عقد إجارة الأرض على زرع معين بأن كان لا يُستحصد في المدة وانقضت مدة العقد والزرع قائم، **فإنه يُفرّق بين الحالات الآتية:**

أ) فإن شرط على المستأجر القلع فالإجارة صحيحة؛ لأنه عقد على مدة معلومة، ويُجبر على قلعه وفاءً بالشرط، فإن تراضَى الطرفان على تركه بإجارة أو إعارة جاز.

ب) وإن شُرط تبقية الزرع بعد انقضاء المدة فالإجارة باطلة في هذه الحالة؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فأبطله، فإن لم يزرع المستأجر كان لصاحب الأرض منعه من الزراعة؛ لأنها زراعة في عقد باطل، فإن بادر المستأجر و زرع لم يُجبر على القلع؛ لأنه زرع مأذون فيه وعليه أجرة المثل لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة.

جـ) وأما إذا أطلق العقد دون اشتراط أيّ من الشرطين السابقين القلع أو التبقية، **ففيه وجهان:**

- **أحدهما:** يجبر على قلعه؛ لأن العقد إلى مدة وقد انقضت فأُجبر على قلعه كالزرع المطلق، فإن تراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز.

- **والوجه الآخر:** وهو الأصح، لا يُجبر على قلعه؛ لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد فلزمه الصبر عليه.

ويخالف هذا ما إذا استأجر لزرع مطلق؛ لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يُستحصد في المدة، فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأُجبر على قلعه، وههنا هو زرع مع علم المؤجر أنه لا يستحصد في تلك المدة، وفي هذه الحالة يلزم المستأجر المسمى للمدة وأجرة المثل للزيادة؛ لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمستأجر في نقل زرعه، لا يجوز الإضرار بالمؤجر في إبطال منفعة أرضه.

وبناء على الحالات الثلاث السابقة إذا حصل خلاف بين المؤجر والمستأجر حول مدة عقد إجارة الأرض في حالة الزرع المعين وتمّ رفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي يتحقّق ابتداء من الشرط المقترن بالعقد كالآتي:

- فإن تمّ العقد بشرط القلع حَكَم القاضي بصحة العقد دون أن تكون له سلطة تعديل مدة العقد بمدِّها، وإنما يُلزم المستأجر بقلع زرعه إذا انقضت مدة العقد، وفاءً بالشرط الذي التزمه حين إبرام العقد، إلا إذا تراضى الطرفان على ترك الزرع فيُترك.

- وإن تمّ العقد بشرط تبقية الزرع حَكَم القاضي ببطلان العقد، فإن زرع المستأجر مع ذلك لم يُجبر على قلع زرعه بانقضاء المدة، وإنما يمدِّد له حتى الحصاد مقابل أجرة المثل.

- وإن تمّ العقد بشكل مطلق دون اشتراط القلع أو التبقية، فإن للقاضي في الأصح سلطة تعديل مدة العقد بمدِّها حتى الحصاد مقابل أجرة المثل للمؤجر عن الزيادة في المدة[1].

(١) ينظر في تفصيل هذه الحالة: المهذب، الشيرازي: ١/ ٤٠٣، وروضة الطالبين، النووي: ٥/ ٢١٣-٢١٤.

*** ثانياً: حالة الغرس:**

فإذا استأجر شخص أرضاً للغرس، فلا يخلو من ثلاث حالات:

أ) إذا شرط عليه المؤجر القلع بعد انقضاء المدة صحَّ العقد، ولزم المستأجر القلع بعد المدة، وليس على صاحب الأرض أرش النقصان، ولا على المستأجر تسوية الأرض ولا أرش نقصها لتراضيهما بالقلع.

وبناء على هذه الحالة إذا حصل خلاف بين المؤجر صاحب الأرض والمستأجر صاحب الغرس بعد انقضاء مدة العقد -وكانا قد شرطا القلع بانقضاء المدة- فأبى المستأجر أن يقلع غرسه إلى أن يجف وتمّ رفع الأمر إلى القضاء، فليس للقاضي سلطة تعديل مدة العقد بمدِّها وإنما يُلزم المستأجر بقلع غرسه دون تسوية الأرض بعد القلع، وذلك بناء على رضاه بشرط القلع حين إبرام العقد.

ب) إذا أُطلق العقد دون شرط القلع ولا التبقية:

صحَّ العقد في هذه الحالة على المذهب، ولا يُلزم المستأجر بالقلع ولا بتفريغ الأرض بانقضاء المدة؛ لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة في نقل مثله، والعادة في الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع.

وبناء على هذه الحالة إن حصل خلاف بين المؤجر والمستأجر بعد انقضاء مدة العقد -ولم يكونا قد شرطا القلع أو التبقية حين إبرام العقد- وتمّ رفع الأمر إلى القضاء، فإن للقاضي سلطة تعديل مدة العقد بمدِّها حتى يجف الغراس ويتمكن صاحبه من قلعه؛ لأن العادة في الغراس التبقية حتى يجف ويستقلع، وللمؤجر في هذه الحالة أجرة المثل عن تلك المدة.

جـ) إذا تمّ العقد بين المؤجر والمستأجر بشرط التبقية بعد انقضاء مدة العقد حتى يجف الغراس ويستقلع جاز ذلك؛ لأنه إذا كان الحكم في الحالة السابقة وهي حالة إطلاق العقد يقتضي التبقية مع أنها لم تُشترط، فمن باب أولى أن لا يبطل العقد بشرطها في هذه الحالة[1].

(١) ينظر في تفصيل هذه الحالة: المهذب، الشيرازي: ١/ ٤٠٤، وروضة الطالبين، النووي: ٥/ ٢١٤-٢١٥.

٤ - رأي السادة الحنابلة:

لا يختلف رأي السادة الحنابلة عما قاله السادة الشافعية من حيث الجملة سواء في حالة الزرع أو الغرس.

ومن مواطن الاختلاف بينهم حالة استئجار الأرض لزرع مطلق وتأخر حصاده بسبب إهمال المستأجر وتفريطه، فقد تقدّم أن السادة الشافعية قالوا: إن لصاحب الأرض في هذه الحالة إلزام المستأجر بقلع زرعه؛ لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها بسبب تفريط المستأجر(١).

بيد أن السادة الحنابلة قالوا في هذه الحالة: إن حكمها حكم زرع الغاصب يخيّر المالك بعد المدة بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجر لما زاد على المدة؛ لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه، وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الأرض فله ذلك؛ لأنه يزيل الضرر ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد(٢).

أما بقية الأحكام المتعلقة بحالتي الزرع والغرس فلا تختلف كثيراً عن التفصيل الذي ساقه السادة الشافعية(٣).

تلك هي آراء الفقهاء بالتفصيل في المذاهب الفقهية الأربعة في الحالة الثانية من حالَتَي سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بمدِّه، وهي سلطة القاضي في تعديل المدة أو الأجل الاتفاقي في عقد إجارة الأراضي الزراعية.

ويُختتم بذلك الحديث في المظهر الأول من مظهَرَي تعديل الأجل في العقود والالتزامات المالية المؤجلة من قبل القاضي، وهو تعديل أجل العقد أو الالتزام بمدِّه.

---

(١) ينظر: ص ٥٧٩-٥٨٠.

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٥/ ٢٨٣.

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٥/ ٢٨٣-٢٨٤، وكشاف القناع، البهوتي: ٤/ ٤٢-٤٥.

ولننتقل فيما يلي إلى الكشف عن المظهر الآخر من مظاهر تعديل الأجل في الفقه الإسلامي في المسألة الآتية.

۞ **المسألة الثانية**: المظهر الثاني «سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام بالتقصير منه»

باستقراء ما ورد في فقهنا الإسلامي تبرز سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بالتقصير منه في عدد من الحالات، **أعرض فيما يلي لأبرز حالتين منها**:

➢ **إحداهما**: سلطة القاضي في تعديل أجل الدَّين بموت المدين.

➢ **والأخرى**: سلطة القاضي في تعديل أجل الدَّين بإفلاس المدين.

وقد اتخذت من هاتين الحالتين أنموذجاً لبيان سلطة القاضي في تعديل الأجل بالتقصير منه، دون الخوض فيما لا يخص موضوع البحث من نقاش أو استطراد.

* **وفيما يلي بيان الحالتين**:

۞ **الحالة الأولى**: سلطة القاضي في تعديل أجل الدَّين بموت المدين:

إذا مات المدين قبل حلول أجل الوفاء بدينه فيمكن توزيع ما ذكره الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة في هذا الصدد على ثلاثة آراء كالآتي:

❁ **الرأي الأول**:

للسادة الحنفية والشافعية:

يرى السادة الحنفية والشافعية أن من مات وعليه ديون تعلَّقت الديون بماله، فإن كان عليه دين مؤجل حلَّ الدين بالموت.

بمعنى أن الأجل يبطل بموت المدين، وعلى ورثته قضاء دينه، ولا يسوغ للدائن ولا للورثة طلب تأجيل الوفاء حتى بلوغ الأجل المتفق عليه حين إبرام العقد[1].

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢١٣، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ١٥٨، والمهذب، الشيرازي: ١/ ٣٢٧، ومغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٤٧.

ومن الحجج التي استندوا إليها في رأيهم هذا[1]:

١- ما رواه ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل فالذي عليه حال والذي له إلى أجله»[2].

٢- لأن الأجل جُعل رفقاً بمن عليه الدين، والرفق بعد الموت أن يُقضى دينه وتبرأ ذمته.

٣- لأن الأجل حق المديون لا حق صاحب الدين، فتعتبر حياته وموته في الأجل وبطلانه.

٤- لأن فائدة التأجيل أن يتّجر المدين فيؤدي الدَّين من نماء المال، فإذا مات تعيّن المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل.

وبناء على هذا الرأي إذا حصل خلاف بين الدائن وورثة المدين حول أجل الدين الذي كان في ذمة المدين قبل موته ولمّا يحل الأجل المتفق عليه للوفاء، فإن للقاضي سلطة تعديل ذلك الأجل بالتقصير منه من خلال إلزام الورثة بالوفاء بدين مورِّثهم حالاً بمجرد موته وقبل أن يحل أجله المقرر حين إبرام العقد.

❁ **الرأي الثاني**: للسادة المالكية:

ذهب السادة المالكية في المشهور من المذهب إلى أن المدين إن مات وفي ذمته دين مؤجل، فإن الأجل يحل بموته وفاقاً لما قاله السادة الحنفية والشافعية كما تقدّم، بيد أنهم استثنوا حالتين لا يحل فيهما أجل الدَّين بموت المدين، **وهما**:

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٥/ ٢١٣، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ١٥٨، والمهذب، الشيرازي: ١/ ٣٢٧.

(٢) أخرجه الدار قطني في سننه: ٤/ ٢٣٢، كتاب: في الأقضية والأحكام وغير ذلك، رقم الحديث: (٩٨)، وفي سنده (أحمد بن إبراهيم بن أبي قتادة المقري عن عيسى بن محمد بن عيسى المروزي عن عمر بن محمد بن الحسين عن أبيه عن عيسى بن موسى عن أبي حمزة عن جابر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما).
جاء في بيان درجة هذا الحديث وأحوال رجال سنده: (في إسناده أبو حمزة عن جابر بن يزيد، ضعيف عن متروك... وفي إسناده أيضاً: عيسى بن محمد وعمر بن محمد بن الحسين، وأبوه محمد بن الحسين كلهم مجهولو الحال... فلو لم يكن في الحديث: جابر الجعفي، ما صحّ من أجل هؤلاء، بل من أجل أحدهم، لاسيما في حق من بحث عنهم، فلم يعرفهم ولا عرف بهم)، ينظر: بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، ابن القطان الفاسي: ٣/ ١٧٤.

١- إذا قتل الدائن مدينه فإن دينه المؤجل لا يحل بموت المدين.

٢- إذا اشترط المدين على الدائن أن أجل الدَّين لا يحل بموته، فعندئذ يُعمل بشرطه هذا ويؤجَّل الدَّين[١].

جاء في «الشرح الكبير»: (وبالموت للمدين ما أجّل عليه من الدَّين لخراب ذمته ما لم يشترط المدين عدم حلوله به، وما لم يقتل الدائن المدين عمداً فلا يحل)[٢].

هذا هو المشهور من المذهب، ومقابل المشهور أن الدَّين المؤجل لا يحلّ بموت المدين بل يبقى على أجله المقرر وقت إبرام العقد[٣].

وبناء على المشهور من المذهب، فإن للقاضي سلطة تعديل أجل الدَّين إذا مات المدين بالتقصير منه، من خلال إلزام الورثة بالوفاء بالدَّين حالاً قبل حلول أجله المتفق عليه، **وذلك بعد أن يتحقّق من أمرين:**

- **أحدهما:** أن لا يكون المدين قد اشترط في العقد أن أجل الدَّين لا يحل بموته.
- **والآخر:** أن لا يكون الدائن هو الذي قتل المدين عمداً.

فإن حصل أحد هذين الأمرين فلا يسوغ للقاضي تعديل أجل الدَّين بالتقصير منه، وإنما يُلزم الدائن بالانتظار حتى حلول أجل الوفاء المتفق عليه حين إبرام العقد.

❁ **الرأي الثالث:** للسادة الحنابلة:

من مات وعليه ديون مؤجلة فعن السادة الحنابلة روايتان في هذه المسألة:

➢ **الرواية الأولى:** كمذهب السادة الحنفية والشافعية أن الدين يحل بموت المدين ويبطل أجله؛ لأنه لا يخلو إما أن يبقى الدَّين في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال، ولا يجوز بقاؤه في

(١) ينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٢٦٦، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٢٦٦.

(٢) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ٣/ ٢٦٥ بتصرف يسير.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ٢٦٦.

ذمة الميت لخرابها وتعذُّر مطالبته بها، ولا ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضي صاحب الدَّين بذممهم وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله لأنه ضرر بالميت وصاحب الدَّين ولا نفع للورثة فيه[1].

➢ **الرواية الثانية:** إن الدَّين لا يحل بموت المدين ولا يبطل أجله إذا وثّق الورثة أو وثّق غيرهم برهنٍ أو كفيل مليء، فإن تعذّر التّوثق حلّ الدين وبطل أجله.

جاء في «كشاف القناع»: (ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحل الدين بموته إذا وثق الورثة أو وثق غيرهم برهنٍ أو كفيل مليء على أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدَّين... فإن تعذّر التوثق لعدم وارث بأن مات من غير وارث حلَّ... أو بأن خلف وارثاً لكنه لم يوثق حلّ الدين لغلبة الضرر)[2].

وهذه الرواية هي الأشهر في المذهب كما جاء في «الإنصاف»: (ومن مات عليه دين مؤجل لم يحل إذا وثق الورثة يعني بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدَّين، هذا المذهب، قال في القواعد الفقهية: هذا أشهر الروايتين)[3].

ومن حججهم التي استندوا إليها:

١- لأن الأجل حق للميت وُرث عنه فلا يسقط بموته كسائر حقوقه.

٢- لأن الموت ما جُعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «من ترك حقاً أو مالاً فلورثته»[4].

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٢٨٢.

(٢) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤٣٨.

(٣) الإنصاف، المرداوي: ٥/ ٣٠٧.

(٤) ورد هذا الحديث بلفظ: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كَلاًّ فإلينا»: في صحيح البخاري: ٢/ ٨٤٥، كتاب: الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: الصلاة على من ترك ديناً، رقم الحديث: (٢٢٦٨)، وفي صحيح مسلم: ٣/ ١٢٣٨، كتاب: الفرائض، باب: من ترك مالاً فلورثته، رقم الحديث: (١٦١٩).

وما ذُكر من سقوط الأجل بموت المدين هو إثبات حكم بالمصلحة المرسلة ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار، ولا خلاف في فساد هذا، فعلى هذا يبقى الدَّين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلّق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه[1].

وبناء على هذا الرأي -أي المشهور في المذهب- ليس للقاضي سلطة تعديل أجل الدَّين بموت المدين بشرط أن يوثق الورثة ذلك الدَّين أو يوثقه غيرهم برهنٍ أو كفيل مليء، فإذا تحقق القاضي من ذلك الشرط فإنه يُلزم الدائن بالانتظار حتى يحل أجل الوفاء بالدَّين دون إجراء أيّ تعديل على الأجل.

أما إذا لم يوثَّق الدين من قبل الورثة أو غيرهم، فإن للقاضي في هذه الحالة سلطة تعديل أجل الوفاء بالتقصير منه من خلال إلزام الورثة بالوفاء حالاً قبل حلول الأجل.

تلك هي آراء الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة في الحالة الأولى لسلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بالتقصير منه، وهي تعديل أجل الدَّين بموت المدين.

وقد تمّ التوصل إلى نتيجة مفادها: أن للقاضي سلطة تعديل أجل الدَّين بالتقصير منه إذا مات المدين، وذلك من خلال إلزام الورثة بالوفاء بدين مورِّثهم قبل حلول أجله على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية بشرطين -تقدّم ذكرهما- وكذلك الحنابلة في رواية.

أما في الرواية المشهورة عند الحنابلة، لا يسوغ للقاضي تعديل أجل الوفاء بالدَّين بموت المدين إذا وثّق الورثة أو غيرهم ذلك الدَّين، ويؤمر الدائن بالانتظار حتى حلول أجله المتفق عليه حين إبرام العقد.

الحالة الثانية: سلطة القاضي في تعديل أجل الدَّين بإفلاس المدين:

إذا حكم القاضي بالحجر على المدين بسبب إفلاسه وفي ذمته ديون مؤجلة **فللفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة رأيان في المسألة:**

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٢٨٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤٣٨.

➢ **الرأي الأول**: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية -في الأظهر- والحنابلة وفي مقابل المشهور لدى المالكية:

إذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس، بمعنى أن أجل الوفاء يبقى على حاله ولا يسقط بحكم القاضي بالحجر على المدين لإفلاسه.

والفرق بين هذه الحالة والتي قبلها وهي موت المدين: أن ذمة المدين خربت وبطلت بموته فحلّ أجل دينه، بخلاف المفلس[1]، **ومن حججهم في ذلك**:

١- لأن الأجل حق للمفلس ومقصود له فلا يسقط بفَلسه كسائر حقوقه.

٢- لأن الفلس لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والإغماء.

٣- ولأنه دين مؤجّل على حي فلم يحل قبل أجله كغير المفلس.

٤- ولأن ذمة المفلس الحي لم تخرب بفلسه، بخلاف الميت فإن ذمته خربت وبطلت[2].

وبناء على هذا الرأي لا يملك القاضي سلطة تعديل أجل الدَّين بتقصيره إذا حُكم على المدين بالحجر لإفلاسه، فإذا طالب الدائن بدينه الذي على المفلس قبل حلول أجله فلا يُجاب، وإنما يُلزمه القاضي بالانتظار حتى حلول الأجل المتفق عليه للوفاء.

➢ **الرأي الثاني**: للسادة المالكية في المشهور من المذهب وفي مقابل الأظهر عند السادة الشافعية:

إذا كان على المفلس دين مؤجل فإنه يحل بفلسه، بمعنى أن أجله يسقط بمجرد الحجر عليه من قبل القاضي، إلا إذا اشترط المدين على الدائن عدم حلول الأجل بإفلاسه، ولم يتعرض السادة الشافعية في مقابل الأظهر لهذا الشرط[3].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٨/ ١٩٤، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ١٤٧ وما بعدها، ومغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٤٧، والمغني، ابن قدامة: ٤/ ٢٨١، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤٣٧، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٢٦٦ (لمقابل المشهور في المذهب المالكي).

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة: ٤/ ٢٨١، ومغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٤٧.

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٢٦٦-٢٦٧، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٢٦٦، ومغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٤٧.

جاء في «شرح مختصر خليل للخرشي»: (إن الدَّين المؤجل على الشخص يحل بفلسه أو بموته على المشهور... ومحل حلول الدَّين المؤجل بالموت أو الفلس ما لم يشترط من عليه أنه لا يحل عليه الدَّين بذلك، وإلا عُمِل بشرطه)[1].

ومن حججهم في ذلك:

١- لأن الذمة بالإفلاس قد خربت والشرع قد حكم بحلوله.

٢- ولأنه لو لم يحل للزم إما تمكين الوارث من القسم أو عدمه وكلاهما باطل لقول الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [سورة النساء:١٢].

٣- ولأن الحجر يوجب تعلّق الدَّين بالمال فسقط الأجل كالموت[2].

وبناء على هذا الرأي فللقاضي سلطة تعديل أجل الدَّين بالتقصير منه إذا حكم على المدين بالحجر لإفلاسه، من خلال الحكم بحلول الأجل في الحال بمجرد صدور حكم الحجر دون انتظار حلول الأجل المتفق عليه للوفاء حين إبرام العقد، وذلك بعد أن يتحقق القاضي من أن المدين المفلس لم يشترط على الدائن عدم حلول الأجل بإفلاسه، فإن كان المدين قد اشترط ذلك وقت إبرام العقد فعلى القاضي أن يعمل بشرطه دون إجراء أيّ تعديل على أجل الدَّين، ويُلزم الدائن بالانتظار حتى حلول أجل الوفاء المتفق عليه.

تلك هي آراء الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة في الحالة الثانية لسلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بالتقصير منه، وهي تعديل أجل الدَّين بإفلاس المدين.

وقد تمّ التوصل إلى نتيجة مفادها أن القاضي لا يملك سلطة تعديل أجل الدَّين بالتقصير منه بعد حكمه على المدين بالحجر لإفلاسه، وإنما يُلزم الدائن بالانتظار حتى حلول أجل الوفاء المتفق عليه على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية في الأظهر والحنابلة والمالكية في مقابل المشهور.

---

(١) شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٢٦٦-٢٦٧.

(٢) شرح مختصر خليل، الخرشي: ٥/ ٢٦٦، وينظر: مغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٤٧.

وخالفهم في ذلك السادة المالكية في المشهور من المذهب فذهبوا إلى أن للقاضي سلطة تعديل أجل الدَّين بالتقصير منه إذا أفلس المدين وحكم عليه بالحجر، بشرط أن لا يكون المدين قد اشترط على الدائن عدم حلول الأجل بإفلاسه.

وبهذه النتيجة يُختتم الحديث في مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في العقود والالتزامات المالية المؤجلة في الفقه الإسلامي.

ولننتقل فيما يلي إلى الكشف عن مظاهر تلك السلطة في القانون الوضعي ممثلاً بالقانونين المصري والسوري محل المقارنة في هذا البحث، وذلك في الفرع الآتي.



▪ **الفرع الثاني**: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي

لقد نص مُشرّعو القوانين الوضعية على أحكام سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي تحت مصطلح «نظرة الميسرة» أي منح القاضي المدين نظرة الميسرة، وهي المدة المضافة على الأجل المتفق عليه بين الدائن والمدين بشروط وضوابط حتى يتمكن من الوفاء بالتزامه.

وهذا المصطلح -كما سبق- مأخوذ من القرآن الكريم في قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة:٢٨٠]، **ولقد فرّق طائفة من أهل القانون بين حالتين بالنسبة لهذه السلطة:**

➢ **إحداهما**: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ.

➢ **والأخرى**: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ.

*** وفيما يلي توضيح الحالتين:**

الحالة الأولى: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ:

وتعني هذه الحالة أن ثمة أجلاً متفقاً عليه سلفاً بين المتعاقدين للتنفيذ، فيحلّ الأجل المتفق عليه دون قيام المدين بتنفيذ التزامه، ما يعني الإخلال به، فيرفع الدائن دعوى بفسخ العقد لتخلّف المدين عن تنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً أو تنفيذه تنفيذاً معيباً.

فالقاضي المختص بنظر المنازعة في هذه الحالة يُفترض أنه قد تحقّق من توافر جميع شروط الفسخ المقررة قانوناً من إخلالٍ بالالتزام من قبل المدين، وعدم إخلالٍ من قبل الدائن بالتزاماته المقابلة في الاتفاق، وتوافر القدرة لدى الدائن -طالب الفسخ- على تحمّل نتيجته، فإن تبيّن له اكتمال شروط الفسخ فحينئذ تثبت له هذه السلطة التقديرية الرحبة، فيكون من حقه اتخاذ القرار الذي يراه ملائماً باختيار الحل الذي يقدّره من بين عدة حلول، إما بإجابة الدائن إلى طلب الفسخ، أو رفضه، أو منح المدين أجلاً للتنفيذ أو الوفاء بالالتزام الذي تقاعس عن أدائه.

وباستخدام القاضي هذه السلطة الأخيرة، وهي منح المدين أجلاً جديداً يتمكن خلاله من الوفاء بالتزامه، يكون القاضي قد تدخل في مجال العقد بالتعديل الذي ينصبّ على مدة أو مُدد التنفيذ المشترطة في العقد، وذلك بمدِّها بسلطته التقديرية التي لا رقابة عليه فيها من قبل محكمة النقض، وذلك إلى الوقت الذي يراه مناسباً وبحسب ما تقتضيه الظروف التي يقدِّرها بنفسه، كما إذا قدّر أن تغيّر الظروف الاقتصادية يبدو وشيكاً، وأن من شأن ذلك تمكّن المدين من تنفيذ التزامه في ظل الظروف الجديدة، فيمنحه مهلة للوفاء أو ينظره إلى ميسرة.

والحكم السالف الذكر هو ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية وأكّدته في العديد من أحكامها، إذ تقول: (إن منح المدين مهلة للوفاء بدينه أو رفض طلبها مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية؛ لأنه من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقّب عليه).

ولا يشترط أن يطلب المدين صراحة أو ضمناً منحه نظرة الميسرة، بل للقاضي أن يمنحها للمدين دون طلب، إذ أجاز المشرع ذلك للقاضي ولم يربط هذه الرخصة بطلب المدين أو موافقة الدائن.

وقد أشار المشرع إلى الظروف التي تبرر منح المدين هذه المهلة، ويقصد بها ظروف التعاقد، وظروف المدين الشخصية، وكيفية تنفيذ العقد.

فقد يرى القاضي أن المدين حسن النية سيء الحظ صادفته ظروف قهرية حالت دون تنفيذ الالتزام في الميعاد، بمعنى أن تأخر المدين في التنفيذ كان له سببه، كذلك إذا كان الدائن هو المتسبّب في هذا التأخير لعدم تعاونه مع المدين، أو أنه لم يصبه ضرر من ذلك، أو أنه متعسف في طلب الفسخ، أو أن الجزء المتبقي قليل الأهمية بحيث يمكن تنفيذه إذا منح المدين أجلاً لذلك.

وإجازة منح المدين مهلة للتنفيذ لا ترتبط بالأعذار السابقة، فالأعذار شرط لرفع الدعوى، أما المهلة فهي من سلطات القاضي الموضوعية التي قد تقتضيها العدالة وحسن النية في تنفيذ العقود.

وإذا طلب المدين منحه مهلة للتنفيذ فلا إلزام على القاضي أن يستجيب لهذا الطلب، فقد يرى رفضه صراحة لسوء موقف المدين، وقد يرى رفضه ضمناً لو حجز الدعوى للحكم في موضوعها.

إذن فيتطلب من القاضي إمعان النظر في كل حالة بحسب ظروفها، وعلى ضوء كل ذلك يتخذ قراره الملائم الذي من شأنه أن يحقق المصلحة لكلا المتعاقدين بصورة متوازنة لا إجحاف فيها ولا تعسف، فقد يرى القاضي منح المدين أجلاً للوفاء، وقد يرى أن عدم التنفيذ الجزئي من شأنه أن يؤدي إلى الحكم بالفسخ الكلي إذا ترتب على ذلك عدم تحقيق الغاية المقصودة من العقد، أو قد يرى أن الحكم بالفسخ الجزئي كافٍ إلى جانب الحكم بالتعويض محل الجزاء الآخر[1].

- **الحالة الثانية**: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:

وهي الحالة الأساسية المقصودة بنظرة الميسرة لدى إطلاقها في القوانين الوضعية.

(١) ينظر لما سبق: إنهاء القوة الملزمة للعقد: ص٤٥٦-٤٥٧، عبد الحكيم فودة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٠م، وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، محمد علي الخطيب: ص٣٩٠-٣٩٢.

والمقصود بها أن ثمة أجلاً متفقاً عليه بين الدائن والمدين لوفاء المدين بالتزامه، فيحلّ الأجل دون تمكّن المدين من تنفيذ التزامه لظروف صعبة أحاطت به، ولم يطلب الدائن بالمقابل فسخ العقد كالحالة السابقة، وإنما اكتفى بدعوى يطلب فيها تنفيذ المدين لالتزامه لحلول أجله.

وهنا يتدخل القاضي لاستخدام سلطته في منح هذا المدين نظرة الميسرة أو عدم منحه حسب الشروط والضوابط التي سترِد في المطلب القادم بإذن الله تعالى.

وقد ورد النص على هذه الحالة والتي قبلها في القانونين المصري والسوري في المادتين: (١٥٧) و(٣٤٦) مصري، والمادتين: (١٥٨) و(٣٤٤) سوري وذلك كالآتي:

* نصت المادة (١٥٧) مصري، و(١٥٨) سوري على ما يلي:

(١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

٢- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته).

* كما نصت المادة: (٣٤٦) مصري و(٣٤٤) سوري على ما يلي:

(١- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

٢- على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق من هذا التأجيل ضرر جسيم).

إذن فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في منح المدين نظرة الميسرة أو منعه منها، وهو حُرّ كذلك في تحديد مدة: «نظرة الميسرة» بشرط أن تكون معقولة، وتقديره في ذلك نهائي لا معقّب عليه من محكمة النقض.

كذلك يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً واحداً أو آجالاً متتالية يسدّد فيها.

وهذه السلطة تُعدّ من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على سلبها من القاضي.

ويجوز للمدين أن يتقدم بطلب منحه نظرة الميسرة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

كما يجوز للقاضي أن يمنحه هذا الأجل من تلقاء نفسه وبدون طلب، ويجوز للمدين أيضاً أن يطالب بمنحه أجلاً قضائياً في أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ في حال كان السند التنفيذي سنداً رسمياً وليس حكماً قابلاً للتنفيذ؛ لأنه في هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يستشكل في إجراءات التنفيذ ليطلب منحه نظرة الميسرة، إذ يكون الوقت قد فات وكان له أن يطلب ذلك في أثناء الدعوى وقبل صدور الحكم، فإذا صدر الحكم فليس ثمة سبيل إلى ذلك حيث إن الحكم يتعيّن تنفيذه كما هو ولا يجوز لقاض آخر أن يعدِّله إلا إذا كان ذلك عن طريق الطعن بالأوجه المقررة قانوناً[1].

تلك هي أبرز حالات سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي.

ومما يجدر التنبيه إليه أن ثلة من أهل القانون لم يقرّوا بالتفرقة بين الحالتين الآنفتين، وهما نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ ونظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ سواء من حيث الطبيعة أو الأساس أو الشروط القانونية، وأن التفرقة بينهما لا معنى لها ولا تجد سنداً لها من المنطق القانوني الرشيد.

وما ذُكر من فروق غير جوهرية بين الحالتين ربما يبدو أكثر وضوحاً في مدى اتساع سلطة القاضي في كلتا الحالتين، فبالنسبة للأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ تُعدّ سلطة القاضي في منحه أكثر اتساعاً من حيث عدد المرات التي يمكنه فيها أن يمنح الأجل؛ إذ من حقه في هذا النوع أن يمنح المدين أكثر من أجل أو كما يُعبَّر عنه في الفقه القانوني والقضاء آجالاً متعاقبة كلما استدعت حالة المدين ذلك مع مراعاة الشروط القانونية، في حين أن سلطة القاضي في منح

(١) مراجع الحالة الثانية: سلطة القاضي في تعديل العقد، الخطيب: ص٣٩٧ وما بعدها، ومفهوم الأجل وأنواعه في القانون المدني، رمضان السهو «بحث غير مرقم على موقع المحاماة السوري على شبكة الانترنت»، والأجل القضائي، محمود دياوي «بحث غير مرقم على موقع منتدى محامي سوري على شبكة الانترنت».

الأجل أو نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ تبدو من هذه الناحية ضيقة؛ إذ لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أكثر من مهلة واحدة، وبناء على ذلك يكون العقد بعد انقضاء المهلة التي منحها له القاضي مفسوخاً من تلقاء نفسه حتى ولو لم ينص القاضي على ذلك في حكمه بمنح «نظرة الميسرة»[1].

بيد أن قلّة من أهل القانون انتقدوا هذا القيد الأخير وهو جعْل العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا انقضت نظرة الميسرة، وفي ذلك يقول القانوني المصري الدكتور عبد الحكيم فوده:

(ونحن لا نتفق مع الإجماع الفقهي على القول بأن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد انتهاء المهلة دون تنفيذ، إذ يرون أن عدم الوفاء خلال الأجل يترتب عليه هذا الجزاء ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك، إذ ليس هناك ما يمنع الدائن من اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه والتصرف على هذا الأساس.

ولكننا لا نتفق مع هذا الإجماع ونذهب مع نفر قليل إلى خلاف ذلك، فالإجماع الفقهي لا يستند إلى نص في القانون، كما أن استناده إلى حكم النقض الصادر بجلسة ٢٣/ ٣/ ١٩٥٠م قد عدل عنه بحكم النقض الصادر بجلسة ٢٦/ ١٠/ ١٩٧٢م، بالإضافة إلى أن مسايرة الفقه الفرنسي في هذا الصدد على غير أساس، إذ إن الفقه الفرنسي يستند في ذلك إلى صريح نص المادة (١٦٥٥) مدني الذي لا يقابله نص مصري.

فالحكم الصادر بالجلسة الأولى نص على أنه لما كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضي به إنما خوّله سلطة تقديرية فله أن يحكم به وله أن يعطي المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام في غضونها، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه.

ولكن محكمة النقض عدلت في حكمها الثاني الصادر بجلسة ٢٦/ ١٠/ ١٩٧٢م عن هذا المبدأ بقولها: إذا لم يُشترط الفسخ بنص العقد فإنه يكون خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع يحكم

(١) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، محمد علي الخطيب: ص٣٩٨ وص٤٠٦.

به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام، ولئن كان الوفاء في غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً إلا بنص في القانون، ولا يوجد هذا في قواعد الفسخ الواردة بالمادة (١٥٧) مدني... كما أن الرأي المجمع عليه يتعارض مع حقوق كلٍّ من المدين والدائن والقاضي في دعوى الفسخ، فمن حق المدين أن يتوقّى الفسخ بالتنفيذ حتى صيرورة الحكم نهائياً، وإغلاق الطريق أمامه باعتبار العقد مفسوخاً قبل صدور الحكم يعني حرمانه من التنفيذ قبل صيرورة الحكم نهائياً؛ إذ التنفيذ يكون قد ورد على غير ذي موضوع، حيث يكون الحكم كاشفاً غير منشئ، بالإضافة إلى أن ذلك يخالف المقصود من القاعدة العامة التي تعتبر الفسخ القضائي المستند للشرط الفاسخ الضمني منشئاً غير كاشف، هذا بالنسبة للمدين.

أما الدائن فمن حقه أن يعدل قبل صدور الحكم النهائي عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، والقول المجمع عليه يحرمه عن هذا الحق؛ لوقوع الفسخ بقوة القانون قبل صدور الحكم.

أما بالنسبة للقاضي، فإن القول بأن العقد يعتبر مفسوخاً بقوة القانون من شأنه أن يصادر على سلطة القاضي بالنسبة لإيقاع الفسخ أو رفضه، ويجعله في موقف الفسخ الاتفاقي المبني على الشرط الصريح الفاسخ، إذ المفروض أن للقاضي سلطة تقديرية بصدد الفسخ القضائي بحسب ظروف كل دعوى وموقف طرفي التعاقد مع تنفيذ التزاماتهما)[1].

تلك هي أبرز مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي أو منح نظرة الميسرة في القانون الوضعي ممثلاً بالقانونين المصري والسوري.

ويُختتم بذلك الحديث في هذا المطلب الذي عرض لمظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ليأتي الدور بعد ذلك -حسب التدرج في البحث- على الوقوف عند أبرز الشروط والضوابط التي يتعيّن على القاضي مراعاتها في سلطته في تعديل الأجل الاتفاقي، وذلك في المطلب الآتي.

(١) إنهاء القوة الملزمة للعقد، عبد الحكيم فودة: ٤٥٨-٤٦١ بتصرف يسير.

المطلب الثالث:

ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بعد أن عرض المطلب السابق لمظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي، **يرد في هذا المقام سؤال مفاده:**

هل للقاضي الحرية المطلقة في تعديل الأجل الاتفاقي في العقود والالتزامات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟

الإجابة على هذا السؤال تتم بالعودة إلى ما ذكره الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة بخصوص مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي، وكذلك إلى ما ذكره أهل القانون في هذا الصدد، حيث يُستنتج أن ثمة شروطاً أو ضوابط يتعين على القاضي التقيد بها في سلطته في التعديل، فليست له سلطة مطلقة في ذلك إذن.

* **وفيما يلي أعرض لأبرز تلك الشروط أو الضوابط في فرعين:**

- **الفرع الأول**: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي.
- **الفرع الثاني**: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي.



- **الفرع الأول**: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي

أعرض في هذا الفرع لضوابط سلطة القاضي في التعديل في حالة تمديد الأجل فحسب؛ لأن حالة تعديل الأجل بالتقصير منه قد تقدّم قبل قليل أنها تبرز في عدد من القضايا أبرزها: موت المدين وإفلاسه، فبموت المدين تُقصّر المهلة ويجب على ورثته الوفاء بالحال عند جمهور الفقهاء، وبإفلاسه لا يملك القاضي سلطة التعديل وإنما يبقى الأجل على حاله عند جمهور الفقهاء.

وقد مرّ تفصيل كل ذلك فلا داعي لمزيد بيان للحالتين في هذا المقام[1].

وأعود إلى بيان أبرز الشروط أو الضوابط المستنتجة من نصوص الفقهاء والتي يتعيّن على القاضي التحقّق منها والتقيد بها في سلطته في تعديل الأجل الاتفاقي بمدِّه، حيث عرض المطلب السابق لأبرز حالتين تكلّم عنهما الفقهاء وتبرز فيهما سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي بمدّه، **وهما:**

١- سلطة القاضي في منح المدين المعسر أجلاً للوفاء بالتزامه، سواء كان الدين عن قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك من العقود والمعاملات المالية، وتندرج تحتها العقود التي عُرفت مؤخراً، كالتوريد والمقاولة ومختلف عقود الإجارة المستحدثة ونحو ذلك.

٢- سلطة القاضي في تعديل مدة عقد إجارة الأراضي الزراعية، وتندرج تحتها العقود المستجدة كاستئجار الآلات والمعدات الثقيلة لإنجاز مشروع ما، ونحو ذلك مما سأعرض له بلمحة موجزة في المبحث القادم بإذن الله تعالى.

والضوابط التي ستُعرض في هذا المقام هي ضوابط عامة، فليس بالضرورة أن تسري بأكملها على جميع الحالات التي تستدعي تعديل الأجل فيها من قبل القاضي، فمن الحالات ما تسري عليها الضوابط كلها، ومنها ما ينالها بعضها، **وبيان ذلك كالآتي:**

الضابط الأول: أن يحل أجل الوفاء بالالتزام المتفق عليه حين إبرام العقد:

فمن المعلوم أن لكل عقد أو التزام مالي مؤجل أجلاً ينتهي بحلوله، جاء في «بدائع الصنائع»: (ومنها -أي من الأمور التي ينتهي بها العقد- انقضاء المدة إلا لعذر؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية فتفسخ الإجارة بانتهاء المدة)[2].

فلا يملك القاضي سلطة تعديل الأجل ما لم يحل؛ إذ لا يمكنه التحقق من قدرة المدين على الوفاء بالتزامه من عدمها إلا حين حلول الأجل، فإن حلّ الأجل تحقّق القاضي بعد ذلك من الضوابط الأخرى قبل إجراء التعديل.

---

(١) ينظر: ص ٥٨٤ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤/ ٢٢٣.

كما لا يحق للطرف الآخر في العقد أن يطالب بحقه قبل حلول أجله، جاء في «كشاف القناع»: (ومن لزمه دين مؤجل من ثمن مبيع أو صداق أو غيره حرمت مطالبته به قبل حلول أجله؛ لأنه لا يلزمه أداؤه قبل الأجل، ومن شروط المطالبة لزوم الأداء)[1].

فإذا حلّ الأجل وتحققت الضوابط الأخرى أجرى القاضي التعديل على أجل العقد أو الالتزام المالي بمدِّه حسب الأحوال والظروف المحيطة بالعاقدين والعقد، كما جاء في «القوانين الفقهية»: (فإن عدا صاحب الحق غريمه إلى القاضي بعد ثبوت الحق وحلوله فلا يخلو من وجهين...)[2]، فهذا النص أيضاً واضح الدلالة على أن القاضي لا يسوغ له الشروع في أول إجراء من إجراءات تعديل العقد إلا بعد حلول أجل الوفاء بالعقد أو الالتزام.

ففي حالة المدين المعسر في عقد مالي يتحقق القاضي من حلول أجل الوفاء بالدين.

أما في حالة استئجار أرضٍ للزراعة فيتحقق القاضي من انتهاء المدة المقررة حين إبرام العقد، فإن انتهت المدة والزرع لم يُستحصد يشرع القاضي حينئذ في إجراءات التعديل بتمديد الأجل بعد تحقّقه من بقية الضوابط.

جاء في «بدائع الصنائع»: (... فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يُستحصد)[3].

الضابط الثاني: أن تستدعي ظروف المدين أو ظروف محل العقد تعديل الأجل:

المقصود بظروف المدين: إعساره إذا حلّ أجل الوفاء في عقد أو التزام مالي من قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك فلم يتمكن من الوفاء بسبب عسر ألمّ به.

ومستند هذا الضابط بالأساس قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة:٢٨٠].

---

(١) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٧.

(٢) القوانين الفقهية، ابن جزي: ص٢٠٩.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤/ ٢٢٣.

فيتعيّن على القاضي استناداً إلى هذه الآية الكريمة تعديل أجل العقد أو الالتزام المالي بمدِّه إذا ثبت لديه إعسار المدين، وهذا الضابط محل اتفاق بين الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة[1].

وكيفية ثبوت إعسار المدين عند القاضي تحصل بالبينة وهي الشهود وباليمين أحياناً لدى بعض الفقهاء على نحو ما مرّ تفصيله في كل مذهب على حدة.

* **وأما المقصود بظروف محل العقد**: فكما في إجارة أرض للزراعة فقد تنتهي مدة الإجارة ولما يُستحصد الزرع بعد لعدم بلوغ كماله، فيعدّل القاضي الأجل بمدِّه حتى بلوغ الزرع كماله مقابل أجرة المثل لصاحب الأرض، **ومن نصوص الفقهاء في بيان ذلك**:

- جاء في «الهداية»: (... بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يُترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك؛ لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين)[2].

- وفي «حاشية الدسوقي»: (... لأن الزرع إذا انقضت مدة إجارته والحال أنه لم يطب، لم يكن لرب الأرض قلعه، وإنما له كراء أرضه إلى تمام الغرض من الزرع)[3].

الضابط الثالث: أن لا يكون السبب في عدم الوفاء ناتجاً عن مطل العاقد أو إهماله:

بمعنى أن على القاضي أن يتحقّق قبل إجراء التعديل على الأجل من السبب الذي دفع بالمدين إلى عدم الوفاء بدينه أو التزامه وأن لا يعود السبب في ذلك إلى مَطْلِه أو إهماله.

* **فبالنسبة لحالة المَطْل**: فإن كان المدين قادراً على الوفاء وجب عليه الوفاء بمجرد حلول أجله، جاء في «القوانين الفقهية» في بيان أنواع الغرماء: (وهم ثلاثة أنواع الأول: غريم مليء، فهذا يجب الأداء ولا يحل له المطل)[4].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/ ١٧٣، والقوانين الفقهية، ابن جزي: ص٢٠٩، ومغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٥٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٨.

(٢) الهداية، المرغيناني: ٣/ ٢٣٥.

(٣) حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٧.

(٤) القوانين الفقهية، ابن جزي: ص٢٠٨.

وفي «كشاف القناع»: (ويجب على مدين قادر وفاؤه -أي الدَّين الحال- على الفور بطلب ربه، لقوله صلى الله عليه وسلم: «مطل الغني ظلم»[1] وبالطلب يتحقق المطل)[2].

فإن امتنع المدين الموسر من الوفاء بدينه لم يسغ للقاضي تعديل الأجل بمدِّه، وإنما يحبس المدين حتى يفي بالتزامه.

جاء في «حاشية ابن عابدين»: (اعلم أن المدعي إذا ادعى ديناً فأثبته يؤمر المديون بدفعه، فإن أبى وطلب المدعي حبسه وهو غني يُحبس)[3].

وفي «كشاف القناع» وأصله: (فإن أبى -أي مدين- له مال يفي بدينه الحال الوفاء، حبسه الحاكم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»[4]... عرضه شكواه، وعقوبته حبسه)[5]، هذا ما يتعلق بحالة المطل.

*** وأما بالنسبة لحالة الإهمال:**

فقد ذكرها السادة الشافعية والحنابلة في مسألة استئجار أرض للزراعة كما سبق، حيث نص السادة الشافعية على أن عقد الإجارة إذا انقضى والزرع لم يُستحصد بسبب إهمال المستأجر فلا يسوغ للقاضي تمديد أجل العقد، وإنما يؤمر المستأجر بقلعه، جاء في «المهذب»: (وإن اكترى أرضاً مدة للزرع... فإن كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد، نظرت فإن كان بتفريط منه بأن زرع صنفاً لا يُستحصد في تلك المدة، أو صنفاً يُستحصد في المدة إلا أنه أخَّر زراعته، فللمكتري أن يأخذه بنقله؛ لأنه لم يعقد على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكتري)[6].

---

(١) سبق تخريجه: ص٢٦١.

(٢) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٨.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٨٠.

(٤) سبق تخريجه: ص٥٧٤.

(٥) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٩.

(٦) المهذب، الشيرازي: ١/ ٤٠٣.

بينما نص السادة الحنابلة في هذه الحالة على أن القاضي يخيّر مالك الأرض بعد انقضاء المدة بين أخذ الزرع بالقيمة أو تركه لصاحبه بأجر المثل، وهذا الحكم كالحكم في زرع الغاصب.

جاء في «كشاف القناع»: (وإن كان في الأرض التي انقضت إجارتها زرع بقاؤه بتفريط مستأجر، مثل أن يزرع المستأجر زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة، فحكمه حكم زرع الغاصب؛ لأن بقاءه فيها بعدوانه، ولمالك الأرض أخذ الزرع بالقيمة...أو تركه بالأجرة)[1].

الضابط الرابع: أن لا يترتب على تعديل الأجل أي ضرر:

هذا الضابط تم استنتاجه للسادة الحنفية والمالكية في حالة استئجار الأرض بغرض الغرس لا الزرع، حيث نصوا على أن الأرض إذا أُجّرت للغرس فانقضى أجل العقد ولّما يكتمل الغرض من الغرس، لم يسغ للقاضي تعديل الأجل بمدِّه، وإنما يأمر المستأجر بقلع غرسه؛ دفعاً للضرر عن المؤجر صاحب الأرض لأن الغرس ليس له نهاية معلومة.

جاء في «الهداية»: (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً؛ لأنها منفعة تقصد بالأراضي، ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة؛ لأنه لا نهاية لهما وفي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض)[2].

وفي «حاشية الدسوقي»: (بخلاف الشجر، فإنه إذا انقضت مدة إجارته فلرب الأرض قلعه)[3].

وخالفهم في ذلك السادة الشافعية والحنابلة، فذهبوا إلى أن للقاضي تمديد أجل العقد حتى اكتمال الغرض من الغرس بشرط أن لا يكون صاحب الأرض قد شرط على المستأجر قلع الغرس بانتهاء المدة، وبتفصيلات أخرى سبق بيانها[4].

---

(١) كشاف القناع، البهوتي: ٤/ ٤٤-٤٥.

(٢) الهداية، المرغيناني: ٣/ ٢٣٥.

(٣) حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٧.

(٤) ينظر: ص ٥٨٢ وما بعدها.

تلك هي أبرز الشروط أو الضوابط التي يتعيّن على القاضي التّقيد بها في سلطته في تعديل الأجل الاتفاقي، وذلك بناء على ما تمّ استنتاجه -بتوفيق من الله تعالى- من المصادر الأصيلة في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة من خلال نقل طائفة من النصوص التي تمّ استنتاج هذه الضوابط منها بحرفيتها من باب الدقة وإثبات تحقق المطلوب بفضل من الله تعالى.



▪ **الفرع الثاني**: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي

مرّ فيما مضى أن سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي أو ما يصطلح عليه بمنح نظرة الميسرة قد وجدت أحكامها في المادة (٣٤٦) من القانون المدني المصري، والمادة (٣٤٤) التي تقابلها في القانون السوري.

ومن هاتين المادتين تم استخلاص الشروط أو الضوابط العامة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي أو منح نظرة الميسرة .

*** وفيما يلي بيان تلك الضوابط**[1]:

الضابط الأول: أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل الاتفاقي:

وذلك بأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء، وعنده مال يكفي للوفاء بالتزامه لكنه ليس تحت تصرفه وقت الوفاء وليس في مقدوره تدبيره، كأن يتعذّر عليه بيع عقارات أو منقولات فيطلب مهلة حتى يتسع له الوقت للتصرف فيها، أو تكون له موارد لم ترد مواعيد استحقاقها فيطلب الأجل القضائي لحين الحصول عليها، ولا يجوز منح الأجل إذا كان المدين معسراً، وإلا فلا جدوى من منحه هذه النظرة.

(١) للاطلاع على هذه الضوابط، ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، محمد علي الخطيب: ص٤٠٢ وما بعدها، ودور القاضي في تعديل العقد، فؤاد معوض: ص٤٨٤ وما بعدها، ومفهوم الأجل وأنواعه في القانون المدني، رمضان السهو: «بحث غير مرقم على موقع المحاماة السوري»، والأجل القضائي، محمود دياوي «بحث غير مرقم على موقع منتدى محامي سوريا».

وقد ورد التصريح بهذا الضابط في الفقرة الثانية من كلتا المادتين المشار إليها آنفاً بما نصّه: (على أنه يجوز للقاضي... أن ينظر المدين...«إذا استدعت حالته ذلك»).

الضابط الثاني: أن لا يلحق الدائن من منح نظرة الميسرة ضرر جسيم:

فهذا الضابط يقتضي الموازنة بين المصلحة التي ستُحقَّق من منح التأجيل القضائي للمدين، والضرر الذي سيلحق الدائن جراء ذلك، فإذا كان الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن جراء منح المهلة القضائية للمدين جسمياً، امتنع القاضي من منح الأجل دفعاً للضرر الفادح الذي لا يتناسب مع المصلحة التي ستتحقق من منح الأجل.

ومثال ذلك: كأن يكون الدائن قد اعتمد على استيفاء الدين ليفي هو بدين عليه للغير، ولا يستطيع التأخر في الوفاء بدينه، أو كانت نظرة الميسرة من شأنها أن تُفوّت عليه صفقة يناله ضرر جسيم جراء فواتها، فليس من العدل -كما يذكر أهل القانون- إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن، فإن لم يبلغ الضرر حد الجسامة فلا يعتدّ به القاضي.

وقد ورد التصريح بهذا الضابط في المادتين السابقتين بما نصه: (... ولم يلحق من هذا التأجيل ضرر جسيم).

الضابط الثالث: أن لا يقوم مانع قانوني من منح نظرة الميسرة:

ومثال هذا الضابط: ما نصت عليه المادة (١٥٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٥٩) من القانون المدني السوري من أنه: (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه...).

ففي هذه الحالة لا يجوز للقاضي منح المدين أجلاً للوفاء.

ولقد ورد التصريح بهذا الضابط في مطلع الفقرة الثانية من المادتين المشار إليهما في مطلع هذا الفرع بما نصه: (على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية «إذا لم يمنعه نص من القانون» أن ينظر المدين...).

الضابط الرابع: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين في نظرة الميسرة أجلاً معقولاً:

بمعنى أن يُقدِّر القاضي الأجل بقدرة المدين على الوفاء بالدين، فلا يجوز أن يمنحه أجلاً طويلاً يُعطّل فيه حق الدائن.

وهذا الضابط واضح في نص المادتين السابقتين: (... أن ينظر المدين إلى أجل معقول).

تلك هي أبرز الضوابط التي يتعيّن على القاضي التقيد بها في سلطته في منح الأجل الاتفاقي أو نظرة الميسرة في القانون الوضعي ممثلاً بالقانونين المصري والسوري.

وبهذا الكلام يُختتم الحديث في هذا المطلب الذي أماط اللثام عن ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



المطلب الرابع:

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

في سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي

بالعودة إلى أحكام سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي ومظاهرها وضوابطها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يظهر أن القانون الوضعي لم ينأ بأحكامه بعيداً عن أحكام الفقه الإسلامي في هذه السلطة، فالاتفاق حاصل بينهما من حيث المبدأ العام لهذه السلطة، وهو مشروعية الخروج -في بعض الحالات- عن مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يمنح العقد قوة تحول بينه وبين محاولة التّملص من التزاماته أو إجراء تعديل فيها دون مبرر سائغ، من أيّة جهة كانت سواء من طرفي العقد أو من القاضي أو من غيرهم.

فما سبق من الحالات في هذا المبحث تُعدّ من المبررات السائغة لإجراء التعديل على أجل العقد من باب إزالة الضرر وتعزيز معنى الرفق والإحسان في العقود، إلى جانب ما تتمتع به من قدسية وحزم، وللمقابلة بين هذين الجانبين أذكر قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: ١] فالأمر في هذه الآية الكريمة يشير إلى معنى القدسية والحزم في العقد، وبالمقابل نجد أن الأمر في قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠] يشير إلى مراعاة معنى الرفق والإحسان في العقد في أحوال استثنائية.

وكذلك فإن هذه المراعاة مشمولة بعين الاعتبار في القانون الوضعي إلى حدّ ما؛ لما قد يمرّ به المدين من ظرف عصيب يحول بينه وبين الوفاء بالتزامه في أجله المحدّد.

ولقد عرضت فيما سبق لأحكام هذه السلطة في الفقه الإسلامي بشكل أوسع مما عرضت له في القانون الوضعي، **فشملت الدراسة في الجانب الفقهي مظهرين من مظاهر التعديل:**

- **أحدهما:** تعديل أجل العقد أو الالتزام بمدِّه.
- **والآخر:** تعديل أجل العقد أو الالتزام بالتقصير منه.

* وفي حالة تعديل الأجل بمدِّه، عرضت لأبرز حالتين كشف عنهما فقهاؤنا رحمهم الله تعالى:

- **إحداهما**: منح المدين المعسر أجلاً للوفاء بالتزامه.
- **والأخرى**: تمديد الأجل في عقد إجارة الأرض للزراعة.

* أما في حالة تعديل الأجل بالتقصير منه، فقد عرضت فيها لأبرز مسألتين بحثهما الفقهاء، هما: **موت المدين، وإفلاسه**.

أما في الجانب القانوني: فقد اقتصرت على ما اقتصر عليه أهل القانون أنفسهم لدى حديثهم عن سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي، وأعني بذلك مسألة «منح المدين نظرة الميسرة»، وأما بقية المسائل التي تم عرضها في الجانب الفقهي، وهي تمديد الأجل في عقد إجارة الأرض للزراعة، ومدى مشروعية تعديل الأجل بالتقصير منه في حالتي موت المدين وإفلاسه، فقد عرض لها أرباب القوانين في مواطن أخرى من القانون وليس ضمن الأجل الاتفاقي.

لذا لم أشأ تتبّعها والتوسع فيها بشكل أكبر؛ إذ إن هذه الرسالة متخصصة في الفقه الإسلامي بالدرجة الأولى، ويُكتفى من المقارنة مع القانون بالمسائل الأساسية في كل فصل من فصول الرسالة، وهو ما تمّ في هذا المقام.

وبالعودة إلى المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيما شملته الدراسة في الجانب القانوني، وهي سلطة القاضي في منح المدين نظرة الميسرة، فقد مرَّ آنفاً أنهما متفقان من حيث المبدأ العام لهذه السلطة، وهو مشروعية منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، بيد أنهما يختلفان في عدد من الأمور، بيانها على النحو الآتي:

١- يأتي على رأسها مدى قوة هذه المشروعية -أي مشروعية سلطة القاضي في التعديل- ففي الفقه الإسلامي وصلت هذه المشروعية إلى ذروتها وهي الوجوب، أي يجب على القاضي إذا ثبت لديه بالوسائل المقررة شرعاً كالشهود والأيمان ونحو ذلك إعسار المدين، أن يمنحه مهلة يتمكن فيها من الوفاء بدينه امتثالاً للآية الكريمة التي تأمر بذلك، وهي قول الله

تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة:٢٨٠] والتي ربطت الحكم بوجوب منح هذه المهلة بشرط واحد فحسب وهو ثبوت عسرة المدين بأداة الشرط (إن).

ولم تختلف أفهام الفقهاء حول ذلك حيث سبق بيان اتفاقهم -في الجملة- في المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة على وجوب هذا التعديل في الأجل من قبل القاضي[1].

أما بالنسبة للقانون الوضعي فقد رأى مشرعوه أيضاً منح القاضي هذه السلطة، بيد أنهم اكتفوا بجعلها سلطة تقديرية ترجع إلى اجتهاد القاضي، فهي ليست على سبيل الوجوب إذن وإنما على سبيل الجواز، كما ورد في الفقرة الثانية من المادتين: (٣٤٦) من القانون المصري و(٣٤٤) من القانون السوري ما نصّه: (على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق من هذا التأجيل ضرر جسيم).

فالقاضي في ظل القوانين الوضعية يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في منح المدين نظرة الميسرة أو منعه منها، وهو حرّ في تحديد مدتها بشرط أن تكون معقولة[2].

بيد أن هذا التعديل من قبل القاضي -وإن كان على سبيل الجواز في القانون الوضعي- إلا أن سلطته في التعديل -في أساسها- تعدّ من النظام العام، فإن كان للقاضي الحرية في منح المدين نظرة الميسرة حسب الظروف التي يراها على سبيل الجواز، إلا أن سلطته في ذلك محمية ومعتضدة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على سلبها منه.

فلا يخفى إذن ما للفقه الإسلامي من تميّز ودقة في هذا الجانب، إذ الحكم بوجوب التعديل يسد الباب أمام ما قد يعتري القاضي من سوء تقدير في الحكم إذا كانت سلطته على سبيل الجواز، وقد يؤدي ذلك إلى ظلم المدين الذي لا يملك حيلة أمام التزامٍ أثقل كاهله لظرف عصيب ألمّ به.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/ ١٧٣، والقوانين الفقهية، ابن جزي: ص٢٠٨، ومغني المحتاج، الخطيب الشربيني: ٢/ ١٥٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٨.

(٢) سلطة القاضي في تعديل العقد، الخطيب: ص٣٨٦-٣٨٧.

فالقول بوجوب منحه تلك المهلة قد يخفّف من وطأة ذلك الظرف، فيلوح له ما يفك به عسره في وقت قريب، وهذا معنى قصرت عنه القوانين الوضعية.

٢- ومن مواطن الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أيضاً، أن القانون الوضعي لم يجعل «عُسْر» المدين شرطاً لمنحه نظرة الميسرة، بل على العكس من ذلك فقد مرّ معنا من ضمن ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي: أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل وذلك بأن يكون عنده مال يكفي للوفاء بالتزامه بيد أنه ليس تحت يده، كأن يكون له عقار فيطلب مهلة حتى يتمكن من بيعه فيسد دينه، أو أن تكون له موارد أخرى لم تحل مواعيد استحقاقها فيطلب الأجل حتى يحصل عليها ونحو ذلك، أما إذا كان معسراً فلا جدوى من منحه هذا الأجل -على حد تعبيرهم[1]- وذلك على الرغم من أن مشرّعي القوانين اعتمدوا بالأساس مصطلح: «نظرة الميسرة» بناء على ورودها في القرآن الكريم، فاكتفوا من الآية بشقِّها الثاني فحسب: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ ولم يأخذوا بشقِّها الأول: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾ وتلك ثغرة لا تخفى على ذي عين؛ لأن الإعسار أبرز ظرف قد يحلّ بالمدين فيمنعه من الوفاء بالتزامه.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي: فقد مرّ معنا أن إعسار المدين يُعدّ الشرط الأساسي لمنح المدين أجلاً إضافياً للوفاء بالتزامه، استناداً إلى منطوق الآية الكريمة، بشرط أن يثبت ذلك لدى القاضي بالبينات والدلائل التي سبق بيانها.

مع أن الفقهاء لم يغفلوا منذ القدم وقبل وجود القوانين الوضعية تلك الحالات التي اعتمدتها القوانين الوضعية كمبرر لمنح المدين نظرة الميسرة، كأن يكون عنده مال يكفي للوفاء بالتزامه ولكنه ليس تحت يده، أو يكون له عقار فيطلب مهلة حتى يتمكن من بيعه، ونحو ذلك مما سبق بيانه قبل قليل، فالقوانين الوضعية باعتمادها تلك الحالات كمبررات لمنح المدين

(١) دور القاضي في تعديل العقد، فؤاد معوض: ص٤٨٤.

نظرة الميسرة لم تأت بجديد، إذ ورد في نصوص الفقهاء مثل ذلك أيضاً إضافة إلى ما سبق بيانه من حالة الإعسار.

جاء في «كشاف القناع» وأصله: (فإن كان له -أي للمدين- سلعة فطلب من رب الحق أن يمهله حتى يبيعها ويوفيه الدين من ثمنها أُمهل بقدر ذلك، أي بقدر ما يتمكن من بيعها والوفاء، وكذا إن طولب بمسجد أو سوق وماله بداره أو مودع أو ببلد آخر فيُمهل بقدر ما يحضره فيه، وكذلك إن أمكنه -أي المدين- أن يحتال لوفاء دينه باقتراض ونحوه فيُمهل بقدر ذلك، ولا يحبس لعدم امتناعه من الأداء ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها)[1].

إذن فواضح لكل منصف مدى الشمول والدقة والواقعية والكمال في أحكام الفقه الإسلامي الذي ما فتئ أعداؤه يرمونه بالجمود وعدم التطور، وفي المثال السابق رد بسيط وبليغ على ذلك.

وبذلك تتجلى نتيجةٌ مفادها أن المدين العاجز عن الوفاء بالتزامه في الأجل المحدد قد شملته أحكام الفقه الإسلامي بأحواله وظروفه كافة، بخلاف القانون الوضعي الذي استبعد حالة إعسار المدين من الحكم بنظرة الميسرة، واكتفى بالمدين الذي له مال ليس تحت تصرفه من منقول أو عقار.

ليتضح بذلك كمال هذا الفقه العظيم وصلاحيته للتطبيق في كل زمان ومكان، بل وواقعيته في التطبيق حتى في ظل التطور الرهيب الذي يشهده العالم، مع أنه دُوِّن منذ قرون عديدة خلت.. وما ذلك إلا دليل على أنه فقه الشريعة التي ارتضاها رب العزة والجلال دستوراً يحكم خلقه على أرضه.



(١) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٩.

المبحث الثالث:

أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي

وصل التدرج في عرض محتوى هذا الفصل إلى المبحث الأخير الذي درج الباحث في أمثاله من الفصول السابقة على تخصيصه لأبرز التطبيقات الواردة في الموضوع.

حيث مرَّ فيما سبق أن أبرز حالتين تكلم فيهما الفقهاء بخصوص سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي بمدِّه هما:

١- تعديل الأجل بمنح المدين المعسر -في العقود والالتزامات المالية- مهلة للوفاء بالتزامه.

٢- تعديل الأجل في عقد إجارة الأراضي الزراعية بمنح المستأجر مهلة إضافية لحصاد زرعه، في حال عدم اكتماله بحلول الأجل المتفق عليه فيما بينه وبين المؤجر صاحب الأرض.

*** وسأعرض فيما يلي بإيجاز لأبرز التطبيقات المعاصرة في هاتين الحالتين في مطلبين:**

- المطلب الأول: أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي تخريجاً على حالة منح المدين المعسر أجلاً للوفاء بالتزامه.
- المطلب الثاني: أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي تخريجاً على حالة تمديد الأجل في عقد إجارة الأرض للزراعة.



المطلب الأول:

أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي

تخريجاً على حالة منح المدين المعسر أجلاً للوفاء بالتزامه

مرَّ فيما مضى أن الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة اتفقوا على وجوب تعديل الأجل في العقود والالتزامات المالية من قبل القاضي إذا ثبت لديه بالبينة أو اليمين في بعض الأحيان إعسار المدين وعدم تمكنه من الوفاء بالحق الذي في ذمته بحلول أجله؛ استناداً إلى قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠].

ومن الجدير في هذا المقام توضيح مقصود الفقهاء بالحالات أو العقود التي يتأتّى من خلالها إعسار المدين، فلئن اقتصر لفظهم على كلمة «المدين» فذلك لا يعني أن المدين هو من ثبت في ذمته حق مالي منشؤه القرض فحسب كما قد يُفهم من إطلاق الكلمة، وإنما المدين هو من ثبت في ذمته حق مالي مؤجل أيّاً كان منشؤه من العقود والالتزامات المالية المتعددة؛ لأن لفظ «الدَّين» ذو مدلول عام يشمل كل ما في ذمة الشخص من حقوق مالية من قرض أو بيع أو إجارة أو صداق أو نحو ذلك.

* ومما ورد في بيان ذلك من نصوص الفقهاء:

- جاء في «كشاف القناع» في بيان أن الدَّين يعمّ كل حق مالي أيّاً كان منشؤه من العقود والالتزامات المالية: (ومن لزمه دين مؤجل من ثمن مبيع أو صداق أو غيره حرمت مطالبته به قبل حلول أجله... فإن كان المدين عاجزاً عن وفاء شيء منه حرمت مطالبته والحجر عليه وملازمته)[1].

وبالتالي فإن ثمة عقوداً مالية استجدت مؤخراً يمكن تخريج أحكام الأجل فيها على ما سبق من نصوص الفقهاء في ذلك، كالتوريد، والمقاولة، والاستصناع، والبيع بالتقسيط ونحو ذلك.

* وسأكتفي فيما يلي بعرض عقدين منها -كأنموذج على هذا الكلام- هما: **عقد التوريد، وعقد المقاولة:**

(١) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤١٨.

- **أولاً: عقد التوريد:**

عرَّفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي -كما سبق في الفصل الثاني- بأنه: (عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلّم سلعاً معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه)[1].

فقد يحدث أن يقوم المورّد بتوريد البضاعة المتفق عليها إلى المستورد على أن يستلم ثمنها لدى تسليم البضاعة، فأجل الوفاء في هذه الحالة هو وقت تسلّم المستورد للبضاعة، بيد أن المستورد قد تحلّ به ضائقة مالية تحول بينه وبين الوفاء بالتزامه بتسليم الثمن إلى المورّد في ذلك الأجل.

فإذا حصل خلاف بينهما في هذه الحالة وتمّ رفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي -بناء على تخريج المسألة على ما نص عليه الفقهاء في المدين المعسر- يتدخل في العقد من خلال عدة إجراءات:

- فينظر أولاً هل في يد المستورد مال ظاهر؟ فإن كان في يده مال ظاهر أمر بأداء ما عليه دون تعديل أجل العقد، فإن امتثل وإلا حبسه حتى يفي بالتزامه.

- فإن لم يجد القاضي في يد المستورد مالاً ظاهراً وادعى الإعسار وقامت البينة لدى القاضي بصدق ادعائه، أجرى القاضي تعديلاً على أجل العقد بمدةٍ فترة من الزمن يتأتّى من خلالها غالباً زوال العسر عن المستورد، وكذلك يمنع المورّد من ملازمته لدى جمهور الفقهاء عدا السادة الحنفية الذين قالوا بملازمة الدائن للمدين في هذه الحالة مع اتفاقهم مع الجمهور في القول بوجوب الإنظار في حالة العسر كما سبق، فخلافهم في «الملازمة» فقط[2].

- وقد لا يكون المستورد قد ادعى الإعسار في هذه الحالة، إلا أنه طلب مهلة محددة بقدر ما يتمكن فيها من الوفاء بالتزامه، فإن القاضي يستجيب له، ولكن لا يمنع المورّد من ملازمته أو من طلب كفيل يكفله في هذه الحالة خوفاً من هربه.

---

(١) من موسوعة القضايا الفقهية، علي السالوس: ص٦٢٥.

(٢) ينظر: ص ٥٦٨.

وقد ورد النص بخصوص هذه الحالة بالنسبة للمدين المعسر في «كشاف القناع»: (ومن طولب بأداء حق عليه من دين أو غيره فطلب إمهالاً بقدر ما يتمكن فيه من أدائه أُمهل بقدر ذلك... لكن إن خاف غريمه منه هرباً احتاط بملازمته أو كفيل)[1].

تلك هي أبرز الإجراءات التي يتخذّها القاضي إزاء الأجل في عقد التوريد تخريجاً على أحكام الأجل بالنسبة للمدين المعسر.

- **ثانياً: عقد المقاولة:**

مرّ فيما مضى تعريف المقاولة بأنها: (عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)[2].

فهي عقد رضائي ينعقد مبدئياً بمجرد اتفاق طرفيه على مضمونه، كما أنه ملزم للجانبين وقت إبرامه، ويعدّ من عقود المعاوضة؛ إذ يستهدف فيه كلا الطرفين الحصول على منفعة مقابل ما يؤديه إلى الطرف الآخر[3].

ومثاله: شخص اتفق مع مقاول على ترميم منزله الذي يسكنه مقابل أجر معين على أن يسلّمه الأجر بانتهاء العمل، فأجل الوفاء هنا هو وقت انقضاء الترميم وتسليم المنزل إلى صاحبه، بيد أنه لدى الانتهاء من العمل وحلول موعد الوفاء بالثمن أو الأجر المتفق عليه لم يتمكن صاحب المنزل من الوفاء بالتزامه بسبب عسر ألمّ به، فحصل خلاف بينه وبين المقاول وتمّ رفع الأمر إلى القضاء.

فالقاضي في هذه الحالة يسير في الإجراءات نفسها التي سبق بيانها في عقد التوريد، فيطلب من صاحب المنزل الوفاء بالتزامه إن وجد في يده مالاً ظاهراً، فإن لم يجد له مالاً ظاهراً وثبت لديه إعساره بالبينة، أمر المقاول بإنظاره مدة حتى يتمكن من الوفاء ومنعه من ملازمته.

---

(١) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٤٢٠.

(٢) العقود المسماة، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي: ص٢٧٦.

(٣) ينظر: عقد المقاولة والتوريد، علي أبو البصل: ص٢٧.

إلا إذا لم يدَّع صاحب المنزل الإعسار وإنما طلب مهلة فحسب للوفاء بالتزامه، فللمقاول في هذه الحالة ملازمته وطلب كفيل يكفله إذا خاف منه الهروب.

وأكتفي بهذين التطبيقين للحالة الأولى وهي إعسار المدين، وما قيل في هذين التطبيقين يسري على سائر العقود والالتزامات المالية المؤجلة إذا لم يتمكن الملتزم فيها من الوفاء بالتزامه في أجله المحدد لعسر ألمّ به والله تعالى أعلم.

ولننتقل فيما يلي إلى الحالة الثانية التي تكلم عنها الفقهاء وما يمكن أن يُخرَّج عليها من تطبيقات وذلك في المطلب الآتي.



المطلب الثاني:

أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي

تخريجاً على حالة تمديد الأجل في عقد إجارة الأرض للزراعة

مرَّ معنا فيما مضى أن الفقهاء متفقون -من حيث الجملة- على تمديد أجل العقد في إجارة الأرض إذا كانت بغرض الزرع ولم يكتمل الزرع بحلول أجل العقد، مع اشتراط السادة الشافعية والحنابلة أن لا يكون ذلك بتقصير المستأجر وتفريطه[1].

وعموماً فإن من الثوابت في الحكم بانتهاء عقد الإجارة أيّاً كان محل العقد انقضاء مدّته إلا لعذر، ومن نصوص الفقهاء في ذلك ما جاء في «بدائع الصنائع» في بيان انتهاء عقد الإجارة بانقضاء مدّته إلا لعذر كعقد إجارة الأرض للزراعة: (ومنها انقضاء المدة إلا لعذر؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان ثمة عذر، بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يُستحصد، فإنه يُترك إلى أن يُستحصد بأجر المثل)[2].

فإذا لم يبلغ الزرع كماله وقت حلول الأجل المتفق عليه حين إبرام العقد، فإن القاضي يحكم بتمديد أجل العقد حتى بلوغ الزرع كماله مع الحكم بأجرة المثل لصاحب الأرض مقابل ذلك.

وصور الإجارة كثيرة منها ما استجد مؤخراً، كاستئجار الآلات والمعدات الثقيلة بغرض إنجاز مشروع ما.

وسأعرض فيما يلي لهذا التطبيق لتخريج حكم الأجل فيه على الأجل في عقد إجارة الأرض للزراعة:

*** استئجار الآلات والمعدات الثقيلة:**

كما هو معلوم في ظل التطور الهائل الذي يشهده العصر الراهن في كافة المجالات وخاصة في مجال البناء والعمران، فقد نشأت شركات متخصصة في تأجير الآلات والمعدات الثقيلة

---

(١) ينظر: ص٥٧٦ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤/ ٢٢٣.

التي تُستخدم في المشاريع العمرانية الضخمة، كالرافعات الكبيرة التي يُستعان بها على تعمير الأبنية بارتفاع شاهق، وكآلات حفر الأبيار، وتكسير الصخور، وشاحنات النقل الكبيرة، ونحو ذلك.

ومثاله: شخص اتفق مع شركة من تلك الشركات على استئجار مجموعة من الآلات المتوفرة لديها لبناء مجمع تجاري وسكني ضخم، بعد أن استشار عدداً من المهندسين المختصين في المدة المحتملة لإنجاز المشروع، وبالفعل تمّ إبرام العقد على استئجار تلك الآلات لمدة ثلاث سنوات، وهي المدة المتوقّعة على الأكثر لإنجاز المشروع بمبلغ ثلاثة ملايين ليرة بواقع مليون ليرة عن كل سنة، ولم يتوان ذلك الشخص في البدء بالمشروع، وكذلك لم يتوان في كل مرحلة من مراحله، ومع ذلك انتهت مدة الإجارة ولّما يكتمل المشروع بعد لظروف خارجة عن إرادته.

فإذا طالبت الشركة بآلاتها ومعداتها بعد انقضاء المدة عن طريق القضاء، فإن القاضي يحكم في هذه الحالة بتمديد أجل العقد حتى اكتمال المشروع، على أن يدفع ذلك الشخص أجرة المثل للشركة عن كل يوم إضافي، فإذا بلغت المدة الإضافية عاماً كاملاً مثلاً دفع للشركة مليون ليرة إضافية كالسنوات السابقة وهكذا، وذلك تخريجاً على رأي الفقهاء في تمديد الأجل في عقد إجارة الأرض للزراعة بسبب تأخر حصاد الزرع، بجامع عدم اكتمال الغرض من الشيء المستأجَر محل العقد. والله تعالى أعلم.

وأصِل بذلك إلى ختام الحديث في الفصل الخامس والأخير من هذه الرسالة، وأحمد الله تعالى على فضله وتوفيقه في إتمام الرسالة التي أسأل الله تعالى أن يجعلها خالصة لوجهه الكريم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.





في خاتمة هذا البحث أحمدُ الله تعالى وأشكره على أن منَّ عليَّ بإتمام فصوله ومسائله، وإظهاره بهذا المظهر، كما أسأله سبحانه وتعالى أن يجعل ما سُطّر فيه خالصاً لوجهه الكريم.

وقد أتى الدور في هذه الخاتمة على عرض أبرز النتائج التي ظهرت من خلال البحث، وكذلك التوصيات المقترحة بِصَدَدِه، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: نتائج البحث:

١) إن موضوع هذا البحث يُسلِّط الضوء على جانب هام من سعة الفقه الإسلامي وغِناه بما يواكب المستجدّات ويطرح حلولاً للمشكلات المعاصرة، من خلال ما ذَكَره الفقهاء من الفروع والصور التطبيقية لسلطة القاضي في تعديل العقود المالية.

٢) يُعدّ مبدأ الإرادة الركن الأساسي في بنية العقود، ويُمثِّله في الظاهر تحقّق الرضا من قبل طرفي العقد بنص قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء: ٢٩]، وكما أن العقد ينشأ بإرادة العاقد الظاهرة، فلا ضير إن قلنا إن آثار العقد كذلك تتحدّد بتلك الإرادة ما لم تتجاوز حدود الشرع وأحكامه، والباحث لا يرى أيّ تناقض بين هذه النتيجة الأخيرة وبين ما ذهب إليه جلّ الباحثين المعاصرين من أن آثار العقد يُحدّدها الشرع دون أن يكون لإرادة العاقد فيها أيّ أثر، ما دام العاقد قد حدّد آثار العقد بمنأى عن محظورات الشرع ومحاذيره.

وإن اعتماد القول بأن لإرادة العاقد أثراً في آثار العقد ضمن حدود الشرع وأحكامه أولى من القول بأنه لا أثر لإرادة العاقد في آثار العقد بالكليّة.

٣) يتمتّع العقد بقوة ملزمة تكفل استمراره بما يحقّق مصلحة طرفيه، فلا يسوغ لأحدهما نقضه أو تعديله بإرادته المنفردة، كما لا يسوغ ذلك لأيّة جهة كالقضاء ونحوه، ما لم يلحق

العقد ظرف طارئ أو حاجة ملحّة تستدعي تدخّل القاضي فيه بنقض أو تعديل؛ تحقيقاً للتوازن العقدي، وحماية مصلحة طرفي العقد.

٤) لقد ترجّح في هذا البحث أن المرجع في تقدير نوعي الغبن اليسير والفاحش هو اعتبار العرف والعادة في كل زمان بحسب ما تعارف عليه أهله، ولا يخفى ما في إسناد الأمر إلى ما تعارف عليه الناس في كل زمان ومجتمع من مرونة وسعة تضمن للناس سير معاملاتهم وعقودهم بمنأى عن نشوب أيّ خلاف فيما بينهم.

٥) كما توصّل هذا البحث في مسألة الغبن إلى نتيجة مفادها: اعتماد رأي جمهور الفقهاء بالاعتداد بالغبن الفاحش وجعْله سبباً يسوغ للقاضي من خلاله التدخل في العقد بنقض أو تعديل بشرط أن يصحبه التغرير؛ إذ إن ضبط المسألة بقيد «التغرير» يُفنِّد كل سبب قد يتّخذه العاقد لتبرير لجوئه إلى غبن الطرف الآخر في العقد، كاستناده إلى مبدأ حرية التعاقد، وزعْمه بأن تدخُّل القاضي في العقد يُعدّ من قبيل الافتئات على حريته، وذلك لما يشتمل عليه التغرير من كذب وخداع لا يمكن تبريره في أيّ حال وتحت وطأة أيّ ظرف.

٦) على الرغم مما قد يقال بأن الاستغلال -كعيبٍ في الإرادة وسببٍ يسوغ للقاضي من خلاله التدخل في العقد بنقض أو تعديل كما في مسألة الغبن- هو في الأصل فكرة قانونية مستحدثة أصَّلَها وطَوَّرها ووَضَع أحكامها القانون الوضعي، إلا أن هذا البحث قد أظهر بتوفيقٍ من الله تعالى نتيجةً ساطعةً مفادها القول بأن هذه الفكرة تعود في جذورها وأصولها إلى الفقه الإسلامي لا من خلال نظرية عامة، وإنما من خلال طائفة من المسائل والتطبيقات تصلح لما هو أوسع من مدلول النظرية في المفهوم القانوني الحديث، حيث وسّع الفقهاء من الضوابط والحالات التي تضم صور الاستغلال بما لم تعهده القوانين الوضعية، ولاسيما القانونين المصري والسوري -محل المقارنة في هذا البحث- كاستغلال الحاجة والاضطرار: وتضم مسألة بيع المضطر وشرائه، واستغلال الضعف: وتضم صورة «الغَبِين» الذي لا يحسن المماكسة، واستغلال الجهل وعدم الخبرة: وتضم صورَتَي المُستَرسِل وتلقّي الركبان ونحوهما.

بينما قصر القانونان المصري والسوري مشكلة الاستغلال على صورَتَي الطيش البيّن والهوى الجامح، واستبعدا الحالات الأخرى كالحاجة وعدم الخبرة ونحوهما مع أن عناصر الاستغلال وشروطه متحقّقة في تلك الحالات أيضاً.

فإن دلّ هذا الأمر على شيء فإنما يدلّ على سعة أحكام الفقه الإسلامي واتّخاذها سدّاً منيعاً في وجوه الطامعين وهواة الاستغلال، وذلك من خلال توسيع مدلول الاستغلال ليشمل كل حالة تحوم حولها شوائب الاستغلال والخديعة والاحتيال.

٧) لقد توصّل الباحث في تكييف الظروف الطارئة إلى نتيجة مفادها: تكييف نظرية الظروف الطارئة فقهياً على أنها من جملة تطبيقات أحكام الضرورة المعروفة في الفقه الإسلامي، ما دامت تقوم على ما قامت عليه أحكام الضرورة من مبادئ، كإزالة الضرر وتحقيق العدل.

٨) لقد أظهر هذا البحث في مسألة «تغيُّر قيمة النقود الورقية برخص أو غلاء» نتيجة مفادها: أن يلتزم القاضي أثناء سلطته في النظر فيما يترتب في ذمة أحد طرفي العقد من نقد بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك في حال تغيُّر قيمة ذلك النقد برخص أو غلاء بعد إبرام العقد أو الالتزام المالي بالحكم بالمثل دون إجراء أي تعديل عليه؛ لأن الحكم بالمثل حكمٌ منضبطٌ واضحٌ منذ لحظة إبرام العقد وحتى حلول موعد الوفاء بالتزاماته، إضافة إلى خلوّ هذا الحكم من شبهة الربا.

أما مشكلة الهبوط الشديد لقيمة النقود وما قد يخلّفه من ضرر جسيم على أحد المتعاقدين، فثمة من الحلول ما قد يساهم في تفاديها ولو بشكل جزئي، كاتفاق المتعاقدين على حلٍّ مُرضٍ لكليهما دون خصومة أو خلاف، كما لو يحطّ الدائن جزءاً من دينه عن المدين مقابل الغلاء في قيمة النقد، أو لجوء المتعاقدين إلى القاضي لعقد صلحٍ بينهما بما يزيل الضرر عنهما وذلك بالتراضي، فيتّخذ القاضي حينئذٍ من الإجراءات ما يُعدّل من خلالها قيمة الالتزام المالي المترتب في ذمة المدين على نحو ما تقدم تفصيله في الفصل الثاني من هذه الرسالة[1].

(١) ينظر: ص ٢٧٢ وما بعدها.

٩) لقد توسع الفقه الإسلامي في تقدير الحادث الطارئ بشكل أكبر من القانون الوضعي، وبالتالي ذهب في مراعاة مبدَأي العدل وإزالة الضرر إلى أبعد مما ارتأته القوانين الوضعية في هذا الجانب.

١٠) لقد أظهر هذا البحث نتيجة مفادها: وجود فكرة الإذعان في الفقه الإسلامي منذ نشأته، وأن العقود التي أُطلق عليها مؤخرّاً مصطلح «الإذعان» وأُفردت بالبحث والتنظير في القوانين الحديثة، لها ما يلائمها وينسجم معها من المبادئ الثابتة والقواعد العامة والتطبيقات الشاملة في الفقه الإسلامي، والتي تصلح لتخريج مثل هذا النوع من العقود عليها، فالإذعان من حيث كونه فكرة قائمة على احتكار سلعة أو خدمة ضرورية يحتاج الناس إليها من قبل شخص أو مجموعة أشخاص حقيقيين أو اعتباريين، وبذْلها للناس بشروطهم دون قبول مناقشة أو مساومة فيها، له نظائر في الفقه الإسلامي في عدد من التطبيقات، أبرزها العقد بالمعاطاة والاحتكار، مما يُسهّل استنتاج الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان بالاستناد إلى ما ورد في الفقه الإسلامي بخصوص تلك النظائر، فلا يتعيّن البحث عن تطبيق أو مثال في الفقه الإسلامي يتطابق تماماً وعقود الإذعان حتى نحكم بصحة التخريج، وإنما يكفي التأكيد على شمول الفقه الإسلامي بتراثه العظيم وقواعده المحكمة ومبادئه الراسخة لأغلب الجزئيات المتعلقة بعقود الإذعان وغيرها مما استجدّ أو قد يستجدّ عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة، وإن في أحكام التعاقد بالمعاطاة والاحتكار التي نص عليها الفقهاء قديماً -كما أسلفت- ما يكفي لاحتواء عقود الإذعان التي عرفتها القوانين الوضعية مؤخراً دون ترددٍ أو ريبٍ.

وفي ذلك برهانٌ ساطعٌ على سعة أحكام الفقه الإسلامي ومرونتها وصلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان.

١١) كما ظهر في هذا البحث: أن الشرط الجزائي بوصفه من الشروط المرتبطة بالعقد، فإن للفقه الإسلامي نظريةً متكاملةً في الشروط المقترنة بالعقد تتّسع لهذا الشرط المستجد وغيره مما قد يستجدّ عبر الزمان بتطوراته المتلاحقة، ومن ثَمَّ فإن التكييف الفقهي الملائم له: هو أنه

شرط جعلي تقييدي مقترن بالعقد تسري عليه أحكام الشروط المقترنة بالعقد وضوابطها في المذاهب الفقهية المعتبرة، مثله مثل أيّ شرط مقترن بالعقد تكلّم عنه الفقهاء في معرض حديثهم عن الشروط المقترنة بالعقد، مما يسهّل -بالتالي- استنباط الضوابط التي تحكم سلطة القاضي إزاءه بالرجوع إلى ما ذكره الفقهاء من تفصيلات في هذا الجانب.

١٢) لقد أظهر هذا البحث إقرار الفقه الإسلامي -من حيث الجملة- بجواز الشرط الجزائي الذي انبثقت صورته مؤخّراً في القوانين الوضعية، بوصفه أداة لتوثيق العقد، وضمان الوفاء بالتزاماته، ودفع الضرر المتوقّع وقوعه بالدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخّره فيه، بشرط ألا يكون محل الشرط الجزائي مبلغاً من النقود مع كون محل الالتزام الأصلي في العقد أيضاً مبلغاً من النقود؛ تفادياً للوقوع في الربا المحظور.

١٣) إن سلطة القاضي في تعديل العقد في إطار الفقه الإسلامي منضبطةٌ بضوابط الشرع وقواعده العامة، ويتعيّن عند الضرورة ممارسة القاضي لهذه السلطة على سبيل الوجوب؛ لدفع الضرر أو الظلم المحتمل وقوعه على أحد طرفي العقد أو كليهما.

أما بالنسبة لهذه السلطة في إطار القانون الوضعي فقد ظهر مما تقدّم أنها على سبيل الجواز وإن كان مصدرها التشريع، فلا إجبار على القاضي في ذلك، وله الحق في تقدير مدى التدخل في العقد من عدمه، وقد ظهر ذلك جليّاً لدى دراسة سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وكذلك سلطته في تعديل الأجل الاتفاقي للعقد وذلك في الفصلين الرابع والخامس على التوالي من هذا البحث.

١٤) لقد أظهر هذا البحث أن مجال سلطة القاضي في تعديل العقد في الفقه الإسلامي أوسع -بشكل عام- من مجالها في القانون الوضعي، فالقاضي في ظل أحكام الفقه الإسلامي مخوّل بتحقيق التوازن العقدي بما يراه ملائماً بأيّة وسيلة، وسلطته تدور بين تعديل العقد بإبطال بعض شروطه، أو بإرجاء تنفيذه، أو فسخه، أو إبطاله كليّاً أو جزئيّاً، في حين أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية مقيّدة ضمن حدود التعديل في الأعم الأغلب، فليس له تجاوز التعديل إلى فسخ العقد أو إبطاله.

ثانياً: أهم التوصيات والمقترحات:

١) يوصي الباحث أن يولَى موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد بمزيد من الاهتمام والبحث في المجامع الفقهية والمؤتمرات العلمية؛ لأهميته القصوى خصوصاً في ظل الظروف العصيبة التي تمرّ بها المنطقة بشكل عام، حيث تؤثر هذه الظروف في العقود المالية بشكل مباشر، وتنشب بسببها خلافات واسعة بين أطراف العقود، مما يستدعي تدخل القاضي في تلك العقود بغرض إعادة التوازن إليها بما يحفظ حقوق ومصالح الأطراف كافة.

٢) يُعدّ تغيّر قيمة العملة الورقية وتقلّباتها بشكل مستمر من المشكلات الكبيرة التي تؤرِّق بلداناً عدة في الوقت الراهن؛ لما تمرّ به من ظروف عصيبة من حرب أو حصار أو نحو ذلك، مما يؤثر بشكل مباشر في العقود المالية التي تُبرم في تلك البلاد.

ومن هذا المنطلق يقترح الباحث أن تُشكَّل لجنة رسمية تضم كبار العلماء والفقهاء المتخصصين في الفقه الإسلامي من مختلف الدول إلى جانب خبراء متخصصين في مجال المال والاقتصاد؛ لوضع آلية مناسبة ثابتة يتم الالتزام بها في الأزمات مستندة إلى أحكام الفقه الإسلامي، تفادياً لما قد ينجم عن تغيّر قيمة العملات من خلاف بين أطراف العقود، كأن يتم الإلزام بالتعاقد بالعملات المستقرة عالمياً، أو التعاقد بالذهب مثلاً، أو اقتراح استحداث عملة إسلامية موحّدة تُصادق عليها الدول الإسلامية كلها، وتحظى باعتراف دولي، فيتم التعامل بها إلى جانب العملات الخاصة بكل دولة، على أن يتم التعامل بها في الأزمات بشكل إلزامي كما أسلفت، وبذلك يرتفع الخلاف الذي دار بين العلماء في الواجب أداؤه في العقود والالتزامات المالية إذا تغيّرت قيمة العملة بين من رأى وجوب المثل لا غير، ومن رأى وجوب القيمة، ومن رأى تنصيف الخسارة الناجمة عن تغير قيمة العملة بين طرفي العقد.

٣) لقد أظهر هذا البحث نتائج ساطعة لتميز الفقه الإسلامي وتفوقه على القوانين الوضعية بمراحل في جلّ الجوانب المتعلقة بسلطة القاضي في تعديل العقد، وبناء على ذلك

فالباحث يقترح أن يستفيد القائمون على هذه القوانين -في حال ثبت إصرارهم على العمل بها دون أحكام الفقه الإسلامي- أن يستفيدوا من أحكام الفقه الإسلامي بتوسيع نطاق هذه السلطة بما يستجيب لدواعي العدل والإنصاف بشكل أكبر على غرار ما تمّ إقراره في الفقه الإسلامي، وخاصة في مجال مظاهر الغبن والاستغلال بتوسيعها وعدم الاقتصار على حالات محدّدة سبق عرضها، وأن يمتدّ مدى هذه السلطة في القانون كذلك لتتعدى مظاهر تعديل العقد إلى فسخ العقد أو إبطاله إذا استدعت الضرورة كما في الفقه الإسلامي، إلى غير ذلك من طرق الاستفادة من فقهٍ ثبتت صلاحية أحكامه للتطبيق في كل زمان ومكان.

وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل



الفهارس العامة

- ويتضمن ما يأتي:

❁ فهرس الآيات القرآنية.

❁ فهرس الأحاديث والآثار.

❁ فهرس الأعلام.

❁ فهرس القواعد الفقهية.

❁ فهرس المصطلحات.

❁ فهرس المصادر والمراجع.

❁ فهرس الموضوعات.



فهرس الآيات القرآنية

يتضمن فهرس الآيات القرآنية الآيات الواردة في الرسالة، مرتبة حسب تسلسل السور في القرآن الكريم:

الآيـــة	السورة/ الآية	رقم الصفحة
﴿ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُا۟ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ ...﴾	البقرة: ١٦	٣٥٣
﴿ وَٱتَّقُوا۟ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا ﴾	البقرة: ٤٨	٤٥١
﴿ فَوَيْلٌ لِّلَّذِينَ يَكْتُبُونَ ٱلْكِتَٰبَ ...﴾	البقرة: ٧٩	٣٢
﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾	البقرة: ١٨٥	١٨٣-١٩٩
﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ...﴾	البقرة: ١٨٨	٢٥٩
﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾	البقرة: ١٩٤	٥٢٦
﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾	البقرة: ٢٣٥	٥٥١
﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوْا۟ ﴾	البقرة: ٢٧٥	٣٥٠-٥٣٦
﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ...﴾	البقرة: ٢٨٠	٢٦١-٥٥٩
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ...﴾	البقرة: ٢٨٢	٥٠٩
﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾	النساء: ٤	٥٩
﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾	النساء: ١٢	٥٩٠
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم ..﴾	النساء: ٢٩	٤-٥٩
﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ...﴾	النساء: ٥٨	٦٦-٤٠٣
﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ ...﴾	النساء: ٦٥	٣١
﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ...﴾	النساء: ١٠٥	٣١
﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾	النساء: ١٢٨	٢٩٠

الآيـــة	السورة/ الآية	رقم الصفحة
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ ...﴾	النساء: ١٣٥	٤٩٣
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾	المائدة: ١	٤٣-٥٩-٦٠-١٩٧-
﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ ...﴾	المائدة: ٣	٣
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ ...﴾	المائدة: ٨	٤٠٣-٤٨٩
﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْ ...﴾	المائدة: ٨	٤٠٣
﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ...﴾	المائدة: ٤٢	٦٦-٤٠٣
﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ ...﴾	المائدة: ٤٨	٣١
﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ﴾	المائدة: ٤٩	٣١
﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾	الأنعام: ١٦٤	٢٨٢
﴿قُلْ أَمَرَ رَبِّى بِٱلْقِسْطِ ...﴾	الأعراف: ٢٩	٤٩٤
﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم ...﴾	التوبة: ١١١	٣٥٣
﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ﴾	النحل: ٩٠	٦٦-٨٦-١٩٦
﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾	النحل: ١٢٦	٥٢٦
﴿فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ﴾	طه: ٧٢	٢٨
﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ...﴾	الحج: ٧٨	١٨٣-١٩٩
﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ﴾	المؤمنون: ٨	٦٥
﴿وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلْحَقُّ يَأْتُوٓاْ إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾	النور: ٤٩	٣٣٤
﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ...﴾	النور: ٥١	٣١

الآيـــة	السورة/ الآية	رقم الصفحة
﴿ فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَوْتَ ﴾	سبأ: ١٤	٢٨
﴿ يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ ... ﴾	ص: ٢٦	٣٠
﴿ٱللَّهُ لَطِيفٌۢ بِعِبَادِهِۦ يَرْزُقُ مَن يَشَآءُ﴾	الشورى: ١٩	٤١٧
﴿ وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾	الشورى: ٤٠	٥٢٦
﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا ﴾	محمد: ١٨	٤٥٠
﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾	الحجرات: ٩	٢٩٠
﴿وَأَقْسِطُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾	الحجرات: ٩	٤٩٤
﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَـٰتِ ...﴾	الحديد: ٢٥	٣٠-٤٠٢
﴿ٱلَّذِى خَلَقَكَ فَسَوَّىٰكَ فَعَدَلَكَ﴾	الانفطار: ٧	٨٣

فهرس الأحاديث والآثار

يتضمن فهرس الأحاديث والآثار أطراف الأحاديث والآثار الواردة في الرسالة، مرتبة حسب الترتيب الهجائي، مع إهمال «الـ» وذكر اسم الراوي إن ذُكِرَ اسمه في الرسالة.

الحديث أو الأثر	الراوي	رقم الصفحة
«إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر...»	-	٣٤
«إذا بايعْت فقل: لا خِلابة...»	-	٩٧
«إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل...»	عبد الله بن عمر	٥٨٥
«إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة...»	جابر بن عبد الله	٢١٦
«أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم يتقاضاه بعيراً...»	أبو هريرة	٢٨٩
«أن رجلاً اشترى ثمراً فأُصيب فيها فكثر دينه...»	أبو سعيد الخدري	٢١٥
«أن رجلاً جاء فقال يا رسول الله سَعِّر، فقال: بل ادعوا الله...»	أبو هريرة	١١١
«أن رجلاً من الأنصار ابتاع من رجل ثمرة...»	-	٢١٤
«أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خيبر...»	أبو سعيد الخدري- أبو هريرة	٢٨٥
«أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح»	جابر بن عبد الله	٢١٦
«أن عثمان بن عفان رضي الله عنه كان ينهى عن الحكرة»	أثر عن عثمان	٣٦٦
«إنما الأعمال بالنيات...»	-	٥٣٢
«إنما بُعثتم ميسِّرين ولم تُبعثوا معسِّرين...»	-	١٩٩
«إنما البيع عن تراض»	-	٣٥٠
«أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تَزهى...»	أنس بن مالك	٢١٤
«أنه مرّ بحاطب وهو يبيع زبيباً...»	أثر عن عمر بن الخطاب	٤١٩
«بُعثت بالحنيفية السَّمْحة...»	-	١٩٩
«تبيعه بدرهم؟...»	جابر بن عبد الله	١١٢

الحديث أو الأثر	الراوي	رقم الصفحة
«جاء رجلان يختصمان في مواريث قد درست ليس بينهما بينة...»	أم سلمة	٣٥
«الجالب مرزوق...»	عمر بن الخطاب	٣٦٤
«الخديعة في النار»	-	١١٩
«الذهب بالذهب تبرها وعينها...»	عبادة بن الصامت	٢٨٦
«الذهب بالذهب والفضة بالفضة...»	عبادة بن الصامت	٢٨٦
«الصلح جائز بين المسلمين...»	أبو هريرة	٢٩٠
«عن كعب بن مالك أنه طلب من عبد الله بن أبي حدرد ديناً له عليه...»	كعب بن مالك	٢٩١
«غبن المسترسل ظلم»	-	١١١
«غلا السِّعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم...»	أنس بن مالك	٤١٨
«كنا نُرزق تمر الجمع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم...»	أبو سعيد الخدري	٢٨٥
«لا تتلقّوا الجلب...»	أبو هريرة	١١٥
«لا تلقّوا الركبان...»	ابن عباس- أبو هريرة	١١٨
«لا حَسَد إلا في اثنتين...»	عبد الله بن مسعود	٣٢
«لا حكرة في سوقنا...»	أثر عن عمر بن الخطاب	٣٦٦
«لا ضرر ولا ضرار...»	أبو سعيد الخدري	١٦٨-١٨٣-١٩٣-٢٠٠
«لا يبع حاضر لِباد...»	جابر بن عبد الله	١١١
«لا يحتكر إلا خاطئ...»	معمر بن عبد الله العدوي	٣٦٥
«لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه...»	-	١٥٢

الحديث أو الأثر	الراوي	رقم الصفحة
«لي الواجد يحل عرضه وعقوبته...»	-	٥٧٤
«المسلمون على شروطهم...»	-	٤٩-٥١
«مطل الغني ظلم»	أبو هريرة	٢٦١
«مقاطع الحقوق عند الشروط...»	أثر عن عمر بن الخطاب	٥٠
«المقسطون عند الله يوم القيامة على منابر من نور...»	-	٣٤
«من احتكر حُكْرة يريد أن يُغلي بها على المسلمين...»	أبو هريرة	٣٦٥
«من احتكر طعاماً أربعين ليلة...»	عبد الله بن عمر	٣٦٤
«من أنظر معسراً إلى ميسرته...»	عبد الله بن عباس	٥٦٠
«من أنظر معسراً أو وضع عنه...»	جابر بن عبد الله	٥٦٠
«من أنظر معسراً فله بكل يوم مثله صدقة...»	-	٥٦٠
«من ترك حقاً أو مالاً فلورثته...»	-	٥٨٧
«من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليُغليه عليهم...»	معقل بن يسار	٣٦٥
«نهى أن تُتلقّى السلع حتى يهبط بها الأسواق..»	عبد الله بن عمر	١١٥
«نهى عن بيع المضطر»	-	١٥١
«نهى عن بيع النّجش...»	عبد الله بن عمر	١١٨
«هل تَدرون مَن السَابقون إلى ظلِّ الله يوم القيامة؟...»	عائشة	٣٣
«يسِّروا ولا تُعسِّروا...»	-	١٩٩

فهرس الأعلام

يشمل الأعلام المترجم لهم في الرسالة حسب الترتيب الهجائي للحروف:

اسم العلم	رقم الصفحة
أحمد بن حنبل	٣٦
أشهب	٤٢٠
أنس بن مالك	٢١٣
الباجي	٣٦٠
البجيرمي	٣٥٢
أبو بكر بن العربي	٤٢٢
جابر بن عبد الله	١١٢
الجرجاني	١٨٢
حاطب	٤١٩
الحطاب	١١٣
حميد الأعرج	٢١٨
أبو حنيفة	٩٩
أبو داود	٢٢٣
ابن دحون	١١٢
الدسوقي	٤٣
الرازي الجصاص	٤٢
ابن رشد	٢٨
الرهوني	٢٥١
الروياني	٣٥٥
زفر	٤٦٩
الزمخشري	١٩٧

اسم العلم	رقم الصفحة
ابن سريج	٣٥٥
أبو سعيد الخدري	١٦٨
سفيان بن عيينة	٢١٨
أم سلمة	٣٥
الشافعي	١٨٩
الطحاوي	٢٠٨
عائشة	٣٣
ابن عابدين	١٠٧
عبادة بن الصامت	٢٨٦
ابن عبد السلام	١١٢
عبد الله بن أبي حدرد	٢٩١
عبد الله بن عمر	١١٨
عثمان بن عفان	٣٦٦
ابن عرفة	١٠٩
العز بن عبد السلام	٢٧٣
ابن عسكر	١١٣
عمر بن الخطاب	٥٠
عمرة بنت عبد الرحمن	٢١٤
الغزالي	١٨٣
ابن القاسم	٢٢٦
قاسم بن قطلوبغا	٢٧
القرافي	٢٢١
القرطبي	٥٥٨

اسم العلم	رقم الصفحة
ابن القصار	١١٢
الكاساني	٣٦٧
ابن كثير	٥٥٩
الكرخي	٣٥٥
كعب بن مالك	٢٩١
ابن ماجة	٢٢٣
مالك بن أنس	٣٥٢
الماوردي	٢١٢
ابن مسعود	٣٢
مسلم	٢٢٢
نصر بن يحيى	٩٩
النووي	٣٤
أبو هريرة	٢٨٥
يحيى بن معين	٢٢٢
أبو يعلى	٣٥٥
أبو يوسف	٢٠٠

فهرس القواعد الفقهية

يشمل القواعد الفقهية المذكورة في الرسالة مرتبة حسب الترتيب الهجائي للحروف:

القاعدة الفقهية	رقم الصفحة
إذا تعذّر الأصل يُصار إلى البدل	٢٧٣
إذا ضاق الأمر اتّسع	٥٦١
الحاجة العامة أو الخاصة تنزل منزلة الضرورة	١٨٤
درء المفاسد أولى من جلب المصالح	٢٠١
الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف	١٨٤
الضرر لا يُزال بالضرر	٥٠٥
الضرر يُدفع قدر الإمكان	١٨٤
الضرر يُزال	١٨٣-٢٠٠
الضرورات تبيح المحظورات	١٨٣
ما أُبيح للضرورة يُقدّر بقدرها	٥٠٤
ما جاز لعذر بطل بزواله	٥٠٥
المسلمون عند شروطهم	٤٩
المشقّة تجلب التيسير	١٨٣-١٩٩
يُتحمّل الضرر الخاص لدفع ضرر عام	١٨٣

فهرس المصطلحات

يشتمل هذا الفهرس على المصطلحات التي تم التعريف بها في الرسالة، وهي مرتبة هجائياً مع إهمال (الـ التعريف):

المصطلح	رقم الصفحة
الأجل	٥٥١
الأجل الاتفاقي	٥٥٤
الأجل الشرعي	٥٥٤
الأجل القانوني	٥٥٥
الأجل القضائي	٥٥٤
الاحتكار	٣٥٨
الإذعان	٣٣٤
الاستغلال	١٣٣
انقطاع النقد	١٩١
الأوراق النقدية	٢٥٢
البطاقة الائتمانية	٥٣٦
بيع العربون	٤٥٦
التدليس	٩٦
التسعير الجبري	٤١٤
التضخم الجامح	٢٥٤
التضخم الزاحف	٢٥٤
التضخم المالي	٢٥٤
تعديل العقد	٨٢
التغرير	٩٥

المصطلح	رقم الصفحة
تفرّق الصفقة	١٩١
تلقي الركبان	١٤٣
الجائحة	١٨٨
الخلابة	٩٧
السّلْطة	٣٧
الشرط	٤٦٥
الشرط الإضافي	٤٦٧
الشرط التقييدي المقترن بالعقد	٤٦٧
الشرط الجزائي	٤٥٤
الشرط الجعلي	٤٦٦
الشرط الشرعي	٤٦٥
الشرط المعلق	٤٦٦
الصلح	٢٩٠
الضرر	٥٠٢
الضرورة	١٨٢
الطيش البيّن	١٤٦
الظروف الطارئة	١٧٧
العذر في عقد الإجارة	١٨٧
العقد	٤١
عقد التوريد	٣٢٤
عقد الصيانة	٣٢٦

المصطلح	رقم الصفحة
عقد المزايدة	٣٢٥
عقد المقاولة	٣٢٢
عقد المناقصات	٣٢٥
الغبن	٩٣
غلاء النقد ورخصه	١٩١
القضاء	٢٦
قياس الشبه	٢١٧
كساد النقد	١٩٠
المُسترسِل	١٢٠
المعاطاة	٣٥١
النجش	١١٦
نظرة الميسرة	٥٦٥
النقود الاصطلاحية	٢٣٧
النقود الخِلقية	٢٣٣
الهوى الجامح	١٤٦

فهرس المصادر والمراجع

يشتمل على المصادر والمراجع المثبتة في الرسالة، مرتبة حسب الترتيب الهجائي ضمن كل فنٍّ على حدة:

❖ **كتب تفسير القرآن الكريم وعلومه:**

١) أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن علي الرازي الجصّاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، ١٤٠٥هـ- ١٩٩٥م.

٢) أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، د.ط، د.ت.

٣) أحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب، القاهرة، د.ط، د.ت.

٤) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد بن المختار الشنقيطي، تحقيق: مكتب البحوث، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

٥) التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون، تونس، د.ط، د.ت.

٦) تفسير الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٥هـ.

٧) تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ.

٨) الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، أبوالقاسم محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

❖ **كتب الحديث الشريف:**

▪ **كتب المتون:**

٩) الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: الدكتور مصطفى البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ط٣، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.

١٠) سنن ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د.ت.

١١) سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الفكر، بيروت، د.ط- د.ت.

١٢) سنن البيهقي الصغرى، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: محمد ضياء الرحمن الأعظمي، مكتبة الدار، المدينة المنورة، ط١، ١٤١٠هـ- ١٩٨٩م.

١٣) سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، دار الباز، مكة المكرمة، د.ط، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.

١٤) سنن الترمذي، محمد بن عيسى، أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط- د.ت.

١٥) سنن الدارقطني، علي بن عمر، أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م.

١٦) سنن سعيد بن منصور(١)، سعيد بن منصور الخراساني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط١، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٢م.

١٧) سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الغفار البنداري وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ- ١٩٩١م.

١٨) صحيح ابن حبان بترتيب ابن لبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٤م.

١٩) صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

٢٠) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٠٩هـ.

٢١) المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبد الله، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ- ١٩٩٠م.

٢٢) مسند أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مؤسسة قرطبة، مصر، د.ط، د.ت.

٢٣) المصنف، عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ.

٢٤) المعجم الكبير، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، تحقيق: حمدي السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل، ط٢، ١٤٠٤هـ- ١٩٨٣م.

٢٥) معرفة السنن والآثار عن الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

٢٦) موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس الأصبحي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

- **كتب شروح الحديث وغريبه:**

٢٧) جامع العلوم والحكم، ابن رجب الحنبلي، أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط و إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.

٢٨) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، تحقيق: محمد الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٤، ١٣٧٩هـ.

٢٩) شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد بن سلامة، أبو جعفر الطحاوي، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ.

٣٠) صحيح مسلم بشرح النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٣٩٢هـ.

٣١) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

٣٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.

٣٣) مختصر اختلاف العلماء، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط٢، ١٤١٧هـ.

٣٤) المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، مطبعة دار السعادة، مصر، ط١، ١٣٣٢هـ.

■ **كتب تخريج الحديث:**

٣٥) البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

٣٦) بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، الحافظ ابن القطان الفاسي أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك، تحقيق: الحسين سعيد، دار طيبة، الرياض، ط١، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م.

٣٧) تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، عمر بن علي الوادياشي الأندلسي، تحقيق: عبد الله اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، ط١، ١٤٠٦هـ.

٣٨) تغليق التعليق على صحيح البخاري، أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: سعيد القزقي، المكتب الإسلامي، بيروت، دار عمار، عمان، الأردن، ط١، ١٤٠٥هـ.

٣٩) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، د.ن، د.ط، ١٣٨٤هـ- ١٩٦٤م.

٤٠) التيسير بشرح الجامع الصغير، الحافظ زين الدين عبد الرؤوف المناوي، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، ط٣، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م.

٤١) خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي، عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤١٠هـ.

٤٢) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان للتراث، دار الكتاب العربي، القاهرة، بيروت، د.ط، ١٤٠٧هـ.

٤٣) مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، أحمد بن أبي بكر الكناني، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ.

٤٤) المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار، الحافظ العراقي، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن زين العراقي، تحقيق: أشرف عبد المقصود، مكتبة طبرية، الرياض، ط١، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

٤٥) نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، د.ط، ١٣٥٧م.

❖ كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية:

٤٦) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

٤٧) الأشباه والنظائر، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.

٤٨) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، د.ت.

٤٩) أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٥٠) البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

٥١) التحبير شرح التحرير، أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين وآخرين، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

٥٢) تيسير التحرير على كتاب التحرير للكمال بن الهمام الحنفي، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

٥٣) شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

٥٤) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر (لزين العابدين ابن نجيم المصري)، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٥٥) الفروق أو (أنوار البروق في أنواء الفروق) مع هوامشه، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٥٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

٥٧) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار الفكر، بيروت، د.ط،١٣٧٨هـ-١٩٦٨م.

٥٨) المستصفى في علم الأصول، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: محمد عبدالشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٣هـ.

٥٩) المنثور في القواعد، محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق: تيسير فائق محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ.

❖ **كتب الفقه:**

▪ **المذهب الحنفي:**

٦٠) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، د.ت.

٦١) بدائع الصنائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢م.

٦٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار المكتب الإسلامي، القاهرة، د.ط،١٣١٣هـ.

٦٣) حاشية ابن عابدين، محمد أمين عابدين، دار الفكر، بيروت، د.ط،١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٦٤) رسائل ابن عابدين، محمد أمين عابدين، رسالة تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير، نسخة قديمة د.ن- د.ط- د.ت.

٦٥) رسائل ابن عابدين، محمد أمين عابدين، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود، نسخة قديمة، د.ن، د.ط، د.ت.

٦٦) شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن همام السيواسي الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط٢، د.ت.

٦٧) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤١١هـ- ١٩٩١م.

٦٨) المبسوط، شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.

٦٩) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.

٧٠) مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، تحقيق: محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد، د.ن، د.ط، د.ت.

٧١) المحيط البرهاني، برهان الدين بن مازة الحنفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

٧٢) مختصر الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر أباد، الهند، ١٣٧٠هـ.

٧٣) الهداية شرح بداية المبتدي، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، المكتبة الإسلامية، د.ط- د.ت.

▪ **المذهب المالكي:**

٧٤) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا- محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.

٧٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

٧٦) التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله المواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.

٧٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفه الدسوقي، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

٧٨) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ط١، ١٣٠٦هـ.

٧٩) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعيدي العدوي المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، د.ط،١٤١٢هـ.

٨٠) الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، د.ط، ١٩٩٤م.

٨١) شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبوالأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٣م.

٨٢) شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

٨٣) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤١٥هـ.

٨٤) القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، د.ن، د.ط، د.ت.

٨٥) الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.

٨٦) المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، دار صادر، بيروت، د.ط، د.ت.

٨٧) منح الجليل على مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٨٨) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.

■ **المذهب الشافعي:**

٨٩) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الشيخ زكريا الأنصاري، تحقيق: محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٠م.

٩٠) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

٩١) الأم، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ.

٩٢) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، سليمان بن عمر البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، د.ط، د.ت.

٩٣) الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

٩٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت،ط٢، ١٤٠٥هـ.

٩٥) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، الشيخ زكريا الأنصاري، من برنامج المكتبة الشاملة الالكتروني، د.ن، د.ط، د.ت.

٩٦) فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، د.ن، د.ط، د.ت.

٩٧) المجموع شرح المهذب، الإمام يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٩٩٧م.

٩٨) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

٩٩) المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

١٠٠) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م.

■ **المذهب الحنبلي:**

١٠١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

١٠٢) الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، د.ط، ١٣٩٠هـ.

١٠٣) الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، مطبوع مع المغني.

١٠٤) شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط٢، ١٩٩٦م.

١٠٥) الفروع، محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

١٠٦) كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٢هـ.

١٠٧) المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، من برنامج المكتبة الشاملة الالكتروني- د.ن- د.ط- د.ت.

١٠٨) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي، دمشق، د.ط، ١٩٦١م.

١٠٩) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.

❖ **كتب القضاء والسياسة الشرعية:**

١١٠) أخبار القضاة، أبو بكر محمد بن خلف بن حيان البغدادي، الملقب بوكيع، تحقيق: عبدالعزيز المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط١، ١٣٦٦هـ- ١٩٤٧م.

١١١) تاريخ القضاء في الإسلام، محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

١١٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، أبو عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، تحقيق: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

١١٣) التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م.

١١٤) السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، محمود بركات، دار النفائس، عمّان، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧م.

١١٥) لسان الحكام في معرفة الأحكام، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.

١١٦) معالم القربة في أحكام الحسبة، محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة القرشي، طبعة الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، د.ط، د.ت.

❖ كتب اللغة:

١١٧) أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

١١٨) الأفعال، أبو القاسم علي بن جعفر السعدي، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

١١٩) تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م.

١٢٠) القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ط، د.ت.

١٢١) لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، ط١، د.ت.

١٢٢) مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، د.ط، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

١٢٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

١٢٤) معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

١٢٥) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، د.ط، د.ت.

❖ كتب التراجم والطبقات:

١٢٦) الاستيعاب في معرفة الأصحاب، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تحقيق: علي البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ.

١٢٧) أسد الغابة في معرفة الصحابة، عز الدين بن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، تحقيق: عادل الرفاعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

١٢٨) الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: علي البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

١٢٩) الأعلام، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، ١٩٧٩م.

١٣٠) تاج التراجم في طبقات الحنفية، أبو الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٣هـ- ١٩٩٢م.

١٣١) تذكرة الحفاظ، أبو عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، د.ت.

١٣٢) تهذيب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر، أبو الفضل العسقلاني، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١٣٣) تهذيب الكمال، يوسف بن الزكي أبو الحجاج المزي، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.

١٣٤) الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن أبي الوفا القرشي، مير كتب خانه، كراتشي، باكستان، د.ط، د.ت.

١٣٥) الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر أباد، الهند، ط٢، ١٣٩٢هـ- ١٩٧٢م.

١٣٦) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط- د.ت.

١٣٧) سير أعلام النبلاء، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٩، ١٤١٣هـ.

١٣٨) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة بالأوفست عن الطبعة الأولى بالمطبعة السلفية، ١٣٤٩هـ.

١٣٩) شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري، ابن العماد الحنبلي، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط ومحمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط١، ١٤٠٦هـ.

١٤٠) صفة الصفوة، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: محمود فاخوري ومحمد رواس قلعه جي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

١٤١) طبقات الحفاظ، أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

١٤٢) طبقات الحنابلة، محمد بن أبي يعلى أبي الحسين، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، د.ط- د.ت.

١٤٣) الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تقي الدين عبد القادر التميمي الغزي- د.ن- د.ط- د.ت.

١٤٤) طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة- تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.

١٤٥) طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: محمود الطناحي وعبدالفتاح محمد، دار الهجرة للنشر والتوزيع، السعودية، ط٢، ١٤١٣هـ.

١٤٦) طبقات المفسرين، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: علي محمد عمر، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، ١٣٩٦هـ.

١٤٧) الفوائد البهية في تراجم الحنفية، أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي الحنفي، ومعه التعليقات السنية للمؤلف، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٢٤هـ.

١٤٨) معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

١٤٩) المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م.

١٥٠) ميزان الاعتدال في نقد الرجال، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٥م.

١٥١) النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، جمال الدين أبو المحاسن يوسف الأتابكي، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، مصر، د.ط، د.ت.

١٥٢) هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، إسماعيل باشا البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط،١٤١٣هـ- ١٩٩٢م.

١٥٣) وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، تحقيق: إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، د.ط، د.ت.

❖ كتب حديثة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية:

١٥٤) آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي، موسى آدم عيسى، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١٥٥) أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، حسبو الفزاري، مكتبة معهد الإدارة العامة، الرياض، د.ط ، د.ت.

١٥٦) أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون المدني، نزار أحمد عويضات، أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين ٢٠٠٣م.

١٥٧) أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، محمود عبد المجيد المغربي، المكتبة الحديثة، د.ط، ١٩٨٨م.

١٥٨) أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

١٥٩) إنهاء القوة الملزمة للعقد، عبد الحكيم فودة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٠م.

١٦٠) الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، أحمد حسن، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

١٦١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

١٦٢) التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، أنور العمروسي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ١٩٨٣.

١٦٣) التغرير وأثره في العقود، كفاح الصوري، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، الأردن، ط١، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.

١٦٤) تغيّر القيمة الشرائية للنقود الورقية وأثرها على الحقوق والالتزامات في الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي، زكي زيدان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٤م.

١٦٥) الجوائح وأحكامها، سليمان بن إبراهيم الثنيان، دار عالم الكتب، الرياض، ط١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

١٦٦) دور القاضي في تعديل العقد، فؤاد محمود معوض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط،٢٠٠٤م.

١٦٧) الرؤى الإسلامية لتسعير السلع والخدمات، محمد بن أحمد بن صالح الصالح، طبعة خاصة بالمؤلف، ط١، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

١٦٨) سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، محمد علي الخطيب، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٢م.

١٦٩) شرح القانون المدني السوري- النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد الدين سوار، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، د.ط، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.

١٧٠) الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، أسامة الحموي، دار الخير، دمشق، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

١٧١) الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبد العزيز اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٤٢٥هـ.

١٧٢) ضوابط العقود، عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، د.ت.

١٧٣) عقد المقاولة، عزت عبد القادر، دار الألفي، المنية، مصر، د.ط، ٢٠٠٠م.

١٧٤) عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، علي أبو البصل، دار القلم، دبي، الإمارات، ط١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

١٧٥) العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، حسني محمود عبد الدايم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٧م.

١٧٦) عقود الإذعان، عبد العزيز العطوي، معهد الإدارة العامة بالرياض، دار المعارف السعودية للطباعة والنشر، الرياض، ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م.

١٧٧) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، د.ط، ١٩٨٧م.

١٧٨) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٤، د.ت.

١٧٩) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.

١٨٠) القانون المدني السوري، مصطفى الزرقا، معهد البحوث والدراسات العربية في جامعة الدول العربية، د.ط- ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م.

١٨١) القانون المدني الصادر بتاريخ ١٨/ ٥/ ١٩٤٩م وتعديلاته في سوريا، أديب استانبولي، طبع وزارة العدل في سوريا، ط١، ١٩٨٣م.

١٨٢) القواعد القانونية العربية والدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود التجارية، أحمد منير فهمي، مجلس الغرف التجارية الصناعية، المملكة العربية السعودية، د.ط، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١٨٣) القوة الملزمة للعقد، حسين عامر، مطبعة مصر، القاهرة، ط١، ١٣٦٨هـ-١٩٤٩م.

١٨٤) القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، وليد صلاح رمضان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٩م.

١٨٥) القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، حمدي محمد إسماعيل سلطح، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٦م.

١٨٦) محاضرات في القانون المدني- نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، عبد المنعم فرج الصدة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، د.ط- ١٩٥٨م.

١٨٧) محاضرات في القانون المدني، هشام القاسم، مطبوعات جامعة دمشق، د.ط، د.ت.

١٨٨) المدخل إلى فقه المعاملات المالية، محمد عثمان شبير، دار النفائس، عمّان، الأردن، ط١، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٤م.

١٨٩) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، ١٩٩٨م.

١٩٠) مصادر وأحكام الالتزام، مصطفى الجمال ورمضان أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٠م.

١٩١) المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

١٩٢) معجم المصطلحات القانونية، أحمد زكي بدوي، دار الكتاب المصري، القاهرة، ط١، ١٩٨٩م.

١٩٣) مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، أحمد محمود سعد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

١٩٤) الملكية ونظرية العقد، أحمد فراج حسين، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، ١٩٨٦م.

١٩٥) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط- د.ت.

١٩٦) مكافحة الشروط التعسفية في العقود، بودالي محمد، دار الفجر، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م.

١٩٧) موجز أحكام الالتزام، مصطفى أبو عمرو، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٠م.

١٩٨) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي السالوس، مؤسسة الريان، بيروت، ط٧، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

١٩٩) موقف الشريعة الإسلامية من النقود والبنوك، حسني عبد السميع إبراهيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.

٢٠٠) النظريات العامة في الفقه الإسلامي، رمضان الشرنباصي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٣م.

٢٠١) النظريات الفقهية، فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ط٤، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

٢٠٢) نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون، حلو عبد الرحمن أبو حلو، دار الحداثة، بيروت، ط١، ١٩٨٦م.

٢٠٣) نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، توفيق حسن فرج، د.ن، د.ط، ١٩٥٧م.

٢٠٤) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٦٨م.

٢٠٥) نظرية الضرورة الشرعية، وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٤، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٢٠٦) نظرية الضمان، علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، ٢٠٠٠م.

٢٠٧) نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٩، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٢٠٨) نظرية الظروف الطارئة، عبد السلام الترمانيني، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

٢٠٩) النظرية العامة للاستغلال، هائل حزام العامري، المكتب الجامعي الحديث، اليمن، د.ط، ٢٠٠٩م.

٢١٠) النظرية العامة للالتزام، محمد عبد الله الدليمي، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، د.ط، ١٩٩٨م.

٢١١) النظرية العامة للالتزام، جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، ١٩٨٤م.

٢١٢) النظرية العامة للالتزام -أحكام الالتزام- أنور سلطان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ١٩٩٧م.

٢١٣) النظرية العامة للالتزام- نظرية العقد، توفيق فرج، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، ١٩٩٣.

٢١٤) النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)، عبد الرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، د.ط- د.ت.

٢١٥) النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، بهاء الدين العلايلي، دار الشواف، الرياض، د.ط، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م.

٢١٦) نظرية العقد، محمود المظفر، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، د.ط، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م.

٢١٧) نظرية العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، صالح العلي و باسل الحافي، دار اليمامة، دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٨م.

٢١٨) نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، محمد أحمد سراج، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، د.ت.

٢١٩) الوسيط في القانون المدني، المستشار أنور طلبة، د.ن، د.ط، د.ت.

❖ أبحاث ومقالات:

٢٢٠) أثر تغير قيمة النقود في الحقوق والالتزامات، علي السالوس، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٢١) الأجل القضائي، محمود دينـاوي، بحـث عـلى موقـع منتـدى محـامي سـوريا، نقابـة المحامين، فرع دمشق، على شبكة الانترنت.

٢٢٢) أحكام النقود الورقية في الفقه الإسلامي، عبد اللطيف الفرفور، بحث منشور في مجلـة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٨م.

٢٢٣) الاستغلال والغبن في القانون المـدني الـمصري وفي القـوانين المدنيـة العربيـة، أسـعد الكوراني، بحث مقدم إلى مؤتمر المحامين العرب السادس المنعقد في القاهرة، عام ١٩٦١م.

٢٢٤) الإذعان في الفقه الإسلامي، مقال لنزيه حماد، مجلة العدل، الصادرة عـن وزارة العـدل في المملكة العربية السعودية، العدد: ٢٤، شوال- ١٤٢٥هـ.

٢٢٥) انخفاض قيمة العملة وأثره على الديون السابقة، مصـطفى الزرقـا، بحـث منشـور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ١٨١، السـنة الخامسـة عشـرة، ذو الحجـة ١٤١٦هـ، مـايو ١٩٩٦م، يصـدرها قسـم البحـوث والدراسـات الاقتصـادية ببنـك دبي الإسـلامي، المطبعـة العصرية، دبي، الإمارات العربية المتحدة.

٢٢٦) تذبذب قيمة النقود الورقية وأثره على الحقوق والالتزامـات عـلى ضـوء قواعـد الفقـه الإسلامي، علي القره داغي، بحث منشور في مجلة مجمـع الفقـه الإسـلامي، الـدورة الخامسـة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٢٧) التعويض الاتفاقي أو الـشرط الجزائي ومدى سلطة القـاضي في تعديلـه، بحـث لعبـد القادر البابا، مجلة المحامون، الصادرة عن نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، السـنة: ٥٦، الأعداد: ١-٢-٣، ١٩٩١م.

٢٢٨) تغير قيمة العملة، محمد علي التسخيري، بحث منشور في مجلة مجمع الفقـه الإسـلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٢٩) تغير قيمة العملة، محمود قاسم، بحث منشور في مجلة مجمع الفقـه الإسـلامي، الـدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٣٠) تغير قيمة العملة في الفقه الإسلامي، عجيل النشمي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٣١) تغير قيمة العملة والأحكام المتعلقة فيها في فقه الشريعة الإسلامية، محمد عبده عمر، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٣٢) الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، علي السالوس، بحث في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة: الثانية عشرة، العدد: الرابع عشر، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٢٣٣) شرح المادة (٣٤٤) من القانون المدني السوري لرمضان السهو، مجلة الجماهير، العدد (١٢٥٨٤)، الصادرة عن مؤسسة الوحدة للصحافة والطباعة، حلب، ٢٠٠٨م.

٢٣٤) الظروف الطارئة، محمد خالد منصور، بحث في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ١٩٩٨م.

٢٣٥) عقد الإذعان، مقال لعبد المنعم الصدة، مجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية شرطة دبي في الإمارات العربية المتحدة، السنة: الرابعة، العدد: ١، شعبان ١٤١٦هـ- يناير ١٩٩٦م.

٢٣٦) عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مقال لنزيه حماد، مجلة العدل، الصادرة عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، السنة: السادسة، العدد: ٢٤، شوال ١٤٢٥هـ.

٢٣٧) مسألة تغير قيمة العملة وربطها بقائمة الأسعار، محمد تقي العثماني، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٣٨) مفهوم الأجل وأنواعه في القانون المدني، بحث على موقع المحاماة على شبكة الإنترنت: www.mohamah.net

❖ مراجع أخرى:

٢٣٩) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تحقيق: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

٢٤٠) مجلة الأحكام العدلية، تأليف: جمعية المجلة، تحقيق: نجيب هواويني، المكتبة التجارية للكتب، د.ط، د.ت.

٢٤١) مجلة البحوث الإسلامية، المجلد الأول، العدد الثاني، الرياض، ١٣٩٥هـ.

٢٤٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٤٣) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ط٢، ١٣٠٨هـ- ١٨٩١م.

٢٤٤) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

٢٤٥) نظام العمل على الموقع الالكتروني لوزارة الخدمة المدنية في المملكة العربية السعودية www.mcs.gov.sa

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
- الإهداء.	١
- شكر وتقدير.	٢
- المقدمة.	٣
- أهمية البحث.	٥
- أسباب اختيار البحث.	٧
- مشكلة البحث.	٨
- أهداف البحث.	٩
- صعوبات البحث.	١٠
- الدراسات السابقة.	١٠
- منهج البحث وطريقته.	١٣
- خطة البحث.	١٦
الفصل التمهيدي	٢٣
المبحث الأول: مفهوم القضاء ومشروعيته ومفهوم سلطة القاضي.	٢٥
⇐ المطلب الأول: مفهوم القضاء ومشروعيته.	٢٦
➢ الفرع الأول: مفهوم القضاء لغة واصطلاحاً.	٢٦
➢ الفرع الثاني: مشروعية القضاء.	٣٠
⇐ المطلب الثاني: مفهوم سلطة القاضي.	٣٧
المبحث الثاني: مفهوم العقد وأقسامُه وأهم المبادئ التي تقوم عليها أحكامه.	٤٠
⇐ المطلب الأول: تعريف العقد وتمييزه عما يشابهه من المصطلحات.	٤١
➢ الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحاً.	٤١
➢ الفرع الثاني: تمييز العقد عمّا يشابهه من المصطلحات.	٤٧
⇐ المطلب الثاني: أقسام العقد وأهم تصنيفاته.	٤٨

الموضوع	رقم الصفحة
➢ الفرع الأول: أقسام العقد وأهم تصنيفاته في الفقه الإسلامي.	٤٨
➢ الفرع الثاني: أقسام العقد وأهم تصنيفاته في القانون الوضعي ومقارنتها بما جاء في الفقه الإسلامي.	٥٣
⇐ المطلب الثالث: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد.	٥٨
➢ الفرع الأول: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد في الفقه الإسلامي.	٥٨
➢ الفرع الثاني: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد في القانون الوضعي.	٦٨
➢ الفرع الثالث: أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام العقد بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٧٨
المبحث الثالث: مفهوم تعديل العقد وأقسامه.	٨٢
⇐ المطلب الأول: تعريف التعديل لغةً وفي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٨٣
⇐ المطلب الثاني: أقسام تعديل العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٨٥
➢ الفرع الأول: أقسام تعديل العقد في الفقه الإسلامي.	٨٥
➢ الفرع الثاني: أقسام تعديل العقد في القانون الوضعي.	٨٦
الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال.	٨٩
المبحث الأول: الغبن وأنواعه ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه.	٩٢
⇐ المطلب الأول: تعريف الغبن لغةً واصطلاحاً والألفاظ المتعلقة به.	٩٣
➢ الفرع الأول: تعريف الغبن لغة واصطلاحاً.	٩٣
➢ الفرع الثاني: الألفاظ المتعلّقة بالغبن.	٩٥
⇐ المطلب الثاني: أنواع الغبن ومعيار التفرقة فيما بينها.	٩٨
➢ الفرع الأول: أنواع الغبن.	٩٨
➢ الفرع الثاني: معيار التفرقة بين أنواع الغبن.	٩٩
⇐ المطلب الثالث: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن.	١٠٢
➢ الفرع الأول: أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.	١٠٢

الموضوع	رقم الصفحة
- المسألة الأولى: آراء الفقهاء في أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.	١٠٢
- المسألة الثانية: الاستثناءات الواردة على أثر الغبن اليسير في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.	١٠٣
➢ الفرع الثاني: أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.	١٠٤
- المسألة الأولى: رأي السادة الحنفية في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.	١٠٥
- المسألة الثانية: رأي السادة المالكية في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.	١٠٨
- المسألة الثالثة: رأي السادة الشافعية في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.	١١٤
- المسألة الرابعة: رأي السادة الحنابلة في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله.	١١٦
- المسألة الخامسة: تحرير آراء المذاهب الفقهية الأربعة في أثر الغبن الفاحش في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله وترجيح الباحث.	١٢١
⇦ المطلب الرابع: نماذج لأمثلة وتطبيقات متعلّقة بالغبن.	١٢٩
المبحث الثاني: الاستغلال وصوره وشروطه ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسببه.	١٣٢
⇦ المطلب الأول: تعريف الاستغلال لغةً واصطلاحاً ومدى صلته بالغبن والتغرير.	١٣٣
➢ الفرع الأول: تعريف الاستغلال لغة واصطلاحاً.	١٣٣
➢ الفرع الثاني: مدى صلة الاستغلال بالغبن والتغرير.	١٣٧
⇦ المطلب الثاني: صور الاستغلال وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	١٤٠

الموضوع	رقم الصفحة
➢ الفرع الأول: صور الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	١٤١
➢ الفرع الثاني: شروط الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	١٤٧
⇐ المطلب الثالث: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	١٥٠
➢ الفرع الأول: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في الفقه الإسلامي.	١٥٠
➢ الفرع الثاني: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله في القانونين المصري والسوري.	١٦١
➢ الفرع الثالث: أثر الاستغلال في العقد ومدى سلطة القاضي في تعديله بين الفقه الإسلامي والقانونين المصري والسوري.	١٦٥
⇐ المطلب الرابع: نماذج لأمثلة وتطبيقات معاصرة متعلّقة بالاستغلال.	١٦٨
الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.	١٧٢
المبحث الأول: مفهوم الظروف الطارئة وتكييفها الفقهي.	١٧٦
⇐ المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة لغةً واصطلاحاً.	١٧٧
⇐ المطلب الثاني: التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.	١٨١
➢ الفرع الأول: الآراء الواردة في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.	١٨١
➢ الفرع الثاني: اختيار الباحث للرأي الملائم في التكييف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.	١٩٣
المبحث الثاني: الأدلة التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها في الفقه الإسلامي.	١٩٤
⇐ المطلب الأول: الأدلة التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.	١٩٥
⇐ المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.	٢٠٢

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثالث: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد في ظلّ تحقّق الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.	٢٠٤
⇦ المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الجوائح في بيع الثمار.	٢٠٧
➢ الفرع الأول: عرض المسألة في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة على حدة.	٢٠٨
➢ الفرع الثاني: استنتاج سلطة القاضي في تعديل العقد من خلال تحرير آراء المذاهب الفقهية الأربعة وأدلتها في المسألة.	٢١٠
- المسألة الأولى: تحرير محل الخلاف بين الفقهاء.	٢١٠
- المسألة الثانية: استنتاج سلطة القاضي في تعديل العقد من خلال عرض آراء الفقهاء في وضع الجائحة.	٢١٢
- المسألة الثالثة: أدلة الفقهاء في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الجائحة، وما دار حولها من نقاش، وترجيح الباحث.	٢١٣
الفقرة الأولى: عرض الأدلة.	٢١٣
الفقرة الثانية: مناقشة الأدلة.	٢١٨
الفقرة الثالثة: ترجيح الباحث.	٢٢٢
- المسألة الرابعة: أنواع الجوائح التي يسوغ للقاضي تعديل العقد بسببها، وشروطها عند القائلين بوضعها عن المشتري.	٢٢٣
⇦ المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغيّر قيمة النقود.	٢٣٢
➢ الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود الخِلقية.	٢٣٣
- المسألة الأولى: آراء الفقهاء في حالات وجوب المثل ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.	٢٣٥
- المسألة الثانية: آراء الفقهاء في حالات وجوب القيمة ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.	٢٣٦
➢ الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود الاصطلاحية.	٢٣٧

الموضوع	رقم الصفحة
- المسألة الأولى: آراء الفقهاء في حالة كساد النقود الاصطلاحية ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.	٢٣٨
- المسألة الثانية: آراء الفقهاء في حالة انقطاع النقود الاصطلاحية ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.	٢٤٣
- المسألة الثالثة: آراء الفقهاء في حالة غلاء النقود الاصطلاحية أو رخصها ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد حينئذ.	٢٤٦
➢ الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تغير قيمة الأوراق النقدية.	٢٥٢
- المسألة الأولى: بيان مفهوم التضخم المالي وأنواعه وأسبابه.	٢٥٤
- المسألة الثانية: آراء العلماء المعاصرين في «أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية وسلطة القاضي إزاءها».	٢٥٤
الفقرة الأولى: أثر تغير قيمة النقود الورقية في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك ومدى سلطة القاضي إزاءها.	٢٥٥
الفقرة الثانية: أثر تغير قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية الآجلة سوى الديون الثابتة في الذمة ومدى سلطة القاضي إزاءها.	٢٦٥
- المسألة الثالثة: رأي الباحث في مسألة «أثر تغيّر قيمة النقود الورقية في العقود والالتزامات المالية وسلطة القاضي إزاءها» من خلال تحرير الآراء الواردة فيها وترجيح الأنسب.	٢٧١
الفقرة الأولى: مناقشة الآراء المعاصرة في مسألة: «أثر تغير قيمة النقود الورقية في الديون الثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو نحو ذلك» واختيار الراجح منها.	٢٧٢
الفقرة الثانية: الحلول المقترحة لمشكلة تغيّر قيمة النقود الورقية ودور القاضي في ذلك.	٢٨٧
المبحث الرابع: أحكام سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل تحقّق الظروف الطارئة في القانون الوضعي ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي.	٢٩٦

الموضوع	رقم الصفحة
⇦ المطلب الأول: تعريف عام بنظرية الظروف الطارئة قانوناً والعقود التي تنطبق عليها.	٢٩٧
➢ الفرع الأول: مفهوم النظرية.	٢٩٧
➢ الفرع الثاني: العقود التي تنطبق عليها النظرية.	٢٩٨
⇦ المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري.	٣٠٠
⇦ المطلب الثالث: مظاهر وضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة في القانونين المصري والسوري.	٣٠٣
➢ الفرع الأول: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ومظاهرها.	٣٠٣
➢ الفرع الثاني: أبرز الضوابط القانونية التي تحكم سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.	٣٠٧
⇦ المطلب الرابع: مقارنة ما ورد في القانونين المصري والسوري بما ورد في الفقه الإسلامي.	٣١٠
المبحث الخامس: نماذج لأمثلة معاصرة لنظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تعديل العقد بسببها.	٣١٦
⇦ المطلب الأول: أمثلة معاصرة لسلطة القاضي في التعديل في مسألة الجوائح في بيع الثمار على الأشجار.	٣١٧
⇦ المطلب الثاني: أمثلة معاصرة لسلطة القاضي في التعديل في مسألة تغير قيمة النقد.	٣١٩
الفصل الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.	٣٣٠
المبحث الأول: مفهوم عقد الإذعان وكيفية ظهوره.	٣٣٣
⇦ المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان في اللغة والاصطلاح القانوني.	٣٣٤
⇦ المطلب الثاني: كيفية ظهور عقد الإذعان وتطوره في القوانين الحديثة.	٣٣٨

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثاني: تكييف عقد الإذعان وضوابطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٣٤١
⇐ المطلب الأول: تكييف عقد الإذعان وضوابطه في القانون الوضعي.	٣٤٢
➢ الفرع الأول: تكييف عقد الإذعان في القانون الوضعي.	٣٤٢
➢ الفرع الثاني: ضوابط عقد الإذعان في القانون الوضعي.	٣٤٥
⇐ المطلب الثاني: تكييف عقد الإذعان وضوابطه في الفقه الإسلامي.	٣٤٨
➢ الفرع الأول: البيع بالمعاطاة، حكمه وضوابطه في الفقه الإسلامي.	٣٤٩
- المسألة الأولى: آراء الفقهاء في حكم البيع بالمعاطاة وأدلتهم واختيار الباحث.	٣٤٩
- المسألة الثانية: ضوابط عقد البيع بالمعاطاة ومدى التقارب بينه وبين عقد الإذعان.	٣٥٦
➢ الفرع الثاني: الاحتكار، حكمه وضوابطه في الفقه الإسلامي.	٣٥٧
- المسألة الأولى: تعريف الاحتكار في اللغة والاصطلاح الفقهي.	٣٥٨
- المسألة الثانية: آراء الفقهاء في حكم الاحتكار وأدلتهم.	٣٦١
الفقرة الأولى: آراء الفقهاء في حكم الاحتكار.	٣٦١
الفقرة الثانية: أدلة الفقهاء على حكم الاحتكار.	٣٦٣
- المسألة الثالثة: آراء الفقهاء في السلع التي يجري فيها الاحتكار وأدلتهم واختيار الباحث.	٣٦٧
- المسألة الرابعة: شروط الاحتكار المحرم.	٣٧٣
⇐ المطلب الثالث: تكييف عقد الإذعان وضوابطه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٣٧٨
المبحث الثالث: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٣٨٦
⇐ المطلب الأول: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في القانون الوضعي.	٣٨٨

الموضوع	رقم الصفحة
➢ الفرع الأول: تمهيد في بيان حكم عقد الإذعان وكيفية حصول الإيجاب والقبول فيه.	٣٨٨
➢ الفرع الثاني: الشروط القانونية لسلطة القاضي في التدخل في عقد الإذعان.	٣٩٠
➢ الفرع الثالث: صور ومظاهر تدخل القاضي في عقد الإذعان.	٣٩٤
⇦ المطلب الثاني: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في الفقه الإسلامي.	٣٩٩
➢ الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في ظل أحكام التعاقد بالمعاطاة.	٤٠٠
➢ الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان في ظل أحكام الاحتكار.	٤٠٨
- المسألة الأولى: المظهر الأول: تعديل العقد بإجبار الطرف القوي (المحتكر) على بذل السلعة أو الخدمة بثمن المثل، وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه.	٤١٠
- المسألة الثانية: المظهر الثاني: تعديل العقد بأخذ السلعة -محل العقد- من الطرف القوي (المحتكر) جبراً من أجل بذلها للمحتاجين ثم ردّها إليه عند زوال الحاجة، وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه.	٤١١
- المسألة الثالثة: المظهر الثالث: تعديل العقد بتحديد السعر فيه (التسعير الجبري) وتخريج سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان عليه.	٤١٣
الفقرة الأولى: تعريف التسعير الجبري في الفقه الإسلامي واختيار الباحث.	٤١٤
الفقرة الثانية: آراء الفقهاء في حكم التسعير الجبري وأدلتهم وبيان الراجح منها.	٤١٦
الفقرة الثالثة: ضوابط التسعير الجبري عند القائلين بمشروعيته في حالات الضرورة.	٤٢٥
⇦ المطلب الثالث: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٤٢٩
➢ الفرع الأول: تاريخ ظهور سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٤٢٩

الموضوع	رقم الصفحة
➢ الفرع الثاني: الغرض الأساسي من سلطة القاضي في التعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٤٣٠
➢ الفرع الثالث: مظاهر سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٤٣١
➢ الفرع الرابع: مدى مراعاة حقوق طرفي العقد عند التعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٤٣٣
المبحث الرابع: نماذج لأبرز التطبيقات المعاصرة لعقد الإذعان وسلطة القاضي في تعديله.	٤٣٥
⇦ المطلب الأول: احتكار الخدمات الضرورية في المجتمع.	٤٣٦
⇦ المطلب الثاني: احتكار مجموعة من السلع الأساسية من قبل طائفة معينة من التجار (الوكالات الحصرية).	٤٣٩
⇦ المطلب الثالث: الإذعان في عقد العمل (المصدر الأساسي لدخل الفرد ومن يعولهم).	٤٤٢
الفصل الرابع: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.	٤٤٦
المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي وتمييزه عما قد يشتبه به من أوضاع.	٤٤٩
⇦ المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح القانوني الحديث.	٤٥٠
➢ الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي في اللغة.	٤٥٠
➢ الفرع الثاني: مفهوم الشرط الجزائي في الاصطلاح القانوني الحديث.	٤٥٢
⇦ المطلب الثاني: تمييز الشرط الجزائي عما قد يشتبه به من أوضاع.	٤٥٦
➢ الفرع الأول: الشرط الجزائي والعربون.	٤٥٦
➢ الفرع الثاني: الشرط الجزائي والغرامة التهديدية.	٤٥٨
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وتكييفه في الفقه الإسلامي.	٤٥٩
⇦ المطلب الأول: طبيعة الشرط الجزائي وخصائصه في القانون الوضعي.	٤٦٠

الموضوع	رقم الصفحة
⇦ المطلب الثاني: تكييف الشرط الجزائي وحكمه في الفقه الإسلامي.	٤٦٣
➢ الفرع الأول: تعريف الشرط وبيان أقسامه في الفقه الإسلامي.	٤٦٥
➢ الفرع الثاني: آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليها.	٤٦٧
- المسألة الأولى: رأي السادة الحنفية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه.	٤٦٨
الفقرة الأولى: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الحنفية.	٤٦٨
الفقرة الثانية: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الحنفي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد.	٤٧٢
- المسألة الثانية: رأي السادة المالكية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه.	٤٧٤
الفقرة الأولى: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة المالكية.	٤٧٤
الفقرة الثانية: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب المالكي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد.	٤٧٦
- المسألة الثالثة: رأي السادة الشافعية في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه.	٤٧٨
الفقرة الأولى: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الشافعية.	٤٧٨
الفقرة الثانية: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الشافعي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد.	٤٨٠
- المسألة الرابعة: رأي السادة الحنابلة في الشروط المقترنة بالعقد وتخريج حكم الشرط الجزائي عليه.	٤٨٢
الفقرة الأولى: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند السادة الحنابلة.	٤٨٢
الفقرة الثانية: تخريج حكم الشرط الجزائي على أصول المذهب الحنبلي وقواعده في الشروط المقترنة بالعقد.	٤٨٤

الموضوع	رقم الصفحة
➢ الفرع الثالث: خلاصة التكييف الفقهي للشرط الجزائي وأبرز الفتاوى المعاصرة فيه.	٤٨٥
- المسألة الأولى: خلاصة التكييف الفقهي للشرط الجزائي وحكمه.	٤٨٥
- المسألة الثانية: أبرز الفتاوى المعاصرة في الشرط الجزائي.	٤٨٨
المبحث الثالث: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.	٤٩٠
⇦ المطلب الأول: أساس سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي ومشروعيتها.	٤٩١
➢ الفرع الأول: أساس سلطة القاضي ومؤيداتها في القانون الوضعي.	٤٩١
➢ الفرع الثاني: أساس سلطة القاضي ومشروعيتها في الفقه الإسلامي.	٤٩٢
⇦ المطلب الثاني: ضوابط سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء أو التعديل.	٤٩٦
➢ الفرع الأول: ضابط «خطأ المدين» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي.	٤٩٧
➢ الفرع الثاني: ضابط «حصول الضرر» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي.	٥٠١
➢ الفرع الثالث: ضابط «العلاقة السببية بين الخطأ والضرر» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي.	٥٠٦
➢ الفرع الرابع: ضابط «إعذار المدين» قانوناً وتخريجه في الفقه الإسلامي.	٥١٢
⇦ المطلب الثالث: مظاهر سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء والتعديل.	٥١٦
➢ الفرع الأول: مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي وتخريجها في الفقه الإسلامي.	٥١٧
- المسألة الأولى: مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي في القانون الوضعي.	٥١٧
- المسألة الثانية: تخريج مظاهر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.	٥١٨
➢ الفرع الثاني: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وتخريجها في الفقه الإسلامي.	٥٢٠

الموضوع	رقم الصفحة
- المسألة الأولى: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون الوضعي.	٥٢٠
- المسألة الثانية: تخريج مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.	٥٢٤
➢ الفرع الثالث: مظاهر سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي بالإلغاء والتعديل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٥٣٣
المبحث الرابع: نماذج لأبرز تطبيقات الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله.	٥٣٥
⇦ المطلب الأول: نماذج من العقود التي يحظر فيها الشرط الجزائي.	٥٣٦
⇦ المطلب الثاني: نماذج من العقود التي يُشرع فيها الشرط الجزائي.	٥٤٠
الفصل الخامس: سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي.	٥٤٧
المبحث الأول: مفهوم الأجل وخصائصه وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٥٥٠
⇦ المطلب الأول: مفهوم الأجل لغة واصطلاحاً.	٥٥١
⇦ المطلب الثاني: خصائص الأجل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٥٥٢
➢ الفرع الأول: خصائص الأجل في الفقه الإسلامي.	٥٥٢
➢ الفرع الثاني: خصائص الأجل في القانون الوضعي.	٥٥٣
⇦ المطلب الثالث: أنواع الأجل باعتبار مصدره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٥٥٤
➢ الفرع الأول: أنواع الأجل باعتبار مصدره في الفقه الإسلامي.	٥٥٤
➢ الفرع الثاني: أنواع الأجل باعتبار مصدره في القانون الوضعي.	٥٥٥
المبحث الثاني: أحكام ومظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٥٥٦

الموضوع	رقم الصفحة
⇚ المطلب الأول: مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي ومؤيداتها في القانون الوضعي.	٥٥٨
➢ الفرع الأول: مشروعية سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي.	٥٥٨
➢ الفرع الثاني: مؤيدات سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي.	٥٦٢
⇚ المطلب الثاني: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٥٦٤
➢ الفرع الأول: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي.	٥٦٤
- المسألة الأولى: المظهر الأول «سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام بِمَدِّه».	٥٦٥
- المسألة الثانية: المظهر الثاني «سلطة القاضي في تعديل أجل العقد أو الالتزام بالتقصير منه».	٥٨٤
➢ الفرع الثاني: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي.	٥٩١
⇚ المطلب الثالث: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	٥٩٨
➢ الفرع الأول: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في الفقه الإسلامي.	٥٩٨
➢ الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي في القانون الوضعي.	٦٠٤
⇚ المطلب الرابع: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي.	٦٠٧

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثالث: أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي.	٦١٢
⇐ المطلب الأول: أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي تخريجاً على حالة منح المدين المعسر أجلاً للوفاء بالتزامه.	٦١٣
⇐ المطلب الثاني: أبرز التطبيقات المعاصرة لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي تخريجاً على حالة تمديد الأجل في عقد إجارة الأرض للزراعة.	٦١٧
- الخاتمة.	٦١٩
- أبرز نتائج البحث.	٦١٩
- أهم التوصيات والمقترحات.	٦٢٤
*** الفهارس العامة.**	٦٢٦
- فهرس الآيات القرآنية.	٦٢٧
- فهرس الأحاديث والآثار.	٦٣٠
- فهرس الأعلام.	٦٣٣
- فهرس القواعد الفقهية.	٦٣٦
- فهرس المصطلحات.	٦٣٧
- فهرس المصادر والمراجع.	٦٤٠
- فهرس الموضوعات.	٦٦٣

